

Таджикский национальный университет
Юридический факультет
Кафедра предпринимательского и коммерческого права

Ойгензихт Виктор Аркадьевич

Избранные труды

Душанбе -2019

УДК: 001:347 (575.3)

ББК:72+67,99 (2 тадж)

О-48

Таджикский национальный университет

Юридический факультет

Кафедра предпринимательского и коммерческого права

*Посвящается 70-летию юридического факультета
Таджикского национального университета.*

**Ойгензихт В.А. Избранные труды. Душанбе, «Типография ТНУ»,
2019. 1042 стр.**

Редакционная коллегия:

Рахимзода М.З. (руководитель), Сангинов Д.Ш., Мирзозода П.З.,
Сангов С.И., Шабонов Ш.С., Охунова Н., Рацабзода Х.Р., Шарифов
И.М., Каримов Х.С., Мачидова Р.С.

Настоящее издание представляет собой часть избранных монографических исследований В. А. Ойгензихта – выдающегося представителя таджикской цивилистики, известного своими исследованиями в области проблемы риска, презумпции, нетипичных договорных отношений, альтернатив в гражданском праве, а также взаимоотношений юридического лица и трудового коллектива: сущность поведения, ответственность, воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права) и др.

© Кафедра предпринимательского и коммерческого права, 2019.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Предлагаемый читателю сборник состоит из работ выдающегося ученого, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Республики Таджикистан Виктора Аркадьевича Ойгензихта (1924-2001гг.).

Имя этого человека известно не только в Таджикистане, но и далеко за его пределами. Он родился в 1924 году в городе Харьков Украинской ССР. Окончил Всесоюзный юридический заочный институт (ВЮЗИ). После окончания института работал на практической работе в народном хозяйстве. Долгие годы он возглавлял юридический отдел Таджикпотребсоюза Республики Таджикистан. В 1966 г. успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему: «Правовое регулирование тарооборота в СССР». Работая он одновременно преподавал на юридическом факультете Таджикского госуниверситета. В 1967 г. он перешел на постоянную работу на кафедру гражданского права юридического факультета ТГУ им. В. И. Ленина на должность старшего преподавателя, а затем работал в качестве доцента и профессора. Являясь признанным ученым, создателем научного цивилистического направления и имея свою научную цивилистическую школу, он совмещал активную и плодотворную научную деятельность с не менее активной преподавательской деятельностью. С 1976 по 1981 гг. был заведующим кафедрой гражданского права. После реорганизации кафедры гражданского права был избран заведующим кафедрой хозяйственного законодательства и трудового права (ныне кафедра предпринимательского и коммерческого права). Заведовал названной кафедрой с 1981 по 1991 гг.

Докторская диссертация Виктора Аркадьевича Ойгензихта «Проблема риска в гражданском праве», была защищена в 1975г. Она было результатом многолетнего титанического исследовательского труда автора.

В. А. Ойгензихт был ученым широкого профиля, глубоко знавшим проблемы теории права, гражданского, хозяйственного, трудового, семейного и других отраслей права. Он разработал основу для развития

нового научного направления проблем риска, нетипичных отношений, альтернативы в гражданском праве и т. д. Им опубликовано 11 монографий, учебных пособий и более 250 научных статей. Его перу принадлежит ряд монографических исследований как: «Правовое регулирование тарооборота в СССР» (1966), «Проблема риска в гражданском праве» (1972), «Презумпции в советском гражданском праве» (1976), «Имущественная ответственность в хозяйственных договорах» (1980), «Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права)» (1983), «Нетипичные договорные отношения в гражданском праве» (1984), «Мораль и право» (1987), «Юридическое лицо и трудовой коллектив: поведение, ответственность» (1988), «Альтернатива в гражданском праве» (1991), проблемные статьи в журналах «Советское государство и право», «Правоведение», «Хозяйство и право», «Коммунист», «Известия АН РТ» и др., в сборниках научных работ в ВУЗах Москвы, Ленинграда, Свердловска, Томска, Ижевска, Тюмени, Киева, Алма-Аты, Ташкента, Душанбе и т. д.

В. А. Ойгензихт всегда брался за разработку наиболее сложных и спорных проблем гражданского права. Значительный научный интерес представляет цикл его работ, посвященных актуальным теоретическим проблемам гражданского права. Итогом его неустанной творческой деятельности явилось издание ряда фундаментальных монографий по ключевым проблемам гражданского права. «Проблема риска в гражданском праве» (1972), по существу была первым крупным монографическим исследованием в гражданском праве, где было получено положительное решение ряда сложных и во многом спорных теоретических проблем. Это и развернутое определение риска как субъективной категории, взаимосвязь риска с объективным случаем и непреодолимой силой, риск как субъективное основание гражданско-правовой ответственности, а также распределение убытков, соотношение юридической и фактической невозможности исполнения обязательства и их связь с риском, и многие другие ключевые вопросы теории риска. В настоящее время концепция

субъективного риска как основания гражданско-правовой ответственности за нарушения обязательства, является одной из главных научных направлений, обосновывающих такую ответственность. Концепция субъективного риска приобретает особенно важное практическое значение в условиях рыночной экономики. Эта концепция, включающая обоснование субъективного риска предпринимателя, нередко в неформальных дискуссиях так и обозначается, как концепция профессора Ойгензихта.

Другое не менее значительное монографическое исследование – «Презумпции в советском гражданском праве» (1976), представляет собой глубокое в теоретическом плане исследование. В нем он предложил всесторонне обоснованную систему аргументов в пользу наличия правовой презумпции. По его мнению презумпция-это субъективное предположение о неизвестном факте, обусловленное вероятностью его существования и проявления. В работе обращается внимание на отдельные разновидности материально правовых презумпций, в частности, презумпции очевидного факта, презумпции неустановленного факта, презумпции смерти, презумпции правосубъектности, презумпции добросовестности. Приведенные всесторонне обоснованные материально-правовые презумпции являются предпосылкой для определения понятий презумпции виновности в гражданском праве.

Вопросам имущественной ответственности посвящена другая его работа «Имущественная ответственность в хозяйственных договорах» (1980). В ней была сделана попытка раскрыть один из наиболее важных и сложных правовых институтов – институт юридической ответственности, применительно к нарушениям хозяйственных договоров. Характеризуются понятие, его виды и функции, с условиями их применения. Освещаются меры ответственности, их структура и виды, применяемые за различные нарушения, пути повышения эффективности ответственности и предотвращения нарушений договорной дисциплины.

Поистине одной из фундаментальных работ Виктора Аркадьевича является «Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права)» (1983). Это научное исследование получило всеобщее одобрение многих ведущих ученых страны. Работа вобрала в себя все аспекты проявления воли и волеизъявления, их соотношения в процессе заключения сделок, обоснования воли как свободы выбора поведения, воли возведенной в закон и их проявление в правоотношениях, волеизъявление как способ согласования воли субъектов, воля как элемент вины, их проявление в разных формах вины, взаимосвязь воли и риска. Иначе, это труд, глубоко сочетающий философские, психологические и юридические аспекты категории воли и волеизъявления.

Одним из важных исследований В.А. Ойгензихта является его монография «Нетипичные договорные отношения в гражданском праве»(1984). Она посвящена одному из недостаточно исследованных вопросов в гражданском праве – нетипичных договорных отношений. В ней рассматривается понятие нетипичных договорных отношений, раскрывается их значение, место в гражданском праве, показывается связь и отличие их от типичными договорных институтов. В частности, раскрываются специфические особенности договоров по оказанию услуг личного характера, акцессорные отношения хранения, фактические договоры найма, перевозки, в сфере связи, кредитно-расчетных отношений, при неосновательном приобретении имущества и т.п.

Другим важным его исследованием является изучение вопросов «Юридическое лицо и трудовой коллектив: Сущность. Поведение. Ответственность» (1988). В нем он обращает внимание на острые и спорные проблемы сущности, поведения и ответственности юридического лица и трудового коллектива. Анализируются теоретические концепции соотношения понятий: предприятие, юридическое лицо, трудовой коллектив, администрация. Раскрывается сущность этих категорий, подвергаются критике антисубстративные конструкции юридического лица.

Анализируются механизм поведения предприятия, условия и понятие ответственности юридического лица, феномен его вины. Характеризуются вопросы соотношения воли членов трудового коллектива с волей всего трудового коллектива, с волей предприятия. Освещаются ответственность юридических лиц, коллизионные взгляды на вину юридического лица, на условия применения к нему ответственности.

В монографии «Альтернатива в гражданском праве» (1991) через призму альтернативного подхода, выбора вариантов поведения рассматриваются теоретические проблемы гражданского законодательства, в том числе вопросы договорных отношений, свобода выбора партнеров, возможности по обоюдному волеизъявлению определить те или иные условия договора, его исполнения и ответственности за его нарушения в условиях рыночной экономики. На основании анализа законодательства рассматриваются возможности использования выбора и альтернатив, определяемых в правовых нормах, проблемы совершенствования в этом направлении законодательства с учетом отказа от чрезмерной зарегулированности, особенно в хозяйственных отношениях. Исследуется различные обязательства и юридические категории через призму альтернативы и альтернативности. Отмечается, что возможность обдуманного выбора позволяет избрать наиболее оптимальный путь и в экономике, и в других областях.

Научные исследования Виктора Аркадьевича отличаются глубокой научной аргументированностью, насыщенностью, фундаментальностью в сочетании с хорошей литературной формой и направленностью на решение практических задач. Теоретические выводы и практические предложения Виктора Аркадьевича относительно проблем риска, гражданско-правовой ответственности, воле и волеизъявления, презумпции юридического лица, нетипичных отношений, морали, права, альтернативы представляются поистине огромным вкладом в развитии цивилистической науки.

Виктор Аркадьевич активно участвовал в научно–практических конференциях, диссертационных советах, форумах и дискуссиях по основным проблемам, привлекавшим внимание ученых юристов того времени: соотношение гражданского и хозяйственного права, проблемы собственности; роль и значение товарно-денежных отношений; укрепление договорной дисциплины; сочетание жесткого вертикального планирования с самостоятельной активностью участников гражданского оборота. И здесь, в центре споров и научных дискуссий в Москве, Ленинграде, Киеве, Харькове, Свердловске, Томске, Ташкенте, Алматы, Уфе, Душанбе и других городах бывшего Союза постоянно и активно участвовал профессор Ойгензихт В. А.

В. А. Ойгензихт часто выступал в качестве оппонента по кандидатским и докторским диссертациям. Был членом диссертационного совета Института философии и права АН Республики Узбекистан, Свердловского юридического института.

В. А. Ойгензихт обладал удивительным даром предвидения. Многие его теоретические выводы и практические предложения становятся наиболее актуальными на сегодняшний день, а на его теоретические выводы часто делаются ссылки.

В. А. Ойгензихт – Учитель с большой буквы. Он воспитал не одно поколение студентов-юристов, внес значительный вклад в подготовку научных кадров, как в республике, так и за ее пределами. Под его непосредственным руководством защитили кандидатские и докторские диссертации Менглиев Ш. М., Рахимзода (Рахимов) М. З., Амосов С. М., Шонасридинов Н., Азизкулова Г. С. и Нодиров Ф. М.

Он с большим энтузиазмом читал лекции. Его глубокое знание проблем, их практическая направленность, отточенное лекторское мастерство привлекало всех слушателей-студентов, учёных, преподавателей и практических работников. Он своим страстным, горячим словом зажигал сердца слушателей, пробуждая их творческую мысль, прививал в них убежденность.

Он был человеком редкой, светлой души. В нем сочетались, доброта, мягкость с принципиальностью, требовательностью к себе и к другим.

Его заслуги были отмечены медалями «За доблестный труд», «Ветеран труда», нагрудными знаками «Отличник просвещения СССР», «Отличник народного образования Республики Таджикистан», почетным званием «Заслуженный деятель науки Республики Таджикистан» и Грамотами Президиума Верховного Совета Республики Таджикистан.

Виктор Аркадьевич Ойгензихт, которому в дни выхода в свет этого издания исполнилось бы девяносто пять лет, несомненно, войдет в историю Таджикистана одним из самых ярких ученых, неутомимым, талантливым исследователем, прекрасным человеком и педагогом, сохранившим свежесть взглядов на жизнь и науку.

РАХИМЗОДА МАХМАД ЗАБИР

доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки и техники Республики Таджикистан,
член-корреспондент Академии наук Республики Таджикистан

**МИНИСТЕРСТВО НАРОДНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
ТАДЖИКСКОЙ ССР
ТАДЖИКСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
им. В.И.ЛЕНИНА**

В.А.ОЙГЕНЗИХТ

**ПРОБЛЕМА РИСКА
В ГРАЖДАНСКОМ
ПРАВЕ**

(ЧАСТЬ ОБЩАЯ)

Издательство «ИРФОН»

ДУШАНБЕ – 1972

ОГЛАВЛЕНИЕ

Глава I. Традиционные определения и теории риска

§ 1. Этимологические и юридические определения риска

§ 2. Основные теории риска и объективная ответственность за причинение

.....

§ 3. Риск как универсальная категория и теория распределения рисков.....

Глава 2. Понятие риска в гражданском праве

§ 4. Сознание, воля, вина

§ 5. Casus и риск

Глава 3. Объективный случай и непреодолимая сила

§ 6. Объективный случай и случайность

§ 7. Непреодолимая сила

Глава 4. Невозможность исполнения и риск

§ 8. Понятие невозможности исполнения обязательств

§ 9. Виды невозможности исполнения

Глава 5. Риск как основание гражданскоправовой ответственности и распределения убытков

§ 10. Правомерность и противоправность

§ 11. Вина — главное субъективное основание гражданскоправовой ответственности

§ 12. Риск как одно из оснований (условий) гражданскоправовой ответственности и распределения убытков

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 14/11-1972 г. Подписано в печать 8/IX-1972 г. Бумага № 1. Формат 60x90 1/16.
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.

ГЛАВА 1

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 скалу.¹ 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 опасность,² как опасность, угрожающая страховому объекту каким-либо вредом,³ как возможная опасность.⁴ Такое же значение придают риску и иностранные словари.⁵

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 «*regiculum*», оно означает опасность, беду.⁶

В дореволюционных правовых актах довольно часто употреблялось слово «страх», являвшееся синонимом слова «риск» в значении «угрозы, опасности». Для примера можно обратиться к небезызвестному 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 статей.⁷

¹ См.: В. И. С е р е б р о в с к и й. Очерки советского страхового права. Госиздат, 1926, стр. 118.

² См.: Толковый словарь русского языка. - М, 1939. - С. 1360

³ См.: Энциклопедический словарь Брокгауза и Эфрона, т. XXVIa. СПб., 1899. - С. 804.

⁴ См.: Словарь современного русского языка, т. 12, Изд. АН СССР. 1961. - С. 1321

⁵ См.: например, Grand Dictionnaire universel, du XIX siecle Risgue - опасность, помеха, возможность, вероятность ее

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

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

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 законодательство.¹ Нечасто можно встретить это слово 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 деятельности.² 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 анализе.³ С этим высказыванием трудно не согласиться.

В правовой зарубежной литературе термин «риск» применяется 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».⁴ О риске в договоре хранения говорит Hans Schreuer.⁵ Ссылаются на риск в различных договорах и M.Planiol et G.Ripert (например, риск экспедитора, риск наследника).⁶

В то же время в соответствующих артикулах французского гражданского кодекса слово «риск» не упоминается. На риске жилищном

¹ См.: В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве. «Советская юстиция». № 18, 1963. – С. 11.

² 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. - С. 189

³ См.: М. М. Агарков. Очерки кредитного права, 1926. - С. 52.

⁴ См.: Ю. Барон. Система римского гражданского права. Кн. IV, СПб. 1910. - С. 132

⁵ См.: Hans Schreuer. Deutsches Privatrecht. Stuttgart, 1921. - С.274.

⁶ См.: M.Planiol et G.Ripert. Traite pratique de droit civil francais. т. IV. Paris, 1928. - С. 207-209, 712-713.

(locatif), на риске за чужих лиц и за вещи под надзором, в безвозмездной перевозке и в ряде иных случаев подробно останавливается Henri Lalou.¹

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 Годэмэ.² Основная теория риска, на которой останавливается Годэмэ, связывается им с неисполнением, за которое должник не отвечает.³

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 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 с момента 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 Морандьер.⁴ 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 дается.⁵

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 необдуманый (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

¹ См.: Henri Lalou. Traite pratique de la responsabilité civile. Paris, 1955. - С. 345, 346, 358, 535, 584, 621, 692 и др.

² См.: Евгений Годэмэ. Общая теория обязательств. Перевод И. Б. Новицкого. М., Госюриздат, 1948. - С. 208.

³ Там же. - С. 380—387.

⁴ См.: Л. Жюллио де ла Морандьер. Гражданское право Франции. 2, перевод Е. А. Флейшиц. - М., 1960. - С. 324—327.

⁵ Н. Schreuer в цитированной выше работе понимает риск как опасность.

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 зла.¹

А.Г.Зейц определял договорный риск как договорное обременение одной стороны хозяйственно-невыгодными последствиями в случае изменения существующих при заключении договора обстоятельств.²

Два вида риска различает В. Рассудовский: риск договора и риск за технические решения, причем, во втором случае риск понимается как сознательный и правомерный шаг.³

Специальную работу проблеме риска посвятил М. С. Гринберг. Под понятием риска он разумеет правомерное опасное действие.⁴ В своей кандидатской диссертации автор отмечает, что гражданское право связывает понятие риска определенной, более или менее значительной опасностью, вероятностью ущерба.⁵ Автор даёт 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 достижения.⁶

А. И. Омельченко в понятие «риск» вкладывает идею защиты от вредных природных сил во избежание хозяйственных убытков.⁷ 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;

¹ См.: Я. М. М а г а з и н е р. Советское хозяйственное право. 1928; См.: также его определение в Энциклопедическом словаре Института «Гранат», т. 36. - С. 578. Общая теория риска этого автора рассматривается ниже.

² См.: А. Г. З е й ц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров. Иркутск, 1928. - С. 37.

³ См.: В. Р а с с у д о в с к и й. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве. «Советская юстиция». № 18, 1963. - С. 11.

⁴ М. С. Г р и н б е р г. Проблема производственного риска в уголовном праве. - М., Юриздат, 1963. - С. 12.

⁵ См.: М. С. Г р и н б е р г. Значение производственно-хозяйственного риска по советскому уголовному праву. Диссертация, 1957. - С. 13.

⁶ См.: там же. - С.42.

⁷ См.: А. И. О м е л ь ч е н к о. Творческий риск, его государственно-правовая охрана. – Изд. МГУ, 1955. - С. 7-12.

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.Серебровский 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 правоотношения.¹ 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 смысле.²

В. Рассудовский считает, что термин риск обозначает определенные явления, наступление которых приводит к материальным потерям.³ А.А.Собчак полагает, что риск — «это всегда опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера),

¹ См.: В. И. С е р е б р о в с к и й . Страховой риск. - С. 195 и след.

² См.: Б. Л. Х а с к е л ь б е р г . Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация. Л. 1950. - С. 389. См.: также его: Риск случайной гибели проданной вещи по советскому гражданскому праву. «Ученые записки Томского госуниверситета», № 23, 1954. - С. 41.

В свое время В. И. С е р е б р о в с к и й считал термины «риск» и «опасность» синонимами, (См.: Страхование, М., Финиздат, 1927. - С. 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 P.Braess (См.: Versicherung und Risiko. Weesbaden, 1960. - С. 11).

³ См.: В. Р а с с у д о в с к и й . Указ. статья. - С. 11.

относительно которых неизвестно, наступят они или нет».¹ В.В.Грибанов отождествляет термин риск с «невыгодными последствиями».²

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 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 правоотношении.³

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 ответственности,⁴ 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 лица.⁵

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 отвечают.⁶ 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) обстоятельств).⁷

¹ А. А. С о б ч а к. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968. - С. 55.

² См.: В. П. Г р и б а н о в. Договор купли-продажи по советскому гражданскому праву. М., 1956. - С. 33.

³ См.: О . А . К р а с а в ч и к о в. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1966. - С. 144—145. Широкое место отводит риску и Н.С.Малеин. (См.: Вина — необходимое условие имущественной ответственности, «Советское государство и право», № 2, 1971. - С. 32,33).

⁴ См.: БСЭ. т. 36. - С. 544.

⁵ См.: Юридический словарь, т. 2, Госюриздат. 1956. - С. 343.

⁶ См.: Юридический словарь, Госюриздат, 1953. - С. 578.

⁷ См.: О . А . К р а с а в ч и к о в. Цитир. соч. - С. 146 и 147.

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.

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 наносится.¹ Для того чтобы выбрать наиболее оптимальное решение с минимальным риском, утверждает автор, — нужно составить функцию риска, которая заключается в следующем: $R = Ap^1 + (A + B) p^2$. Где R — риск, A и B — ущербы от решения первого и второго рода, p^1 и p^2 — степень уверенности, что произойдут ошибки при принятии решения первого и второго рода.² 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 перевозки.³ 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 убыли.⁴ Такое понятие риска звучит совсем уже парадоксально. В других определениях риск понимается принципиально

¹ См.: Л. Растрин. Этот случайный, случайный, случайный мир. М., «Молодая гвардия», 1969. - С. 98. 99.

² См.: там же. - С. 105, 106.

³ См.: А. Г. Гусakov. Железнодорожное право по законодательству СССР. М., Транспечать НКПС, 1929. - С. 206.

⁴ См.: Комментарий к законодательству о труде. М. Госюриздат, 1966. - С. 317, 318.

иначе — как опасность (угроза, возможность) убытков.¹ В некоторых он фигурирует как определенные явления (В. Рассудовский).

В определении Б. Л. Хаскельберга риск понимается как опасность случайной гибели, не как опасность (угроза) имущественных 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 гибели.² 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 виновного.³ Такая связь риска с виновными действиями встречается иногда в правовой и экономической литературе.⁴

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».⁵ На неточность подобных выражений указывал еще В.И.Серебровский.⁶

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 разноречивость 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.

¹ 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. - С. 92).

² См.: Б. Л. Хаскельберг. Указан. диссерт. - С. 391.

³ См.: Там же. - С. 274, 278.

⁴ См., например, М. Л. Тамаркин. Техника реализации экспортного леса. М., 1929. - С. 37.

⁵ См.: М. С. Гринберг. Цитир. десерт. - С. 43.

⁶ См.: В. И. Серебровский. Цитир. статья. - С. 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, порождаемый 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 Leon Mazeand, Andre Tunc, им мы воспользуемся для раскрытия сути этих теорий.¹

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 се 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 совершил.² 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 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,

¹ См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc. Traite theorique et pratique de la responsabilite civile deliktuelle et contractuelle, т.1, Paris, 1957.

² См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc, там же. - С. 421, 422.

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 Josseland утверждал, что темп жизни изменился, что частота рисков, увеличение опасности, конфликтов между личностью и коллективом требуют признания достаточным причинения.¹

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 M. Ripert, придерживавшийся принципа *l'acte anormal*, признал в конце концов вину основанием гражданской ответственности.²

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 onus*». Возникает вопрос: что такое выгода? Если трактовать ее в широком смысле, 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).³

¹ См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc, там же. - С. 423, 424.

² См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc, там же. - С. 425, 426.

³ См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc. - С. 427, 428.

Интересно отметить, что приведенные выше теории риска вызвали критику прежде всего в среде буржуазных ученых. Эти критические взгляды излагают и авторы исследуемого труда.¹ Находясь на сугубо идеалистических позициях, Henri и Leon Mazeand, а также Andre Tunc, 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 опорочивается 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 Tunc более прогрессивна, чем полностью негативная теория риска только потому, что она имеет общую моральную основу 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

¹ См.: там же. - С. 428-439.

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, по 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. Savater 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. Одни 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 нее.¹

¹ См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc. Цит. Соч. - С. 77-81.

Достаточно подробно анализирует теорию объективной ответственности Евгений Годэмэ.¹ 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 возмещения.²

Критикует теорию риска и французский ученый Henri Lalou.³ Он не скрывает, что эта проблема, возникшая в конце XIX века, и сейчас имеет своих сторонников, которые опровергают классическую теорию ответственности, имеющую своим основаниям 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. H.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 невменяемого 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, запрещаящий 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

¹ См.: Евгений Годэмэ. Указ. соч. - С. 320.

² Л. Жюллио де ла Морандьер. Гражданское право Франции. Т.2. - С. 396.

³ См.: Henri Lalou. Traite pratique de la responsabilite civile. Paris 1955, стр. 86-92.

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 па теорию причинения не идентичны. Крайнюю позицию в этом вопросе занимает Raymond Saleilles, заявляющий, что нужно отбросить презумпцию вины и заменить ее идеей риска.¹ По его мнению, идея риска самая заметная, она выражается, в частности, в ответственности государства за действия чиновников, в ответственности учреждений за действия своих представителей.² 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 платить 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 слабого.³

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 плодов.⁴ 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

¹ См.: R. Saleilles. De la peraaonalite juridigue. Histore et theories. Paris, 1922. - С. 324.

² См.: Там же. - С. 329, 331. С профессиональным риском мы встречаемся и в другой работе этого автора: La risgue profesionnel dans la Code civil, Reforme sociale, 1898.

³ См.: М. Я. Пергамент. Памяти Рэмона Солейля. «Вестник гражданского права», №4, 1916. – Ст. 15, 16, 17.

⁴ См.: Marcel Planiol, Georges Ripert. Traite pratigue de droit civil francais. Tome VI. Obligations. Paris, 1930. - С. 659 и след.

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 ответственности.¹

Французские юристы много внимания уделяли риску,² вопросу объективной ответственности отдали дань и юристы других стран.³ 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. Покровский.⁴ 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 prestatu»; «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 «Die soziale 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».

¹ См.: там же. - С. 664, 665, 666.

² Среди более ранних специальных работ можно назвать следующие: Muteau. Responsabilité civile, 1897; E. Levy. Responsabilité et contrat «Rev. critique», 1899; Geny. Risques et responsabilité. «Rev. trimestrielle», 1902, p.812; Cezar-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; Meigne. Responsabilité et contrat. Lille, 1924 и др.

³ См.: например: U n g e r. Handeln auf eigene Gefahr; Ihering's Jahrbucher, 1891; Müller-Erzbach. Gefährdungshaftung und Gefahrtragung; Hans Schreuer. Deutsches Privatrecht, Stuttgart, 1921 и др.

⁴ См.: И . А . П о к р о в с к и й . Основные проблемы гражданского права. – Изд. «Право». Петр. 1917. - С.237 и др.

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?¹

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

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 богатств.² 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».³

Противоположного мнения придерживаются немецкие ученые Kosack, Adler и другие, русские дореволюционные юристы Гусаковский, 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).⁴ Интерес в этом смысле представляет специальная работа К.Адлера.⁵ Автор противопоставляет случаи действий на собственный страх (характерная мерка Унгера, лишившая ореола иеринговскую 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; ни причинившего или на потерпевшего. В любом случае страдает невинный. «Удобные» решения нужно избегать здесь, и социальные идеи должны отойти на второй план;

¹ См.: А. И. Покровский. Цит. работа. - С. 285.

² См.: Там же. - С.286-290.

³ И. М. Тютрюмов. Гражданское право. - Юрьев, 1922. - С.98.

⁴ См.: Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. - Пет., 1917. - С. 14.

⁵ См.: К. Адлер. Ответственность без вины в гражданском и уголовном праве. - СПб., 1913.

законным основанием обязательства возмещения убытков будет обладание собственностью.¹ 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 в обморок лицо). Больной тоже платят 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 отвечает.² 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 праве.³

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?⁴ 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.

¹ См.: К. Адлер. Цит. работа. – С.15-19.

² См.: К. Адлер. Цит. работа. – С.20-22.

³ См.: Там же. – С.34.

⁴ См.: Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. – Петр., 1917. – С.20.

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 истины.¹

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 мире.² 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 рабочими.³ 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 *respericulosa 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 — *damgerousthing*.⁴

Ю.Г.Матвеев, изучавший эту проблему, приводит высказывание Проссера в «*The Law Quarteriy Reviev*» в 1963 году (*jily 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» (*ultraharardous activity*), которая с необходимостью создает риск причинения серьезного вреда, несмотря на самые тщательные меры, и используется не в общепользных целях.

¹ См.: Там же. — С. 21, 22, 23.

² См.: Р. О. Халфина. Предисловие к монографии Р.Саватье. «Теория обязательств». — М.: «Прогресс», 1972. — С.11.

³ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. — Изд-во Киевского госуниверситета, 1955. — С.104.

⁴ См.: Х. И. Шварц. Англо-американское деликтное право. «Советское государство и право». - №2. — 1940. — С.91-92.

Отход от принципа виновной ответственности — главное направление современного деликтного права. Американские юристы Грегори и Колвел говорят, что центральной проблемой в этом праве является выяснение вопроса о том — базируется ли главный критерий ответственности на широком распространении риска.¹

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 существовании самого производства, на хозяина-предпринимателя. О том, что такая ответственность строится на началах профессионального риска, вызываемого опасностью, которая кроется в существовании 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 лиц.²

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 силой.³ 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 предпринимателя по возмещению в этом случае убытков. Это объяснялось не предотвращением таких заболеваний и осведомленностью о вредном

¹ См.: Ю.Г. Матвеев. Современное англо-американское право о виновной и безвиновной деликтной ответственности. «Труды ВЮЗИ», т. XI, М., 1967. - С. 68 — 80.

² См.: А. М. Нолькен. Законы о вознаграждении за увечье и смерть в промышленных заведениях частных, общественных и казенных. СПб, 1911. - С. 31, 32.

³ См.: там же. - С. 33. Частично страховой фонд составлялся на взносы самих трудящихся, точнее — из удержаний с них.

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 ущерба.¹

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 мотивы.²

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».³ О.А.Красавчиков образно сказал, что в начале 30-х годов принцип причинения отдавал одну позицию за другой и тогда пожертвовали категорией риска как «буржуазным», чуждым понятием; жертва была принята.⁴

Совершенно правильно советское гражданское право отвергает буржуазную теорию «профессионального риска», принцип возложения

¹ См.: А. М. Нолькен. Цит. соч. - С.53.

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

³ П. Стучка. Курс советского гражданского права. Т.3, 1931. - С.142.

⁴ См.: О. А. Красавчиков. Цит.соч. - С. 142, 143.

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».¹ 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 consequence 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 источником ее ответственности.² 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

¹ А. Г. Г у с а к о в . Предисловие к книге Ив.Либба «Ответственность железных дорог за целостность груза и срочность доставки». – М.: Транспечать, 1924. – С.5.

² См.: А. Г. Г у с а к о в . Цит. предисловие. – С.6-7.

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 лежат 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 сумме.¹ Автор видит присущий перевозке риск также при причинения 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 свойствами.²

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 недобросовестности многочисленных служащих, создающих фикцию случайности. Это не основание ответственности.³ 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».⁴ 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

¹ См.: А.Г.Гусаков. Железнодорожное право по законодательству СССР. – М.: Транспечать, 1929. – С.206-207.

² См.: А.Г.Гусаков. Цит.соч. – С.225, 232.

³ См.: И.Либба. Указ. работа. – С.21-28.

⁴ См.: И.Либба. Цит. соч. - С.98. Отождествление риска с «вредом» никак не приемлемо, как недопустимо и отождествление риска с «внутренним случаем».

вида транспорта, монопольности перевозки, экономической мощи железнодорожных предприятий. Это и позволило дороге взять па себя профессиональный риск, сопряженный с осуществлением ее деятельности.¹ 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 риска.²

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 па себя и риск возможной недостачи, 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 грузохозяина.³ 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 протащить эту теорию, исходя из «хозяйственных соображений», из соображений

¹ См.: Там же. — С.29-31.

² См.: Там же. — С.33.

³ См.: А. Н. Антошин. Материалы к курсу коммерческой эксплуатации. — М., 1927. — С.73.

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 явление.¹ 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 рисковать.²

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 в тезисе об интересе. Получается, что интерес имеют не те, кто получает прибыль, а те, кто пользуется услугами предприятия, они 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 интересах.³ 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

¹ См.: Б. С. Антимонов. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. — М.: Госюриздат, 1952. — С.19.

² См.: Там же. — С.20, 26, 43.

³ См.: Б. С. Антимонов. Цит. соч. — С. 21, 22.

принципиально непригодна для советского социалистического права, позволяет ослабить борьбу за безопасность использования транспортных и других аналогичных средств.¹ 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 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 нет.²

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 дороге.³ Данная Я. М. Рапопортом критика теории «профессионального риска» совершенно

¹ См.: Гражданское право, т.1, 1944. – С.335, 336.

² 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. - С. 42.

³ См.: Я. М. Рапопорт. Цит. статья. - С. 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. - С. 172—174).

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 вырванная 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 тяготы.¹

Теория «профессионального риска» является ничем иным, как орудием социальной демагогии, защищающей не экономически слабого, а прежде всего частную собственность.² 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 предпринимателя.³ Борьба трудящихся привела к изданию знаменитого закона 1898 года, базировавшегося на объективной ответственности.⁴ 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. Рискует оба: и тот, кто нанимает, и тот, кто

¹ См.: А. В. Венедиктов. Договорная дисциплина в промышленности. – Л., 1935. – С. 122, 123. См.: A. Affandi. Tarification du risque individuel en assurance automobile. Louvain, 1968.

² См.: М. Агарков. Обязательства из причинения вреда. «Проблемы социалистического права». № 1, 1939. - С. 56.

³ 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 Шершеневича». - М., 1915. – С.339).

⁴ 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». - С.701). Еще раньше – в 1846 году был принят в Англии Закон Кемпбелла (право семьи рабочего на компенсацию), но это был лицемерный закон – *onus probandi* целиком лежала на пострадавшем, что по существу лишало этот закон действия. (См.: Х.Шварц. Цит. статья. - С.93).

нанимается на работу.¹ В ряде же стран этот принцип вообще более не применялся к случаям, происшедшим на самом предприятии,² 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 буржуазные 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.³

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.⁴ 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 перекладывают бремя финансовых потерь на более мелких предпринимателей, но в любом случае вся тяжесть падает на плечи самих же трудящихся,⁵ неимущих, которые часто сами являются причинителями.⁶

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 в социально-политических моментах,

¹ См.: Е. А. Флейшиц. Вступительная статья к т. 2 курса. Жюллио де ла Морандьера «Гражданское право Франции». – М., 1960. – С.21; См.: также О.С.Иоффе. Указ.раб. –С.22.

² См.: А. А. Собчак. О спорных вопросах общей теории правовой ответственности. – «Правоведение». - №1. – 1968. – С.57.

³ См.: К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения, т. XVI, ч.2. - С.265.

⁴ См.: Б.С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. – М.: Юриздат, 1950. – С.18 и след.

⁵ См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран. – М., 1949. – С.444.

⁶ См.: М. М. Агарков. Проблема обязательства из причинения вреда. Труды 1-ой научной сессии ВИЮН. – М., 1940. – С.307.

и в догматическом толковании норм, и даже в философии.¹ 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 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 вреда.² 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».³

* * *

Буржуазная юриспруденция выдвинула также теорию «производственного риска»,⁴ теорию, продиктованную интересами капиталистического оборота, стремящуюся снять с предпринимателей ответственность за убытки, связанные с неисполнением обязательств, якобы вызванные забастовками трудящихся, классовой борьбой пролетариата. Так,

¹ См.: Изложение взглядов у Б.С.Антимонова. Цит. работа. – С.7-12.

² О принципиальном отличии этих случаев в советском праве; См.: у Г.К.Матвеева. Основания гражданско-правовой ответственности. – М.: Юридическая литература, 1970. – С.85-86.

³ Г. К. М а т в е е в . Основания гражданско-правовой ответственности. - С.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.

⁴ 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.

А. Мühlen указывает, что ответственность предпринимателя при забастовке по отношению к партнеру исключается в том случае, если возникновение забастовки нельзя было проконтролировать и избежать.¹ 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 останова предприятия, в том числе и по неизвестным причинам.² 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»³ 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 зарплаты.⁴ 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 зарплаты.⁵ Но если нанимающийся полностью лишается средств к существованию, к чему его вынуждает эксплуатация, т. е. вина предпринимателей, всего капиталистического государства, то предприниматель фактически не теряет ничего, компенсируя свои потери усилением эксплуатации, выколачиванием

¹ См.: Alexander Mühlen. Die Schädigung von drittbetrieben im arbeits Kampf, vergleichende darstellung den rechtslage in Deutschland und Frankreich. Köln, 1967, S.2.

² См.: Там же. - С.56.

³ О категории невозможности исполнения речь пойдет ниже.

⁴ См.: А. Мühlen, там же. - С.58.

⁵ См.: Там же. - С. 71, 75. См.: также о производственном риске: Abels. Das Betriebsrisiko in den Verhältnissen der Nachkriegszeit, 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, Risik verteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben. Tübingen, 1962.

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 зарплаты.¹ 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 нанимателя.² Это главное 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 что.³

¹ См.: А. Мühlen. Цит.соч. - С. 75, 76, 78.

² См.: Р. А. L o n d o n . Pollock's Law of Torts. London, 1951, p. 118. Об этом же говорит и Р.Boure в своей теории контракта (См.: Les conflits de lois en matiere d'obligations extracontractueiles. Paris. 1961, p.19).

³ См.: Р. А. L o n d o n . Цит. соч. - С. 115, 127.

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 пешеходом.¹

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».² Именно так — принятие риска или «Assertation des risques» трактует эту теорию Y. Leservoisier. 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 причинителя.³

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 риску,⁴ риску в садоводстве,⁵ в капитальных вложениях,⁶ в лабораторных исследованиях⁷ и т. д.

Особенно много внимания уделяется риску в буржуазной экономической литературе в связи с коммерческой деятельностью, биржевой игрой, шансами, прибылью.⁸ В Нью-Йорке 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

¹ См.: Н. Street. The Law of Torts. London, 1955, p. 169.

² См.: Н. Street. Цит. соч. - С. 171, 172, 77.

³ См.: Y. Leservoisier. La responsabilite civile resultant du transport gratuit de personnes en droit francais 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).

⁴ См.: Hirmer Max - Peter. Mode und Risiko, 1965.

⁵ См.: H. Storck. Das Risiko im Gartenbau un seine Abwehr, 1966.

⁶ См.: D. S. Herts. Risk analysis in capital investment. «Harvard Business Review», 1964, т. 42, №1. - С. 95-106.

⁷ См.: D. F. Cox. Risk taking and information handling in consumer behavior. Hovard, 1967.

⁸ 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 risk, 1957; W. T. Carleton. Measurement of risk attitudes of Wisconsin banks, 1960; H. V. Snider. Risk management, 1961; D. E. Ferrar. The investment decision under uncertainty, 1962; G. L. S. Shackle. Decesion, order and time in human affairs, 1963; K. H. Borch. Wirtschaftliches Verhalten bei Unsicherheir, 1969; P. Conzelmann. Risiken und Chancen der mittelstandischen Zulieferer und Wirtschaftspolitische Moglichkeiten der Risiko abgrenzung, 1966; W. Engels. Rentabilität, Risiko und Reichtum, 1969; I. S. Hammond. Better decisions with preference theori. «Harvard Business Review», 45, 1967. - С. 123 и др.

факторов, причем часто строящиеся на предположении расчеты не дают должного результата.¹ 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 обязательству.² 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 подробно.³

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 риск не может освободить от выполнения обязательства. Автор полагает, что риск является одним из важнейших моментов, вплетенных в обязательство «и нередко являющийся его содержанием».⁴

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

¹ См.: D.V.Hertz. Цит. статья. - С.97 и след.

² См.: Д.И.Мейер. Русское гражданское право. – М., 1873. – С.376.

³ См.: Я.М.Магазинер. Советское хозяйственное право. – Л.: Изд. кассы Взаимопомощи студентов Ленинградского института народного хозяйства им. Ф.Энгельса, 1928.

⁴ 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. - С.114).

интересах господствующих классов, к тому стихийному распределению рисков, которое является следствием действия социально-экономических сил.¹ Право представляет собой систему норм, «закрепляющие 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 распределение рисков, как о специальной поправке. Что же касается субъективного права, то это, по его мнению, «открытая возможность действовать беспрепятственно при устраненном или ослабленном риске».²

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 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 управомоченного.³

Всякая обязанность включает в себе несение риска, риск прекращается исполнением, но закон защищает лишь те обязательства, которые риск

¹ См.: Я.М.Магазинер. Цит.соч. - С. 290.

² Я.Магазинер. Заметки о праве «Вестник юстиции Узбекистана», 1925. - №4-5. - С.35

³ См.: Я.М.Магазинер. Советское хозяйственное право. - С.292, 293.

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).¹

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 неосторожность.² 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 нарушения.³ 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

¹ См.: Я.М.Магазинер. Цит. соч. - С.295.

² Автор под случайным вредом, правда, понимает только непредотвратимый.

³ См.: Я.М.Магазинер. Цит. соч. - С. 297.

«бессильно управлять стихией случая», но оно в состоянии «регулировать и исправлять его последствия».¹

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, возможно и «стремление сложить с себя этот риск», чему необходимо (во избежание угрозы разрушения системы распределения рисков) создать противовес, который заключается о новом риске — риске наказания. Опасность применения наказания (ответственности), т. е. большего риска по сравнению с тем, от которого хотел освободиться субъект, достаточна для соблюдения норм права, т. е. для «непоколебимости существующей системы распределения рисков».² 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 и 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 — должником.³ 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».⁴ Критикуя утверждение этого философа, Л. П.

¹ См.: Там же. – С.298.

² См.: Я.М.Магазинер. Цит.соч. - С. 352, 353, 354.

³ См.: М.М.Агарков. К вопросу о договорной ответственности. Вопросы советского гражданского права. – Л.-М.: Изд-во АН СССР, 1946. – С.129.

⁴ R.Haveman. Dialektik ohne Dogma? Naturwissenschaften und Weltanschauung. S. 100

Шептулин указывает, что если бы все было именно так, как утверждает Р. Хавеман, то человечество прекратило бы существование.¹

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 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 смерти.² 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».³ 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 странах.⁴ Страхование ответственности – эта защита против экономических недостатков и перед трудностями опровержения вины, — утверждает F.C. Dorschel.⁵ По существу это является там ничем иным, как ограничением ответственности.⁶ Хотя такое страхование еще в двадцатых годах буржуазные юристы стыдливо называли элиминированием риска,⁷ однако в последнее время увеличение риска причинения вреда автотранспортом, развернувшаяся «гражданская война на дорогах» вызвали обращение владельцев автомашин к страховым компаниям. Причём, 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 полис.⁸ 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 –

¹ См.: А.П.Шептулин. Система категорий диалектики. – М.: Изд-во «Наука», 1967. – С.246.

² См.: С.Starr. Social benefit versus technological risk. «Science», 163, 1969, № 3899, p. 1235, 1237, 1238.

³ См.: В.И.Гараджа. Протестантизм. – М.: Полит.лит., 1971. - С. 93, 101, 129.

⁴ 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, M.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.Nevman. Insurance and risk, 1964; P. Braess. Versicherung und Risiko. Wiesbaden, 1960 и др.

⁵ См.: F.C.Dorschel. Haftung und Haftpflichtver – Sicherung – ihr Verhältnis zueinander und ihre Bedeutung in der Arbeitgeber – Arbeitnemer – Sphäre. Диссерт. Stuttgart, 1964. - С. 9.

⁶ См.: там же. - С. 66, 71.

⁷ См.: С.О.Hardy . Risk and risk. Chicago, 1923. – С.4 и др.

⁸ См.: Ю.Г.Матвеев. Цит. статья. - С.81. На тенденцию замены деликтной ответственности страхованием указывает и А.А.Собчак. Цит. статья. - С. 57.

он не чувствителен; это и вызывает инстинктивную потребность разложения убытков. Но, по существу, здесь не разложение, а переложение вреда.¹

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 *Loringen*, 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 субъектами.²

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 потребителя.³ 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 юристы.⁴

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 характер.⁵ В настоящее время 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).

¹ См.: И.А.Покровский. Цит. соч. - С. 290-292.

² См.: Л.Лунц. Учение о невозможности исполнения договорных обязательств в английском праве. «Учен. записки ВШЮН», вып. – У.М., Юриздат, 1947. - С. 93.

³ Р.Саватье (См.: цит. соч. - С. 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. - С.77).

⁴ См.: Л.Жюлио де ла Морандьер. Цит.курс, т.2. - С. 406.

⁵ См.: К.К.Яичков. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву. – М., АН СССР, 1958. – С.215-216.

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.Артемов и Д.Половинчик.¹ 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.).² 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.Рахмилович.³ 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 случай.⁴

Позднее В. Л. Рахмилович признал возможным возложение на органы Госстраха обязанности возмещать причиненный механизированными средствами транспорта ущерб.⁵ 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

¹ См.: С.Артемов и Д.Половинчик. Новые виды страхования подсказывает жизнь, «Советская юстиция», №11, 1961. - С. 3, 4.

² См.: Н.Малейн. Страхование гражданской ответственности. «Советская юстиция», №11, 1962. - С.22-23. Солидарен с этим и Д.С. Левинсон. (См.: В собственность или напрокат? М., «Юридическая литература», 1966. - С. 41).

³ См.: В.Рахмилович. О страховании гражданской ответственности. «Советская юстиция». №4, 1962. - С.21.

⁴ См.: В.Рахмилович. О страховании гражданской ответственности. - С. 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. - С.80). Продолжает высказываться за рациональное сочетание института ответственности и страхования и Н.С.Малейн (Вина – необходимое условие имущественной ответственности. - С. 32, 35).

⁵ См.: В.Рахмилович. О страховании гражданской ответственности владельцев механизированных средств транспорта, «Советская юстиция», 1970. № 21. - С. 14-15.

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 гражданскоправовой 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.Л.Красавчикова, который совершенно обоснованно признает за риском не решающую, а вспомогательную роль, но распространяет эту категорию «на все важнейшие виды имущественных гражданскоправовых связей».¹ 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.

¹ См.: О.А.Красавчиков. Цит. монография. - С. 144.

ГЛАВА II

ПОНЯТИЕ РИСКА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

§ 4. Сознание, воля, вина¹

В психологии «воля» означает сторону психической деятельности человека, которая получает выражение и сознательной целенаправленности всех движений, поступков, действий.² Волю понимают, прежде всего, как активность человека, осуществляемую с поставленной заранее целью, с применением сознательно усилия и с предварительным выбором необходимых средств.³ 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, гралем, «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 полноту этого мира».⁵

Нет противопоставления волевых процессов интеллектуальным, как нет исключаяющей противоположности между волей, интеллектом и чувством. Волевой акт — это действие с интеллектуальными и эмоциональными моментами, это действие умственное, а не только физическое.⁶ 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 заключает в себе отношение человека к предмету, к существующей обстановке. Отношение это представлено именно в волевом

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. - С.304-316). В связи с этим в данном параграфе он излагается кратко.

² См.: А.И.Щербаков. Волевые процессы и свойства личности. — Л., 1963. — С.5 и сл.

³ См.: П.И.Иванов. Общая психология. Ташкент, 1964. — С. 336.

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

⁵ К.Маркс и Ф.Энгельс. Из ранних произведений. — М., 1956. - С.444.

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

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

действию.¹ «Воля — это не только механически действующий психологический момент, но и решающая точка перехода от простого мышления и представления к объективному поведению».² Воля является практической стороной сознания, деятельной стороной разума и морального чувства.³ Но свобода воли как понимание необходимости не является фактом нашего сознания, на что указывал В. И. Ленин.⁴

В капиталистическом мире до сих пор процветают взгляды иррационализма и волюнтаризма Артура Шопенгауэра и правовозвестника сознательного как слепой мотивационной силы З.Фрейда, ницшеанские требования неограниченного нравственными и разумными установлениями «свободного» проявления воли к власти.⁵ «Воля сама по себе бессознательна и представляет собою лишь слепой, неудержимый порыв...» Вот точка зрения А. Шопенгауэра.⁶ 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 воли.⁷

С резкой критикой подобных «бредней философского идеализма», возводивших волю во всеобщую универсальную абстракцию, выступил В.И.Ленин.⁸ Воля всегда была главной крепостью идеализма, который трактовал волевой 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 действительности.⁹ Волю можно считать сознанием в действии, практическим сознанием, она есть функция человеческого мозга, которая выражается в регулировании поведения.¹⁰ Воля—это способность претворить

¹ См.: С.Л.Рубинштейн. Цит. соч. - С.517.

² Ион Лешкас. Вина как субъективная сторона преступного деяния. — М.: Юриздат, 1958, - С. 23.

³ См.: А.Г.Ковалев. Психология личности. — М.: «Просвещение», 1965. — С.29.

⁴ В.И.Ленин. Экономическое содержание народничества. Полн.собр.соч., т.1. - С. 440.

⁵ В.Бассин. Сознание и бессознательное. — М.: Изд-во АН СССР, 1962. — С.41.

⁶ А.Шопенгауэр. Мир как воля и представление, т.1. — М., 1900. — С.283.

⁷ 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 свободны, а вынуждены делать то, что делаем. (См.: А.Грюнбаум. Свобода воли и законы человеческого поведения. «Вопросы философии», 1970, №6. — С.62).

⁸ В.И.Ленин. Полн.собр.соч., т.13. - С.241.

⁹ См.: Г.Смирнов. Свобода и ответственность личности. «Коммунист», 1966. - №14. — С.60-64. Несомненный интерес в этом плане представляет статья И.С.Самощенко и А.Х.Фарукшина «Предпосылки правой ответственности». «Правоведение», 1970, №5. - С.36, 37.

¹⁰ См.: В.И.Селиванов. Воля и ее воспитание. Автореф. докт. диссерт. — М., 1952. — С.13, 15.

в действительность то, что считается субъектом целесообразным.¹ Воля—это «сознательная направленность к цели, сознание цели и средств «поведения, действие, направленное на сознательную цель».² 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 волю.³

Признание марксистско-ленинской философией свободы воли не означает, что она сводит «объективную обусловленность воли к фатальной предопределенности ее содержания».⁴ Конечно, в широком смысле можно полагать, что выбор человеком определенного варианта поведения из нескольких возможных детерминирован его интересами, его целями,⁵ 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».⁶

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 существа.⁷ Феномен страха, апофеоз смерти — вот реализация «подлинного» человеческого существования с точки зрения Хайдеггера и других экзистенциалистов.⁸ По их мнению, людьми руководит стихийная вещная необходимость, поэтому, как утверждает Сартр, для человека нет «алиби».⁹ Границы человеческого выбора, его возможности заранее определены, утверждает экзистенциализм, человеческая свобода лимитируется предлагаемой миром ситуацией. Такая свобода не даст счастья,

¹ О.М.Бакурадзе. Свобода и необходимость. Аврореф. докт. диссерт. Тбилиси, 1964. - С.10.

² Ш.Н.Чхартишвили. Проблема мотива волевого поведения. Аврореф. докт. диссерт. 1955. - С.26.

³ В.И.Ленин. Что такое «друзья народа» и как они воюют против социал-демократов? Полн. собр. соч., т.1. - С.159.

⁴ И.С.Самощенко. Свобода воли и ее значение для правового регулирования общественных отношений. «Советское государство и право», 1963, №12. - С.35.

⁵ См.: М.Д.Шаргородский. Детерминизм и ответственность. «Правоведение», 1968, №1. – С.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).

⁶ К.Маркс и Ф.Энгельс. Избранные произведения в 2-х томах, Т.2. - М.: Госполитиздат, 1948. – С.372.

⁷ См.: Т.И.Ойзерман. Философия кризиса и кризис философии. «Современный экзистенциализм». – М.: «Мысль», 1966. – С.39.

⁸ См.: Р.М.Габитова. Концепция личности и общественной жизни в немецком экзистенциализме. Тот же сборник. – С. 136.

⁹ См.: М.К.Мамардашвили. Категория социального бытия и метод его анализа в экзистенциализме Сартра, тот же сборник. - С. 164.

а лишь доказывает бессилие и обреченности людей, не имеющих никакой цели.¹ 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, 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 причин.² «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 вина.³ По его мнению, индивид не ведает, что творит, иными словами, он по существу проповедует бессознательность, безволие.⁴ Экзистенциалисты, как указано выше, проповедуют страх, который, по их мнению, является, прежде всего, постижением мира как страшного. Человек бессилён, проблема выбора сводится к проблеме непосредственного участия, примыкания, спонтанной вовлеченности в действие.⁵ По Сартру существование—не означает достижение того, чего хочет индивидуум, а означает определять самого себя в отношении желания, то есть автономию выбора, которая сводится не к свободе действия, а к свободе мышления.⁶

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 нормы,⁷ 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

¹ См.: Т.А.Сахарова. Проблема человека в концепциях французских экзистенциалистов, тот же сборник. - С. 299.

² См.: Т.А.Сахарова. Цит.соч. - С.301, 302.

³ См.: Э.Ю.Соловьев. Экзистенциализм. «Вопросы философии», №1, 1967. - С. 73.

⁴ См.: Л.И.Филиппова. Экзистенциальный психоанализ Ж.-П.Сартра: замысел и результат, «Вопросы философии», №7, 1968. - С.83.

⁵ См.: Т.М.Тавризян. Феноменология Э.Гуссерля и французский экзистенциализм. «Вопросы философии», №1, 1968. - С.76.

⁶ См.: Т.И.Ойзерман. Философия марксизма и антиинтеллектуалистическое мировоззрение современной буржуазии. «Против современной буржуазной философии», МГУ, 1963. - С.56.

⁷ См.: Вильям Пешка. Экзистенциалистическая философия права, «Против современной правовой идеологии империализма», «Иностр.лит», М., 1962. - С.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. - С. 134).

капиталистам правопорядка; 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 вине.¹ Говоря об интеллектуальной стороне психического отношения субъекта, мы имеем в виду не только мотивации и иные 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 неосторожности.² 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 граждан.³ 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».⁴ 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 обстоятельств.⁵ Против такой объективизации вины, выхолащивания из нее умысла и неосторожности справедливо выступил О. Н. Садилов.⁶ Однако вопрос об осознании противоправности и об отрицательном отношении нарушителя к другим интересам, — это самостоятельный вопрос, 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).⁷ Высказывания, ставящие под сомнение психические

¹ См.: Г.К.Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. — С. 176.

² См.: Г.К.Матвеев. Вина в советском гражданском праве. — Киев., 1955. — С.172-178. Аналогичное определение дано в учебнике советского гражданского права под ред. О.А.Красавчикова. — М.: «Высшая школа», 1968. т.1. — С.492.

³ См.: О.С.Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. — С.113. В принципе солидарен с этим и К.Ф.Тихонов. (См.: Субъективная сторона преступления, Саратов, 1967. — С.65).

⁴ См.: Учебник под ред. В.А.Ряшенцева. — М., Госюриздат, 1965, т.1. — С. 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.

⁵ См.: П.Д.Каминская. Основание ответственности по договорным обязательствам. «Вопросы гражданского права». — М.: МГУ, 1957. — С.93.

⁶ См.: О.Н.Садилов. Рецензия на указанный сборник. «Советское государство и право», №3, 1959. — С.138.

⁷ См.: С.К.Май. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. — М.: Внешторгиздат, 1953. — С.124.

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. Л. 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 категорией.¹

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 мотивов.²

Представляется не очень четкой точка зрения отдельных криминалистов на то, что для деяния важна сознательная воля, для формы вины — субъективное отношение к последствиям.³ 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 виной.⁴ Иногда допускается какая-то путаница, какое-то искусственное расчленение осознанного, целенаправленного, волевого процесса.⁵ 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 вовне.⁶ Прав В. И. Ткаченко, утверждая, что вина это обязательная совокупность интеллектуальных моментов (осознание, предвидение) и волевого момента (желание, допущение последствий или исключение их).⁷ На совокупность психологических элементов указывают и П.С.Дагель и В. С. Константинова.⁸

Итак, психическая сторона совершенного действия (бездействия), или, как ее принято называть, субъективная сторона заключается в волевом акте, в который фактически вплетаются интеллектуальные моменты.⁹ Определенный комплекс этого волевого акта составляет вину субъекта. Совершенно прав И. С. Самощенко, который не отождествляет вину со всеми

¹ В.А.Рахмилович. К вопросу о содержании гражданской вины. «Ученые записки ВЮЗИ», вып. V, - М., 1958. - С.132. В свое время допускал ошибку в этом вопросе и М.Чельцов (Спорные вопросы учения о преступлении, «Социалистическая законность», №4, 1947).

² См.: Виктор Кнапп. Некоторые актуальные вопросы гражданского права Чехословацкой республики, «Советское государство и право», №7, 1955. - С. 44.

³ См.: Н.Д.Дурманов. Понятие преступления. - Изд-во АН СССР, 1949. - С.39.

⁴ См.: К.Ф.Тихонов. Субъективная сторона преступления. - Саратов, 1967. - С. 86.

⁵ См.: Б.С.Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. - М., 1952. - С.93.

⁶ Б.С.Волков. Проблема воли и уголовная ответственность. - Изд. Казанского университета, 1965. - С. 11.

⁷ См.: В.И.Ткаченко. Субъективная сторона преступлений на автотранспорте. - «Правоведение», №6, 1968. - С.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.

⁸ См.: П.Дагель. Содержание, форма и сущность вины в советском уголовном праве. «Правоведение», 1969, №1. - С.80; См.: В.С.Константинова. Вина как условие ответственности по обязательствам поставки. Автореф. канд. дисс., Саратов, 1970.

⁹ 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. - С.156).

элементами субъективной стороны.¹ 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 действия и их последствий. А. А. Пионтковский полагает, что предвидение может выражаться не только в осознании неизбежности, но и в осознании возможности наступления общественно опасных последствий.² 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 последствиями.³ 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 положительных последствий, оно должно было осознавать неизбежность отрицательных последствий и могло их осознавать.⁴ 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.⁵ Правда, Г.К.Матвеев указывает, что отсутствие различий здесь не в психологическом смысле, а в юридическом ввиду одинаковости имущественных последствий.⁶

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

¹ См.: И.С.Самощенко. Цит.соч. - С.154, 155.

² См.: А.А.Пионтковский. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. – М., 1961. – С.348. Об этом также говорит и П.С.Дагель. (См.: Проблемы вины в советском уголовном праве. «Учен.зап. Дальневосточного госуниверситета», Владивосток, 1968. – С.89).

³ См.: А.А.Пионтковский. Цит. соч. - С.358.

⁴ 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. - С. 36).

⁵ См.: Советское гражданское право. Учебник под ред. О.А.Красавчикова. – М.: Изд-во «Высшая школа», 1968. – С.492.

⁶ См.: Г.К.Матвеев. Вина в советском гражданском праве. – С. 251.

правильно обратил внимание на то, что умысел характеризуется единством воли и сознания правонарушителя, «оба эти элемента сливаются в едином психологическом акте».¹

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 последствия.² При преступной самонадеянности действия виновного характеризует решимость в совершении нужного ему деяния.³ 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 риск.⁴

Нам кажется, что при преступной самонадеянности немаловажное значение имеет характер предвидения. В этом, хотя не только в этом, и заключается принципиальное отличие этой формы вины от косвенного умысла.⁵

Субъект, предвидя возможный результат, не предвидит, точнее не осознает, что он произойдет как следствие его — субъекта — действий.⁶ 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,

¹ См.: Г.К.Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. – С.256-257.

² 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. - С.85; В.С.Константинова. Цит.реферат. - С.15 и др.). Расширяется в литературе и число видов неосторожности: «Правовая неосторожность», «волевая небрежность» (См.: П.С.Дагель. Цит.соч. - С. 125 и далее.

³ См.: Б.С.Утевский. Цит. раб. - С.268.

⁴ См.: М.С.Гринберг. Понятие преступной самонадеянности, «Правоведение», №2, 1962. – С. 105.

⁵ 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. - С. 368 и 369). Мы полагаем, что различие заключается в другом, а конкретное предвидение вполне возможно и при самонадеянности.

⁶ См.: И.Лекшас. Цит. соч. - С. 70-71.

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 не проявлении должной осмотрительности в оценке этого обстоятельства.¹ Мы считаем, что дело здесь не столько в расчете на преодоление, сколько в уверенности в благополучном исходе.

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-либо.² 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)³ и надежда это не одно и то же, ибо надежда предполагает предвидение противоположного результата, а уверенность его исключает.⁴ 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».⁵ 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 результатом.⁶

Преступную небрежность иногда именуют неосознанной неосторожностью. Это наиболее сложная форма вины с точки зрения выявления волевых и интеллектуальных моментов; более того, по мнению

¹ См.: В.Я.Лифшиц. Цит. статья. – С.35, 36, 41. Автор подчеркивает, что преступное легкомыслие должно рассчитывать не на удачу, а на конкретные обстоятельства. Отсутствие расчета, включение преступного 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 связанных с риском; в данном случае имеет место легкомысленный характер расчета и на предотвращение последствий. (См.: цит. статью. - С. 85, также цит. соч. - С. 113, 114).

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

³ См.: В.Г.Макашвили. Уголовная ответственность за неосторожность. – М., 1957. – С.20.

⁴ М.С.Гринберг. Проблема производственного риска в уголовном праве. – М., 1963. – С.116.

⁵ В.П.Шахматов (Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия, Томск, 1957. - С.183), приводя указанный афоризм, замечает, что в самом процессе познания таятся возможности забуждения.

⁶ См.: М.В.Мостепаненко. Классики марксизма-ленинизма о возможности и действительности. Проблема возможности и действительности, М.-Л., Изд-во «Наука», 1964. - С. 18.

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 осознанным, у него создается решимость совершить данный поступок, действовать именно в таком направлении.¹ А.А.Пионтковский полагал, что сознание и воля характеризуют при небрежности не только поведение, но и последствия этого поведения.² Вот здесь мы и хотим подчеркнуть, что вина выражается не только в психическом отношении к результату, но прежде всего к противоправному действию.³ Вину характеризует психическое отношение лица к своим противоправным действиям.⁴ 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).⁵

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 потому, что сознательно, именно сознательно, относится к этому предвидению безразлично.⁶ В таком безразличии и заключается волевой и интеллектуальный момент 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 предосторожности.⁷ Кстати, бездействие – это не простая пассивность субъекта, а несовершение им действия, которое он должен был совершить.

¹ См.: Б.С.Утевский. Указ.раб. – С.279.

² См.: А.А.Пионтковский. Указ.раб. – С.376.

³ Критика буржуазной «психологической школы» дается Б.С.Антимоновым (Указ.раб. - С.89).

⁴ К.Ф.Тихонов подчеркивает, что «термином воля обозначается действенная сторона мышления, способность совершать (а не только мыслить) сознательные и целенаправленные действия» (Цит.соч. - С.54).

⁵ См.: И.Б.Новицкий, Л.А.Лунц. Общее учение об обязательстве. – М.: Госюриздат, 1950. - С.319, 320.

⁶ Г.К.Матвеев верно характеризует в этих случаях сознание и волю недостаточно интенсивными и целеустремленными (См.: Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 272; См.: также Основания юридической ответственности, «Советское государство и право», 1971, №10. - С.34).

⁷ См.: Б.С.Утевский. Цит.соч. - С. 281, 282.

Нельзя не согласиться с О.С.Иоффе и М.Д.Шаргородским, которые полагают, что при небрежности воля субъекта направлена не на то, на что она могла и должна была быть направлена.¹

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 деяния.² 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).³ Говоря о бездействии, часто встречающемся при небрежности, Г. К. Матвеев подчеркнул, что и оно заключается в целеустремленном волевом движении или в целеустремленном, волевом воздержании от определенного движения.⁴ Советское право решительным образом отвергает взгляды некоторых буржуазных юристов, отрицающих волю и сознание при неосторожности.⁵

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 допускать или предвидеть его.⁶ Авторы, соглашающиеся с таким определением неосторожности, иногда приходят к выводу о его неполноте в сфере нарушения договорных обязательств. Так, 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

¹ См.: О.С.Иоффе и М.Д.Шаргородский. Вопросы теории права. – М.: Юриздат, 1961. – С.339.

² См.: О.С.Иоффе, М.Д.Шаргородский. Вопросы теории права. – С.334.

³ См.: В.П.Шахматов. Цит.соч. – С. 198.

⁴ См.: Г.К.Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. – С. 122.

⁵ См.: Там же. – С. 270.

⁶ См.: «Советское гражданское право». Т.1. – М., 1968. – С.493.

для его исполнения. Отсюда делается вывод, что виновность должника по договору характеризуется также и недостаточно ответственным отношением субъекта к известным ему факторам.¹

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 вины.²

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 риска.³ 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 оценки.⁴

§ 5. Casus и риск

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 элементов.⁵

¹ См.: «Советское гражданское право». Т.1. – М., 1968. – С.493.

² См.: Г.К.Матвеев. Вина в советском гражданском праве. – С.274.

³ 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. – С.67). Юридическая вина является правовой, а не психологической категорией. (См.: Б.С.Антимонов. Цит. работа. – С.90).

⁴ См.: Б.С.Волков. Цит. соц. – С.11.

⁵ 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. – С.261).

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) случаю.¹

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 вина.²

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 вины.³ 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».⁴ Понимает случай, как то, что выходит за пределы виновного и О. С. Иоффе.⁵

В то же время многие ученые, рассматривая категорию «случая», переходят границы психических процессов, происходящих в интеллектуальной сфере субъекта, включая в даваемые ими определения признак возможности предотвращения вредных последствий.⁶ 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 заботливости».⁷ Непреодолимость зачастую исключает вину и включается в понятие случайности, но

¹ См.: Ю.Барон. Система римского гражданского права. Кн. IV. СПб. 1910. — С.83.

² См.: Г.Ф.Шершеневич. Учебник русского гражданского права. — Изд. П., т.2. — М., 1915. — С.228-231.

³ См.: М.М.Агарков. К вопросу о договорной ответственности. «Вопросы советского гражданского права». — М., изд-во АН СССР, 1945. — С.116.

⁴ И.Б.Новицкий, Л.А.Лунц. Общее учение об обязательстве. — М., 1950 — С.356.

⁵ См.: О.С.Иоффе. О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права. «Вестник ЛГУ». - №3. — 1948. — С.90.

⁶ На смешении 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. — С.66).

⁷ И.Б.Новицкий, Л.А.Лунц. Цит.раб. — С.356. О моменте невозможности устранения препятствующих факторов при случаи говорится и в учебнике гражданского права, т.1. — М., 1968. — С.494 и в некоторых других работах.

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.Туманов.¹ В то же время трудно согласиться с автором, который разделяя случай на два вида — субъективный и объективный, к последнему относит только непреодолимую силу.² 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.³

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, 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 людей.⁴ 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 — субъектом.⁵ Объективное — это то, что существует независимо от нас, а субъективное все то, что от нас зависит.⁶ Но понятие субъективного лишь частично совпадает с понятием сознания, проявляясь и в человеческих действиях. В то же время, с

¹ См.: В.А.Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация, 1951. — С.185.

² Точку зрения автора в этом вопросе разделяют многие цивилисты.

³ См.: О.А.Красавчиков. Цит. работа. — С. 134.

⁴ См.: Философская энциклопедия. Т.4. — М., 1967. — С.125.

⁵ См.: К.Маркс. К критике гегелевской философии прав. К.Маркс и Ф.Энгельс. Сочинения, т.1, 1955. — С.244.

⁶ См.: К.Маркс и Ф.Энгельс. Из ранних произведений. — М., 1956. — С.78; См.: также Н.М.Дмитриенко. О категориях объективного и субъективного. «Вестник ЛГУ», № 23, 1958. — С.43. В этом же смысле верны взгляды на действия с использованием этих 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. — С.9).

точки зрения марксистско-ленинской философии внутренней стороной объективного является независимость его от воли, от намерений и желаний.¹

В. И. Ленин указывал, что законы логики «суть обращения объективного в субъективном сознании человека».² При этом нужно иметь в виду, что в логическом смысле объективность означает истинное отражение объекта и познание его именно состоит в очищении от примеси субъективного.³ 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 случая.⁴ 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 сознания.⁵ И в этом смысле прав О. С. Иоффе, полагавший, что обстоятельства должны рассматриваться как случайные в зависимости от субъективного отношения к ним причинителя.⁶ 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 определенно в понимании случая П. С. Дагель, который невиновное причинение называет именно субъективным случаем.⁷

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 последствия.⁸ Автор совершенно верно говорит, что казус является именно субъективным случаем и всегда противопоставляется вине как ее антипод.⁹ Он также различает безвиновное причинение (казус) от причинения случайного.¹⁰ 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 гражданскоправовой 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

¹ См.: К.Маркс и Ф.Энгельс. Из ранних произведений. – М., 1956. – С.44.

² В. И. Ленин. Конспект книги Гегеля «Наука логики». Полн. собр. соч., т. 29. - С. 164.

³ См.: там же. - С. 167. В данном случае соответствие понятия объекту означает, что оно не субъективно, наоборот, несоответствие понятия реальности означает его субъективность. (См, там же. - С. 176.)

⁴ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 119.

⁵ Отождествляет казус только с субъективным случаем и П. С. Дагель. (См.: цит. соч. - С. 173).

⁶ О. С. Иоффе. Цит. статья. - С. 92.

⁷ См.: П.С.Дагель. Цит. статья. - С. 82.

⁸ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 94.

⁹ См.: там же. - С. 120.

¹⁰ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. М., Госюриздат, 1970. - С. 17.

Масловой очень удачен (думала, что дает снотворное).¹ 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),² отношение лица к своим действиям и их последствиям, при котором оно не должно или не могло предвидеть наступление противоправных последствий (Б. Утевский)³ и др. А. А. Пионтковский также по существу отделяет объективно-случайные последствия от субъективного случая.⁴ Автор правильно критикует взгляды на случайность как на чисто субъективную категорию.⁵ 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 субъекту.⁶ 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 предвидеть.⁷

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 предотвращено.⁸

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

¹ См.: там же. - С. 109, 110, 113.

² См.: А. Герцензон. Уголовное право. Общая часть, 1948. - С. 340.

³ См.: Б. С. Утевский. Цит. соч. - С. 316.

⁴ См.: А. А. Пионтковский и. Цит. соч. - С. -216, 238, 239.

⁵ См.: там же. - С. 196, 394, 395.

⁶ См.: там же. - С. 395.

⁷ См.: там же. - С. 240.

⁸ См.: Ив. Либба. Ответственность железных дорог за целостность груза и срочность доставки. М., «Транспечать», 1924. - С. 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. - С. 144).

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.

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,¹ 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 отношения.² 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 результату.³

С точки зрения психологической, утверждает И. С. Самощенко, и субъективно-случайное поведение является сознательным и волевым актом поведения, иначе это простое телодвижение.⁴

Таким образом, субъективный случай, как понятие, противопоставляемое вине, можно определить, как психическое отношение субъекта к своим действиям (бездействию) и их результатам, выражающееся

¹ См.: В. Ф. Кириченко. Значение ошибки по советскому уголовному праву. М., Изд-во АН СССР, 1952. - С. 78.

² См.: А. А. Пионтковский. Указ. работа. - С. 394.

³ См.: Д. И. Бернштейн. Понятие ответственности за нарушение социалистических правовых норм и вина как неперемное условие ответственности. Ташк., 1964, канд. диссерт. - С. 147, 148.

⁴ См.: И. С. Самощенко. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. - С. 148.

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 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 неотвратимостью, ибо если бы нарушитель знал о последствиях, он мог бы их предотвратить.¹

П. Г. Семенов указывает, что «осведомленность о чем-то есть, конечно, субъективный фактор, но «что-то» это объективный момент».² О том, что действия человека всегда являются единством объективной и субъективной стороны, говорил и А. А. Пионтковский.³

* * *

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 случайности.⁴ Многие мыслители рассматривали вероятность главным образом в аспекте логическом, понимая под ней степень уверенности в наступлении события.⁵ Именно так (меняющаяся степень уверенности субъекта) она понимается и в обыденной жизни.⁶ Это слово имеет различные значения, начиная от субъективной веры в какое-либо событие и кончая

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

² П. Г. Семенов. Проблема причинной связи в советском праве. Учен. записки ВИЮН, вып. 8, 1958. - С. 263.

³ См.: А. А. Пионтковский. Цит. работа. - С. 239.

⁴ См.: А. Е. Фурман. Материалистическая диалектика. Изд-во МГУ 1969. - С. 118

⁵ См.: Д. И. К о р ю к и н. Вероятность как философская категория и ее применение в естествознании. Автореферат канд. диссерт. Свердловск, 1964. - С. 5.

⁶ См.: Ю. Нейман. Вводный курс теории вероятностей и математической статистики. М., «Наука», 1968. - С. 36. Словарь русского языка АН СССР (т. I. - С. 189) определяет вероятность как объективную возможность осуществления чего-либо, как степень осуществимости.

объективной характеристикой посредством установления частоты его появления.

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 закономерности.¹ Она трактуется как численная характеристика меры возможности события и находит свое выражение через частоту.² Понятие математической вероятности заключается в том, что массовые явления действительности проявляют закономерную природу поведения, что выражается в устойчивости частоты.³ 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 достоверность.⁴ С точки зрения марксистско-ленинской философии вероятность теснейшим образом связана с такими категориями, как возможность, необходимость и действительность. Вероятность это мера основания, известная степень возможности.⁵ Вероятность — это степень необходимого в возможном. Так именно рассматривал это понятие В. И. Ленин.⁶

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 превращения.⁷ Количественная сторона возможности и есть ее вероятность.⁸ Вероятной является возможность той или иной случайности, при которой варьируют случайности.⁹ Случайность не всегда переходит из потенциального в актуальное, именно вероятность и является мерой исчисления возможности наступления случайностей в повторяющихся событиях.

¹ См.: Г. И. Рузавин. Логическая вероятность и индуктивные выводы. «Вопросы философии», № 4, 1967. - С. 109.

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

³ См.: Г. А. Геворкян. Вероятное и достоверное знание. Ереван, 1965. - С. 54.

⁴ См.: Г. И. Рузавин. Цит. статья. - С. 110.

⁵ См.: В. А. Сидоркин. Категории материалистической диалектики. М., Госполитиздат, 1957. - С. 256.

⁶ В. И. Ленин. Полн. собр. соч., т. 9. - С. 380—381.

⁷ См.: Т. В. Церетели. Деликты создания опасности, «Советское государство и право», 1970, № 8. - С. 59.

⁸ См.: Л. В. Смирнов. Категория вероятности, «Вопросы философии», 1958, № 12, стр 82.

⁹ А.Е.Фурман. Цит. соч. - С. 119.

Возможность наступления события с количественной стороны и характеризует вероятность.¹

Специально занимался вопросами случая и вероятности известный буржуазный ученый Эмиль Борель (Emile Borel). Он полагал, что вероятность это прерывное количество возможных случаев,² 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».³ 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 Солнца.⁴ Всегда необходимо иметь в виду именно реальную, а не абстрактную вероятность. Не все, что возможно — возможно, иначе это будет чисто абстрактная возможность.⁵

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».⁶ 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 идеализму.⁷ Субъективистские истолкования вероятности сводятся к тому, что вероятность 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 содержание.⁸ В то

¹ См.: А. А. Чунаева. Категории материалистической диалектики. Л., 1965. - С. 93. См.: также Б.В.Гнеденко. Цит. соч. - С. 16.

² См.: Э. Борель. Случай. М.— П., Госиздат, 1923. - С. 39.

³ См.: там же. - С. 8, 9.

⁴ См.: Emile Borel, Probabilite et certitude. Paris, 1956 — в нашем издании —Вероятность и достоверность. М., «Наука», 1969. - С. 49.

⁵ См.: К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., 1956. - С. 37.

⁶ См.: В. И. К о р ю к и н, М. Н. Р у т к е в и ч. Вероятность, Сб. «Некоторые категории диалектики». Росвузиздат, 1963. - С. 72.

⁷ См.: там же. - С. 77.

⁸ См.: Г. А. Г е в о р к я н. Цит. соч. - С. 63.

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 суждениях.¹ Ее считают одним из способов познания случайных явлений природы и общества.² Под вероятностью данного события понимают оценку возможности его появления.³ 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 практика.⁴ 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 утверждения.⁵ 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 частот.⁶

Я. М. Магазинер указывает, что все степени вероятности находятся между необходимостью (100%) и случаем (0%). Иначе, случай — это минимальная вероятность события. Все возможные шансы вреда от данного действия и есть риски. При случайности практически степень вероятности наступления события чрезвычайно мала, при неосторожной вине вероятность достаточно велика.⁷ 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

¹ См.: В. И. К о р ю к и н, М. Н. Р у т к е в и ч. Цит. работа. - С. 84.

² См.: Г. А. Геворкян. Цит. соч. - С. 43, 44.

³ См.: Г. И. Рузавин. Цит. статья. - С. 112.

⁴ См.: С. В. К у р ы л е в. О достоверности и вероятности в правосудии. «Правоведение», № 1, 1968. - С. 67.

⁵ См.: Г. А. Геворкян. Цит. соч. - С. 107—109.

⁶ См.: там же. - С. 123, 124.

⁷ См.: Я. М. М а г а з и н е р. Советское хозяйственное право. Л., 1928,. - С. 361.

хоть в какой-то мере может быть вероятным.¹ 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 считаться.²

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.³ На практике приходится пренебрегать небольшими вероятностями, но есть вероятности не только практически пренебрежимые, но и абсолютно пренебрежимые. Мы пренебрегаем тем, что кассир скоропостижно 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 существование.⁴ 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 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 результата.⁵ Позиция махистов, в частности Авенариуса, рассматривавшего необходимость «как степень вероятности ожидания следствий», была подвергнута критике со стороны В.И.Ленина.⁶ Неверно отождествлял возможность со случайностью Р.Наветманн, считавший, что она может быть и может не быть, и полагавший, что деятельность людей основывается не на необходимости, а на

¹ См.: Л. В. Смирнов. Цит. статья. - С. 82.

² В. И. Ленин указывал, что «случайного никому не дано знать наперед». («По поводу заявления Бунда»). Полн. собр. соч., т. 7. - С. 98.

³ См.: Я. М. Магазинер. Цит. работа. - С. 363.

⁴ См.: Эмиль Борель. Вероятность и достоверность. - С. 90.

⁵ См.: А. А. Пионтковский. Цит. соч. - С. 205, 206.

⁶ В. И. Ленин. Материализм и эмпириокритицизм. Полн. собр. соч., т. 18. - С. 162, 163.

случайности, на вероятности, выражающей ту или иную степень возможности наступления конкретного случайного явления.¹ 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 предвидения.² 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 может случиться, а может и не случиться.³ 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».⁴ Говоря о преступной самонадеянности, Б. С. Утевский считает, что виновный в этом случае проявляет легкомысленную готовность рискнуть чужими интересами, «обнаруживает недопустимую готовность риска...».⁵ О. С. Иоффе в одной из своих статей указывает, что «виновность допустившего просрочку должника как бы обнимает собою возникшие впоследствии

¹ См.: А. П. Ш е п т у л и н. Система категорий диалектики. М., «Наука», 1967. - С. 244, 246.

² Выше нами уже была высказана мысль, что даже при эвентуальном умысле субъект должен был и мог осознавать неизбежность последствий.

³ См.: И. С. С а м о щ е н к о. К вопросу о причинности в области юридической ответственности. «Вопросы общей теории советского права», М., 1960. - С. 253.

⁴ R.Saleilles. Les accidents de travail et la responsabilite, 1897, p. 58-59.

⁵ Б. С. Утевский. Вина в советском уголовном праве. - С. 263.

случайности, риск наступления которых справедливо переносится законом на виновную сторону».¹ 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 цели.² 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 наступление.³ 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 последствия.⁴

Упоминается, как видим, связь риска с виной и в форме преступной самонадеянности. М. С. Гринберг именно в определении преступной самонадеянности как недопустимого и неоправданного риска видит исходное положение для разграничения ее от оправданного производственного риска.⁵ 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.Малеин, подчеркивает, что риск исключает вину, однако затем отступает от этого вывода, полагая, что грубая небрежность представляет собой неоправданный, необоснованный риск.⁶ 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

¹ О. С. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. «Советская юстиция», 1965, № 5. - С. 25

² См.: В. Г. Макашвили. Цит. статья. - С. 109.

³ См.: там же. - С. 110.

⁴ См.: решение по делу № 6/33 от 22 января 1968 года.

⁵ См.: М. С. Гринберг. Цит. соч. - С. 119.

⁶ См.: Н. С. М а л е и н. Вина — необходимое условие имущественной ответственности. «Советское государство и право», № 2, 1971. - С. 33.

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 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 самонадеянности.¹ В. Г. Макашвили считает, что при косвенном умысле имеет место предвидение «конкретной возможности» вредного последствия, а при самонадеянности «осознание абстрактной опасности».² Это встретило возражение среди других ученых-криминалистов. Так, А. Н. Трайнин заявляет, что сам термин «эвентуальный» означает допущение как отрицательного, так и положительного результата при отсутствии желания у субъекта в наступлении первого.³

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 действительность.⁴ 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

¹ См.: Б. С. Утевский. Цит. соч. - С. 296. П. С. Дагель критикует взгляды тех ученых, которые вообще отрицают предвидение неизбежности при косвенном умысле. (Цит. соч. - С. 91 и далее).

² См.: В. Г. Макашвили. Уголовная ответственность за неосторожность. М., 1957. - С. 21.

³ См.: А. Н. Трайнин. Общее учение о составе преступления. М., 1957. - С. 200, 201. См.: А. А. Пионтков и с к и й. Курс советского уголовного права, т. 2, М., «Наука», 1970. - С. 292, 303. Автор (стр. 307) считает, что осознание неизбежности, а не допущение последствий — характеристика прямого умысла. Однако приводимый им пример на - С. 304 говорит как раз о том, что при косвенном умысле преступник фактически осознает неизбежность последствий.

⁴ См.: М. С. Гринберг. Проблема производственного риска в уголовном праве. - С. 115.

(самонадеянность) и на случаи (косвенный умысел).¹ 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 имеют различное отношение такой критерий вряд ли достаточен.² 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 существующие и независимо от его воли. Стоящий без громоотвода дом опасен с точки зрения

¹ См.: там же. - С. 118, 119.

² 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. - С. 101—103). Такая субъективистская оценка ничем по существу не отличается от оспариваемого им же критерия.

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 последствий.¹ 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 нельзя.² 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».³

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 минимуму.⁴ 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 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

¹ См.: С. И. Ожегов. Словарь русского языка. М., 1963. - С. 441 и 811.

² Н.С.Малеин считает, что риск – это возможная опасность (См.: цит. выше статью. - С. 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.Малеина, причем абсолютно не тождественные, характеризуют риск не как субъектную, а как объективную категорию.

³ Все указанные определения приведены в § 1 первой главы.

⁴ См.: Л. Растрин. Этот случайный, случайный, случайный мир. М., 1969. - С. 109 и 113.

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 риск.¹ 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 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 отказано.²

В деле по иску Мосторга к Жилищно-эксплуатационной конторе № 1 и к 5 району Московской водопроводной сети о взыскании 9854 рублей³

¹ См.: решение Госарбитража при Совете Министров РСФСР от 17 февраля 1967 года по делу № 45/11.

² См.: Решение № 7/824 от 15 января 1968 года.

³ См.: Решение Госарбитража при Совете Министров РСФСР от 13 марта 1968 года, № 43/11.

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 коммиссионных 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 коммиссионер при заключении договора принял на себя риск возможного наступления обстоятельств, препятствующих расчетам с комитентом.¹ 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).²

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,

¹ См.: Д. Рамзайцев. О случаях невозможности исполнения договорных обязательств. «Внешняя торговля», № 4, 1956. - С. 24.

² См.: Е. Кельман. Изменение договоров судом, «ЕСЮ», 1926, № 17. - С. 520. Автор ссылался на труд Н. Titze. Richterrecht und Vertragsinhalt. Тюбинген, 1921.

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. Lalou.¹ 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 вины,² но в тоже время существует в нем и презумпция риска. Во всяком случае субъект должен был допускать возможность наступления 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 фикции,³ 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.

¹ См.: Henri Lalou. Traie pratique de la responsabilite civile. Paris, 1955, p. 271-279.

² Как указывает О. С. Иоффе, в презумпции виновности заключается высокая степень вероятности. (Указ. работа. - С. 135).

³ См.: по этому вопросу А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (clausula rebus sic stantibus), Иркутск, 1928. - С. 37.

В. Рассудовский указывал, что принятие на себя договорного обязательства уже само по себе связывает одну из сторон с риском — с опасностью потерь.¹

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 расчлняя 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.

Допущение последствий означает их предвидение, а это так же, как и оценка правомерности или случайности действий (событий), свидетельствует о волевом, сознательном поведении субъекта,² 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.

¹ См.: В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве, «Советская юстиция», № 18, 1963. - С. 11.

² Нельзя сводить волевое поведение только к виновному поведению, а именно такой вывод можно сделать из цитированной статьи Н. С. Малейна (стр. 29), поскольку, по его мнению, нормы ответственности могут воздействовать только на сознательное волевое поведение, а условием наступления ответственности является только вина.

ГЛАВА III

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 неслучайное 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 обозрению 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 «счастливую» случайность служить человеку. Случай в природе неизбежен и закономерен.² 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 планы.³ 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 непредсказуемость, которая является результатом нашего невежества, зависящая от уровня нашего познания.⁴

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 существования.⁶ Голландский мыслитель XVII века Б. Спиноза заявлял, что нет ничего случайного, а есть лишь невежество нашего

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. - С. 286—296).

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

³ См.: Л. А. Растригин. Этот случайный, случайный, случайный мир. М., «Молодая гвардия», 1969. - С. 6, 7.

⁴ См.: Л. А. Растригин. Этот случайный, случайный, случайный мир. - С. 8, 11. См.: А. Китайгородский. Законы случайного. «Наука и жизнь», 1971, № 6. - С. 61.

⁵ Э. Борель. Случай. М.— П., Госиздат, 1923. - С. 5.

⁶ См.: П. Гольбах. Система природы. Соцэкгиз, 1940. - С. 35.

знания.¹ В ином аспекте понимается случайное математиками: явление, которое при опытах всегда несколько иное.²

Как видим, понимание случая как субъективной категории существует и сегодня. Л.А.Растригин 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 измерений.³ 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 мира.⁴

* * *

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, бо 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 необходимости.⁵ С точки зрения проявления необходимости можно утверждать, что всякое существующее есть случайное, оно проявляется где-нибудь, но в данном случае могло и не быть.⁶

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, единичное.⁷ Об этом говорит и В. И. Ленин, соединяя понятия случайного и единичного.⁸

¹ См.: Б. Спиноза. Этика. М, 1932. - С. 27.

² См.: Е. С. Вентцель. Теория вероятностей. М., 1969. - С. 3.

³ См.: Л. А. Растригин. Этот случайный, случайный, случайный мир. - С. 12, 13.

⁴ См.: там же. - С. 17—18.

⁵ См.: К. Маркс и Ф. Энгельс. Избранные произведения, т. 2, Политиздат. - С. 485.

⁶ См.: Г. В. Т е в т а д з е. Свобода и необходимость. Автореф. канд. дисс., 1958. - С. 5.

⁷ См.: Н. В. Пилипенко. Необходимость и случайность. Изд. «Высшая школа», М., 1965. - С. 33.

⁸ См.: В. И. Ленин. Полн. собр. соч., т. I. - С. 458; т. 21. - С. 47.

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 характер.¹ 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 вызваны лишь внешними факторами, они только дополнение данной необходимости.²

Полагают, что необходимость может проявляться только в форме случайности.³ 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 дискуссионным.⁴ Случайность имеет объективный характер; существуют объективно не только необходимые связи, но и связи случайные.⁵ 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 иначе.⁶

Случайности дополняют условия, из которых неизбежно вытекает определенное необходимое событие, они придают ему форму, в которой оно в данный момент проявляется.⁷ Случайность есть необходимое в конкретной, частной связи, имеющее подчиненное отношение к необходимости более общего порядка.⁸ Но различие между случайностью и необходимостью не в

¹ См.: Л. В. Воробьев, В. М. Каганов, А. Е. Фурман. Основные категории и законы материалистической диалектики. - М., Изд-во МГУ, 1962. - С. 87. 89.

² См.: Н. В. Пилипенко. Проблема необходимости и случайности. Автореф. докт. дисс. М., 1966. - С. 10, 11.

³ Н. М. Хуцишвили. О необходимости и случайности. Автореф. канд. дисс., Тбилиси, 1966. - С. 5.

⁴ См.: Н. В. Пилипенко. Цит. автореферат. - С. 12.

⁵ Н. Кондаков подчеркивал, что взгляд на случайность, как на субъективное понятие, присущ метафизикам. (См.: Необходимость и случайность. «Большевик», 1940, № 18. - С. 58).

⁶ См.: М. Гайдаров. Диалектика необходимости и случайности. Автореф. канд. дисс. М., 1957. - С. 6.

⁷ См.: М. Гайдаров. Цит. автореферат. - С. 9.

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

том, что случайность обусловлена несущественными факторами, тогда как необходимость всегда обуславливается факторами существенными и носит общий, а не единичный, неповторимый характер.¹ Область действия случайности — внешние, поверхностные отношения.² Как правило, она порождена не коренной, неглубокой причиной, не вытекающей из существенной основы явлений;³ самой специфической чертой случайности является ее обусловленность внешними обстоятельствами.⁴

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.⁵

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.⁶

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,⁷ 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

¹ См.: Г. В. Ци н ц а д з е. Необходимость и случайность. Автореф. докт. дисс., Тбилиси, 1965. - С. 5, 8.

² См.: Д. И. Ш и р о к а н о в. Диалектика необходимости и случайности. Минск, 1960. - С. 80, 83.

³ См.: И. Д. Андреев. Необходимость и случайность. М., Изд. «Знание», 1958. - С. 5.

⁴ См.: А. П. Шептулин. Система категорий диалектики, М., «Наука», 1967. - С. 249.

⁵ См.: А. А. Ч у н а е в а. Категории материалистической диалектики. Л., 1965. - С. 71, 76, 77.

⁶ I. – P.Sartre. L'Être et le Neant, Paris, , 1960, p. 639, 640.

⁷ См.: Г. А. Геворкян. Вероятное и достоверное знание. Ереван. Изд. АН Арм, ССР, 1965. - С.10. В отличие от возможности, случайным называют уже существующий в действительности объект. (См.: Л. В. Смирнов, В. А. Ш т о ф ф. Соотношение возможности, вероятности и необходимости. «Проблема возможности и действительности». М., «Наука», 1964. - С. 57.

тождественность философского и правового понятия случая, главным образом потому, что, как указано выше, они понимают случай как понятие, противоположное вине, как категорию субъективную.¹ О.С.Иоффе указывал, что в науке гражданского права случайное – это то, что выходит за пределы виновного; случай здесь сопоставляется 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 виновного.² 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 лица».³

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 регулированию.⁴ 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 связи.⁵

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 связь,⁶ хотя и отсутствует тождество — безусловно правильная, но нельзя согласиться с отмеченными им специфическими чертами случая в правовом смысле, прежде всего по той

¹ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1955. - С. 84; См.: также М. М. А г а р к о в. Гражданское право, ч. 2. М., 1938. - С. 395 и др.

² См.: О. С. Иоффе. О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права. «Вестник», ЛГУ, № 3, Л., 1948. - С. 90.

³ См.: там же. - С. 92, 93.

⁴ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 128, 131.

⁵ См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. - С. 225, 226.

⁶ Г. К. Матвеев в принципе возражает против особых юридических критериев разграничения объективных причинных связей, отличных от принятых в марксистской философии. (См.: Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 101, 136).

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 случая.¹

М. Д. Шаргородский считал, что случайность в правовом смысле это исключительно объективная категория, связанная с вопросом причинной связи.²

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-случайного.³

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»,⁴ или С. А. Беляцкий, определявший случай, как выражение нашего неведения.⁵ 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».⁶ 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 право интересуется только действием человека, вновь подчеркивая, что последствие, стоящее за пределами возможного предвидения, является стоящим и за пределами причинной связи и, следовательно, за пределами вменения.⁷

В гражданском законодательстве отсутствовало определение случая, но иногда в некоторых нормативных актах делалось перечисление отдельных явлений, которые должны освобождать от ответственности. Например, в ст.

¹ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 85.

² См.: М. Д. Шаргородский. Причинная связь в уголовном праве. «Ученые труды ВИЮН», X, М., Госюриздат, 1947. - С. 190.

³ См.: Б. С. Антимонов. К вопросу о понятии и значении причинной связи в гражданском праве. «Труды научной сессии ВИЮН», 1946, М., 1948. - С. 76, 77.

⁴ См.: К. Анненков. Система гражданского права, т. 3, СПб, 1901. - С. 138—140.

⁵ См.: С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928. - С. 530.

⁶ Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Пет., 1917. - С.41.

⁷ См.: Я. А. Канторович. Цит. работа. - С. 62.

489, т. X, ч. I Свода законов Российской империи назывались случаи: война, пожар, наводнение или иные какие-либо несчастные происшествия 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».¹ Магази́нер иногда более определенно подчеркивал объективность этой категории, о чем свидетельствуют следующие его высказывания: «случайный, т. е. непредотвратимый вред». «Случай — противоположность необходимости; то, что может произойти, есть случай».² Однако и он проявляет непоследовательность, указывая, что случай — это такое поведение, вред от которого субъект не мог и не должен был предвидеть,³ 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

¹ 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. - С. 190

² Я. А. Магази́нер. Советское хозяйственное право. Л., 1928. - С. 296, 298, 361.

³ Там же. - С. 360.

предотвратимости. В силу чего автор делает вывод, о котором мы уже упоминали, что случай – эта минимальная вероятность события, такая вероятность, с которой лицо не могло и не обязано было считаться.¹ 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».²

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 слова.³ 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 не может быть и речи о вине»,— утверждает В. А. Туманов.⁴ В этом он, конечно, прав.⁵ 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 характере.⁶ Но относить это только к случаю, означающему отсутствие вины, неверно. Автор категоричен в своем выводе, что случай

¹ Там же. - С. 361, и 363.

² К. Маркс и Ф. Энгельс. Избранные письма. М., Госполитиздат, 1947. - С. 422, 423.

³ См.: В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация, 1951. - С. 2.

⁴ См.: В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Кандидатская диссертация, 1951. - С. 29, 30.

⁵ К. Маркс указывал, что «помимо своих действий я совершенно не существую для закона». (См.: К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч., т. 1. - С. 14).

⁶ См.: В. А. Туманов. Цит. диссерт. - С. 53.

противопологается не объективной причинности и необходимости, а вине лица.¹

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 знаний.²

Более определенную позицию в вопросе об объективном случае занимает П.Г.Семенов.³ 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».⁴ 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 переставали 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 — допускаются».⁵

Прав Г.К.Матвеев, полагавший, что «субъективное предвидение последствий противоправного действия не может служить всеобщим критерием установления причинных связей, так как последние существуют объективно и независимо от восприятия».⁶

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.

¹ См.: там же. - С. 75.

² См.: Н. С. Самощенко. К вопросу о причинности в области юридической ответственности. «Вопросы общей теории советского права». М., 1960. - С. 361, 354.

³ См.: П. Г. Семенов. Проблема причинной связи в советском праве. «Ученые записки ВИЮН», вып. 8, 1958. - С. 263 и далее.

⁴ В. Н. Кудрявцев. К вопросу о причиненной связи в уголовном праве. «Советское государство и право», 1950, № 1. - С. 41.

⁵ См.: Е. И. Кельман. Цит. статья. - С. 187.

⁶ Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 79.

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.Магазинер.¹ 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 имеющимися 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 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».²

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 субъектом.³

Итак, под объективной случайностью в гражданском праве понимается определенный круг явлений, в которых проявляется и дополняется объективно существующая необходимость (закономерность) в виде

¹ См.: Я. М. Магазинер. Цит. работа. - С. 365.

² А. А. П и о н т к о в с к и й. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., Госюриздат, 1961. - С. 240.

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

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 отменено 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 неизбежно.¹ 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 проявления во внешних обстоятельствах и влекущее причинение отрицательных последствий, а преодоление их 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, осязаемое 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 выражения.² Явление — это обнаружение сущности, именно в ходе анализа явлений раскрывается их сущность.¹

¹ См.: А. П. Шептулин. Цит. работа. - С. 251. См.: его же, Философия марксизма-ленинизма, М., 1970. - С. 146.

² См.: Б. С. Никитченко. Соотношение сущности и явления в марксистско-ленинской философии. Ташкент,

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 природы.² 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, явления не существуют вне отношений с другими явлениями.³ 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 познания.⁴ 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 общество.⁵ 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 структуры.⁶

* * *

«ФАН», 1966. - С. 88—98.

¹ См.: Н. К. В а х т о м и и. О роли категорий сущность и явление в познании. М., Изд. АН СССР, 1963. - С. 76.

² См.: Ю. А. Богданов. Сущность и явление. Киев, 1962. - С. 93.

³ См.: А. И. Уемов. Вещи, свойства и отношения. М., Изд. АН СССР, 1963. - С. 47—67.

⁴ См.: А. Е. Ф у р м а н. Материалистическая диалектика. М., Изд. МГУ, 1969. - С. 5.

⁵ См.: там же. - С. 15, 16, 20.

⁶ См.: В. И. С в и д е р с к и й. О диалектике элементов структуры в объективном мире и в познании. М., Соцэкгиз, 1962. - С. 57.

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 предпочёл бы открытие одной новой причинной связи персидскому престолу».¹

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 причинности,² 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 судьбы.³ 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 вины.⁴

¹ К. Маркс и Ф. Энгельс. Из ранних произведений. М., Госполитиздат, 1956. - С. 36.

² См.: Ф. Энгельс. Диалектика природы. М., Госполитиздат, 1955. - С. 183, 184; его же Анти-Дюринг. М., Госполитиздат, 1953, . - С. 20; В. И. Ленин. Философские тетради, М., Госполитиздат, 1947. - С. 134, 135, 136.

³ См.: А. А. Пионтковский. Цит. монография. - С. 208, 209.

⁴ Г. К. Матвеев верно указывает, что «вероятность» не может быть совсем отвергнута в практике (См.: Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 93), но это должно относиться к субъективной плоскости и связано, как показано выше, с категорией риска

Последствия действия субъекта подчинены объективной закономерности материального мира с взаимной связью и переплетением необходимости и случайности. Для выяснения вопроса о причинной связи необходимо исходить из диалектического понимания необходимости и случайности в процессе их развития, из диалектического понимания возможности и действительности.¹ 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 связь.²

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 наступлению вреда превратить в действительность».³ 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 не только к действию, но и к бездействию.⁴ Так, в

¹ На сходство этих категорий указывает В. А. Т а р х о в (Основания ответственности по советскому гражданскому праву. «Ученые труды Саратовского юридического института, вып. 3, 1969. - С. 67).

² На метод выделения существенных обстоятельств и отделения случайных при решении вопроса судом и арбитражем, указывает Г. К. Матвеев. (Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 95, 96).

³ А. А. Пионтковский. Цит. монография. - С. 227.

⁴ А. Н. Т р а й н и н 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. - С. 58).

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 виновны,¹ причина недостачи и гнили заключается в особых свойствах продукции и в характере перевозки.

Человек оценивает возможность спасения утопающего.² 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 вину,³ 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 несовершенного по вине субъекта действия. Но нельзя отсюда делать 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 вины.⁴ 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;

¹ О соотношении вины и противоправности См.: ниже.

² По уголовному законодательству ряда республик такая обязанность существует.

³ См.: Г. К. М а т в е в. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 168.

⁴ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 155.

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 виновными.¹ 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 закономерен, иногда говорят о моменте неизбежности.² 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

¹ 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. - С. 162, 163).

² См.: Т. Л. Сергеева. Вопросы причинной связи в судебной практике по уголовным делам Верховного Суда СССР. «Советское государство и право», № 3, 1950. - С. 28.

находившись лишь в причинной связи по отношению к нарушению дисциплины штурманом, а не по отношению к аварии.¹ Лошадь, которой управлял Тихонов, испугалась автомашины, управляемой шофером Гончаровым. Тихонов выпал из саней и умер. Поведение Гончарова объективно случайно по отношению к смерти Тихонова.² С убедительностью этих примеров трудно спорить. Они лишней 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 смысле.³

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

¹ Т.Л. Сергеева. Цит. статья. - С. 30—33.

² См.: там же. - С. 34, 36.

³ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С.95. Г.К.Матвеев справедливо отделяет субъективный случай 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. - С. 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. - С. 489).

субъекта (действиями обязательно субъективно случайными) объективно случайной связью.¹

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 произойти.² 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, заключавшихся 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 аварию.³

Каковы же причинные связи при риске как одном из субъективных моментов? Если рассматривать риск с точки зрения макси- или микровероятности результата, мы должны прийти к выводу 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

¹ 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. - С. 243). Именно на такое философское понимание случая, на различение причинно-необходимых и причинно-случайных связей указывает Л. А. Л у н ц. (См.: И. Б. Н о в и ц к и й, Л. А. Л у н ц. Общее учение об обязательстве. - С. 307, 308).

² См.: Г. А. Г е в о р к я н. Вероятное и достоверное знание. Ереван, 1964. - С. 17.

³ См.: «Судебная практика», № 3, 1949. - С. 40.

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 результата.¹ При изучении категорий необходимости и случайности в философии они рассматриваются также конкретно, определено в отношении времени и места.² 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,

¹ См.: В. Т а р х о в. Цит. статья. - С. 65.

² См.: Г. А. Геворкян. Цит. работа. - С. 14.

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, существовании, закономерности связей. Неправильно 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 отождествлению.¹ 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, складывается из чистых случайностей, а то, что считается случайным представляет собой форму, за которой скрывается необходимость».² 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

¹ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 168.

² Ф. Энгельс. Л. Фейербах и конец классической немецкой философии. М., Политиздат. - С. 38.

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 субъекта.¹

§ 7. Непреодолимая сила²

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 docturum opinio*,³ 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.⁴

Как подчеркнула Т. Б. Мальцман,— века не внесли ясности и четкости в этот вопрос и споры продолжаются.⁵ 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.⁶ Несколько позднее появилась на свет третья теория непреодолимой силы, занимающая промежуточное, «центриское» положение, пытающаяся примирить первые две теории. Возглавлял это течение в свое время Эннексерус, который

¹ Нужно признать, что некоторые юристы сейчас не придерживаются теории необходимой и случайной причинной связи. На первое место выдвигается понятие «необходимое условие», т. е. вновь возрождается теория «*condition sine qua non*». (См., например, Т. В. Церетели. Причинная связь в уголовном праве. М., Госюриздат, 1963. - С. 178 и далее). Выдвигается и теория непосредственной причины (См.: В. И. К о ф м а н. Границы юридически значимого причинения. «Правоведение», 1960, № 3. - С. 44—58). Как видно из всего изложенного мы придерживаемся другой концепции, а дискуссия по этому вопросу выходит за рамки данной работы.

² Параграф изложен кратко, так как по данному вопросу автором подготовлен ряд статей, в том числе «Теории и определения непреодолимой силы».

³ См.: М. Я. Пергамент. Война и «непреодолимая сила». «Право», № 36, 1914. - С. 2522.

⁴ См.: Б. С. Антимонов. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., 1952. - С. 127.

⁵ См.: Т. Б. Мальцман. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Кандидатская диссертация. - С. 82.

⁶ См.: Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. - С. 43.

рассматривал непреодолимую силу как такого рода событие, которое хотя и происходит извне, но предотвратить вредоносное действие которого нельзя, несмотря на принятые меры, продиктованные разумным отношением к делу.¹

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 major, casus maior, casus fortuitus, damnum fatale*) рассматривали как непреодолимый случай (*casus quibus resisti non potest*).² 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 вреда.³ 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 действия.⁴

В зарубежной правовой литературе большинство авторов стоит на позициях объективной теории. Например, Colin 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»).⁵ Некоторые зарубежные авторы считают непреодолимую силу невозможностью исполнения при отсутствии вины дебитора.⁶ Субъективные теории зарубежных авторов имеют различные

¹ См.: М. Я. Пергамент. Цит. работа. - С. 2524.

² См.: Ю. Барон. Система римского гражданского права, кн. IV, СПб. 1910. - С. 83.

³ См.: В. Л. Исаченко, В. В. Исаченко. Обязательства по договорам, т. 1, СПб, 1914. - С. 367.

⁴ См.: И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, 1922. - С. 334, 336.

⁵ См.: Т. Б. Мальцман. Цит. диссертация. - С. 91, 92/

⁶ См.: Planiol et Ripert. Traite pratique de droit civil. Paris, 1921, p. 531, 555 ets; Троян Ионашку. Некоторые вопросы исполнения и непреодолимой силы в связи с международными договорами купли-продажи... Bucuresti, 1960, p. 587-607, и др.

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 обстоятельств.¹ 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 силы.² Еще раньше объективной позиции придерживались И. П. Либба и другие авторы.³

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).⁴ 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).⁵ А. В. Венедиктов приходит к выводу, что вместо понятия «непреодолимая сила» нужно установить конкретный перечень важнейших препятствий, что устранил всякий абстрактный подход к данному вопросу.⁶ Необходимость этой категории отрицал А. А. Каравайкин.⁷

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

¹ См.: П. И. Стучка. Курс советского гражданского права. М., Изд. Ком. академии, 1929. - С. 239.

² См.: Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. М., Госюриздат, 1939. - С. 16, 51.

³ См.: Ив. Либба. Ответственность железных дорог за целостность груза и срочность доставки. М., «Транспечать». - С. 99, 100.

⁴ См.: А. В. Венедиктов. Договорная дисциплина в промышленности. Л., Изд. Леноблисполкома, 1935. - С. 166.

⁵ См.: А. В. Венедиктов. Указ. монография. - С. 167, 168.

⁶ См.: там же. - С. 179. Критику этого вывода См.: у Б. С. Антимонина. Цит. монография. - С. 167

⁷ См.: А. А. Каравайкин. Исполнение договоров. М., 1934.

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 заботливости.¹ 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 ответственности.² 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 обстоятельств.³ М.М.Агарков считает, что непреодолимая сила представляет собой событие, не отвратимое никакими возможными мерами.⁴ 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 случая.⁵ 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 хозяйства в данный период времени.⁶ С. Н. Братусь, отмечая в свое время отсутствия 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).⁷

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».⁸ 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 — непредвиденья, но все же

¹ См.: Г. Н. Амфитеатров. Иски собственников о возврате принадлежащего им имущества. М., Госюриздат, 1945. - С. 14.

² См.: Учебник гражданского права для вузов, т. I, 1966. - С. 340.

³ См.: И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве, М., 1950. - С. 361.

⁴ См.: «Гражданское право», ч. 2, 1938. - С. 404.

⁵ См.: Б. С. Антимонов. Цит. монография. - С. 168—176.

⁶ См.: М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. «Вопросы советского гражданского права». М., 1945. - С. 121.

⁷ См.: С. Братусь. Некоторые вопросы науки гражданского права и судебной практики по гражданским делам в период Отечественной войны. «Социалистическая законность», № 11, 1944. - С. 35.

⁸ О. С. Иоффе. Обязательства по возмещению вреда. Л., Изд-во ЛГУ, 1952. - С. 49.

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». ¹ 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 причинности. ² 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 силе. ³ 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 полагает, что критерий внешности явно недостаточен (внешними могут быть и кража и ураган), а критерий чрезвычайности исключительно не определен. ⁴ 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». ⁵

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 силой. ⁶ 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

¹ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 88,89.

² См.: Во Всесоюзном институте юридических наук. «Советское государство и право», № 11, 1949. - С. 73.

³ См.: Б. С. Антимонов. Цит. монография. - С. 90.

⁴ См.: В. А. Туманов. Цит. диссертация. - С. 124, 132, 133.

⁵ В. А. Туманов. Цит. диссертация. - С. 143.

⁶ См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. - С. 194

с субъективным моментом виновности и лежит «в плоскости связей между сферой деятельности причинителя и вредом».¹ Автор отмечает главные черты, характеризующие непреодолимую силу как правовую категорию, указывая, что она служит границей безвиновной ответственности, тогда как казус — граница виновной ответственности.²

Критику субъективной и объективной теорий непреодолимой силы дает Н. И. Коняев. Однако ссылка автора на экономическую оправданность мер для предотвращения вреда весьма неопределенна.³ Экономическая невыгодность может привести к нецелесообразности и невозможности в связи с этим какого-либо исполнения, но никак к непредотвращению вреда, точнее — 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. Семенов,⁴ 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 вредом.⁵

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 характера.⁶ Другие —

¹ Г. К. М а т в е е в. О понятии непреодолимой силы в советском гражданском праве. «Советское государство и право» № 8, 1963. - С. 96.

² См.: Г. К. Матвеев. Цит. статья. - С. 104, 105.

³ Н. И. Коняев. Основания освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности за причинение вреда. «Труды ВЮЗИ», т. VIII, М., 1967. - С. 100—104.

⁴ См.: П. Г. Семенов. Категория «непреодолимой силы» в советском. праве. «Советское государство и право», № 10, 1956. - С. 38.

⁵ См.: А. М. Белякова. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., МГУ, 1967. - С. 42.

⁶ См.: С. С. Алексеев. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки грузов. М., 1959. - С. 102, 103.

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 вывоза.¹ Однако в некоторых контрактах непреодолимая сила отделяется от замерзания, локаутов, забастовок и т. п. случаев.² Вообще оговорка о стачке в договорах, заключаемых в капиталистических государствах, играет немалую роль, этим вуалируются социальные причины, вызвавшие ее.³

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 силы.⁴

* * *

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 случаем,⁵ но иногда встречается еще отождествление субъективного казуса с непреодолимой силой.⁶ 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

¹ См.: А. Ф. Волков. Международные хлебные контракты. Изд. А/О Экспортлес, М., 1927. - С. 219, 229, 297, 335.

² См.: там же. - С. 219, 250 (контракт Копенгагенской биржи, 1922 г. (274), контракт Антверпенской биржи, 1914 г.).

³ См.: С. К. Май. Очерк общей части буржуазного обязательственного права, 1953. - С. 127.

⁴ См.: С. В. Минц. Договорные обязательства в условиях военного времени. «Учен. записки ВИЮН», вып. 3, М., 1944. - С. 96; См.: опубликованные в тех же Ученых записках статьи: Д.М.Генкина. Великая Отечественная война и вопросы гражданского права (стр. 21); Г.Н.Амфитеатрова — Война и вопросы виндикации (стр. 53); К. К. Я и ч к о в а — 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. - С. 4; П. Е. Орловский. Практика Верховного Суда СССР по гражданским делам в условиях Отечественной войны. М., Госюриздат, 1944. - С. 22, 23; С. Н. Братусь, П. Е. Орловский. Значение ссылки на обстоятельства военного времени по делам о перевозках. «Социалистическая законность», № 11—12, 1942. - С. 12; П. Е. Орловский. Исполнение договорных обязательств в условиях войны. «Социалистическая законность», № 3—4, 1942. - С. 11.

⁵ См., например, М. Х. Фарукшин. Вопросы общей теории юридической ответственности, «Правоведение», № 4, 1969. - С. 34; Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 84

⁶ См.: Г. К. Матвеев, там же. - С. 73, 74.

солнечного затмения, включая и неподвоз топлива, и аварии на предприятиях, и неподачу вагонов, и т. п.¹ 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.² 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 категорий.³ Он считает необходимым установить конкретный перечень важнейших препятствий к исполнению, не делая абстрактную отсылку к непреодолимой силе.⁴

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 сила.⁵ 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 случаях.⁶ 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 невозможности.⁷ О. С. Иоффе предлагал убрать понятия «случай» и «непреодолимая сила» из науки гражданского права, ибо деление случая на две разновидности нельзя ни обосновать, ни оправдать, так как в обоих случаях отсутствует возможность предвидения. Он считал, что устранение деления между случаем и непреодолимой силой в теории и законодательстве

¹ См.: А. А. Караваикин. Цит. работа. - С. 52.

² См.: А. В. Венедиктов. Цит. монография. - С. 166—168.

³ См.: там же. - С. 175.

⁴ См.: там же. - С. 178.

⁵ См.: М. Зимелева. Договор бытового подряда. «Проблемы социалистического права», № 4, 1938. - С. 78, 79.

⁶ См.: Т. С. Хаскина. Основные начала ответственности за внедоговорный вред по советскому гражданскому праву. Канд. диссертация. Л., 1949. - С. 238.

⁷ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 85.

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 результату.¹

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 результатом.²

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 неясности.³ 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 чрезвычайный. Различие это — в чрезвычайности, внешности, общеизвестности, которые и являются квалифицирующими признаками.⁴ Одновременно автор отмечает, что объективная концепция непреодолимой силы и принцип вины делают бесцельным различием между *casus*'ом и *vis major*, а усиление ответственности в некоторых случаях может быть объяснено не по признакам различия между ними, а по началу риска,

¹ См.: О. С. Иоффе. О некоторых теоретических вопросах науки гражданского права. «Вестник ЛГУ», № 3, 1948. - С. 94

² См.: М. И. Брагинский. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву. «Труды ВЮЗИ», т. 1, М., 1961. - С. 51,52.

³ См.: С. А. Беляцкий. Гражданский оборот, непреодолимая сила и война. «Вестник гражданского права», № 3, 1915. - С. 61, 62. Эта позиция автора встретила критику еще в свое время. (См.: рецензию Б.А.Лапицкого в «Юридическом вестнике», кн. XII, 1915. - С. 180).

⁴ См.: Я. А. Канторович. Цит. работа. - С. 41—43, 55.

ибо целесообразно, чтобы опасные предприятия несли на себе весь риск, связанный с их эксплуатацией, рисковым характером договоров объясняется также усиленная ответственность хранителей.¹ В. Б. Ельяшевич полагает, что установление ответственности за случай и отсутствие ее за непреодолимую силу свидетельствует о необходимости разделения этих категорий.² 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 события.³

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 предотвратить.⁴ 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).⁵ 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 виновности.⁶ С. А. Беляцкий же считает, что простой случай возникает без вины и воли субъекта в силу стечения 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 должником.⁷

В большинстве гражданских кодексов буржуазных государств и случай (*cas fortui*) 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).⁸ Так, например, в ст. 1148 этого Кодекса говорится о воспрепятствовании исполнению из-за непреодолимой силы и случая; в ст. 1147 говорится просто о посторонней

¹ См.: там же. - С. 47, 49; См.: его же. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928. - С. 112.

² См.: В. Б. Ельяшевич. Война и гражданский оборот, 1914. - С. 13.

³ См.: А. Вормс. Война и «форс-мажор». «Вестник права», № 38, 1914. - С. 111.

⁴ См.: В. Л. и В. В. Исаченко. Цит. соч. - С. 368, 371.

⁵ См.: И. М. Тютрюмов. Цит. соч. - С. 338.

⁶ См.: Там же. - С. 100.

⁷ См.: С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928. - С. 409.

⁸ См.: Французский Гражданский Кодекс. М., Госюриздат, 1941

причине (*cause étrangere*), 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 enemies*). Германское право, хотя практически смешивает оба эти понятия, однако в законодательстве различает случай (*Zufall*) и непреодолимую силу (*höhere gewalt*).¹ 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 субъекта.² Эти взгляды перекликаются с субъективной и объективной теориями непреодолимой силы. На необходимость различения этих понятий указывают такие французские юристы, как Жоссеран, Таллер и другие.³ 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 перечень.⁴

В советской правовой литературе еще в двадцатые годы развернулась полемика о необходимости сохранения категории непреодолимой силы. Некоторые авторы, как было указано выше, 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 непреодолимости.⁵ 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 причиняют.⁶ Таким образом, случай, по Я. М. Магазинеру, — это субъективная категория. П. И. Стучка указывал, что непреодолимая сила

¹ См.: И. С. Перетерский. Цит. статья. - С. 118, 119.

² См.: С. К. М а й. Цит. монография. - С. 129.

³ Jossierand. *Les transports*, 1910, p. 570; Thaller. *Traite elementaire de droit commercial*, 1930, p. 1198.

⁴ G. Gerth. *Der Begriff der vis major im römischen und Reichsrecht*, Berlin, 1890.

⁵ См.: В Киевском отделении УЮРО, «ВСЮ», 1927, № 11—12. - С. 432.

⁶ См.: Я. А. Магазинер. Цит. соч. - С. 364.

в литературе получает узкое толкование как сила, резко отличающаяся от простого случая.¹ 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 срыты все соседние горы).² 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 заботливость.³ 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 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, приведшую к данному результату.⁴ 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

¹ См.: П. И. Стучка. Курс советского гражданского права. М., 1929., - С. 238.

² См.: А. А л ь х о в. Ответственность учреждений по ст. 407-а ГК. «Рабочий суд», № 12, 1929. - С. 869.

³ См.: Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. Госюриздат, М., 1939. - С. 16, 50. Различал непреодолимую силу как внешнее и внутреннее событие, происходящее более или менее часто и А. Н. А и т о ш и н. (См.: Материалы к курсу коммерческой эксплуатации. М., 1927. - С. 74).

⁴ См.: Д. М. Генкин, В. И. Серебровский, Г. К. Москаленко, Цит. работа. - С. 5, 6

непреодолимая сила.¹ 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 отграничение 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 понятий.² 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 деяния по признакам чрезвычайности, стихийности, непредвиденности и полной непредотвратимости.³

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».⁴ 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.⁵ 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

¹ См.: И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Цит. монография. - С. 361.

² См.: В. А. Туманов. Цит. диссерт. - С. 183, 185, 187, 189

³ См.: С. И. Аскназий. Цит. статья. - С. 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. - С. 778).

⁴ Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 88, 89.

⁵ См.: там же. - С. 93.

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.¹ О. С. Иоффе подчеркивает, что непреодолимая сила обуславливает действия человека,² а ее отличительным признаком является чрезвычайность и непредотвратимость доступными средствами для данного лица.³ Критикует указанную концепцию и П. Г. Семенов, считающий, что положение Д. М. Генкина не может объяснить существования 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 результата.⁴ 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 предвидено, но ему никак нельзя воспрепятствовать.⁵ 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 наступления.⁶ 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 средствами.⁷

¹ См.: Е. А. Павлодский. Причинная обусловленность вреда при действии непреодолимой силы. «Советское государство и право», 1972, № 7. - С. 103.

² См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. - С. 193—195.

³ См.: О. С. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. «Советская юстиция», № 5, 1965. - С. 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).

⁴ См.: П. Г. Семенов. Цит. статья. - С. 44.

⁵ См.: Т. Б. Мальцман. Цит. диссертация. - С. 102. К такому же выводу приходят и В. П. Грибанов и Л. А. Дульнев. (См.: Право личной собственности в период развернутого строительства коммунизма. М., Госюриздат, 1963. - С. 44).

⁶ См.: О. С. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. - С. 25. См.: также Советское гражданское право. Учебник, т. I, Л., Изд-во ЛГУ, 1971. - С. 439.

⁷ См.: А. Кравцов. Понятие непреодолимой силы, «Советская юстиция», № 17, 1966. - С. 18.

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 средствами.¹ Эта точка зрения соответствует субъективной теории, для которой казус – это субъективно предотвратимое для данного лица событие, а непреодолимая сила как квалифицированный случай – это обстоятельство, предотвратимое вообще для всех, не взирая на их сверхзаботливость.

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»,² 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

¹ См.: А. М. Белякова. Цит. работа. - С. 43, 47.

² См.: А. Кравцов. Цит. статья. - С. 18. Венгерский юрист Дьюла Э р ш и 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.: Dyula Eörsi. A jogi felelosseg alapproblemai a polgari jogi felelöseg. Budapest, 1961).

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 расширяют до бесконечности эту категорию. Так, например, если стать 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 предотвращен. 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».¹ 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 силы.² Аналогичным образом оценивает наводнение и А. В. Венедиктов.³

Следует ли считать явление, которое можно было бы избежать или последствия которого можно было бы предотвратить непреодолимой силой?

¹ А. А. С о б ч а к. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968. - С. 51.

² См.: П. Г. Семенов. Цит. статья. - С. 43.

³ См.: А. В. Венедиктов. Цит. соч. - С. 178

Вряд ли это соответствует логике, вряд ли это соответствует той цели, которую ставит перед собой законодатель, 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. Смирнов.¹ 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 субъекту.² 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 исключających возможность ее предвидения.³

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 явлением и предвидел или мог (должен был) предвидеть последствия этих действий.

¹ См.: В. Т. Смирнов. Рецензия на работу В. Тархова. Обязательства, возникающие из причинения вреда. «Правоведение», № 1, 1958.

² См.: К. П. Змирлов. Вознаграждение за вред, причиненный недозволенными действиями. «Журнал Министерства юстиции», № 4, 1900, СПб. - С. 85, 86.

³ А. А. Пушкин, Г. М. Матвеев, В. А. Попов в рецензии на учебник гражданского права обращают внимание на неправомерность постановки вопроса о вине при непреодолимой силе. (См.: «Советское государство и право», № 3, 1970. - С. 145).

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 силой.¹ Однако его мнение о том, что чрезвычайность события выражается в необычно большой мощи их проявления — в

¹ См.: А. Кравцов. Цит. статья. - С. 18.

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.к. 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 предвидены. 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 зрения.¹ 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 событий.² Прежде чем разрешить якобы возникшую коллизию, нужно обратиться к вопросу о причинной связи.

Непреодолимая сила — это разновидность объективного случая.³ Но особенность ее, с точки зрения объективных связей, 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

¹ См., например, В. П. Грибанов, Л. А. Дульнева. Цит. соч. - С. 44

² См.: Ив. Л и б б а. Цит. соч. - С. 99.

³ 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. - С. 183).

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 коры.¹ 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».²

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 утверждением, 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

¹ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 99. Точка зрения автора о случайных связях при непреодолимой силе была подвергнута критике В. Т а р х о в ы м. (См.: его рецензию на работу Г. К. Матвеева. Вина в советском гражданском праве. «Советское государство и право», № 3, 1956. - С. 149, 150). Возникший спор обусловлен нечетким определением случайных и необходимых связей, ибо их различие не только в несущественности или существенности.

² Б. С. А н т и м о н о в. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., 1952. - С. 138.

явлений, находится объективная категория предотвратимости, точнее, именно причинная связь между первым случаем — силой угрожающей и вторым — силой проявившейся проявляться в предотвратимости.¹ 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 ответственности.² Именно это сочетание необходимых и 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 сочетаются,³ можно определенно сказать, что при непреодолимой силе, как и при любом объективном случае, угроза появляется или проявляется всегда внезапно для субъекта, без конкретного предвидения.⁴ 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 бывают необходимы, например, в период ташкентского землетрясения. В статье о мужестве людей во время карпатского наводнения А. Сабов пишет,

¹ Об объективном характере предотвратимости и непредотвратимости См.: Б. С. Антимонов. Цит. соч. - С. 153, 158.

Иногда еще допускается отождествление с непреодолимой силой самого события (например, разряда молнии — См.: Н. С. М а л е и н. К вопросу о вине и случае в деликтных обязательствах. «Советское государство и право», 1963, № 4. - С. 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. - С. 37).

² См.: Б. Б. Ч е р е п а х и н. Рецензия. «Советское государство и право». 1953, № 6. - С. 183.

³ См.: Г. К. Матвеев. Цит. статья. - С. 103.

⁴ См.: Б. С. Антимонов. Указ. монография. - С. 189.

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...¹ 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 проявления угрозы помешали принять необходимые и возможные меры, чтобы она себя не проявила в действительности и не причинила вредный результат.²

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.

¹ См.: А. Сабов. После наводнения. «Комсомольская правда», 25 сентября 1969 года.

² Совершенно противоположного мнения Ив. Л и б а (Ответственность железных дорог, за целостность груза и срочность доставки, М., 1924. - С. 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.

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 сопротивления было неизбежным, налицо объективно необходимая связь между этой угрозой и случаем ее конкретного проявления, а следовательно *force majeure*.¹ 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 *force majeure* 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.² 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

¹ 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.

² См.: П. Демидов. 12 баллов мужества. «Известия», 17 марта 1968 года. См.: также Г. Бочаров. Подвиг на реке Стрый. «Комсомольская правда», 27 июня 1969 года.

заставляет отступить стихию, позволяет предотвратить, казалось бы непредотвратимые последствия. Примеров этому можно привести много.¹

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. 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.² 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.³ К аналогичному выводу следует прийти и при оценке факта разрушения в силу землетрясения зданий Ташкентского треста ресторанов,⁴ 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 большей части урожая и к недопоставке сырья Андижанскому консервному заводу, признано в комплексе объективных случаев почему-то не

¹ 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.

² См.: П. Г. Семенов, Цит. статья. - С. 41.

³ См.: протокол Госарбитража при Совете Министров Узбекской ССР по делу № 8830/5 от 5 октября 1966 года.

⁴ См.: протокол того же арбитража по делу № 9644/7 от 28 октября 1966 года.

непреодолимой силой, ибо иначе ничем нельзя объяснить применение арбитражем ст. 37 Основ и лишь снижение суммы неустойки.¹

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.² 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-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 транспортников, 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 ответственности.³ 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 средствами.⁴

¹ См.: протокол Госарбитража при Совете Министров Узбекской ССР по делу № 11884/14 от 25 декабря 1966 года

² См.: протокол того же арбитража № 8624/14 от 7 октября 1966 года.

³ См.: А. Кравцов. Цит. статья. - С. 19.

⁴ 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,

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, 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 *force majeure* ограничивает применение данной категории чрезвычайными, исключительными случаями, но не сводит их только к особо мощным стихийным явлениям.

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.

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 возможности.¹ 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 противопоставит абсолютной невозможности.³

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 невозможность;⁴ 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 фактов.⁵ Именно с таких позиций нужно оценивать категорию невозможности исполнения в советском праве.

В свое время А. В. Кусиков подчеркивал, что «одним из самых 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 вещи.⁷ Пандектисты, основываясь на римском правиле, создали свою доктрину — сложное учение о невозможности исполнения. «Невозможное неисполнимо,— повторяют они,— ... обещание выполнить что-либо невозможное непременно будет

¹ См.: А. А. Ч у н а е в а. Категории материалистической диалектики. Л., 1965. - С. 92.

² См.: Л. В. Смирнов, В. А. Штофф. Соотношение возможности, вероятности и необходимости. Проблемы возможности и действительности. М.—Л., «Наука», 1964. - С. 57.

³ См.: П. В. Денисов. Возможность и действительность. Автореферат кандид. диссерт. М., 1955. - С. 9.

⁴ См.: Я. Тот. Диалектика возможности и действительности. Автореферат кандид. диссерт. М., 1967. - С. 7.

⁵ См.: М. В. Мостепаненко. Классики марксизма-ленинизма о возможности и действительности. М.—Л., «Наука», 1964. - С. 12.

⁶ А. В. К у с и к о в. Экономическая невозможность исполнения сделки по ГК. «Вестник советской юстиции», № 15—16, Харьков, 1925. - С. 591.

⁷ См.: Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств. Петроград, 1917. - С. 7.

ничтожно».¹ 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 рынке.²

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 невозможности в договоре.³ 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.⁴ Как мы видим, в английском праве не сами обстоятельства вызывают невозможность исполнения, а широко подразумеваемые договорные условия (*implied conditios*).⁵ 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*»).

¹ Генрих Дернбург. Пандекты. Обязательственное право. М., 1911. - С. 41.

² См.: Л. Лунц. Учение о невозможности исполнения договорных обязательств в английском праве. «Ученые записки ВЮЮН», вып. V, М., Юриздат, 1947. - С. 90. См.: аналогичные примеры: Demogue. *Traite des obligations en general*, т. VI, § 622—623.

³ См.: Л. Лунц. Цит. статья в Ученых записках. - С. 89.

⁴ См.: там же. - С. 95.

⁵ См.: С. К. Маи. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., Внешторгиздат, 1953. - С. 132.

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 приспосабливаться 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.¹ 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 «*pasta sunt servanda*» (договоры должны охраняться), против абсолютной договорной верности (*vertrau*). 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 было сформулировано пандектистами, которые выдвинули и учение о невозможности исполнения: «*Factum obligatorium esse desinit si factus rerum prorsus 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 людей.² Даже развитие оборота и необходимость особой твердости данных обещаний не могли совсем выхолостить учение о *clausula* 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 *clausula*, ибо изменение конъюнктуры приобрело катастрофические масштабы. Все эти учения существуют в праве параллельно, хотя они и

¹ См.: С. К. Май. Цит. соч. - С. 166—170; См.: Г. Ласк. Гражданское право США, М., Издат. «Иностранная литература», 1961. - С. 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.

² См.: А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров. Иркутск, 1928. - С. 5—7.

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 недействительными.¹ Невозможность исполнения наступает в том случае, когда делается невозможным то действие, которое именно составляет предмет исполнения.² 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.*³

В систему гражданского права, обособливаясь от экономической невозможности, в качестве общего принципа вторглась *clausula rebus sic stantibus*.⁴ Позиции юристов разделились в вопросе о характере *clausulae*. 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 *clausulae* — 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 Voraussetzung*, 1850 г.»). Согласно этому учению, если отпало предположение, возможно предъявление иска о неосновательном обогащении.⁵ Против этого выступили многие юристы, считая, что мотивы и предположения должны находиться вне сделки.⁶

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 синаллаге — нарушении 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

¹ См.: В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Обязательства по договорам, т. I, СПб, 1914. - С. 206.

² См.: И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, 1922. - С. 278.

³ См.: Самонд и Вильямс. Основы договорного права, М., Иностр. лит. 1955. - С. 582.

⁴ См.: А. Г. Зейц. Цит. работа. - С. 21—24.

⁵ См.: там же. - С. 25—27.

⁶ См., например, Ю. Барон. Система римского гражданского права, кн. I, СПб, 1909. - С. 137.

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 *clausula*-ой проблема переоценки денежных требований (*Aufwertung*).¹ Теория непредвиденности (*la theorie de l'imprevision*) 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 legalement formees tiennent lieu de loi a 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 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 фикции.² 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 неувменения», 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».³ Недалеко от этого принципа ушла и теория непредвиденности французских юристов — *la theorie de l'imprevision* (*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.

¹ См.: А. Г. Зейц. Цит. работа. - С. 14—16.

² См.: А. Г. Зейц. Цит. работа. - С. 27—36.

³ См.: там же. - С. 39—42.

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 лучше 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 специальным, и исходным, и конечным принципом права».¹ 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. 1 ГК.²

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 *Vockel* 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 должника.³

¹ См.: А. М. Ладыженский. Оговорка изменившихся обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*) в советском праве. «Право и жизнь», 1925, № 2—3. - С. 12, 14, 15.

² См.: П. И. Стучка. Курс советского гражданского права, 2, М., Изд-во Ком. академии, 1929. - С. 235, 253.

³ См.: А. Г. Зейц. Цит. соч. - С. 20, 29, 37

Мы еще раз имеем возможность убедиться в огромном разнообразии существовавших теорий риска, приспособивавших 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 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».¹

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 срabатывает 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 исполнения.² 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,

¹ 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. - С. 87). Henrich Titze также предлагал посредством толкования договора устанавливать пределы того риска, который принял на себя должник. (См.: *Richtermacht und Vertragsuhalt*, 1921).

² 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. - С. 25).

предположение наличия обоюдной молчаливой оговорки — это действительно фикция,¹ 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.

«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 *clausula* в рамки невозможности исполнения. Это суть две разные вещи. Невозможность включает в себя действия вне сил должника. При *clausula*е 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 *clausula*ой и случаями невозможности исполнения при необходимости применения чрезмерных усилий, грозящих разорению, ибо наличие таких последствий совсем не обязательно при *clausula*е 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 *clausula*ы — примирение, хотя бы путем возмещения негативного интереса.²

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

¹ См.: Р. О. Халфина. Договор в английском гражданском праве. Л., изд-во АН СССР, 1959. - С. 270.

² См.: А. Г. Зейц. Цит. соч. - С. 44, 45, 344.

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 советскому 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. Савиньи.¹ «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.Тютрюмов.² «Обязательства с невозможным доставлением не имеют силы и стоят вне правопорядка», — указывает С.А.Беляцкий.³ 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. Лунц⁴ и некоторые другие авторы.⁵ 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 виной.⁶ Он критикует различные соображения, выдвигаемые в защиту безусловного и самостоятельного влияния на обязательство «невозможности исполнения».

¹ Ф. К. Савиньи. Обязательственное право. М., 1876. - С. 261.

² И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев, 1922. - С. 266.

³ С. А. Беляцкий. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928. - С.370.

⁴ См.: Л. Л у н ц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. «Материалы НКЮ» вып. XV, М., 1922. - С. 48.

⁵ Можно сослаться на фундаментальный труд болгарского юриста Кожухарова Облигационно право «Държ. изд. Наука и изкуство», София, 1956. - С. 195, и др. См.: также Е. Г о д э м э. Общая теория обязательств. М., 1948. - С. 380 и многие труды других авторов

⁶ 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. - С. 106.

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 долженствованию 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 Titze — 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 интереса.¹ 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 немисливо по *natura rerum*. В других случаях вопрос ставился о невозможности, по утверждению Д. М. Генкина, не самостоятельно, а в связи с виновностью должника.² 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».³ 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 отсутствия вины должника, освободить его от ответственности за неисполнение обязательства».⁴ В другой своей работе Я. А. Канторович подтверждает эту позицию, указывая, что невозможность исполнения не решает сама по себе вопроса об освобождении от

¹ См.: Д. М. Генкин. Цит. статья. - С. 107. 108.

² См.: там же. - С. 115.

³ Там же. - С. 119.

⁴ Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств. Петр., 1917. - С.6,7.

ответственности, поскольку нет единого понятия невозможности, а вопрос о ней зависит от конкретных условий данного случая.¹ 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 силами.²

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 невозможным.³ А.А.Каравайкин непреклонен в своем суждении, он указывает, что вместо учения о невозможности исполнения, выброшенного на свалку, мы выдвинули принцип реального исполнения договоров.⁴

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 обязательствах.⁵ Одним из защитников самостоятельности категории «невозможности исполнения» был Т. М. Яблочков. Он подчеркивал, что «нрава находят естественную границу в невозможности их удовлетворения. Обязательственное отношение, направленное на невозможное исполнение, ничтожно».⁶ 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

¹ См.: Я. Канторович. Невозможность исполнения обязательств по гражданскому кодексу. «ВСЮ», 1925, № 4. - С. 155, 157.

² См.: ту же статью, «ВСЮ», № 5. - С. 197.

³ См.: А. А. Каравайкин. Исполнение договоров. М., Изд-во «Сов. законодат.», 1934. - С. 27.

⁴ См.: там же. - С. 51.

⁵ См.: И. Б. Н о в и ц к и й, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве, М., Госюриздат, 1950. - С. 406.

⁶ Т. М. Яблочков. Невозможность исполнения и сила договорного обязательства. «Право и жизнь», № 4—5, 1926. - С. 15.

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 силу.¹

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 должник.² 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 словоупотреблении.³ С.В.Минц указал (и с этим нельзя не согласиться), что «проблема невозможности исполнения во всех ее видах приобретает в социалистическом государстве новое содержание и облекается в новую форму».⁴ 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 невыполнимо, то и невозможно исполнить, причем автор указывает, что закон (ст. 118 ГК, РСФСР) имеет в виду не только физическую невыполнимость, но и юридическую затруднительность,

¹ См.: Леонтьев. Процесс «Синклеровской разведывательной компании». «ЕСЮ», (Еженедельник советской юстиции), 1925. - С. 385—388.

² См.: П. Н. Гусаковский. Ответственность за исполнение договоров. «Журнал Министерства Юстиции», № 8, 1913. - С. 14, 15.

³ См.: Я. И. Рапопорт. Докл. Проблема невозможности исполнения в советском праве. «ВСЮ», № 24, 1928. - С. 748.

⁴ С. В. Минц. Договорные обязательства в условиях военного времени. «Учен. записки ВИЮН», вып. 3, М., Госюриздат. 1944. - С. 84.

выходящую за границу возможного требования (например, болезнь исполнителя позволяет ему выполнить работу, но такое исполнение будет крайне мучительно).¹

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 невиновность.² 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 обязательств.³ 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 плановости.⁴ Как мы увидим, такое категоричное утверждение вряд ли оправданно. Связывает с реальным исполнением эту категорию и Л.А.Лунц.⁵ Специально разработке этого вопроса посвятила свое диссертационное исследование Ю.Э.Милитарева, которая в принципе согласна с трактовкой этой категории, данной М.М.Агарковым.⁶ 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 возможность.⁷ 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

¹ См.: М. М. А г а р к о в. К вопросу о договорной ответственности. «Вопросы советского гражданского права», М.—Л., Изд-во АН СССР, 1945. - С. 116.

² См.: В. А. Туманов. «Случай» и «непреодолимая сила» в советском гражданском праве. Канд. дисс. М., 1951. - С. 106.

³ См.: В. А. Рахмилович. Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. Канд. дисс. - С. 98.

⁴ 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. - С. 72.

⁵ См.: И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Цит. соч. - С. 298.

⁶ См.: Ю. Э. Милитарева. Невозможность исполнения обязательства. Канд. дисс., М., 1951. - С. 42.

⁷ См.: там же. - С. 50, 51, 163.

освобождения от ответственности, поскольку при невозможности реального исполнения всегда возможно денежное возмещение.¹ Солидарны с М.М.Агарковым многие юристы. Так, Н.И.Краснов указывает, что «невозможность исполнения есть не что иное, как недопустимость требования реального исполнения».² Присоединяются к этой позиции и З.Г.Крылова,³ и Е.М.Яковлева.⁴

Статья 235 нового ГК РСФСР гласит: «Обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое должник не отвечает...».⁵ 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».⁶ Более категорично изложено это условие в Гражданском Кодексе ЧССР. В § 93 этого кодекса записано следующее: «Если исполнение станет невозможным, обязательство прекращается».⁷ Таким образом, прекращение обязательства при невозможности исполнения в гражданском законодательстве ЧССР непосредственно не связывается с виной должника.

Самостоятельность этой категории, закреплённая 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

¹ См.: там же. - С. 94—96.

² Н. И. Краснов. Реальное исполнение договорных обязательств. - М., Госюриздат, 1959. - С. 149.

³ См.: З. Г. Крылова. Исполнение договора поставки. - М., Юриздат, 1968. - С. 47.

⁴ См.: Е. М. Яковлева. Ответственность за несвоевременное исполнение и неисполнение плановых обязательств. - Душанбе, 1962. - С. 161.

⁵ ГК РСФСР, М., Юриздат, 1968. - С. 65.

⁶ ГК ПНР, М., Изд-во «Прогресс», 1966. - С. 159.

⁷ ГК ЧССР. М., Изд-во «Прогресс», 1966. - С. 34.

стихийности, там — в капиталистическом обществе все в конечном счете превращается в деньги. Деньги, прибыль, возмещение отрицательного интереса — основная цель любого договора.¹ 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.² 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 в полном объеме (оплата убытков и санкций обычно вполне возможна),³ 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».⁴ 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

¹ См.: А. С. Караваикин. Цит. соч. - С. 20—23.

² 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. - С. 121). Правильность такого вывода весьма и весьма сомнительна.

³ 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. - С. 242, 243).

⁴ См.: Ю. Э. Милитарева. Цит. работа. - С. 3.

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.

Вопрос о риске возникает и при невозможности, не связанной виной должника.¹ Можно пойти, как говорится, и от обратного, доказывая на конкретном примере несопадение 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 была.² Окончание календарного года при поставке планируемой продукции обычно создает невозможность дополнения 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

¹ Прав Я. А. Канторович (См.: Невозможность исполнения обязательства. - Петр., 1917. - С. 8), говоривший здесь о страхе (*periculum obligationis*).

² См.: дело № 6/256 в архиве Госарбитража при Совете Министров СССР за 1968 год.

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*.¹

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 недействительным.²

Оставим в стороне вопрос о последствиях — о необходимости признания обязательства недействительным, прежде всего никак нельзя согласиться с приравнением 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) обязательства.³

¹ См.: доклад Т. Б. М а л ь ц м а н. О невозможности исполнения договора по современному английскому праву. «Советское государство и право», № 8—9, 1946. - С. 59.

² См.: Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств по гражданскому кодексу. «ВСЮ», 1925, № 4. - С. 157/

³ 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 контракции сельскохозяйственной продукции». М., «Юридическая литература», 1971. - С. 132).

§ 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. Д. Туманов пишет, что во избежание споров, какая имеется невозможность: физическая, логическая, хозяйственная и т. д, лучше всего сказать: не по вине.¹ 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 возможным.² 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 покупке 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 скульпторам.³ 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

¹ См.: В. А. Туманов. Цит. диссертация. - С. 106.

² См.: Е. М. Яковлева. Цит. соч. - С. 161.

³ ЦГА Таджикской ССР, ф. 9, оп. 1, ед. хр. 77, л. 18.

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 случаям относится и нахождение субъекта в просрочке (*in mora*),¹ 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».² 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.³ Кстати, объективная невозможность зачастую понималась иначе, чем указано выше. Считалось, что факта одного непредвидения и непредотвращения недостаточно, необходимо отсутствие возможности (исходя из уровня среднечеловеческого — *diligentia in abstrakto*) и обязанности предвидеть и предотвратить.⁴ Здесь явно путаются субъективные моменты (предвидение) с объективными (предотвращение), кроме того, совершенно непонятно 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 до-

¹ См.: Генрих Дернбург. Цит. соч. - С. 176.

² См.: там же. - С. 42.

³ См.: С. А. Б е л я ц к и н. Частное право в основных принципах. Каунас, 1928. - С. 371.

⁴ См.: там же. - С. 409.

революционные 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 оставлять за собой квартиру или сдать ее в поднаем.¹ 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 Крюкмана² о том, что правило *impossibiliun 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 данное Венулием наименование этих видов невозможности. Венулий объективную невозможность исполнения называл *impedimentum naturale*, а субъективную, не имеющую последствий, — *facultas dandi*.³ 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».⁴ 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).⁵

О необходимости сохранения деления невозможности исполнения на субъективную и объективную высказался в прениях по докладу «Проблема невозможности исполнения в советском праве» В.И.Сливицкий.⁶ 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 и др.) понимали под субъективной невозможностью именно

¹ См.: В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Цит. работа. - С. 632—634.

² См.: Крюкманн. *Unmöglichkeit und unmöglichkeit process*, 1910.

³ См.: Ф. К. Савиньи. *Обязательственное право*. М., 1876. - С. 263, 264. Венулий противопоставлял естественное препятствие личной невозможности, связанной с невыгодой предоставления обещанного.

⁴ См.: П. Н. Гуссаковский. Цит. статья. - С. 7.

⁵ См.: «Хозяйственное право» под редакцией Бюро заочного юридического образования, 1927. - С. 63, 64.

⁶ См.: «ВСЮ», № 24, 1928. - С. 750.

невозможное для данного субъекта, а под объективной — невозможность для всякого третьего. Другие авторы полагали, что основание объективной невозможности в объекте, а субъективной — в субъекте.¹ 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 Hrivnak — 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».²

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. Генкин.³ 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 (mora); даже если она и вызвана обстоятельствами, связанными с личностью обязанного.⁴ На неточность такого деления указывал в свое время и К. Анненков.⁵ Позиция Д. М. Генкина 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

¹ См.: Я. А. Канторович. Невозможность исполнения обязательств. «ВСЮ», Харьк. 1925, № 4. - С. 157; его же. Война и исполнение обязательств. Петр., 1917. - С. 117, 118.

² Jaroslav Hrivnak. Nasledna pomoznost spinenia hospodarskei zmluvy. «Pravny obzor», roinik XLIX – 1966. - С. 472.

³ См.: Д. М. Генкин. Цит. статья. - С. 110.

⁴ См.: там же. - С. 111.

⁵ См.: К. Анненков. Система русского гражданского права, т. III. СПб, 1901. - С. 139.

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).¹ 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.² 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.³

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».⁴

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 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

¹ См.: Т. М. Яблочков. Цит. статья. - С. 18, 19.

² См.: Л. Л у н ц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. Материалы НКЮ, вып. XV. М., 1922. - С. 49.

³ См.: М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. - С. 122.

⁴ Ю. Э. М и л и т а р е в а. Цит. диссертация. - С. 45, 46.

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 — относительно.¹ 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 пала.²

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.).

Вполне возможно деление невозможности исполнения на постоянную и на временную, устранимую в будущем. Правда, тот же Г. Дернбург 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 возможна.³ 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.⁴ 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.

¹ См.: П. П. Ч у п и н. Абсолютное и относительное. «Некоторые категории диалектики», Росвузиздат, 1963. - С. 103, 104.

² См.: Генрих Дернбург. Цит. соч. - С. 41.

³ См.: Генрих Дернбург. Цит. соч. - С. 42.

⁴ См.: Т. М. Яблочков. Цит. статья. - С. 23.

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 ошибки.¹ 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 соломку, когда она уже сгорела, хотя полностью сгорела через 15 минут); это различие автор предлагает отбросить.² 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 исполнено.³

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 нередки случаи, когда выполнение договора становится невозможным по независящим от поставщика обстоятельствам, которые не могли быть предвидены даже планирующими органами.⁴ 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

¹ См.: там же. - С. 15.

² См.: Д. М. Генкин. Цит. статья. - С. 109.

³ См.: Ю. Э. Милитарева. Цит. диссерт. - С. 45.

⁴ Jaroslav Hrivnak. Цит. раб. - С. 471.

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 знает.¹ При заблуждении имеется неправильное представление или вообще отсутствует представление о том или ином обстоятельстве, относящемся к сделке.² 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); «Заблуждение заставляет верить, что правда то, что есть неправда, а неправда то, что — правда» (Капитан).³

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».⁴ 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».⁵ 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,

¹ См.: Эмиль Борель. Вероятность и достоверность. М., 1969. - С. 87.

² См.: С. В. З а н к о в с к а я. Существенное заблуждение как основание для признания сделки недействительной по советскому гражданскому праву. Канд. диссерт., М., 1950. - С. 77.

³ См.: П. И. С т у ч к а. Курс советского гражданского права, т. 2, Изд-во Ком. академии. М., 1929. - С. 257.

⁴ И. Б. Новицкий. Сделки. Исковая давность. М., Юриздат, 1954. - С. 103.

⁵ Н. В. Рабинович. Недействительность сделок и ее последствия. Л., Изд-во ЛГУ, 1960. - С. 64

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 исполнение 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 уничтожен.¹ 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».² 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 ис-

¹ См.: В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Цит. работа. - С. 207.

² См.: Ф. К. Савиньи. Цит. соч. - С. 262.

полнение должно быть произведено именно посредством их (например, потеря голоса певцом).¹ 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.).² Относят к физической невозможности также все случаи, когда объект исполнения не находится в обладании хозяйствующего субъекта.³ 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 исполнения, 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 обыкновенном случае отвергать нельзя. Это может относиться и к личным свойствам субъекта (простуда певца), и к объекту исполнения (индивидуально-определенная 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 времен и, 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

¹ См.: Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. - С. 113.

² См.: С. И. Аскназий. Очерки хозяйственного права СССР. Л., Изд-во «Прибой». 1926. - С. 62.

³ См.: Т.М.Яблочков. Цит. статья. - С. 19.

может ни предотвратить, ни устранить.¹ 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, возможно юридически», — утверждал Titze.² 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).³ 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.Канторович.⁴ 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».⁵ 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 исполнения.⁶ 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».⁷ «Юридическая невозможность

¹ См.: В. Л. Исаченко и В. В. Исаченко. Цит. работа. - С. 637.

² См.: Д. М. Генкин. Цит. статья из сборника памяти Г. Ф. Шершеневича. - С. 108.

³ См.: Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. Петр., 1917. - С. 115.

⁴ См.: там же. - С. 114.

⁵ Т. М. Яблочков. Цит. статья. - С. 22.

⁶ См.: С. В. Ми н ц. Цит. статья. - С. 83.

⁷ Л. А. Инсарова. Влияние актов планирования на возникновение, изменение и прекращение обязательств поставки. Канд. диссерт., М. 1950. - С. 143.

заключается в том, — говорит Iaroslav Hrivnak что в результате изменения или издания нового юридического предписания выполнение договора становится юридически невозможным или недопустимым».¹ Это определение удачно, но оно несколько 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 исполнения.² Однако большинство придерживается иной позиции, считая, что в этих случаях имеется юридическая невозможность исполнения.³ Весьма определенно по этому поводу высказалась З.Г.Крылова: «Обстоятельства, связанные с отменой или изменением планового задания... и составляют юридическую невозможность исполнения».⁴ Автор далее отмечает, что к утрате силы планового задания относится также истечение его сроков и использование фондов.⁵ На утрату силы обязательства при изменении или прекращении действия планового задания, а также при отраженном действии плановых актов (изменении производственной программы) указывал З.И.Шкундин.⁶ 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. случаи.⁷ 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 или отмененных правовых норм,

¹ См.: Iaroslav Hrivnak. Цит. статья в журнале «Pravni obsor». - С. 474.

² См.: П. Д. Каминская. Основания ответственности по договорным обязательствам. «Вопросы гражданского права», МГУ, 1957. - С. 131.

³ См.: Н. И. Краснов. Реальное исполнение договорных обязательств, М., 1959. - С. 149; Ф.И.Гавзе. Принцип реального исполнения договорных обязательств в советском гражданском праве и практика его применения. «Учен. записки БГУ», вып. 25, Минск, 1955. - С. 92.

⁴ З. Г. Крылова. Исполнение договора поставки, М., Юриздат, 1968. - С. 42

⁵ См.: там же. - С. 50.

⁶ См.: З. И. Шкундин. Влияние плана на обязательство, «Советское государство и право», № 2, 1947. - С. 44, 45.

⁷ См.: «Правовые вопросы планирования промышленности в СССР», М., Изд-во «Наука», 1964. - С. 206—209.

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 *Ennescerus* 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».¹ Конечно, *Ennescerus* 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 невозможности.² 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.

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,

¹ L. Ennescerus. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, Band, 1910, Seite 139.

² См.: Я. А. Канторович. Война и исполнение обязательств. - С. 115.

связанного с осуществлением таких действий, если оно физически возможно и не имеет юридического запрета, должно быть признано невозможным, хотя для нес совершения 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 недопустимым при современном складе экономических отношений».¹ 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, акт.² С подобными взглядами на нравственную невозможность исполнения нельзя согласиться. Только нормы коммунистической морали³ 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 цен.⁴ Обстоятельства эти могут 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

¹ Г. Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права. Изд. П., т. 2, М., 1915. - С. 77, 78.

² См.: С. А. Беляцкий. Цит. соч. - С. 363. Примеры «аморальных» сделок с точки зрения взглядов буржуазии приводит В. П. Шахматов. (См.: Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1957. - С. 115, 116).

³ О коммунистической морали и нравственности См.: В. И. Ленин. Задачи союзов молодежи. Полн. собр. соч., т. 41. - С. 305, 306, 309, 311.

⁴ Подробно этот вопрос освещен в статье автора «Хозяйственная невозможность исполнения обязательств социалистическими организациями». (См.: Сборник работ кафедры гражданского права и процесса, 1969, Душанбе, 1970. - С. 123—139).

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 торгующих 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 рынка.¹

¹ См.: С. В. Р о г а ч е в. Планомерность и элементы стихийности в условиях социалистического производства. «Методологические проблемы экономической науки», М., Изд-во «Мысль», 1967. - С. 190 и след.

Некоторые явления в данных конкретных условиях не поддаются непосредственно государственному регулированию с помощью плана или находятся пока еще на стадии предвиденья.¹

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 приближенности.²

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 конъюнктура.³ 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 капитализма.⁴ 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 потребления.⁵ В капиталистическом же 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 капитализма.⁶ Отличительной чертой капиталистического способа

¹ См.: Ю. Белик. Народнохозяйственное планирование и экономическое прогнозирование. «Плановое хозяйство», № 3, 1968. - С. 29.

² См.: П. Г. О л д а к. Взаимосвязь производства и потребления (категории и оценки), «Экономика», 1966. - С. 100, 117, 128, 131.

³ См.: Ф. А. Крутиков. Конъюнктура рынка при социализме. М., «Экономика», 1968. - С. 40 — 43.

⁴ См.: Б. Н. Т о п о р и н, И. П. Ильинский. Социалистическое государство и хозяйство. «Советское государство и право», 1969, № 7. - С. 28.

⁵ См.: Я. Г. Л и б е р м а н. Государственный бюджет СССР в новых условиях хозяйствования. М., «Наука», 1970. - С. 13, 15.

⁶ См.: С. М. П у т я г о. Закон планомерного развития народного хозяйства и социалистического

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».¹ 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 хозяйстве.² В нашей экономике могут иметь место случайности, которые представляют собой главным образом дополнение экономической необходимости, а не форму ее проявления.

Л.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».³ 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 исполнения.⁴ Для буржуазных юристов 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 отношений.⁵ 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».⁶ «Разумный человек» — неизменный спутник

планирования. М., 1960. - С. 5—7.

¹ К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч., т. 32, Госполитиздат, 1964. - С. 461.

² См.: И. Г. Степанов. Планомерное развитие социалистической экономики. Экономическая роль социалистического государства. М., Изд-во МГУ, 1957. - С. 32, 36.

³ Л. А. Лунц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. - С. 44.

⁴ См.: Е. К е л ь м а н. Изменение договоров судом. «ЕСЮ», № 17, 1926. - С. 517, 518.

⁵ См.: Р. О. Халфина. Договор в английском гражданском праве. - С. 283.

⁶ См.: там же. - С. 186 и далее.

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 эксплуататоров.¹

В первые годы Советской власти многие ученые не отрицали наличия в нашем праве категории «экономической невозможности исполнения».² Однако в последующем эта категория отрицается авторами, считающими, что изменение условий не создает еще абсолютную невозможность исполнения, а лишь крайнюю затруднительность, убыточность такого исполнения.³ М. М. Агарков допускал признание экономической невозможности исполнения во взаимоотношениях между гражданами при чрезвычайных, главным образом военных, обстоятельствах. В то же время он решительно отвергал экономическую невозможность как основание освобождения должника от обязательства и от ответственности во взаимоотношениях между социалистическими организациями.⁴ 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 внимания.⁵ 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

¹ См.: Е. А. Флейшиц. Вступительная статья к цит. монографии Самонда и Вильямса. - С. 10, 11. См.: ее же. Буржуазное гражданское право на службе капиталистических монополий. М., Юриздат, 1948. - С. 51, 52; См.: В. Ф. Яковлева. Исполнение обязательств между социалистическими организациями. Канд. диссерт. Л., 1952. - С. 109

² См.: А. В. Кусиков. Цит. статья из «ВСЮ», № 15, 16. - С. 591; А. Г. Зейц. Цит. работа. - С. 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. Ландкоф. (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». - С. 221—224). За признание экономической невозможности в советском праве в свое время высказались: Я. И. Рапорт (Проблема невозможности исполнения в советском праве, «ВСЮ», № 24, 1928. - С. 749), Т. М. Яблочков (Цит. статья. - С. 19); А. Н. Гранберг (Договоры в системе внутрипромышленного развития в 1932 г., «Бюллетень Госарбитража», № 2, 1932. - С. 35) и другие авторы. Так, Я. И. Рапорт 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.

³ См.: Л. А. Лунц. Цит. работа. - С. 48, А. А. Крайкин. Цит. работа. - С. 31 и др. Ю. Э. Милитарев а. Цит. диссерт. - С. 68, 72 и др.

⁴ См.: М. М. Агарков. Цит. статья. - С. 123, 143, 144.

⁵ 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.

обязательств, угрозе нарушения договора, являются основанием к изменению и расторжению договора.¹ 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 Iaroslav Hrivnak указывает, что часты в хозяйственной жизни случаи, когда выполнение договора становится невозможным по независящим обстоятельствам, которые не могли предвидеть даже планирующие органы. Задания не всегда бывают реальны и иногда либо технически, либо экономически оказываются невыполнимыми.² 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 предусмотреть.³ 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 препятствия.⁴ Н. И. Краснов правильно отмечает, что недопустимо требовать исполнения обязательств, когда они вступают в противоречие с более важными интересами общества и в этом смысле невозможны.⁵ Однако далее автор, признавая хозяйственную

¹ См.: З. М. Заменгоф. Цит. соч. - С. 73. О хозяйственной нецелесообразности исполнения указывается и в учебнике «Советское гражданское право», т. I, 1968, стр. 445.

² См.: Iaroslav Hrivnak. Цит. статья. - С. 471.

³ См.: Ю. Э. Милитарева. Цит. диссерт. - С. 80, 94. Как верно подчеркивает В. В. Копейчиков, экономическая целесообразность не может противопоставляться целесообразности политической. (См.: Экономическая целесообразность и социалистическое право. Течисы докладов, Одесса, 1965. - С. 6).

⁴ См.: А. В. Венедиктов. Договорная дисциплина в промышленности. Л., 1935. - С. 147, 175, 176. Здесь имеется, конечно, в виду не только хозяйственная, но и физическая невозможность.

⁵ См.: Н. И. Краснов. Цит. соч. - С. 14.

целесообразность исполнения, ограничивает ее случаями угрозы срыва других более важных обязательств должника и ставит под сомнение возможность признания такой нецелесообразности арбитражем.¹

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 организациями,² которая должна пониматься как вызванная изменениями обстоятельств или их неправильным учетом нецелесообразность реального исполнения, 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 целесообразностью.³ 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

¹ См.: там же. - С. 184.

² Наличие в советском праве экономической невозможности исполнения, правда с некоторыми оговорками, признает Л. Б. Гальперин. (См.: Советское гражданское право, т. I, 1968. - С. 513).

³ См.: П. Е. Недбайло. Вопросы обоснованности и целесообразности применения норм советского права. Вопросы общей теории советского права М., Госюриздат, 1960. - С. 323—330.

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 суживается.¹ Из года в год по мере совершенствования планирования, улучшения хозяйственной деятельности предприятий будет все меньше поводов, вызывающих потребность в признании хозяйственной невозможности исполнения. Даже стихийными явлениями мы научимся управлять.²

* * *

Итак, все изложенное выше подтверждает вывод о самостоятельности категории невозможности исполнения обязательств, которая проявляется в различных видах. В. И. Ленин указывал, что «практика встречает затруднения в осуществлении цели, даже натываясь на «невозможность»».³ Эти слова полностью относятся к проанализированной нами категории. Довольно часто невозможность исполнения возникает и объективно, и субъективно случайно. Тогда мы и сталкиваемся с вопросом риска как с основанием распределения убытков.

¹ См.: М. Гайдаров. Диалектика необходимости и случайности. Автореферат канд. диссерт., М., 1957. - С. 11.

² С. Г. Струминин. О критериях в оптимальном планировании. «Вопросы экономики», № 4, 1968. - С. 121.

³ В. И. Ленин. Конспект книги Гегеля «Лекции по истории философии». Полн. собр. соч., т. 29, М., 1963. - С. 196.

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 действия.³

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 противоправности.⁴

Существует мнение, что противоправность — это только отклонение от правовой нормы, а неправомерность — это отклонение от различных соглашений, норм нравственности и т.п. Но, во-первых, нарушение любого договора является нарушением нормы права, ибо закон защищает санкционируемые им соглашения,⁵ 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 гражданскоправовой ответственности,⁶ но это не меняет того положения, что

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. - С. 249— 257).

² Н. Г. Александров. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. - С. 84.

³ См.: С. И. Аскназий. Основание вопросы теории социалистического гражданского права. Докт. диссерт. - С. 877.

⁴ См.: И. С. С а м о щ е н к о. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., Госюриздат, 1963. - С. 10.

⁵ См.: Б. С. Антимонов. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М., Госюриздат, 1962. - С. 31.

⁶ См.: В. А. Р а х м и л о в и ч. О противоправности как основании гражданской ответственности. «Советское государство и право», № 3, 1964. - С. 59. В. А. Т а р х о в. Основания ответственности по советскому гражданскому праву. «Учен. труды Саратовск. юрид. института», вып. 3, 1969. - С. 62.

противоправность здесь отсутствует, если сама правовая норма не придает значения таким поступкам.¹

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 приемлемо.² На это неоднократно обращалось внимание в правовой литературе.³ 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 ними.⁴

Вряд ли можно согласиться и с тем, что любое поведение невменяемого не должно влечь отрицательной оценки общества.⁵

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 противоправное.⁶ 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

¹ Такого же мнения придерживается и В. И. К о ф м а н. (См.: Соотношение вины и противоправности в гражданском праве. «Правоведение», № 1, 1957. - С. 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. - С. 208).

² См.: Н. Г. Александров. Цит. соч. - С. 166.

³ См.: И. С. С а м о щ е н к о. Цит. соч., стр. 132; Е. А. Флейшиц. Основные вопросы гражданской ответственности за повреждение здоровья, «Учен. зап. ВИЮН», вып. 1, М., 1955. - С. 21—23; А. Г. Быков. Ответственность при наличии совместной вины хозорганов. «Научно-практический комментарий арбитражной практики», № 2, М., 1969. - С. 151 и др.

⁴ См.: М. Б. Горенберг. Принцип гражданской ответственности за вред и убытки, причиненные недозволенными действиями. «Юридическая летопись», № 8—9, 1892. - С. 100. Г. К. Матвеев также указывает, что в действиях малолетних и психически ненормальных лиц имеется противоправность, но отсутствует вина. (См.: Основания гражданско-правовой ответственности, М., Госюриздат, 1970. - С. 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. - С. 15.

⁵ См.: Н. С. М а л е и н. Вина — необходимое условие имущественной ответственности, «Советское государство и право», № 2, 197 г. - С. 29.

⁶ См.: В. П. Шахматов. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967. - С. 106.

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 правонарушением.¹ 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. Агарковым.² Нельзя, конечно, отождествлять часть и целое: противоправность лишь элемент правонарушения, его составная часть.³

Противоправность понимается как противоречие деяния норме права.⁴ Прав И. С. Самощенко, который предостерегает против такого широкого понимания противоправности,⁵ однако он возражает против ограничения этого понятия только невыполнением юридической обязанности.⁶ 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».⁷ 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 вины.⁸ Но нельзя и искусственно смешивать объективные и субъективные моменты. Конечно, между ними существует органическая связь и сама по себе противоправность беспредметна, но противоправность — это

¹ См.: М. М. Агарков. Обязательство по советскому гражданскому праву. «Учен. труды ВИЮН», вып. 3, М., 1940. - С. 140—142.

² См.: И. С. Самощенко. Цит. соч. - С. 17.

³ См.: Г. К. Матвеев. Цит. работа. - С. 23.

⁴ 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. - С. 181).

⁵ См.: И. С. Самощенко. Цит. работа. - С. 70.

⁶ См.: Р. О. Халфиа. Рецензия на монографию О. С. Иоффе «Ответственность по советскому гражданскому праву». «Советское государство и право», № 7, 1956, стр. 136.

⁷ И. С. Самощенко. Цит. соч. - С. 76.

⁸ См.: там же. - С. 90.

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 правоприменения и именно она является фактическим основанием такой ответственности.¹ 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 обязательную связь вины с осознанием и предвидением именно противоправного действия, соглашаясь с точкой зрения Иеринга о наличии двух видов противоправного поведения: объективно-противоправного и субъективно-противоправного.² 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 виновным.³

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».⁴

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 иррелевантны.⁵ И все же ученый подчеркивает, что психический момент—это основной признак вины, что нельзя отождествлять субъективные и объективные категории.⁶ На недопустимость подобного отождествления, на то, что противоправность бывает без вины, Г. К. Матвеев указывал и раньше.⁷

М.М.Тоболовская считает, что умышленное или неосторожное деяние, если оно не противоправно, не должно в юридическом смысле считаться

¹ С. С. А л е к с е в. О составе гражданского правонарушения «Правоведение», № 1, 1958. - С. 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. - С. 12, 13).

² См.: М. М. Агарков. Цит. работа. - С. 145, 146. О недопустимости игнорирования субъективных моментов См.: ниже.

³ См.: О. С. Иоффе. Цит. монография. - С. 95 и 115.

⁴ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1953. - С. 25, 174. На это обращает внимание и А. М. Хвостов. (См.: Вина в советском трудовом праве, Минск, 1970. - С. 18).

⁵ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 20, 21.

⁶ См.: там же. - С. 189, 263.

⁷ См., например, его статью: О гражданском противоправном действии. «Советское государство и право», № 3, 1955. - С. 73.

виновным.¹ Однако нельзя согласиться и с категорической формулой Х. И. Шварца: поступок виновен, потому, что он недозволен,² или с выводом Д. И. Бернштейна: отсутствие вины, означает отсутствие противоправности.³

Особую позицию в этом вопросе занимает В.А.Тархов, который не понимает вину как оценку противоправности действий и результата их, считая, что виновное поведение не всегда бывает противоправным.⁴ 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. Константинова⁵ и В. П. Шахматов.⁶ 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 ответственностью.⁷

Итак, противоправными признаются действия, которые нарушают нормы советского социалистического права.⁸ Х.И.Шварц считал противоправным такое действие, которое противоречит и объективному праву (закону) и одновременно нарушает субъективное право потерпевшего.⁹ О.С.Иоффе полагает, что противоправно то действие, которое запрещено законом.¹⁰ А вот Д. И. Бернштейн считает, что правомерным может быть только действие, которое зависит от воли и разума и не противоречит требованиям правовых норм.¹¹ 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

¹ См.: М. М. Тоболовская. Вопросы договорной и внедоговорной ответственности в советском социалистическом гражданском праве. Канд. диссерт. - С. 79.

² См.: Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда, М., 1939. - С. 36.

³ См.: Д. И. Б е р н ш т е й н. Понятие ответственности за нарушение социалистических правовых норм и вина как непременное условие ответственности. Канд. диссерт., Ташкент, 1964. - С. 222.

⁴ См.: В. Т а р х о в. Обязательства, возникающие из причинения вреда, Саратов, 1957. - С. 24.

⁵ См.: В. С. Константинова. Противоправность как основание ответственности по договору поставки. «Учен. зап. Саратовского юридич. института», вып. XVII, 1968. - С. 65.

⁶ См.: В. П. Шахматов. Состав гражданского правонарушения (рецензия). «Советское государство и право», 1971, № 8. - С. 149. Правда, не всегда при заблуждении, на которое указывает автор, можно вообще говорить о вине, а не только о противоправности.

⁷ 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. - С. 261).

⁸ См.: А. П. Савицкая. Гражданская ответственность государственных органов за вред, причиненный их должностными лицами. Автореферат канд. дисс., М., 1953, См.: также О. С. Иоффе. Цит. работа. - С. 78.

⁹ См.: Х. И. Шварц. Обязательства из причинения вреда. М., 1954. - С. 8.

¹⁰ См.: О. С. Иоффе. Обязательства по возмещению вреда, ЛГУ, 1952. - С. 15.

¹¹ См.: Д. И. Бернштейн. Указ. диссертация. - С. 218.

является лишь юридическим выражением общественной вредности правонарушений.¹ 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 запреты.² Автор критикует взгляды некоторых ученых на то, что само вредоносное действие, само причинение вреда уже является противоправным.³ 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 другому.⁴

Противоправность, указывает В.А.Рахмилович, заключается в нарушении правовой нормы, правового предписания тем, кому оно адресовано и кто действует сознательно, целенаправленно.⁵ 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. Фарукшин.⁶

Поведение человека в социалистическом обществе регулируется нормами права, которые и предусматривают необходимость определенного поведения, и запрещают то поведение, которое идет в разрез с предписанием этих норм. Обязательным с точки зрения юридической признается именно такое поведение, отклонение от которого запрещено нормой права, государством, однако не всегда несоблюдение обязанности может считаться противоправным. Юридической обязанность делает только санкция, причем если нет противоправности, нет и санкции.⁷

О.Э.Лейст совершенно верно не ставит знака равенства между правонарушением и противоправным деянием, считая, что правонарушение

¹ См.: Общая теория советского права под редакцией С. Н. Братуся и И.С.Самощенко. - С. 394, 399 и 403

² См.: В. А. Рахмилович. Цит. статья. - С. 53.

³ 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. - С. 58).

⁴ 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. 1, СПб, 1914. - С. 3).

⁵ См.: В. А. Рахмилович. Цит. статья. - С. 60.

⁶ См.: М. Х. Фарукшин. Общие принципы юридической ответственности в советском обществе. «Советское государство и право», № 5, 1967. - С. 117.

⁷ См.: О. Э. Лейст. Санкции в советском праве. М-, Юриздат, 1962». - С. 50—61.

включает еще и субъективную сторону —вину. Нельзя согласиться с И.Ребане, считающим, что противоправность — это лишь формальный юридический признак правонарушения.¹ 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 поведения.² 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 нарушений.³ 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.Шаргородский.⁴ Несколько выше авторы подчеркивают, что ответственность это санкция за несоблюдение нормы права, за действия, вызывающие общественное осуждение поведения правонарушителя.⁵ 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 осуждением.⁶

¹ См.: И. Ребане. К постановке вопроса об основаниях правовой ответственности. «Труды юридич. фак. Тартуского госуниверситета», вып. 44, Tallinn, 1956. - С. 159.

² См.: О. А. Красавчиков. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1966. - С. 166.

³ См.: Д. И. Бернштейн. Указ. диссертация. - С. 22. На то, что в правовых нормах, устанавливающих ответственность, выражается отрицательное отношение общества, государства к правонарушителям, указывает и Н. С. М а л е и н. (См.: Понятие и основание имущественной ответственности, «Советское государство и право», 1970, № 12. - С. 37).

⁴ О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский. Цит. соч. - С. 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 управомочия (См.: цит. статью. - С. 74, 75), но ведь нарушение субъективного права прежде всего противоречит именно правовой норме, каким бы незначительным это нарушение ни было.

⁵ См.: О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский, там же. - С. 314—316.

⁶ См.: С. С. Алексеев. Общая теория социалистического права, вып. 2, 1964. - С. 194, 195.

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 деяния.¹ 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).² 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 общества.³ Мы полагаем, что прежде всего в этих случаях отсутствует противоправность и, конечно, 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.⁴ Автор вообще считает, что противоправность и заключается в юридическом выражении общественной вредности деяния.⁵ 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 государств,⁶ поэтому тот, кто пользуется

¹ См.: К. Ф. Тихонов. Субъективная сторона преступления. Саратов, 1967. - С. 65.

² См.: А. И. С а н т а л о в. О единстве психологического и социально-правового аспекта понятия вины. «Тезисы докладов и сообщений», Кишинев, 1965. - С. 217.

³ См.: К. Ф. Тихонов. Цит. соч. - С. 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. - С. 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. - С. 22).

⁴ И. С. С а м о щ е н к о. Цит. соч. - С. 96.

⁵ См.: там же. - С. 50.

⁶ См.: В. П. Д о м а н ж о. Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в

своим правом, хотя бы причиняя вред другому, обычно считается поступающим правомерно: *qui jure suo utitur, nemine 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.¹ 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 допускало иска по принципу: *ex iniusta causa non oritur actio*.²

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.),³ зато правомерными признаются такие действия, которые чужды нашему социалистическому правопорядку (нажива, спекуляция и т. п.).⁴

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 работах,⁵ ущерб в результате основанных на реальных расчетах опытов и экспериментов,⁶ хозяйственный риск⁷ и другие аналогичные случаи. Прав М. М. Агарков,

проекте нашего гражданского уложения. Сб. статей памяти проф. Г. Ф. Шершеневича, М., 1915. - С. 322, 323.

¹ См.: Г. Ф. Ш е р ш е н е в и ч. Учебник русского гражданского права, изд. 11, т. 2, М., 1915. - С. 225; См.: так же И. М. Тютрюмов. Гражданское право. Юрьев. «Право», 1922. - С. 100, 102, 105; И.А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. Петр., «Право», 1917. - С. 273.

² См.: С. А. Б е л я ц к и н. Цит. соч. - С. 535, 536.

³ Самоид и Вильямс. Основы договорного права. М., «Иностр. лит.», 1966. - С. 396.

⁴ См.: Г. К. Матвеев. Цит. статья. - С. 74.

⁵ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 34, 35; См.: его же. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 32, 33. Е.А.Флейшиц. Общие начала ответственности по основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, «Советское государство и право», 1962, № 3. - С. 39; М.К.Сулейменов. Ответственность за нарушение сроков исполнения договорных обязательств. Алма-Ата, 1971. - С. 40.

⁶ См.: М. С. Гринберг. Момент оправданного риска в производственном процессе и его уголовно-правовое значение. «Советское государство и право», № 1, 1954. - С. 103—105.

⁷ Е. А. Кленов, В. Г. М а л о в. Материальная ответственность рабочих и служащих на предприятии. М., 1968. - С. 13.

который указывал, что действия правомерные, т. е. дозволенные правом, по общему правилу, не влекут за собой ответственности.¹ 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 запускающий космический аппарат государство создает риск для всех государств, но никакого преступления здесь нет с точки зрения международного права, хотя причиненный ущерб должен быть возмещен.² Этот вопрос выходит за рамки гражданского права, однако причинение такого ущерба возможно и в пределах одного государства.

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 ним.³ 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. Ferneck, которые смешивали объективные и субъективные моменты, считая, что неправомерные — это лишь действия, совершенные виновно.⁴ Этому же мнению придерживается и В. А. Тархов.⁵ 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».⁶ 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

¹ См.: М. М. Агарков. Указ. работа. - С. 152.

² См.: Г. П. Жуков. Проблема ответственности за ущерб в космическом праве. «Советское государство и право», 1965, № 6. - С. 67. Нельзя, конечно, не учитывать цели запуска.

³ 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. - С. 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.

⁴ См.: М. М. Агарков. Указ. работа. - С. 151, 152.

⁵ См.: В. А. Тархов. Обязательства, возникающие из причинения вреда. - С. 55

⁶ О. А. Красавчиков. Указ. работа. - С. 169.

об ответственности.¹ 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 противоправное.²

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 вред.³

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 предотвратить.⁴

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...».⁵ 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

¹ См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 22.

² См.: И. С. Самощенко. Цит. работа. - С. 16.

³ См.: О. С. Иоффе. Цит. работа. - С. 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. - С. 26.

⁴ См.: В. А. Рахмилович. Цит. статья. - С. 59.

⁵ К. Маркс и Ф. Энгельс. Соч., т. 1, М., 1965. - С. 14 («Заметки о новейшей прусской цензурной инструкции»).

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 ввиду незнания о существовании неопубликованного акта вышестоящего органа; недопустимо осуждение невиновного 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 обстоятельствах,¹ но нельзя отрицать наличие самой противоправности причинения вреда подобными действиями, опасными ввиду постоянной угрозы возможного причинения такого вреда.² Противоправный результат является обычно следствием не только непосредственного причинения вреда, но и отсутствия контроля за поведение 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 запираются, 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 небрежности.³ Вполне допустимо добросовестное заблуждение, вызванное стечением определенных

¹ См.: Е. А. Флейшиц. Цит. статья. - С. 39. В. А. Тархов. Указ. работа. - С. 55.

² 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. - С. 80).

³ См.: В. М. Савицкий, Е. А. Флейшиц. Об имущественной ответственности органов следствия и суда. «Советское государство и право». №7, 1966. - С. 14.

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), сбила человека — действовал противоправно. В признании этого и заключается стимул к изысканию новых путей для обеспечения безопасности.¹ 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 потерпевшего.² Значит такие непосредственные или сопутствующие событию действия и при отсутствии вины противоречат правовой норме и являются противоправными.

Существует взгляд, согласно которому противоправность так называемых объективно-противоправных деяний заключается только в допущении ответственности за них.³ 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

¹ Н. С. М а л е н решительно выступает против концепции «стимулировать не обвиняя», основывающейся на каких-то безграничных «запасах заботливости». (См.: Вина — необходимое условие имущественной ответственности. - С. 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.

² Правильно отмечает Т. В. Церетели (См.: Деликты создания опасности, «Советское государство и право», 1970, № 8. - С. 61), что неосмотрительное поведение может быть и при случае, оно включает в себя и отклонение от неписанных правил, от требований повышенной предосторожности, поскольку абсолютной нормальной эксплуатацией 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.

³ См.: И. С. С а м о щ е н к о. Цит. соч. - С. 90.

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 ответственности.¹ 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. Неприемлема, как указано, и точка зрения о достаточности для применения ответственности лишь вины и причинной связи.²

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 рассматриваемого явления».³ 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 халатности.⁴ Выше мы сказали, что иногда ответственность

¹ См.: В. А. Рахмилович. Цит. статья. - С. 62.

² См.: В. К. Р а й х е р. Цит. статья. - С. 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.

³ М. И. Б р а г и н с к и й. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву, «Труды ВЮЗИ», т. I, М., 1961. - С. 9.

⁴ Там же. - С. 12.

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».¹ 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 вменения.²

М. Д. Шаргородский в одной из своих работ подчеркивает, что при объективной противоправности могут последовать другие правовые последствия, но не ответственность.³ Но в других своих работах М. Д. Шаргородский допускает ответственности в гражданском праве и при отсутствии вины.⁴

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 вина.⁵ Аналогичного мнения придерживаются и авторы коллективного труда «Стимулирование исполнения хозяйственных договоров», считающие, что только в этом случае достигается стимулирующее воздействие мер ответственности.⁶ Не

¹ Д. И. Бернштейн. Проблема так называемой ответственности без вины в советском праве. Сборник статей аспирантов ТашГУ, вып. 253. Ташк., 1964. - С. 116.

² См.: Н. Г. Александров. Законность и правоотношения в советском обществе. М., Госюриздат, 1955. - С. 168.

³ См.: М. Д. Шаргородский. Общая теория государства и права. Изд. ЛГУ, 1961. - С. 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.

⁴ См.: выступление на научной дискуссии на юридическом факультете. «Вестник ЛГУ» № 9, 1951. - С. 92, 93.

⁵ См.: И. Ребане. Указ. работа. - С. 159, 162

⁶ См.: Стимулирование исполнения хозяйственных договоров. Минск, 1968. - С. 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.

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 обычно.¹ Такую же решительно позицию занимает и В. С. Константинова.² Считает вину, причем, исключительно в субъективном смысле, единственным основанием гражданскоправовой ответственности и Б.Г.Шлифер.³

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, Paul Esmein придерживается объективного критерия, считая, что вина состоит в невыполнении действия, которое совершил бы «добрый отец семейства».⁴ Во многих нормативных актах зарубежных стран подчеркивается, 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 вопрос.⁵ 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

¹ См.: Т. С. Хаскина. Основные начала ответственности за внедоговорный вред по советскому гражданскому праву. Канд. диссерт. Л., 1949. - С. 240, 317

² См.: В. С. Константинова. Вина как условие ответственности по обязательствам поставки. Автореферат канд. дис., Саратов, 1970. - С. 10

³ См.: Б. Г. Шлифер. Некоторые спорные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. «Советское государство и право», № 9, 1965. - С. 115—118.

⁴ Paul Esmein. Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité delictuelle. «Revue trimestrielle de droit civil», Paris, 1933, p. 690-692.

⁵ См.: Д. И. Бернштейн. Указ. работа. - С. 119—124.

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 права.¹ 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 причинителя.² Поэтому при невинном причинении вреда источником повышенной опасности наступает не ответственность, а помощь пострадавшим — это гражданско-правовая обязанность, а не ответственность, ибо нет цели перевоспитания и предупреждения, как нет никакого противоправного деяния.³

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 (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 ответственности.⁴ 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 поступка.⁵ В другой работе Б. С. Антимонов называет вину — ведущим началом договорной ответственности, общим принципом, общим основанием ответственности.⁶ Таковую 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

¹ См.: Д. И. Бернштейн. Цит. Диссертация. - С. 65—67.

² См.: там же. - С. 139—142, 157.

³ См.: там же. - С. 210—214.

⁴ См.: И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве. М., Госюриздат, 1950. - С. 320.

⁵ См.: Б. С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., Госюриздат, 1952. - С. 92.

⁶ См.: Б. С. Антимонов. Основания договорной ответственности социалистических организаций. Госюриздат, 1962. - С. 32, 37.

доказывает необоснованность подобной точки зрения прежде всего в отношении ответственности за нарушение уже существующих обязательств.¹

М. Х. Фарукшин полагает, что невинное 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 ущерб,² 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 непогрешимость.³

Подавляющее большинство ученых-цивилистов, признавая вину в качестве основания ответственности, допускают исключения 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».⁴

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).⁵ 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 ущерба.⁶ 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».⁷

¹ См.: Р. О. Халфина. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве. М., Изд. АН СССР. - С. 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. - С. 105).

² См.: М. Х. Фарукшин. Свобода воли и юридическая ответственность. «Вестник МГУ», серия 10, № 1, 1965. - С. 20.

³ См.: там же. - С. 15, 16.

⁴ В. А. Рахмилович. К вопросу о содержании и значении гражданской вины. «Учен. записки ВЮЗИ», вып. V, 1958. - С. 117—119.

⁵ См.: О. Иоффе. Вина как условие ответственности за нарушение обязательства. «Советская юстиция», № 5, 1965. - С. 24, 25.

⁶ См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., Изд. ЛГУ, 1955. - С. 29.

⁷ Там же.

Перечисляет случаи безвиновной ответственности и Г.К.Матвеев.¹ Называет их в виде исключений и А.М.Белякова.² 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».³

М. И. Брагинский, исследуя вопрос об ответственности за чужие действия, указывает, что ответственность владельца источника повышенной опасности является специальной нормой, исключением.⁴ К. К. Яичков высказывает сомнение в том, что главным основанием ответственности является вина.⁵

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. Райхер.⁶ 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 воспитывающей.⁷ Н. С. Малейн 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 неисключении отрицательных последствий, допускают деятельность, связанную с повышенной опасностью; объясняют ее как высокую степень вероятности причиненного вреда. Н. С. Малейн согласен с подобными концепциями, но он полагает, что следует отказаться от поисков основания в субъективном элементе правонарушения, а обратиться к условиям

¹ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 112-113

² См.: А. М. Белякова. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности, МГУ, 1967. - С. 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 ВИЮН», вып. 9, М., Госюриздат, 1959. - С. 148).

³ См.: О. Э. Лейст. Цит. соч. - С. 81, 92.

⁴ См.: М. И. Брагинский. Цит. работа. - С. 55.

⁵ См.: К. К. Яичков. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву. М., Госюриздат, 1958. - С. 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. - С. 138).

⁶ См.: В. К. Райхер. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. - С. 211.

⁷ См.: В. А. Тархов. Основания ответственности по советскому гражданскому праву. «Учен. труды Саратовского юридического института», 1969. - С. 70; См.: Г.К.Матвеев. Основания юридической ответственности. «Советское государство и право», № 10, 1971. - С. 30.

деятельности этого источника.¹ Присоединяется к тем ученым, которые допускают ответственность и при отсутствии вины, А.А.Собчак. Автор полагает, что назначение гражданскоправовой ответственности — это обеспечение восстановления нарушенных имущественных прав, т. е. компенсационная функция. Этот вывод подтверждается, в частности, и тем, что в ряде случаев при возложении такой ответственности вина вообще не учитывается.² 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 поставки,³ но в меньшей степени относится ко всем случаям договорной и деликтной ответственности.

Допуская некоторое преувеличение компенсационной функции гражданскоправовой 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).⁴ 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 вины.⁵ 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 вреда.⁶ Автор приводит далеко не все случаи применения ответственности без вины, а выдвигаемые предпосылки такой ответственности, носящие субъективный и объективный характер, ни в коей

¹ См.: Н. С. Малейн. Об ответственности за вред, причиненный жизни или здоровью застрахованного. «Советское государство и право», № 6, 1953. - С. 134, 135. В статье «К вопросу о вине и случае в деликтных обязательствах» («Советское государство и право», № 4, 1963. - С. 142) автор выступает против расширения ответственности за невиновное причинение, считая, что такая ответственность не имеет достаточно четкого объяснения.

² См.: А. А. С о б ч а к. О спорных вопросах общей теории правовой ответственности. «Правоведение», № 1, 1968. - С. 50.

³ См., например, работу автора. Правовое регулирование товарооборота в народном хозяйстве СССР. «Ирфон», Душанбе, 1966. - С. 189. На три функции ответственности: превентивную, репрессивную и компенсационную указывает Н. С. М а л е й н. (См.: Понятие и основание имущественной ответственности. - С. 38).

⁴ 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. - С. 31). Мы ссылались уже на мнение по этому вопросу ряда советских ученых, в том числе М. И. Брагинского.

⁵ См.: А. А. Собчак. Цит. работа. - С. 52, 53.

⁶ См.: там же. - С. 54, 57.

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 без вины, как санкции низшего ранга и полагает, что всякое применение санкции за нарушение обязанности — это вид гражданской ответственности, имеющий определенное воспитательное значение.¹

Известное воспитательное значение, хотя и весьма ограниченное, за ответственностью без вины признают и другие авторы.² Не отрицает стимулирующего значения ответственности без вины и Н. С. Малеин, 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.).³

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 стороны.⁴ Признает в весьма ограниченных случаях исключения из принципа вины при применении ответственности и И. Д. Фондаминский.⁵

Б. С. Антимонов также полагает, что право знает и понятие более широкое, чем виновное правонарушение — ответственность без предпосылки вины.⁶ С. А. Аскназий видел в применении ответственности за случайные и чужие действия распределительную функцию ответственности, которая и является основанием такой ответственности.⁷ 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 осуществлявших надзор отсутствовали средства; ответственность хозяина за служащих, даже если он не виновен в подборе их

¹ См.: Е. А. Флейшиц. Указ. статья. - С. 37.

² См.: В. А. Рахмилович. Основные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. Канд. диссерт. М., 1954. - С. 177.

³ См.: Н. С. Малеин. Возмещение вреда, причиненного личности. М., Госюриздат, 1965. - С. 40, 44, 45.

⁴ См.: В. Рахмилович. О страховании гражданской ответственности. «Советская юстиция», № 4, 1962. - С. 227.

⁵ См.: М. Д. Фондаминский. Ответственность за действия других лиц в обязательствах из причинения вреда по советскому праву. Кандидатская диссертация. Свердловск, 1948. - С. 7.

⁶ См.: Б. С. Антимонов. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М., Госюриздат, 1950. - С. 90, 91.

⁷ См.: С. И. Аскназий. Некоторые вопросы гражданско-правовой ответственности, Вопросы советского права. Учен. зап. ЛГУ, вып. 4, 1953. - С. 167.

(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.¹ Особый интерес в освещении взглядов в правовой литературе на ответственность без вины представляла в свое время работа К. Адлера.² 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 ответственности.³ 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 вины.⁴ В гражданском праве, по его мнению, без несправедливой, снисходительной сентиментальности возмещение убытков будет измеряться последствиями, причем присуждение к ответственности за последствия (автор принципиально не отличает ответственность от возмещения) пустило глубокие корни в человеческом сердце.⁵

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

¹ См.: А. Я. Канторович. Война и исполнение обязательств. П., 1917. - С. 40.

² 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.

³ К. Адлер. Цит. соч. - С. 13.

⁴ К. Адлер. Цит. соч. - С. 16, 17. Никакой *casus* не в состоянии освободить от неустойки, указывал и известный буржуазный юрист И е р и н г. (См.: М.Я.Пергамент. Договорная неустойка и интерес. М., 1905. - С. 271 и далее).

⁵ К. Адлер. Цит. соч. - С. 35—37.

голового причинения, позиции объективной ответственности, о которой мы упоминали выше, в связи с изложением теории профессионального риска.¹

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».² 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 в одном из своих выступлений признавал, что наряду с ответственностью за вину, есть и ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности.³ 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 вина.⁴ 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».⁵ И. Д. Фондаминский, исследуя специальный вопрос об ответственности других лиц, указывает, что если признать, что

¹ О. А. Красавчиков (См.: цит. работу. - С. 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.

² См., например, Б. С. Антимонов. К вопросу о понятии и значении причинной связи в гражданском праве. «Труды научной сессии ВИЮН» 1946, М., Юриздат, 1948. - С. 77. О принципе причинения в советском праве упоминает и Л. А. Лунц (См.: И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц, Цит. соч. - С. 324). Г. К. Матвеев (Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 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 указывая, что ответственность может быть основана либо на вине, либо на случае. (См.: указанную статью в Юридической летописи за 1892 год, № 8—9. - С. 99).

³ См.: Х. И. Шварц. Выступление в прениях по содокладу М. М. Агаркова на 1-ой научной сессии ВИЮН. Труды сессии, М., 1940. - С. 327.

⁴ См.: М. Д. Шаргородский. Заключительное слово. «Вестник ЛГУ», № 9, 1951. - С. 99.

⁵ А. Н. Савицкая. Цит. автореферат. - С. 47.

ответственность юридического лица не обусловлена его виной, то она должна объясняться посредством иного принципа, нежели тот, на котором построена сейчас деликтная ответственность.¹ 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 потерпевшего.²

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 теорий ответственности, ибо бытующие объяснения начал возмещения вреда не удовлетворяют³ 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 тождественны.⁴

О. А. Красавчиков делает вывод, что возмещение вреда или принятие его на себя это не форма гражданско-правовой ответственности и строятся они на началах риска.⁵ 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

¹ См.: И. Д. Фондаминский. Указ. диссертация. - С. 25.

² См.: В. Т а р х о в. Рецензия на работу Г. К. Матвеева. Вина в советском гражданском праве. «Советское государство и право», № 3, 1956. - С. 148.

³ См., О. А. Красавчиков. Указ. работа. - С. 118, 128.

⁴ См.: О. А. Красавчиков. Указ. работа. - С. 137.

⁵ См.: там же. - С. 142. Убедительность выводов автора признает и В.П.Шахматов. (См.: цит. работу. - С. 101). Точку зрения О. А. Красавчикова в основном разделяет и Н. С. М а л е и и (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. Ставиский. (См.: Обязанность возмещения вреда по ст. 95 Основ гражданского законодательства. «Правоведение», 1971, № 5. - С. 72, 74, 75, 76). На интересных высказываниях автора мы еще остановимся в Особенной части при рассмотрении деликтного риска.

полагаем, О. А. Красавчиков не довел свою правильную мысль до логического конца, заняв чересчур 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) гражданскоправовой ответственности и распределения убытков

Основание юридической ответственности есть совершение субъектом правонарушения или, когда это допускается законом, объективно противоправного деяния.¹

Г.К.Матвеев подчеркивает, что основанием ответственности являются как внешняя связь противоправного действия и результата, так и внутренняя обусловленность воли и действия.²

Выше мы указывали уже, что в качестве внешней связи гражданскоправовой ответственности, ее объективной стороны всегда выступает противоправность. Именно противоправность является связующим звеном, которое соединяет действия нарушителя ответственностью. При отсутствии противоправности не может быть и речи об ответственности субъекта.³ «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 договора.⁵ Даже тогда, когда ставится под сомнение

¹ См.: Общая теория советского права. М., 1966. - С. 427. Выше мы высказали свое отношение к понятию «объективно противоправное деяние».

² См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 77.

³ В. Тархов (цитир. соч. - С. 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. - С. 15), но авторы говорят не об ответственности, а об обязательстве возместить вред. А вот В. И. К о ф м а н (цит. статья. - С. 69) считает, что противоправность не всегда нужно связывать с ответственностью. В качестве примера он ссылается на добросовестную 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. И о ф ф е, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права, М., 1961. - С. 335.

⁵ См.: В. С. Константинова. Цит. статья. - С. 68. Автор вообще считает противоправность единственным основанием ответственности, а вред, вину и причинную связь—условиями. (См.: цитир. автореферат. - С. 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. Р а х м и л о в и ч также отрицает ответственность при отсутствии противоправности. (См.: Хозрасчет и имущественная ответственность органов хозяйственного управления, «Советское государство и право», № 10, 1968. - С. 108). Подчеркивают возможность применения мер ответственности только за ущерб, причиненный в результате противоправной деятельности, А. А. П у ш к и н, 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. - С. 144).

необходимость во всех случаях наличия некоторых других элементов, многие авторы выдвигают противоправность как необходимое основание гражданскоправовой ответственности.¹ Связывая ответственность с правонарушением, О.Э.Лейст видит правонарушение и в тех случаях, когда нет вины, но был запрет отклоняться от определенной нормы.² Наоборот, И.С.Самощенко полагает, что если нет вины, то ответственность следует не из факта совершения правонарушения, а из специальных юридических оснований — только на объективных началах.³ 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 деяния.⁴

В другой своей работе автор подчеркивает, что «юридическая ответственность — это ответственность за общественно-вредные противоправные деяния».⁵ Мерой государственного принуждения, основанной на юридическом и общественном осуждении правонарушителя, называют ответственность О.С.Иоффе и М.Д.Шаргородский.⁶ Гражданскоправовая ответственность — это санкция за правонарушение, когда допускается нарушение, когда совершается противоправное деяние, применяется санкция, до сих пор существовавшая лишь в потенции.⁷

Б. Б. Черепяхин подчеркивал, что для ответственности характерно наличие противоправности, хотя и рассматриваемой вне зависимости от наличия вины.⁸

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 умыслом, 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

¹ См.: О. С. Иоффе. «Советское гражданское право», ч. 2. «ЛГУ», 1961. - С. 477; см.: М. М. Тоболовская. Цит. диссерт. - С. 79.

² См.: О. Э. Лейст. Цит. соч. - С. 81, 85.

³ См.: И. С. Самощенко. Цит. соч. - С. 17.

⁴ См.: там же. - С. 18, 14.

⁵ И. С. Самощенко. К вопросу о причинности в области юридической ответственности. Сб. Вопросы общей теории советского права. М., 1960. - С. 347.

⁶ См.: О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории права. - С. 318. Это определение полностью поддерживает и В. П. Шахматов. (См.: цит. работу. - С. 101).

⁷ См.: А. С. Пигон. Нормы советского социалистического права и их структура. «Вопросы общей теории советского права». М., 1960. - С. 150.

⁸ См.: Б. Б. Черепяхин. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве. «Актуальные вопросы советского гражданского права». - М., Юриздат, 1964. - С. 92.

правомерности, вывод он делает совершенно правильный: «Общим основанием для привлечения лица к ответственности является совершение лицом противоправного деяния».¹ Но противоправность — это не только обязательное условие для привлечения к ответственности, она позволяет отделить случаи гражданско-правовой ответственности при отсутствии вины от случаев ответственности, а только возмещения (распределения) убытков.

Не всегда даже добровольное принятие на себя последствий случайно причиненного вреда является ответственностью.² 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 освобождены.³

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 нарушению.⁴ 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 случае нет осуждения со стороны

¹ Д. И. Бернштейн. Цит. диссертация. - С. 160.

² См.: О. А. Красавчиков. Цит. работа. - С. 177.

³ См.: М. С. Гринберг. Момент оправданного риска в производственном процессе и его уголовно-правовое значение. «Советское государство и право», № 1, 1954. - С. 101.

⁴ 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. - С. 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 нравственностью. (См.: Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. - С. 312). Следовательно, вина, по мнению автора, встречается 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. - С. 172).

государства.¹ Здесь действительно нет противоправности; законодатель и не именуется 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, допустимое законом лишь в отдельных случаях,² при наличии ущерба и причиненной 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?³

Ф. Энгельс указывает, что «человек только в том случае несет полную ответственность за свои поступки, если он совершил их, обладая полной свободой воли...».⁴ Свобода воли, сознание, позволяющие выбрать определенный вариант поведения являются тем стержнем, который пронизывает всю проблему юридической ответственности,⁵ 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 сознательных, волевых актов относится и субъективный случай, но при casuse 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

¹ См.: О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Цит. работа. - С. 320.

² Г.К.Матвеев верно подчеркивает, что общим принципом советского гражданского права является виновная ответственность. (См.: Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 15).

³ Прав Г.К.Матвеев, указавший, что основанием гражданско-правовой ответственности является «диалектическое единство его объективных и субъективных элементов». (Вина в советском гражданском праве. - С. 178).

⁴ К. Маркс и Ф. Энгельс. Сочинения, т. 21, Госполитиздат, 1961. - С. 82.

⁵ См.: М. Х. Фаруқши и н. Цит. автореферат. - С. 4.

гражданскоправовой ответственности? Конечно, нет. Порок сознания, вынужденная пассивность воли, в которых никак нельзя упрекнуть субъекта, — не позволяют возложить на него ответственность только за факт противоправного поступка.¹

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 гражданскоправовой ответственностью при совершении неправомерных 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 гражданскоправовая ответственность.

Таким образом, «риск» может наряду с виной являться субъективным основанием гражданскоправовой ответственности, а утверждения о возможности применения ответственности лишь при наличии одних объективных оснований — беспочвенны.² 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 в случаях причинения вреда источником повышенной опасности не исключает возможности применения раскритикованной им «теории риска» в порядке исключения к этим случаям.³

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

¹ 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 - е в. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. «Советская юстиция», 1938, № 22. - С. 14).

² В. А. Тархов. (См.: цит. статья. - С. 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.

³ См.: Б. С. А н т и м о н о в. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М., Госюриздат, 1952. - С. 25.

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 ответственность.¹

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).² И при отсутствии вины можно все же говорить о неосмотрительном поведении.³ 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 гражданскоправовой 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 возмещения ущерба от действия или бездействия субъекта или зависящих от него лиц (вещей), обязательством о принятии на себя последствий своей деятельности.⁴

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 верх.⁵

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 предлагают.⁶

В буржуазном обязательственном праве в ряде случаев риск связывается с ответственностью и при неисполнении договоров» не зависящем от воли

¹ См.: В. Рассудовский. Вопрос об имущественном риске в гражданском праве. «Советская юстиция», № 18, 1963. - С. 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. - С. 182, 183.

² См.: В л. Р - е в. Цит. статья. - С. 13.

³ См.: Т. В. Церетели. Деликты создания опасности. «Советское государство и право», № 8, 1970. - С. 61.

⁴ R.Savatier. Traite de la responsabilite civile en droit francais. Paris, 1939, v I, p. I, 358. Об ответственности при риске жертвы См.: Henri Lalou/ Traite pratique de la responsabilite civile. Paris, 1955, p. 270. О риске и деликтной ответственности См.: Также Rene Demogue. Obligations et contrats speciaux. «Revue trimestrielle de droit civil». Paris, 1933, p. 465.

⁵ См.: Henri et Leon Mazeand, Andre Tunc. Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle, т. 1, Paris, 1957, p. 420.

⁶ См.: там же. - С. 425/

должника. Подобная ответственность, как утверждает С. К. Май, «как бы страхует арендатора от риска неисполнения обязательства».¹ 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 договор.² Однако далее автор допускает, что при регрессе может возникнуть вопрос об особом риске в случае фактической неплатежеспособности 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 риск.³

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. Малеин, 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,

¹ С. К. М а й. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., Внешторгиздат, 1953. - С. 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. - С. 80.

² См.: М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. Сб. Вопросы советского гражданского права. М., Изд-во АН СССР, 1946. - С. 127—129.

³ См.: М. М. Агарков. Там же. - С. 130.

ибо иначе ответственность применялась бы и при непреодолимой силе, но закон определяет иначе, а сторонники «теории риска» никаких предложений не выдвигают.¹ 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 допускаемого, даже маловероятного вреда,² 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 шёл навстречу, организуя свое предприятие и учитывая заранее возмещение вреда, который он, по всей вероятности причинит.³

М. М. Тоболовская идет даже дальше, считая, что должник должен нести риск любых случайностей, которые возникают в организованной им хозяйственной сфере.⁴ Критику этой точки зрения, приводящей к сужению принципа вины, дал О.С.Иоффе.⁵ 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. Остановившись 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 несправедливым.⁶ 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

¹ См.: Н. С. Малейн. Возмещение вреда, причиненного личности. М., Госюриздат, 1965. - С. 43, 44.

² См.: Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право. Л., 1928. - С. 363. С точкой зрения автора о том, что здесь вред от случая превращается во вред от неосторожности, согласиться никак нельзя.

³ См.: там же. - С. 368.

⁴ См.: М. М. Тоболовская. Указ. диссертация. - С. 156.

⁵ О. С. Иоффе. Цит. работа. - С. 174.

⁶ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 113.

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 окружающих.¹ 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 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».² 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

¹ См.: Г. К. Матвеев, В. С. Шелестов, А. А. Сергиенко, Новое исследование деликтных обязательств. «Советское государство и право», № 5, 1967. - С. 155.

² См.: Г. К. Матвеев, В. С. Шелестов, А. А. Сергиенко. Цит. рецензия. - С. 155.

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 странах Запада теорией риска — страхованием гражданской ответственности, при которой возмещение производится с учетом риска обеих сторон деликтного обязательства.¹

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 невозможности.²

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.

¹ См.: А. А. Собчак. Цит. статья. - С. 56, 57.

² См.: В. К. Р а й х е р. Об особом виде противозаконных сделок. «Актуальные вопросы советского гражданского права», М., Юриздат, 1964, .стр. 68.

Правильно отмечает Н. С. Малеин, что ответственность вовсе не единственная форма возмещения вреда, которая имеет различные начала, в том числе и систему риска,¹ но нельзя согласиться с ним, что единственным субъективным основанием ответственности является вина. Нужно разграничивать не ответственность и риск, как это делает автор,² 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 чувствителен.³ 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».⁴ Необходимо добавить: связана со знанием 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».⁵ 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 определенный риск), на которую указывает Paul Esmein (*l'obligation de garantir un risque*).⁶

¹ См.: Н. С. Малеин. Вина — необходимое условие имущественной ответственности. - С. 33.

² См.: там же. - С. 34, 35.

³ См.: И. А. Покровский. Основные проблемы гражданского права. Петр., 1917. - С. 290, 291.

⁴ Л. Л у н ц. О влиянии изменений экономической конъюнктуры на обязательства частного права. Материалы НКЮ, вып. XV, М., 1922. - С. 57

⁵ См.: Там же.

⁶ См.: P.Esmein. le fondement de la responsabilite contractuelle rapprochee de la responsabilite delictuelle «Revue

Иногда распределением убытков старались просто завуалировать ответственность. Как утверждал К. Адлер, некоторые весьма остроумные юристы старались утешить вредителя различием между понятиями возмещения убытков и наказанием.¹ 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 силы.² Rene Demogue полагает, что признание риска допустимо там, где может иметь место оговорка о неприменении ответственности.³

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 риск.⁴

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 стороной.⁵ 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 «конъюнктурный» 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

trimestrielle de droit civil», Paris, 1933, p.692.

¹ См.: К. Адлер, указ. работа. - С. 26.

² См.: H.Capitant. De la cause des obligations. Paris, 1927, p. 288.

³ См.: R. Demogue. Obligations et cotrats speciaux. «Revue trimestrielle de droit civil», Paris, 1933, p. 466.

⁴ См.: Я. А. Канторович. Указ. работа. - С. 12.

⁵ См.: А. Г. Зейц. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров, Иркутск, 1928 (цитируется работа Титце 1921 года «Richtermacht und vertragsinhalt».

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 субъектов.¹ 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...».² Именно такого — последнего мнения придерживается О.С.Иоффе.³ 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 осуждения.⁴ 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 неправомерным.⁵ С этой точкой зрения вряд ли можно согласиться полностью. Ответственность возникает 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 пределов.⁶

¹ См.: О. Э. Лейст. Указ. работа. - С. 92.

² В. А. Рахмилович. О противоправности как основании гражданской ответственности. «Советское государство и право», № 3, 1964. - С. 62.

³ См.: О. С. Иоффе. Указ. работа. - С. 17.

⁴ См.: Р. О. Халфина. Указ. рецензия. - С. 135, 136.

⁵ См.: В. А. Тархов. Основания ответственности по советскому гражданскому праву. - С. 62.

⁶ 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,

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.¹ 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 отказал.² 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. Возможно это будет Госстрах, но возможно собственник, который не осуществлял страхования.³

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».⁴ 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 причин,⁵ т. е. с непризнанием субъективного характера этого правового понятия.

Конечно, заголовок и содержание нормы могут не совпадать. Но допускаемое указание на несоответствие названия («ответственность»)

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. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. ЛГУ, 1956. - С. 100; Н. Н. Паше-Озерский. Необходимая оборона и крайняя необходимость. М., 1962. - С. 152, 153 и особенно С. А. Домахин. Крайняя необходимость по уголовному праву. М., 1955. - С. 19—21; 44, 45).

¹ См.: Г. К. Матвеев. Вина в советском гражданском праве. - С. 119, В этих случаях мы говорим о правостановительных мерах. (См.: М. Х. Ф а р у к ш и н. Вопросы общей теории юридической ответственности, «Правоведение», № 4, 1969. - С. 34).

² См.: дело Госарбитража при Совете Министров РСФСР, № 94/11 за 1968 г.

³ См.: О. А. Красавчиков. Цит. работа. - С. 142. На сочетание различных способов при решении вопроса о безвиновном и случайном причинении вреда указывает Г. К. Матвеев (Основания гражданско-правовой ответственности. - С. 17).

⁴ О. А. Красавчиков. Цит. работа. - С. 142.

⁵ См.: там же. - С. 145, 150.

содержанию ст. 90 Основ не убедительно, ибо ответственность в этом случае как раз применяется, но на основании риска.¹

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 виновника.² 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 ограничениями.³ Но совершенно правильно указывает Н. С. Малейн, что нельзя рассматривать вину вне субъекта, что «чужая вина» — это возложение обязанности, но не субъективное основание ответственности.⁴ 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 мотивами.⁵

Н. С. Малейн полагает, что если вообще отсутствует чья-либо вина в возникших убытках, следует стать на путь их распределения путем

¹ На соответствие этого термина указали также О.С.Иоффе и М.Д. Шаргородский (См.: цит. работу. - С.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 случаях авторы видят «распределение риска». Несоответствие названия указанных и некоторых других норм отмечает и Н.С.Малейн. (См.: Вина – необходимое условие имущественной ответственности. - С. 32).

² См.: М. М. Агарков. Указ. работа. - С. 124 и др.

³ 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.: - С. 63, 64).

⁴ См.: Н. С. Малейн. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., Изд-во «Наука», 1968. - С. 29, 30.

⁵ См.: там же. - С. 33—37.

применения принципа локализации, «модели ответственности», метода возмещения и метода страхования.¹

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».²

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.

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 контрагенту.³

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 возможно.⁴ 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

¹ См.: там же. - С. 44—46.

² Там же. - С. 27.

³ См.: И. С. С а м о щ е н к о, М. Х. Ф а р у к ш и н. Ответственность по советскому законодательству. М., «Юридическая литература», 1971. - С. 147.

⁴ См.: Ф. Л. Рабинович. Вина как основание договорной ответственности социалистического предприятия. «Советское государство и право», № 6, 1966. - С. 34. См.: В. А. Язев. Промышленность и торговля. М., «Юридическая литература», 1970. - С. 190 и далее.

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. т.), подлежащие в порядке регресса или по прямому иску 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 наименования «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) процессе,¹ 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 — многообразия и специфики.² 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,

¹ Г. К. М а т в е е в 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. - С. 67).

² См.: Н. С. М а л е и н. Вина — необходимое условие имущественной ответственности. - С. 33.

что оно в какой-либо комбинации обстоятельств может создать угрозу причинения вреда. Была бы полная пассивность и ничемная 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».¹

¹ В. Ц е р е т е л и . Деликты создания опасности, «Советское государство и право», № 8, 1970. - С. 61.

МИНИСТЕРСТВО НАРОДНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
ТАДЖИКСКОЙ ССР

ТАДЖИКСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ В.И. ЛЕНИНА

В.А. ОЙГЕНЗИХТ

ПРЕЗУМПЦИИ
В СОВЕТСКОМ
ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Издательство «ИРФОН»
Душанбе, 1976

До сих пор категория презумпции исследовалась в основном в плане процессуальном. Данная монография посвящена характеристике материально-правовых презумпций. В ней дается анализ различных видов презумпций как очевидного факта, так и неустановленного факта, прямо или косвенно фигурирующих в нормах гражданского права. Особое внимание уделяется презумпциям как предпосылкам, предварительным условиям гражданско-правовой ответственности. В работе дается определение презумпции, разграничивается сфера действия презумпций, показывается их значение, их место в гражданском праве.

Монография может быть использована научными работниками, студентами, практиками-юристами.

© Издательство "Ирфон"

ВВЕДЕНИЕ

В теории советского гражданского права есть отдельные категории, которым не уделено еще должного внимания. К таким категориям относятся и гражданско-правовая презумпция. Исследованием презумпции обычно занимаются процессуалисты. Много внимания ей было уделено в работах, посвященных уголовному процессу, затем она стала предметом исследования и ученых в области гражданского процесса. Однако эта категория занимает важное место и в материальном гражданском праве. Данная работа рассчитывает в определенной мере ликвидировать этот пробел.

Презумпция - категория многогранная и все же основное ее значение - это предпосылка гражданско-правовой ответственности.

В последнее время вопросам ответственности в гражданском праве посвящено немало работ. Подробный анализ различным точкам зрения на ответственность дан в новой содержательной работе проф. С.Н. Братуся¹. В принципе следует согласиться с пониманием ответственности, которого придерживается С.Н. Братусь (исполнение обязанности на основе государственного или приравненного к нему общественного принуждения). Но в то же время, видимо, не следует санкцию правовой нормы целиком и полностью сводить к ответственности, нельзя разрывать и взаимосвязанные обязанности; существовавшую до нарушения и возникнув после него. Ответственность - это прежде всего один из видов реализации санкции (путем принуждения) за нарушение именно обязанности, существовавшей до этого нарушения, последствие (и новая обязанность выступает как последствие) за указанное нарушение, причем не обязательно в виде дополнительных или неблагоприятных обременений, но обязательно за противоправное поведение. Юридическую ответственность нужно рассматривать не только в ретроспективном, но и в активном аспекте; эта связь проявляется в вариантности выбора субъектом своего поведения а в осознания (не только при наличии вины) последствий сделанного выбора. Представляется, что юридическую ответственность можно было бы определить, как ведущую форму реализации санкции, представляющую из себя осознанные последствия за выбор противоправного поведения, выражающиеся либо в непосредственной реализации санкции, в виде принудительного исполнения данной обязанности, либо в опосредствованной ее реализации в виде принудительного исполнения дополнительной - трансформированной на основании первоначальной санкции обязанности карательно-компенсационного характера. Конечно, эта проблема требует дальнейшего ее исследования. С ответственностью теснейшим образом связан вопрос об условиях ее применения. Этому вопросу также уделено много внимания в правовой литературе. Раскрытию недостаточно исследованной проблемы риска посвятил ряд работ и автор этих строк. При анализе категории риска как одного из условий ответственности пришлось непосредственно столкнуться и с категорией презумпции. Данная

¹ См.: С.Н. Братусь. Юридическая ответственность и законность. «Юрид. лит.». М., 1976. Стр.7 и сл.

монография является естественным продолжением исследования об основаниях гражданско-правовой ответственности, но правильной ее считать не просто продолжением, а развитием, дальнейшей разработкой этой проблемы.

В работе уделено должное внимание не только презумпции как предпосылке применения ответственности, но и другим видам презумпций в гражданском и частично в семейном праве, в том числе презумпциям приобретения и перехода права собственности, правомерности вступления в сделку, защиты гражданских прав, презумпциям в обязательстве перевозки и другим. В монографии уделено основное внимание теоретическим вопросам, но в ней вносятся конкретные предложения по усовершенствованию законодательства и практики его применения. Автором дается ряд новых определений, понятий, классификация презумпций. При этом работа не ограничивается рассмотрением только презумпций, затрагиваются в ней и смежные категории. Несомненно, что создание данной монографии сделалось возможным в связи с существенным вкладом в изучение исследуемой проблемы таких ученых, как А.В. Венедиктов, Г.Н. Амфитеатов, М.С. Отрогович, В.И. Каменская, С.Н. Братусь, О.С. Иоффе, Ю.К. Толстой, С.С. Алексеев, В.К. Бабаев, К.С. Юдельсон, В.А. Тархов, В.П. Воложанин, Я.Л.Штутин, Л. П. Смышляев, А. Ф. Клейман, И.Л. Петрухин, С.В. Курылев, А. К. Юрченко, Б.Л. Хаскельберг и др.

Совершенствование советского законодательства, в том числе гражданского, дальнейшее развитие теории права - это веление жизни, выполнение задач, поставленных Коммунистической партией перед советской правовой наукой.

ГЛАВА I. Понятие презумпции в гражданском праве

§ 1. Проблема презумпции в праве.

Презумпция - это общее правило, отражающее устойчивые, часто наблюдаемые и связи событий, фактов. Природа их статистическая¹. Презумпцию понимают как положение, выведенное из обыкновенного хода вещей², как философски-логическую категорию, являющуюся по существу обобщением индуктивного характера, обобщающую связи, сходные явления, из которых делается вывод - предположения о существовании чего-либо, какого-либо факта при определенной типичной ситуации. Вывод об истинности презумпции основывается на жизненной практике, а методом ее образования считают неполную индукцию, которая предполагает вероятность презумптивных обобщений³. Таким образом, презумпция в общелогическом ее понимании выглядит как предположение, являющееся видом индуктивного умозаключения (от частного к общему)⁴. В литературе отмечается, что презумпции строятся на эмпирических выводах о повторяющихся в определенной последовательности каких-либо явлениях, т. е. они являются приблизительными обобщениями, допускающими исключения⁵; эмпирические истины строятся на степени вероятности⁶. Все эти взгляды на презумпцию в принципе правильные, если понимать ее только как логическую категорию, как один из методов доказательств. Но дело в том, что презумпция является и более широким понятием – выводом не только от частного, а из комплекса сопоставлений и суждений не только из эмпирических⁷, но и из логических и теоретических обобщений⁸. Именно в таком плане, как мы увидим ниже, понимается презумпция в материально-правовом смысле, что позволяет усомниться в точности высказывания В.И. Каминской о том, что презумпция это приблизительное обобщение, хотя, конечно, опровержение ее не исключается. Тем не менее, совершенно очевидно, что эта категория связана не с безусловностью, а с вероятностью, в известном смысле с неопределенностью.

Кстати, в философии в последнее время уделяется серьезное внимание категориям неопределенности и определенности, отмечается, что признаком определенности является отсутствие выбора, но что она относительно и

¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе. "Юрид. лит.", М., 1973, стр. 343 (параграф написан И.Л. Петрухиным).

² См.: М.С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе. Изд. АН СССР, М. -Л., 1947, стр.181.

³ См.: В.К. Бабаев. Презумпции в советском праве. Автореф. канд. дис. Свердловск, 1969, стр. 2; его же. Презумпции в советском праве. Горький, 1974, стр. 8-12.

⁴ См.: Я.Л. Штутин. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. "Юрид. лит.", М., 1963, стр.84.

⁵ См.: В. И. Каминская. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. Изд. АН СССР, М. -Л., 1948, стр. 29-31.

⁶ См.: Я.Б. Левенталь. К вопросу о презумпциях в советском гражданском процессе. "Советское государство и право", 1949, № 6, стр. 55.

⁷ Теория доказательств в советском уголовном процессе, стр. 343.

⁸ Нужно отметить, что этимологическое понимание слова "предположение" весьма разнородно: намерение, догадка, предварительное намерение, предварительная мысль, допущение ... Представляется, что наиболее точное определение этого понятия должно быть несколько иным, о чем будет сказано ниже.

всегда выступает в единстве с неопределенностью¹. Указывается, что неопределенность может и не быть связана со случайностью, она обычно проявляется "в процессе превращения многообразия возможностей в действительность"². Но когда речь идет о предположении, следует иметь в виду не просто возможное заключение, но и заключение вероятное.

Мыслители обычно рассматривая вероятность в аспекте логическом, как степень уверенности в наступлении события или в его не наступлении³. Помимо логического понимания вероятности есть и другое ее понимание, например, в виде статистической интерпретации, которая основывается на длительных наблюдениях, на опыте и закономерности⁴, понимается как численная характеристика меры возможности события и находит свое выражение через частоту⁵. Как и неопределенность, вероятность связана с возможностью, по существу количественная сторона возможности и есть вероятность⁶, она является объективной количественной характеристикой истинно объективно существующей возможности⁷. В то же время вероятность следует понимать и как максимальную возможность, граничащую с переходом в действительность⁸. В.И. Ленин рассматривал вероятность как степень необходимого в возможном⁹. Марксисты донимают вероятность не как абстрактную величину, не как какую-то чистую, мыслительную форму, а подчеркивают ее объективное содержание¹⁰. Даже вероятность в суждениях выражает не только субъективную уверенность, субъективную оценку, она также является объективной, поскольку и суждение строится на конкретных фактах, базируется на таком критерии как практика. Конечно, в логической концепции вероятности имеются субъективные моменты, позволяющие оценить ее как неполную обоснованность утверждения или неполную определенность, уверенность в правильности утверждения, хотя устойчивая частота явлений позволяет судить о закономерности. Эта неполная уверенность, не исключающая закономерности, дает основание для опровержения закономерности, построенной на максимальной вероятности, но не означает, что вероятность равноценна неизвестности¹¹. Иногда

¹ См.: П. И. Визир, В. С. Готт, А. Д. Урсул. Определенность, неопределенность и их взаимосвязь с другими категориями диалектики. "Философские науки", 1972, № 3, стр. 44,45.

² Там же, стр. 47; см. также В.С. Готт, А. Д. Урсул. О категориях определенности и неопределенности. "Вопросы Философии", 1971, Я 6, стр. 64; А. М. Жаров. Определенность и неопределенность в диалектике времени. "Философские науки"; 1974, № 2, стр.73.

³ См.: Д. И. Корюкин. Вероятность как философская категория и ее применение в естествознании. Автореф. канд. дис. Свердловск. 1964, стр. 5.

⁴ См.: Г. И. Рузавин. Логическая вероятность и индуктивные выводы "Вопросы философии", 1967, № 4, стр. 109.

⁵ См.: Б. В. Гнеденко. Курс теории вероятностей. И. ,1961, стр. 45.

⁶ См.: Л. В. Смирнов. Категория вероятности. "Вопросы философии", 1958, № 12, стр.82.

⁷ См.: В. И. Корюкин, М. Н. Руткевич. Вероятность. "Некоторые категории диалектики", Росвузиздат, 1963, стр.72.

⁸ См.: Т. В. Церетели. Деликты создания опасности. "Советское государство и право", 1970. № 8, стр.59.

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

¹⁰ См.: Г.А. Геворкян. Вероятное и достоверное знание. Ереван, 1965, стр.63.

¹¹ О современных взглядах на вероятность см. В.И. Купцов. Детерминизм и вероятность. "Политиздат", М., 1976. Ученый подчеркивает сочетание в вероятности объективной и субъективной сторон, значение вероятностно-статистических законов для незнания, т. е. для установления истины.

презумпцию понимают как предположение основанное на вероятности¹. Но иного предположения просто не может быть, оно всегда основано на вероятности. Поэтому презумпция и предположение - это тождественные понятия, но из родового понятия "предположение" нужно выделить определенный вид, который является предположением правовым. Этому предположению и присвоили название "презумпция" - название условное, характеризующее правовой аспект предположения.

Вряд ли есть основания для отказа от этой терминологии, или для сохранения ее только в угоду краткости². Правда, в правовой литературе не все авторы пользуются термином "презумпция", предпочитая ему такие наименования, как "законное предположение", "юридическое предположение", "доказательственное предположение", но для такого нигилизма нет никаких оснований. Презумпция (*praesumptio*³)-термин, имеющий полное право на существование и означающий правовое предположение. Прежде всего нужно сказать, что вообще проблему презумпции нельзя считать уже решенной. Идет дискуссия о том, допустима ли вообще презумпция в праве⁴, тем более, что в нормативном порядке эта категория не урегулирована. Особое противодействие в свое время вызвало признание презумпции невиновности. Утверждалось даже, что презумпции это не что иное как предвзятости, что они ни на чем не основаны и нашему праву не нужны⁵. По этому вопросу есть достаточно высказываний в литературе. Сегодня уже нет сомнений в существовании в советском праве презумпции невиновности, назначение которой прежде всего в нахождении материальной истины⁶. Наличие презумпций в праве - это неоспоримый факт, хотя, как правило, они лишь косвенно выводятся из правовые норм. Большое место занимают презумпции в гражданском материальном и процессуальном праве, хотя их роль не следует и излишне преувеличивать⁷.

¹ См., например, Словарь иностранных слов. М., 1954, стр. 559.

² См.: А. В. Венедиктов, Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. Изд. АН СССР, М.-Л., 1954, стр. 127,128.

³ Нужно сказать, что в латинском языке это слово означает преднамерение, предупреждение, предубеждение, мечтание, возмечтание, излишнее упование, надменность (см. Латинско-русский лексикон, В., 1860, стр.370) и лишь в последствии оно приобрело другое значение. Это лишний раз доказывает плюрализм этого понятия.

⁴ См.: Я.Л. Штутин. Цит. соч., стр.83. Дискуссия на эту тему идет и в зарубежных социалистических странах (см., например, Adam Szpunar. Domniemanie wini Kajgce ze atwierdzenia nabucia spadku, "Panstwo i prawnictwo"

1968, № 3, стр. 422. Автор (стр. 421) налагает, что эта конструкция продиктована реальной потребности общества.

⁵См.: В. С. Тадевосян. К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе. "Советское государство и право", 1948, JS 6, стр. 71,72. В свое время к презумпциям было явно отрицательное отношение со стороны некоторых русских ученых. Я. Б. Левенталь ссылается на утверждение В. Д. Спасевича о том, что это "костыли правосудия", на которые опирается законоведение, когда не в состоянии решить вопрос. Он ссылается и на слова С. А. Муромцева о том, что презумпции свидетельствуют о недостатке юридического мышления (См. цит. соч., стр. 54).

⁶ См.: В. И. Каминская. Презумпция невиновности в советском уголовном праве. "Социалистическая законность", 1946, № 4,5, стр. 12,' см, также ЕФ. Пашкевич. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. "Юрид. лит.", М.,1961,стр. 27—32.

⁷ Как это сделал Е. Домбровский ("Социалистическая законность", 1948, № 5, стр. 14), указавший, что юридические презумпции представляют собой выражение соотношения права и морали в данных исторических условиях развития общества: правила морали закрепляет презюмирующая норма, ими

Все же в основном их сводят к процессуальному пониманию, к проблеме доказывания, к *onus probandi*. Даже ученые, признающие материально-правовые презумпции, по существу, сводили их значение к решению процессуальных задач. "Значение презумпций полностью совпадает с распределением обязанностей доказывания", - утверждает Л. Е. Смышляев¹. Я. Л. Штутин считает, что презумпции облегчают процесс доказывания². Презумпции считают универсальным, коллективным опытом, дающим возможность обойтись без доказывания, что спасает от беспрестанного решения вопросов, от превращения всех знаний в *tabula rasa*³. Роль презумпций прежде всего понимается как признание в суде истинности отдельных положений, не требующих доказательств⁴. О. С. Иоффе указал, что процессуальное значение презумпций гораздо более велико, чем материально-правовое⁵. Правда, в более поздней работе О. С. Иоффе, написанной совместно с М.Д. Шаргородским, уже отмечается, что глубоким заблуждением является утверждение о том, что презумпции важны только для процессуального права. В процессуальном праве они находят яркое выражение, оказывая влияние на доказательства, на установление истины⁶.

Презумпция в праве отличается от сходных с ней категорий. Вопрос об отличительных чертах презумпции достаточно подробно разработан в литературе. Наиболее детально на нем останавливается В.И. Каминская в интересной работе, посвященной презумпциям. Прежде всего следует отличать презумпцию от аксиомы, которая является истиной, не требующей доказательств. В. И. Каминская указывает, что презумпция - это только предположение, допущение, не истина, а лишь положение, условно принимаемое за истину; сила презумпции не в самоочевидности, а в большой вероятности, она есть выражение того, что происходит чаще всего, исключения из презумпции - из применения ее к определенному факту просто необходимы. Автор отмечает, что презумпция не доказывается, потому что уже доказана ее вероятность⁷. Видимо, здесь имеется оговорка, ибо речь может идти не о доказывании презумпций, а о доказывании презюмированного факта. Нужно, конечно, согласиться с автором в той части, что презумпция не исключает опровержения в отличие от аксиомы, но трудно принять ее столь категоричное утверждение об отсутствии истины в презумпции, об условной истине презюмированного факта. Да и сама ученая ниже отмечает, что истинность аксиомы выводится только из опыта и она также относительна и приближительна, а вопрос весь лишь в степени относительности, в степени вероятности, которая при аксиоме очень высока

руководствуется судья, оценивая факты. Кстати, и В. И. Каминская (цит. соч., стр. 42) высказалась, что значительная часть норм построена на презумпциях. С ней согласен и В. И. Бабаев (цит. раб., стр. 12).

¹ Л. П. Смышляев. Предмет доказывания и распределение обязанностей по доказыванию в советском гражданском процессе. Изд. МГУ, 1966, стр. 37.

² См.: Я. Л. Штутин. Цит. соч., стр. 85.

³ См.: В. И. Каминская. Цит. соч., стр.7.

⁴ См. там же, стр. 35.

⁵ См.: О. С. Иоффе. Ответственность по гражданскому праву. Изд. ДГУ, Л., 1955, стр. 136.

⁶ См.: О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Вопросы теории и права. «Юрид. лит.», Н., 1961, стр. 262.

⁷ См.: В. И. Каминская. Цит. соч., стр. 8-10.

и отождествляется с достоверностью, а опровержимость приближается к нулю¹. Более точен в этом вопросе Я. Л. Штутин, который понимает аксиому как очевидную истину, не допускающую исключений, а презумпцию - как очевидную истину, для которой исключения необходимы. Правда, и он, называя аксиому общеизвестным фактом, подчеркивает, что общеизвестность еще не означает бесспорность². Представляется, однако, что вряд ли правомерно утверждение о необходимости, а не о допустимости исключений, т. е. опровержения презумпции.

Оставим в стороне вопрос об абсолютной и относительной истине, его рассмотрение не входит в нашу задачу, но вряд ли можно согласиться безоговорочно с утверждением В. И. Каминской о неистинности презумпции. Возможность, допущение опровержения не означает того, что презюмированный факт не соответствует истине так, что неистинно само предположение³. Если презумпция не опровергнута, если не установлено положение, противоположное тому, которое предполагалось, то это хотя и не означает, что вероятность превратилась в действительность, но это не означает также и неистинности этого факта, этого положения. По отношению к презумпции невиновности правилен вывод М. С. Строговича о том, что может быть либо вина, либо ее отсутствие: *tertium non datur*⁴. Но в гражданском праве нельзя утверждать, что не установление одного положения есть обязательно установление противоположного. Отсюда очевидно, что положение действительно не всегда истинно, но очевидно и то, что оно бывает истинным, причем, учитывая большую степень вероятности, оно в большинстве случаев истинно, во всяком случае сама презумпция, конечно, не ложна, основывается на человеческом опыте и знаниях.

М. С. Строгович даже отождествляет презумпцию, точнее одно ее значением гипотезой, определяя ее как предположение, основанное на вероятности факта⁵. На двойное значение презумпции указывала и В. И. Каминская: презумпция, выступающая как истина, не требующая доказательств (ученая сама себе противоречит, разрушая выдвинутое ею же различие между аксиомой и презумпцией), и презумпция как "положение, тезис, допускающий доказывание неприменимости его к данному конкретному случаю"⁶. Эта двойственная трактовка презумпции является следствием несоответствия процессуальной и материальной презумпции, о чем у нас пойдет речь ниже, но это отнюдь не означает, что презумпция перестает быть презумпцией и превращается, например, в гипотезу. Оставим пока в стороне вопрос и о самом понятии презумпции, но верно, что гипотеза - это этап процесса доказывания. Она вводится с целью установления

¹ См. там же, стр. 13-17.

² См. : Я.Л. Штутин. Цит. ооч., стр. 87,89.

³ Об истинности суждений см. Р.О. Халфина. Критерий истинности в правовой науке. "Советское государство и право", 1974, № 9, стр. 23.

⁴ См.: М. С. Строгович. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. Изд. АН СССР, М., 1955, стр. 195.

⁵ См.: К С. Строгович. Цит. соч., стр. 203.

⁶ См.: В. И. Каминская. Цит. соч., стр. 17.

требующего подтверждения положения, факта, строится как вывод из каких-то других фактов, хотя вряд ли можно отождествлять гипотезу о косвенными фактами, как это иногда допускается¹. Прав Я. Л. Штутин, указывающий на то, что гипотеза - это мыслительный прием для объяснения факта, предположения его причины (мы бы сказали: для предположительного объяснения). Гипотеза применяется в практических целях, а не для закономерностей (нельзя исключить и практическое назначение презумпций). Я.Л. Штутин отмечает, что гипотеза иногда выступает как версия, иногда как предположение (версия тоже всегда предположительна), но никогда не может быть принята судом за истину без доказательств, в отличие от законного предположения². Очевидно, что указание на различие этих категорий в зависимости от необходимости доказывания лишь один аспект их различия, причем, если презумпцию относить только к процессуальной категории. На внешние различия презумпции с такими категориями, как гипотеза и версия, указывают и некоторые другие авторы. Например, различия видят в условиях и причине образования, в характере и последствиях опровержения, в своеобразии образования, в закреплённости в нормах³. Так, отмечается, что гипотеза возникает тогда, когда не все еще проверено для выдвижения теории, презумпция же находит постоянное подтверждение в практике; гипотеза основывается на предположении строго научном, а презумпция зачастую - на житейском опыте; гипотеза - это условие дальнейшего движения нашего познания. Указывают и на то, что проверяемость гипотезы относительна, а презумпции абсолютна, при этом опровергнутая гипотеза прекращает существование, а презумпция остается непоколебимой, хотя и опровергнута по отношению к данному случаю⁴. С этим трудно не согласиться, хотя, конечно, очевидно, что правовые презумпции, основанные на обобщении житейского опыта, приобретают научный характер, но автор, видимо, подразумевал "научность" в другом смысле.

Иногда презумпция сказывается близкой с так называемой фикцией. Некоторые презумпции иногда даже называли фикциями. Но совершенно очевидно, что между ними имеется существенная разница. В свое время утверждали, что презумпция обусловлена недостатком юридического мышления, а фикция - это результат его преходящего несовершенства; презумпцию создает рассудок, а фикцию - воображение⁵. Фикция заведомо неистинное положение принимает за истинное, тогда как презумпция исходит из высокой степени вероятности истинности, являясь ничем иным, как предположением истины. Поэтому нельзя согласиться с мнением, что сходство между фикцией и презумпцией заключается в том, что обе они

¹ См.: В. П. Воложанин. К вопросу о юридических предположениях в советском гражданском праве и процессе. "Вопросы советского гражданского права и процесса". Уч. зал. Свердловского юр ид, ин-та, т. 3, М., «Юрид. лит.», 1955, стр. 188.

² См.: Я.Л.Штутин. Цит. соч., стр.90.

³ См.: В. К. Бабаев. Цит. Автореф., стр. 4.

⁴ См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. 21,22.

⁵ Анализ этим высказываниям дает В.И. Каминская стр. 44.

условно принимаются за истину¹. Фикция чисто практический прием, просто норма права, устанавливающая определенный порядок отношений. В буржуазном праве фикции используются для классовой маскировки². Постановка вопроса о фикции связывается с неопровержимостью презумпций³, вопросом, который вызывает иногда дискуссию и на котором мы остановимся несколько ниже. И все же в правовой литературе встречаются высказывания о допустимости применения фикций как технико-юридического приема, объявляющего несуществующие положения существующими, поскольку это находит закрепление в правовой норме и является обязательным по мнению законодателя. Такой точки зрения придерживается В. К. Бабаев, который не отождествляет фикции с презумпциями, но считает, что иногда введение фикции оправдано, например, установление, что даем смерти объявленного умершим считается день вступления в силу решения суда, хотя это и не соответствует действительности⁴. Конечно, нельзя обойтись без подобных приемов, но это не фиктивные положения, заведомо противоречащие истине, а восполнение пробелов в нашем знании. Установление даты смерти по дате судебного решения основано на презумпции смерти, которую нельзя считать ложной, на том, что дату смерти нельзя установить, ибо если бы ее можно было установить, то отпала бы необходимость в презюмировании смерти. Фикции - это не подобные установления правовой нормы и сравнивается фикция с презумпцией не по этой причине, а потому, что иногда возникает вопрос о заведомой неистинности, т. е. фиктивности предположений. Чаще всего это связывалось с предположением знания законов. Так, Я. М. Магазинер в свое время полагал, что презумпции к фикции (например, знания законов) являются часто средствами предустановления, определенного распределения рисков от недоказанности или недоказуемости фактов⁵. Вопрос об оценке знания законов - это самостоятельный вопрос, который рассматривается в следующих главах.

В советском праве существует презумпция знания законов, вывод, основанный на действительности, а не фиктивности факта, тогда как в буржуазном праве эта презумпция является по существу самой обыкновенной фикцией. Связь презумпции и преюдиции видят в том, что преюдиция является проявлением презумпции истинности приговора (решения) суда⁶. Это вопрос прежде всего процессуальный, хотя нередко он связан с установлением вины. К процессуальной области относится и вопрос о соотносимости презумпции с доказательственными фактами, с косвенными доказательствами. Общее для них - это предположительность. Отличие видят в том, что презумпции предполагают вероятность сами фактов, а

¹ См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. 32.

² См. там же, стр. 45-47.

³ См.: В. П. Воложанин. Цит. статья, стр. 190.

⁴ См.: В. К. Бабаев. Цит. автореф., стр. 3,6.

⁵ См.: Я.М. Магазинер. Советское хозяйственное право, Изд., кассы взаимопомощи студентов ЛИНХ им. Ф. Энгельса. Я., 1928, стр. 298.

⁶ См.: Р. Саватье. Теория обязательств. "Прогресс", М., 1972, стр. 291.

доказательства предполагают связь фактов с обстоятельствами, входящими в предмет доказывания¹. В принципе это верно, но нельзя отрицать и того, что резюмироваться может и определенная связь фактов и даже причинная связь. Обращается внимание на то, что предположение не укладывается ни в понятие доказательственного факта, ни в истинное сведение об искомом факте, ни в понятие косвенного доказательства или косвенной улики; как процессуальная презумпция она выступает в качестве умозаключения, как логический прием².

Отличают еще презумптивные факты от общеизвестных. Отличие видят в широте сферы и в установлении или не установлении их законом³. Недопустимо вообще отождествление презумпции с фактом. Презумпция - это только суждение, это субъективное предположение о неизвестном факте, продиктованное наибольшей вероятностью его существования и проявления, суждение, с которым связываются определенные последствия. Презумпция - это категория субъективная, вытекающая из объективного хода вещей, основанная на оценке объективных фактов и приводящая к установлению объективно существующего положения. Исследовавший эту проблему румынский ученый П. Космович указывает на то, что основные презумпции составляет форма личного суждения⁴.

В правовой литературе особое место занимает дискуссия о видах презумпций. Обычно называют презумпции фактические к законные, опровержимые и неопровержимые, материально-правовые и процессуальные; отраслевые, межотраслевые и общеправовые. При этом к фактическим относят такие, которые не имеют выражения в правовых нормах и поэтому лишены юридического значения и только оказывают влияние на формирование внутреннего убеждения лица, которое применяет норму; в этом плане они оказывают влияние на юридическую судьбу. Законные презумпции закрепляются прямо или косвенно в норме и поэтому имеют юридическое значение⁵. Иногда указывают на несколько иное подразделение: общие и специальные (отраслевые) и промежуточные, к которым относят только предположение невиновности⁶. В правовой теоретической литературе встречается и иной принцип разграничения презумпций. Их, во-первых, различают по сфере применения - общие (презумпция знания закона) а конкретные (презумпции, которые связывают лишь а данным конкретным обстоятельством, например, старшинства покупателя индивидуально-определенной вещи, если нельзя установить, кто первый предъявил иск). Различает презумпции и по степени обязательности: фактические (не выраженные в норме, поэтому оценка их свободна) а юридические. По юридической силе отличают опровержимые к

¹ См.: В. К. Бабаев. Цит. автореф., стр.7.

² См.: Я. Л. Штугин. Цит. соч., стр.94,95.

³ См.: В. К. Бабаев. Цит. автореф., стр. 7.

⁴ См.: Paul Cosaovici. Цит. Статья, стр. 105.

⁵ См. : В. К. Бабаев. Цит. автореф. , стр.7,8; цит. Моногр. Стр. 42.

⁶ Си.: а 0L Воложаяжн.. Цит. статья, стр. 195.

неопровержимые¹. М. С. Строгович решительно выступает против применяемых в буржуазном процессуальном праве естественных презумпций факта или человека т. е. тех, которые не выражены в законе, не являются обязательными, ко которыми суд руководствуется, исходя из обычного хода вещей. Видом такой презумпции, например, является естественная презумпция о том, что взрослый человек отдает отчет себе о своих действиях. Но эта презумпция, по мнению М.С, Строговича, мнению безусловно правильному, ничего не говорит и даже вредна. Из презумпции вменяемости она превращается в презумпцию намерения (если дал яд, то значит, хотел убить).

Но разве можно оставлять такой вопрос без выяснения. Такая презумпция намерения может привести к предвзятости приговора. Сходна с ней и презумпция правдивости и другие подобные презумпции². По мнению М. С. Строговича, сама конструкция естественных презумпций является далеко не "естественной", а ненужной и весьма искусственной; естественных презумпций нет. Иное отношение должно быть к легальным презумпциям (*grè-somptiones legale*)³. Нельзя сказать, что все наши ученые отрицают существование в советском праве естественных презумпций, однако, понимают их совсем иначе: как вытекающие не просто из какого либо факта, а как естественно вытекающие из нормы права⁴. Правда, ссылаются иногда и на такие фактические (естественные) презумпции, которые действуют в процессе доказывания как обобщения практики, выводы криминалистов, житейские понятия (например, днем светло, но ведь может быть буря и затмение)⁵. Эти положения, конечно, нельзя отрицать, они не только связаны, как это отмечается, общеизвестными фактами, а являются самими общеизвестными фактами или общеизвестными понятиями, выводами, несмотря на допустимость их опровержения и на то, что основанием их возникновения является высокая степень вероятности.

Вводится также классификация презумпций по правовым институтам: 1) относительно чести и достоинства; 2) относительно статуса субъектов; 3) относительно права собственности; 4) относительно обязательственного права; 5) относительно наследственного права; 6) относительно семейных прав⁶. Против такого деления нет принципиальных возражений, хотя, как

будет раскрыто в последующем, в данную классификацию должны быть внесены определенные поправки. Особое место в делении презумпций занимает их разграничение на опровержимые и неопровержимые. Это разделение идет еще от римского и буржуазного права: презумпция условные или опровержимые (*praesumptio iuris*) и презумпции безусловные или

¹ См.: О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский»--Вопросы теории и права. «Юрид. лит.» ; М. 1961. Стр. 264-265.

² См.: М. С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. Г77-Г79.

³ См.: там же, стр. 185,186.

⁴ См.: Я.Л. Штугин. Цит. соч., стр.98.

⁵ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе, стр.363,364.

⁶ См. там же, стр. 106.

неопровержимые (*praesumptio iuris et jure*)¹. Указывают иногда и на смешанные презумпции – *mixtae*. К неопровержимым презумпциям в буржуазном праве, например, относят такие, как "знание каждым закона", "отсутствие виновного намерения у ребенка до 8 лет" и другие. В то же время отдельные буржуазные ученые признавали подлинными презумпциями опровержимые - заключения, которые должны быть сделаны при отсутствии опровергающих эти презумпции доказательств. К ним относили: презумпции смерти, невиновности, правомерности (*omnia rite esse acta*)².

Вряд ли, однако, эти презумпции относятся к процессу, как ошибочно отождествление факта установления даты на документе с презумпцией того, что документ составлен в день, когда он датирован, которую называет автор.

Наличие в советском праве неопровержимых презумпций вызывает споры. Есть мнение, что такие презумпции у нас существуют я они не противоречат задаче установления объективной истины. Считается, что таким презумпциям придается нормой формальная определенность (нельзя опровергнуть отвод судей, презумпцию непонимания малолетним общественной опасности)³.

В последнее время наличие таких презумпций признается в литературе, посвященной уголовному процессу. Конечно, никто не относит к ним презумпции инквизиционного процесса (признание обвиняемого, показания родителей против детей) или такие формальные доказательства, как предположение виновными всех пассажиров, если найден в автомобиле револьвер или если найдено имущество у разыскиваемого в поджоге, он предполагается виновный и т. п. Но тем не менее, скажем, наличие неопровержимой презумпция, связанной с не достижением возраста не отрицается⁴.

Все же многими учеными наличие в советском праве неопровержимых презумпций отвергается⁵, правда, не все из них решается на полное отрицание таких презумпций. Некоторые «вынуждены» признать, что презумпция принятая наследства по истечении установленного срока - неопровержима"⁶, некоторые в числе таких презумпций называют отдельные наложения ГПК⁷. Критикуя эти высказывания, ученые отмечают, что подчас за презумпции принимается обычные логические выводы, императивные установления отдельных положений и т.д. Такого мнения, в частности, придерживается К. С. Юдельсон в споре с Я. Б. Левенталем, который признает наличие неопровержимых презумпций в нормах материального к

¹ См.: Г. Амфитеатров, институт безвестного отсутствия в нашем праве. "Социалистическая законность", 1946, № 7, В. стр. 16.

² См.: А. М. Уилшир. Уголовный процесс (перевод с англ.): Изд. "Иностр. лит.", М., 1947, стр. 148.

³ См.: В.К. Бабаев. Цит. автореф., стр. 8,9,10.

⁴ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе, стр. 346.

⁵ См.: например, О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. Цит. соч., стр. 265.

⁶ См.: А. Ф. Клейман. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. Изд. АН СССР, Ц.-Л., 1950, стр. 42,

⁷ См.: А. Штейнберг. Предположения как доказательства в советском процессе. "Советская юстиция", 1940, № 13.

процессуального права¹. Нельзя, однако, не отметить, что К. С. Юдельсон также не во всем прав и отрицает наличие презумпций, правда опровержимых там, где они есть, например, презумпцию принятия наследства. На анализе данной презумпции мы остановимся в третьей главе работы. Но нельзя не отметить, что такая неопровержимая презумпция как "неразумения" до определенного возраста на также неопровержимая презумпция отсутствия общественной опасности, если с момента совершения преступления истекло время, установленное в законе, которую упоминает К. Петрухин², вовсе юридическими презумпциями не являются само по себе, а в лучшем случае могут быть фактическими предположениями как мотивы» основания для установления законодателем соответствующих норм, хотя совершенно очевидно, что они никогда не могли быть единственным основанием (мотивом) для законодателя при разработке определенной нормы. Так, например, освобождение от ответственности малолетних продиктовано и соображениями гуманного порядка, к очевидной виной в недостаточном воспитании со стороны других лиц, и большей эффективностью других мер воздействия с целью исправления подростка и т. п. Презумпция тогда может считаться правовой, когда предположение составляет само содержание правовой нормы, а не является только мотивом ее установления. Поэтому нельзя согласиться с утверждением В. К. Бабаева о том, что неопровержимость презумпции неответственности малолетнего происходит не по причине абсолютной истинности этой презумпции, а ввиду недопустимости иного решения вопроса с точки зрения правовой нормы³. Иррелевантность опровержения в данном случае очевидна, но она не относится к презумпции. Непонятно и упоминание автором о презумпции «недееспособности лица, не достигшего определенного возраста». Такой презумпции нет, ибо законодатель связывает возникновение полной дееспособности только с достижением определенного возраста (18 лет или более раннего возраста при вступлении в брак). Видимо, В. К. Бабаев имеет в виду предположения не правовые, а фактические (умственное развитие, физическая зрелость к т. п.). Но это ведь совсем другой вопрос. Как мы увидим в дальнейшем, следует говорить не о презумпции недееспособности, а, наоборот, о презумпции дееспособности лиц» достигших установленного нормой возраста.

В зарубежной юридической литературе упоминается такая неопровержимая презумпция, как преюдиция, т.е., как отмечено выше» предположение истинности приговора (решения). Преюдиционную силу судебного решения знает и советское процессуальное право, но нельзя говорить о неопровержимости преюдиции, ибо не исключается при достаточных основаниях постановка вопроса перед соответствующими инстанциями о пересмотре состоявшегося решения. Любопытно, что в

¹ См.: К. С. Юдельсон. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. "Госюриздат", М., 1951, стр. 266.

² См.: Теория доказательств в советском уголовном праве, стр. 347.

³ См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. 47.

зарубежном праве упоминается и категория "почти неопровержимых презумпций". Так, Р. Саватье к ним относит презумпции при истечении коротких сроков; например, купец не может требовать деньги за продажу по истечении двух лет, ибо предполагается, что он уже получил деньги. Лишь признание должника или отказ его принести присягу опровергает данную презумпцию¹. Но предположение о погашении долга не является и не может являться основанием для установления срока исковой давности и не это предполагается законодателем, устанавливающим срок. Такой презумпции не отсутствует в советском гражданском праве.

Указывая на существование в советском праве опровержимых презумпций, ученые отмечают, что опровергается не истинность суждения, - не истинность самой презумпции, а лишь ее применимость к данному случаю². Опровержение этих презумпций, хотя и построенных на обобщении реальных отношений, все же содержит элемент вероятности, как верно указывается в литературе³.

§ 2. Понятие гражданско-правовой презумпции.

Признание за презумпциями прежде всего процессуальной роли предопределило и их понимание, как правовой категории, само определение правового предположения.

Презумпция обычно понимается как предположение о наличии одних фактов при доказанности других. В основе презумпции якобы лежит вероятность наличия факта, если имеется налицо другой факт⁴. Как утверждает В. П. Воложанин, под юридическим предположением "понимается предположение о существовании или не существовании какого-либо факта, освобождающее сторону от его доказывания при доказанности других фактов, поскольку между ними существует причинная связь, проверенная и подтвержденная практикой⁵. Я. Л. Штутин дает законному предположению (как он называет презумпцию) примерно аналогичное определение, считая его логическим приемом, позволяющим суду в случаях, предусмотренных законом или исходя из смысла закона, признать существование или не существование факта истинным без доказательства этого стороной, ссылающейся на данный факт⁶. Как на положение, вытекающее из правовой нормы, и по причине обычности, нормальности и постоянности не требующее специальных доказательств, - указывает на презумпцию и В.И. Каминская⁷. Презумпция понимается как гранило, обязывающее суд признать данный факт установленным или

¹ См.: Р. Саватье. Цит. соч., стр. 292.

² См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. 47.

³ См.: Я. Л. Штутин. Цит. соч., стр. 104, автор не точен, говоря об элементе "недоверности".

⁴ См.: С. В. Курылев. Основы теории доказывания в советском правосудии. Изд. БГУ, Минск, 1969, стр. 94.

⁵ В. П. Воложанин. Цит. статья, стр. 186; его же. Юридические предположения в советском гражданском праве и процессе. Автореф. канд. дис., Свердловск, 1953, стр. 5.

⁶ См.: Я.Л. Штутин. Цит. соч., стр.86.

⁷ См.: В. И. Каминская. Цит. соч., стр. 3.

неустановленным, если установлен по делу другой факт или акт, с которым связываются нормой определенные последствия¹, иногда полагают, что презюмированный факт все же должен доказываться, хотя бы частично². Говорится о выражении презумпцией связи фактов, при наличии которой установление одного факта позволяет сделать вывод о существовании другого³. Она называется и правилом, предписывающим судебным органам считать факт существующим и не нуждающимся в подтверждении, если установлен другой факт⁴. Даже авторы, относящие презумпцию не только к доказательственному праву, а ко всему процессу правового регулирования, не отходят обычно от того, что презумпция является предположением о наличии или отсутствии фактов, вытекающем из связи между фактами наличными и подтвержденными опытом⁵. Нельзя сказать, как отмечено в предыдущем параграфе, чтобы в правовой литературе совсем отрицалось за презумпциями материально-правовое значение, но и определения, якобы отражающие материально-правовой характер презумпций, по существу не отходят от процессуальных признаков. В презумпции видят возможность применения нормы для решения дела по существу⁶; логический прием, позволяющий суду признать без доказательств истинный факт и положить его в основание решения, если этот факт основан на практике и не опровергнут в ходе судебного разбирательства⁷. Правда, автор этого определения и не пытается утверждать о материально-правовом характере презумпции, считая, что для ее материально-правовой стороны (и те и другие элементы в презумпции, по его мнению, переплетаются) характерна возможность познания истинного смысла правовой нормы⁸. Говоря об уголовно-правовой презумпции, И. Л. Петрунин отмечает, что эта презумпция "выражает такие связи между фактами, которые обуславливают наличие или отсутствие предпосылок применения уголовного закона"⁹. Й. С. Юдельсон обращает внимание на то, что фактическое применение презумпции получают главным образом в судебном процессе, независимо от их установления в материальном или процессуальном законодательстве; даже те презумпции, которые касаются фактического состава норм, свое практическое применение находят в процессе, освобождая от доказывания фактов, относительно которых они установлены. Автор указывает, правда, что материально-правовые и процессуально-правовые презумпции имеют разные основания своего действия¹⁰. Грань между материально-правовыми и

¹ См.: 1А С. Строгович. Учение с материальной истине в уголовном процессе. Изд. АН СССР, М.-Л., 1947, стр. 168,173.

² См. там же, стр. 171.

³ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе, стр. 343.

⁴ См.: И. Л. Петрунин. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции. "Советское государство и право", 1964, Л 3, стр. 63.

⁵ См.: В. К. Бабаев. Цит. автореф., стр. 3; цит. моногр. стр. 14.

⁶ См.: В. К. Бабаев. Цит. автореф., стр.9.

⁷ См.: Я. Л. Штугин. Цит. соч., стр. 86.

⁸ См. там же, стр. 99.

⁹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе, стр. 346.

¹⁰ См.: К. С. Юдельсон. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. Госюриздат, М.,

процессуально-правовыми презумпциями доводит В. И. Каминская. К первой презумпции она относит положение, при котором "условное принятие за истину не составляет непосредственного содержания нормы, а является лишь основанием для установления в правовой норме какого-либо обязательного порядка отношений между людьми"¹. В качестве примера автор приводит установление в норме возраста ответственности в силу предположения неспособности до определенных лет действовать виновно. Если же вероятное обстоятельство, принимаемое за истину, составляет содержание нормы, регулирующей вопрос о том, что считать доказанным, а что недоказанным - это процессуально-правовая презумпция, в качестве примера которой указывается на предположение смерти². Такое разграничение эти презумпций вызывает серьезные возражения. Не случайно в литературе позиция В. И. Каминской встретила критику. Отмечалось, что к материальным презумпциям она относит только неопровержимые, кроме того нельзя делить презумпции, исходя из признака их вхождения в норму права или оставления за ее пределами³. В. П. Воложанин упрекнул ученую в том, что она некритично восприняла буржуазно-правовое наследство, ибо каждому виду презумпций свойственны и те в другие признаки и все зависит только от факта и формы, закрепленной в законе. Он вообще утверждает о необходимости отказа от такого деления презумпций, которое является формальным и схоластичным⁴. Действительно, предложенное разграничение дано искусственно и лишено какого-либо логического принципа. Ведь основание установления в норме какого-либо порядка ни о чем не говорит, кроме как о мотиве, побудившем законодателя ввести соответствующее правило. К тому же это основание может относиться и к норме процессуального права. Неудачны и примеры. Так, норма, в которой устанавливается возраст ответственности ни в коей мере не является презумптивной, даже, вся ж одним (только одним) из оснований ее введения служит предположение⁵. Презумпция смерти является не процессуальной, а материально-правовой презумпцией, о чем пойдет речь ниже. Правильно отмечается, что вопрос о презумпциях чрезвычайно сложен и не должен сводиться только к распределению времени доказывания⁶, хотя именно на это назначение презумпций указывают отдельные авторы. Так, А.Ф. Клейман подчеркивает, что бремя доказывания изложено не только в процессуальных, но и в материальных нормах⁷, а В. К. Бабаев даже более категоричен: в применении правовых норм презумпции сводятся к доказыванию, оказывая свое влияние и на предмет доказывания и на

1951, стр. 249,250.

¹ В. И. Каминская. Цит. соч., стр. 50.

² См. там же,

³ См.: Я. Б. Левенталь. Цит. соч., стр. 50; В. К. Бабаев, Цит. моногр., стр. 51, 57.

⁴ См.: В. П. Воложанин. Цит. статья, стр. 196.

⁵ Аналогичный пример материальной презумпции приводит а А. И. Уилшир, (см : Уголовный процесс. Перевод с английского, изд. иностр. лет., Ц.,1947, стр.

⁶См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, Л, 1955. Стр. 125.

⁷ См.: А.Ф. Клейман. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. Изд. АН СССР, М.-Л., 1950, стр. 44,

распределение бремени¹. "С помощью предположения закон регулирует бремя доказывания утверждает Т. А. Лилуапвили². Нужно, правда, согласиться о том, что *onus probanda* вытекает из презумпции, а никак не наоборот³.

Следует признать ошибочной позицию как тех ученых, которые сводят презумпции только к решению процессуальных вопросов, так и тех, которые утверждают о переплетении процессуальных и материальных элементов, что фактически не выводит презумпции из орбиты процессуального права. На это обратил внимание С. С. Алексеев, отметивший способность презумпций быть процессуальным отражением их материально-правового действия⁴.

Нужно не смешивать процессуально-правовые и материально-правовые презумпции, а различать их по существу, без использования искусственных критериев. В литературе, однако, указывает, что у нас нет презумпций, которые не имели бы общего значения, при этом, однако, некоторые защитники такого положения вынуждены признать, что отдельные "общие" презумпции разделяются. Так, например, презумпция "каждый совершеннолетний дееспособен" для материального права определяет статус, т. е. лицо признается субъектом правоотношения, а для процессуального права оно определяет освобождение от доказывания факта дееспособности⁵. Но разве можно считать при таком различии эту презумпцию общей? И не в неправильном ли понимании и определении этих презумпций заложен порок их отождествлений. Правильную мысль высказывает В. К. Бабаев, указывающий на то, что при разграничении презумпций надо исходить из оснований разграничения отраслей права на материальные и процессуальные. Поэтому, по его мнению, презумпция, содержащая правило, служащее основанием для разрешения дела по существу, является материально-правовой, а презумпция, регулирующая порядок применения норм материального права - процессуальной⁶. Вряд ли, однако, следует указывать на разрешение дела, ошибочен и вывод о том, что материально-правовая презумпция (говорится, правда, о материально-правовом значении) может быть выражена и в процессуальной норме. Материально-правовая презумпция содержится только в нормах

¹ См. В. К. Бабаев. Цит. реферат, стр.17.

² Т. А. Лилуапвили. О доказывании предполагаемых фактов в советском гражданском процессе. "Советское государство и право", 1962, Я 12, стр. 146.

³ См.: Н. Н. Полянский. Вопросы теории советского уголовного процесса. Изд. МГУ, М., 1956, стр. 184.

⁴ См. С. С. Алексеев. О составе гражданского правонарушения. "Правоведение", 1958, Я I, стр. 52. И хотя С. Н. Братусь (цит. моногр., стр. 167) полагает, что в работах конца 50-х - начала 60-х годов С. С. Алексеев исходил из материально-правовой трактовки презумпции виновности, из его работ можно сделать и иной вывод. Так, например, в монографии "Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма" (Госюриздат, М., 1962, стр.123) С. С. Алексеев указывает, что презумпция - это способ юридической техники, используемый для распределения бремени доказывания в процессуальном праве. Правда, вывод ученого о целях презумпций, об их особом социальном значении добиться четкости, определенности, устойчивости в отношениях, говорит как раз о необходимости их материально-правового понимания. Это он подтвердил в указанной выше статье, в которой прямо указал, что нельзя в презумпции виновности видеть лишь распределение бремени доказывания и закрывать глаза на правовые основания этого распределения (стр. 51).

⁵ См.: Я. Л. Штутин. Цит. соч., стр. 98.

⁶ См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. 54,55.

материального права прямо или косвенно, а связанная с ней, близкая по характеру норма может содержаться и в норме процессуального права. О первого взгляда некоторые презумпции совпадают, но это только внешнее сходство. Суть этих презумпций различна.

В нашу задачу не входит раскрытие понятия и содержания процессуально-правовых презумпций, рассмотрение каждой из них в отдельности, однако отметим, что процессуальная презумпция является одним из оснований, исключающим представление доказательств для вынесения судебного решения или указывающим субъекта процесса, на которого возлагается бремя доказывания¹. Зерно, однако, что процессуальная презумпция может вытекать из норм материального права, даже из той же нормы, в которой заложена материально-правовая презумпция. Норм, которые дают основание к признанию наличия одновременно и материально-правовой и процессуальной презумпций, немало, но это не тождественные, а различные презумпции, это не разные аспекты одной презумпции, а разные стороны одной нормы, вызвавшей к жизни две разных презумпция.

XXX

Нельзя сказать, что в трудах ученых всегда отсутствует правильный подход к пониманию презумпции в гражданском праве. В ряде определений есть не только рациональное зерно, но и принципиально верные выводы. Связь материально-правовой презумпции с вопросом доказательств безусловна, в этом очевидное ее сходство с процессуальной презумпцией, но если процессуальная презумпция не выходит дальше этой проблемы, решает вопросы о бремени доказывания и о возможности признания факта доказанным в процессе рассмотрения дала при наличии других доказательств, то материально-правовая презумпция представляет из себя умозаключение, позволяющее сделать вывод о существовании определенного положения, позволяющее установить определенный факт, определенную связь фактов, имеющих материально-правовое значение (например, смерти, вины, права собственности и т. п.). Установление этого необходимо для материального права прежде всего, хотя роль презумпций в чисто процессуальном плане никак не умаляется. И с точки зрения этимологической предположение наравне с другими значениями понимается как "наиболее вероятный вывод". Пожалуй, это самое приемлемое этимологическое значение данного понятия. Многие ученые верно утверждают, что презумпция это умозаключение, с помощью которого можно сделать определенный вывод о неизвестном факте², но не все доводят до логического конца это верное понимание презумпции, считая зачастую, что этот вывод может быть сделан только для доказывания других фактов и с целью их доказывания.

¹ Иногда указывают на перераспределение обязанности доказывания (см. Учебник гражданского процесса, "Юрид. лит." М., 1968, стр. 179).

² См.: Я. Л. Штугин. Цит. соч., стр. 94.

Презумптивное умозаключение связано не просто с установлением положительных фактов, но и с установлением иногда отрицательных фактов, которые долгое время рассматривались только процессуалистами в связи с проблемой распределения бремени доказывания. О. А. Красавчиков правильно указал на то, что на такие факты должны обратить внимание и представители материального права. И в области материального права мы сталкиваемся иногда с отсутствием определенного явления, с которым закон связывает юридические последствия¹, вывод, умозаключение могут быть сделаны как из положительного, так и из отрицательного факта, тем более, если положительный факт не установлено и не может быть установлен. Нельзя сказать, что в литературе не отмечалось, что презумпция это по существу вывод о существовании юридических фактов, которые вшивают юридические последствия, что она относится к области нормативной². Правильно указывается на то, что действие презумпции состоит в том, что в силу презумпции могут наступать определенные материально-правовые последствия. К такому заключению пришел С. С. Алексеев³, и это понимание данной категории представляется наиболее правильным, применительно к материально-правовой презумпции. Иногда даже восстают против самого слова "предположение", поскольку считается, что факт предполагается в том смысле, что он считается, признается имевшим место"⁴.

Это, конечно, верно, но нельзя забывать, что речь идет об установлении не в силу абсолютной убежденности, а в силу высокой степени вероятности, допускающей опровержение презумпции. При этом нельзя согласиться с тем, что презумпция относится к искусственно созданным положениям, которые выражают не котику или высокую степень вероятности, а продиктованные какими-то нуждами правила⁵. Презумпция - это всегда вывод, вытекающий из высокой степени вероятности, вывод, продиктованный жизнью, опытом, знаниями, обобщениями. Однако презумпция - это не просто вывод из всего этого, а умозаключение, построенное на выводе о высокой степени вероятности существования определенного факта, определенного положения или о несуществовании их. Это - следствие из данного вывода. Ошибочность, неточность многих определений, в которых признается самостоятельность материально-правовой природы презумпций как раз заключается в том, что они не обратили внимание на то, что презумпция это не сама высокая степень вероятности существования какого-либо факта, какого-либо положения, а следствие из вероятности существования этого факта (положения).

В таком понимании материально-правовая презумпция имеет значение предпосылки для установления юридических последствий, построенной на выводе о высокой степени вероятности существования данного факта. Прав

¹ См.,: О. А. Красавчиков. Юридические факты в советском гражданском праве. "Госюриздат", М. . 1958, стр. 91,92.

² См.: О. С. Иоффе» Ы. Д. Шар городским. Цит. соч., стр. 262.

³ См.: С. & Алексеев. О составе гражданского правонарушения, "Правоведение", 1958, № 1, стр. 52.

⁴ М. С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. 237.

⁵ См.: В. И. Каминская. Цит. соч., стр. 6.

В.К. Бабаев, отметивший, что презумпция выполняет роль своеобразной предпосылки возникновения юридических обязанностей и субъективных прав, но никак нельзя согласиться с ученым, что эта предпосылка является лишь квази-предпосылкой, что она сводится лишь к временности предположения, поскольку с развитием правоотношений эта предпосылка либо превращается в сам факт или опровергается и субъективное право не реализуется¹. Этот вывод сводит на нет правильное утверждение автора. В действительности необходимо признать, что презумпция - это не сам факт и не его вероятность, а вытекающее из высокой степени вероятности предположение, являющееся предпосылкой - основанием для определенных юридических последствий. Так, например, так называемая презумпция вины не означает признание факта наличия вины, если не доказана невиновность, а то, что предположение не установления невиновности, хотя не является достаточным основанием для признания вины, тем не менее становится предпосылкой для применения соответствующих юридических последствий. Это основание вытекает из высокой степени вероятности наличия вины при не опровержении обратного, хотя и сохраняется определенная вероятность дня противоположного суждения. Такой же вывод можно сделать и из понимания, например, презумпции смерти, которая означает, что факт отсутствия в течение длительного времени данных о местонахождении субъекта является достаточным основанием для признания смерти лица - факта, вытекающего из высокой степени вероятности такого вывода при указанных условиях, но допускающего вероятность и противоположного вывода².

Итак, материально-правовая презумпция является основанием для установления предполагаемого факта, влекущего соответствующие правовые последствия, как следствие из вывода о высокой степени вероятности его существования при определенных обстоятельствах (условиях).

Процессуально-правовая презумпция относится к участникам процесса, к судье, разрешающему дело, материально-правовая презумпция, поскольку она является основанием для установления определенных фактов, может иметь отношение к неопределенному кругу лиц или к другому субъекту данного правоотношения. В некоторых случаях эта презумпция даже не относится к субъекту, с которым связывается ее действие. Так, например, лицо, объявленное умершим, не теряет правоспособности, но предполагается ее утратившим со стороны других лиц³. Конечно, когда речь идет о процессуальном круге действия презумпции, нужно четко различать виды презумпций. Очевидно, что такая презумпция как "невиновности" в уголовном праве не является процессуально-правовой, хотя у нее есть родственная процессуальная презумпция, поэтому правильно утверждается,

¹ См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. 74, см. также цит. автореф., стр. 13,16.

² Определение этих и других презумпций см. в соответствующих главах работы.

³ См.: Я. Л. Ватулин. Цит. соч., стр. 47, о действии презумпции по отношению к третьим лицам. Цит. статья, стр. 424.

что не следователь и прокурор считают лицо не виновным, а государство¹. Процессуальная же презумпция в данном случае явится основанием для распределения бремени доказывания, для толкования сомнений, для оценки доказательств. Сфера ее действия ограничена рамками процесса. Нельзя согласиться с существующим мнением о том, что презумпция относится только к суду, что она лежит те материально-правовых норм, а в тех нормах, где она существует, имеется лишь просто законодательное установление, а не презумпция, ибо "нет презумпции, если ничто не предполагается, не презюмируется, а лишь определяется"². Но эта точка зрения не соответствует реальному положению вещей. Есть разница между определением в норме и презумптивным установлением. Прежде всего во втором случае законодатель не исключает возможности опровержения презумпции. Можно возразить, что и определяющие нормы не всегда исключают опровержение. Так, например, если норма о возрасте не ответственности не допускает исключений, то норма о безвестном отсутствии, которая не построена на презумпции, вопреки утверждению некоторых ученых, допускает опровержение. Но дело в том, что если в презумптивном установлении действительно допускается опровержение, то в непрезумптивном форме нет речи об опровержении определенного положения, хотя и возможно его изменение. Так, безвестное отсутствие - это не предположение, а установленный факт (конечно, при достоверности доказательств), тогда как факт смерти отсутствующего субъекта далеко не безусловен, и он вообще не устанавливается. Поэтому предположение смерти можно опровергнуть, установив, что субъект жив, а признание безвестно отсутствующим можно лишь отменить в силу того, что субъект обнаружатся, но это отнюдь не означает, что само признание факта безответственно отсутствия исходит из вероятности, а не из убежденности. Даже, если и были в мотивах определяющей нормы элементы предположения, то все равно, в конечном итоге, законодатель исходит из убежденности, как, например, при установлении возраста не ответственности. Таким образом, различие между указанными нормами заключается как в самом их характере (убежденность в существовании факта и высокая степень вероятности его существования), так и в возможности или невозможности опровержения, в вероятности данного вывода. Очевидна также органическая связь презумптивного установления в ряде случаев с процессуальными презумпциями, зачастую вытекающими из этих же норм, с вопросами доказывания.

Для того, чтобы призвать наличие презумпции, необходимо наличие определенных условий. Этими условиями являются реальные факты. Так, например, смерть презюмируется только при отсутствии сведений о лице в течение трех лет я т. п. В этом смысле прав 0.С. Иоффе, придающий, правда, несколько больший вес некоторым условиям (наличие факта владения для признания собственности, определенных обстоятельств, при которых могла

¹ См. теория доказательств в советском уголовном процессе, стр. 351.

² М, С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. 174,175,190.

произойти смерть)¹. Наличие условий для установления презумпции на следует переоценивать. Для ряда презумпций определенные условия очевидны. Это особенно видно, например, когда речь идет о презумпции, вытекающей из ст.152 ПС РСФСР. Для некоторых презумпций в качестве такого условия выступает доказанность определенного факта или его недоказанность. Но есть условия, которые непосредственно не связаны с самой презумпцией и для презумптивного вывода совсем не следует, что только при наличии их (непосредственной связи с ними) может быть поставлен вопрос о презумпции. Конечно, если речь идет только о процессуальной презумпции, то для вынесения решения одной презумпции в отношении какого-либо факта действительно недостаточно, оно делано выноситься на основании совокупности доказательств.

В этом О. С. Иоффе нрав², прав он и в том, что презумпция не может вступить в действие при недоказанности условий ее применения³. Однако сама по себе презумпция не является основанием для установления определенного факта или положения, но даже если одной презумпции недостаточно, все равно самостоятельность ее роли оспаривать нельзя. Так, например, презумпция может выступать при не установлении вины в качестве предпосылки условия гражданско-правовой ответственности. И эта ее самостоятельная материально-правовая роль несомненна. Хотя и с определенными оговорками и в отношении процессуальной презумпции, но ученый приходит к тому же, отмечая, что суд обязан сделать выводы, вытекающие из презумптивной нормы. При этом нельзя все же утверждать, что при наличии предусмотренных оснований презюмированный факт предполагается в том смысле, что этот факт признается имевшим место⁴. Верно, что презумпция утверждает определенное положение⁵, но она не превращает вывод в убеждение, не трансформирует в убеждение высокую степень, новое же вероятности.

Материально-правовые презумпции не идентичны. Можно совершенно отчетливо различить их два основных вида, на которые до сих пор не обращалось внимания: а) презумпции очевидного факта и б) презумпции неустановленного факта. К первым презумпциям относятся, например, такие, как презумпция смерти, приобретения наследства молчаливо вступившим во владение наследником, перехода права собственности при отгрузке, ответственности грузоотправителя при исправности перевозки и целый ряд других презумпций. Они вытекают из очевидных ситуаций, при которых данный вывод - наиболее часто встречающийся результат как обобщение нашей практики. Однако неверно, что это обобщение из приблизительного становится абсолютным и только в таком виде выступает в праве и за

¹ См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, стр. 128,131.

² См. : О. С. Иоффе. Цит. соч., стр. 132.

³ Adam Szpunar (Цит. соч., стр. 425). } Оказывает, что проблема презумпции (он исследует презумпцию законности принятия наследства) имеет значение тогда, когда все обстоятельства ясны.

пределами отношения, возникающего из процесса доказывания. Презумпция не является ни приблизительным, ни абсолютным выводом - она всегда строится на высокой степени вероятности.

К презумпциям второго вида относятся все презумпции, являющиеся выводом из недоказанного, не установленного факта (положения). К ним относятся, например, презумпции, связанные с неизвестность® принадлежности имущества, не установлением вины, определенной причинной связи, добросовестности приобретателя и т. п.. В связи с этим видом презумпций необходимо остановиться на дискуссионном вопросе о сфере действия такого рода презумпций.

Если признать за материально-правовой презумпцией, как это делают некоторые ученые, значение распределения бремени доказывания, то это исключит возможность установления определенных положений, которые часто необходимы для выводов, имеющих правовое значение, для применения конкретных правовых норм. Если же считать, что распределение бремени доказывания означает установление определенного положения до тех пор, пока не будет доказано обратное, то это неимоверно и незаслуженно гипертрофирует границы действия презумпций. Поэтому правильной и целесообразней признать действие презумпций второго вида лишь тогда, когда тот или той вывод не сделан именно потому, что для этого не представилось возможности, когда нельзя сделать ни положительный ни отрицательный вывод о существовании соответствующего факта (положения).

В уголовном праве и процессе это встретило бы естественные возражения, поскольку неопределенность не может толковаться не в пользу обвиняемого. М. С. Строгович отмечает, что и тогда, когда невиновность так и не будет доказанной, все равно приговор должен быть оправдательным^, если не установлена вина, или презумпции невиновности следует, что недоказанность виновности в юридическом отношении приравнена к доказанности невиновности . Правильно указывается, что мы не можем допустить при недоказанности вины, при отсутствии убежденности в ее наличии какого-то сомнения в честности человека, оставлять его в подозрении, что было присуще инквизиционному процессу; "недоказанность виновности равнозначна доказанности невиновности" . Но если считать, что никакой неопределенности нет, а есть только альтернатива, то правомерно усомниться в существовании при подобных обстоятельствах какой-либо презумпция, в том числе и презумпции невиновности, поскольку любая презумпция не исключает иной вывод, хотя и предполагает малую вероятность такого вывода. Ошибаются те, кто понимает презумпцию как утверждение, а не как предположение, не как предпосылку, основание для утверждения. Но означает ли, что такая презумпция может оставлять кого либо в подозрении? Если бы из юридической презумпции следовал такой вывод, то она вообще превратилась бы в излишнюю категорию. Презумпция обладает высокой степенью вероятности, но вероятности в том смысле, что она опровержима в принципе, а не в том, что она не соответствует истине.

Следует поэтому считать, что недоказанность виновности в совершении преступления, если отсутствует доказанность невиновности, приводит к признанию презумпции невиновности, которая означает такую высокую степень вероятности, что предположение становится по существу равнозначным утверждению. И все же эта истинная презумпция остается презумпцией, не исключающей ее опровержимость. Означает ли это, однако, что данная презумпция действует только тогда, когда возникла неопределенность (если можно условно так назвать ситуацию, когда не доказана виновность и не доказано невиновность)?

Нет, не означает. Существуют так называемые общие презумпции применение которых выходит за рамки права, К таким общим презумпциям относятся в советском праве презумпции добросовестности, не ответственности, невиновности и некоторые другие. Они действуют в качестве принципиальных положений до их опровержения» Эти общие презумпции в ситуации "неопределенности" либо полностью продолжают свое действие, либо, оставаясь общей предпосылкой для соответствующего вывода, являются основанием для возникновения дополнительных презумпций второго вида. Таким образом, нужно признать первоначальное деление презумпций на общие и частные¹.

В нашу задачу не входит анализ презумпции невиновности, которая достаточно подробно разработана процессуалистами, но в подтверждение сказанному отметим, что существует, например, точка зрения, которая признает эту презумпцию фактически частной, вступающей в действие лишь тогда, когда установлен факт нарушения, а общей презумпцией является презумпция неответственности, и только тогда, когда последняя поколеблена (именно поколеблена) начинает действовать презумпция невиновности². Не беремся утверждать, что в нашем праве презумпция невиновности не действует как общая презумпция. Несомненно, что эта концепция вытекает из того, что в презумпции невиновности в широком плане трактуется категория вины, хотя это как-то и компенсируется употреблением термина "невиновность", но все же вызывает вполне понятные замечания в отношении сферы ее действия. Но если в уголовном праве, учитывая особые последствия, объяснимо то, что существует положение о фактическом отождествлении невиновности с недоказанностью виновности, то для подобных утверждений в гражданском праве нет основания и не установлено определенных фактов не должно означать их безусловное отсутствие. В этом случае только презумпция может дать основание для соответствующего вывода о каком-либо факте. Эта презумпция в гражданском праве действует именно тогда» когда существует его недоказанность. В юридической

¹ На необходимость выделения общих предположений (невиновности, истинности решения и знания законов), которые распространяются на все области советского права, указывает В. П. Воложанин (см, цит. автореферат, стр.8).

² См.: О. С. Иоффе, Цит. соч., сто. 138; см. также; К. С. Юдельсон, Цит. соч., стр. 249; (С. С. Алексеев. О составе гражданского правонарушения, стр. 51; В. П. Воложанин (цит. автореф., стр.8) указывает, что юридическому предположению невиновности в уголовном процессе соответствует юридическое предположение неответственности в гражданском.

литературе, посвященной презумпциям, именно такая сфера их действия называется наиболее часто. Отмечается, правда, по отношению к гражданскому процессу, что, когда доказывание может не дать результата, дело разрешается против стороны, на которую возложена обязанность доказывания данного факта¹. Но такая абсолютная связь презумпции с процессом приводит к противоречивым выводам, например, к тому, что факт презюмируется до доказывания как существующий², тогда как на самом деле презюмируется существование (или не существование) факта не до доказывания, а при недоказанности. Ведь нельзя же считать всех должников виновными. Даже авторы, относящие презумпцию к процессуальной категории, отмечают ее связь с ситуацией отсутствия доказательств, несмотря на проявленную активность. Указывается на то, что крайне редко встречаются случаи, когда нет возможности для суда собрать доказательственный материал, установить истину, но когда суды все же с этим сталкиваются, то неблагоприятное решение выносится для той стороны, на которой лежит обязанность представления доказательств, подтверждающих те обстоятельства, которые не установлены, что не позволило рассеять неполноту знаний³. Отсюда следует вывод и о том, что если эта сторона просто не считает необходимым представление доказательств, то это также считается недоказанностью, поскольку субъект должен быть признан виновным в создании ситуации недоказанности, правда, отсутствие вины освобождает сторону от ответственности, но эта вина презюмируется⁴. Получается презумпция из презумпции. Совершенно очевидно, что при невиновном отсутствии доказательств страдать будет какая-либо из сторон. Возникает лишь вопрос: какая? Предлагаемый вывод ничего не дает и может привести к "заколдованному кругу" вечной презумпции. Для такого решения вопроса нет никакой надобности, поскольку презумпция неустановленного факта не исходит из того, имеется или нет вина в не установлении факта, по какой причине он не установлен.

Заготовытбаза Куйбышевского облпотребсоюза установила недостачу арбузов, отгруженных в 1971 году Душанбинским горкоопторгом. В арбитраж была представлена базой квитанция об отправке ответчику подлинных документов с переуступочной надписью на предъявление претензии к перевозчику. Ответчик в свою очередь представил справку органов связи о неполучении указанного письма с документами. Не говоря уже о том, что органы связи несут весьма ограниченную ответственность, документы могут вообще не попасть к адресату случайно или случайно погибнуть у него. Эта ситуация, с точки зрения риска собственника или риска субъекта, лишенного возможности доказать свое граю нами уже

¹ См. : Л. П. Сышляев. Цит. соч. , стр. 29,36.

² См. там же, стр. 39.

³ См.: О. В. Иванов. Принцип объективной истины в советском гражданском процессе. Изд. МГУ, М., 1964, стр. 49,55,56,

⁴ См.: С. В. Курьлев. Цит. соч. , стр. 125, 129, 130.

рассматривалась¹. Но далеко не всегда решить вопрос можно только основываясь на риске. Предпосылкой решения данного вопроса во многих случаях является презумпция, дающая возможность установить определенный факт (определенное положение). Что же касается риска, то его связь с презумпцией показана в главе четвертой. Если презумпция - это основание для установления факта, то риск может выступать уже как условие применения ответственности, для которой презумпция является лишь условием предварительным.

Парадоксально звучит утверждение В. Д. Арсеньева о том, что презумпции, преследуя цель установления действительных фактических обстоятельств, могут явиться препятствием этому, если станет невозможным представление доказательств, которые могли бы опровергнуть презумпцию². Как раз в такой ситуации презумпции позволяют найти правильное решение и это решение построено на высокой степени вероятности, что означает его истинность. В основном правильную позицию в этом вопросе занял А.К. Юрченко. Он отмечает, что цель презумпций в советском праве - быть средством познания объективной действительности; вопрос должен быть разрешен, независимо от того, что в каких-то условиях нельзя установить непосредственную очевидность определенного факта, эти факты познаются при помощи презумпции³. Ученый верно подчеркивает, что роль презумпций не в том, чтобы при установлении одного факта презюмировать истинность другого, а "служить средством установления объективно-существующего факта в у словю юс, когда этот факт не может быть доказан обычным путем, т.е. на основании достаточных прямых и косвенных доказательств... Только, когда окажется невозможным собрать в единую цель доказательств, презумпция выражает объективную действительность"⁴. Вывод о сфере действия для презумпций второго вида травильный, но ведь речь здесь шла о презумпциях очевидного факта, которые действуют не при не установлении факта, а при наличии определенных условий (доказательств), позволяющих считать факт очевидным. Но в процессуальной литературе можно встретить правильные утверждения о материально-правовых последствиях презумпции, которые, например, заключаются в удовлетворении иска, если ответчик не сможет доказать отсутствие вины; в основе такого решения будет лежать презумпция; процессуальные же последствия сводятся к перераспределению обязанности доказывания⁵.

Нельзя в каждом конкретном случай определить, будет ли применена презумпция ми нет⁶, для ее применения должна быть налицо условия, а для презумпций второго вида должна возникнуть ситуация невозможности

¹ См. : Проблема риска в советском гражданском праве. Автореф. докторской дис. , МЛ , 1974, стр. 33.

² См. В.Д.Арсеньев. О фактах, не подлежащих доказыванию в процессе уголовного судопроизводства. "Правоведение", 19ы Я I, стр. 99.

³ А. IC Юрченко. Безвестное отсутствие по советскому гражданскому праву. Из я. ЛГУ, Л., 1954, стр.ЛЗ.мю

⁴ См.: А. К Юрченко. Цит. соч., стр. 13,

⁵ См.: Учебник гражданского процесса. "Юрид. лит., М , 1968, стр. 179 (Автор раздела П. И. Царев).

⁶ См. : Е. И. Каминская. Цвт. соч. , стр. 20.

установления или не установления факта. Такая ситуация возникает лишь для этой презумпции. Совершенно неправильно считать, что для любой презумпции характерна невозможность или необычная трудность установления их несомненности¹. Это абсолютно излишне для многих презумпций (например, смерти, презумпций правосубъектности и других), которые основываются на очевидности и далеко не всегда, когда имеются трудности в установлении действительного положения. Противником указанного ограничения сферы действия презумпции является О. С. Иоффе. Он полагает, что ошибочна посылка о сохранении значения за презумпцией при отсутствии доказательств ни опровергающих, ни подтверждающих ее², при недоказанности условий ее применения³. О. С. Иоффе указывает, что материально-правовое значение презумпции не в том, что на ней основывается решение, "когда нельзя ни доказать, ни опровергнуть" поскольку она действует лишь, когда предусмотренные ею факты доказаны, оказывает влияние на оценку доказательств⁴. Действительно, презумпция является основанием для установления фактов, но они не относятся непосредственно к подтверждению или опровержению самой презумпции. Презумпция действует при наличии условий ее применения, но вопрос о доказанности или недоказанности этих условий вообще не возникает. Доказуемость наличия условий применения презумпции, сама по себе очевидная, не имеет никакого отношения к доказуемости презюмированных фактов. Конечно, решение выносятся на основании установленных фактов, но и фактов презюмированных, поэтому дело не только в оценке фактов, но и в признании их наличия. О. С. Иоффе все же приходит к выводу, что при установлении фактов применения презумпции презумптивная норма должна применяться, но в качестве основания для юридических; выводов - лишь, когда условия ее применения не удалось ни опровергнуть ни дополнить⁵. В этом высказывании ученый приближается к определяемой нами сфере применения презумпций второго вида. Отодествление фактов, как условий применения презумпции, с презумптивным фактом неприемлемо и для презумпций очевидного факта. Так, например, условие для применения презумпции смерти - трехлетняя неизвестность пребывания субъекта, а презумптивным фактом является факт его смерти.

Необходимо указать также на то, что есть презумпции прямые (прямо предусмотренные в правовой норме) и косвенные, о наличии которых можно лишь сделать вывод из правовой нормы. Таких презумпций подавляющее большинство. В числе косвенных презумпций выделяются еще презумпции скрытые, которые обнаруживаются с трудом, поскольку в правовой норме отсутствует даже ссылка на распределение бремени доказывания. К такой

¹ См.: Дм. Мейер. О юридических вымыслах, предположениях, скрытых и притворных действиях» Казань, 1654, ото.31.

² См.: О. С.Иоффе. Цит. соч. , стр. 128.

³ Там же,стр. 131.

⁴ Там же,стр. 134.

⁵ Там же,стр. 134,135.

презумпции относится презумпция, содержащаяся в ст. 152 ГК РСФСР, о которой речь пойдет ниже.

Удачно отметил В. Д. Арсеньев, что различие между процессуальной и материальной презумпциями в распределении релей - в том, что факты, презюмированные в материальном праве, не подлежат доказыванию в процессе¹. А. К. Юрченко указал, что презумпции имеют как процессуальное, так и материально-правовое значение, при этом процессуальное значение их заключается в правильном собирании, в правильной оценке доказательств для установления факта. Презумпция может быть ограничена процессуальной ролью, если исчерпает себя в процессе доказывания в результате установления факта или опровержения презумпции, но когда не удалось собрать доказательства, "цепь доказательств замыкается при помощи презумпций", с учетом которых и выносится решение; презумпция здесь выступает уже в материально- правовом качестве. Вряд ли, однако, материально-правовой презумпции следует отводить столь подсобную роль. Значение ее в установлении фактов вполне самостоятельно и является определяющим, хотя органическая связь с процессом несомненна; эта органическая связь в высшей степени характерна для презумптивных материально-правовых норм. Материально-правовые презумпции имеют много общего с процессуальными. И те и другие являются основанием для определенного вывода, и те и другие построены на высокой степени вероятности, и те и другие опровержимы. И все же это презумпции разные. Это различие прежде всего определяется различной целью их применения, различной сферой их действия.

¹ См.: В. Д., Арсеньев. Цит. статья, стр.99.

ГЛАВА II. Презумпции общей части гражданского права

§ 1. Презумпции правосубъектности.

В задачу настоящего исследования не входит рассмотрение вопросов, относящихся к понятию правосубъектности. Само это понятие весьма дискуссионно, в него включаются правоспособность и дееспособность, или только правоспособность, включают в него и отдельные субъективные права¹. Не касаясь этих проблем, мы проанализируем лишь гражданско-правовые презумпции, которые в той или иной степени относятся к правовому статусу субъектов, к их праву и дееспособности и только для удобства, условно связав все эти презумпции с общим понятием "правосубъектности".

Презумпция смерти. Презумпции, как указано в первой главе, служат для того, чтобы быть средством установления определенного изложения, тогда, когда иным путем установить существование факта нельзя. Особенно наглядно это проявляется при объявлении умершим. Действительно, в условиях военного времени, аварий, крушений не всегда можно безусловно установить факт смерти. Можно, например, установить, что лицо приобрело билет на данный поезд, даже установить, что уже ехало в этом поезде, но не всегда, если не обнаружены останки, можно утверждать, что это лицо находилось в поезде в момент крушения. Но отсутствие достаточных данных отнюдь не означает, что они вообще не существуют и что нельзя признать факт соответствующим действительности². Для восполнения отсутствующих данных, для установления соответствующего положения и предусмотрена законом презумпция смерти³. Вывод, основанный на такой презумпции, - истина, а не вероятность, ибо состояние вероятной

1-См.: Я.Р. Вебере. Основные проблемы правосубъектности граждан в советском гражданском и семейном праве. Автореф. докт.-торск. дис., М., 1974, стр. 7-20.

2-Нужно иметь в виду, что презумпция смерти дает основание для определения умершим, а не для установления факта смерти (См.: П. Е. Орловский. Практика Верховного Суда СССР по гражданским делам в условиях Отечественной войны. М., 1944, стр. б).

3-См.: А.К.Юрченко. Цит. соч., стр. 14,15.

смерти не бывает, если это не плод мистики, как отмечает А. К. Юрченко¹. На основании предположения смерти при наличии совокупности определенных условий лицо объявляется умершим. Таким образом, в основе такого решения суда лежат презумпция смерти. Совершенно ясно, что такую рода презумпция прежде всего возникает в связи с несчастным случаем, с конкретным обстоятельством, позволяющим с очевидностью предположить о причине воз мелкой смерти, если факт несчастного случая произошел, если лицо находилось в этом месте и затем не было обнаружено ни в живых, ни в мертвые в течение сравнительно небольшого отрезка времени (или достаточно продолжительной времени - при военных действиях, - с учетом возможного попадания в плен, в окружение, в партизанский отряд, в госпиталь при потере памяти или других обстоятельствах). С.И. Вильнянский приводит пример объявления умершим туриста Шдилько. Было установлено, что туристы, путешествуя по одному из притоков Енисея, потерпела аварию во время прохождения порогов с большими поворотами, Шдилько аварии не был обнаружен, факт его гибели не было никем зафиксировано, по предположить этот факт безусловно было можно². Сложнее сделать такого рода предположен некогда подобии обстоятельств не было. Но состояние его предположенности не может смазаться долго, имущественных отношений пересеч гражданского оборота требуют установления определенного юридического положения, независимо от то it», что установить факт смерти нельзя³, хотя са я очевиден, но в то из нреья нельзя и установить факт жизни. Если в «сезон случае презумпция основывается на особах обстоятельствах, то во в торса случае она базируется также на определенных фактах. В свое время в юридической литературе отмечалось, что необходимо сочетание фактов, целая цепь ах. Называлась ае только длительная неиз

1-См.: А, К Юрченко. Цит. соч. , стр. 16.

2-См.: С1 И. Вял ьн янский. Судебная практика по дала м об установленкк (фактов. "Уч. зап. Харьковского юридического института", вып.8, Харьков, 1957, стр. 105.

3-В 1974 г. в Нарсуда Центрального района г. Душанбе рассматривался иск Насреддановой С. об объявлении умершим Сабирова Н., пропавшего без вести на фронте в марте 1942 г. Более 30 лет существовала данная юридическая неопределенность.

вестность местопребывания, но и невозможность устранить эту неизвестность, возможность применения презумпции смерти, которая не основывалась якобы на заранее установленной законом связи, а исходила из конкретных данных¹. Указывалось, что не всякая неизвестность создает презумпции смерти, а только такая, которая не была устранена, несмотря на предпринятые меры². Ныне для подобных утверждений нет оснований, поскольку ч. I ст, 21 ГК РСФСР знает лишь одно условие для объявления умершим - отсутствие сведений в течение определенного времени. Толыш для такого объявления при сокращенном сроке требуется установление дополнительных фактов, но фактов не гибели лица, а подтверждающих особые обстоятельства, угрожавшие смерти, поэтому и в данном случае действует презумпция смерти³. Правда в некоторых ГПК (Литовской ССР - от. 279, Армянской ССР - ст. 253, Латвийской ССР - ст.256, Таджикской ССР - ст, 2.65) предусматривается еще публикация в печати, предложение сообщить лиц, которым известно место пребывания лица, истечение определенного срока после публикации. Сами по себе эти процессуальные действия направлены к установлению истины и вполне оправданы, но все же следует указать на эти условия и в соответствующих нормах ГК, иначе получается противоречие и в смысле условиях для возникновения презумпции, тем более, что со стороны истца не требуется совершения розыскных действий, хотя активность суда исключаться не должна⁴.

И все же иногда возникают ситуации, которые значительно осложняют решение вопроса об объявлении умершим на основании презумпция смерти. Не исключены такие случаи, когда имеются данные о жизни гражданина (кто-то его встречал, от него поступает письма без обратного адреса из разных мест и т. п.).

¹См.: А. К.Юрченко. Пит. соч. , стр, 59,60.

²С»,: С, Н, Братусь. Субъекты гражданского права. М. "Юр ид. лит.1', 1950, стр. 52.

³См. : Научно-практический комментарий к ГК РСФСР. "Юрид. лит", М. , 1966, стр. 3А, Вызывает сомнение лишь утверждение о том, что объявление умершим исходит из презумпции смерти, так как такое объявление влечет аналогичные правовые последствия, что и смерть. Причина все же не в этап

А См. : Н.Грошева, Ю, Попова. Рассмотрение судами дел о признании гражданина безвестно-отсутствующим и объявлении умершим. "Советская юстиция", 1976, 8 7, стр. 22.

Как быть в подобных ситуациях? Действующие нормы содержат некоторые противоречия. Так, в ст. 21 ГК РСФСР указывается, что для объявления умершим достаточно отсутствие в течение трех лет в месте постоянного жительства лица сведений о его пребывании. В статье 22 (ч. 3) указывается уже совершенно иное - лица, приобретшие имущество по возмездным сделкам, обязаны возвратить это имущество явившемуся лицу, объявленному ранее умершим, если знали, что он находится в живых. Отсюда очевиден вывод, что в первом случае требуется только отсутствие данных о пребывании лица, а во втором - данных о том, что оно находится в живых. Противоречие норм, безусловно, необходимо устранить. Вместе с тем, мы полагаем, что при наличии сведений о том, что лицо не умерло, нет права на применение ст.21 ГК, ибо отсутствует презумпция смерти. Такое лицо может быть лишь признано безвестно отсутствующим. В то же время, видимо, в целях ликвидации состояния неопределенности и в интересах лгал следует дополнить ст. 19 ГК, предоставив по истечении определенного срока после установления опеки над имуществом, если в течение 3-х лет отсутствуют данные о пребывании лица в месте его постоянного жительства, заинтересованным лицам в судебном порядке решить вопрос о дальнейшей судьбе этого имущества, в том числе и о переходе его к наследникам, фи явке такого лица возможность возврата имущества, перешедшего по возмездным сделкам, допустима при условии, что им было известно о месте пребывания этого лица.

1-См. Существует мнение и о том, что в подобных случаях нельзя признать лицо и безвестно отсутствующим (см. , например, учебник Гражданского процесса, "Юрид. лит.", М, , 1968, стр.285), но этот вывод ни на чем не основан, ибо "безвестность" по смыслу ст. 18 ГК понимается только как отсутствие сведения о месте пребывания, что как раз и возникает, если это место скрывается. Если сделать иной вывод, то он будет явно не в интересах других, а в интересах скрывающегося субъекта. Вряд ли правильно ограничивать (с учетом юридических последствий) возможность признания безвестно отсутствующим при объявлении розыска, если он не дает результата, например, алиментщиков. Ни сам розыск, ни право на взыскание алиментов, ни обязанность нести ответственность за свои поступки не отменяются признанием безвестно отсутствующим.

В правовой литературе можно встретить высказывания о том, что и при признании лица безвестно-отсутствующим исходят также из презумпции, но на этот раз - презумпции жизни¹. А.К.Юрченко отмечает, что для признания безвестного отсутствия достаточно иметь лишь данные, которые давали бы основания для предположения жизни отсутствующего². Совершенно, однако, непонятно, на чем основан такой вывод. Из правовой нормы во всяком случае совсем не следует, что требуются какие-то данные, подтверждающие наличие лица в живых. Иногда сторонники презумпции жизни безвестно-отсутствующего явно впадали в противоречия, указывая, что нужно даже представлять доказательства невозможности опровержения неизвестности безвестного отсутствия³. При этом необходимость такой презумпции объяснялась тем, что за отсутствующим сохраняются гражданские права⁴. Следует, однако, согласиться с мнением тех ученых, которые считают, что институт признания безвестного отсутствия не имеет ничего общего с предположением жизни, правда, это подчас объясняется тем, что суд решает данный вопрос не на основании предположения, а на основании фактов, таким фактом и является безвестное отсутствие⁵. Но факт может быть презюмированным, и дело совсем не в том, что суд выносит решение не на основании презумпции. Здесь вообще отсутствует какая-либо презумпция - как презумпция жизни, так и презумпция смерти⁶. Действительно, с равным успехом можно предполагать, что лицо находится в живых или погибло, даже может быть больше данных о смерти, чем о жизни, но объявить умершим по закону еще нельзя в связи с тем, что не истек установленный срок или нет данных об особых обстоятельствах.

1См. : Я.Б.Левенталь. К вопросу о презумпциях в советском гражданском процессе. "Советское государство и право", 1949, .•§ 6, стр. 56.

2См.: А. К.Юрченко. Цит. соч., стр. 59.

3См.: Г.Амфитеатров. Институт безвестного отсутствия в нашем праве. "Социалистическая законность", 1946, Л 7-8, стр. 15.

4Иногда необоснованно считают, что объявление умершим лишает это лицо правоспособности (см.: П. Е. Орловский. Цит. соч. , стр. 6 и до.).

5См.: Я.Л. Штугии. Цит. соч., стр.116.

6См. : Пит. научно-практический комментарий к ГК, стр. 32

Но это не означает, что нельзя предполагать смерть, просто фактическая презумпция не может трансформироваться в презумпцию юридическую. Кстати, если не истек годичный срок с момента безвестного отсутствия лица, то это еще не означает, что нет фактического безвестного отсутствия, но нельзя установить! юридический факт безвестного отсутствия¹. Значит дело не в том, что имеется предположение о жизни, а в том, что для юридического предположения смерти, основанного на обобщении жизненного опыта (длительное безвестное отсутствие обычно с очевидностью свидетельствует о гибели), нет еще законных оснований - истечения установленного срока, т. е. по существу нет еще данных для предположения факта смерти. Но это отнюдь не означает, что имеются противоположные данные, дающие основание предполагать, что лицо это находится в живых; об этом не свидетельствует, и короткий срок безвестного отсутствия. Каким образом, дело заключается не в том, на чем основывается решение суда, а прежде всего в том, что здесь нет никакого определенного предположения, а следовательно, какой-либо юридической презумпции. Правда, существует предположения начала безвестного отсутствия при невозможности установления для получения последних сведений, но это скорее не предположение, а просто установленное правило для исчисления сроков. Нельзя делать вывод о существовании какой-то презумпции и из редакции от. 19 ГК РСФСР (например, предположения о безразличии лица к своему имуществу или о невозможности осуществления им их имущественных прав) прежде всего потому, что само безвестное отсутствие еще не дает оснований для исключения фактической неопределенности, не позволяет сделать вывод о причинах безвестного отсутствия, без которых установить указанные презумпции невозможно. Возможно, что наличие человека в живых предполагается в момент признания его безвестно-отсутствующим поэтому он и не объявляется умершим, но если даже согласиться

I- Так, например, в нарсуде Центрального района г. Душанбе рассматривался иск Овечкина В. В. о признании безвестного отсутствия Баданэу Е. С. Несмотря на то, что истцом представлены были различные доказательства безвестного отсутствия и розыске в, иск его не был удовлетворен, так как с момента утраты сведений не истек еще год.

с этим, то весьма сомнительно действие этой презумпции в последующем, особенно, если объявление умершим происходит спустя длительный срок, как, например, по ст. 29 ГК Польской Народной Республики (10 лет от конца календарного года, в кото-ром по сведениям лице было еще живо или 5 лет в отношении лица, которому исполнилось бы 70 лет). Во всех этих случаях могла бы действовать презумпция неопределенности состояния отсутствующего лица¹, не позволяющая объявить его умершим, а только признать безвестно-отсутствующим. Но ведь эта неопределенность не предполагается - она является совершенно бесспорным фактом, поэтому постановка вопроса о презумпции беспредметна. Иное положение с презумпцией смерти. Эта презумпция очевидного факта существует, но она является опровержимой. При этом, однако, никак нельзя согласиться с решением о том, что эта презумпция является условной², никакой условности в данной презумпции нет, иначе она вообще не юридическая Презумпция.

Презумпция местожительства. Ст. Г7 ГК РСФСР на первый взгляд не дает оснований для признания действия презумпции, поскольку она не предполагает, а устанавливает в качестве места жительства гражданина место его постоянного или преимущественного проживания, а местом жительства несовершеннолетних до 15 лет - место жительства их родителей (усыновителей, опекунов). В отличие от этого, некоторые кодексы других стран дают гораздо больше поводов к выводу о наличии презумпции места жительства. Так, например, ст. 25 ГК ПНР говорит, что место жительства "является местность, в которой это лицо пребывает с намерением постоянного проживания". Это намерение не всегда может быть определено, что дает основание для действия презумпции. Однако по существу и ст. 17 ГК основана на презумпции, ибо с местом жительства фактически "связано предположение, что гражданин присутствует всегда в определенном месте, хотя бы в тот или иной промежуток времени этого фактически

1См.: Г.Амфитеатров. Цит. соч., стр.18.

2См.: М. Г. Огучинский. Безвестное отсутствие. Автореф. канд. дис., 1949, стр. II-II2; См. также: К. С. Юдельсон. Проблема доказывания в советском гражданском процессе, м., Госюр- издат", 1951, стр. 254.

и не было¹. Ведь если отказаться в данном случае от презумпции, то мы неизбежно придем к фикции, поскольку в данный момент лицо может проживать в другом месте. Для устойчивости правоотношений признание единственного определенного места жительства основывается на предположении присутствия гражданина не там, где он временно находится, а там, где он проживает постоянно. Это же относится к детям, которые могут даже постоянно не проживать в том месте, где живут их родители, считают, что последнее вытекает из предположения, что сам несовершеннолетний не может действовать². В данном случае речь идет о необходимом местожительстве. Но необходимое местожительство у нас касается только детей в возрасте до 15 лет, во многих буржуазных странах необходимое местожительство применяется и в отношении замужней женщины³. Нужно отметить, что в правовой литературе часто данная презумпция вообще не упоминается⁴ или даже отвергается со ссылкой на то, что здесь имеет место лишь вывод из процессуальных положений⁵. Очевидно, однако, что вывод о месте жительства делается не на основании презумпции, а на основании признания, установленного в правовой норме, но предпосылкой самого этого признания является презумпция, действующая лишь в случае несовпадения фактического проживания с признанным. В гражданском процессе существует правило о возможности предъявления иска по последнему известному месту жительства, если новое место жительства не известно. Представляется, что ст. 17 ГК нужно дополнить частью 3, в которой указать: "фи неизвестности места жительства гражданина его местом жительства предполагается последнее известное место его постоянного или преимущественного проживания". Введение в материально-правовую норму такой презумпции следует признать и теоретически и практически необходимым. Совершен

¹ Научно-практический комментарий к ГК РСФСР, И, 1966, стр. 32. См., например, место открытия наследства (ст. 529 ПС) - им признается, как правило, последнее постоянное место жительства наследодателя (см.: К.А. фаве. Вопросы наследственного права в практике Верховного Суда СССР. М.Д9А9, стр. 20,211.

² См.: Я.Л. Штутин. Цит. соч., стр. П2.

³ См.: С. Н. Братусь. Цит. соч., стр. 80.

⁴ См., например, О. С. Иоффе. Цит. курс, стр. 126,127; Советское гражданское право, т.1, "Высшая школа", 1972, стр.95.

⁵ См.: К. С. Юдельсон. Цит. соч., стр. 266.

но очевидно, что вполне допустимо предположение, что каждый имеет постоянное место жительства (даже если оно часто меняется), а если это место не известно, то вполне резонно предположить, что лицо продолжает проживать постоянно там, где проживало раньше. Не только последняя, но и любая презумпция места жительства опровержима. При этом следует учесть, что опровергается, например, не то, что местом жительства малолетних является место жительства их родителей, а то, что местом жительства должно считаться не это, а другое место, поскольку родители (один из них, с которым оставлен ребенок) проживают в другом месте.

Презумпция правомочности, фп определенных обстоятельствах правомочность вступления в гражданские правоотношения, в соответствующую сделку презюмируется. Это имеет прежде всего отношение к тем случаям, когда правовой нормой не устанавливается проверка полномочий. С действием такой презумпции мы встречаемся при выполнении субъектом публичных обязанностей; в отношении этого лица предполагается, что для этой цели он должным образом уполномочен. Так, общепризнанно что от имени торговой организации договоры розничной купли-продажи заключаются с покупателями различными работниками магазинов, при этом их полномочия не удостоверяются, а предполагаются - явствуют из обстановки, в которой они действуют¹". Эта презумпция касается некоторых случаев представительства и основана на ч.2 от. 62 ГК РСФСР. Для покупателя невыгодные последствия исключаются, даже если неправомочность продавцов для торгующей организации возникла случайно. Б этом ее риск.

Значительно сложнее решается вопрос о правомочности субъектов сделки при отсутствии подобного представительства, когда ими не выполняются публичные обязанности. Речь в данном случае идет о правомочии в смысле наличия субъективного права на вступление в сделку, наличия правосубъектности.

В советском праве существует общая презумпция правосубъектности советского гражданина, и вступающий в сделку предполагается правосубъектным² это касается не только лиц, до стипендия их возраста

1-См.: Ю. Я.Львович. Охрана интересов покупателей. "Юрид. лит", М. , 1966, стр.37.

2-См.: В. К Бабаев. Презумпции в советском праве. Автореф. канд. д.ю.н. Свердловск, 1969, стр. 1Д, Автор также отмечает, что эта презумпция в гражданском праве имеет свою особенность, заключающуюся в необходимости разграничения правоспособности и дееспособности (см. Цит. Моноір. , стр.70).

дееспособности, но и в ряде других случаев. При заключении договора розничной купли-продажи с лицом, достигшим 15-летнего возраста, не требуется, чтобы оно представляло доказательства, что деньги, которыми оплачивается покупка, являются его заработной платой или стипендией, которыми он вправе распоряжаться. Если сделка таким подростком совершается в пределах обычного размера стипендии или зарплаты, то этот факт презимируется. Для совершения других сделок, например, продажи вещей, приобретенных на собственную зарплату, требуется уже проверка правомочий - разрешение законных представителей. Но как быть, если подросток скопил свою стипендию или зарплату за несколько месяцев и затем совершает покупку? Видимо, и в этом случае необходима проверка правомочий. Существуют, однако, высказывания против ограничительного толкования ч. 2, ст. 13 ГК. При этом считают, что смыслу закона и практике не соответствует запрещение несовершеннолетнему совершать сделки в отношении имущества, приобретенного на собственный заработок и стипендию. В этих высказываниях есть определенная логика, но нельзя забывать и о том, что пришлось бы в подобных случаях проводить специальную, часто в высшей степени затруднительную, проверку, ибо действие презумпции практически было бы ограничено, поскольку данная презумпция относится к презумпциям очевидного факта. С такой же презумпцией мы сталкиваемся при определении возраста частичной и полной дееспособности. Как утверждают, "малолетство бросается в глаза" поэтому при очевидности факта оно презимируется. Но высокую степень вероятности этого предположения можно утверждать не всегда. В правовой литературе, в частности О. О. Иоффе, выражено мнение, что презумпция виновности действует лишь в отношении сделок, заключенных с малолетним, возраст которых в большинстве случаев очевиден, в остальных же случаях

1-См. : С. Н. Братусь. Субъекты гражданского права. "Гос.юр.издат", №, 1950, стр. 67,

2-См.: Я. Р. Вебере. Цит. автореф. докт. дис. , стр. 24.

3См.: И. Б. Новицкий. Сделки. Исковая давность. " Госюриздат", М. , 1954, стр.90.

должен действовать принцип презумпции невиновности¹, Советское право допускает действительность отдельных видов сделок, заключаемых недееспособными, но категорически отвергает буржуазное право эмансипации, т.е. признание лица полностью дееспособным ранее установленного возраста, если оно проявило способности к ведению торгового оборота. Это правило дано ущемляет прежде всего интересы самих признанных дееспособными².

Необычно решается этот вопрос в законодательстве некоторых стран. Так, по нормам английского договорного права, дог вор в ряде случаев связывает несовершеннолетнего, если он по достижении совершеннолетия подтвердил его силу в течение разумного срока. В Англии действительными признаются также договоры с несовершеннолетними, если они приобрели для себя необходимые предметы, Однако уж очень каучуко во это понятие "необходимые". Вполне понятно, что буржуазный суд в этом случае руководствуется имущественным, "общественным" я семейным положением несовершеннолетнего, его вкусами и наклонностями. Эти нормы защищают интересы представителей "золотой молодежи", богатых наследников, необходимость и наличие предметов у несовершеннолетнего в достаточном количестве - это и является критерием для возможного удовлетворения ми отклонения иска³. Советское право защищает интересы недееспособных, но очень тяжело бывает на практике отличить малолетнего от частично недееспособного⁴ и последнего от полностью дееспособного. Эта затруднительность для продавца вынудила К А. Граве признать в подобных случаях презумпцию выполнения подростком поручения родителей⁵. Но нельзя забывать, что, например, малолетним разрешается отпускать только те товары, в отношении которых, они вправе заключать сделки (мелкие бытовые).

1-См. : О.С Иоффе. Цит. соч. , стр. 304.

2-См: А.И, Пергамент. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних. "Уч. зап. ВИН", выя, 3, "Юр.издат", У. , 19ээ, сто. 14,15.

3-См.: Р. О. Халфина. Договор в английском гражданском прав. Изд. АН СССР, Я, 19 59 стр. 227,228.

4-См.: Л. Г. Кузнецова, Я. и. Шевченко. Гражданок о право вое положение несовершеннолетних. "Юрид.лит, ",М. , 1968,стр.77.

5-См.: К А. Граве. Договор розничной куши продажи и охран прав гражданина. "Уч. зап. ВШР".вып. 2, М. , 1941, стр. 179.

Признание презумпции родительского поручения приведет по существу к фикции, а не к презумпции. Поэтому там, где возникает сомнение в возрасте, в характере, в размере совершаемых несовершеннолетними сделок, необходима проверка как возраста, так и правомочий и ни на какую презумпцию нельзя ссылаться. Учитывая то, что до наступления совершеннолетия критерии правомочности (условия презумпции) недостаточно четкие, что приводит к отсутствию высокой степени вероятности, на которой строится данная презумпция, она представляет из себя не совсем обычную презумпцию. Ее следует считать презумпцией квазиочевидного факта.

Приведенное выше высказывание о существовании в советском праве общей презумпции правосубъектности должно пониматься в том смысле, что ограничение ее является очевидным исключением, поэтому для лиц, достигших возраста полной дееспособности, их правосубъектность в высокой степени вероятна. При этом правосубъектность следует понимать в достаточной степени широко и как правоспособность, и как дееспособность, и как возможность быть субъектом конкретных прав и обязанностей, т. е. являться субъектом с учетом всех общих и специальных предпосылок¹. Таким образом при условии достижения возраста совершеннолетия действует презумпция очевидного факта - правосубъектности, т. е. правомочности лица быть субъектом правоотношения. Не очень правильно считать, что эта презумпция заключается в предположении того, что достигший указанного возраста обладает опытом, навыком, способностью действовать со знанием дела². Это лишь одна из важнейших причин, одно из главных оснований, которыми руководствовался законодатель для установления данной нормы в отношении возраста. Презумпция не в этом, а в презюмировании отсутствия ограничений. Как и любая другая презумпция и указанная может быть опровергнута. Видимо, прав и И.Л. Петрухин, отметивший, что в данном случае презюмируется интеллектуальное развитие подростка, исходя из средней статистической величины при возможности отклонений. Прав, но только в том, что это презумпция причины - причины установления правовой нормы, а в уже установленной норме действует другая - указанная выше презумпция. Исходя из соображений

1См.: Я. Р. Вебере. Цит. автореферат, стр.9.

2См; Я. Л. Штутин. Цит. соч. , отр. 107.

3См. : Теория доказательств в советском уголовном процессе, стр.3ДЗ.

интеллектуального развития, допускается опровержение этой презумпции, и в отдельных случаях лицо, достигшее 18 лет, все же не является правосубъектным, так как может быть признано недееспособным или находиться в состоянии дееспособности.

Это состояние может быть не всегда очевидным, особенно если учесть возможность психически больных быть в состоянии так называемых *lucida intervalla* - светлых промежутков. Но это не исключает опровержения указанной выше презумпции. Положение субъекта, предполагающего наличие дееспособности, в этом случае достаточно сложное, поскольку сомнения в психическом состоянии субъекта подчас просто исключаются¹. Может быть, опровергнута презумпция и в связи с тем, что произошло ограничение дееспособности в судебном порядке, а также при доказанности того, что лицо не могло отдавать отчет своим действиям. При этом нужно иметь в виду, что это презумпция очевидного факта, поэтому при явной сомнительности в состоянии субъекта нельзя руководствоваться данной презумпцией, ибо отсутствуют условия ее действия, ее очевидности, однако нельзя из факта сомнения делать вывод о существовании противоположной презумпции - неправосубъектности (неправомочия) субъекта на вступление в сделку. Верховный Суд СССР указал, что отсутствие способности руководить своими действиями не может выводиться из догадок и предположений, а должно строиться на заключениях специалистов². Отсюда ясно, что для признания неправосубъектности презумпция недопустима. Но при очевидности не достижения восемнадцатилетнего возраста можно, конечно, сделать вывод о существовании такой презумпции, которая может быть опровергнута, но не ранним интеллектуальным развитием, а, например, правомерным вступлением в брак в более раннем возрасте. Может возникнуть мнение, что такая презумпция лишь частично опровержима. Право наше действительно знает исключительные случаи опровержения презумпции, но данная презумпция - это предположение отсутствия правосубъектности до наступления восемнадцатилетнего (аналогично-частичной дееспособности до наступления пятнадцатилетие) возраста, а не о степени интеллектуального

¹См.: О.Фрейеров. Вопрос о дееспособности в практике судебнопсихиатрической экспертизы. "Социалистическая законность", 1956, X II, стр.62; о риске и последствиях такого положения см. статью автора. Риск заблуждения и ошибки. "Укрепление законности и правопорядка в период строительства коммунизма", ч. 2, Душанбе, 1972, стр. 149.

²См.: С.Н.Братусь. Субъекты гражданского права, стр.71.

развития. Это разные вещи и путать их нельзя, но в правовой литературе иногда такая путаница допускается. Правильный вывод делает Я. Л. Штутин о том, что если установлен факт неправомочия (неправосубъектности, малолетства), то недействительность самих сделок не презюмируется, а является установленным фактом¹. Однако, если этот вывод следует из презумпции, то факт недействительности сделки тоже презюмируется.

§ 2. Презумпции правомерности вступления в сделку.

Указанная выше презумпция правомочности является по существу частным видом более широкой презумпции-правомерности вступления в сделку. Эта презумпция действует в отношении граждан, поскольку для юридических лиц требуется установление их полномочий, специальной правосубъектности, правомерности предпринятых действий. Это прежде всего презумпция для второго субъекта, контрагента по сделке, именно здесь коренится ее материально-правовое значение. Итак, правомерность вступления в сделку презюмируется. Но это означает предположение свободы волеизъявления, отсутствия порока воли. Заключивший сделку предполагается действовавшим разумно². Сделка как волевой акт предполагает, что юридические последствия, на которые она направлена, соответствуют воле сторон, совершивших сделку, и пока не установлено обратное, предполагается, что волеизъявление субъекта соответствует его подлинной воле³. Верно отмечается, что свобода соглашения заключается в

1-См.: Л.Л.Штутин. Цит. соч. , стр. ПО.

2-См.: В. К. Бабаев. Цит. автореф. , стр. 14.

3-См.: И. Б. Новицкий. Цит. моногр. , стр. 21.

том, что природе сделок свойственно предположение, что возникающие из этой сделки права и обязанности соответствуют воле сторон¹. Это общая презумпция соответствия волеизъявления, действующая в отношении третью: лиц и могущая быть оспоренной. До оспаривания действует предположение правомерности этой сделки, соответствия волеизъявления.

Особое место в этой презумпции занимает оценка поведения, свидетельствующая о выражении воли и, в частности, совершение конклюдентных действий, из которых следует предположение о волеизъявлении субъекта. Под конклюдентными действиями понимают такие, в которых воля выражается косвенно. Но прав О, А.Красавчиков в том, что не воля выражается косвенно, а наше заключение об этом, наше мнение складывается из таких действий². Но это не что иное, как признание презумпции конклюдентных действий, т.е. не абсолютной убежденности в соответствии волеизъявления, а в предположении этого, в высокой степени вероятности. Однако такой вывод допустим лишь в отношении сделок, заключение которых допускается в устной форме³. Частным случаем таких конклюдентных действий является молчание в качестве знака согласия. Как отмечает О. А. Красавчиков, молчание - это отрицательное волеизъявление, им отрицается не наличие воли, а ее положительное изъяснение⁴. Но молчание может свидетельствовать и о каком-то решении на вступление в сделку, если об этом была договоренность сторон⁵. Вообще же из молчания вытекает презумпция волеизъявления в случаях допущения такой формы, о чем будет сказано ниже. О. С. Иоффе правильно обращает внимание на то, что о согласованности воли сторон на подчинение их обычным условиям, не включаемым в договор, но установленных в правовых нормах, свидетельствует сам факт заключения договора⁶. По существу - это презумпция согласованной воли. Особое значение придается презумпции соответствия воли волеизъявлению в том случае, когда она отно-

1См.: И. Б. Новицкий. Цит. моногр. , стр. 21.

2См.: О. А. Красавчиков. Юридические факты в советском гражданском праве. "1Ъ сюр из дат", М., 1958, стр. 101.

3Н.В.Раб@ович. Недействительность сделок и ее последствия. Изд, ЛГУ, Л. , 1960, стр.76.

4См.: О. А. Красавчиков. Цит. соч. , стр. 100.

5См.: Н. В-Рабинович. Цит. соч., стр. 77.

6См.: О.С.Иоффе. Обязательственное право. "Ююид. лит." М. , 1975, стр. 29. V

сится непосредственно к контрагенту по сделке, т. е. когда контрагент не совершает действий, влияющих на психику второго субъекта. Но все же и такие сделки могут оспариваться, т. е. и в этих случаях презумпция может опровергаться. Иногда в результате воздействия на волю третьих лиц (даже в силу угрозы¹), но чаще в силу существенного заблуждения самого субъекта. Речь идет не о так называемой "презумпции в инвалидации сделки"², а о презумпции ее действительности, правомерности, о презумпции правильности волеизъявления, соответствия его подлинной воле. Статья 37 ГК РСФСР предусматривает признание сделки недействительной, если она заключена под влиянием существенного заблуждения. В ст. 151 ранее действовавшего ГК РСФСР было интересное примечание: "Ответственность за заблуждение предполагается лежащей на заблуждающемся". Отсюда иногда делался вывод, что гражданский кодекс в этом случае не придерживался принципа вины. И. Б. Новицкий указывает, что ответственность за возникшие убытки основана на принципе вины, но возмещение ущерба не требует наличия вины. Нужно помочь ни в чем неповинному заблуждающемуся, нужно защитить его интересы, он не должен страдать³. Эта точка зрения вызвала критику, в которой указывалось, что при возмещении положительного ущерба, как и в других случаях взыскания убытков, нет никаких оснований отказываться от конструкции вины⁴. Разрешить все возникающие вопросы не так уж просто. Лицо может находиться в состоянии заблуждения без воякой овоей вины, когда нельзя было предвидеть ошибки, но при этом и вторая сторона могла действовать вполне добросовестно, не подозревая, что воля первой стороны сложилась под влиянием заблуждения. О.С. Иоффе подчеркивает, что закон, идя навстречу заблуждавшейся стороне, признает за ней право независимо от причины заблуждения на оспаривание сделки. Исходя из этих же

1См.: Н.В.Рабинович. Цит. соч. , стр.72.

2См.: Т.Яблочков. Негативный договорный интерес. "Право и жизнь", 1923, И 3, стр. 35-41.

3См.: И. Б, Новицкий. Недействительные сделки. "Вопросы советского гражданского права", изд. АН СССР. Ж-Л., 1945, ст р. 65,66.

4См.: С. В. Банковская. Существенное заблуждение как основание признания сделки недействительной по советскому гражданскому праву. Канд. дис., М. , 1950, стр.159-165

соображений, он считает нужным предоставить обеспечение другой стороне, которая невиновна в происшедшем заблуждении. Это обеспечение проявляется в введении презумпции ее невиновности, которая может лишь быть опровергнута, а также в правиле, предусматривающем возмещение убытков заблуждавшимся другой стороне, если не будет доказана виновность последней¹

В от. 57 ГК действительно усматривается еще одна презумпция при решении вопроса о возмещении убытков. Это презумпция невиновности, поскольку вина второй стороны не предполагается, а должна быть доказана. Вернее, это презумпция неопровержения добропорядочности участников сделки, высокая вероятность которой основывается также на собственном заблуждении, на отсутствии действий контрагента, влияющих на формирование неправильной воли у другой стороны. Но в данном случае речь не идет о принципе, который был присущ римскому праву - *presumptio boni viri* ибо эта презумпция в советском праве не защищает любого участника гражданского оборота, невзирая на его недобропорядочность, на допускаемый им обман, насилие, угрозу и т.п. Поэтому мы акцентируем внимание на презумпции свободного волеизъявления для субъекта, действующего правомерно, субъекта, предполагающего, что вторая сторона выражала свою волю свободно.

Частным случаем указанной презумпции является "презумпция знания закона", одним из важнейших аспектов которой является предположение, что вступающий в сделку субъект знаком с содержанием правовых норм, что он, вступая в сделку, осознает правомерность своих действий, что он знает нормы, относящиеся к данной сделке. Эта презумпция очевидного факта заслуживает особого рассмотрения здесь, хотя в основном она относится к вопросам ответственности, выступая там несколько в ином аспекте. Поскольку закон был надлежащим образом опубликован, предполагается, что субъекты знают закон. В литературе отмечается, что в области материального гражданского права это положение само собой разумеется. Бесспорно - гражданские правоотношения действительны именно ввиду их

¹ См.: О. С. Иоффе. Советское гражданское право. М., 1967, ст. р. 304.

ответствия закону и вряд ли кто-либо будет отказываться от заключенного договора ссылкой на незнание закона, поэтому в материальном гражданском праве это положение не является презумпцией, а просто результатом действия гражданских законов¹. Но вряд ли допустим такой категоричный вывод, построенный на предположении, что заключивший договор не станет его оспаривать; дело не в этом, а в том, что на самом деле знание закона не абсолютный, а наиболее вероятный вывод, а следствие из него - презумпция. Еще П. И. Стучка ссылался на определение Верховного Суда РСФСР по делу Муни с Корниловым и Щербаковым, в котором было указано, что гражданин не может знать всех законов и постановлений местных властей². Это, конечно, оценка конкретного факта, но подтверждающая опровержимость общего вывода³. Да и М. С. Строгович в конце концов все же отмечает, что вывод о знании законов опровержим, если будет доказано, что действительно субъект их не знал⁴. Вообще говоря, здесь в противоречие впадают довольно часто еще и потому, что не всегда связывают знание законов с правомерностью заключаемых сделок которую считают презюмированной в интересах обеих сторон⁵. Все же большинство ученых не отрицают презумпции знания законов и ее опровержимость при наличии "обоснованного предположения" (вот здесь вернее будет - при установлении, а не предположении), что в силу обстоятельств исключительных, экстраординарных лицо было лишено возможности знать о принятии нового законодательного акта⁶. Более того, полагают, что знал или нет субъект закон⁷. И все же опровержение этой презумпции в наших условиях явление редкое, в буржуазном же обществе - эта презумп-

1См. : М. С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. 205.

2См.: П. И. Стучка Курс советского гражданского права, т. 2, изд. Ком. академии, М., 1929, стр. 258.

3Примеры неизвинительной и извинительной ссылки на незнание закона при вступлении в сделку приводит И. Б. Новицкий (Сделки. Исковая давность, "Госюриздат", 1954, стр.94,95).

4См.: М. С. Строгович. Цит. соч., стр. 209.

5См.: С. В. Курьянов. Цит. соч., стр. 96.

6См.: И. Л. Петрухин, Убеждение суда и правовые презумпции. Советское государство и право", 1964, стр. 65.

7См.: Я. С. Левейталь. Цит. статья, стр. 63.

ция превращена в ложь, в фикцию¹. Англичане даже придумали, что каждый гражданин в лице своих представителей присутствует в парламенте, поэтому нет нужды в обнародовании норм, а это означает, что презумпция превращается там в ложное обобщение, чрезвычайно далекое от высокой степени вероятности². К данной презумпции несколько в ином аспекте мы еще вернемся в четвертой главе, сейчас же необходимо еще раз подчеркнуть, что она позволяет сделать вывод о правомерности вступления в сделку и с точки зрения всех условий, правовых норм, ее регулирующих³.

§ 3. Презумпции защиты гражданских прав.

Защита гражданских прав ограничена сроками исковой давности, которые по существу направлены не к ограничению этой защиты, а к самой защите, к определенности и ясности взаимоотношений, к недопущению предъявления требований, когда опровергающие юс доказательства могут не сохраниться. С материально-правовыми презумпциями мы встречаемся в некоторых случаях применения института исковой давности.

Прежде всего само применение этих сроков, наряду с другими аргументами, объясняется также определенными предположениями. Так, полагают, что если субъект длительное время не воспользовался своим правом, то из этого можно предположить, что в этом случае он не испытывает "особого интереса и настоятельной потребности в осуществлении своего права"⁴

¹См.: В. П. Воложанин. Цит. статья, стр. 193,195. См.: Г, К, Матвеев. Основания гражданско правовой ответственности. "Юр ид. лит.", М. , 1970, стр. 265,266.

²См.: В. И. Каминская. Цит. соч. , стр.90,91.

³Так, например, Ю. Я. Львович указывает на презюмирование покупателем знания правил торговли при вступлении в договор розничной купли-продажи (См. : Охрана интересов по-купателей, "Юрид. лит. , М. , 1966, стр. 95).

⁴См. : О. С. Иоффе. Советское гражданское право. М. , "Госюп- издат", 1967, стр. 333.

Указывают также на то, что в подобной ситуации жизненный опыт дает возможность предположить, что субъект не уверен в существовании своего права, в том, что оно вообще возникло или осталось без погашения¹. В литературе обращается внимание на то, что если субъект длительный срок не обращается за защитой, пассивен в выставлении своих нарушенных прав, то нет оснований гарантировать ему защиту². Таким образом, само введение института исковой давности в определенном смысле объясняется предположениями.

Далее. С презумпцией мы сталкиваемся при перерыве сроков исковой давности (ст. 86 ГК). В признании конклюдентных действий в качестве свидетельства подтверждения долга заложена несомненно презумпция, поскольку признание долга в этом случае фактически лишь предполагается. Для должника достаточно совершить любое действие, которое дает основание заключить, что он знает о долге и не отрицает его, чтобы наступил перерыв в течении срока исковой давности³. Перерыв наступает тогда, когда поведение должника дает повод думать об отсутствии спора со стороны должника. Действия должника должны быть, правда, адресованы непосредственно кредитору и только в отношениях, в которых участвует гражданин. Определенную дискуссию вызывает факт частичной уплаты долга. В практике Верховного Суда СССР встречались указания о положительном решении данного вопроса. Такого же мнения к ученым-цивилистам⁴ У. Я. Кириллова приводит пример из практики Московского городского суда (спор Гордошкина с Бочкаревым), Уплата должником по этому делу 50 рублей при долге в II тыс. руб. свидетельствовала о признании долга, т. е. создала презумпцию. Правда, автор подчеркивает, что такой вывод очевиден, если установлена оплата по частям, так и оставляя по существу без ответа вопрос о том,

1См.: И. Б. Новицкий. Сделки. Исковая давность, стр. 150. Но это отнюдь не свидетельствует о наличии презумпции погашения долга, как иногда полагают буржуазные кристы, о чем мы уже упоминали в I-ой главе.

2См.: М, Я. Кириллова. Исковая давность. М. , "Юрид, лит.", 1966, сто. 16.

3См.: И. 5 Новицкий. Цит. соч. , стр. 194. В законе конкретные действия не указаны (см. М. Я. Кдаиллова, стр. 1X5).

4См-: И. Б. Новицкий. Цит. соч., стр. 19, 0. С. Иоффе. Цит. соч. , стр. 339.

как оценивать частичную оплату, если оплата по частям не была установлена¹. Представляется, однако, что в том случае, когда частичная оплата долга свидетельствует о признании его лишь в указанной части нельзя признавать такую оплату основанием для презумпции признания долга в полном объеме. И все же вряд ли следует считать, что не предъявление иска в течение установленного срока исковой давности основано на презумпции признания необоснованности требования. Если бы это было так, то излишним было бы требование о перечислении востребованной кредиторской задолженности в бюджет. Нельзя утверждать о признании, пока есть данные о небесспорности и права или пока эти данные можно собрать, поэтому при подобных обстоятельствах вопрос о презумпции признания вообще беспредметный.

От обычных сроков исковой давности следует отличать сроки презумптивные. В теории гражданского права некоторые сроки называют пресекательными, хотя существование таких сроков вызывает споры. Пресекательные сроки относятся к ненарушенным субъективным правам, они могут быть установлены в договоре, к этим срокам не относятся правила о приостановлении, перерыве и восстановлении; при истечении пресекательного срока субъективное право прекращается в силу того, что этот срок является пределом во времени существования определенного права.

К пресекательным срокам относят, например, сроки для принятия и отказа от наследства, о которых мы будем речь вести ниже. Следует согласиться с мнением, что разделение единого института исковой давности не оправданно, хотя внутри давностных сроков существует определенная специфичная дифференциация². Но несомненно, что не все сроки относятся к срокам исковой давности, существуют и такие сроки, которые определяют время существования самого объективного права или обязанности, т.е. существует дифференциация сроков на сроки осуществления и на сроки защиты, которые иногда в определенной мере совпадают или, во всяком случае, имеют сходство, поскольку-

1См.: М. Я. Кириллова. Цит. соч. , стр.П7,Н9.

2См.: И. Б. Новицкий. Цит. соч., стр. 142.

ку и те и другие регламентируют субъективные права¹. Дифференциация позволяет сделать вывод о существовании презумптивных сроков, с которыми связывается предположение, как вывод о согласии с него провергнутым в течение этого срока фактом. И если весьма сомнительно утверждение о презумпции согласия при истечении обычных сроков исковой давности, то презумптивные сроки как раз строятся на презумпции согласия, презумпции бесспорности. Эта презумпция лежит как в основе установления таких норм, так и в основе установления правовых отношений и гражданско-правовых последствий такого установления. Презумптивных сроков того в гражданском праве - это и названные сроки из наследственного права, и сроки одобрения в авторских договорах, и ряд других сроков, на которые еще будут ссылки в данной работе. Они относятся как к срокам осуществления (субъективного права), так и к срокам защиты.

XXX

В юридической литературе признано, что ст.7 ГК РСФСР исходит из презумпции несоответствия действительности распространенных сведений, а доказательство обратного возлагается на распространителя этих сведений². Такой вывод делается из редакции указанной нормы. К этому иногда добавляют что ответчик может также доказать, что он не является распространителем³. Вот с этим добавлением никак нельзя согласиться, оно совсем уж не вытекает из правовой нормы и свидетельствует о том, что автор его является в данном случае сторонником даже не одной, а двух презумпций⁴. Иногда мож

1См. : М.Ринг. К вопросу об отграничении сроков исковой давности от некоторых других сроков гражданского права. "Ученые записки Ростовскога-и-Дону госуниверситета", т.XXXVII, Труды юридич. фак-та, вып. I, Харьков, 1955, стр. 32.

2См.: О. С. Иоффе. Цит. соч., стр. 323.

3См. : Я. Л. Штутин. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. м., "Юрид. лит.", 1963, стр. ЮТ.

4В. И.Тархов (см.: Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973, стр. 388) полагает обязанность ответчика по доказыванию альтернативной: соответствие фактов действительности либо не распространение их. Представляется все же, что факт распространения сведений должен прежде всего доказать истец (см. : Из прак-

но встретить высказывание, что в ст.7 ГК действует презумпция "добропорядочности истца", которая при этом выводится из установленного в норме правила о распределении бремени доказывания¹, с чем, конечно, никак нельзя согласиться, поскольку совершенно очевидна цель введения такой презумпции, ее значение. Данная правовая норма исходит из признания общей добропорядочности советских граждан и коллективов людей². На этом принципиальном положении основана презумпция ст. 7 ГК. Однако это общее принципиальное положение не исключает пока еще некоторых случаев недобропорядочности отдельных конкретных лиц. Если это исключить, то мы столкнулись бы не с презумпцией, а с очевидной фикцией. Поэтому общей предпосылкой - основанием права требования судебной защиты чести и достоинства является таким образом предположение добропорядочности каждого лица, которая до опровержения не должна к не может браться под сомнение. Коль скоро добропорядочность не будет опровергнута, ввиду того, что распространителем порочащих честь и достоинство субъекта сведений не будет доказано их соответствие действительности, - его честь и достоинство должны быть защищены. Добропорядочность не может быть поставлена под сомнение в результате одного лишь факта распространения указанных, сведений, без доказательства, без установления этого факта соответствующими органами. Именно в этом смысле существует общая презумпция добропорядочности, как существуют и общие претикки применения ст.7 Основ гражданского законодательства. "Советская юстиция", 1965, Л 4, стр. II), хотя понятно, что ответчик вправе доказывать обратно

¹См. : С. В. Курылев. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, изд. БГУ, 1969, стр. 95, 121.

²Совершенно очевидно, что этот принцип ничего общего не имеет с так называемой "добропорядочностью" участников оборота в эксплуататорском обществе - *praesumptio boni viri*, а тем более с понятием чести представителей этого общества, о необходимости признания общей презумпции добросовестности см. у Б. Б. Черепашина. Виндикационные иски

в советском праве. "Уч. зал. Свердловского юридического института", т. I, Свердловск, Госиздат, 1945, стр. 42. На существование общей презумпции добропорядочности советских граждан указывает и В. К. Бабаев (цит. моногр., стр. 86-93). О широком значении не закрещенного в законе юридического

зумпции невиновности и неответственности. Оставим в стороне вопрос о необходимости указания на эти общие презумпции в правовых нормах¹. Нас в данном случае интересует презумпция при возникновении необходимости защиты чести и достоинства, необходимости установления несоответствия действительности распространенных сведений на основании предъявленного об этом требования. Опровергается не добропорядочность субъекта, а порочащие его честь и достоинство сведения. Согласно ст.7 ГК опровержение порочащих сведений безусловно, если распространитель их не докажет соответствия их действительности. Значит, речь идет о возможности или невозможности защиты чести и достоинства. И дело здесь не в распределении бремени доказывания и тем более не в том, что тяжесть доказательств падает на ответчика, а истец не должен доказывать несоответствие сведений². Очевидно, что для установления истины утверждение ответчика о соответствии сведений действительности должно опровергаться истцом. И в этом смысле нельзя исключить его активности³. Но даже, если с точки зрения процессуальной и можно сделать вывод о том, что здесь имеет место презумпция, следствием которой является распределение точки зрения материально-правовой в ст.7

предположения «добросовестности советского гражданина» говорит В. П. Воложанин. (См.: Юридические предположения в советском гражданском праве и процессе, автореф. , Свердловск, 1953, стр. 10). Это предположение, как отмечает автор, учит наших людей-относиться друг с другу доверием и уважение презумпция невиновности и другие указанные презумпции в законе прямо не сформулированы, но вытекают из него

(см.: М. С. Стр о го вич. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. 241).,

2См.: В. Л.Тархов. Цит. соч. , стр. 388.

3См. : "Из практики применения ст.7 Основ гражданского законодательства. "Советская юстиция", 1965, №7, стр.11; А. а Белявский. Судебная защита чести и достоинства граждан . М., "Юрид. лит.", 1966, стр. 37. Г. Савичев. Судебная защита чести и достоинства граждан. "Советская юстиция", 1974, X 2, стр.9. Иски граждан и организаций об опровержении сведений, порочащих их честь и достоинство. "Социалистическая законность", 1964, X 12, стр.19.

ГК действует презумпция как конкретная предпосылка для установления несоответствия действительности распространенных сведений. Потребности в презумпции нет, если этот факт установлен или полностью опровергнут. Мы обращаемся к презумпции лишь тогда, когда с достоверностью нельзя установить соответствие сведений действительности, когда остается определенная доля сомнений в их достоверности или недостоверности. Вот тогда вопрос должен быть решен в пользу заявившего требование о защите, тогда действует презумпция, на основании которой устанавливается, что сведения не соответствуют истине. Основанием для такого вывода является презумпция неустановления достоверности сведений, порочащих честь и достоинство. Именно предположение того, что достоверность сведений не будет установлена, не будет доказано соответствие их действительности распространителем - позволяет в судебном порядке защитить честь и достоинство гражданина. Фактически - это презумпция неопровержения добропорядочности. Только, когда возникает сомнение и оно не может быть устранено в ту или иную сторону, в качестве основания для вывода выступает презумпция, в ином случае есть не предположение, а убежденность, а презумпция может превратиться в фикцию. Но, как мы указали, предположение это основано на обобщении опыта, а следовательно, оно соответствует объективной реальности, поэтому вывод о недостоверности сведений, основанный на презумпции, соответствует истине, хотя эта презумпция может быть опровергнута.

В юридической литературе называется еще одна презумпция при защите чести и достоинства: предположение того, что сведения порочат репутацию субъекта. Утверждают иногда, что это предполагается само собой и истцом не должно доказываться¹. Отрицать наличие такой презумпции, видимо, нельзя. Сомнительно, правда, то, что истец не должен доказывать, что данные сведения унизили его достоинство, задевают его честь²

1См.: А. В. Белявский. Цит. соч. , стр. 36.

2См. : "Советская юстиция", Е65, № 7, стр. 10.

Данная презумпция не означает, что этот факт принимается "на веру" и не может быть оценен судом¹. Но если с бесспорностью нельзя прийти к выводу, что распространенные сведения не порочат честь и достоинство субъекта, то факт, что они порочат, как презюмированный, считается установленным. Этот факт является одним из условий применения ст.7 ГК. А. В. Белявский считает, что предположение о том, что сведения порочат честь и достоинство основано на том, что судья принял дело к производству. Конечно, такой вывод абсурден. Здесь налицо презумпция, которая может быть опровергнута, а не освобождение от доказывания факта, поскольку дело принято судьей, который, кстати, далеко не всегда самостоятельно может дать оценку этому факту. Не случайно эта позиция встретила критику в правовой литературе, в частности, со стороны В. Елизарова², правильно считающего, что данный факт относится к существу спора В то же время на позиции В. Елизарова необходимо остановиться несколько подробнее, поскольку он вообще нигилистически относится к существованию какой-либо презумпции при применении ст.7 Основ. Автор полагает, что существование презумпции в данном случае вызывает серьезные сомнения, что сама норма ст,7 не несет в себе презумптивного начала, поскольку презумпция выводится из многократно повторяющихся, устойчивых фактов, связывается с другими фактами, "базируется на большой степени вероятности, позволяющей возложить риск недоказанности факта на одну из сторон"³. При этом автор полагает, что презумпция умаляет значение печати, объективность которой чаще всего бесспорна и несомненна высокая степень вероятности действительности как раз опубликованных сведений, В силу этого автор считает, что в ст.7 Основ устанавливается лишь распределение бремени доказывания. С первого взгляда

1См. : С. А. Чернышева. Охрана чести и достоинства граждан.

"Советское государство и право", 1971, 10, стр. 129.

2См.: Е Елизаров. Распределение обязанностей доказывания в исках о защите чести и достоинства. "Советская юстиция". 1968, М 19, стр. 13.

3См.: В. Елизаров, там же, стр. 12. Саму по себе ссылку на риск недоказанности факта следует, безусловно, признать правильной.

может показаться, что в утверждении автора есть рациональное зерно, но это только с первого взгляда. И дело здесь не в том, что далеко не всегда эти споры касаются печатных органов, а в самом существовании вопроса. Во-первых, как указано в первой главе, речь здесь идет не о процессуальной презумпции освобождения от доказывания тех или иных фактов, а о презумпции материального права. Во-вторых, В. Елизаров ведет речь о презумпции недостоверности фактов, которой в действительности нет, а есть только презумпция неустановления достоверности сведений, когда опровергнуть не презумпцию, а факт, указанный в требовании истца, ответчик не смог и установить противное не смог суд. Неверна и посылка о безусловности достоверности публикаций. В принципе это верно¹, но верна и общая презумпция добропорядочности советских граждан.

¹ Сведения, публикуемые в печати, тщательно проверяются и, как правило, конечно, соответствуют действительности (см.: М. Г. Пронина, А. Н. Романович. Защита чести и достоинства граждан. Минск, "Беларусь", 1976, стр. 31)

ГЛАВА III. Презумпции права собственности

§ 1. Презумпции приобретения права собственности.

В буржуазном праве довольно широкое распространение получают презумпции права собственности, в частности такая презумпция, как предположение наличия права собственности у владельца движимым имуществом¹. Можно назвать и презумпцию защиты владения, которая основывается на предположении о совпадении факта владения с правом на владение².

Некоторые презумпции права собственности действуют и в советском гражданском праве. В правовой литературе отмечается, что весьма показательной в этом смысле является презумпция государственной собственности. История признания такой презумпции связывается с делом Симбирского губпродкома и гражданина Якунина. Суть этой презумпции заключается в том, что до тех пор пока иная принадлежность имущества не доказана, предполагается в качестве собственника этого имущества государство³. Это было закреплено пленумом Верховного суда РСФСР от 29 июня 1925 г., постановление которого так и называлось "О презумпции (предположении) права собственности государства на спорное имущество", указавшим, что всякое спорное имущество является государственным, поскольку у нас отсутствует институт приобретательной давности⁴. Презумпция государственной собственности обосновывалась тем, что во всех случаях бесхозяйности имущество переходит к государству⁵. Эта презумпция несомненно имела большое практическое значение в первые годы советской власти. Как указывает Я.Б. Левенталь, эта презумпция не потеряла своего значения и в последующие годы (в отношении трофейного имущества и т. п.)

См.: К. С.Юдельсон. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., "Госюриздат", 1951, стр. 255.

2См.: А. М. Гуляев. Русское гражданское право. С. —ПГ, 1913, стр. 166.

3"Еженедельник советской юстиции", 1924, стр.332-333.

4Б. Б. Черепяхин. (Приобретение права собственности по давности владения. "Советское государство и право", 1940,

Я 4, стр. 53) отрицал действие этого постановления.

5См.: К. С.Юдальсон. Цит. соч., стр. 256; см. также Я. Б. Левенталь. Цит. статья, стр. 5

и является одним из способов охраны государственной социалистической собственности. На иной позиции стоит К.С.Юдеясон, считающий, что эта презумпция в последующие годы сохраняется лишь в отношении бесхозяйного и выморочного имущества, в иных же случаях эта презумпция находится в противоречии с другой презумпцией - "добросовестно от и советских граждан". Автор высказывался за институт приобретательской давности, за презумпцию права собственности в пользу владельца¹. В порядке исключения, в тех случаях, когда отсутствуют прямые и косвенные доказательства права собственности на спорное имущество, допускал применение указанной презумпции и А. В. Венедиктов².

Нужно полностью согласиться с правильным утверждением, высказанным ранее Ю. К. Толстим, о том, что презумпция права государственной собственности не должна отрицаться, несмотря на сокращение сферы ее применения, что эта презумпция имеет не только процессуальное, но и материально-правовое значение. Суть этой презумпции состоит, по его мнению, в том, что она позволяет суду принять решение при отсутствии достаточных доказательств и невозможности восполнить собранные доказательства. Но такая оценка данной презумпции признает за ней все же процессуальный характер. Суть презумпции государственной собственности заключается, по нашему мнению, в предположении приобретения права собственности государством на имущество, если иной собственник на него не установлен в результате его отсутствия в течение определенного срока, неподтверждения права собственности в том числе правомерности его приобретения; для отказа от такового. Эта презумпция может быть опровергнута как в случае установления собственника, так и в случае отказа от принятия данного имущества со стороны самого государства. Такое понимание презумпции позволяет применить ее и при отсутствии собственника, и при его отказе от права собственности, и при неподтверждении этого права, в том

¹См.: К. С. Юдеясон. Цит. соч. , стр. 258,259.

²См.: А. В. Венедиктов. Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. М. -Л. , изд. АН СССР, БГ"Ч, стр. 144-145.

числе и при отказе от подтверждения своего права. Это согласуется с выводом Ю. К. Толстого о том, что непредставление стороной необходимых доказательств приведет к признанию государственной собственности на имущество¹. К такому выводу в отношении сферы применения данной презумпции пришел и акад. Л.В. Венедиктов, отметивший, что она применяется тогда, когда нужно найти при отсутствии доказательств правильное решение в отношении спорного имущества, т. е. действует в тех исключительных случаях, когда доказать принадлежность имущества нельзя, причем и госорган не освобождается от обязанности предоставления доказательств². Учёный ссылается на § 153 бывшего ГК Чехословакии, в котором указывалось, что при сошении вещь (если только она не личное имущество) предполагается социалистической собственностью (в том числе и кооперативной)³. А. В. Венедиктов считает, что данная презумпция относится как к бесхозяйному и выморочному имуществу, так и к любому спорному имуществу, в том числе и оказанную у фактических владельцев, но принадлежащего государству⁴. Так, например, если состоялось решение суда о передаче дома государству, но в течение 10 лет на баланс он не был взят, решение суда не исполнялось и бывший собственник оставался владельцем, право собственности все равно принадлежит государству.

Ряд ученых высказывается за необходимость представления со стороны государственных органов доказательств принадлежности имущества, иначе как отмечает О. С. Иоффе, следовало бы признать правильным вывод, что пока не будет иное доказано, вещи в квартире любого гражданина должны будут считаться государственной собственностью⁵. Но ученый не отрицает презумпцию государственной собственности, видя ее в преисцуществен

1См.: Ю. К. Толстой, Цит. соч. , стр. 128.

2См.: А. В. Венедиктов. Цит. соч., стр. 137,143. О. С. Иоффе подчеркивает недопустимость простой ссылки на эти презумпции без представления доказательств (см.: Гражданское право, "40 лет советского права", т. 2, изд. ЛГУ, 1957, стр. Г78).

3Я.Л.Штугин. (Цит. соч. , стр. 126) из ст. 28 Основ делает вывод о наличии г презумпции кооперативной собственности, но согласиться с этим нельзя.

4См.: А. В. Венедиктов. Цит. Соч., стр. 157,141.

5См.: О. С. Иоффе. "Ответственность по советскому гражданскому праву. Л. , изд. "ЛГУ", 1955, стр. 129.

ном положении государства, которому не нужно доказывать наличие у него права собственности, а лишь доказать отсутствие у другого субъекта данных о принадлежности спорной вещи, т.е. факта бесхозяйности (например, при изъятии бездокументных домов), причем "презумпция правомерности владения" в этом случае "парализуется презумпцией государственной собственности"¹. Как видим, здесь выдвигается новое понимание данной презумпции в виде преимущественного положения в споре. Как нам представляется, суть презумпции в признании приобретения права собственности на имущество государством, а не в установлении процессуального различия спорящих сторон в предоставлении доказательств. Именно как вывод из доказательства о бесхозяйности имущества следует предположение приобретения права собственности государством на основании презумпции государственной собственности - в этом ее суть. Государство в праве отказаться ввиду незаинтересованности от принятия как бесхозяйного, так и другого имущества, например, задавленного². Это опровергает данную презумпцию, но вряд ли право отказа от принятия и сама процедура обращения в собственность государства указанного имущества дают основание для отрицания предлагаемого понимания презумпции государственной собственности в отношении бесхозяйного имущества. По мнению Ю. К. Толстого, нельзя истребовать имущество как бесхозяйное, т.е. не принадлежащее государству и исходить одновременно из предположения, что имущество уже принадлежит государству. Истребование имущества именно и осуществляется на том основании, что такая презумпция о приобретении права существует, а процедура истребования дает возможность опровергнуть эту презумпцию. Существует шение, что презумпция действует не при признании имущества бесхозяйным, а при разрешении спора, в котором одной из сторон является государственная организация, причем в пользу этого говорит якобы факт спора, свидетельствующий о заинтересованности государства³. И хотя очевидно, что позиция не

1См : О. С. Иоффе. Цит. соч. , стр. 130

2 См.: Ю. К Толстой. Цит. соч., стр. 1В6.

3См.: Д. М. Генкин. Право собственности в СССР. М. , "Гьс- юриздат", 1961, стр. 221. Нельзя согласиться с автором и об ограничении объектов для применения презумпции.

которых ученых о наличии презумпции "бесхозяйности" спорного имущества- действительно лишена оснований, и хотя ясно, что нужно обходиться без сложных процедур, нельзя допустить, что только в споре государственных организаций с другими субъектами может быть применена данная презумпция, а если спор не возбужден, то презумпция не действует¹. В этом смысле представляет интерес судьба имущества, в свое время описанного и ученого при вынесении приговора по уголовному делу, но не принятого по какой-либо причине кредитором. Представляется, что суд, разрешая гражданский иск, должен решить вопрос и о праве собственности, лишив должника этого права на имущество. После приговора суда, в случае, если фактически акт передачи взыскателю не будет произведен, следует презюмировать приобретение права собственности на это имущество у государства² Презумпция совсем не означает, что бесхозяйное и выморочное имущество было уже государственным. Речь идет не о предположении принадлежности имущества, а о предположении приобретения права на это имущество, хотя статьи 145 и 147 в отличие от ст. 143 ГК РСФСР дают возможность утверждать, что существует даже презумпция принадлежности права собственности, поскольку неистребованное в срок имущество переходит к государству без всякого заявления его органов и согласия. Внесудебный порядок перехода имущества к государству установлен и в отношении неостребованных грузов. Аналогичным образом решается, например, вопрос и в ст. 179 ГК Польской Народной Республики в отношении недвижимости, от которой собственник отказался. В правовой литературе существует точка зрения, признающая автоматический переход "ничейного" имущества к государству. Эту точку зрения выразил, в частности, С. М. Корнеев. Ученый полагает, что государство всегда считается собственником имущества, у которого кет хозяина, без всякого предъявления иска. Имущества, никому не

¹См.В. П. Воложанин считает, что эта презумпция ограничивается случаями невозможности получения надлежащих доказательств (см. Цит. статья, стр. 197).

²См. статью автора - Неотвратимость взыскания ущерба по делам о хищениях социалистической собственности. "Вопросы уголовного права, прокурорского надзора, криминалистики и криминологии", Со. 3-4, Душанбе, 1971, стр. 103-105.

принадлежащего, *res nullius* - быть не может¹. Аналогичным образом государству принадлежат дикие звери, птица, рыба и т. п. , так как не допускается наличие ничейных вещей². И все же вряд ли можно предположить, что происходит механический переход права собственности, что государство приобретает право собственности при отсутствии интереса в этом имуществе, что может превратиться в *privilegium odiosum* ;но это свидетельствует о возможности опровержения презумпции. Предлагаемая выше конструкция этой презумпции представляется наиболее приемлемой, соответствующей всем нормам данного института. Кроме этого, предлагаемая конструкция исключает процессуальный характер данной презумпции³. Необходимо иметь в виду, что указанная презумпция (в предлагаемом ее понимании) не означает, что имущество уже является или даже предполагается государственной собственностью, иначе можно зайти в тупик и признать, что фактические владельцы лишены права пользоваться и распоряжаться находящимся у них любым задавленным имуществом без согласия соответствующих органов и заключенные сделки должны признаваться недействительными. Это экономически нецелесообразно и практически не осуществимо. Существует мнение, что дальнейшая судьба задавленного имущества граждан и кооперативных организаций зависит от его вида. Так, не могут быть у граждан средства производства, у тех и других не могут оставаться на праве собственности вещи, на обладание которыми необходимы правоустанавливающие документы (автомобили, дома и т. п.). Правда, поддерживающий эту, в принципе верную, точку зрения В.Чернов⁴ полагает, что и любое другое имущество может быть принято государством, но это трудно с точки зрения учета и индивидуализации, поэтому должники, к которым нельзя предъявить требования в связи с истечением срока давности, вправе этим имуществом владеть, пользоваться и распоряжаться,

¹См.: С. М. Корнеев. Право государственной социалистической собственности в СССР. Изд. МГУ, 1964, стр.77.

²См. там же, стр. 261.

Нельзя, конечно, отрицать, что, помимо определенных правовых последствий, эта презумпция регулирует и показательственную деятельность участников спора (см.: О.С.Иоффе,

М. Д.Шаргородский. Вопросы теории права. "Юрид, лит. , М. , 1961, стр. 264).

³См. : В. Чернов. Последствия кисти. "Советская юстиция" пропуска срока исковой дав- 1976, Л Т, стр. 13. Автор по-

как собственники, в последствие презумпции наличия права собственности у владельца. Этот вывод полон противоречий. Во-первых, практические трудности не дают оснований для юридического определения принадлежности имущества; во-вторых, презумпции права собственности владельца в советском гражданском праве не существует, поскольку нельзя говорить о высокой степени вероятности права собственности при владении; в-третьих, совершенно непонятно, как в данном случае может действовать указанная презумпция, когда ни у кого не вызывает сомнения, что владельцы задержанного имущества правом собственности не обладают. Прежде всего не должно вызывать сомнения, что приобретатели недобросовестные не могут быть признаны собственниками (даже если ими владение и пользование осуществляется, так как государство не производит акта приёма имущества). Но этим имуществом (конечно, в пределах установленного в республиках перечня или стоимости) они могут распоряжаться без соответствующего разрешения. О. С. Иоффе исключает из числа собственников и добросовестных приобретателей при безвозмездном незаконном приобретении или выбытии имущества от собственника помимо его воли, а также приобретателей государственного имущества и имущества социалистических организаций, но он полагает, что ГК даёт основание для признания в качестве собственников добросовестных приобретателей в других случаях¹. Из этого можно сделать вывод, что учёный связывает признание наличия права собственности с фактом юридической невозможности виндицирования имущества. О. С. Иоффе в принципе прав в отношении добросовестного приобретателя, но правовая норма требует уточнения. Если исходить из невозможности предъявления виндикационного иска, то это в равной мере можно отнести и к задавленному имуществу, но тогда фактически нужно будет признать наличие у нас института приобретательской давности. Допущенная собственником ошибка, приведшая к пропуску срока исковой давности, не может превращать несобственника в собственника.

Г См.: О. С. Иоффе. Обязательственное право, стр.210.

В последнее время один из сторонников презумпции государственной собственности Ю. К. Толстой отказался от своей позиции. Он указан, что эта презумпция, сыграв свою роль, должна уйти со сцены, что она не закреплена в законодательстве и руководствоваться ею не следует, несмотря на то, что в новейшей литературе (Ю. К. Толстой ссылается при этом на точки зрения В. А. Тархова, & К Бабаева и автора этих строк) существует и иной взгляд на этот счет¹. Действительно, прямо в правовой норме об этой презумпции не указано², как не было указано об этом и в прошлом, но эта презумпция косвенным образом фигурирует в нормах и отрицать это невозможно. Как правильно указывает В. А. Тархов, - эта презумпция настолько логически вытекает из действующего законодательства, что ни формальная отмена указанного постановления Пленума Верховного суда РСФСР 1925 г. , ни отсутствие его в иных союзных республиках ничего изменить не могут. "фи отсутствии у нас приобретательской давности и при наличии перехода к государству бесхозяйного имущества иное решение вопроса невозможно³. К этому трудно что-либо добавить.

В юридической литературе имеется точка зрения о существовании в нашем праве фактической⁴ презумпции законности владения. Правда, указывается, что эта презумпция не имеет ничего общего с общеобязательной презумпцией о том, что в отношении движимостей владение равнозначно правоснованию (ст. 2279 Французского Гражданского кодекса 1804 г⁵). в необходимости признания наличия фактической презумпции законности владения усматривают возможность для суда при ясности обстоятельств дела не ставить вопрос о праве, восстанавливая решением нарушенное владение⁶. В литературе отме

См. : Ю. К. Толстой. Анатолий Васильевич Венедиктов (1887- 1959). "правоведение", 1976, & I, стр.88.

2В ГК ВНР существует непосредственная норма — § Т76.

3В.А. Тархов'. Ответственность по советскому гражданскому праву. Изд. Саратовского университета, 1973, стр. 419.

4Полагают, что это даже не юридическая презумпция (см. : Б. Б. Черепяхин , Ю. К Толстой. Рецензия на монографию ДМ. Генкина, фаво собственности в СССР. "Сов. го суд. и право", 1952, Л 3, стр. 142).

5См.: Кодекс. "Госюриз дат", М. , 1941, стр. 448.

6См. : Ю. К. Толстой. Цит. соч. , стр. 208-210.

чалось, что лицу, оспаривающему правомерность владения, обосновать свой вывод легче, коль скоро у другого лица не сохранилось доказательство о приобретении спорной вещи. Отсюда делается вывод о наличии презумпции правомерности владения¹.

Но это только объясняет распределение бремени доказывания. Постановка данного вопроса мотивировалась в основном необходимостью защиты интереса владельца, ко в настоящее время ст. 197 ГК РСФСР защищает права титульного владельца, наряду с собственником, поэтому отпадает смысл в существовании данной презумпции. Но дело не только в этом. Правовые кормы не давали и не дают вообще оснований для прямого или косвенного вывода о существовании такой презумпции², что касается права суда в некоторых случаях не требовать те или иные доказательства, то это чисто процессуальный вопрос, вытекающий не из презумпции, а из убеждения суда по какому-либо конкретному делу, из совершенной ясности обстоятельств данного дела³ Поддерживая точку зрения О. С. Иоффе о признании права на имущество за добросовестным приобретателем, считая, как будет указано ниже, что в нашем праве существует и презумпция не опровержения добросовестности приобретателя, позволяющая расширить сферу применения выводов О. С. Иоффе, - мы в то же время полагаем, что в законодательном порядке должны быть регламентированы права других владельцев, которые не могут быть признаны собственниками, поскольку юридическое основание для этого отсутствует, а существует' лишь невозможность собственником из-за истечения срока истребовать это имущество. Мы считаем, что институт такого владения должен быть урегулирован. Это не только, как отмечено выше, установление ограничений для свободного распоряжения отдельными предметами, даже находившимися в личной собственности, но и разрешение ряда других вопросов. В частности, такого, например, как подлежат ли защите интересы такого владельца. Полагают, что

1См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, стр. 132.

2Такая презумпция установлена, например, в ст.341 ГК ПНР.

3См.: Ю. К Толстой. Цит. соч. , стр. 209.

даже у добросовестного владельца нет права на виндикационный иск¹. При всей принципиальной правильности этого вывода все же нельзя допустить анархию и, видимо, в какой-то мере владельческая защита в этих случаях должна быть допущена пока (или если) государственные органы не примут это имущество на свой баланс.

XXX

Одним из способов приобретения права собственности является наследование. Здесь мы также сталкиваемся с проблемой презумпции. Вопрос о презумпциях поднимается тогда, когда о принятии наследства или о его непринятии можно лишь сделать вывод из поведения наследника, в том числе и из молчания его в течение определённого срока² Нужно отметить, что в правовых нормах поведение наследника конкретизировано либо, как указано, молчанием, либо фактическим вступлением в наследственные права (ст. 546 ПС РСФСР). Фактическое вступление в права наследования должно быть осуществлено в течение шести месяцев со дня открытия наследства и может выражаться даже во вступлении во владение частью наследственного имущества, где бы оно ни находилось, Как правило, пропуск шестимесячного срока влечёт за собой утрату права на наследство. При непринятии наследства наследник может полностью уклониться от его принятия в течение указанного срока, не выразив намерения о принятии. Это создаёт неопределенность для других лиц, поэтому законодатель предусматривает необходимость, в случае отказа от наследства, подачи официального заявления. Однако, если и не считать, при отсутствии заявления, непринятие наследства в течение шести месяцев отказом от него, то последствия все равно (если нет отказа в пользу кого-либо) наступают одинаковые³, что позволяет при фактическом непринятии

¹См.: Б. Б. Черепахин, Ю. К. Толстой. Цит. рец., стр. 142.

²В молчании безусловно наличие воли, но нет ее положительного изъявления (см.: О. А. Фасавчиков. Юридические факты в советском гражданском праве. М., "ТосюризДат", 1958, стр. 100).

³См.: В. КДроников. Наследственное право Украинской ССР. Киев, Вища школа", 1974, стр.126-130.

наследства презюмировать отказ от него. Совершенно очевидно, что при фактическом принятии наследства отказ должен носить формальный, а не фактический характер¹. Таким образом, при принятии наследства, как одном из способов приобретения права собственности, мы сталкиваемся с двумя презумпциями:

1) презумпцией принятия наследства и 2) презумпцией отказа от наследства. Первая презумпция заключается в том, что фактическое вступление во владение наследственным имуществом предполагает добровольное принятие наследства². Вторая презумпция заключается в том, что (фактическое несовершение действий, свидетельствующих о принятии наследства, в течение шести месяцев с момента его открытия предполагает отказ от наследства. Существование в прошлом кодексе ст. №9 (присутствующий в месте открытия наследства наследник, не заявивший в течение трех месяцев об отказе, считается принявшим наследство) породило утверждение о том, что это положение представляет из себя законную и притом неопровержимую презумпцию³. Это встретило не только критику неопровержимости, но и вообще непризнание наличия презумпции. В этом случае, как полагают, имеет место придание законом молчанию юридического значения, акта волеизъявления⁴. И хотя новое законодательство в этом вопросе принципиально отличается от предшествующего, указанные утверждения, по всей видимости, могут относиться и к ст. 5-46 ГХ. Согласиться, однако, ни с первой, ни со второй точками зрения нельзя. Презумпция принятия наследства опровергается, в частности тем, что можно доказывать отсутствие фактического вступления во владение, как, например, в том случае,

¹Интересно, что согласно § 2 ст. 1015 ГК ПНР неподача наследником заявления в установленный шестимесячный срок, наоборот, "равнозначна принятию наследства" (см.: Кодекс, изд. "Прогресс", М., 1966, стр. 341).

²См.: П.С.Никитюк. Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев. "Штиинца", 1973, стр. 183.

³См.: Я.Б.Левенталь. Цит. статья, стр.62.

4См.: К. С. Юдельсон. Цит. моногр., стр. 267.

если наследники продолжают и после смерти наследодателя пользоваться предметами домашней обстановки, что еще не свидетельствует о совершении ими акта принятия наследства¹. Опровержение этой презумпции может быть произведено и специфическим способом путем отказа от получения имущества на правах собственника², путем совершения акта дереликции, хотя это не освобождает наследника от ответственности по долгам наследодателя³. Опровержение второй презумпции вытекает из ст. 547 ГК (при уважительности пропуска срока). Кроме этого, может быть доказано, что отказ был сделан под влиянием воздействия на волю отказавшегося наследника⁴. Ошибочен вывод об отсутствии вообще в подобных случаях презумпции. Но этому вопросу Б. С. Антимонов и К. А. Граве дискутируют с К. С. Юдельсоном, указывая, что, если закон придает значение бездействию, то оно происходит из того, что лицо было осведомлено о последствиях, либо может быть о них осведомлено. Но нельзя отрицать и случаев, когда наследник может об этом не знать, иначе была бы фикция изъяснения воли⁵. Правовая норма допускает два способа принятия наследства (фактическое вступление во владение и подача заявления) и по существу два способа отказа от наследства (не совершение действий по принятию в течение 6 месяцев и подача заявления об отказе). Это значит, что допускается как прямое, так и косвенное установление этих фактов. Но означает ли косвенное признание принятия или отказа от наследства их фактическое существование? Видимо, нет. Совершенно очевидно, что истечение срока еще не говорит о том, что наследник знал и мог знать об открытии наследства, что он не был лишен возможности принять наследство⁶. А раз так, то факт

1См.: В. К. Юртин. Цит. соч., стр. 128.

2См.: В. Л. Воложанин. Цит. соч., стр. 191.

3См.: П. С. Никитюк. Цит. соч., стр. 188-191.

4См.: В. И. Сербуровский. Фактическое непринятие наследником наследства и отказ его от наследства "Правоведение" 1972, * 3 стр. 53.

5См.: Б. С. Антимонов, К. А. Граве. Советское наследственное право. М., "Госюриздат", 1955, стр. 201.

6 См.: Е. А. Мальцев) Некоторые вопросы восстановления срока для принятия наследства Сборник ученых трудов Свердловского юридического института, вып. 15. "Проблемы процессуального права", Свердловск. 1973, стр. 117. См. так же Б. С. Антимонов, К. А. Граве. Цит. соч., стр. 217.

отказа от принятия наследства выводится не из убеждения, а из предположения, хотя и не лишённого высокой степени вероятности. Кстати, в любом молчании, которому придается юридическое значение, имеется только определенная вероятность, а учитывая известность дня молчавшего юридических последствий - высокая степень вероятности. Поскольку фактическое вступление во владение¹ многими оценивается по совершению различного рода действий (владение любой частью и в любой форме), а по мнению некоторых ученых вообще - по совершению конклюдентных действий (предъявление иска, управление имуществом и т. п.)², то определенная вероятность принятия наследства также в этих случаях остается и юридическое принятие наследства поэтому презюмируется. Вряд ли можно согласиться с мнением, что предположительное принятие превращается в окончательное, если не произошел прямой отказ³. Дело здесь в отсутствии абсолютной убежденности, которая не наступит и при истечении срока для отказа. Высказывается мнение, что необходимо перейти от "системы принятия" наследства к "системе отречения", что поставит наследников в равное положение и наилучшим образом защитит их интересы в трудный момент жизни⁴. Предлагаемая система - тоже строится на презумп-

1А. И. Барышев. (Приобретение наследства в СССР. М., "Юрид. лит.", 1960, стр. 27) считает, что для отсутствующего субъекта нет презумпции; Б. С. Антимонов и К. А. Граве (цит. соч., стр. 205) полагают, что и отсутствующий наследник вправе вступить во владение. Ныне правовая норма такого различия не делает.

2См.: О. С. Иоффе. Советское гражданское право, ч. 3, изд. ЛГУ, 1965, стр. 323. Т. Чепига считает, что даже наличие сберкнижки на руках является доказательством принятия наследства. ("Советская юстиция", 1970, X 6, стр. 16). В юридической литературе высказывается мнение, что независимо от совершения волевых действий члены семьи, проживавшие с умершим, должны считаться принявшими наследство. (См.: Гражданское правовое положение личности в СССР, изд. "11 а-ука", М., 1976, стр. 293).

3См.: А. И. Барышев. Цит. соч., стр. 20.

4См.: Гражданское правовое положение личности в СССР, стр. 255-296. Это предложение подвергается критике (см. рецензию кафедры гражданского права ЛГУ. «Советское государство и право», 1976, X 9, стр. 150).

ции - презумпции неотречения, которая может быть опровергнута со ссылкой на указанные выше обстоятельства.

В наследственном праве иногда указывается и на наличие других презумпций. Так, А. Шпунар исследует презумпции, имеющиеся в ст. 1025 к 102Й ГК ПНР. В ст. Ю25(§ 2) речь идет о том, что о лицо при подтверждении факта приобретения наследства предполагается наследником, презюмируется также равенство частей при наследовании несколькими лицами. Автор называет предположение в §2 арт. 1025 ГК ПКР презумпцией законности признания наследования¹.

XXX

В юридической литературе высказано мнение, что существует презумпция общей собственности имущества супругов²". Эта точка зрения встречает возражение, поскольку в правовой норме общность имущества супругов не предполагается, а предусматривается. Однако КС. Юдельсон считает, что презумпция об общности собственности все же применяется, когда возникает спор о режиме собственности супругов³. Для признания наличия такой презумпции правовых оснований нет, но презюмируется согласованность действий по распоряжению общей собственностью⁴. Это особенно важно, когда происходит распоряжение вкладом в сберегательной кассе, поскольку лицевой счет открыт на имя одного из супругов. Представляется, что необ

¹См.: Adam dzpunar. Domniemanie v/ini Kajgce ze st'dera-zeiia nabucia spadku, "Panstwo x prawo" 1968, № 3, стр. нсУ-426.

²Речь идет об общей совместной собственности, понятие которой дано в ст. 116 ГК РСФСР, однако общая совместная собственность супругов подвергнута детальному нормированию в семейно-брачном законодательстве. Включение в настоящую работу связанных с этой собственностью презумпций продиктовано исключительно их сходством с некоторыми гражданско правовыми материальными презумпциями, желанием целостного исследования данной проблемы. Некоторые семейно-правовые презумпции будут еще проанализированы ниже.

³См.: КС. Юдельсон. Цит. соч. , стр. 26С.

⁴Существует также презумпция, что глава колхозного двора действует с согласия всех его членов. Презумпция согласованности при распоряжении имуществом не применяется к сделкам со строениями. Презумпция согласованности, как правильно указывает В. П. Никитина (см. : Имущество супру-

ходимо указывать при открытии лицевого счета наличие супруга и установить порядок, когда бы снятие денег, начиная с определенной суммы, производилось с письменного согласия супруга. Это исключило бы ущемление его имущественных прав, особенно при осложнении семейных отношений¹. Кстати, сомнительна возможность распоряжения на весь вклад в сберегательной кассе (банке) на случай смерти, без учета общей совместной собственности супругов, даже если и имеется право оспаривания этого распоряжения другим супругом. Безусловно, прав В. К. Дрокаков, считающий, что существует презумпция о принадлежности вклада к совместному имуществу супругов²". Имеется, правда, распространенное мнение о том, что указанное распоряжение является не завещанием, а договором в пользу третьего лица. В этом случае должна презюмироваться согласованность действий супругов, что, однако, не должно исключать юридического оформления акцента супруга-вкладчика на таком распоряжении по причинам, указанным выше.

Следует, видимо, уточнить редакцию ст. 23 КоБС РСФСР. Необходимо различать обязательства по управлению совместной собственностью и по осуществлению других имущественных прав супругами³, как участниками гражданско-правовых отношений. В первом случае действует (кроме установленных и предлагаемых, с учетом размера сделок и распоряжений, исключений) презумпция согласованности воли супругов. Ст. же 25 в существующей редакции относится ко второму случаю и идет к указанным выше исключениям, иначе рухнет презумпция со

тов. Саратов, 1975, стр. 50,51), должна подучить закрепление в законе.

В литературе правильно отмечается, что при необычности совершаемых сделок, чрезмерности или несуразности расходов распространение правила о презумпции согласованности недопустимо (см.: К. А. Граве. Имущественные отношения супругов. М., 1961, стр. 46). Конечно, требование обоюдного согласия супругов независимо от суммы распоряжения вкладом абсурдно; 1 (см.: А. Б. Изера. Право общей совместной собственности по советскому законодательству Автореф., канд., дис., Киев, 1976, стр. Л).

См.: В. Г. Дроняков. Пит. соч., стр. 57

5См.: О. С. Иоффе, Советское гражданское право. ЛГУ, 1965, стр.,-),

гласованности и усложнится порядок оформления даже незначительных сделок. Следует выделить также ответственность по личным обязательствам (личным донгам), правонарушениям и общим обязательствам, совершаемых одним из супругов. Вряд ли, однако, можно согласиться с тем, что общие долги возникают лишь при совместно созданным супругами сделкам¹. Необходимо отметить, что сама общая совместная собственность супругов, не является презумпцией², основана на презумпции равноценности участия супругов в создании этой общей собственности, независимо от того, что один из них получает меньшую зарплату, по занят воспитанием детей и ведением домашнего хозяйства., Презумпция равного участия, правда, может быть опровергнута (при отказе одного из супругов участвовать в общественно-полезном труде, при длительном совместном не проживании и т. п.), если же она не опровергается, то нужно исходить из равного участия, т. е. из общности имущества супругов, а при разделе имущества из равенства их долей. Эта презумпция включает в себя и презумпцию общности "приобретений", поскольку в случае спора супруг-вкладчик должен будет доказывать отсутствие общего участия в образовании вклада"³.

На презумпцию указывают и при переходе права собственности в авторском праве, в частности, в соответствии со ст. 513 ГК РСФСР (на произведения изобразительного искусства, созданные по заказу). В отношении оригинала действует якобы общая презумпция перехода права собственности к заказчику, Если произведение заказано для воспроизведения в печати, то все зависит от характера отношений между сторонами: при наличии издательского договора действует, как утверждают, обратная презумпция - сохранения права собственности на оригинал за автором⁴. Несмотря на то, что в данном случае как бы сливаются правоотношения собственности и авторские правоотношения, нет все же никаких оснований для вывода о наличии презумпции, а тем более об обратной презумпции, поскольку норма устанавливает, а не предполагает с момента создания оригинала переход права собственности. Ведь нельзя же выводить наличие презумпции, исходя из диспозитивности нормы.

§ 2. Презумпция добросовестности приобретателя.

Наконец, еще об одной презумпции, связанной с защитой права собственности. Речь идет о презумпции добросовестности приобретателя. Согласно ст. 152 ГК РСФСР приобретатель признается добросовестным, если он не знал и не должен был знать о приобретении им возмездно имущества у лица, которое не имело права это имущество отчуждать. В силу этой законной презумпции, как утверждают в правовой литературе,

недобросовестность доказывается собственником, наоборот, при выбытии имущества помимо воли собственника существует противоположная презумпция - недобросовестности приобретателя¹ Правда, отмечалось, что в правовой норме (речь шла об аналогичной норме ранее действовали его ГК РСФСР)² не устанавливалось, кто несет последствия недоказанности добросовестности или недобросовестности приобретателя, но совершенно ясно, что неустановление добросовестности приводит к отрицательным последствиям для субъекта. , Признание презумпции добросовестности приобретателя прежде всего обуславливалось общими принципами и недопустимостью ставить под сомнение гражданский оборот. Юридических же оснований в правовых нормах не было. Правда,

Б. Б. Черепухин ссылается по аналогии на примечание к ст.98 действовавшего ПС РСФСРно это примечание говорит о предположении недобросовестности приобретателя имущества, снабженного знаками залога, т. е. о конфетном случае, и из него нельзя делать общий противоположный вывод. С мнением Б.Б.Черепухина солидарен и Ю. С Толстой, также считающий, что в советском праве действует презумпция добросовестности приобретателя и таковым он признается до тех пор, пока его недобросовестность не будет¹ доказана. Правда, Ю. К Толстой считает, что эта презумпция действует тогда, когда недобросовестность приобретателя не будет, несмотря на все усилия, доказана в судебном процессе, хотя, как правило, добросовестность или недобросовестность устанавливаются¹. Иными словами - сомнение должно расцениваться в пользу приобретателя на основании презумпции его добросовестности. В правовой литературе можно встретить высказывания против деления приобретателей на добросовестных и недобросовестных, якобы характерного только для буржуазного гражданского оборота в принципе недобросовестного. Указывалось, что у нас нет конкурентной борьбы, что наш оборот добросовестный; такое деление не к чему и должна существовать презумпция добросовестности. Вывод - должно быть не только снято деление, но и ограничения виндикационного иска² Д. М. Генкин подчеркивал, что гражданское право охраняет¹ и интересы собственника, если вещь вышла из обладания помимо его воли, но оно охраняет и интересы добросовестного приобретателя, когда вещь вышла из обладания по воле собственника. Автор указывал, что подход к добросовестности владения в условиях войны имеет особое значение[^] в освобожденных местах признается презумпция недобросовестности приобретения. На это обращал внимание и Г.Н. Амфитеатров. Он приводит примеры, связанные с перегоном скота, отмечая, что только в тех случаях, когда продажа была вынужденной, вопрос о недобросовестности снимается,

так как продажа правомерна[^]. В литературе обсуждался вопрос и о небрежности применительно к поведению добросовестного приобретателя.

1См.: Ю. «Толстой. Пит, соч. , стр. 120.

2См.: А. Годес. Защита права личной собственности в СССР. "Советская юстиция", 1938, № 10, стр. 5.

3См. : Л. М. Генкин. Великая Отечественная война и вопросы гражданского права. "Уч. зап. ВШЮН", вып. 3, М. , "Госюр- из дат", 1944, стр. 28; См.: Г. Н. Амфитеатров. Война и вопросы виндикации, те же "Уч. зап. , стр. 49. См.: А. Е. Венедиктов. Гражданско правовая охрана социалистической собственности в СССР, АН СССР, М.-Л. , 1954, стр.Ц8.

приобретателя. При этом, большинство авторов в исследовании за разграничение в этом случае грубой небрежности от простой неосмотрительности, за признание добросовестности приобретения при простой неосмотрительности в обороте. Ю. К. Толстой отмечает, что при оценке добросовестности приобретателя); необходимо исходить из сочетания субъективных и объективных критериев - учитывать условия и конкретную обстановку приобретения вещи и личные качества приобретателя¹, Объективные критерии позволяют дать оценку действиям приобретателя, определить его возможности, но все же для причисления его к добросовестному или к недобросовестному нужно установить субъективные моменты: знал ли приобретатель, должен ли бы он знать, что совершает неправомерное действие, приобретая вещь от того лица, которое не имело права на отчуждение этой вещи. Иначе нужно выяснить допущены ли приобретателем умысел или неосторожность², Следует отметить, что не все ученые разделяют точку зрения на то, что только грубая неосторожность свидетельствует о недобросовестности. В частности, такого мнения придерживаются Г.Н. Амфитеатров³, Р. О. Халфина⁴ и другие. За признание любой степени к формы вины при оценке добросовестности высказался и А. Л.Брошенке, считающий, что неосведомленность приобретателя об отсутствии у отчуждателя права на реализацию позволяет признать его недобросовестным⁵. Приобретателя предлагается считать недобросовестным в тех случаях, когда он получил повестку по иску собственника о возврате имущества, причем Л. У- Генкин исходит в данном случае из презумпции, что виндикационный иск собственника будет удовлетворен⁶. Однако вряд ли есть

1См.: Ю. К. Толстой. Цит. соч. , стр. 120-122.

2См.: О. С. Иоффе. Советское гражданское право. М. , "Юрн. лит. " 1967, стр. 477.

3См.: Г.Н.Амфитеатов. Вопросы виндикации в советском праве. "Советское государство и право", 1941, Л 2,стр.

4См.: Р. О. Халфина. Право личной собственности. М. "Наука", 1964, стр. 127.

5См.: Л. К. Ерощенко. Личная собственность в гражданском праве. М. , "Юрид. лит.", 1973, стр. 176,177,.'

6См.: Д. М. Генкин. Цит. соч., стр. 185.

основания для такого предположения, как вряд ли есть основания считать приобретателя недобросовестным только потому, что им подучена повестка.

В ст. 152 ГК РСФСР не презюмируется ни добросовестность, ни недобросовестность владельца. На первый взгляд нельзя сделать вывод и о наличии в этой статье косвенной презумпции. Но все не следует согласиться с Д. К. Толстым о том, что возможны ситуации, которые так же как и отсутствие или наличие вины нельзя будет ни установить, ни опровергнуть. В такого рода ситуациях нужно все же прийти к какому-либо выводу. Но если некоторые правовые нормы, не говоря прямо о предположении, указывают на то, что вывод определяется в результате того, что противоположный не доказывается, то в ст. 152 об этом ничего не говорится. Однако неполнота реакции нормы не должна препятствовать доктринальному ее толкованию, если это требует практика, не должна отвергаться и возможность ее совершенствования. О том, что признание недобросовестности владельца вопрос весьма сложный, свидетельствуют противоречивые точки зрения ученых, с несомненными трудностями сталкивается и практика. Об этом говорят споры, которые возникали по вопросу возвращения скота, незаконно отчужденного во время эвакуации. В специальном постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 22 апреля 1942 г. указывалось на то, что обстановка продажи скота исключала возможность добросовестного заблуждения, поэтому приобретатели, как правило, не могли признаваться добросовестными. Пленум Верховного суда в данном постановлении исходил из презумпции недобросовестности приобретателя¹. По поводу этого постановления в литературе обычно ведется

дискуссия лишь в отношении того, действует ли здесь презумпция недобросовестности или добросовестности. Одни авторы считают, что и в этом постановлении презумпция добросовестности не колеблется, другие шдят здесь исключение, поскольку в такого рода "коровьих делах" (как их называли) проявлялась не только специфика обстановки, но и определенность функций продавцов как погонщиков скота². Кроме

¹См.: К. С. Ю дел ь сон. Цит. соч. , стр. 261.

²См. там же, стр. 26 3.

этого, совершенно очевидно, что если критерием добросовестного приобретателя указывается его незнание о неправомерности приобретения, то подразумевается возможность опровержения (неустановления) этого субъективного момента . Вряд ли заслуживает внимания довод, что презумпция добросовестности вытекает из оценки общей и принципиальной порядочности приобретателя и целесообразна с точки зрения интересов торгового оборота. С этим никто и не собирается спорить. Но тогда чем объяснить "презумпцию вины" при решении вопроса об ответственности по обязательствам? Наверное также недопустимо считать всех виновными. Нам могут возразить, что при вине речь идет уже об ответственности, но и при предъявлении виндикационного иска речь идет об обязанности безвозмездного возврата вещи, И в том и в другом случае решение вопроса заранее, не predetermined. Для того, чтобы разрешить эту проблему, нужно прежде всего выяснить, на каком основании делается вывод о том, что собственник должен доказать недобросовестность приобретателя¹. В правовой норме не было и нет никакого указания на *onus probandi*. Вообще возникает вопрос: как практически можно во всех случаях доказывать собственнику психическое отношение приобретателя к факту покупки? Иногда по обстоятельствам дела это очевидно, но далеко не всегда. Значительно легче свою добросовестность доказать приобретателю², конечно, при активности и другой стороны, и суда. В этом принципиальная отличительная особенность установления истины в советском процессе, но это уже вопрос процессуального права. Что же касается данной материально-правовой презумпции, то она должна ответить на вопрос о возможности

безвозмездного изъятия вещи в случае неустановления как добросовестности приобретателя, так и его недобросовестности. Мы полагаем, что в данном случае правильнее говорить о презумпции неопровержения добросовестности приобретателя. Именно такой вывод можно сделать из

1См. : К. С.Юдельсон, там же, стр. 260.

2Можно по аналогии сослаться на высказывание Н. С, Мал ей- на по

поводу того, что и кредитор не располагает- вещи данными для установления вины, поэтому и возложено в обязательственном праве, с целью установления оавенст-

редакции ст.152 ГК: если имущество... приобретено... о чем приобретатель не знал и не должен был знать. Это "если" относится и к возмездному приобретению и к лицу, которое неправомочно было на отчуждение, и к незнанию приобретателя.

Все эти обстоятельства в равной мере берутся условно, допуская иной вариант, причем как условие в правовой норме берется не недобросовестность приобретателя, а его добросовестность, его незнание. Поэтому мы и должны прийти к выводу, что в данном случае налицо косвенный вид, причем особый - скрытый вид презумпции неопровержения добросовестности приобретателя, как предположение того, что условие, данное в гипотезе нормы (если приобретатель не знал и не должен был знать), не будет опровергнуто. Это предположение влечет за собой определенные последствия: в случае неопровержения добросовестности - собственник лишается права на истребование имущества. Нужна ли какая-либо еще презумпция, например, презумпция недобросовестности, в случае, когда имущество выбыло из владения собственника или титульного владельца помимо их воли? Надобности в такой презумпции нет, поскольку здесь достаточен лишь факт выбытия имущества помимо воли, чтобы наступило право на его истребование от добросовестного и недобросовестного приобретателя, не случайно поэтому о существовании такой презумпции в косвенном и даже в скрытом виде нельзя сделать вывод из анализа от. 152 ГК РСФСР.

Непосредственно к этому вопросу примыкает вопрос о недобросовестности третьего приобретателя, приобретшего имущество от наследника лица, объявленного умершим¹. О такой недобросовестности можно говорить, если этот приобретатель знал или должен был знать о том, что лицо, признанное умершим, в действительности находится в живых (ст. 22 ГК РСФСР).

ва сторон, доказывание отсутствия вины на должника (см. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. Изд. "Наука", У., 1968, стр.76).

И Поворот права собственности в этом случае основан на опровержимости презумпции о смерти (см.: Г. Амфитеатров. Институт безвестного отсутствия в нашем праве. "Социалистическая законность", 1946, № 7-8, стр. 18). Автор не очень точен, говоря и об условности этой презумпции.

Можно согласиться с мнением, что в этом случае такой приобретатель принимает на себя риск возможного возвращения такого лица¹, хотя, видимо, справедливо было бы при подобных обстоятельствах отменить безвозмездное изъятие имущества в пользу явившегося, фи этом, видимо, возможен и учет причин отсутствия лица, объявленного умершим и явившегося после этого, и то, что продажа имущества была правомерной.

В примечании к ст. 98 ранее действующего ГК РСФСР была прямая презумпция, выражающаяся в том, что приобретатель имущества, снабженного знаками залога, предполагается недобросовестным. На эту презумпцию обратил внимание Б. Б. Черепакхин² В новом гражданском кодексе аналогичная норма отсутствует. Вместе с тем презумпция содержится в ст. 198 ГК РСФСР, относящейся к заложенному имуществу. Это презумпция неопровержения ненадлежащего содержания заложенного имущества залогодержателем. Если заложенное имущество оказалось утраченным или испорченным, то возникает ответственность залогодержателя при условии наличия его вины в несохранности. Эта вина может быть опровергнута, но если опровергнуть вину не представляется возможным, хотя и нельзя доказать ее безусловное наличие, ответственность наступает на основании указанной презумпции³.

§ 3. Презумпции перехода права собственности⁴

Особые споры вызывает вопрос о переходе права собственности (Справа оперативного управления) в тех случаях, вгда такой переход связан не с непосредственной передачей вещей, а со сдачей их для передачи другим лицам (перевозчику, органу связи). Дало в том, что в подобных случаях допустима неправомерность отправки, либо обоснованный отказ от принятия

имущества. В ст. 30 Основ гражданского законодательства и в ст. 135 ГК РСФСР предусматривается, что право собствен

1См. : А. К Юрченко. Цит. соч. , стр. 84.

2См.: Б.Б.Черепяхин. Виндикационные иски в советском праве. "Уч. зал. Свердловского юрид. инст. ", стр. 42.

3Подробно о презумпциях ответственности см. в след. гл.

4Название условно,"ибо при приобретении права собственности (§ I)

речь, конечно, шла о переходе этого права.

ности возникает у приобретателя в момент передачи вещи. При отсутствии обязательства доставки сдача перевозчику или органу связи 'пр зашивается к передаче. Большинство ученых полагает, что акцепт счета, возможность переадресовки груза в пути, оплата продукции не имеют самостоятельного значения для определения момента перехода права оперативного управления¹. З. Г. Крылова доказывает пре имущество возложения зава собственности (оперативного управления) на покупателя с момента отгрузки. Она не соглашается с мнением о том, что при отгрузке незаказанной продукции право собственности не переходит на покупателя, а остается у поставщика. З. Г. Крылова обращает внимание на то, что поставщик может добросовестно заблуждаться в правильности отгрузки и совершенно не ясно, кто же должен считаться собственником, если груз в пути будет полностью утрачен, и несоответствие его договорным условиям, следовательно, установить будет нельзя. Автор полагает, что все случаи отгрузки означают переход зава собственности на покупателя, но отказ покупателя от зодукци означает отказ от зава собственности, " поворот" этого права, "возврат" его с момента отказа к поставщику, если этот отказ завомерен. До разрешения спора презюмируется, что покупатель передал дальнейшее распоряжение грузом поставщику, но это может быть опровергнуто арбитражем². З. Г. Крылова ссылается на транспортные нормативные акты, оставляющие за грузоотзавителем заво распоряжения грузом в пути (переадресовка его и т. и.). Автор считает ошибочным мнение М. А. Тарасова, полагавшего, что это означает сохранение права собственности за грузоотправителем в течение всего периода

транспортировки, здесь она видит несомненную коллизию законодательства, объясняя ее тем, что между грузоотправителем и транспортным органом в период транспортировки продол

1См.: М. Г.Масевич. Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. Алма-Ата, 1964, стр. 158.

2См.: З. Г. Крылова. О моменте перехода зава собственности (права оперативного управления) по договору поставки- Вопросы советского государства и зава". Иркутск,

жают сохраняться отношения, вытекающие из договора перевозки¹. эти же мысли высказывает автор и в других своих работах².

Необходимо подчеркнуть, что далеко не всегда правомерно отгруженная продукция не будет принята получателем. Получатель вправе принять досрочно поставленные ему товары или поставленные в несогласованном ассортименте. Он может просто не заактировать вовремя нарушения или неправильно оформить приемку. Наконец, даже оплата продукции отнюдь не означает согласие на ее приемку. Покупатель вправе потребовать возврат оплаченных денег в течение срока исковой давности, он вправе вообще оплачивать стоимость товаров после приемки по качеству, если установлено, что поставщик в отношении качества неоднократно проявлял недобросовестность. Покупателю предоставлено право в без акцептном порядке взыскивать стоимость товаров, оказавшихся недоброкачественными или постав- ленндаи в несоответствующем ассортименте. Ни о какой "неповоротности" не может быть, следовательно, речи. Совершенно очевидно, что момент так называемого "поворота" права собственности совсем не связывается ни с моментом акцепта, ни с моментом оплаты, ни с моментом получения груза. Очевидно также, что если будет доказана неправомерность отгрузки, нарушение договорных условий, происшедшие по вине грузоотправителя, то убытки будут возложены на него, независимо от первоначальной оплаты груза получателем. Но должны ли сами по себе отказ от оплаты или требование о возврате оплаченных сумм означать "поворот" права собственности? "Поворот" этот может быть таким же неправомерным, как и отгрузка вопреки условиям договора"³. Поэтому нельзя допустить,

чтобы до разрешения спора в арбитраже (третейском суде) или по взаимному согласию сторон право собственности (оперативного управления) не при

1См. : З. Г. Крылова. Цит. соч. , стр. 14-16.

2См.: З. Г. фьюова. Исполнение обязательства поставка. Автореферат докторской диссертации. М. , 1968, стр. 26.

3См»: А.В.Жгунова. О правовой природе правомочий поставщика после отгрузки продукции покупателю. "Проблемы гражданского права и процесса". Иркутск, 1970, стр. 36,37.

надлежало ни одной из сторон, либо необосновано переносилось на ту или иную сторону. Отсюда в том случае, когда договор между поставщиком и покупателем завлечен, либо имеется иное юридическое основание к отгрузке и если не установлен иной порядок, презюируется, что право собственности (оперативного управления) переходит на получателя с момента осуществления действий, приравненных к передаче, а точнее, свидетельствующих об исполнении обязательства (сдача транспортному органу, почте и т. п.)¹, Ст. 30 Основ гражданского законодательства, как правильно отмечает А. В. Жгунова², допускает диспозитивное решение вопроса в отношении момента перехода права собственности. Правда, автор отсюда делает вывод о сохранении права собственности за поставщиком. Мы же полагаем, что данная норма дает основание признать наличие здесь иной конструкции - презумпции перехода права собственности. Совершенно очевидно, что возможность отказаться о[^] получения имущества, допустимость сшиб очной отгрузки позволяют не утверждать о безусловном переходе права оперативного управления (собственности) на получателя, а лишь предполагать с достаточно высокой степенью вероятности, что это право перешло, что правомерность передачи права не будет опорочена. Если договор не заключен (отгрузка без договора в адрес посторонней организации), то до его заключения не может быть никакой речи о перенесении на покупателя по до-говору поставки или купли-продажи права собственности, поскольку нет еще самого договора. Только акцепт получателя (оплата при других формах расчетов) будет означать, что он согласен с отгрузкой и считает себя в договорных отношениях с

поставщиком, хотя это и не исключает оспаривания данного факта в дальнейшем. Данная конструкция не находится в противоречии со ст. 30 Основ. Что же касается допущенных по

1 Совершение этих действий поставщиком предполагает также исполнение их обязанности по договору поставки (см. : Договор поставки продукции социалистических предприятий. Изд. Иркутского университета. Иркутск, 1974, стр. 183). Следует, однако, подчеркнуть, что предположение по выполнению обязательства поставки относится не к самому факту отгрузки, а к надлежащему выполнению обязательства

2 См.: А, В.Жгукова Цит. статья, стр. 32,33

поставщиком отклонений от условий заключенного договора по количеству, качеству, ассортименту, срокам и т. п. , то они не влияют на момент перехода права собственности (оперативного управления), с которого презюмируется этот переход, поскольку это уже относится к вопросу о надлежащем или ненадлежащем исполнении договора. Покупатель может лишь поставить вопрос об отказе от принятия груза, т. е. об опровержении презумпции. Поставить вопрос об опровержении презумпции может и грузоотправитель путем дачи указания перевозчику о переадресовке (изменении получателя) или путем возбуждения спора об ошибочности отгрузки. Момент отгрузки означает возникновение презумпции перехода права собственности не на грузополучателя по договору перевозки, а на приобретателя по основному обязательству (договору поставки, контракта, к ухи-продажи). В том случае, когда получатель-покупатель отказывается принять отгруженную во исполнение договора продукцию от органов транспорта (когда это предусмотрено в законодательстве) или оплатить ее, он все равно презюмируется собственником до окончательного решения вопроса. Никакого "поворота" права собственности не происходит, а ответственное хранение отнюдь не означает механическое изменение собственника, оно лишь предусматривает запрещение получателю использовать эту продукцию. В этом важное практическое значение данной теоретической конструкции. Что же касается возложения обязанности распоряжения грузом при ответственном хранении на поставщика, то такая обязанность возникает лишь при правомерности ответственного хранения, когда продукция действительно поставлена вопреки условиям договора. Но

коль скоро поставщик признал обоснованность отказа от приемки груза ши, при наличии спора, к такому выводу придет арбитраж, следует считать, что приобретатель отказался от своего права собственности (оперативного управления) правомерно. Необходимо отметить, что согласно ст. 136 ГК РСФСР к передаче вещей приравнивается и передача распорядительного документа на вещи. В данном случае безусловно также имеет место презумпция перехода права собственности (оперативного управления).

ГЛАВА IV. Презумпции как предпосылки граждане к о правовой ответственности

§ 1. Презумпция неопровержения вины.

Многие годы в цивилистической литературе шла острая дискуссия по поводу признания я качестве необходимого условия го аж дан с ко право вой ответственности вины или факта причинения» особенно это относилось к правонарушениям. Приверженцы принципа причинения в советском праве утверждая и, что ст. 03 действовавшего ГК строится на принципе причинения и лишь сожалели» что он не выдержан до конца и вторая часть статьи сводит на нет жесткую < ответственность» вводя вину по закону Аквилля, В ото и даже видели органический порок ст. 403*. Дя оправдания ответственности за причинение выдвигалось объяснение о действии и своих реааьнк интересах, даже для любознательности. В. К Гомберг приводит пример з разбитой книжной вктршой, на кото- руно причинять смотрел из-за любознательности» он должен поэтому нести риск, хотя' и владелец книг поставил юс в своих интересах, В данном случае у аричквитеая имеется только риск и нее надобности фингировать, ища презюмированную вину» утверждая» что причинитель виновен в неосмотр ят ел ьноствя". рз- дакця от» оОЗ ГК давала возможность утверждать, что в деошкт- инх, об нэ ас а:і яствах по советскому праву пр нм ейве-тсся все ,v,e не принцип причинения» а вран им п шик"*. В последующий период этот взгляд прочно утвердаяся с цивилистической литературе и

С

в нра&тика Н е?»ССЭ ГК 1922 г» говорилось не о .эдно, а о Ф-лттопт л пли чевцемоилностк предотвращения вреда. Это, алией точки зрения, не тоидествекные понятия» Предотвращение вреда - понятие объективное. Но вег никакого еоий&ния, что невозможноРТЬ предотвращений вреда, как правило» связана о что в ст. адз утверждался в конечном счете принцип вины . Ныне среди юристов не возникает сомнения в том, что принцип вины полностью утвердился как в договорном, так и в деликтном праве¹". Но если от. 37 Основ гражданского законодательства и от. 222 ГК РС-тСР указывают на то, что должник несет иму-щественную ответственность лишь при наличии вины, то в ст.88 Основ (444 ГК РОТОР) ссылка на вину причинителя как на необходимое условие его ответственности дается несколько иначе: "Причинивший вред освобождается от его возмещения, если докажет, что вред причинен не по его вине". Таким образом, если установлено, что вред возник не по вине причинителя, то, как общее правило, он возмещению не подлежит. По существу, к этому сводится и ст.222 ГК, возлагающая доказательство отсутствия вины на лицо, нарушившее обязательство. Это, безусловно, означает, что наличие вины является необходимым условием гражданскоправовой ответственности. В литературе указывается на то, что общей позицией нашего гражданского права считается, что и причинитель вреда, и должник по обязательству, когда их ответственность основывается на вине, предполагаются виновными, пока иное не будет доказано[^]. Но все

же невольно напрашивается и другой вывод: до опровержения вины или при невозможности (нежелании) ее опровержения ответственность все равно применяется, вред подлежит возмещению.) Правда, в юридической литературе шал спор о том, должна ли означать недоказанность вины невиновность и освобождать от ответственности. М. С. Строгович указывает, что "если бы обязанность доказать свою невиновность лежала на обвиняемом, обвинение не было бы доказано с несошенностью в тех случаях, когда обвиняемый не смог представить доказательств в свое оправдание"¹.
Невиновность и "не уличение" - разные по- 1 2 3 4

1См.: Е. А. Злейший, Цит. соч., стр.76.

2См. монографию автора "Проблема риска в гражданском праве". Душанбе, "Ирфон" 1972, стр. 193 -20 5.

3См.: Б. А. Рахмилович. Споры о возмещении вреда, причиненного столкновением автотранспортных средств. Научно- практический комментарий арбитражной практики", "Юрид, лит.", 1972, Л 5, стр. 67. Автор, правда, рассматривает презумпцию вины в процессуальном плане.

4:С С. Строгович. Материальная истина и судебные доказа- , ;льства в советском уголовном процессе, стр. Т98.

99

нения. Ученый справедливо отмечает, что вероятность виновности может быть очень высокой, но обвиняемый оказывается невиновным и наоборот, поэтому предположение, которое в самой высокой степени вероятно, "не перестает быть предположе-нием, а потому не исключена возможность того, что истинным является не то, что предположено, а совсем иное..."¹. Но это не должно означать и обратное: недоказанность невиновности не может сама по себе означать наличие безусловной виновности. Однако в уголовном праве наказание применяется только при установлении вины. Согласно презумпции невиновности недоказанная виновность равнозначна доказанной невиновности, даже если невиновность обвиняемого не вполне ясна². В свое время этот вывод встретил критику среди юристов, причем в качестве одного из аргументов выдвигалось якобы существование в аналогичной ситуации (причинение вреда) в гражданском праве признание вины^{1 2 3}. Ныне принцип презумпции невиновности дючно утвердился в теории советского уголовного права и советского уголовного процесса**.

Что касается гражданскоправовой ответственности, то,как справедливо отмечается в литературе, недоказанность йакта не должна приводить к выводу о его несуществовании, она не исключает вероятности его существования, поэтому "нельзя объявлять на основании недоказанности бытия факта доказанности

1М. С. Сто ого вич. Цит. соч., стр.85,86.

2См.: М. С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. 197,231.

3См.: В. С. Тадевосян. К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе. "Советское государство и право", 19*6, Я 6, стр.71.

к В последнее время, правда, действие принципа презумпции невиновности вновь вызывает сошения. Ряд процессуалистов выступили против его применения. Среди них особого внимания заслуживают высказывания Е. Г. мартыничка (см. ; Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции. Изд. "Штинца", Кишинев, 1975, стр.70-85), которому нельзя отказать в логичности аргументации. И все же трудно согласиться с позицией ученого. Вряд ли следует утверждать, что предварительное следствие и суд заняты опровержением презумпции невиновности. Идет процесс доказывания вины, это единый процесс, поэтому напрасны сошения в том, что предается суду невиновный. Презумпция невиновности- это презумпция неустановленного, а не очевидного факта и действует она до тех пор, пока факт до конца не установлен.

100

его небытия", это означав о бы подмену истины вероятностью истины¹. Верно, что в силу общей презумпции вины недоказанность вины одной стороны приравнивается по правовым последствиям к вине другой, хотя невозможность доказать вину не означает еще отсутствия вины[^]. Но одно дело правовые послед-ствия, а другое дело юридические основания применения такой ответственности. Если следствием неустановления вины в уголовном праве является освобождение от ответственности^{**}, тс, как это сегодня ни звучит парадоксально, неопровержение не-виновности не освобождает¹ от ответственности гражданскоправовой. Но означает ли это, что такая ответственность может иногда строиться на началах причинений?' Отнюдь,нет. О применении принципа причинения не может быть и речи. Но если ке- опровергнутая невиновность не означает наличия вины, а ответственность применяется и если она не строится на принципе причинения, то что же является условием ее применения¹? Именно в таких случаях мы обращаемся к гражданскоправовой презумпции. Именно она дает возможность установить опреде-ленное положение, применить ответственность,

В правовой литературе бытует мнение, что в обязательствах существует презумпция вины, Сторонники этой концепции утверждает, что в эти случаях вина предполагается - презюмируется[^]. Существует и другая точка зрения: в деликтных обя- 1 2 3

1См.; Л. П. Смышляев. Цит. соч. , сто. 39.

2См.: И.Н,Петоов. Гарантийные сроки при поставках, "Юрид. лит.", М», 1971, етр. 88.

3Как утвфкдам еще Вольтер, при решении вопроса об уголовной ответственности нельзя руководствоваться наиболее высокой вероятностью, поскольку речь идет здесь не только о деньгах., а о жизни и чести гражданина (См.: М, Строговкч. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр. 9[^]-9 5).

к См.; И.Б.Новицкий, ЛА.Лунц, Общее учение об обязательстве. hi, «Юрkd. лит. ", 19 ЮО, стр. 322; см, *ак аа'£. А. Флейты'. Цыт. соч. , стр. 95; Н. С. Малеин. Имущее ответственная ответственность в хозяйственных отношениях, М, , "Паука'1. 1968, стр,'75; В. Л Каминская. Основания ответственности по договорным обязательствам (автор верно полагает, что ответственность по договорам и за шед'оговорный вред, долина стро-иться на одьом и том же принципе)., "вопроси гражданского ровна, 'Лад. МГУ, 1957 стр. 72; Повет скос гражданское праве. т. 1, Йзд, Л17, 15)1, стр, 931 (глава написана О, С. йоф- <Гк;'); 0. С» Иоффе., Ответственность ло советскому гражданско- м» по о, ву. Ййд. Л ГУ, 1955.. стр. 17?; Б. К,Бабаев. Презумпции е'советском праве. Горький,19? 4,стр. 73 и другие работы.

т

оатедьствах имеется презумпция невиновности . Имеется также мнение, что вообще никаких презумпций здесь нет*\ Фактически такого мнения придерживается Б.А. Тархов. Ученый полагает,что правовые нормы не дают никаких оснований утверждать о наличии презумпции вши, а лишь указывают на бремя доказывания отсутствия вины; ответственность же наступает лишь при наличии вины, Более того, как отмечает Б.А.Тархов, практика идет по пути установления вины судами и арбитражем и не ссыпается на ее презумпцию'5, Доводы автора, его аргументы в полешке со сторонникам;! презумпции вины достаточно убедительны. Следует согласиться с тем, что ответственность в гражданском праве строится не на основании презумпции вины, а глашым образом на основании вины4. С В. А. Тарховым полемизирует 0. С. Иоффе. При этом он свои доводы строит прежде ВСЕГО на наличии исключений. Исключения в отдельных нормах, по мнению 0. С. Иоффе, свидетельствуют о существовании общего принципа презумпции вины, Так, например, к чему нужно было бы указание в ст. 256 КТМ ССО? о том, что вша должна быть доказана (т. е. ее презюмирование в данном случае исключается), если бы отсутствовал общий принцип? J В логичности позиции 0. С. Иоффе трудно отказать. Но все же, если обратиться к сравнению различных норм, тс- как раз примененный метод "исключений" при- * 2 3 4 5

Л Си. : Я. Б. Левен таль. Цит. статья, стр.63. Автор говорит о существовании широкой презумпции неотвественности в советском процессе. Наоборот, Б. С. Антимонов употребляет иногда термин не 'презумпции вины", а "презумпции ответственности" (см. Значение вины потер пешего при гражданском правонарушении. Ы, "Юриздат", 19 50, стр. 253). По речь ведь идет не о самой ответственности, а об условии пр им ен ен ия та ко во й.

2С1.; цит. статью В. С. Т аде во с ян а

3См.; В, А, Тархов. Ответственность по советскому гражданскому праву, йзд. Саратовского юридического института, 1973, стр, 37~Ч«А

4Б аыгао-америсанской деликтном праве настолько широко применяется презумпция вины, что презюмируется не только сама -вша,, но даже умысел

и при отсутствии предвидения последствий, если имеется факт преднамеренности совершения самого действия (см. Ю. Г. Мытьев. Англо-американское деликтное право. II, "Крид, лит.", 1973, стр. 83).

5Опт: О. С. ИсГпФе. Что же такое ответственность? (рецензии). "Привоедение", 1974, I 5, стр. III. Кстати, автор допускает некоторую неточность, указывая, что только недоказанность вины грузоотправителя приводит к действию презумпции вины перевозчика (стр. 112). См. об этом ГП га. 5,

102

водит к противоположному выводу. Прежде всего возникает вопрос: если в общей норме (ст. 222) установлена презумпция вины, то зачем тогда в деле ряде других норм (ст. ст. 227, 292, 362, 444, 450, 451, 452 ГК РСФСР) о ней вновь идет речь? Все дело в том, что и в ст. 222, и в указанных других статьях речь идет о презумпциях, но отнюдь не всегда о "презумпции вины". При этом в ст. 222 действительно указывается на общее правило о презумпции. Как будет показано ниже, во многих нормах, в которых вновь повторяется упоминание о презумпции, оно необходимо в связи с конкретизацией презумпции. Именно это рассеивает высказанное сомнение о том, что такой повтор свидетельствует о отсутствии общей нормы и доказывает праильность позиции О. С. Иоффе. И так, в ст. 227 указывается, что кредитор должен доказывать отсутствие умысла или неосторожности просрочки с его стороны или тех, на кого он возложил прием исполнения. Ст. 292 необходима для уточнения ст. 291 ГК; ст. 382 уточняет, за что отвечает перевозчик, делая отсылку к ст. 222 и 224. В ст. ст. 450, 451, 452 речь идет о доказывании отсутствия не вины в причинении вреда, а вины ответственных лиц в ненадлежащем воспитании и надзоре.

А все же наличие общей нормы о презумпции не означает ее абсолютного действия. В тех нормах, где о вине вопрос оговаривается специально, следует руководствоваться не общими нормами (ст. ст. 222 и 444), а специальными нормами¹. Это и ст.

256 кта, и ряд статей других транспортных кодексов и уставов, ряд норм Гражданского кодекса, в которых имеется в виду либо обязательное установление вины, т. е. исключается возможность возложения ответственности без ее установления, либо, наоборот, необходимость установления вины не предусматривается¹⁻².

¹Уного мнения Л. А. Майдандас и Н. Ю. Сергеева (сы. Материальная ответственность за повреждение здоровья. "Юрид. лит.", БИ, 1968, стр. 30). Они полагают, что установленная ст. 88 Основ презумпция вины в силу общего значения предусмотренных в ней оснований ответственности, распространяется на все основанные на вине иски из причинения вреда. Этот вывод весьма спорен.

²Г. К. Матвеев отметил, что иногда в случае затруднений прибегают к презумпции вины, находя ее там, где ее нет (см. Основания гражданско-правовой ответственности, стр. 229).

В качестве примера к последнему выводу можно сослаться и на ст. 454 ГК РФ. Однако существует и другая точка зрения - о наличии здесь презумпции виновности деликвента[^]. Видимо, правильнее при неустановлении вины причинителя вреда источником повышенной опасности говорить не о презумпции вины, а, учитывая все же правомерный характер деятельности, о презумпции риска. Владелец источника по виденной опасности предполагается отдающим себе отчет в том, что возможны неустраняемые по его воле отрицательные последствия, вызванные действием этого источника, и то, что он будет обязан возместить вред. Презюмируется, что он допускает этот результат, должен допускать, сознательно избирая вариант своего поведения". Как всякая юридическая презумпция и эта может быть опровергнута и тогда последует освобождение от ответственности, но если была бы опровергнута несуществующая презумпция вины, то на применение ответственности такое опровержение влияния бы не имело, ибо вина причинителя не учитывается. Поэтому и отсутствует в ст. 454 ГК презумпция вины, а имеется презумпция риска. Все же полное отрицание презумпции, как показано выше, приводит к допущению в отдельных случаях применения принципа причинения. Но если признать действие в гражданском праве презумпции вины, то неопровержение этой презумпции в силу нежелания или невозможности, а не в силу невиновности, может привести к возмещению вреда без вины, т. е. на основании принципа причинения. Если же признать наличие презумпции невиновности, то это, наоборот, приведет к освобождению от гражданско-правовой ответственности, когда исключить вину все же нельзя. Презумпция по существу заключается в предположении, что вина не будет опровергнута. Полагают, что это дает основание для возникновения прав к обязанностям с момента появления факта, с наличием которого связывается необходимость применения ответственности (например, факта причинения вреда). Та- 1 2

1См.: А. М. Белякова. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. "МГУ", М., 1967, стр. 15.

2См.: С.Н.Братусь. Юридическая ответственность законность. стр. 181,182.

ккм образом, презумпция является предпосылкой возникновения правоотношений. В. К. Бабаев, как указано выше, считает, что предпосылка эта является как бы квази предпосылкой, поскольку с развитием правоотношений предположение либо превращается в факт аксиоматического характера, либо оно опровергается[^]. Неточность утверждения автора, кроме отмеченного выше, заключается и в том, что он подразумевает необходимость установления вины при дальнейшем развитии правоотношений, В действительности же вина не подлежит установлению, устанавливаться может факт невиновности (негативное понимание вины)[^]. Кед и факт невиновности будет опровергнут, то основанием ответственности

будет уже не презумпция, а вина, если факт невиновности будет подтвержден, то ответственность (кроме некоторых случаев) не применяется, но для этих случаев не нужна ни вина, ни презумпция. В этом смысле, прав В. К. Бабаев, оценивая подобные презумпции, как временные? Но вряд ли вообще можно считать такие презумпции условиями (основанием) ответственности, ибо их временность как раз и прекращается применением ответственности или недопущением таковой, т. е., ответственность связывается с превращением такого факта в факт уже не презюмированный, а подтвержденный (это точнее, чем в факт аксиомативный, как пишет В. К. Бабаев.). Изложенное позволяет прийти к выводу об отсутствии в гражданском праве презумпции вины как условия гражданской ответственности. Но означает ли это, что презумпции вообще не могут являться предпосылками ответственности, в гражданском праве? Здесь мы должны отметить еще одну неточность в позиции В. К. Бабаева, Дело в том, что в целом ряде случаев дальнейшее развитие правоотношений не всегда прекращает действие презумпции, но только не презумпции млад. кеч. идет об указанных вине случаях, когда невиновность вообще не устанавливается или когда вина из может быть безусловной; провернуть а. Б указание обстоятельств (я гоямсо в эти обстоятельства), как мы полагаем, действует ИИИИ срез ум цедя - пре-

1 См.: В. К. Бабаев, Бремя вины в советском праве, Дворец книги, М., 1989, с. 109, сир, ю, А-втор имеет а «;ду прес у ts wo вины в обязательствах в? ирчиленкч

1т См.: С. С. Алекс.; ев. О составе гражданского правонарушения, б: \

3См.: В. К. Бабаев, там же, стр. 14.

105

презумпция неопровержения вины (недоказанности невиновности). Причем эта презумпция действует при установлении вины и ни в коей мере не заменяет основного принципа - виновной ответственности. Условием применения ответственности, субъективным условием в этом случае является фактически риск причинителя, конечно, только в том случае, если он в силу сложившихся обстоятельств не может опровергнуть вину, а не тогда, когда он просто уклонится от нее, окажется виновным*. Таким образом, презюмируется не вина, а неопровержение вины. Именно на этой презумпции строится в указанных случаях защита интересов потерпевшего. Такая презумпция является не процессуальной, а материальной, устанавливающей не бремя доказывания, а условия применения гражданско-правовой ответственности. Про-

Р

цессуальная презумпция здесь другая. Нужно иметь в виду, что при установленной вине причинителя - эта вина является одновременно и условием для защиты нарушенных прав потерпевшего и условием для

возложения ответственности на причинителя. Если же вина не установлена, хотя и не исключена, то условием защиты интересов потерпевшего является презумпция неопровержения причинителем вины, а условием ответственности причинителя эта же презумпция, приводящая к его риску. Это очень важная черта данной презумпции. Дало в том, что предполагать свое психическое отношение к своему поведению и к результату этого поведения в виде умысла или неосторожности причинитель никак не может*. Такое предположение может быть только у потерпевшего, у третьих лиц, у суда по отношению к причинителю. Поэтому, в частности, презумпция вины не может быть субъективным условием ответственности. Наоборот, презумпция не-

1 Даже к уголовной ответственности иногда обвиняемый привлекается не потому, что есть основание предполагать его виновность, а потому, что по обстоятельствам дела нет оснований сомневаться в его виновности, которую он сам и не оспаривает (см. Н.Н. Полянский. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., изд. МГУ, 1956, стр. 186).

2 С точки зрения процессуальной действует презумпция вины и потерпевший освобожден от бремени доказывания вины (см. Л. П. Смьшдяев. Цит. соч., стр. 35), хотя, как правильно указывает в названной монографии В. А. Тархов, суд или арбитраж не должны занимать пассивную позицию при установлении истины.

3 По существу ничего не меняется, если считать, как это

106

опровержения вины относится и к той и к другой стороне в виде их предположения, их субъективной оценки последствий такого неопровержения. Предположение того, что вина окажется неопровергнутой - это условие для защиты нарушенных прав, для права требовать имущественное возмещение. Но для применения ответственности это еще не условие, а предпосылка, предпосылка ответственности, т. е. условие, но лишь предварительное. Предполагается (допускается), что вина не будет, не должна быть опровергнута, только не опровергнута, но нет предположения, что вина есть или что она отсутствует. Сама же обязанность возмещения убытков, гражданско-правовая ответственность возникает не в силу недопущения неопровержения вины, а в силу допущения принятия на себя этих потерь, этого вредоносного результата при подобных обстоятельствах, связанных, как правило, со случайной невозможностью такого опровержения, т. е. с субъективным риском. Для применения ответственности при подобных обстоятельствах мало того, что субъект (причинитель, должник) осознает то, что в силу определенных обстоятельств он не сможет подтвердить свою невиновность, существенным является то, что в этом случае он осознает применение к нему ответственности. В других обстоятельствах - условием применения ответственности является вина.

Таким образом, презумпция неопровержения вины - это предварительное условие ответственности, ее предпосылка, тогда как риск

является одним из условий применения ответственности в этих случаях. Нередко риск выступает и как предполагаемое условие ответственности (напримф, при возложении ее на владельца источника поваленной опасности). Можно предположить, что такое определение этой презумпции - "неопровержения вины" ошибочно. Ведь если презюмируется только неопро-
* 1

далает Б. С.Антимонов (см. Цит. соч. , стр.93), что ответственность возлагается на причинителя, поскольку не опровергнута презумпция вины.

1Брав В. К.Бабаев, считающий презумпцию предпосылкой. С точки зрения этимологической условие является обстоятельством, от которого что-либо зависит, а предпосылка означает предварительное условие (см., например, С. И. Ожегов. Словарь русского языка. М. , 1963, стр. 571). Таким же предварительным условием является, например, дел иктоспоеоб- ность, достижение определенного возраста.

^

Щ

107

вержение вины, а не вина, то это означает, что ответственность применяется не только при отсутствии вины, но даже и при отсутствии ее предположения. Но это действительно так.

Если вина не будет установлена, то предположение вины само по себе никак не может являться основанием ответственности.

Но если вина будет установлена, то именно вина и будет основанием (условием) ответ ст вен ноет и. Когда возникает вопрос об ответственности, когда налицо причинение вреда или нарушение обязательства - это достаточно высокая степень вероятности для вывода только о том, что вина нарушителя (причинителя) не будет им опровергнута. Презумпция неопровержения вины и является следствием из этой вероятности. Причинение вреда и нарушение обязательства - это условия действия указанной презумпции, но эти условия не дают оснований для того, чтобы данную презумпцию считать презумпцией очевидного факта, нельзя утверждать, что вина всегда очевидна.Налицо ситуация неопределенности. Данная презумпция применяется не только а priori но и тогда, когда неопределенность будет продолжаться, когда вина не будет установлена и в то же время не будет опровергнута. Итак, данная презумпция означает, что факт не- опровержения вины с учетом конкретных обстоятельств дает достаточно оснований для того, чтобы сделать вывод о том, что в данном случае вина не будет опровергнута.Следствием из этого вывода является наличие юридической презумпции "неопровер- жения вины", являющейся предпосылкой ответственности. Когда применяется ответственность, исходя из вины субъекта, то эта убежденность в его вине (а не презумпция) основывается на факте установления вины, как следствие из вывода о том, что эта вина не будет опровергнута, когда вина опровергается, то ответственность не применяется (если нет ответственности без вины) не

только потому, что вина опровергнута, а потому, что из этого факта следует убежденность в действительной невинности субъекта. Но если вина не установлена и не опровергнута, то нельзя говорить ни о какой убежденности, а только о предположении, что это состояние неопровержения вины будет сохранено. Если такой вывод нельзя сделать, то применять от-

ежягзя

етственноеть с учетом указанной презумпции недопустимо. Данная презумпция свидетельствует и о другом - о том, что субъект допускает сознательно неопровержение вины и если при этом вина не установлена, то указанное выше допущение ее неопровержения и всех возможных отрицательных последствий этого и является риском субъекта, т.е. тем самым субъективным условием ответственности, которого так недоставало для ее применения. С первого взгляда может показаться, что такое понимание этой презумпции ниспровергает принцип вины, ибо "презумпция вины" все же свидетельствует о том, что ответственность применяется на основании принципа вины. И вообще допустима ли ответственность на основании предположения неопровержения вины с моральной точки зрения? И все же эти опасения напрасны. Наоборот,¹ принцип ответственности за вину лишь укрепляется, ибо, если неопровержение произошло по причине наличия вины, то примененная ответственность не вызывает никаких возражений. Если же вину не смог опровергнуть невинный, то он и не считается виновным при применении ответственности, условием которой будет его риск. С моральной точки зрения, поэтому более справедливо не предполагать невинных виновными, а раз уже при невозможности доказать свою невинность ответственный все равно должна следовать то правильное, чтобы она следовала на основании предположения неопровержения вины и на основании риска, а не на основании предположения вины, которая на самом деле отсутствует. Нельзя же всех должников предполагать виновными, даже если они не сумели доказать свою невинность.

Возникает очень важный вопрос, что следует понимать под виной или точнее - под неопровергнутой виной: умысел и неосторожность шги вину (виновность) в широком смысле, т.е. с учетом возможности для причинителя воспрепятствовать наступлению вредного результата? Этот вопрос иногда даже ставится более широко: должно ли учитываться также поведение субъекта, приведшее к причинению вреда? Придерживаясь принципа презумпции виновности при исследовании вопроса об ответственности за нарушение договорных обязательств, Н. С. Малеин отмечает, что эта презумпция побуждает участников оборота исподы¹⁰⁹

зовать все возможности дая исполнения обязательств, а доказательства отсутствия вины могут быть представлены только тогда, когда должником были использованы все возможности[^]. Отсюда следует, что в указанных случаях (принципиальной разницы, как отмечено выше, между договорными

и деликтными обязательствами здесь нет) автором имеется в виду вина в широком ее понимании. Ранение указанного вопроса связано также с проблемой критерия вины или критерия причинения. Этот, тесно связанный с указанной выше презумпцией, критерий часто возникает при решении вопроса о распределении убытков при так называемой обоюдной вине. Нужно подчеркнуть, что обоюдная (смешанная, встречная) вина часто дает основания для применения ответственности как в деликтных, так и в договорных обязательствах, исходя из вышеуказанной презумпции прежде всего потому, что зачастую доля соучастия каждого субъекта весьма приближительна, а критерий определения этой доли - относитель-

р

лен-. Встречная вина может не только содействовать увеличению вреда, но и самому причинению вреда, причем иногда на равных мер убытков неосторожность одной стороны может иметь большее влияние, чем даже умысел другой стороны. Можно ли точно определить долю соучастия или доли вины, например, в таком споре В ночь на 4 сентября 1971 г. в складе Ш 3 Горпромгорга г. Д; шанбе возник пожар, причинивший крупный ущерб. Пожар начался на соседней базе Треста крупнопанельного домостроения. Охранявший объект сторож управления вневедомственной охраны не ходил в нетрезвом состоянии и не мог пользоваться телефоном и потерпевшая организация самовольно расширила навес, храня в складе товары навалом, под навесом хранились горючие материалы. Пожар перекинулся на соседний объект, в результате сильного ветра, что в возникновении самого пожара вина треста: не была опровергнута¹. Иди обратимся к примеру, который при-

1См.: И.С. Бяаеин. Цит. соч. , стр.75.

2См. : Ш. ИБудман. Смешанная вина в договоре подряда на капитальное строительство. "Комментарий арбитражной практики" Ж 7, "Юрид. лит." М. , 1974, стр. 174-180.

3См. дело № 3172-Т за 1971 г. Государственный арбитраж при Совете Министров Таджикской ССР.

но

водит Е. М. Яковлева в своем выступлении на научной сессии ВИЮН в январе 1962 г. Актом расследования было установлено, что причиной аварии трубопровода явился разрыв металла трубы холодного стояка питательного трубопровода. Убытки по решению Госарбитража при Совете Министров СССР были отнесены в равной мере на три организации: на Магнитогорский металлургический комбинат (не обеспечил надлежащую приемку труб), на подрядчика - Магнитогорский монтажный участок (смонтировавший трубы без их проверки) и на Днепропетровский трубопрокатный завод (поставил трубы с грубым дефектом прокатного происхождения)¹. Однако вряд ли равные доли соучастия определены здесь точно. Как мы увидим ниже, в подобных случаях иногда исходят из вины субъекта, который не предотвратил возникновение вреда, иногда исходят из других принципов

определения ответственности, из различных критериев распределения убытков. Прежде всего это относится к распределению убытков при встречной вине кредитора или потерпевшего. Существуют две точки зрения по этому поводу: критерий степеней вины (размер определяют в зависимости от форм и степени вины) и критерий причинения (распределение от меры соучастия, точнее важности соучастия в произошедшем результате).

Нужно сказать, что в ст. 224 ГК РСБСР в отличие от ст. 458 ГК не употребляется выражение "степень вины", но тем не менее совершенно очевидно, что речь идет и в этом случае именно

О степени вины, хотя существует и иное мнение по этому вопросу.

л все же критерий вины в договорных обязательствах при обоюдном причинении вреда подвергается очевидному сомнению, 1 2

1См. Новое в гражданском и гражданско-процессуальном законодательстве Союза ССР и союзных республик. М., 1962, стр.77. См. ее же. Ответственность за несвоевременное исполнение и неисполнение плановых обязательств. Душанбе, 1962, стр. 67,68.

2См.: Г. П. Бычкова. О критериях распределения убытков при обоюдной вине сторон в нарушении договорных обязательств социалистическими организациями. "Актуальные проблемы гражданского права и процесса". Труды Иркутского госуниверситета, т. 79, серия юрид., вып. II, ч. 3, Иркутск, 1972, стр. 98.

III

вернее вина не отрицается, но утверждается, что расчет убытков должен производиться, исходя из виновного обоюдного причинения убытка.. Г. П. Бычкова ссылается на примеры из арбитражной практики, в которых применяется смешанная вина, исходя из того, что действия другой стороны способствовали также отрицательному результату, причем обычно форма вины в учет не принимается. Можно сослаться в подтверждение указанной выше позиции арбитражных органов на многочисленные споры по поводу/ возложения ответственности за нарушение обязательств по тарообороту. В этих случаях арбитражи сскарашают размеры штрафов, исходя из транспортных трудностей сдатчика тары, из замедленной реализации продукции, из досрочной поставки кредиторам, из длительности просрочки возврата тары, из производственных затруднений сдатчика, из того, что поставщик нарушил условия о емкости, об ассортименте и равномерности отгрузки (сгущение поставок) и т. д. и т. п. ^ Из этого совершенно определенно следует, что арбитражи понимают вину, в том числе и встречную вину, в широком плане, что фактически означает возложение ответственности, исходя из критерия степени причинения. 1 В правовой литературе целый ряд ученых приходит к такому выводу”5; такого же принципа придерживается и отрицательная позиция Госарбитража при Совете Министров СССР. Однако представляется, что для такого вывода не всегда имеются правовые основания, и уж во всяком случае неточность и

ошибочность формулировок арбитражных решений⁵, ссылка в них на вину, когда речь идет о совсем другом, - не должны опровергать правовую норму и являться основанием для решения вопроса вопреки правовой норме. Ст. 222 ГК РС*СР совершенно опре-

1См.: Г. П. Бычкова. Цит. статья, стр. 104.

2См. работу автора. Правовое регулирование товарооборота в народном хозяйстве СССР. Душанбе, ТМИрфон", 1966, стр.212-

3См.: А. Г.Быков. Установление причинной связи в практике арбитража. "Советская юстиция", 1969, Jf 8, стр. 10. См.:

Г. П. Бычкова. Цит. статья, стр. 140.

4См. : Инструктивное письмо по спорам о перевозках от 29 марта 1968 г.

5Смещение вины с другими условиями ответственности допускается и в решениях судов и даже в документах высших судебных инстанций (См.: КА.Тархов. Цит. соч. , стр.79).

ИМ*

112

деденно говорит о вине как об у тале и неосторожности, т. е. о вине как о психическом отношении субъекта. Нет¹ никаких оснований считать, что в от. 224 (в которой, кстати, также упо-минается умысел и неосторожность) речь должна идти о какой- то другой вине. Совершенно очевидно, что вина проявляется во вне в совершаемых действиях, очевидно тае, что отрицательные последствия возникают не только как следствие осоз-нанного поведения, но прежде всего как результат самого поведения. 0. С. Иоффе указывает, что от. 222 ГК имеет в виду только вину в ее узком значении. Предъявивший иск кредитор должен доказать наличие убытков, факт нарушения обязательства к наличие причинной связи между этим фактом и убытками Это объясняется отсутствием в гражданских делах предварительного следствия. Отсюда, при высокой активности суда, и истец должен проявить активность в доказывании факта и причин причинения вреда, но поскольку он не мжег доказать психического отношения, переживаний должника - бремя доказывания возлагается на последнего*. Но кредитор далеко не всегда может доказать и наличие необходимой причинной связи, и возможность предотвращения убытков и неисполнения обязательств со стороны должника[^]. 0. С. Иоффе следует понимать так, что кредитор должен доказать, что только нарушение должником обязательства, а не другие факты, в /том числе и те, предотвращение которых зависало от кредитора, привело к убыткам!. Каждая из сторон при активности суда, согласно требованиям гражданского процесса, должна доказать (иначе действительно нужно будет предваротельное следствие) те обстоятельства,на

1См.: 0. С. Иоффе. Обязательственное право, стр. 138,139. Такого мнения придерживаются не все. Так, Л. Майданйк полагает¹, что по искам о причинении вреда истец должен доказать только факт причинения, а бремя доказывания других обстоятельств, освобождающих от обязанности

возместить вред, лежит на ответчике ("Социалистическая законность", 1976, Jf 7, стр.711. См. также В. М. Огрызков. Правовое регулирование качества продукции. Ы. , "Юрид. лит.", 1973, сто. 149.

». С. Малеин (см.: Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях, стр.75,76) отмечает, что презумпция виновности должника* является одной из Форм выражения равенства сторон в процессе, ибо кредитор не располагает всеми данными об обстоятельствах нарушения обязательства.

ш

которые она ссыпается. Поэтому и должник должен доказывать определенные минус»- факты.1 Бремя доказывания распределяется между сторонами, и если сторона желает изменить юридическую ситуацию, опровергнуть выдвинутые другой стороной доказательства, она это должна сделать, бремя возложения доказательств меняется в зависимости от этого. Лишь одно остается неизменным - отсутствие вины (вины в узком ее смысле) доказывается лицом, нарушившим обязательство. Поэтому материально-правовая презумпция "неопровержения вины" с точки зрения нормы закона (ст. 222) заключается лишь в предположении неопровержения умысла и неосторожности. Но достаточно ли это для тех ситуаций неустановленного факта, о которых мы ведем речь? Практика доказывает, что нет. И хотя мы обвинили ее в неточностях и ошибках при юридическом обосновании принимаемых решений, но это не может означать, что потребности практики не требуют настоятельно совершенствования правовых норм, а следовательно, введения презумпций неопровержения ненадлежащего поведения, возможности предотвращения последствий, наличия необходимой причинной связи. Некоторые нормы (например, транспортные уставы и кодексы) дают возможность к более широкому пониманию презумпций, о чем мы укажем ниже. И все же мы позволим себе и более широкую трактовку понятия вины в общей норме деликтных обязательств - ст. 44 ГК, понимая прекрасно, что сама по себе эта статья абсолютного основания для такого вывода не дает и что ст. 222 является общей нормой. Тем не менее, в отличие от ст. 222 ГК, в ст. W не подчеркивается, что вина в ней понимается как умысел и неосторожность, а при наличии специальной нормы применяться должна последняя. В правовой литературе и в правовых нормах термин "вина" много-значен. Как верно отмечают И. С. Самощенко и М.Х. Фарукин, этим термином пользуются в практике и законе не только для характеристики элемента субъективной стороны (умысел и неосторожность), но и для определения противоправного поступка в целом, как прегрешения, провинности*. Как указывает Р. О.Халфи-

1 См»: И. С. Самощенко, М.Х. Фаругаин. Ответственность по советскому законодательству. М. , "Юрид. лит.", 1971,стр. 87,88,89. Кстати, и термин "риск" употребляется в более широком плане, в том числе и как объективная категория-

на, в договорных отношениях вина заключается в том, что организация не принимает' всех мер, которые может и должна при- I
пять .

Нет исключения в этом смысле и для ст. 444 ГК РСФСР. Логично предположить, что именно причинитель вреда должен доказать, что он не мог предотвратить возникновение вреда не только с точки зрения субъективной. Видимо, не случайно в правовых нормах по существу не упоминается о других, кроме вины, условиях ответственности, но они незримо присутствуют и в ст. 444, и в ст. ст. 445,454¹" и в других статьях ГК, присутствуют в виде презумпций в изложенном выше их понимании, ибо недопустимо, чтобы при неустановлении этих условий страдал потерпевший. И дело здесь даже не в том, на ком лежит бремя доказывания (хотя, как указано, мы полагаем, что на причинителе с учетом широкой трактовки вины), а в том, что стороны, в том числе и причинившая вред сторона, не смогли

доказать иное, что суд оказался бессильным установить, что,

з

например, необходимая причинная связь между поведением при-
/4 .

чинителя и вредом отсутствовала . фи обстоятельствах неопределенности в этих случаях должны действовать презумпции, а не освобождение от ответственности. Видимо, в широком плане следует говорить о вине и в статьях '450,451,452 ГК РСФСР?. Но такое широкое понимание а;ны в указанных нормах говорит и о другом - о необходимости их уточнения, указания в них не на * I * 3 4

сама опасность, угроза, случайные последствия, но такой дуализм в понимании и вины и риска должен быть устранен.

И См.: Р. О.Хэлфина. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве СССР. М. , АН СССР, 1964,стр, 256.

С Бесспорно, что причинение вреда само по себе противоправно, по неправомерность в конкретном поведении лица при причинении вреда источником повышенной опасности вызывает споры (см. статью б. Симаковой, поддержавшей нашу точку зрения в дискуссии с П. Стависским (Обязательства из спасения социалистического имущества в системе обязательств. "Правоведение", 1975, Л 4, стр.60).

3Мы не касаемся здесь других трактовок причинной связи,но это не изменяет положения.

4Отдельные цивилисты иногда в этом вопросе проявляет непоследовательность, ибо понимание вины в узком плане заводит в тупик и не согласуется с практикой. Так, Л. А. Майдан и Н.Г. Сергеева^ одной стороны, говорят о вине по ст. 83 Основ как о психическом отношении (см. Цит. моно-графию, стр.28), а с другой стороны, - о вине как о неправильном поведении Гетр. 25).

вину, а на условия ответственности в комплексе, или не только на вину. Этот же вывод, как указано выше, желательно реализовать и в других нормах, в том числе и в ст. 222 ГК РСЖ1Р Нельзя смешивать « два различных вопроса: 1) ответственность должника (причинителя) и 2) учет вины кредитора (потерпевшего). Сторонники критерия причинения путают эти два вопроса, Ответственность должника (причинителя) зависит безусловно от противоправного поведения и от наличия необходимой причинной связи его действий с происшедшим результатом, т.е. доказано, что должник не исполнил обязательства, потому что не мог действовать в силу определенных обстоятельств или потому, что его поведение соответствовало установленным правилам, если не его действия, привели к возникновению ущерба, то на него не может возлагаться ответственность, но если поведение должника (причинителя) было противоправным, если это поведение причинно связано с отрицательными последствиями, то он не освобождается от ответственности, хотя в возникновении и объеме этих последствий имеется и соучастие кредитора (потерпевшего). Для того, чтобы размер ответственности был уменьшен, необходимо, чтобы это соучастие только содействовало в { доносному результату и было виновным, причем виновным в юридическом понимании этой категории - в смысле субъективном, : смысле умысла и неосторожности¹. Правовые нормы дают основание только для такого вывода и в понимании вины кредитора (потерпевшего). Об умысле и неосторожности, как учете их вины, не-посредственно указано в ст. ст. 224,454 и 458 ГК. И еще один очень важный вывод - вина потерпевшего и кредитора в советском гражданском праве не презюмируется, она должна быть установлена бесспорно, невозможность ее установления, наоборот - презюмирует вину (неопровержение вины) должника (причинителя) и означает наличие презумпции невиновности кредитора (потерпевшего). Поэтому не всякая вина (неопровержение вся-

1 Полагают, что сам вывод о наличии именно неосторожной вины построен на презумпции, поскольку в конкретной ситуации большинство нормальных людей предвидит противоправность поведения и результата, поэтому и данное лицо может и должно это предвидеть. (См.: В. И. Каминская. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе, стр.42).

т

кой вины) презюмируется в советском гражданском праве, наличие ее в этом и в некоторых других случаях (например, в ст. 460) должно быть установлено.¹ Кстати, в свое время в юридической литературе велись споры о существовании в ст.413 действовавшего ГК презумпции. Ныне ст, 460 ГК (ст.91 Основ) исключает споры, как это правильно отметил Я. Х Штутшибо в ней идет речь не о презумпции, а об установлении вины страхователей, об их ответственности при наличии вины. При вине рабочего или служащего организация освобождается от ответственности, допустимо и применение встречной вины, поэтому вина-на причинителя в этом случае должна быть бесспорно установлена, даже если ущерб причинен действием источника

повышенной опасности^{1- 2 3 4}. Вша в узком ее значении (умысел и неосторожность) предусматривается и в ст.227 ГК РСФСР, в которой отмечается, что просрочка кредитора позволяет должнику воспользоваться правом на возмещение убытков, если кредитор не докажет, что просрочка не вызвана умыслом или неосторожностью его самого или лиц, на которых было возложено исполнение.

Просрочка кредитора может быть и невиновной, но в отношении мер ответственности значение придается только виновной просрочке[^]. Для применения других мер значение имеет и просрочка, вызванная случайными обстоятельствами, эти обстоятельства при принятии исполнения исключить нельзя, тем более, что в нынешнем кодексе нет статьи, аналогичной ст., П4 ранее действовавшего ГК, которая упоминала случаи безвинов- ной просрочки. В ст. 227 речь идет о презумпции неопровержимой невиновной просрочки. Презумпция** ограничивается только неопровержением умысла или неосторожности, хотя последствия мо 17т и не всегда связываться только с виной.

В теоретическом и, конечно, в практическом плане возникает еще один важный и интересный вопрос: презюмируется ли

1См. : Я. Л.Штутш, 1Ът, соч. , стр, 143.

2Этот вот ос вызывает дискуссию в литературе.

3См. : В. Шгензихт. Риск при просрочке исполнения. "Укрепление законности и правопорядка в период строительства коммунизма", ч.3, Душанбе, 1973, стр. 187.

4Здесь речь идет не о встречной вине. Во всяком случае о презумпции непосредственно указано в норме.

ш

неопровержение вины, как таковой, или вины в конкретной форме и в конкретном виде? Но прежде, чем дать ответ на этот во- гфос, необходимо остановиться на эти формах и видах, тем более, что в юридической литературе возникла дискуссия по поводу выдвинутой нами конструкции виновного риска*.

Любые формы и виды характеризуются как интеллектуальными, так а волевдан моментами. Но в некоторых видах воля проявляется в стремлений к иному результату, а не к тому, который наступил, а иногда и в безразличном отношении к результату. Поэтому,! раскрывая понятие вины, нужно отметить, что она заключается в стремлении субъекта, которое выражается в таких стадиях волевого процесса, как влечение, желание, хотение, трансформирующиеся в избрание соответствующего поведения, в той числе и в смысле его стремления к цели, совпадающей и не совпадающей (даже иногда противоположной) с желаемым результатом этого поведения. За решением следует исполнение, завершающее волевой акт. Таким образом, и в формировании воли в волевом процессе присутствуют интеллектуальные моменты, но вину характеризуют и самостоятельные интеллектуальные

момента, заключающиеся в предвидении как в осознании как самого противоправного поведения, так и результата этого поведения.

Итак, вина - это основанный на отрешении выбор субъектом определенного поведения, соединенный с осознанием и предвидением или с возможностью осознания и предвидения противоправности своих действий (бездействия) и их противоправных последствий¹.

Каждую форму, каждый вид вины характеризуют конкретные компоненты волевых и интеллектуальных моментов, что позволяет произвести четкую дифференциацию между ними, при этом необходимо учитывать и дополнительные критерии - такие, как безразличие по отношению к результату, предвидение неизбежности результата, отрешение как к отрицательному, так и к по~ 1 2

¹См.: В. А. Ойгензихт. "Аспекты соотношения вины и риска" в сборнике "Вотское государство и право", 1973, № 10, стр. 36-41 и работы.

²Поскольку рассматривается вина в гражданском праве, вопрос об общественной опасности опускается. В. Ал'архов (цит. еоч. , стр.74) исключает осознание противоправности из понятия вины, чрезмерно расширяя ее понимание.

«9

118

ложительному результату, уверенность в ненаступлении результата. Без них раскрытие видов вины невозможно. Нужно сказать, что, если исходить (а это необходимо для правильной оценки поведения субъекта) из различного сочетания основных и дополнительных компонентов (критериев), то невозможно ограничиться традиционными четырьмя видами вины. Не случайно, поэтому, в юридической литературе наблюдается тенденция к расширению видов вины*. Пошел по этому пути и автор этих строк, выдвинув конструкцию виновного риска². Так, например, если только принять во внимание осознание и предвидение против-правного поведения и результата этого поведения (противоправного результата, хотя и этот нюанс не должен быть безразличным), то могут возникнуть следующие ситуации: 1) субъект осознает противоправность поведения и последствия (это характеризует все виды умысла, для разграничения которых необходимы дополнительные критерии); 2) субъект осознает про- гивоправность поведения и не осознает его последствия, поскольку уверен в их ненаступлении (это характеризует само-

О

надепниость) ; 3) субъект не осознает противоправность поведения, не осознает его последствия (нет вины); 4) субъект не осознает противоправность поведения (но должен сознавать) и не осознает его последствия (отсутствует вина); 1 2 3

¹См.: например, Г. А. Злобин, В. С. Никифоров. Умысел и его формы, м., 197 2, стр.71,109; П. С. Дагель. Проблемы вины в советском уголовном праве. "Уч. зап. Дальневосточного университета", 1968, стр.125.

2Как указано будет несколько ниже, риск понимается как субъективная категория-главным образом, как предвидение случайных последствий. Все виды риска объединяет признак допущения последствий.

3За осознание противоправности (общественной опасности) своих действий при самонадеянности высказываются многие ученые. Существует мнение (К.Ф.Тихонов, П.С.Дагель и

др.), что субъект должен ее осознавать. Иногда полагают, что предвидение существует до совершения действий, направленных к предотвращению результата (см. : А. Ы. Трухин. Интеллектуальный критерий разграничения форм виновности в советском уголовном праве. "Вестник МГУ", № 1,1976, стр.79). Представляется, что при самонадеянности субъект полностью сознает противоправность своего поведения, но предпринимает меры к недопущению их последствий.

II

5) субъект не осознает противоправность поведения, не осознает (но должен осознавать его последствия (вина отсутствует); 6) субъект не осознает (но должен осознавать) противоправность поведения, не осознает (но должен осознавать) его последствия (простая небрежность); 7) субъект осознает противоправность поведения, не осознает (но должен осознавать последствия (квалифицированная неосторожность - небрежная самонадеянность); 8) субъект не осознает (но должен осознавать) противоправность поведения, осознавая при этом противоправность последствий - тоже квалифицированная неосторожности прямая или эвентуальная небрежность или неосторожный виновный риск)¹; 9) субъект не осознает (и не должен) противоправность поведения, осознавая при этом противоправность последствий (отсутствует вина, но имеется один из видов не-виновного риска).

Но волевой направленности - стремлению, обусловившему выбор поведения, виды вины дифференцируются следующим образом: 1) направленность к отрицательному результату (прямой умысел, прямая небрежность); 2) безразличие (косвенный умысел, эвентуальная небрежность); 3) направленность на положительный результат, желание его (оба вида риска, обе самонадеянности); 10) направленность на другой результат (простая небрежность). По характеру осознания (предвидения) последствий дифференциация учитывает следующие критерии: 1) осознание; 2) неосознание; 3) неосознание при возможности осознания; 4) уверенности в наступлении (прямой умысел); 8) уверенности в ненаступлении (самонадеянность), б) неосознание неизбежности последствий (небрежность, самонадеянность, риски); 7) осознание неизбежности последствий (прямой умысел); 8) возможности осознания неизбежности последствий (косвенный умысел, эвентуальная небрежность); 9) допущение альтернативного результата (риски). Возможна, как мы уже указа-

1ГСатегория квалифицированной неосторожности впервые вводится в научный оборот и, конечно, требует дополнительного серьезного анализа, но,

очевидно, например, что осознание результата и стремление к нему или возможность осознания неизбежности результата' при безразличии к нему, даже при неосознании противоправности (при возможности осознания), расчет на'то, что противоправное

т

ли, почти аналогичная дифференциация по характеру осознания противоправности. Как видим, идентичности в видах вины никакой нет и уже перечисленные критерии дают основание, как нам представляется и о чем мы уже указали на страницах юридической литературы, как для введения дополнительных видов вины, так и для правильного разграничения традиционных видов. Привлечение дополнительных критериев позволяет, видимо, провести и последующую дифференциацию, при этом следует учесть то обстоятельство, что указанные критерии для характеристики видов вины необходимо брать в сочетании, комплексно. Видимо, в качестве видов неосторожности нужно выделить простую и квалифицированную. Внутренняя же градация относится к ее подюдам.

Не все ученые-правоведы являются сторонниками дальнейшей дифференциации видов вины. Так, Ф.Л.Рабинович, соглашаясь с тем, что риск "несомненно является определенной формой отношения субъекта к своему поведению и его результатам, т.е. подтверждая субъективную концепцию риска и фактически не исключая вообще возможности признания риска одной из (форм вины*, все же возражает против отступления от традиционных форм и видов вины в области договорных отношений между социалистическими предприятиями. Отрицание виновного риска (выбор противоправного поведения, связанный с допущением^ как положительных (желаемых), так и отрицательных (нежелаемых) последствий), может привести к безответственности, как это и случилось в примере с уплатой штрафа за задержку возврата тары в трактовке Ф.Л.Рабиновича^'. Спорность его позиции, на наш взгляд, заключается в том, что он связывает субъективную категорию вины с объективным обстоятельством - невозможностью преодоления * 1 2 3

поведение не приведет к отрицательным последствиям, поскольку они не осознаются, хотя должны осознаваться более серьезное небрежное нарушение, чем простая неосторожность.

1См.: Ф.Л.Рабинович, Вина как основание договорной ответственности предприятия. М., "Юр ид. лит.", стр. 91.

2Кстати, Ф.Л.Рабинович понятие ^'допускает*' включает не в область осознания, а трактует его как совершение самих действий (Цит. соч., стр.81,82), что, конечно, неверно.

3См. там же, стр.89.

121

последствий. Ф.Л.Рабинович полагает, что предлагаемая конструкция виновного риска является характерной моделью самонадеянности или

небрежности. Но ведь при небрежности предвидение (осознание) отсутствует, хотя и возможно. Что же касается самонадеянности, то при разграничении ее с виновным риском[^] и косвенным умыслом обосновывается ее понимание, как уверенности (хотя и ошибочной) в ненаступлении отрицательного результата, без всякого его допущения. Иная трактовка самонадеянности должна привести к признанию ее видом умысла-

О

ной вины или небрежностью . Против предлагаемой конструкции выступил и М. С. Гринберг[^]. Признав весомость суждений, лежащих в основе конструкции виновного риска, ученый все же полагает, что двойственное предвидение присуще обоим видам умысла и самонадеянности, а принятие этой конструкции привело бы к интеграции сложившихся форм вины. М. С. Гринберг считает, что при риске нет волевого отношения к последствиям, высказывает он и сомнение по поводу наличия свободы выбора при осуществлении определенной деятельности, а следовательно, риск отражает лишь психические процессы, опосредующие деятельность в условиях неопределенности. Ученый убежден, что пониженную об- 1 2 3

1 При неосторожном виновном риске субъект избирает свое поведение с осознанием последствий.

2 В юридической литературе существуют достаточно убедительные высказывания в пользу понимания самонадеянности как уверенности в ненаступлении результата (см.: А. М. Трухин. Цит. соч. , стр.79,80; В. Г. Макашвили. О разграничении эвентуального умысла и самонадеянности. "Правоведение", 1965, № 2, стр. 167,168,169). Не со всеми выводами указанных авторов можно согласиться. Так, например, вызывает сомнение вывод об осознании отрицательных последствий при самонадеянности, трактовке эвентуального умысла, как допущения возможности отрицательного результата и т. п. Но

в ряде вопросов с ними, безусловно, следует согласиться. Помимо понимания самонадеянности как уверенности (это соответствует и одному из этимологических значений слова "надежда"), А. М. Трухин правильно отметил, что риск должен быть исключен из определения самонадеянности, ибо риск связан с неуверенностью (по существу риск понимается им как субъективная категория. Цит. соч. , стр. 82). Правильно указывается, что самонадеянность должна быть ближе к небрежности. В. М. Трухин (стр.79) указал на неполноту легального определения самонадеянности. С этим нужно согласиться, но с учетом сделанных уточнений.

3 См.: М. С. Гринберг. Преступная самонадеянность. "Правоведение", 1976, № 3, стр.71,72. Его же. Преступления против общественной безопасности. Свердловск, 1974, стр.107 и сл.

ществленную опасность самонадеянного поступка по сравнению с косвенным умыслом определяет расчет на предотвращение вреда. Мы полагаем, что выЗор конкретного варианта поведения, как правило, зависит от субъекта, учитывающего или не учитывающего определенные обстоятельства, осознающего последствия своего выбора, в том числе и объективно случайные. Стремление субъекта к достижению положительного результата при совершении противоправного поступка, осознание при виЗоре поведения и возможности нежелаемого отрицательного результата является отношением волевым. Пониженную опасность самонадеянности характеризует не неопределенность, а именно уверенность в ненаступлении отрицательных последствий. Если субъект, как это подчеркивает М. С. Гринберг, поставил заведомо для себя интересы других в зависимость от обстоятельств, которые он не контролирует, то, несмотря на его противодействие им (это уже не область вины, не область психического отношения, а объективный момент), нужно признать наличие в действиях субъекта умысла (в зависимости от учета других моментов - косвенного умысла или виновного риска). Неопределенность характеризует с точки зрения психической оценки риск, а не самонадеянность. При простом и виде небрежности отсутствует предвидение, хотя оно возможно, при этом самонадеянность от небрежности отличает непредвидение отрицательного результата, ввиду неуверенности в его ненаступлении. Косвенный умысел от других видов вины отличает осознание отрицательного исхода и безразличие к нему, отсутствие стремления к положительному результату (как при риске) и хотя субъект не всегда предвидит неизбежность такого исхода, но в отличие от небрежности, он может и должен предвидеть именно эту неизбежность. Что же касается интеграции и дифференциации, то введение дополнительных видов вины, естественно, ведет к дифференциации (практическое значение которой несомненно), а как раз введение в уже существующие виды вины одних и тех же признаков: "допущение", "риск", "вероятность" приводит к той самой интеграции, от которой предостерегает М. С. Гринберг*. I

I Кстати, ЯА.Чельцов, на которого ссылается М.С. Гринберг,

123

Бытует довольно распространенное мнение среди ученых-ци- вилистов, основанное на действующем законодательстве, о том, что формы вины в гражданском праве принципиального значения не имеют. О. С. Иоффе вполне логично объясняет это тем, что убытки подлежат возмещению независимо от формы и степени вины. Но ответственность не ограничивается взысканием убытков. Однако и в отношении применения других мер ответственности высказывалось мнение против учета формы и степени вины, что означало бы придание гражданско-правовой санкции карательной

р

функции . И все же в последнее время многие ученые справедливо высказываются за учет как формы, так и степени вины, особенно применительно к договорным отношениям хозяйственных организаций. Так, Н. Г. Малейн полагает, что последовательное применение принципа вины требует дифференцированного подхода к учету ее форм и степени. Необходимо установление повышенной ответственности при умышленных нарушениях. Именно такой подход ведет к повышению эффективности ответственности, к усилению ее воспитательной функции⁵. Такого же мнения придерживается и Е.А. Тархов⁶. Решительным сторонником такой диф-

действительно шел по линии интеграции видов вины, предлагая отказаться от подразделения вины на виды, но вводя, помимо умысла и неосторожности, дополнительную (форму вины "заведомость", объединяя в ней косвенный умысел и самонадеянность (См.: "Социалистическая законность", 1947, М 4, стр. 8-9). Ничего общего с этим предлагаемая дифференциация видов не имеет.

1См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву. JL , изд. ЛГУ, 1955, стр. 142,143,242-246. При применении других видов ответственности ученый допускает учет формы и степени вины.

2См.: И.Б.Новицкий, Л.А.Лунц. Общее учение об обязательствах. М., "Юрид. лит.", 1950, стр.376.

3См.: Н. С. Надеин. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М. , изд. "Наука", 1960, стр.152- 157.

4См.: Е.А.Тархов. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973, стр. 171. Можно сослаться еще на суждения: Г. К.Матвеева (Вина в советском гражданском праве. Изд, Киевского ун-та, 1955, стр. 241. Ученый предлагает даже дифференцировать размер убытков, против чего возражает И. Б. Новицкий. Цит. соч. , стр. 377), С. м. Яковлевой (Ответственность за несвоевременное исполнение и неисполнение плановых обязательств. Душанбе, 1962,стр. 69), Е.Бриных 4 За эффективность имущественных санкций. "Советская юстиция", 1965, 23, стр.9)и других ученых.

III

Дифференциации является Ф. Л. Рабинович*, ученый высказывается за возможный учет видов вины, а, как нам представляется, дальнейшая дифференциация видов и подвидов вины позволяет в большей мере учитывать степень вины. Однако все эти по существу правильные, предложения не нашли еще в полной мере отражения в действующем законодательстве, поэтому вопрос о презумпции конкретных форм (видов) вины в основном также не выходит пока из области предложений по совершенствованию законодательства. Но как только законодатель воспримет указанные предложения, вне всякого сомнения возникнет вопрос о презумпции. Поэтому дать ответ на указанный вопрос необходимо. Мы полагаем, что в этих случаях следует исходить из принципа, что конкретная

форма (вид) вины (неопровержение конкретных форм (видов) вины) должны прежде всего быть установлены. Все формы и виды вины презюмироваться не могут. При этом сохраняется правило, что тяжесть доказательств ложится на должника (причинителя), не представление им опровергающих доказательств не освобождает суд (арбитраж) от необходимости установления конкретной формы (вида) вины. Это лишний раз подтверждает то, что презумпция не может сводиться исключительно к *onus probanda*. В тех же случаях (и только тогда), когда конкретная форма (вид) вины окажутся не установленными, поскольку и если в этих случаях действует презумпция "неопровержения вины" как предпосылка ответственности, должна применяться и презумпция неопровержения вины в конкретной форме (виде).

Обратимся прежде всего к нормам, в которых учет (формы вины) предусматривается. В ст. 49 ГК РСФСР предусмотрен, как минимум, умысел одной стороны. Этот умысел у одной или у обеих сторон должен быть установлен. Непосредственно из закона наличие в этой норме презумпции не вытекает. И все же исключить презумпцию умысла нельзя. Во-первых, эти сделки характеризуют особые объективные признаки - сделка противна интересам государства и общества. Недопустимость заключения таких сделок очевидна. Во-вторых, "заведомость" (осознание своего поведения, знание заключения противоправной сделки) отделяют от I

I См.: Ф, Л. Рад инович. Цит. соч., стр. 65-94.

123

умысла (сознательное стремление к противному этим интересам результату, наличие такой цели)*'. Напрашивается вывод, что должен презюмироваться умысел у обеих или одной стороны, которые действовали заведомо. Эта сторона (стороны) вправе опровергать указанную презумпцию. В статьях 224 и 227 ГК фигурируют две формы вины: умысел и неосторожность, причем в ст.

221 определена презумпция, но презумпция общая, альтернативная (если не докажет, что просрочка вызвана умыслом либо неосторожностью). Из смысла статьи 224 ГК следует, что речь в ней идет о встречной вине кредитора, которая вообще не презюмируется, а устанавливается. Это же относится к формам вины. В ст. 227 презюмируется умышленная просрочка кредитора, если умысел будет опровергнут, происходит трансформация в неосторожную просрочку; неосторожность может быть опровергнута, тогда должник лишается права на возмещение убытков. Однако если умысел не опровергнут, то по смыслу ст. 227 он презюмируется. В некоторых нормах предполагается только умышленное поведение, т. е. при применении ответственности презюмируется прямой умысел. К ним относятся, например, часть I ст. 333, ст. 338, ст. 58 и ряд других статей ГК РСФСР, но вопрос об указанной презумпции здесь не возникает, поскольку кроме умысла другой

формы вины быть не может. В ст. 427 ГК предусмотрено, что в случае просрочки в получении сданного на хранение имущества хранитель несет ответственность за утрату, недостачу или повреждение лишь при наличии умысла или грубой неосторожности, таким образом, в этом случае берется во внимание и степень вины. По смыслу этой нормы умысел и грубая неосторожность должны быть установлены. Вряд ли здесь применимо к ситуации неопределенности правило о презумпции неопровержения вины, которую должен опровергнуть неисполнивший обязательство. Здесь два нарушителя (тот, кто не обеспечил сохранность, и тот, кто допустил просрочку). Умысел или грубая неосторожность должны быть установлены, их отсутствие 1 2

1См.: К. К. Райхер. Об особом виде противозаконных сделок. "Актуальные вопросы советского гражданского права", "Юрид. лит.", М., 1964, стр. 55.

2В юридической литературе обычно под грубой неосторожностью понимают самонадеянность, но, видимо, правильней включать в нее все квалифицированные виды неосторожности.

ЗГУ”?

126

должен доказывать прежде всего хранитель, но если он не сможет это доказать, а суд не сможет прийти к выводу об их наличии, то вина должна презюмироваться в форме неосторожности с учетом неисправности другого контрагента и наиболее типичной ситуации. Учет степени вины причинителя должен приниматься во внимание и при учете вины потерпевшего (от. Д58 ГК). Это означает, что прежде всего необходимо учитывать различие в формах и видах вины причинителя и потерпевшего. Они должны быть установлены, но в отношении причинителя вреда действует презумпция, поэтому в случае неустановления с его стороны других форм вины следует презюмировать наличие в его поведении неосторожной вины в виде простой небрежности. Презюмировать не вид, а степень практически просто невозможно. Несомненная дифференциация ответственности в зависимости от видов вины предусматривается в Положениях о поставках, в Постановлении Совета Министров СССР от 27 октября 1967 г., которые предусмотрели при грубом нарушении условий договора право арбитражей на повышение неустойки. Под грубым нарушением следует понимать как объективные моменты, так и наличие умысла нарушителя. Этими нормами предусмотрено право арбитража и уменьшать размер штрафных санкций. Существует мнение, что при этом учитывается форма и степень вины неисправного хозоргана[^]. В этих случаях вряд ли уместна постановка вопроса о презумпции, поскольку право добитража возникает лишь до установления конкретных обстоятельств нарушения договора. Если же предложения ученых о введении в гражданское право общего принципа дифференциации ответственности с

учетом форм (видов, степени) вины будут реализованы, то, как мы указали, должен будет решаться вопрос и о презумпции. В связи с этим представляется необходимым высказать следующие соображения. Презумпция - это следствие из наиболее вероятного вывода, поэтому нужно принять во внимание наиболее часто встречающиеся формы (виды) вины и то лишь в тех случаях, как мы указали, когда не удалось установить конкретную форму (вид), когда возникла ситуация неопределенности.

См.: Н. С. Малеин. Цит. соч. , стр. 157.

Шише

127

Как отметил Г. К. Матвеев, преобладающее место в гражданском праве занимает вина в форме неосторожности, хотя гражданское право знает и умышленную вину. При этом ученый высказывает интересную мысль о том, что одной из причин такого преобладания неосторожной вины является перекрытие гражданской вины уголовной, поскольку в подавляющем числе случаев совершенные умышленно гражданские правонарушения перерастают в уголовные преступления. Бдесь действует преюдиция приговора по уголовному делу*. Но преюдшя - это не что иное, как презумпция истинности выводов - в данном случае истинности, установленной в конкретной ;форые и в конкретном виде вины по уголовному делу. На редкость случаев умышленной вины в практике неисполнения договорных обязательств социалистическими организациями указывает Б. С. Антимонов". Такого же мнения придерживаются К. Б. Новицкий, Л.А.Лунц³, Р. О. ХалФи-

hЦ

на , Н. А. Боровиков и целый ряд других юристов. Против такого мнения возражают Н. С. Малеин^и особенно ф.Л. Рабинович,который, оспаривая некоторые примеры Б. С. Антимонова, иллюстрируя свой вывод другими примерами из арбитражной практики, категорически утверждает, что неосторожность, как форма вины, во многих видах нарушений договорных обязательств социа-листическими предприятиями .встречается редко⁷. Как видим, споры идут в основном в отношении договорных обязательств между социалистическими организациями. К все же нужно взять под 1 2 3 4 5 6 7

1См.: Г. К. Матвеев. Основания гражданскоправовой ответственности, стр. 198,200.

2См.: Б, С. Антимонов. Основания договорной ответственности социалистических организаций. "Го сюр из дат", 14,1962, стр. 58 и сл.

3См.: И. Б. Новицкий, Л. А.Лунц. Цит. соч. , стр. 326.

4См.: Р. О.Халфина. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве. Изд. АН СССР.М. , 196 3, стр,

5См.: Н.А.Боровиков. Договор контрактации сельскохозяйственной продукции. "Юрид. лит.", м. , 1971, стр. 130.

6Н. С. Малеин. Цит. соч., стр. 152.

ш

сомнение выводы сторонников двух крайних позиций. И не тшь- ко потому, что их выводы не подтверждены, в том числе и ф. Л. Рабиновичем, хотя он и справедливо упрекнул в этом других ученых, глубоким анализом практики и социологическими исследованиями. Ведь нельзя же строить такого рода выводы, на нескольких примерах. Неточность выводов объясняется и неправильной трактовкой вины некоторыми учеными, включением в это понятие объективных моментов (невозможность преодоления)¹ неучетом дифференциации вины. Бънечно, в советском гражданском праве, особенно в договорных отношениях между социалистическими организациями, действует принцип товарищеского сотрудничества, взаимопомощи, но нельзя исключить (к сожалению, не так уж редко, и в этом, безусловно, правы Н.С.Малеин и Ф.Л. Рабинович) и умышленное причинение вреда, а тем более нарушение договорных обязательств (условия их достаточно хорошо известны, тем более лицам, выполняющим служебные обязанности). В случае дифференциации ответственности, установление умысла, тогда когда он имел место, несомненно будет способствовать укреплению социалистической законности и правопо-рядка, Но нельзя и гипертрофировать умысел, а тем более прямой и косвенный его виды. Случаи, когда контрагент по договору желает нарушить обязательство, причинить вред или безразлично относится к интересам других лиц, достаточно редки. Но умысел, как мы указали, не ограничивается двумя видами. Чаще других видов встречается виновный риск, когда субъект осознает и противоправность своего поведения и допускает отрицательные последствия, но не желает их, полагая, что такого рода последствия не наступят, что он (хотя в этом и нет уверенности) не причинит никому возможный вред, что он обеспечит все же исполнение обязательств, что его контрагент не понесет убыт:кии Даже в тех случаях, когда поставка, например, производится в первую очередь предприятию одного и то-

1 См. по этому вопросу: В. А. Ойгензихт. Проблема риска в гражданском праве. "Ирфон", Душанбе, 1972, стр. 53 и сл. ; см. также ОЛП Садиков. Рецензия. "Советское государство и право", IS5S, В 3, стр.138.

»

129

го же министерства, далеко не всегда нет желания и предположения избежать неисполнения договора Далеко не всегда поставка недоброкачественной продукции является следствием умышленной вины, ибо часто вина предприятия складывается не только из вины одного лица, но и комплексно[^]; вина шогих других работников может быть неосторожной и

такой же должна быть признана вина предприятия. Далекое не всегда отказ от акцепта счета связан с желанием поправить свои финансовые дела, часто плательщик просто неправильно применяет прецедент, не так оценивает пришедшие документы и т. п. Ведь даже при неправильном мотиве отказа, но правильности отказа по существу арбитраж ограничивается взысканием только штрафа. Усомниться можно в выводах Ф.Л.Рабиновича о наиболее часто встречающихся формах и видах вины, но во многом ученый прав. Это дает основания считать, что и умысел и неосторожность (умысел чаще в виде виновного риска, а неосторожность в виде небрежности с ее подвидами) в равной мере достаточно вероятны как при причинении вреда, так и при нарушении договорных обязательств. Отсюда в ситуации неопределенности презюмироваться должно будет неопровержение вины в форме умысла (виновный риск), а если причинитель вреда или должник эту форму вины опровергнут, то презумпция трансформируется в форму неосторожности (небрежность) и будет заключаться в предположении неопровержения вины в форме неосторожности. Что же касается квалифицирующих признаков вины, ее видов, вероятность которых не столь распространена, то они должны не презюмироваться, а устанавливаться. Так, нельзя презюмировать принятие должником мер, его расчет, его уверенность в ненаступлении результата, а тем более его желание причинить вред или нарушить обязательство¹.

§ 2. Презумпции неопровержения ненадлежащего поведения.

Из изложенного выше следует, что установление приблизи-

1 На это правильно обратил внимание Ф. Л. Рабинович (Цит. соч., стр. 28).

2 Б.с.Антимонов (Цит. соч. , стр.65,66) отметил, что установить умысел не представляет затруднений, сложнее обстоит дело с констатацией я характеристикой неосторожной вины.

Г!5ГЯ?*чг;*

130

тельных размеров в имущественной ответственности, исходя только из соразмерности действий субъектов, уменьшение ответственности или освобождение от таковой в связи с причинами объективного характера, неправомерно обосновывать наличием встречной или смешанной вины, отсутствием возможностей, либо вообще ссылаться на ст.37 Основ. Остановимся прежде всего на вопросе соучастия. Из приведенных выше примеров видно, что имеется налицо не просто соучастие в причинении вреда, но и широкое соучастие, позволяющее уменьшить размер ответственности, причем в отношении причинителя с учетом формы и степени вины потерпевшего¹. Но из этих примеров также видно, что решить этот вопрос не так просто, что определить размер суммы, подлежащей взысканию, весьма сложно. Г. П.Бычкова подчеркивает в отношении смешанной вины, что для нее характерно то, что/"виновное

поведение должника и кредитора приводит к такому результату, когда не представляется возможным определить, какая часть убытков причинена в отдельности той и другой стороной". Это относится не только и не столько к смешанной вине, а вообще к совместному причинению. И дело не только в смешанной вине и в содействии в причинении или увеличении вреда и нарушении обязательства., допущенного кредитором (должником). Если бы вопрос упирался только в вину, то решить его было бы просто - исходя из формы и степени вины, как об этом пишет в другой своей работе Г. П. Бычкова^{1 2 3}. (Сложность заключается в том, что такое совместное виновное причинение вредоносного результата зачастую не позволяет утверждать о наличии необходимой причинной связи между поведением должника (причинителя) и наступившими отрицательными последствиями. Возникает вопрос не просто об учете степени вины, а о конкретном установлении предела ответственности. Этот предел установить не всегда возможно и в этом случае возникает

1Видимо, следует учитывать степень вины и при договорной ответственности.

2Г. П. Бычкова. К вопросу о смешанной вине в договорных обязательствах. "Вопросы судебной и арбитражной практики". Труды Иркутского госуниверситета, том II, серия юридическая, вып. 9, ч. 3, Иркутск, 1969, стр.79.

3Г. П. Бычкова, 0 критериях распределения убытков при обоюдной вине сторон в нарушении договорных обязательств социалистическими организациями, стр. ИО.

131

необходимость в применении условного критерия. А. Г.Быков считает, что в данном случае действует презумпция равного юридического значения всех причин, приведших к наступлению вредоносного результата, пока не будет установлено иное*, фактически такого правила придерживается и практика.^ Следует подчеркнуть, что в случаях невозможности установления конкретной соразмерности причин презумпция действует не до наступления ответственности, а к ней прибегают только для применения ответственности должника (причинителя). Это, во-первых. Во-вторых, нельзя учитывать только количество причин и даже их качественную характеристику, их тяжесть, как это иногда предлагается. Даже самая незначительная причина может сыграть решающую роль в возникновении вредоносного результата, стать той каплей, которая переполняет чашу, тогда как самые существенные причины, даже если их несколько, сами по себе не вызывают такой результат. Поэтому в этих случаях правильнее говорить о презумпции нераздельности причин - презумпции совместного причинения, которая должна влечь за собой применение солидарной ответственности, почему-то редко применяемой в арбитражной практике, но довольно часто

применяемой в практике судебной, в обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда, например, по ст. 455 ГК РСФСР. Такой совместный вред может быть причинен и при нарушении договорного обязательства. Эта презумпция может быть опровергнута. Она является одним из условий ответственности всех соучастников причинения, она является условием для защиты имущественных прав не только кредитора (потерпевшего), но также и должника (доинициатора), если не только его поведение привело к вредоносным последствиям. Как видим, нет никаких оснований для применения этого принципа только по отношению к соинициаторам, исключая из их числа кредиторов (потерпевших), ибо поведение последних может явиться причиной как освобождения должника (инициатора) полностью или частично от ответственности^{1 2}

¹См.: А. Г.Быков. Цит. статья, стр. 10.

²§ 14§ Хозяйственного Кодекса ЧССР/ М. , изд. "Прогресс", 1966, стр.751, «362 ГК Польской Народной Республики (М. , изд. "Процесс", 1966, стр. 121Т) додусматривают учет степени встречной вины наряду с другими обстоятельствами дела.

132

ности, так и невозможности такого освобождения, ввиду невозможности определения действительного влияния различных причин на возникновение и объем вредоносного результата. Между собой солидарные должники (ими становятся и кредиторы (потерпевшие) расчет ведут, исходя из принципа равенства долей. Целесообразно и объем их ответственности определять, исходя из презумпции совместного причинения и принципа равенства долей еодолжников (сопричинителей). Еще раз следует подчеркнуть, что данная презумпция применяется в тех случаях, когда невозможно установить конкретную меру участия сторон в возникновении или увеличении вредоносного результата. Но даже и в этом случае доля еодолжников (сопричинителей) не всегда окажется равной, ибо должна приниматься во внимание и степень их вины. Таким образом, следует в таких случаях иначе подходить к распределению взыскиваемых сумм, чем это делается иногда на практике. Особого внимания в связи с анализом данной проблемы заслуживает применение ответственности при нарушении обязательств по перевозке грузов. Этот вопрос наш будет рассмотрен в следующей главе. Выше было отмечено, что в арбитражной практике ошибочно ссылаются на отсутствие вины, когда имело место, например, невыполнение обязательства по независящим от субъекта причинам. Включение в понятие вины объективных моментов, объективизация вины, допускаемая отдельными учеными, не встречает поддержки и является неправильной^{1*}. Поэтому и презумпции должны быть разделены. От презумпции неопровержения вины в широком понимании вины должна быть отдалена презумпция неопровержения зависящих от должника обстоятельств или иными словами презумпция "неопровержения ненадлежащего поведения" или презумпция "неопровержения непредотвращения отрицательных последствий". По

существованию все эти наименования презумпции тождественны, поскольку сводятся к одному и тому же содержанию, ибо если должник (причинитель) сумеет опровергнуть презумпцию, докажет, что не в его возможностях было предотвращение последствий (неисполнения, причинения вреда) он (кроме специально оговоренных случаев) должен быть

I См. работу автора. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, стр. 53-61.

м

133

освобожден от ответственности. Так, например, в ст. 654 отсутствует презумпция вины в узком ее смысле (кроме вины потерпевшего), но указанная выше презумпция в ее специфическом виде бесспорно имеется и причинитель вреда вправе ее опровергнуть, доказать, что вред не мог быть предотвращен из-за обстоятельств непреодолимой силы. Далекое не всегда может быть исключено и противоправность в поведении субъектов, т. е. существует и презумпция "неопровержения противоправности".

В правовых нормах, как мы уже отметили, нет прямого указания о существовании указанных выше презумпций, но совершенно очевидно, что отрицать их существование нельзя¹. Вполне понятно, что если законодатель допускает возможность опровержения вины, то он допускает возможность опровержения и других условий гражданско-правовой ответственности. Нельзя же на самом деле считать, что должник (причинитель) не вправе опровергнуть, скажем, факт неправомерности предпринятых действий? Кстати, о правомерности сказано в ст. 444 ГК. А раз можно это опровергнуть, то допустимо неопровержение, и презумпция такого неопровержения. Поэтому, по нашему мнению, и необходимо внести уточнение в правовые нормы. Презумпция неопровержения противоправности включает в себя прежде всего предположение знания законов. Мы уже касались этого вопроса во второй главе, но тогда это предположение рассматривалось как основание для вывода о правомерности поведения субъекта, как презумпция правомерности вступления в сделку, свободы волеизъявления, вытекающей из знания всех условий, предусмотренных законом. В данном случае речь идет о другом - о предположении знания неправомерности своего поведения, несоответствия его правовым нормам, знания последствий такого поведения. Поэтому, если в первом случае предполагалось знание законов, как свидетельство правомерного поведения, то во втором случае предполагается знание законов, как свидетельство противоправного поведения. Доказать обратное должен должник, ответст- I

I О косвенном закреплении презумпций см.: В. К. Бабаев. Цит. реферат, стр.3. Выше мы указали на необходимость в ст. 444 ГК вину понимать в широком смысле.

венность которого наступает не на основании презумпции факта знания законов, которые он нарушил, а на основании предположения неопровержения им противоправности.

Нужно сказать, что не все ученые признают наличие презумпции знания законов для применения ответственности за свое поведение!.. В свое время Я. М. Магазинер объяснял необходимость отказа от допущения доказывания неизвестности законов гражданами огромным риском для государства, который им не может быть принят на себя во избежание возрастания вредных последствий до неопределенной степени. Это и вызывает якобы необходимость переложения этого риска (в виде освобождения от ответственности при незнании законов) на своих членов. Этот риск может быть ослаблен государством путем недопущения применения ответственности до опубликования законов или отказа от их обратной силы, но это не принципиальное освобождение от риска, а только ограничение и смягчение его*. Существуют высказывания о том, что знание законов - это не презумпция, а конституционная обязанность граждан знать и соблюдать закон[^]. Утверждают, что обязанность граждан исполнять законы предполагает их обязанность знать их-*. Совершенно очевидно, что "гражданское право написано для неспящих"[^], что никто не может просто отговариваться незнанием закона - *ignorantia juris recusare potest*, очевидно и то, что граждане должны, обязаны знать и соблюдать законы. Это, однако, не исключает того, что само это знание презюмируется с большой степенью вероятности. Поэтому прав И. Л. Петрухин, который, дискуссия с В.Д.Арсеньевым, указывает на то, что обязанность знать и соблюдать законы основана на презумпции, на предположении наличия возможности для знания законов⁵. Отрицательно относится к этой презумпции В.А.Тархов. Ученый считает эту презумпцию не состоятельной, ибо (что, конечно, верно) даже для юристов бывает трудно подчас определить правомерно ли кон - 1 2 3 4 5

1См.: Я. М. Магазинер. Советское хозяйственное право, Л., 1928, стр. 290,291.

2См.: В. Д. Арсеньев. Цит. статья, стр. 101.

3См.: М. С. Строгович. Учение о материальной истине в уголовном процессе, стр- 204.

4См.: П.М.Стучка. Цит. соч. , стр. 258.

5См. : Теория доказательств в советском уголовном процессе. "Юрид. лит.", М. , 1973, стр. 347.

кретное деяние. В. А. Тархов полагает, что существует объективная противоправность, независимо от ее осознанности[^]. Такой вывод разрушает конструкцию вины, лишая ее одного из основных и обязательных компонентов, Так недалеко и до объективного вменения, до возложения

ответственности, исходя из факта причинения. Обоснованные же сошения ученого в отношении фиктивной презумпции вызваны отсутствием до сих пор связи этой презумпции с риском.

Иногда полагают, что данная презумпция заключается только в общем знании закона - что можно делать, а что делать нель-

зя . Но для гражданского права такое общее знание далеко не всегда приемлемо, поэтому В. К.Бабаев в другой своей работе совершенно верно подчеркнул, что там, где это требуется-(например, в гражданском, административном праве), необходимо

3

знание конкретной нормы . В правовой литературе указывается, что в положении "каждый знает законы и не может отговариваться своим незнанием" содержится материально-правовая норма, на которой основана ответственность. Отсюда делается вывод, что это не презумпция, а лишь норма, одетая в форму презумпции, ибо она не устанавливает связи фактов, ничего не предполагает, а провозглашает лишь правило.** Такой вывод делается, исходя из понимания лишь процессуального характера презумпции. Именно установление определенного положения в соответствии с большой степенью вероятности, установление с целью применения соответствующих последствий и составляет материально-правовую суть данной презумпции. Установление же это носит отрицатель- ' ный характер в виде неопровержения этого предположения. Правда, стоящие на этой позиции ученые не исключают опровержения указанного положения, но подчеркивают процессуальный характер этого опровержения^ . В опровержимости, собственно говоря, и проявляется то, что вывод о знании каждым закона не является ни аксиомой, ни риском, ни переодетой устанавливающей нормой, 1 2 * 4 5

1См.: В. А. Тархов. Цит. соч. , стр. 7 4.

2См.: В. К Бабаев. Автор еф. , стр. 22.

См.: В. К. Бабаев. Цит. моногр. , стр. 109. См. также: В. А. Туманов. Вступление в силу норм советского права. "Уч. зап. ВШЮН", вып.7, М. , Госюриздат, 1958, стр. 102.

4См.: Ы. С. Строг о вич. Учение о материальной истине в советском уголовном процессе, стр. 208,209.

5См. там же, стр. 212. На недопустимое ограничение М. С. Стр с

136

а презумпцией. Считают, что допустимо опровержение при юридической ошибке, при неопубликовании нормы ши в силу причин,

т

исключающих возможность ознакомления с нормой . Верно утверждение, что опровержимость данной презумпции это вопрос не только Факта, но и права, поскольку не исключено, что виновное лицо не только по объективным, но и по субъективным при-чинам югло не знать о противоправном характере своих действий^ . Так, опубликованная норма

могла остаться неизвестной для конкретного лица, если о введении этой нормы отсутствовала соответствующая информация, что должно быть с достоверностью установлено. Интересное подтверждение возможности опровержения указанной презумпции дает Л.Майданик в речи по делу А.Струмилиной. Выступая в качестве адвоката Струмилиной,

Л. Майданик обоснованно утверждал, что малолетняя обладала юридической неосведомленностью, поэтому не знала закона, даже потом она считала, что раз сама была виновата в случившемся, то не вправе предъявлять иск, лишь случайно узнав в юридической консультации о своем праве. Л. Майданик к этому добавляет: "Это вполне извинительно для человека, не искусенного в юридических правилах, регулирующих обязательства из причинения вреда", а тезис о недопустимости ссылки на незнание закона чрезмерно категоричный, практика знает немало примеров восстановления сроков исковой давности по причине юридической неосведомленности, как например, в определении судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда СССР за 1940 г. № 716 по делу потерпевшей Лупарьевой**. Но нужно еще раз подчеркнуть исключительный характер опровержения этой презумпции.

Итак, презумпция неопровержения противоправности основана на наиболее вероятном выводе о знании законов, т. е. на субъективном моменте - на категории субъективной, хотя сама

говоря о действии данной презумпции уголовным процессом обратил внимание А. А. Тилле (см.: Презумпция знания законов. "Правоведение", 1969, № 3, стр. 36).

См.: Б. К. Бабаев. Цит. моногр., стр. ПО.

См.: А. А. Тилле. Цит. статья, стр. 37.

См. пример опубликованный в журнале "Социалистическая законность" за 1942 г., № 9, (стр. 29). который приводит в указанной статье А. А.Тилле (стр. 37).

См.: "Социалистическая законность", 1976, № 7, стр.72. Суд принял во внимание этот довод.

137

по себе противоправность является категорией объективной. Но дело в том, что противоправность - это не сам закон или его знание, а поведение, противоречащее закону, однако презумпция неопровержения противоправности, как и презумпция знания законов, построенные на выводах, являются категориями субъективными, хотя сама вероятность, из которой вытекают эти выводы, объективна. Это лишний раз показывает то, что в качестве условий (непосредственных или опосредствованных) применения ответственности включается целый комплекс не только объективных, но и субъективных условий, не укладывающийся в традиционную схему. Так, например, совершенно очевидно, что гражданин не может знать (это относится и к специалисту в этой области) все нормы

гражданского права, но в нашей стране созданы все возможности для ознакомления с такими нормами, именно поэтому, как указано во второй главе, о презумпции знания закона мы не имеем оснований говорить как о фикции. Но можно ли считать, что субъект, не узнавший эти законы, абсолютно всегда является виновный? Конечно, нет; не во всех случаях можно вменить это ему в вину в юридическом смысле¹, однако незнакомство с конкретными нормами свидетельствует о наличии риска. Предпосылкой ответственности является презумпция знания законов, условием ответственности, если эта презумпция опровергается, будет являться риск, а иногда (в случае, если обязан был знать норму) и вина субъекта. Это лишний раз доказывает необходимость понимания риска в качестве субъективной категории, что убедительно показано проф. С.Н.Братусем². Однако в литературе встречаются иные взгляды на эту категорию. Так, например, О.А. Пастухин понимает риск как случайную опасность умаления блага³, а Б.Н. Мезрин отождествляет ^{1 2 3}

¹ Конечно, законы своего государства советские граждане обязаны знать; реальные возможности для этого имеются (см.: Ответственность перед законом. "Правда", 28 августа 1976 г.).

² См.: С.Н.Братусь. Юридическая ответственность и законность, стр. 171 и сл.

³ См.: О.А.Пастухин. Категория риска в советском гражданском праве. "Гражданское право и способы его защиты". Свердловск, 1974, стр. 57 и др.

ТВШ

138

его со средними потерями в результате ошибки*. Критика этих взглядов была дана в свое время в специальной статье². Опасность всегда, как и угроза, вероятна и называть случайной ее не к чему. Если опасность случайна, потому что не предвидится, то никакой связи с риском здесь нет; если она существует (а это действительно так) независимо от предвидения, то тем более нельзя говорить о риске. О. А. Пастухин в дальнейших своих рассуждениях пришел к выводу, что возможность потерь (в его трактовке - опасность, угроза) является основанием для мер граждан с ко право вой защиты. Это по существу подмена причинения возможностью причинения. В конце концов автор вынужден был признать, что "стыковка" опасности с риском происходит в момент осознания опасности. Но именно в этот момент и происходит выбор поведения, допущение случайных последствий, если проявление опасности лишь возможно, но далеко не очевидно и данное поведение, как правило, правомерно. Это и пре¹ращает риск в субъективную категорию. Неприемлема и точка зрения Б, Н. Мезрипа, ибо ущерб есть ущерб, даже при включении в него средней или какой-то другой величины, а вот субъективное допущение вероятности этого ущерба в основном при случайных обстоятельствах и есть риск. Е.Н. Петров полагает, что риск имеет значение только в борьбе мотивов, в принятии решения и в волевом

действию не объективизируется⁴. Но, противореча себе, через несколько страниц автор указывает, что именно при мотивации поведения право участвует* в регуляции психических процессов, что поведение людей определяется участием

Л

права в формировании мотива . Но дало не только в этом. Действительно, на какой-то стадии формирования поведения происходит лишь борьба мотивов, но затем допущение проходит через человеческое сознание, становясь сознательным допущением, но осознание последствий не останавливает субъекта от совершения 1 2 3 4

1См.: Б. Н. Мезрин. О юридической природе риска в советском гражданском праве, тот же сборник, стр. 47 и др.

2См. : В. А. Ойгензихт. К вопросу о понятии риска в гражданском праве (По поводу дискуссии об объективном и субъективном риске). "Актуальные проблемы применения советского законодательства. Душанбе, 1974, стр. ПЗ-126.

3См.: ПН. Петров. Проблемы повышения эффективности законодательства об ответственности хозорганов за нарушения обязательств. Автореф. докт. дисс. , и. , 1975, стр. 21.

4Там же, стр. 26.

139

конкретных действий, от выбора определенного поведения. Тем самым эти действия становятся не только осознанными, но и волевыми. Это же отличает и вину, которую характеризует стремление субъекта, выбор им определенного поведения, соединенные с осознанием противоправности действий (бездействия), а также с предвидением или с возможностью предвидения их противоправных последствий. Риск характеризуется же допущением преимущественно случайных последствий, в основном при выборе варианта правомерного поведения. Кстати, стремление к дели может и не совпадать с желаемым результатом поведения. Вывод И.Н. Петрова совершенно не понятен, поскольку субъективный риск никогда не рассматривался и никогда не понимался, как и вина, с точки зрения чисто психического процесса, а только как объективное выражение воли в действии. Разрыв же волевых и интеллектуальных моментов, их формирования и проявления просто ни на чем не основан. Не всегда только противоправное поведение приводит к отрицательному результату, но нельзя считать, что осознанный выбор поведения, находящегося за пределами противоправности и приведшего к такому результату. который сам «о себе может быть а противоправным, допущение субъектом такого результата безразличны для права, как это полагает В. А. Мусин

Некоторые ученые, разделяя концепцию субъективного риска, не соглашаются признать его основанием применения ответственности или

распределения убытков в отдельных случаях. Это относится не только к обязательствам из причинения вреда. Так, Ф.Нинидзе, полностью соглашаясь с пониманием риска, как допущением вероятных отрицательных последствий, полагает, что он не применим к последствиям, возникшим при крайней необходимости, поскольку в этом состоянии предвидится неизбежность, а не вероятность наступления указанных последствий¹

2. Однако
1 Си.: В.А.Муоин. Договор морского страхования по советскому и иностранному праву. Автореф. докт. дисс., М., 1975, стр.б.

2 См.: Ф.Нинидзе. Фактивная необходимость по советскому гражданскому праву. Автореф. канд. дис., М., 197А, стр. 10. Некоторые ученые фактически рассматривают риск как объективную и как субъективную категорию. Так, Н. С.Малеин

фаит. соч., стр. 33) отождествляет необоснованный риск с

140

нельзя не учитывать того, что при возникновении отрицательных последствий в результате правомерного поведения можно говорить только о риске, а не о вине. Совершенно очевидно, что субъект сознательно избирает определенное поведение в сложившихся обстоятельствах, сознательно допуская и возможность возмещения отрицательных последствий, ибо ст. *й9 ГК РСФСР не исключает полное или частичное освобождение причинителя от такового возмещения.

Надо иметь в виду, что вывод о знании законов еще не означает противоправности, может быть опровергнуто и само поведение, само действие, противоречащее норме права, но при определенных условиях при определенном результате противоправность поведения может также предполагаться.

К указанным выше презумпциям мы обращаемся только тогда, когда возникает сомнение в субъекте ответственности, когда существует трудность в установлении фактических обстоятельств, как правило, при различных вариантах соучастия. Это особенно характерно для обязательства перевозки, поскольку в исполнении этого обязательства участвует несколько субъектов. При анализе проблемы презумпции в этих обязательствах приходится, естественно, говорить не только о презумпциях, относящихся к причинам, вызвавшим вредоносный результат, к противоправности, к неисправности поведения, но и о презумпции неопровержения вины (неподтверждения невиновности), которая прямо вытекает из ст. 74 Основ (от. 382 ГК РСФСР). Обращение к такой презумпции диктуется тем, что нужно различать доказанность невиновности и недоказанность виновности. Это понятия, как мы указали, не тождественные. Естественно, что для выяснения вопроса об ответственности необходимо установить не только ее объективные, но и субъективные условия.

грубой небрежностью. О субъективной трактовке риска свидетельствуют и другие его высказывания, хотя его позиция и послужила

поводом для отрицания риска в качестве субъективного основания гражданско-правовой ответственности Т.И. Калининой (см.: Некоторые вопросы вины, риска, и гражданско-правовой ответственности, "проблемы государства и права", в. 10, М., 1975, стр.282), хотя она и считает концепцию субъективного риска единственным выходом из признания юридической ответственности без вины. Как видим, довод этот недостаточно убедительный, учитывая противоречивость в трактовке риска

рцдо«э«-,г-' tv. it-

ш

Необходимо отметить, что в свое время при анализе категории риска, применительно к обязательствам перевозки (транспортного риска), мы употребляли несколько иную терминологию: "ответственность на основании риска неопровергнутой презумпции вины"¹. Имеется ли противоречие с указанным утверждением? Прежде всего отметим, что невозможность опровергнуть вину не означает наличие вины, как не отождествляется с самой виной ее презумпция. В настоящей работе проблема ответственности анализируется несколько с иной стороны, что, естественно, приводит к определенному уточнению отдельных понятий. Учитывая отсутствие в нормах ссылки на другие условия ответственности, кроме вины, на употребление в литературе вины в широком смысле, а не только как субъективной категории, как правило, данные презумпции связывались только с виной. В то же время, несомненно, что неопровержение других условий ответственности означает обычно также и неопровержение вины (неподтверждения невиновности). В качестве условия защиты нарушенных прав выступают презумпции неопровержения условий ответственности. В качестве условия ответственности выступает в конце концов риск неопровержения этих презумпций, как предпосылок ответственности - и допущение того, что презумпция останется в силе и это приведет к имущественным потерям. В правовой литературе указывается, что целью распределения обязанностей по доказыванию является "возложение риска недоказанности факта на одну из сторон". Так, например, обязывая причинителя вреда доказать отсутствие вины, закон возлагает на него риск недоказанности отсутствия вины, усиливая тем самым охрану интересов граждан². По существу это не что иное, как допущение того, что отсутствие вины не будет подтверждено, не будет опровергнуто.

Иногда, однако, вопрос о презумпции возникает и тогда, когда вина субъектов и причины причинения вреда не устанавливаются теми, на кого это возложено. Это происходит тогда, 1 2

1См.: Проблема риска в советском гражданском праве. Автореферат докт. дис., М., 1974, стр. 22.

2См.: Л.А. Ванеева. О вероятности в гражданском судопроизводстве. "Правоведение" 1969, № 2, стр.94.

ш

когда соответствующие органы приходят именно к такому выводу после проверки обстоятельств и производства расследования. Так, в частности, бывает, когда нет у следственных органов достаточной уверенности в причинах происшедшего случая, когда эти причины определяются лишь предположительно, либо вообще не устанавливаются. Встречается, что следствие по факту, например, пожара, приходит к заключению: причины пожара не установлены. Так, в автолавке Ундкинское сельпо в Таджикистане находились спички, одеколон, вазелин и другие товары. Возник пожар, причинивший ущерб на сумму 79'37 рублей. Расследование пришло к предположительному выводу: возможно самовоспламенение спичек. Такой вывод повлек за собой выплату страхового возмещения. В другом районе Таджикистана загорелся склад тары, длительное расследование не установило причину пожара, предположив, что могла иметь место детская шалость с огнем. Возник пожар в складе промышленных товаров Хорогского горпо, следствие остановилось на версии, что пожар возник от попадания на товар горячей спирали электролампочки, но другие данные делали этот вывод следствия весьма предположительным, что в действительности и подтвердилось. Подобных примеров можно привести много. Если же действительные причины в результате специальной проверки установлены вообще быть не могут, даже предположительно, т.е. они не презюмируются, то тогда возникает другая презумпция - презумпция объективного случая, исключая ответственность, но приводящая иногда к обязанности выплатить определенные суммы, как например, при страховании. Интересно, что в страховом правоотношении презумпции вины (в широком смысле) страхователя вообще не существует и если она не установлена, то обязательство органов госстраха возникает.

При применении гражданско-правовой ответственности мы сталкиваемся и с презумпцией бесспорности требований (презумпцией неопровержения всех условий ответственности). Речь идет об установленном порядке выдачи в ряде случаев исполнительной надписи нотариуса (взыскание некоторых штрафов, задолженности). Эта презумпция может быть опровергнута путем предъявления иска на возмрат взысканных сумм или оспаривания действий

143

нотариуса. Представляется, одна ко, что при наличии у нотариуса данных об опровержении указанной презумпции взыскание может быть произведено только в исковом порядке.

§ 3. Презумпции при ответственности за действия третьих лиц.

Наверное, так будет более точно определить ответственность тех, кто несет ее, хотя вред причиняется другими лицами или другими лицами осуществляются такие действия (бездействие), которые приводят к невыполнению обязательства. При этом сами

субъекты безусловно совершают тоже определенные действия, которые, хотя и не причиняют вред, но несомненно иногда способствуют его причинению. В некоторых случаях проблема такой ответственности сводится к проблеме так называемой ответственности за "чужую вину".

В свое время в качестве субъективного условия такой ответственности был наш назван риск - риск гаранта^{1*}. Но этот риск несомненно связан с определенными презумпциями и он заключается в допущении неопровержения этих презумпций, как предпосылок ответственности, предварительных ее условий. Эти презумпции прежде всего связаны с проблемой ответственности за так называемых поднадзорных лиц. Очень большие споры всегда вызывала ответственность родителей и опекунов за действия детей и других недееспособных. Споры вались вокруг вопроса: несут ли эти лица ответственность за свою собственную вину или их ответственность повышена. Буржуазное право не всегда устраняло непосредственную ответственность недееспособных за причинение ими вреда. В русском дореволюционном праве считалось, что отсутствие дееспособности еще не устраняет дееспособность. Как правило, отвечают дети и безумные¹

¹ См. статью: Некоторые вопросы ответственности гаранта. "Актуальные проблемы государственного строительства и укрепления социалистической законности в Таджикской ССР", Душанбе, 1973, стр. 205-218.

144

по английскому праву^{1*}. По французскому праву ответственность родителей объясняется презумпцией в ненаблюдении за детьми¹. Нереальность взыскания средств с недееспособных все же потребовала еще со времен римского права ввести ответственность за их действия других лиц¹. В гражданском праве буржуазных стран особое внимание уделяется ответственности за вред, причиненный животными и вещами, находящимися под надзором, а в некоторых случаях и вышедших из-под надзора. Ответственность хозяина (пользователя) объяснялась презумпцией вины в недостаточном наблюдении^{1*}, но было и объяснение на основании теории "риска-выгоды", а также на основании теории "права собственности"¹. Существует в буржуазном праве и презумпция вины собственника за вред, причиненный строением, так как считается, что он не осуществлял должный ремонт.

Многие советские ученые-цивилисты склонялись к необходимости возложения ответственности на родителей и опекунов только при наличии их вины, хотя ст.405 действовавшего ГК РСФСР на это не указывала. М.М.Агарков, однако, считал, что нельзя говорить о простой небрежности родителей в надзоре за детьми, нельзя возлагать на них ответственность, если, скажем, они просто отпустили детей, необходимо наличие грубой небрежности¹. Высказывалось мнение о том, что гражданское право почему-то требует большего осознания совершенных дей-

1 Правда, в буржуазном праве популярен и принцип *res ipsa loquitur* (вещи говорят сами за себя) и ответственность за служащих и агентов (*servants, agents*) основывается на этом принципе; вина хозяина презюмируется: если на голову упал камень, то налицо вина, так как если бы был надзор, то камень не мог бы упасть - вещи говорят сами за себя (см.: Х.Шварц. Англо-американское деликтное право. "Советское государство и право", М 2, 1940, стр.94.

2 См. : Е. Годэмэ. Общая теория обязательств. М. , 1948, стр. 336. Интересно, что в буржуазном праве ныне широко учитывается ^независимость^ молодых людей, родители не могут отказать старшим детям в достаточно широкой овободе (Р^Саватье. Теория обязательств. М. , "Црогресс", 1972, стр.

3 См.: Ю.Барон. Система римского гражданского права. Кн. 4. Спб. , 1910, стр. 251.

4 См.: Е. Годэмэ. Цит. соч. , стр. 340-343.

5 См.: Е. Годэмэ. Цит. соч., стр. 338,339.

6 См.: М.Агарков. Вина потерпевшего в обязательствах из причинения вреда. "Советское государство и право", 19 40,

^ 3, стр.77.

145

ствий, большую степень интеллектуальной и волевой зрелости, чем уголовное*. Обращалось внимание на довольно парадоксальное положение: ответственность родителей за собственную вину, с одной стороны, и в то же время их ответственность за чужие действия, с другой стороны, ибо причинителем вреда является не тот, кто отвечает, а тот, за действия которого от-

р

вечает данное лицо . Параллельно с данным вопросом возникает целый ряд других: о вине самих причинителей, об ответственности родителей, лишенных возможности надзора и т. п. Определенное внимание этой проблеме уделил К К Яичко в. Анализируя две юлярныз точки зрения на вину родителей, автор указывает, что сторонники объективной ответственности, независимо от вины родителей, объясняли это недопустимостью возложения риска причиненного вреда на потерпевших , этот риск должен перелagаться с последних на тех, кто осуществляет за детьми надзор,

з

если их самостоятельность недостаточна , Как видим, сторонники этой теории скорее говорили о гарантийной ответственности, основанной на риске. К К, Яичков приводит и третью точку зрения - это повышенная ответственность родителей, их ответ-ственность в силу закона. Автор приходит к выводу, что для применения ответственности должна быть собственная вина родителей, обусловленная виной несовершеннолетних^.

Этот вывод, конечно, спорен, В литературе было немало сторонников ответственности родителей независимо от их вины, за противоправное действие недееспособного, находящегося под их надзором'. Совершенно верно подчеркивает А. И. Пергамент, что мало- 1 2 3 4 5

1См.: И.Д.Фондаминский. Ответственность за действия других лиц в обязательствах из причинения вреда по советскому праву. Канд. дис. , Свердловск, 1948, стр. 102-104.

2См. там же, стр. 135.

3См.: К.Яичков. Ответственность родителей за причиненный детьми вред. "Социалистическая законность", М б, 1950, стр. 32,36. О риске родителей, вынужденных неусыпно следить за своими детьми говорит и Б. И. Гомберг (см.: Гражданская ответственность без вины в отношениях внедоговорных. "Право и жизнь", 1927, Ж I, стр.14;.

4См.: К. Яичков. Циг. статья, стр. 35,36.

5См.: В. С. Тадевосян. Ответственность родителей за вред, причиненный детьми. "Советское государство и право,

1949, Л 4, стр. 24-Х. См. также: К.И.Банаев. Вопрос об основаниях ответственности родителей за вред, причиненный их детьми. Уч. зап. АЗИ7, 1955, & 4, стр. 84-88.

летние не могут быть признаны виновными. Она не согласна и с позицией Е. Л. Фяейшиц о неопровержимой презумпции вины родителей и опекунов и полагает, что ответственность они несут за свою вину, которая презюмируется, но может быть опровергнута¹. О. С. Иоффе стоял на позиции ответственности родителей за собственную виновную бездеятельность в воспитании и надзор¹. М.И.Брагинский, подчеркивая спорность постановки вопроса о виновности недееспособных, не согласен с предлагаемыми основаниями ответственности родителей и опекунов: за чужие действия, защита интересов соприкасающихся, охрана потерпевших, ибо нельзя смешивать основания и пределы ответственности с пределами виновности. Возможность предотвратить вред должна, по мнению М, Я Брагинского, учитываться только при определении вины. Новое гражданское законодательство внесло определенную ясность в данную проблему. Правда, еще встречались предложения об установлении ответственности этих лиц независимо от вины , но правовые нормы не оставляют никакого сомнения прежде всего в том, что для возложения ответственности за вред никак не должна учитываться вина несовершеннолетних и признанных недееспособными, поскольку они не могут свободно оценивать свои поступки, результат своих действий и не способны своими действиями создавать для себя гражданские обязанности. В свое время предлагаюсь предоставить суду возможность определять, мог ли причинитель сознавать свой поступок[^]. Именно так решается вопрос об ответственности невиновных- 1 2 * 4 5

1См.: А. И. Пергамент. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних. "Уч. зап. ШЮВ", вып. 3, "Гьсюриз дат", 1955, стр, 62-69.

2См.: О. С. Иоффе. Ответственность по советскому гражданскому праву, изд. ЛГУ, 1955, стр, 170-180. См. также Л. Г. Кузнецова, Я. Н. Шевченко. Гражданское право в советском государстве, "Юр из дат", Л, 1968, стр.83,84.

О См. : ЫЛЛ Брагинский. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву. "Труда ВИЗЫ", т.1, М. , 1961, стр,71-76. К сожалению, автор допускает некоторую объективизацию вины.

4См.: В. С. Тадевосян. Ответственность родителей за воспитание детей. "Советское государство и право", 1965, № 12, стр. 44.

5См. : Х. И. Шварц. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. М. , 1939, стр. 53.

147

ных в некоторых странах*. Наше гражданское законодательство не знает этого, о мне причинителей не указано в норме. Это вызывает постановку вопроса, на который раньше многие юристы отвечали отрицательно: допустима ли ответственность родителей, опекунов (попечителей), если вред произошел в результате объективного случая, ибо не исключено, что вред оказывается непреодолимым, происшедшим в результате явления, имеющего основание своего появления во внешних обстоятельствах. Но вместе с тем одной из причин этого случая является обычно бездействие родителей и других лиц, бездействие, в котором они виновны. В. Кудрявцев полагал, что объективным основанием ответственности может являться как необходимая, так и случайная связь! и субъект может предвидеть наступление не только объективно необходимых, но и объективно случайных последствий своих действий[^]. Такого же мнения придерживается и П. Г. Семенов, считающий, что юридически значимой может быть не только необходимая, но неслучайная связь в известных пределах³. Правда, эта точка зрения не всегда встречает поддержку, тем не менее с ней следует считаться. Объективные и субъективные элементы рассматривать нужно вместе, решая вопрос об ответственности.

В этом смысле прав О. С. Иоффе, говоривший, что вне учета субъективного момента нельзя ранить проблему причинной связи[^]. Статьи 450,451 и 452 ГК РСФСР знают лишь одно исключение - от ответственности родителей, опекунов, попечителей, детских и лечебных учреждений. Только вина, безусловно к характеру причинной связи между поведением этих лиц и вредом, без оценок^{1 2 3 4}

1См.: ст. 425 ГК ПНР, изд. "Прогресс", М. , 1966, стр. 142; Согласно § 422 ГК ЧССР (изд. "Прогресс", М. , 1966,стр. 1.51) это относится к несовершеннолетним.

2См.: В.Н. Кудрявцев. К вопросу о причинной связи в уголовном праве. "Советское государство и право", 1950, Ш I, стр. 42,

3См.: И. Г. Семенов. Проблема причинной связи в советском праве. "Уч. зап. ВШ", вып. 10, 1958, стр. 268. В принципе с этим согласен и О. С. Иоффе (см.: Ответственность по советскому гражданскому праву, стр. 234) и ряд других авторов.

4См.: О. С. Иоффе. Значение вины в советском гражданском праве. "Уч. зап. ЛГУ", Л 129, серия юридич.", вып. 3, 1951, стр. 155.

140

ки их объективного поведения. В правовой норме можно было предусмотреть и иное. Так, в § 422 ГК ЧССР указано, что от ответственности освобождаются лица, обязанные осуществлять надзор, если докажут, что надлежащий надзор осуществлялся постоянно. В ст. 427 ГК ПНР, помимо надлежащего выполнения обязанностей по надзору, от ответственности освобождает также случай, когда вред возник бы и при тщательном осуществлении надзора. Видимо, статьи 450, 451 и 452 ГК РСФСР нуждаются в уточнении и вину следует понимать в широком смысле. При возложении ответственности не может не учитываться также установленная (непрезумированная) вина потерпевших, а если потерпевшими оказываются дети, то имеет значение вина их родителей (опекунов) в ненадлежащем воспитании и надзоре, которая должна рассматриваться аналогично вине родителей (опекунов) причинителей, включая допущение ими случайного причинения вреда. Таким образом, если при объективном случае причинения вреда детьми, достигшими 15 лет, таким же детям, имеется указанная вина родителей (опекунов) и причинителя и потерпевшего, то ответственность должна применяться с учетом степени вины, что пока является дискуссионным*. На лиц, осуществляющих надзор и воспитание, не должна возлагаться ответственность, если эти лица докажут, что вред возник не по их вине. Отсюда, очевидно, что до тех пор, пока это не будет доказано и если это не будет доказано, ответственность должна применяться. Как указано выше, недоказанность отсутствия вины еще не означает безусловное наличие вины, и все же ответственность применяется. Мы обращали внимание, что особенно в такого рода делах весьма трудно опровергнуть вину. Воспитание включает в себя широкий круг действий, субъективно родители (опекуны, попечители) могут полагать, что иш предпринимается все необходимое, а на самом деле они в чем-то заблуждались, что-то не учли. Сам факт причинения вреда еви- I

1См.: М. Майданик, П. Ставя секий. Значение вины родителей малолетнего потерпевшего в ненадлежащем за ним надзоре. "Советская юстиция", 1972, Л 9, стр. 11, 12. Точка зрения об учете вины родителей потерпевших высказана Н. С. Малеевым (см.: Возмещение вреда при повреждении здоровья несовершеннолетних. "Госюриздат", М., 1962, стр. 17), но она была подвергнута критике (см.: И. Г. Кузнецова, Я. Н. Шевченко. Указан, работа, стр. 12), с нашей точки зрения, критике, недостаточно обоснованной.

Х49

детельствует об этих упущениях, даже при кажущейся безупречности поведения лиц, осуществляющих надзор. Все это позволяет предполагать, что опровержение вины практически далеко не всегда в этих случаях возможно, но это еще не может означать, что вина в плохом воспитании имеет место. В таких случаях и ставится вопрос о презумпции. Как мы уже указали, вопрос о презумпции возникает не вообще при факте причинения вреда недееспособным лицом, а только тогда, когда в качестве субъективного основания ответственности не может быть названа вина и когда не установлена невиновность, исключая ответственность. В юридической литературе, как отмечено выше, наоборот, указывается, что/ответственность лиц, осуществляющих надзор, вообще основана на предположении их виновности в причинении вреда недееспособными лицами¹; причем эта презумпция в отношении малолетних даже признается неопровержимой-. Мы обратили внимание, что неопровержимость этой презумпции не встречает поддержки, отрицают таковую и ученые, специально занимавшиеся изучением проблемы презумпции². Возникает вопрос: возможно, в данном случае мы встречаемся, в отличие от рассмотренной выше презумпции, с презумпцией вины. Поводом для такого утверждения может явиться икая редакция правовых норм. Так, например, в статье 444 указано, что причинивший вред освобождается от его возмещения, если докажет, что вред причинен не по его вине, а в статьях 450, 451 и 452 ГК указывается, что лица, осуществляющие надзор, отвечают, если не докажут, что вред возник не по их вине. Одаако принципиальной разницы здесь никакой нет. Б обоих случаях при недоказанности невиновности действует одна и та же 'презумпция - неопровержения 1

1См.: 1С Б. Ярошенко. Некоторые вопросы применения норм гл.

40 ГК РСФСР... Научный комментарий судебной практики за 1972 год, (1, "Юр ид. лит.", 1973, стр. 26.

2См.: Е. А. Флейт иц. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1951, стр, 106. Автор приходит к такому выводу, исходя из того, что норма ничего

не говорит о возможности освободиться от ответотвеннссти (ныне это положение изменилось), но тогда излишне было вообще говорить о предположении вины, можно было просто сослаться на принцип причинения.

3См.: Б. П. Воложанин. Цит. статья, стр. 191.

МИ

ШММКГяй

I&O

гошы. Именно эта презумпция дает юридическое основание потерне ап ему от действия недееспособного предъявить требование о возмещении вреда к лицам, осуществляя им за ним надзор, когда отсутствуют основания считать их виновными иди невиновными в непредотвращении вреда в результате ненадлежащего осуществления надзора или воспитания. Эта презумпция, как пред-варительное условие, приводит к риску лиц, осуществляющих надзор, выражающемуся в допущении (вызванном неопровержени- ем вины, недоказанностью невиновности) отрицательных имущественных последствий. Этот риск "неопровергнутой вины" является в данном случае субъективным условием ответственности.

XXX

Очень часто исполнение обязательства данным должником зависит от исполнения обязательства перед ним третьим лицом. Может ли неисполнение последнего обязательства освободить должника от ответственности? Все это является одной из сторон проблемы ответственности "за чужую вину", проблемы спорной и дискуссионной.

С. НАскназий указывал, что интересы социалистической системы иди ее отдельных звеньев требуют концентраций имущественной ответственности даже на невиновных лицах, которые заслоняют собой непосредственных причинителей и взялись отвечать за всю хозяйственную и организованную сферу*. 0. С. Иоффе обратил внимание на то, что некоторые авторы считали, что должник должен отвечать и за неисплнение, последовавшее в результате случайных обстоятельств, настуажших в хозяйственной сфере третьих лиц. Это находило подтверждение и в ар-битражной практике, арбитража иногда при ценят к додхникак ответственность, а если устанавливался при рассмотрении регрессного иска случай, отказывали в применении последней регресса убыток взыскать со смежника'1'. Достаточно подробно на вопросе непосредственной ответственности третьих организаций - исполнителей договора останавливаются С. Н. Братусь и М. Е Брагинский . Ст. 38 Основ гражданского законодательства, допуская возможность возложения обязанности на третье лицо, предусматривает в качестве общего правила ответственность за неисполнение и за ненадлежащее исполнение обязательства в этом случае стороны по договору. Это вызвало у некоторых ученых мысль, что допустимо применение ответственности и за слу-чайное неисполнение обязательств, при отсутствии вины контрагента по договору. К такому заключению пришла Е. А. Фаяйшиц. Правда, Е. А. Фяейшиц в качестве аргумента ссылалась на то, что должник основного поставщика, из-за которого обязательство оказалось невыполненным, иногда ке может отвечать, так как в этом повинны его должники; к этим же суб должникам требование не может быть предъявлено ввиду отсутствия у них договорных отношений с основным поставщиком . Это утверждение встретило критику в правовой литературе^ . М.И.Брагинский указывает, что ответственность к должнику может быть применена только, если он сам виноват или виноват его контрагент, что принцип вины нужно понимать не изолированно, а

применительно ко всей цепи. Автор объясняет и сам факт ответствен- 1 2 3 4
5

1См.: й.Б.Новицкий. Об ответственности социалистических организаций за нарушение договорной дисциплины. "Советское государство и право", 1958, Л 7, стр. 36-41.

2См.: С. Н. Братусь, Л.А.Лунц. Вопросы хозяйственного договора. М. , ^Тосюриздат", 1954, стр. П? и сл. ; С.Н.Братусь в новой монографии о юридической ответственности ссылается в этом случае на категорию риска (см. Цит. работу, стр.187); 0 риске при этих обстоятельствах идет речь и в нашей монографии "Проблема риска в гражданском праве", стр. 222-224.

3См. : М. И. Брагинский. Структура договорных связей и ответственность участников при поставке транзитом. (А , "ВОЗИ", 1969, стр Л.17.

4См.: Е. А. Фяейшиц. Общие начала ответственности по Основам гражданского законодательства СССР и союзных республик. "Советское государство и право", 1962, А 3, стр. 34- 43.

5См., например, А. И. Беспалова. Глава в курсе "Советское гражданское право Казахской ССР", вып. 1 У, Алма-Ата,1971, стр* 153.

152

ности должника без вины перед кредитором. Это изменение обязательства, превращение его в обязательство подыскания надлежащего исполнителя, а также в обязательство возмещения убытков, причиненных третьим лицом, либо выплаты при вине последнего неустойки. Это не ответственность, а исполнение принятой на себя в соответствии с законом обязанности, которая не связывается с собственной виной^. М. М. Ах'арков (с этим согласен С.Н.Братусь) указывает, что на следует искать вину там, где ее нет, не нужно в этих случаях прибегать к презумпции вины и

строить ответственность должника за чужую вину на презумпцию вины и
** 2 ванной вине должника .

Особый случай ответственности за так называемую "чужую вину" представляет собой ответственность при кооперированных поставках. Головной поставщик отвечает перед основным заказ-чиком, если неисполнение или ненадлежащее исполнение догово-

3

ра обусловлено виной смежников . Аналогичным образом, как пра вило, решается вопрос об ответственности генерального подрядчика Верно отмечает В. А. Рассудовский, что генподрядчик от-вечает за свою собственную вину в отсутствии контроля, в плохой организации работ2*. Таким образом, можно констатировать, что ст.223 ГК РСФСР применяется только в случае наличия вины либо самого должника, либо третьих лиц - фактических исполни- 1 2 3 4

1См. : М. М. Брагинский. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому праву, стр.10. Другой точки зрения придерживается

В. И. Грибанов (см.: Ответственность сторон за недопоставку по договору поставки. "Вопросы советского гражданского права в практике суда и арбитража", М., изд. УГУ, 1959, стр. 346,347). Ссылаясь на возложение ответственности на поставщика при задержке ввода мощностей, автор полагает, что, независимо от переложения убытков в будущем, имеет место ответственность по принципу причинения.

2См.: М. М. Агарков. К вопросу о договорной ответственности. ^"Вопросы советского гражданского права", М. -Л., 1945,стр,

3См.: В. 5. Яковлева. Кооперированные поставки в промышленности СССР. М., "Госюриздат", 1963, стр.133; см. также

Л. МРутман. Правовое регулирование кооперированных поставок. М. . "Юрид. лит.", 1971, стр. 132-134.

4См. : В. А.Рассудовский. Договор на выполнение проектных и изыскательских работ в капитальном строительстве. М. изд. АН СССР, стр. 139.

1РГПГГ -

153

телей. Г. It Матвеев все же полагает, что в ст. 223 ГК предусматривается в отличие от вины самого предприятия "чужая вина" субдолжников, которые не входят в сферу непосредственной деятельности этого юридического лица; эта ответственность не является отступлением от принципа вины¹ *. С такой точкой зрения не согласен Н. С. Балеин, считающий, что говорить можно лишь о собственной вине, поэтому он отвергает ответственность, по ст.39 Основ и предлагает ввести институт распределения, в том числе и локализации случайных убытков, создав (фонд страхования²). За это автора упрекают в отказе от принципа вины.

Как видно, дискуссия по данной проблеме продолжается. Правильное решение ее, как нам представляется, возможно только при применении теории гаранта в широком понимании этой категории, при признании должника гарантом в отношении всех суб- должников. Ответственность гарант может нести на основании своей собственной вины и на основании риска - риска гаранта, если имеется вина а суб должников; риск является и субъективным основанием распределения случайных убытков. Риск в данном случае является допущением гарантом невозместимости потерь³, по здесь мы сталкиваемся и с презумпцией - презумпцией не опровержения "чужой вины", с предположением, что третье лицо

(субподрядчик, смежник, поставщик и т.п.) не опровергнут свою

и

вину в неисполнении обязательства, Эта презумпция и риск гаранта и являются субъективными условиями применения ответственности к головному поставщику, генеральному подрядчику, контрагенту по договору, причем презумпция является, как указано, предпосылкой - условием предвзрительным⁴. 1

1См.: Г. Матвеев. Основы гражданской ответственности, М., "Юрид. лиг.", 1970» стр. 227,228. Сходно с этим А. Собчак. (См. § некоторых спорных вопросов правовой ответственности. "Правоведение", 1968, М I, стр. 53).

2См.: Н.С. Балеин. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях, стр. 29,30.

3См. Цит. статью "Некоторые вопросы ответственности гаранта".

4См.: Л. Б. Рутман (цит. соч., стр. 32) полагает, что отсутствие "чужой вины" должен доказать субъект ответственности. Это верно - презюмируется неопровержение им этой вины.

5В юридической литературе отмечается, что презумпция виновности нередко создает трудности для ответчиков в до

154

Возникает еще один чрезвычайно интересный вопрос - о действии презумпции в ст.445 ГК РСФСР. В этой статье указано, что организации отвечают за вред, причиненный по вине их работников. Может ли вина работника (неопровержение этой вины) презюмироваться, иными словами - возлагается ли на организацию бремя доказывания отсутствия вины своих работников? Потерпевший не может, естественно, доказывать психическое отношение конкретного работника организации, чрезвычайно трудно ему доказывать и другие условия ответственности. К тому же вряд ли должно меняться положение в отношении потерпевшего в этой статье по сравнению со ст. 444. Логика в этом нет. Значит и здесь должна действовать презумпция, но презумпция не в отношении конкретного работника, а в отношении организации. Правда, полемизируя с Г. Матвеевым, В. Т. Смирнов полагает, что в отличие от договорной ответственности, нарушение конкретного работника при деликтной ответственности - "не растворяется в коллективе" и вина юридического лица - это всегда вина конкретных работников*, поэтому следует вывод, что именно эта вина должна быть установлена. Но все же правильную, на наш взгляд, позицию занял С.Н.Братусь, полагая, что ответственность юридического лица не может быть подменена ответственностью конкретных работников, однако это отнюдь не означает, что презумпция вины станет неопровержимой. При этом ленинское указание о необходимости найти виновных будет соблюдено, ибо в этом указании имеются в виду конкретные должностные лица, которые в конечном счете должны быть обнаружены. С.Н.Братусь далее указывает, что дело здесь не в воскрешаемой И. Н. Петровым ответственности на основании принципа *culpa in eligendo et in custodiendo* и так называемой "теории I

назывании своей невиновности, а представляемые доказательства не всегда определяют фактического виновника, поэтому необходимо в арбитражном процессе более активно включать предварительную проверку (см.: ф.Л.Рабинович. Цит. соч., стр. 145). Однако трудности создает не

презумпция. Автор тут же говорит, что презумпция невиновности создает трудности для другой стороны - в сборе доказательств, в сложности переплетающихся часто отношений.

1 См.: В. Т. Смщзнов. Обязательства, возникающие из причинения вреда. Изд. ЛГУ, 1973, стр. 39-43.

В См.: С.Н.Братусь. Юридическая ответственность и законность, стр.М, 192.

155

директора", а в учете широкого участия коллектива в управлении делами предприятий. Вина конкретных работников часто просто не может быть установлена или даже опровергнута, но это не должно означать опровержения вины юридического лица, ибо она не сумма умышленных и небрежных действий отдельных работников, а некое выражение недостаточной слаженности, организованности в деятельности всего коллектива. Юридическое лицо должно отвечать и за вред, вытекающий из его деятельности¹. С. Н.Братусь делает вывод, что в определенных случаях нужно строить ответственность юридических лиц на принципе риска как субъективном основании ответственности². Таким образом, следует признать, что в ст. 445 применяется презумпция неопровержения вины юридического лица. Однако это не означает, что юридическое лицо не вправе освободиться от ответственности, опровергнув вину конкретного своего работника. В то же время приведенное выше мнение С. И. Братуся позволяет *de lege ferenda* поставить вопрос об изменении редакции ст. 445. Предпосылкой ответственности юридического лица как договорной, так и деликтной должна быть презумпция неопровержения его вины, а субъективным условием риск неопровержения этой презумпции, риск гаранта за действия подчиненных работников.

Возникает еще один вопрос: можно ли при подтверждении вины юридического лица делать вывод о вине его конкретных работников, связанных с допущенным нарушением. Категоричность подобного утверждения должна быть исключена, но нет оснований для исключения в этом случае презумпции, к сожалению, на практике нередко опровергаемой. Довольно часто арбитражным решением признается вина (в широком ее значении) организации в недостатке или в порче отгруженной продукции, а предъявленный иск в порядке регресса к конкретным работникам отклоняется судом ввиду недоказанности их вины. Поэтому при данных обстоятельствах можно говорить лишь о презумпции 1

1 См. там же, стр. 189-190.

2 Иногда ошибочно противопоставляют систему ответственности системе риска X См. : Гражданско-правовое положение личности в СССР. У. , "Наука", 1975, стр. 43).

и то, если речь идет о лицах материально-ответственных, которые должны доказать отсутствие своей вины, но это относится к области не гражданского, а трудового права. Уместна здесь же постановка вопроса о придании преюдиционной силы арбитражному решению или о так называемой "обратной преюдиции" о чем мы уже в свое время упоминали*.

ГЛАВА V. Презумпция в отдельных правовых институтах

§ 1. Презумпции в обязательствах перевозки.

Большая роль презумпции отводится а обязательствах перевозки, в различных нормах транспортного орава'д Это прежде всего выражается в вопросе об ответственности перевозчика.

М, А. Тарасов утверждает, что эта ответственность шире обычной, поскольку транспортная организация не только должна доказать, что не могла предотвратить утрату, порчу, повреждение, но и что устранение этих последствий от нее не зависело. Отсюда автор делает вывод, что даже при упущении клиента транспортное предприятие должно еще доказать, что нм были приняты все меры к устранению возможных потерь^ . Эта точка зрения не встретила поддержку в правовой литературе⁴. Однако симптоматично, что кале и М. А. Тарасов, так и оспаривающие его точку зрения цишлисты, говоря об ответственности, отступают от самого понятия вины, вторгаясь в область объективного: использование возможности предотвращения, устрание- 1

1Си. : Риск неоаровержения презумпций в обязательствах перевозки. "Актуальные вопросы теории и истории права и применения советского законодательства", Душанбе, 1975, стр. 124.

2Си. : В. П. Воложанин. Цит. статья, стр. 197-201.

3См. : М. А. Тарасов, Шаговое регулирование перевозок грузов в контейнерах. "Вопросы советского транспортного права, М. , "Юр из дат", 19 57 , стр. 249.

4См, К. К. Яичко в. Договор жал ез но дорожной перевозки грузов по советскому праву. М, , изд. АН СССР, 19 58, стр.

ш

т

нив обстоятельств и их вредоносных последствий Это вызвано тем, что в стЛ48 действующего УВД, как и Б ст. 186 Устава 1964 года не провозглашается общее правило об ответственности по припису вины, хотя Б.Л.Хаскельберг утверждает обратное, 'Этот принцип' закреплен в ст.74 Основ. И именно это кладет конец всем спорам по данному вопросу. В ст. 148 УЖД речь идет о перечне, в котором, кроме и. "а"), излагаются объективные случаи". Это положение относится ко всем видам транспорта, Безусловно, что перевозчик по договору перевозки несет ответственность обычно при наличии вины, но означает ли ото, что при отсутствии шны ответственность в обязательствах перевозки никогда не наступает? Конечно, нет. Прежде всего, о такой ответственности позволяют говорить правила о презумпции. Но,несмотря на широкое применение презумпций в

обязательствах перевозки, их действие не следует и излишне переоценивать. Так, на первый взгляд может показаться, что в обязательствах перевозки мы сталкиваемся с презумпцией утраты груза, поскольку утратой признается невозможность выдать груз иод у чат злю в установленный срок. Согласно ст.

[54 зад этот срок составляет 30 да ей по истечения срока доставки, а при смешанном сообщении - по истечении четырех месяцев со дня приема груза к перевозке. Но на самом деле в этом случае отсутствует презумпция физической гибели груза. Прежде всего такая гибель маловероятна. Кроме этого, норма устанавливает право грузополучателю предъявить требование о взыскании стоимости груза к перевозчику, даже если известен фактический лодуяитель груза. Прав Б.Л.Хаскельберг,указыва-ющий, что в данном случае не требуется более или менее вероятного предположении о том, что груз уничтожен или похищен"* . 1

1Б.Л.Хаежельберг. Ответственность железных дорог за несохранно сть груза, М. , "Юрид. лит.", 1966, стр. 68.

2См.: С. М. Корнеев, Ст. "Новое в гражданском и гражданско-процессуальном законодательстве Союза ССР и союзных республик"? М. , 196С, стр. 194,

См.: Е.Л.Хаскельберг. Цит. соч, , стр.7.

3

158

Здесь просто установлен срок, дающий право на предъявление претензии к перевозчику. Но зато ст. 148 УВД подчеркивает Презумпцию, указывая, что перевозчик несет ответственность, если не докажет, что имели место неустранимые перевозчиком обстоятельства Это затеплено и в аналогичных нормах, регулирующих другие виды перевозок. В ч. 2 ст. 382 ГК РСФСР указывается на допустимость предудсмотрения в транспортных уставах (кодексах) случаев, при которых бремя доказывания вины перевозчика возлагается на отправителя или получателя. Это практически реализовано в отношении недостачи и порчи в указанных нормативных актах, которые, при наличии отраженных в них обстоятельствах и ссылки на них перевозчика^изменяют дейст- вие общей презумпции его вины (ч. I ст. 382 ГК, отсылающая также и к ст. 222 и 224 ГК).0. С. Иоффе правильно отмечает, что первоначально всегда действует презумпция вины перевозчика, которую он мэкег парализовать, сославились на указанные обстоятельства, но это не исключает того, что грузоотправитель ши грузополучатель могут все же доказать вину перевозчика, либо доказать отсутствие обстоятельств, на которые он сослался, т.е. такие факты, которые вновь введут в действие презумпцию его виновности^. Видимо, следует прежде уточнить,что надо иметь в виду под "первоначальным действием презумпция вины перевозчика". Она действует первоначально лишь тогда, когда возникает оитуация неопределенности, когда отсутствуют достоверные данные о вине (в широком ее значении) перевозчика в несохрашости груза. В этом отличие

материально-правовой презумпции от процессуальной, ибо момент возложения бремени доказывания связан с моментом нарушения, а ситуация неопределенности возникает позже. Но иногда происходит иное положение. При некоторых обстоятельствах (наличие проводника, целостности пломб, недостачи в пределах норм и т.а) создается ситуация, свидетельствующая с определенной достоверностью именно об отсутствии вины перевозчика. Это изменение ситуации и обосновывает изменение презумпции, переход бремени доказывания на предъявителя претензии отсутствия не I

I См.: О, С. Иоффе. Обязательственное право, стр. 61,64.

..--г уГ| 1И|tll); ,^тг~|чММi#

159

только своей вины, но и наличия вины перевозчика. При такой редакции транспортных нормативных актов уже следует говорить о том, что при устранении ситуации неопределенности, при установлении обстоятельств, отраженных в от Л 49 ЖД и в аналогичных статьях других уставов (кодексов), презумпция виновности перевозчика (неопровержения виновности) трансформируется в презумпцию его невиновности (презумпции неустановления его вины), а следовательно, о возникновении одновременно презумпции неопровержения вины грузоотправителя или грузополучателя.

О наличии презумпции невиновности при установлении указанных обстоятельств справедливо отмечается в правовой литературе¹. При этом указывается, что истец иногда просто не сможет доказать вину перевозчика и окажется в тупике. В качестве примера Ф.Л.Рабинович приводит раскрытое следственными органами хищение на от. Поварово-3 Шсковской железной дороги². Можно сослаться на аналогичное дело о хищениях группой работников станции Ленинабад Среднеазиатской железной дороги путем искусного снятия пломб с последующим их восстановлением. Преступная группа была осуждена Верховным судом Таджикской ССР, а грузоотправители, с которых в свое время убытки из-за недостач были взысканы в связи с поступлением в пункты назначения грузов в "исправном" состоянии, взыскали ущерб с управления дороги. Ф.Л. Рабинович приходит к выводу о том, что иногда в подобных ситуациях возникает неопровержимая презумпция и взыскание производится на основании принципа "причинения". Вот с этим выводом ученого нельзя согласиться. Во-первых, возникшая презумпция неопровержения вины грузоотправителя (получателя) вполне опровержима, хотя трудности очевидны (кстати, приведенный пример как раз и свидетельствует об этом), а во-вторых, основанием ответственности ни в коем случае не является причинение - предварительным основанием (предпосылкой) является указанная презумпция, непосредственным основанием - риск неопровержения этой презумпции. В по- 1 2

1См.: Ф.Л.Рабинович. Цит. моногр. , стр. 145.

2См. там же, стр. 146.

ISO

Следующее время вновь возник вопрос о повышении ответственности перевозчика за сохранность грузов, появились приложения о необходимости отказаться от презумпции отсутствия вины перевозчика, предусмотренной в транспортных уставах¹. Это заслуживающие внимания высказывания, несомненно должен быть принят нормативный акт об усилении ответственности перевозчиков за недоотачи грузов, об упорядочении их приемки. Кстати, в указанных случаях речь идет прежде всего не о презумпции вины, а о презумпции неустановления определенной причины, определенного поведения, исключающего иредот рашение ущерба. В этом случае возникает вопрос о риске, поскольку опровергнуть эти презумпции можно не всегда, причем иногда в силу случайных обстоятельств и эта должно допускаться субъектом.

Рассмотрим ряд вопросов связи презумпций с некоторыми обстоятельствами, перечисленными в соответствующих статьях² транспортных уставов (кодексов). Ира этом речь будет идти и о презумпциях, связанных с ответственностью как перевозчика, так и грузоотправителя и грузополучателя.

фактически на грузополучателя, как на еобетвенника, воз-* латаются только нормированные потери, й дело здесь не Б презумпции неопр свержения вины груз оот правителя, который не в состоянии доказать свою невиновность, а вполне осознанной распределении имущественных потерь, образование которых в силу естественных, свойств груза зачастую не вшивает сомнений. Мы говорим "зачастую", потому что потери эти могут при благоприятных, как правило, не зависящих от сторон обстоятельств, быть сведены к минимуму или вообще не произойти^{1 2}.

¹См. : Не следует ли изменить порядок приемки продукции и товаров по количеству? "Советская юстиция", 1976, Ш 3, етр, 19.

²В данном случае несомненно, имеется предположение того, что ущерб является следствием естественной убыли, эта презумпций может быть опровергнута (см.: В. ц. Воложаяин. 1Гит. соч., отр, 198 ; см. также К. С. Юдельсон. Цат, соч, , 19 31, стр. 2fi4j.

161

Так, например, температура воздуха может повлиять на влажность груза, на сохранение его от гнили, отсутствие дождя - на сохранность от ржавчины, уменьшение тряски - на целостность плодов и т.л и т.п. Значит, имеется определенная степень вероятности, возможности потерь, их допущение. Тенденция, проявляемая в арбитражной фактике, находит свое выражение в инструктивных письмах Госарбитража при Совете Министров СССР и в конкретных решении. Так, например, государст-венный арбитраж в письме от 20 сентября 1963 г. Л И-7-27 по поводу недостатч сахара указал, что получатель при поступлении груза должен проверить, нет ли в недостатке

вины перевозчика, и если это не будет установлено (исправность вагона, пломб и т.п.), то даже в том случае, если грузоотправитель не нарушил никаких правил, он должен нести ответственность за недостачу сверх норм естественной убыли. Речь здесь идет прежде всего о недостаче, явившейся следствием повреждения тары[^]. Это очень характерное указание арбитража. Получается, что все соблюдено, погрузка правильная, поставщик все исполнил как следует, но в пути следования мешки порвались и сахар рассыпался. В чем здесь вина грузоотправителя или противоправность в его поведении? Возможно просто трудно доказать была ли исправна тара и были ли правильно определен вес? Но вполне допустимо, что доказать это можно путем представления акта погрузки, составленного авторитетной комиссией и подтверждающего, что все было соблюдено. Меняет ли это положение? Нет, не меняет. Все равно за недостачу будет отвечать грузоотправитель, хотя в этом случае можно сделать обоснованный вывод о том, что повреждение мешков явилось результатом износа ткани, трения их в период нормальной транспортировки. Арбитражная практика возлагает ответственность за недостачу при подобных обстоятельствах на грузоотправителя, хотя вви- I

I См.: "Социалистическая законность", 1963, Я П. В. П. Во- ложанин (цит. статья) полагает, что в подобных случаях налицо два предположения: 1) того, что утрата обусловлена недостатком тары и 2) что факт принятия груза за исправными пломбами является основанием предположения того, что недостача не связана с действиями перевозчика.

162

ду отсутствия противоправности нужно говорить здесь не об ответственности, а о распределении потерь, но если отсутствие противоправности не установлено, то речь должна идти об ответственности на основании риска неопровергнутых презумпций.

В указанном выше инструктивном письме арбитража ничего не сказано о взыскании стоимости недостачи, если будет установлено, что в пути следования произошел явный случай, в том числе и вызванный непреодолимой силой, например, авария. Но ни у кого не возникает сомнения, что при таких обстоятельствах убытки будут возложены на грузополучателя-собственника. Значит, получается, что если объективный случай является следствием нормальных обстоятельств, то отрицательные последствия несет грузоотправитель, а если они являются следствием обстоятельств аномальных, то их несет грузополучатель. Здесь явная непоследовательность, причем трудно объяснимая. Скорее всего это можно объяснить риском отправителя, как следствием презумпции неопровержения неисправного поведения, поскольку он не может опровергнуть этого факта, хотя и доказать его наличия никто не может. Но даже тогда, когда должник может полностью опровергнуть это, не доказав в свою очередь другие причины, вызвавшие вредоносный результат или наличие факта аномального объективного случая, приведшего к потерям, он все равно принимает на себя

эти потери уже в силу риска не неизбежных естественных потерь груза, не вызванных аномальным объективным случаем. В литературе встречались даже высказывания, что и нормальные потери (например, в пределах естественной убыли) должны в целях стимулирования относиться на грузоотправителей. Такой точки зрения придерживался М. А. Тарасов, но у большинства юристов она поддержки не получила¹. Л.М. Финберг приводит пример с отгрузкой за весом дсроги виннокаменной кислоты. При получении груза была установлена недостача. Но ящики оказались исправными, целыми и пломбы отправителя, что свидетельствовало о сверхнормативной убыли из-за атмосферных условий» Автор полагает, что убытки I

1См.: Б. П. Лукьянов. Несохранность груза как основание ответственности железной дороги. "Уч. зап. Саратовского юридического института", вып. 15, 1967, стр.356.

163

должны быть отнесены на грузополучателя, поскольку не может отвечать ни перевозчик, ни грузоотправитель, сдавший груз для перевозки! и тем самым выполнивший свои обязательства.

М. А. Тарасов, анализируя этот пример, использовал оружие самого Л. М. Гринберга, считая, что убыль сверх норм свидетельствует о каких-то упущениях (в упаковке или в режиме перевозки), об упущениях кого-либо, но только не получателя. Поскольку, согласно перечня в Уставе, перевозчик не отвечает, должен отвечать грузоотправитель. М. А. Тарасов подчеркивает, что здесь не решаются вопросы права собственности в пути, по-этому должен учитываться не риск случайности гибели; убытки должны относиться на того, кто несет риск за выполнение обязательства¹. Иногда считают, что подпись весовщика на накладной изменяет презумпцию, многие цивилисты с этим не согласны, считая, что только факт определения веса или производства погрузки перевозчиком ни о чем еще сам по себе не говорит¹. Тем не менее (особенно это относится к воздушным перевозкам) весовая недостача нередко возлагается на перевозчика при исправности перевозки. Ряд интересных примеров такой фактики приводит Н. Безрук. Аэропорт Быково принял для доставки груз. Была установлена недостача на сумму 2 403 руб. Вес определялся перевозчиком, но груз прибыл в исправной таре и с исправными пломбами отправителя. Несмотря на возражения перевозчика, арбитраж сумму ущерба взыскал с него, исходя из безусловной обязанности перевозчика доставить груз по назначению в количестве, обозначением в документах¹. Автор решительно не согласен с этим решением, он считает, что прибы-

1См.: Б.А.Тарасов. Договор перевозки по советскому праву. Госизд-во водного транспорта, М. , 1954, стр.83,84. М.А. Тарасов ошибочно связывает неответственность перевозчика только с перечнем, безотносительно к вопросу о презумпциях.

2См.: Ы. А. Тарасов. Цит. соч. , стр.260; См.: М. А. Алехвердов. Советское внутреннее право в борьбе за сохранность перевозимых грузов. Н., "Речной транспорт", 1956, стр.23; см.: Б.А.Лисковец, А.С.Соминский. Дела по искам, вытекающим из договоров по железнодорожным и водным перевозкам. У. , "Госюриздат", 1946, стр.74.

3И.Безрук. Ответственность воздушно-транспортного предприятия за весовую недостачу. "Советская юстиция", 1972, f II, стр.9.

тг
am

164

тие груза с разницей в весе может быть обусловлено различными причинами, в том числе и техническими погрешностями в накладной, неправильным указанием веса, ошибкой весов, взвешиванием на весах различных систем и тл' Это действительно так. Прав автор, полагая, что факт недостачи или повреждения груза должен быть доказан. Но возникает вопрос, а может ли всегда быть доказана вина грузоотправителя, если вес определялся перевозчиком (пусть даже и с технической ошибкой)? Невозможность установления вины отправителя из-за этого должна влечь за собой возложение ответственности на перевозчика, который при этих обстоятельствах допускает такую возможность в результате случайных причин (например, технические погрешности весов). Это риск невозможности опровержения вины (точнее - необходимой причины), предпосылкой которого является презумпция неопровержения вины и неопровержения неисправности перевозки и приема груза. Но еще раз подчеркиваем, что такая ответственность допустима лишь при невозможности вообще доказать необходимость возложения ответственности на отправителя, ибо такая невозможность, связанная с определением веса перевозчиком, не должна сама по себе приводить к признанию случайности потерь. В тех же случаях, когда перевозчик допускает виновный риск, как указано в примере, который приводит И.Безрук (проставление веса со слов отправителя), ответственность, естественно, возлагается на него.

Часто вопрос о презумпциях связан с применением смешанной ответственности, поскольку создаются дополнительные ситуации неопределенности. Следует отметить, что вопрос о возможности применения смешанной ответственности в обязательствах перевозки вызывает споры в литературе. Против применения смешанной ответственности выступают К.К.Яичков[^], В. Н, Изволенский[^]и некоторые другие ученые. У. А. Тарасов[^], И. Безрук и дру- 1 2 3 4 5

1См.: И.Безрук. Цит. статья, стр.Ю.

2См.: К. К. Яичков. Цит. соч. , стр. 250,251.

3См.: В. Н. Изволенский. Правовые вопросы железнодорожных перевозок, М. , 1950, стр. 101.

4См.: М.А.Тарасов. Договор перевозки по советскому праву, стр. 85,86.

165

гие, наоборот, высказываются за применение этой категории. Б.Л. Хаскельберг правильно обращает внимание на недопустимость путаницы в вопросах терминологии в отношении смешанной вины (встречная) и совместной вины (сопричинители)¹. Особенно часто приходится сталкиваться с презумпциями при отгрузках скоропортящейся, в том числе плодоовощной, продукции. Свойства этой продукции, например, разная степень зрелости могут привести к потерям в пути. Даже самая тщательная отборка, укладка, калибровка не исключают определенных потерь. Бонус этих потерь не установлен[^]. В практике встречаются акты приемки, в которых не отражены недостатки, допущенные грузоотправителем при отгрузке, но далеко не всегда фбитражи освобождают грузоотправителей от оплаты стоимости недостающей и забракованной продукции. Так, в акте приемки помидор, отгруженных Душанбинской торгово-закупочной базой таджикплодоовощ Татарскому тресту столовых, не было указано никаких причин возникновения об наруженной гнили, тем не менее арбитраж сумму ущерба - 2102 рубля отнес на грузоотправителя[^]. УКС строительства Братской ГЭС при приемке капусты от того же поставщика не смог установить причины ухудшения качества капусты, но это не помешало арбитражу взыскать ущерб с грузоотправителя^{**}. Аналогичным образом арбитраж решил спор между тех же сторонами по другой отгрузке капусты[^]. Но даже тогда, когда установлены отдельны^{*} отступления от правил калибровки или укладки - это еще отнюд] не означает, что именно эти недостатки, а не особые свойства продукции, привели к недостатке или порче. Но здесь уже дейст вует принцип неопровфжения вины, а точнее презумпция неопро-

I

2

3

4

5

См.: Б. Л. Хаскельберг. Учет вины грузоотправителя и грузо получателя при определении размера возмещения железной дорогой за утрату и повреждение груза. "Труды Томского госуниверситета", т. 183, "Вопросы советского государства и права", Томск, изд. университета, 1966, стр. 104-108.

В настоящее время для некоторых отгрузок устанавливается ведомственными приказами определенный процент на возмож-ные потери.

См. Решение Госарбитража при Новосибирском облисполкоме от 8/Ш-1971 г. по делу Я 6/33 т.

См. Решение Госарбитража при Иркутском облисполкоме от 28/У-1971 г. по делу 55VI.

См[^]г[^]е[^]ценение того же арбитража от 14 июня 1971 г. по делу

вержения объективно необходимой связи между допущенными нарушениями и происшедшими потерями. При отгрузке шговоовощной продукции подчас трудно просто определить размер и причину недостачи, если она происходит совместно с браком, поскольку какое-то количество недостачи несомненно падает на утечку со-ка. Вообще недостача скоропортящейся продукции, как правило, происходит от внутренней порчи и течи¹. Порча груза может произойти вне всякой связи с особым режимом перевозки, например, в ледниках. Это обстоятельство перевозчик может доказать. Так, например, при отгрузке рыбы Хслмским рыбкомбинатом не была произведена ее рассортировка и удаление свободной соли, но при встфытии ледника была установлена температура +5°С . В этом примере трудно перевозчику доказать отсутствие причинной связи между нарушением режима перевозки и порчей рыбы. Но зато по материалам другого деда было установлено, что температурный режим нарушался, но брикеты прибыли в замороженном состоянии, а порча обнаружена внутри; проверка показала, что субпродукты

били отгружены недоброкачественными. Арбитраж перевозчика от

з

ответственности освободил , Кстати, и при просрочке доставки возможно освобождение перевозчика от ответственности, если не будет установлена необходимая причинная связь между просрочкой и порчей груза**. Но перевозчик может выполнить все лежащие на нем обязанности, обеспечив нормальное хьдоснабжение в пути следования груза, но это все же не достигает цели. Об ответственности перевозчика не может быть речи, поскольку в его поведении нет противоправности. А можно ли возложить на него потер# Б.Л.Хаскельберг указывает, что, если не доказано наличие производственных недостатков, установлена правильность погрузки и единственная причина порчи - высокая температура, то это может позволить арбитражу не признать доказательственную силу за контрольными сведениями о льдоснабжеини, тем бо

См. : С. П. Савичев. Договоры о перевозках грузов. It,'ТОрид, лит.", 1962, отр.123. ' у

См.: "Советская юстиция", 1960, Л II, стр. 31.

См.: Б.л.Хаскельберг. Цит. соч. , стр. 64,65.

См. там же.

-|ггЩ|

16?

лее, что это документ односторонний[^]. Однако далеко не всегда арбитраж вправе усомниться в соблюдении перевозчиком правил о ль до снабжен ии. И все же нельзя при подобных обстоятельствах исключить риск

перевозчика. Б.Л.Хаскельберг правильно отмечает, что возможно освобождение перевозчика от ответственности, если порча произошла вследствие естественных свойств груза. Но не всегда именно это является причиной, а кроме того доказать наличие особых естественных свойств груза и то, что порча является именно результатом этого - обязанность перевозчика, в противном случае действует презумпция неопровержения необходимой причинной связи¹. В правовой литературе отмечается также, что презумпции при перевозке по железной дороге означают предположение недостачи по вине отправителя или получателя, если погрузка или выгрузка производилась их средствами, указывают и на презумпцию утраты и повреждения груза в силу неприятия мер проводником отправителя, если груз следовал с проводником² отмечается трудность установления причин недостачи (порчи) при этих обстоятельствах, но презумпция, как следствие из наиболее вероятного вывода, а не трудности освобождают перевозчика от ответственности и, Таким образом, наряду с предположением того, что причина неисправности перевозки с момента принятия груза до его выдачи заключается в ненадлежащем поведении перевозчика, следствием чего и является возложение бремени доказывания на перевозчика, при определенных обстоятельствах³. перечисленных в соответствующих нормах, устанавливается предположение отсутствия вины перевозчика⁴* (точнее, предположение того, что причина утраты, недостачи или порчи вызвана перечисленными обстоятельствами). Так, например, эта отрицательная презумпция означает, что, если груз был погружен

1См.: Б.Л.Хаскельберг. Цит. соч., стр.90,91.

2В. П. Воложанин (цит. статья, стр. 199) считает, что несмотря на возможность иного вывода, прибытие груза с неисправностями вагона, пломб, с просрочкой является основанием для юридического предположения виновности перевозчика.

3См.: К С-Юдеясон. Цит, соч., стр. 264.

4См.: Я.Л.Штутин. Цит. соч., стр. 134.

168

средствами станции отправления и прибыл в исправном состоянии, то недостача, которая затем была выявлена, предполагается происшедшей по причинам, связанным с погрузкой отправителем (недогрузом и т.п.). В качестве примера из практики можно сослаться на спор между правлением Таджикпотребсоюза и торгово-закупочной базой УРСа Минцветмета г. Орска о 52 749 оуб. 60 коп. Арбитраж указал, что недостача могла произойти как в период получения продукции и погрузки представителем ответчика, так и в период выгрузки у получателя, поэтому ответственность за недостачу должна быть возложена на получателя, который с отправителем должен самостоятельно урегулировать свои взаимоотношения¹. Число названных обстоятельств не остается постоянным. Так, например, при перевозке грузов водным путем включается такое обстоятельство, как изменение влажности и другие, но установление всех этих обстоятельств, позволяющих сделать

презюмтивный вывод, не исключает тщательной проверки причин неисправности перевозки со стороны органа, разрешающего спор. Это тем более очевидно, что презюмпция отсутствия вины перевозчика отнюдь не означает наличия вины грузоотправителя или грузополучателя или даже презюмпции их вины или презюмпции неопровержения их вины. Транспортное законодательство указывает на необходимость установления этой вины, на возложение в подобных случаях тяжести доказательств на перевозчика, например, того, что имеется тождество мест или загрузка до полной вместимости. Таким образом, в ряде случаев устанавливается презюмпция как в пользу грузовладельца, так и в пользу перевозчика. Например, о наличии презюмпции в пользу грузовладельца свидетельствует ст. 191 УВВТ а о наличии презюмпции в пользу перевозчика ст. 192 УВВТЛ 0 презюмпции в пользу перевозчика говорит и ст. ЮЗ ВК. Правильно отмечает Г. П. Савичев, что в этой статье речь идет не о презюмпции вины, а о предположении, что 1 2 3

1См.: Дело Я 8/450 Госарбитража при Совете Министров СССР (.Протокол от 25 декабря 1969 г.).

2См.: Я.Л.Штугин. Цит. соч., стр. 137.

3См.: М. А. Аллахвердов, Г. П. Савичев. Договоры о перевозках грузов. "Юрид. лит.", М., 1967, стр.78.

т

169

если несохранность груза имела место вследствие указанных в этой статье причин, то считается, что эта несохранность произошла от этих причин, пока не будет доказано предъявителем претензии обратное¹. Нужно лишь указать, что речь идет здесь о презюмпции неопровержения независящих от перевозчика причин несохранности груза. Некоторую специфику имеет перевозка грузов в прямом смешанном сообщении - в большинстве случаев, учитывая наличие доступа к грузу при перевалке, т. е. дополнительную ситуацию неопределенности. Здесь презюмируется, что причиной несохранности груза является именно наличие

р

этого доступа, перевалка. Арбитраж при Иркутском облисполкоме отклонил исковые требования Базы коопхозторга Таджик-потребсоюза к поставщику лесоматериалов об их пересортице, поскольку в акте экспертизы не были указаны марки. При этом арбитраж предположил возможность замены леса при перевалке.

В данном случае презюмпция неисправности отгрузки со стороны отправителя была опровергнута презюмпцией возможной замены получателей. Риск же неопровержения этой презюмпции принял на себя грузополучатель в связи с неправильным оформлением приемки. Это его виновный риск. Кстати, документам при перевалке и при выдаче груза может

быть дана различная юридическая оценка[^]. Это имеет место и не при смешанных перевозках (при замене или нарушении пломбы, следах вскрытия перевозочных средств и т. п.). Об особом предположении - безоговорочном принятии груза говорит В.Н. Изволенский. Он утверждает, что факт принятия груза без оговорок создает законное предположение о надлежащем исполнении обязательства по доставке перевозчиком, и именно поэтому отсутствие коммфического акта лишает получателя права на удовлет-

1 См.: Ы. А. Аллахвердов, Г. П. Савичев. Цит. соч. , стр. 126.

2 См.: Г. П. Савичев. Ответственность за ненадлежащее выполнение плана и договора перевозки грузов. "Юрид. лит. ", М., 1973, стр. 56. v

3 См.: Г. Б. Астановский. Ответственность перевозчика за утрату и повреждение грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении. "Правоведение", 1959, Я I, стр.

170

т

зорей из претензия, t этим, однако, согласиться нельзя. Презумпция ВЫРОДИТСЯ из отдаленных фактических обстоятельств, характеризующих состояние перевозки и груза, позволяющих дать оценку с учетом наиболее часто встречающихся поеледствий, а не из действий грузополучателя по приемке груза и его оформлению, которые могут быть связаны с ошибкой отдельных лиц. Отсутствие груза на удовлетворение претензии - это не вывод в соответствии с презумпцией, а вывод из установленного порядка, но предписания норм. Иное дело, если груз, например, перевозчиком без проведения экспертизы, когда есть основания для сомнения в его доброкачественности. Здесь есть презумпция, но не презумпция исправности перевозчика, а презумпция согласия на производство проверки без участия перевозчика. Кстати, В.И. Мз вол ей с кий вопросу презумпции удалит достаточно большое значение, по придает ей исключительно процессуальный характер. Он указывает, что презумпция дает дороге преимущество в процессе, а хотя она не освобождает; иногда от ответственности, но процессуально освобождает ее от доказывания. Автор, правда, указывает на опровержение презумпции, а не то, что истец должен доказать, что "презумпция не может быть использована дорогой, так как ущерб произошел от ТОГО, что имеет в виду презумпция". Оя даже говорят о "недействительности" презумпции, если, например, произошла убыль с верх нормы ИЛИ утрата целых ив от4. Это, конечно, не редакционные погрешности, в принципе ученый прав, если только не сю дать вес процессуальному значению (одну лишь сошку ла перечисленным обстоятельствам),

В прошлом Устав железных дорог связывал о принятием ip^~

31 в печалежещел таре презумпцию невыговности перевозчика, I * 3

I См. : В, П. Из вален с тай. разовые вопросы железнодорожных перевозок. "Транспортное право", М., 1961, стр. П5~.

б И. К.Алоксэдров-До«ът!х считает, что коммерческий акт ~ это не доказательство (см.: Споры, вытекающие из правоотношений сторон з железнодорожных грузовых операции*., "Юрид. литД.М. , 19 55, стр. 213,216).

3См.: В. 11. йэБоленскийЯ. Пит. соч., стр. 110.

'+ Су, там жз , стр. 121.

3С«, : 3. И. Из Веденский, там же, стр. 131.

171

Новый Устав допускает освобождение от ответственности перевозчика, если он докажет, что отрицательные последствия вызваны применением нестандартной тары и необходимую причинную связь этих последствий с несоответствием тары стандарту. Дорога должна доказать, что груз доставлен без следов повреждения тары и пути, при наличии повреждений тары вика перевоз чика и необходимая причинная связь презюмируются*. С определенными трудностями иногда сталкивается арбитражная практика к при контейнерных перевозках. В отдельных случаях исходят при отсутствии данных о причинах происшедшего убытка, из того, что убыток должен быть отнесен на того, чьими средствами производилась погрузка, раз не было в контейнер доступа. Но нередко в решениях;»; отмечается, что при соблюдении веек правил упаковки необходимо признать наличие случайной гибели, а поэтому убытки откосятся на грузополучателя-собственника, "кесущего'1 риск. С этим согласны в основном к ученые дивил и- стыд С точки зрения субъективной при потертости тканей к другим аналогичных фактах порчи может иметь место случай, поскольку соблюдение ГОСТ'ов исключает противоправность и как следствие этого - вину. Но такое решение вопроса допустимо, как нам представляется, лишь тогда, когда проверявшая качество комиссия может с достоверностью устзношь, что повреждения произошли только в период данной перевозки. При отсутствии такого вывода, а также в большинстве случаев при недостачах , убытки ке могут относиться на грузополучателя, пока не опровергнута презумпция ненадлежащей отгрузки отправителем. Но довольно часто погрещения груза бывают связанными с недостатком перевозочных средств - контейнеров. М. А. Тарасов подверг критике точку зрения на то, что ответственность целиком должна быть возложена на грузоотправителя, если груз был погружен в контейнер, неисправность которого могла быть этим отправителем выявлена. Он считает, что поскольку допускается возможность недосмотра применительно к таре со стиро- 1 2

1См.: Б. Л. Хаскел ьб ер г. Дит. соч. , стр.99,100.

2См.: Б.Хаскельберг, С. Хитринский, А. Цвелев. О риске случайной гибели вещей при перевозке тканей. "Советская юстиция", 1963, X Ч, стр. 28,29.

172

ны перевозчика, при наличии недосмотра из-за небрежности,- следует применять смешанную ответственность, перенося часть убытков на перевозчика[^]. И все же только скрытые недостатки контейнера, которые не могли быть замечены, дают основание для возложения ответственности на перевозчика; в тех же случаях, когда разграничить это нельзя - должна применяться смешанная ответственность[^] на основании презумпции нераздельности причин. Как подчеркивается в литературе, при недостатках перевозочных средств, пусть и при применении смешанной ответственности, речь всегда идет о принципе вины, а не причинения[^]. Прашльность таких высказываний несомненна, но нельзя исключить и случая, когда повреждение контейнера при соблюдении всех правил его эксплуатации и осмотра не могло быть обнаружено. Возникает лишь вопрос: на кого тогда должны относиться убытки? Представляется, что в отличие от общих правил, таким лицом должен являться перевозчик, поскольку правилами перевозки грузов в контейнерах предусматривается, что за последствия скрытых дефектов контейнера отвечает перевозчик. О.Н. Садилов совершенно правильно отмечает, что практически бывает чрезвычайно трудно на основании составляемых актов разграничивать скрытые и явные дефекты контейнеров. Автор ссылается на дело по иску "Дома Ленинградской торговли" к Управлению Октябрьской железной дороги, в котором определить дефекты было очень трудно, а проржавление крыли могло обра-

4

зоваться даже в пути следования. Таким образом, допуская появление случайного дефекта, арбитраж все же относит убытки на перевозчика. О.Н. Садилов указывает, что в этом случае от- 1 2 3 4

1См.: НА. Тарасов. Правовое регулирование перевозок грузов в контейнерах. ^Вопросы советского транспортного права", Б. , "Юриэдат", 1957, стр. 246.

2См.: Г. Астановский. Ответственность за порчу груза при перевозке в контейнерах. "Советская юстиция", 1961, й 12, стр. 8.

3См.: Б. Н. Мезрин. Ответственность железных дорог за недостатки перевозочных средств. "Советское государство и право", 1968, й 6, стр.88-90.

4См.: О.Н. Садилов. Арбитражные споры по договорам железнодорожной перевозки груза. "Научно-практический комментарий арбитражной практики", й I, М. , 1968, стр. 33.

173

ветственность возлагается на перевозчика, коль скоро он не докажет отсутствие вины в несохранности груза. Свой вывод автор подтверждает письмом Госарбитража при Совете Министров РСФСР, в котором указывается, что если неисправность крыши вагона невозможно установить при осмотре его изнутри, та - кой дефект следует считать скрытым и за подмочку должна нести ответственность железная дорога[^]. Совершенно очевидно, что речь в данном случае идет не только о вине, а тем более о безусловной вине перевозчика, вгольне допускается, что его не-исправность

не будет и не может быть установлена, но она не может быть с бесспорностью и исключена, а это означает, что в подобных случаях возложение убытков производится с точки зрения субъективной на началах риска, что здесь налицо его предпосылки - презумпции неисклучения (неопровержения) не-надлежащего поведения и вины.

Все изложенное не исчерпывает перечень презумпций, с которыми мы сталкиваемся в обязательствах перевозок. Аналогичные перечисленным и другие обстоятельства, названные в ст.

160 Кодекса торгового мореплавания Союза ССР. Интересно, что в этой статье все эти обстоятельства (спасание человеческих жизней, военные действия, непреодолимая сила, пожар и т. п.) указаны как частные случаи отсутствия вины. И хотя в правовой литературе делается вывод, что этот перечень и является

2

перечнем типичных случаев отсутствия вины, с этим согласиться нельзя, не расширяя чрезмерно само понятие вины.

Особая презумпция содержится в статьях 129 и 161 этого кодекса, правда, введена она несколько иначе, "не отвечает, если докажет", но это означает, что перевозчик несет ответственность, "если не докажет", а к этому и сводится презумпция. Презумпции имеются и в отношении перевозки багажа (ст. 176 и 177 КТМ). Такого рода презумпции (например, презумпция о соответствии убытков объявленной ценности) имеются и в других видах перевозок¹. Это относится и к предположению

1См.: О.Н. Садиков. Цит. статья, стр. 34.

2См.: С. М. Корнеев. Выступление в цит. сборнике, стр. 194.

3См.: В. Н. Изволенский. Цит. соч., стр. 172.

174

утраты багажа, не прибывшего в допустимый срок (от. 134 уцд и др.). Связывается презумпция с управлением того или иного судна капитаном при буксировке (ст. ст.176 и 177 КТМ), с равенством степеней вины' при невозможности ее точного определения при столкновении судов (ст. 255 КТМ'). Особая презумпция невиновности - 'подтверждения вины'» как у&е указано» содержится в ст.. 256 КТМ. Это, видимо, объясняется тем, что чрезвычайно трудно установить действительного виновника столкновения и все суда в одинаковой степени, даже при незначительном отклонении, могут явиться источниками столкновения. Главное, однако, в том, что просто нельзя установить презумпцию вины, ибо не известно, чью вину презюмировать, а презумпция равного участия исключается по указанным выше причинам. Своеобразные презумпции содержатся и в нормах регулирующих автомобильные перевозки. Так, например, имеется презумпция правильности сведений при заполнении грузоотправителем транспортные документы, позволявшая принимать их за достоверность и являющаяся основанием возложения ответственности, если эти сведения не соответствовали действительности и привели к убыткам¹. Несколько иначе,

чем обычно, в Уставе автомобильного транспорта РСФСР изложена презумпция естественной убыли и других нормированных потерь - не как предположение неизбежности потерь, а как предположение правильности определения веса (ст.66). Нужно сказать, что фактически в арбитражной практике имеет место при перевозках достаточно широкое применение презумпций и риска, хотя на них нет прямой ссылки. Все случаи допущения возможных причин, 'взыскания части убытков ввиду отсутствия полной убежденности в их образовании и в бесспорности вины - все это не что иное, как взыскание убытков, исходя из категории риска - риска соответствующих и неопровергнутых презумпций. Вот характерный пример. В деле по иску Суворовской конторы Молдплодоовощ к Нижне-Тагильскому горплодоовощторгу Госарбитражем при Со-

См.: Ал'. Быков, Л И» Половинчик, Г. П. Савичев. Комментарий к Уставу автомобильного транспорта РСФСР. "Спид лит. Г М., 1973, стр.91.

Р Д

Л : иг тП'-ггЛ ~7Иг rim"Н|i'lrrtiitГ|4||~1г:fftrff

175

вето Министров РСФСР б в* сделан вывод, что поставщик убыток, вызванный гнилью модов, должен возместить в половинном размере, поскольку загнившие могло быть в результате как подморозив, так и отгрузки их в незрелом состоянии. Таким образом, здесь допущается объективный случай, поэтому на поставщика в определенной мере, причем в какой все-таки не известно, возложены убытки в силу риска неопровергнутой до конца презумпции неправильной отгрузки. Возмещение такого рода решения вообще нельзя выносить? Но тогда потери несправедливо будет нести грузополучатель, который и так уже принимает на себя часть их, а парусинный порядок грузоотправитель будет незаслуженно от несения убытков освобожден. Примеров подобных решений можно привести много.

В правовой литературе встречаются противоречивые мнения

О том, на какую сторону следует при неустановлении действительных причин и недоказанности чьей-либо вины относить убытки, ит К.Александров-Дольник полагает, что нельзя согласиться с распространенным мнением, что при недоказанности неисправности перевозки следует механически переложить ответственность за эту недостачу на грузоотправителя. Отсутствие неисправности дороги не означает еще наличия неисправности отправителя. Автор считает, что если дорога не несет ответственность за случайную убыль, то и грузоотправитель

не должен нести за это ответственность, тем более, что воз-

р

действовать на сохранность груза он не может. Но ведь и грузополучатель лишен такой возможности, он даже не может улучшить качество перевозочных средств, укладки, упаковки и т.п. Вряд ли поэтому справедливо относить на получателя потерн, если обстоятельства, их вызвавшие, не могут быть "инкриминированы" кому-либо из участников

обязательства перевозки, считая, что он, как собственник, несет риск случайной гибели. Не окажет ли отнесение этих потерь на другие стороны более стимулирующее значение? Такую позицию занимают некоторые другие авторы и, в частности М. А. Тарасов³. Как 1 2 3

¹См. Протокол от 19 июля 1968 г. по делу X 532/3.

²См.: и, К Александров-Даяцкий, Об ответственности железных дорог за сохранность перевозимых грузов. "Советское государство и право", 1956, X 7, стр.98.

³См.: С А. Тарасов, Приобретение права собственности по

176

следует из изложенного для столь крайне противоположных позиций нет оснований, анализ риска и презумпций как условий гражданско-правовой ответственности позволяет правильно решить проблему распределения имущественных потерь.

§ 2. Другие виды презумпций.

В различных нормах советского гражданского права прямо или косвенно указывается на наличие презумпций. На некоторых презумпциях мы уже остановились, некоторые еще не были рассмотрены.

С рядом упоминаний о презумпции мы встречаемся в договоре купли-продажи. Так, например, в ст.245 ГК фигурирует презумпция соответствия качества продаваемых вещей стандартам, которая может быть опровергнута особым характером данного вида купли-продажи. Может показаться, что в данном случае нет речи о презумпции, поскольку в этой статье говорится о том, каким требованиям должна соответствовать вещь, а не о том, каким требованиям она соответствует, исходя из большей степени вероятности. Но дело в том, что данное правило позволяет презюмировать соответствие вещи стандарту, раз она продается торгующей организацией (кроме, например, комиссионной продажи), т.е. считать, что всякая проданная вещь стандартна. Правильно обращает внимание на наличие презумпции в ст. 242 ГК, ибо ясно, что коль скоро проданная вещь находится в сфере продавца, который уже не является собственником, необходимо презюмировать, что несохранность или ухудшение этой вещи произошли в связи с недосмотром или неправильными действиями продавца⁴, С аналогичной презумпцией мы встречаемся в договоре подряда. Если работа производится в сфере заказчика (например, ремонт квартиры) и подрядчик при этом отсутствует, то предполагается * I

договорам в условиях экономической реформы. "Правоведение", 1968, й 4, стр. 41.

¹См.: О. С. Иоффе. Обязательственное право, стр. 214. Автор говорит только о вине, нам представляется, что презумпцию здесь нужно понимать несколько шире.

177

ответственным за гибель и порчу в этот период заказчик, если же материалы принял подрядчик и он выполняет работу в период владения ими, то уже он презюмируется ответственным за их гибель (порчу), т. е. эта презумпция связана с тем, в чьем обладании находится вещь.

Ст. 248 ГК содержит презумпцию неопровержения факта нарушения правил пользования вещью и ее хранения. Речь в ней идет о безвозмездном устранении недостатков вещи, проданной с гарантийным сроком. Здесь уже презумпция касается не вины, а правильной эксплуатации. Более того, ответственность гаранта расширена, поскольку не учитывается его вина, а лишь поведение покупателя, причем не исключается и случайная порча у покупателя в период гарантийного срока. В отношении же взаимоотношений поставщика, давнего гаранта, и покупателя вообще существует ограничение только в двух случаях; нарушение условий хранения и неправильная приемка, исключающая возможность установления причин порчи продукции*.

Существует ряд презумпций согласия. Например, предположение согласия на приемку продукции и товаров без участия представителя поставщика при его неявке по вызову покупателя, презумпция согласия на оплату (на акцепт) при молчании (если не дается отказ от оплаты в течение установленного срока). Косвенная презумпция содержится и в ст. 361 ГК РСФСР. Речь идет о том, что заказчик теряет право оспаривать отступления от условий договора, если он немедленно не заявит в момент принятия вещи об этих отступлениях подрядчику. Конечно, данное правило установлено не только в силу презумпции, но, в определенном смысле, это вызвано и предположением согласия на приемку вещи с отступлениями.

С. С. Алексеев обратил внимание, что на презумпции строятся договорные отношения по поставке, если договор заключается путем принятия к исполнению наряда или заказа. Здесь так- I

I См. Инструктивное письмо Госарбитража при Совете Министров СССР от 17/УШ-1972 г. * §-1-27. Кстати, при приемке действует иногда презумпция распроектирования и безотчетной проверки, г' См.: С.С.Алексеев. Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма. И., 1962, стр.123.

178

же имеется в виду презумпция согласия. Существует и так называемая презумпция последующего согласия в договоре поручения, точнее в ведении чужого дела без поручения или в отклонении от требований титульного поручения. Это презумпция последующего одобрения при соблюдении установленных условий необходимости совершения указанных действий. Но в таком виде данная презумпция выступает для того, кто действует без поручения. Видимо, целесообразно при соблюдении указанных условий одобрение и в ситуации неопределенности, если одобрение по какой-либо причине не может быть получено, либо если лицо, в чьих интересах совершено действие (это не касается отклонения от данного поручения), не

докажет, что эти действия были нецелесообразны и не вызывались необходимостью.

Гражданин, получивший ордер, должен в течение 3-10 да ей поселиться в квартире, сдав ордер в жилищную контору. Пропуск этого срока дает право поставить вопрос о признании ордера недействительным, что происходит на практике крайне редко. Поскольку гражданин не реализовал свое право в течение установленного срока, предполагается, что он отказался от своих прав. Презумпция неосверления вины в узком ее смысле содержится и в ст.292 ГК (ответственность нанимателя за ухудшение нанятого имущества, если не докажет, что ухудшение произошло не по его вине). По мнению О. С. Иоффе, та же презумпция дает основание наймодателю на досрочное расторжение договора по ч.2 ст, 289 ЛГ% С этим следует согласиться. Презюмируется, по мнению О. Г. Иоффе, и вина ссудополучателя в порче имущества³. Усматривают наличие косвенной презумпции и в ст. 271 ГК, которая указывает, что оспаривание договора займа по его безденежности возлагается на заемщика. Отсюда делается вывод, что предполагается "денежность" договора займа и от доказывания этого факта освобождается займодавец⁴. Вряд ли, однако, 1 2 3 4

1См.: Ю. К. Толстой. Советское жилищное законодательство, изд. ЛГУ, 1974, стр. 25.

2См.: О. С. Иоффе. Обязательственное право, стр. 319.

3См. там же, стр. 410.

4См.: Л. П. Смшляев. Цит. соч. , стр. 34.

179

здесь можно усмотреть презумпцию в таком виде, иначе ее можно было бы усматривать в любом договоре (товарность договора и т. п.), но в случае возникновения сомнения вполне допустимо, что такая презумпция "срабатывает". В кредитно-расчетных отношениях встречается ряд презумпций, частично сходных с теми, о которых уже шла речь, а частично весьма специфичных, даже когда речь идет о "предположении вины". Так, например, имеется такая презумпция согласия: остаток средств на счете считается подтвержденным, если владелец его не представит в течение 10 (20) дней возражений. Считается, что риск оплаты подложных чеков "лежит" на чекодателя, поскольку предполагается, что он виновен в ненадлежащем хранении чековой книжки¹, т. е. презюмируется не неопровержение его вины в самом подлоге, а беспечность в хранении документов. Особые споры вызывает вопрос об ответственности Госбанка по ст.82 Устава (неправильная выдача и зачисление средств). Существует даже мнение в правовой литературе, что эта ответственность стро-

Р

ится по принципу причинения . Ответственность банка независимо от вины объясняется тем, что он оплачивает обычно не свои средства, а сторнирует суммы с тех, кто их переполучил и у которых несправедливо оставлять излишки². Единственным основанием для освобождения банка от

обязанности компенсировать ущерб в этих случаях является представление банком доказательств, что ущерб этот наступил по вине клиента**. Следовательно, здесь мы встречаемся не с презумпцией вины (неопровержения вины), ибо, как и в ст. 454 и в некоторых других, вина в данном случае не предполагается, поскольку ответственность наступает и при ее отсутствии на основании презюмированного риска при неподтверждении вины. Но присутствует здесь и другая презумпция - отсутствия вины клиента, опровержение которой, наличие его вины должен доказать банк. 1 2 3

1См.: О. С. Иоффе. Цит. соч., стр.720.

2См.: Е. С. йэмпанеец, Э. Г. Полонский. Применение законодательства о гаедитовании и расчетах. ^Юрид. лит. ", М., 1967, стр. 23.

3См. там же, стр.25.

к См.: О. С. Иоффе. Цит. соч., стр. 701.

180

фавиднее, поскольку презумпция действует в ситуации недоказанности вины клиента - в ситуации неопределенности, говорить о презумпции "неопровержения вины клиента банка". Иногда предположение фигурирует в другом аспекте. Так, В. С. Толстой указывает, что досрочный возврат предмета договора займа или хранения предполагается в интересах сторон, а в обязательствах между юридическими лицами действует презумпция противоположная: досрочное исполнение допускается лишь, когда это предусмотрено, например, в договоре*. В первом случае вообще нет никакой презумпции. Во втором случае можно говорить о своеобразном виде исполнительской презумпции - "презумпции недопущения досрочного исполнения".

Несколько презумпций содержится в договоре кошссии. Так, в ст. 409 ГК указывается на презумпцию неопровержения неизбежности и целесообразности отступления от указаний комитета. Речь идет о возможности для комиссионера продать имущество по цене ниже назначенной, если у него не было возможности произвести реализацию по назначенной цене и его действия предупредили увеличение убытков. Если это будет доказано комиссионером, он освобождается от возмещения убытков. В ст.

412 ГК речь идет об обычной презумпции неопровержения вины при несохранности находящегося у него имущества. Эта презумпция также связана с обладанием субъекта имуществом. В ст.

428 ГК содержится также презумпция - презумпция правильности оценки. Речь идет о размере ответственности хранителя, которая соответствует произведенной оценке, эта оценка предполагает фактическую стоимость имущества, но данный вывод опровержим. Согласно ст. 431 ГК презюмируется, что хранитель знает или должен знать о свойствах принимаемого имущества. Эта презумпция может быть опровергнута. В свое время споры в литературе велись о наличии презумпции в ст. 413

действующего ГК. Следует согласиться с Я. Л. Штутиным, что ныне ст. 91 Основ гражданского законодательства (ст. 460 ГК) исключает всякие I

I См.: В. С. Толстой. Исполнение обязательств. "Юр ид. л иг. ", М. , 1973, стр. 150.

181

споры, поскольку в ней установлено об ответственности страхователей при наличии их вины и ни о какой презумпции в этой статье речи нет¹. Особое место занимает предположение возникновения дополнительного (акцессорного) договора, презумпция волеизъявления субъектов на возникновение этих отношений, например, по хранению вещей в гостиницах и в ряде других случаев. Но это большой и самостоятельный вопрос, исследование которого автором проводится в настоящее время. Из некоторых высказываний в литературе можно сделать вывод, что все же в ст. 429 ГК усматривается презумпция, поскольку гражданин должен доказать лишь факт утраты и повреждения вещей². Это презумпция нахождения вещей в отведенном для проживания помещении. Но, видимо, для действия этой скрытой презумпции должны быть условия, не только сводящиеся к факту утраты вещей, должна быть достаточно высокая степень вероятности оставления вещей в этих помещениях. С рядом презумпций мы встречаемся при решении вопросов о возмещении вреда. Это прежде всего предположение того, что потерпевший, если бы не потеря трудоспособности, продолжал бы трудиться по той же специальности и получал бы ту же самую зарплату. О презумпции сохранения среднего заработка указывается в правовой литературе³, как и о других презумпциях, согласуемых с принципом полного возмещения вреда, в том числе и о презумпции "возрастания ущерба", из которой следует право на повышение размера возмещения при увеличении заработка данной категории работников⁴. Этот последний вывод пока расходится с судебной практикой, исключаящей подобный перерасчет.

О презумпции можно говорить и при возмещении вреда несовершеннолетнему; предположение возможного начала трудовой деятельности с 15 лет, предположение получения после начала трудовой деятельности, если бы не было увечья, вознаграждения, исходя из среднего заработка по приобретенной квалификации (ч. 4, ст. 465 ГК РСФСР). Это предположение 1

1 См.: Я. Л. Штутин. Цит. соч. , стр. 143.

2 См.: О. С. Иоффе. Цит. соч., стр. 496.

3 См.: А. Ы. Белякова. Возмещение причиненного вреда. Изд. МГУ, 1972, стр. 40. НА

4 См.: А. Михайлич. Рецензия "Советская юстиция", 1969, И 13, стр. 29.

182

должно распространяться и на тот случай, когда потерпевший несовершеннолетний полностью утратил возможность начать трудовую деятельность в соответствии с полученной им квалификацией[^]. Для применения ст.473 ГК РСФСР действует презумпция заблуждения при платеже недолжного.

Презумпции обнаруживаются и в некоторых нормах, относящихся к творческой деятельности. С одной из таких презумпций мы сталкиваемся в авторских договорах. Речь идет о таком важном условии, как одобрение представленного произведения (от. 508 ГК РСФСР), В том случае, если в установленный срок не последует извещение об отклонении рукописи или о замечаниях, то произведение считается одобренным. Это же относится и к последствиям вторично представленной рукописи после внесения в нее рекомендованных поправок. Одобрение рукописи, таким образом, связано не только с положительными действиями организации, но и с молчанием в течение определенного срока, которое,

следовательно, свидетельствует о согласии, о принятии проше-

Р

дения и пресекает возможность расторжения договора. Приравнивается к одобрению и дача не мотивированных, ие конкретных указаний, общих замечаний яри обсуждении и т,ш[^] Несомненно, что истечение срока для отказа от одобрения, как правило, свидетельствует о факте одобрения произведения. Это наиболее вероятный вывод из молчания организации. О таком своеобразном предположении об одобрении рукописи при отсутствии мотивированного отказа указывается в литературе[^], хотя почему-то отмечается, что вывод об одобрении должен сделать лишь автор. На самом деле истечение срока - это презумпция одобрения рукописи, относящаяся не только к автору. Поэтому этот срок 1

1См.: А. М. Белякова. Цит. соч., стр.68.

2См.: В. Г. Камилев. Права авторов литературных произведений. "Юрид. лит.", м., 1972, стр. 145)

3См.: В. А. Ойгензихт. Авторский риск. "Труды юридического факультета", выл.2. Душанбе, 1973, стр. 162,163.

4См.: М. Р Гордон. Советское авторское право. "Го сюр из дат", М., 1955, стр. 149,150.

183

является сроком презумпцишым. Эта презумпция опровержима, если, например, произведение страдает существенными недостатками и не принесет пользуй, такой точки зрения придерживается к судебная практика[^]. В изобретательском праве, в праве на открытие действует "презумпция приоритета". Юридическое значение приоритета замечается в том, что он позволяет оценить новизну открытия или изобретения, и ему могут быть противопоставлены лишь материалы, которые появились до момента установления этого приоритета[^]. Согласно п. 51 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях приоритет изобретения

устанавливается по дню поступления заявки, т. е. тот, кто подал заявку раньше, признается автором изобретения[^], даже если другое лицо фактически данную вещь изобрело раньше. Презюмируется, что подавший ранее заявку и является первым изобретателем. Право на открытие требует не только формального признания приоритета (по дате первой публикации, либо первого сформулирования положения, либо доведения открытия иным путем до сведения третьих лиц), но и закрепления права авторства и приоритета[^]. В связи с этим; диплом на открытие автору выдается в соответствии с п. 19 в том случае, если в течение года со дня публикации о зарегистрированном открытии регистрация не будет оспорена. Значит, при истечении годичного срока можно сделать вывод об официальном признании открытия. Это, следовательно, говорит о том, что отсутствие в течение года протеста означает наличие "презюмции официального признания открытия".

Помимо презумпций, рассмотренных в третьей главе, в наследственном праве имеются и другие презумпции. Так, например, при смерти одновременно нескольких лиц имеются различные точки зрения о существующих предположениях¹. Есть точка зрения о предположении одновременной (синхронной) смерти^б.

3

ч-

5

6

См.: В. С. Антимонов, Е. А. Фдейшиц, Авторское право. "Гос- юриздат", М., 1957, стр. 181.

См.: О. С. Иоффе. Советское гражданское право. Изд. ЛГУ, 1965, стр. 65,66.

См.: О. С. Иоффе. Цит. соч., стр. 108.

В. Р. Скрипко. Страна прав изобретателей и рационализаторов в СССР. Изд. "Наука", М., 1972, стр. 117.

См.: О. С. Иоффе. Цит. соч., стр. 165.

См.: С.Н. 1[^]атусь. Субъекты гражданского права, стр.57.

184

Есть и другая точка зрения: при невозможности точного определения момента смерти, предполагается, что несовершеннолетние дети умерли ранее родителей, а совершеннолетние позже. Прав Я.Л.Шутин, считающий, что первая точка зрения более убедительна¹.

XXX

В заключение упомянем еще несколько презумпций советского семейного права, поскольку, как мы отметили, вопрос о презумпциях в этой отрасли права тесно соприкасается с некоторыми презумпциями очевидного факта материального гражданского права. Вопрос о презумпциях в семейном праве - большой вопрос, который является предметом самостоятельного исследования, но на некоторых моментах мы считаем

необходимым остановиться, кроме, презумпций, относящихся к общей совместной собственности, о которых уже шла речь.

!^С.Юдельсон называет следующие презумпции в области семейного права: предположение, что лица, зарегистрировавшие брак, состоят в брачных отношениях, и предположение о происхождении детей от состоявшего с их матерью в зарегистрированном браке мужа^ . Я.Л.Штутин называет презумпцию происхождения ребенка от лиц, которые внесены в качестве родителей в книги записей актов гражданского состояния, раз эта запись не оспорена^ . Но, видимо, правильней будет отметить, что презумпция исходит из высокой степени вероятности рождения ребенка при зарегистрированном браке. Указывается также на то, что совместное ведение хозяйства, воспитание ребенка, его содержание, либо признание мужчиной себя отцом данного ребенка являются достаточными основаниями для высокой степени вероятности вывода о том, что данное лицо является отцом ребенка"1 2 3 4 5.

1См.: Я.Л.Штутин. Цит. соч. , стр. 145.

2См.: К. С.Юдельсон. Цит. соч., стр. 363.

3См.: Я.Л.Штутин. Цит. соч., стр. 147.

4См.: Л.А.Ванеева. Цит. статья, стр.96. См. также И.А.Агабабовян. Теоретические проблемы и практика судебного установления отцовства по советскому семейному праву. Авто- реф. канд. дис. , Алма-Ата, 1973, стр. 23.

5См.: Г. Д. Васильева. Презумпция отцовства. "Материалы научной конференции юридич. факультета фасноярского университета". фасноярск, 1972, стр. 50; см. также М.В.Матерова. Правовое регулирование оснований и порядка су -

185

Отсюда 4.4 ст. 16 Основ законодательства о браке и семье вводит презумпцию "признания отцовства", в отличие от предыдущей презумпции, которая может быть названа "презумпцией отцовства" (различие в названиях весьма условно, ибо в обоих "случаях" субъект предполагается отцом ребенка). В юридиче-ской литературе отмечается, что презумпция отцовства в практике применялась и раньше. Особое значение она получила после принятия Указа Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. Указывается, что в подавляющем большинстве случаев предположение отцовства при зарегистрированном браке соответствует действительности . Я.Р. Вебере отмечает некоторые интересные аспекты этой презумпции. Так, если ребенок родился после регистрации брака, то момент зачатия не является важным для признания отцовства, коль скоро родители не ставят его под сомнение. На практике этот вывод редко оспаривается, что свидетельствует о его достоверности. Если же ребенок родился после прекращения брака, то, по мнению ученого, для действия презумпции необходимо установить срок рождения ребенка после прекращения брака, аналогично его рождению после смерти предполагаемого отца (10 месяцев).

Применяется презумпция отцовства и при признании брака недействительным[^], с этими выводами нельзя не согласиться. Особенность презумпции "признания отцовства" заключается в том, что она не действует до юридического признания отцовства на основании указанных выше фактов, позволяющих сделать построенный на высокой степени вероятности вывод. И. А. Агабабовян считает, что в данном случае имеется ряд презумпций в зависимости от фактов, которые являются основанием для вывода[^], но правильно считать в этих случаях одну презумпцию - признания отцовства. Верно указывается, что факты, из которых выводится эта презумпция, сами по себе не презюмируются, а устанавливаются[^]. 1 2 3 4

дебного установления отцовства. "Правоведение", 1969,

№ 6, стр. 62.

1См.: Я.Р. Вебере. Установление отцовства. "Осуществление и защита личных и имущественных прав". "Уч. зап. Латвийского госуниверситета", т. 107, Рига, 1968, стр.77.

2См.: Я.Р.Вебере. Цит. статья, стр.81,82.

3См.: И.А. Агабабовян. Цит. реф., стр.23,24.

4См.: С.Я.Паластина. Основания возникновения алиментной обязанности фактического воспитателя. "Правоведение", 1974, № 4, стр.78.

166

Именно потому, что подобные факты нельзя презюмировать, потому что они выступают как условие презумпции, а не как сама презумпция отвергается вывод некоторых ученых, что при сомнении существует презумпция принятия ребенка на постоянное воспитание, тем более, что этот вывод из факта принятия на воспитание не обладает большой степенью вероятности*. Хотя в некоторых случаях выдвижение такой презумпции оправдано. Следует иметь в виду, что в отношении отца презюмируется наличие кровного родства. Правильно отмечает Е. М. Ворожейкин, что суд не может решить вопрос о признании отцовства при наличии сомнения в кровном родстве, если имеются, например, данные о таком родстве у другого лица[^] и если даже установлены факты, достаточные для признания отцовства. Спорно мнение о возможности и добровольного признания отцовства в отношении чужого ребенка. На этой позиции стоит Я.Р.Вебере, который, правда, указывает, что по смыслу закона подающий заявление мужчина должен быть действительным отцом и в большинстве случаев это так, но допустимо признание отцовства лицом, которое длительный период воспитывало ребенка и считает его своим. Этот вывод совершенно обоснованно оспаривается в литературе, поскольку в любом случае основанием возникновения родительские право отношений должно быть признано действительное происхождение; если нет кровного родства, возможно только усыновление. Добровольное признание отцовства легализируется только в силу того, что фактическое происхождение ребенка от данного лица презюмируется. Этот вывод также очевиден, как и вывод о действии презумпции при судебном установлении отцовства (именно

установлении, а не признании), В этом случае Я.Р. Вебере указывает, что суд не может уйти от обсуждения биологического происхождения ребенка, а наречие-

1См.: С. Я. Паястина. Цит. статья, стр. 78.

2См.; Е. М. Ворожейкин, Семейные правоотношения в СССР.

"Юр ид. лит.TM, 1972, стр. 26,27,28.

3См.: Я.Р.Вебере. Цит. статья, стр.86.

4См. : Е. М. Бело горская. Основания возникновения родительских прав и обязанностей, "Вестник МГУ", Я 2, 1971,стр.

37.

187

ленные в норме обстоятельства не обязательны и дают лишь направление суду*. На это обращают внимание и другие ученые, ибо нельзя признавать отцом того, кто им в действительности не является . Суд должен установить факт происхождения от предполагаемого отца ребенка - это главное, утверждает Е Кошкин. Он, правда, дополняет, что этого мало для того, чтобы презюшровагь, что данное лицо отец, необходимо установить, что он отец и в юридическом умысле, т.е. установить факты, указанные в ст.48 КоБС РСФСР . Верная мысль здесь чересчур запутана, поскольку если будет установлено действительное происхождение, то нельзя уже говорить о презумпции. Но значит ли это, что юридическое отцовство не должно устанавливаться, что установление этих обстоятельств не обязательно, как утверждает Я.Р. Вебере? Видимо, все же это не так. Законодатель сознательно указал на факты, которые должен установить суд для того, чтобы выяснить истинные намерения предполагаемого отца, чтобы исключить возможность установления отцовства при случайной связи, ибо доказательства наличия такой случайной связи без установления фактов, перечисленных в ст.48, и даже само по себе установление происхождения ребенка не дают оснований для судебного установления отцовства. Закон защищает не любые фактические отношения мужчины и женщины, а только те, которые бьяи направлены к созданию семьи, к тому, чтобы иметь детей и воспитывать их. Установление указанных фактов и установление действительного про-исхождения. следовательно, свидетельствуют не о презумпции установления отцовства, а уже об установлении отцовства в фактическом и в юридическом смысле, фезумпция существует лшь тогда, когда происхождение не установлено, тогда перечисленные в ст.48 обстоятельства позволяют презюмировать отцовство (данное вше название "трезуюпция признания отцовства" условно, ибо и в этом случае иредполагаетсв факпчес-

1См.: Я.Р.Вебере. Цит. статья, стр.90.

2См.: Л.і. Волох ова. Доказавшие по сворам об установлении отцовства. "Советская юстиция", 1969, £ 18, стр.

13 Д4,,

3См.: В. Кошкин. Основания удовлетворения иска об установлении отцовства. "Советская юстиция", 1976, & 12, стр.П.

188

кое отцовство). В то же время правильно отмечается, что если происхождение от данного лица безусловно исключается (например, если совместное проживание прекратилось не менее, чем за 10 месяцев до рождения ребенка, если известен настоящий отец и в др. случаях), недопустимо не только установление отцовства, но даже его презюмирование. Это настоятельно требует изменения редакции ст. 48 КОБС РСФСР. Особда видом презумпции признания отцовства" является судебное установление факта признания отцовства умершим лицом .

Презумптивным является срок оспаривания записи об отце или матери[^] (ст. 49 КоБС РСФСР). Сама запись, как указано выше, основана на презумпции отцовства, годичный срок для оспаривания лишь усиливает эту презумпцию. Он дает дополнительное основание для наиболее вероятного вывода о том, что указанное лицо является отцом ребенка, коль скоро эта запись не оспорена, что подтверждает согласие с данным фактом. Презюмируется и то, что воспитание родителями детей, совершение отдельных действий по их воспитанию носит согласованный характер, иногда презюмируется согласие ребенка на усыновление и т.п. В литературе по семейному праву имеются различные точки зрения на преимущественное право матери в отношении ребенка при опоре о детях. Так, В.А.Рясенцев категорически утверждает, что право в этом случае не знает никаких презумпций и суд должен исходить из комплекса конкретных обстоятельств .

Е.М.Ворожейкин полагает, что при прочих равных условиях мать малолетнего ребенка имеет преимущественное право на его воспитание[^]. Презумпция здесь почему-то отождествляется с пре-имущественным правом. Такого права действительно нет, но если суд установит равные в принципе условия и возможности, т. е. возникнет ситуация неопределенности для вывода о том, кто способен лучше воспитать ребенка, все же нужно исходить

1См.: А. М. Белякова, Е. 14. Ворожейкин. Советское семейное право. "Юрид. лит.", & , 1974, стр.191 и сл.

2См. там же, стр.183.

3См.: В. А. Рясенцев. Семейное право. "Юрид. лит.", 14., 1976, стр. 189.

4См.: Е. 14. Ворожейкин. Правовые основы брака и семьи. "Юрид. лит.", 11, 1976, стр. 189.

189

из презумпции большей необходимости в воспитании малолетнего со стороны матери. Некоторым презумпциям не придается правовое значение. Так, правовая норма безразлично относится к тому, что при записи о

происхождении ребенка от лица, не состоящего в браке, может возникнуть предположение, что отцом ребенка презюмируется какое-либо конкретное лицо*.

XXX

Все изложенное позволяет сделать вывод, что презумпции занимают важное место не только в процессуальном, но и в материальном праве. Дальнейшее исследование этой категории откроет еще одну страницу в теории советского гражданского права, окажет несомненную помощь правоприменительным органам, будет способствовать совершенствованию законодательства и повдано его эффективности.

I См. : Комментарий к Кодексу о браке и семье Казахской ССР. Изд. "Казахстан", Алма-Ата, 1972, стр.82.

ОГЛАВЛЕНИЕ
ВВЕДЕНИЕ
Глава 1. ПОНЯТИЕ ПРЕЗУМПЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ
§ 1. Проблема презумпции в праве
§ 2. Понятие гражданскоправовой презумпции
Глава 2. ПРЕЗУМПЦИИ ОБЩЕЙ ЧАСТИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА
§ 1. Презумпции правосубъектности
§ 2. Презумпции правомерности вступления в сделку
§ 3. Презумпции защиты гражданских прав
Глава 3. ПРЕЗУМПЦИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ
§ 1. Презумпции приобретения права собственности
§ 2. Презумпция добросовестности приобретателя
§ 3. Презумпции перехода права собственности
Глава 4. ПРЕЗУМПЦИИ КАК ПРЕДПОСЫЛКИ
ГРАЖДАНСКОПРАВОВОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ
§ 1. Презумпция неопровержения вины
§ 2. Презумпции «соеврозержения ненейдзаащего поведения»
§ 3. Презумпции при ответственности за действия третьих лиц
Глава 5. ПРЕЗУМПЦИИ В ОТДЕЛИМ ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТАХ
§ 1. Презумпции в обязательствах перевозки
& 2. Другие виды презумпций

Виктор Аркадьевич Ойгвнзшие
ПРЕЗУМПЦИИ В СОВЕТСКОЙ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Редактор издательства Л.Рабиева
Подписано в начать 20/ХП-1976 г. КД Ю586
Буадга тшгогр.® I. Формат 84x108/32.Печ.листов 6
УЧ.~ЕЗД.ЛЛЮ»0,, Тираж 700 экэ. Заказ 417.
Цена I руб.

Отпечатано в Таджикском госуниверситете им.Ц.М Ленина
Издательство "Ирфон", Душанбе» Шевченко,10

МИНИСТЕРСТВО ВЫСШЕГО И СРЕДНЕГО СПЕЦИАЛЬНОГО
ОБРАЗОВАНИЯ ТАДЖИКСКОЙ ССР

ТАДЖИКСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

В.А. ОЙГЕНЗИХТ

**ИМУЩЕСТВЕННАЯ
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В
ХОЗЯЙСТВЕННЫХ
ДОГОВОРАХ
(УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ)**

Душанбе –1980

Министерство высшего и среднего специального образования
Таджикской ССР
Таджикский государственный университет им.В.И.Ленина
Юридический факультет

В.А.ОЙГЕНЗИХТ

**ИМУЩЕСТВЕННАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В
ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ДОГОВОРАХ**
(Учебное пособие)

**Решением коллегия Министерства высшего и среднего
специального образования Таджикской ССР работа рекомендована в
качестве учебного пособия для студентов**

В учебном пособии на основании анализа нормативных актов, инструктивных материалов, юридической литературы и арбитражной практики сделана попытка раскрыть один из наиболее важных и сложных правовых институтов - институт юридической ответственности, применительно к нарушениям хозяйственных договоров. Пособие позволяет разобраться с понятием, видами и функциями ответственности, с условиями ее применения. В нем освещаются меры ответственности, их структура и виды, применяемые за различные нарушения, пути повышения эффективности ответственности и предотвращения нарушений договорной и плановой дисциплины. Помимо сконцентрированной, в целях удобства изучения, информации, анализа нормативных положений, в работе обращается внимание на некоторые дискуссионные вопросы, теоретические и практические проблемы. В пособие включены и некоторые методические рекомендации. Рассчитано оно на студентов юридических и экономических специальностей, аспирантов, может быть использовано в научной и практической работе.

Ответственный редактор -
профессор О.У.УСМАНОВ.

ВВЕДЕНИЕ

Коммунистическая партия и Советское правительство неоднократно указывали на необходимость укрепления плановой дисциплины во всех звеньях народного хозяйства, на повышение ответственности хозяйственных руководителей за выполнение государственных заданий и договорных обязательств, ибо нарушение хозяйственного договора является нарушением государственной дисциплины, социалистической законности, которые не могут оставаться безнаказанными. "Надо, - сказал Л.И.Брежнев, - закрыть все лазейки, которые ещё позволяют нерадивым хозяйственникам ходить в передовиках, несмотря на нарушение договорных обязательств и низкое качество продукции, плохое использование резервов. Для этого нужна действенная система материального и морального стимулирования в сочетании со строгими и неотвратимыми санкциями за нарушение плановой и договорной дисциплины". О недопустимых фактах нарушения трудовой, плановой и государственной дисциплины, невыполнения плановых заданий в отдельных отраслях народного хозяйства говорилось на ноябрьском (1979 год) Пленуме ЦК КПСС. Надлежащее выполнение хозяйственных договоров, возложенных обязательств обеспечивает нормальную деятельность предприятий, равномерное производство и сбыт продукции, повышение ее качества, ускоряет развитие народного хозяйства, повышение уровня жизни советских людей. В условиях социалистического хозяйства договорные условия обычно соблюдаются предприятиями и организациями, поэтому в большинстве случаев нет оснований для применения ответственности. Но тогда, когда допускаются нарушения плановой и договорной дисциплины, должны применяться различные формы воздействия на нарушителей и прежде всего - меры ответственности, стимулирующие исполнение договоров в будущем и обеспечивающие ликвидацию отрицательных последствий их неисполнения. Ответственность одно из действенных правовых средств, регулирующих экономические отношения, повышающих роль договора. Она категория социальная. Значение ответственности заключается в стимулировании путем применения экономически невыгодных последствий и осуждения допущенного нарушения выполнения предприятиями, организациями обязательств, предусмотренных договором. Поэтому особое значение приобретает эффективность ответственности, ее неотвратимость, действенность форм воздействия на нарушителей, непосредственная связь ответственности с хозяйственными интересами предприятия, организации, с осуществлением контроля за результатами их деятельности.

Нужно иметь в виду, что ответственность за нарушение хозяйственных договоров является коллективной, хотя и выступает как следствие ненадлежащей работы отдельных работников, в том числе должностных лиц. Нельзя забывать, что нарушение договорных обязательств в системе социалистического планового хозяйства может привести к "аритмии" во всей цепочке хозяйственных связей, нарушить нормальную деятельность не только данного, но и других предприятий. В условиях научно-технической

революции возрастает зависимость предприятий друг от друга, поэтому необходим хорошо налаженный механизм хозяйственных связей, постоянное соблюдение плановой дисциплины во всех звеньях народного хозяйства, укрепление роли договора. Вот почему ответственности придаётся такое большое значение, а нарушение хозяйственного договора рассматривается как нарушение обязательства перед государством. Можно назвать ряд правовых актов, посвященных вопросам ответственности. Достаточно указать на известное постановление Совета Министров СССР от 27 октября 1967 г. № 988 "О материальной ответственности предприятий и организаций за невыполнение заданий и обязательств, согласно которому была значительно повышена ответственность за нарушение хозяйственных договоров. Принят ряд мер, направленных на улучшение деятельности правовой службы в народном хозяйстве, на совершенствование хозяйственного законодательства и усиление стимулирующей роли санкций.

Договорные обязательства должны исполняться неуклонно, нарушение договоров означает нарушение социалистической законности, поэтому ответственность является одним из важнейших средств её обеспечения, повышения эффективности общественного производства. Сегодня неизмеримо возрастает значение права, закона в деле государственного управления социалистическим народным хозяйством. Знать законодательство, регулирующее правовую ответственность, принципы и практику ее применения, разбираться в этих вопросах - долг каждого советского гражданина, а особенно тех, кому доверяется организация и непосредственное исполнение хозяйственных договоров, осуществление юридической и экономической работы на предприятиях и в организациях.

На единство прав и обязанностей, на ответственность личности перед обществом и государством четко указано в новой конституции СССР. "Жить в обществе и быть свободным от общества нельзя", - говорил В.И. Ленин. Выполнению этого требования в определенной мере должно способствовать приобретение правовых знаний.

Настоящее пособие рассчитано на углубление знаний студентов и одновременное оказание им помощи в изучении различных сложных вопросов хозяйственных договоров и ответственности за их нарушение. Студенты-юристы изучают эти вопросы в курсе гражданского права и в различных спецкурсах хозяйственно-правовой специализации. Хорошо разбираться в них необходимо не только тем, кто в будущем будет работать в правовой службе в народном хозяйстве, но и всем юристам, независимо от конкретной специальности. В курсе советского права для студентов-экономистов вопросы хозяйственного договора, в том числе ответственности за их нарушения, занимают одно из центральных мест, поскольку в практической деятельности экономическая работа теснейшим образом связана с выполнением плановых заданий, с исполнением хозяйственных договоров.

Будущие специалисты должны получить знания на уровне новейшего законодательства, на уровне последних теоретических исследований, быть

знакомыми с современной арбитражной практикой, с тенденциями развития и совершенствования института имущественной ответственности.

Гл.1. ПОНЯТИЕ И ФУНКЦИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

§ I. Понятие и виды ответственности

Ответственность - одна из важнейших категорий, без нее просто немыслима организация общества. Ответственность - понятие многогранное, она связана не только с прошлым (с уже совершенным поступком), но и с будущим. Поступать ответственно, с осознанием своего долга, обязанностей, избирая соответствующее этим обязанностям поведение, значит действовать со знанием дела, предвидеть результаты своего поведения. Долг и ответственность всегда зависят друг от друга, связаны друг с другом. Юридическое понятие ответственности неотделимо от ее общего понятия. Она есть прежде всего ответственное отношение к своим обязанностям, обеспечивающее правильное их выполнение, к тому, что возложено в соответствии с законом. Ответственность за нарушение договора является следствием безответственного поведения, нарушения долга, следствием того, что отдельным лицам изменило "чувство ответственности". Таким, образом, всегда должна иметься в виду не только юридическая ответственность за допущенное нарушение (в негативном, ретроспективном, пассивном смысле), но и указанная выше ответственность (в позитивном, перспективном, активном смысле). Именно в таком плане понимается необходимость повышения ответственности хозяйственных руководителей за выполнение государственных заданий, договорных обязательств, за порученное дело.

Оба значения ответственности тесно связаны между собой: ответственность за правильное исполнение и ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение. Но вряд ли можно сводить их в одно понимание ответственности, определяя ее, как обязанность (необходимость) дать отчет в своих действиях. Правда, в большинстве случаев проводят четкую грань между ответственностью активной и ретроспективной. Нельзя отождествлять долг и обязанность с ответственностью, но недопустимо и отрицать их взаимосвязь, не видеть связи ответственного подхода к своим обязанностям и ответственности за нарушение такого подхода. Не лишне заметить, что иногда в нормах ответственность упоминается и в позитивном смысле. Так, генподрядчик (п.12 Правил) несет "ответственность за выполнение" всех работ. Ответственность за порученное дело требует выполнения предусмотренных правил, учета возможных отрицательных последствий, продуманного подхода к исполнению возложенных обязанностей.'

Совхоз "Сторожевое" отгрузил поздней осенью капусту торгу г.Медвижий в обычных вагонах, игнорируя возможность понижения-температуры. Продукция прибыла полностью замороженной. Государственный арбитраж РСФСР учел эти обстоятельства при применении ответственности за неоплату.

272 тысячи рублей взыскал Госарбитраж Таджикской ССР с Яванского электрохимического завода (дело № П91-2 за 1978 г.). Сумма составила

штраф за непредставление документации для монтажа оборудования тресту "Таджикхимстрой".

За безответственное отношение к своим обязанностям, к своему долгу была применена строгая юридическая, ретроспективная ответственность. Таким образом, ответственность в активном смысле по существу является предпосылкой ретроспективной-ответственности. Исполнение государственных планов и договоров обеспечивает прежде всего сознательная самодисциплина рабочих, служащих, должностных лиц, руководителей хозяйственных организаций. Демократизация норм, регулирующих отношения в народном хозяйстве, означает расширение прав хозяйственных организаций- по самостоятельному решению многих вопросов при заключении и исполнении договоров и распоряжении имуществом. Но это расширение самостоятельности означает, что объединения, предприятия и хозорганизации должны более ответственно подходить к осуществлению своих правомочий, всемерно укреплять плановую и договорную дисциплину. Ответственность всегда носит характер общественный, она представляет собой осознание личностью последствий за выбор поведения, осознание как принимаемых обязанностей, так и последствий за их нарушение. Человек свободен в выборе варианта поведения. И все же, как утверждают, он обладает относительной свободой воли. Более того, если субъект избирает поступок, не соответствующий познанной необходимости, если он не в состоянии осуществить господство над собой, - нельзя вообще говорить о подлинно свободном поведении. Но в выборе субъект свободен. И за этот выбор, если он неправомерен, приводит к нарушению должна следовать ответственность. В общесоциологическом плане ответственность означает осознание, выбор поведения в соответствии с долгом, следование ему. В таком смысле она выступает и как предпосылка нормальной деятельности. Антиподом такому выбору выступает пренебрежение долгом, безответственное отношение к нему и как последствие - ответственность в ретроспективном аспекте.

В нашу задачу, естественно, входит рассмотрение ответственности, вызванной нарушением хозяйственных договоров, т.е. в ретроспективном плане, однако, ни в коем случае недопустимо полностью отрывать рассматриваемую ответственность от ее проспективного аспекта. Само понимание ответственности в теории права вызывает большую дискуссию, что уже видно из предыдущего изложения. Господствующее мнение сводится к тому, что ответственность - это мера государственного принуждения, основанная на осуждении правонарушителя; она выражается в установлении для него различного рода ограничений или лишений, т.е. определенных отрицательных (неблагоприятных) последствий. При этом на ответственное лицо возлагаются новые, дополнительные обременения. Если же в положении нарушителя ничего не изменяется, то попросту стирается грань между ответственностью и обязанностью. Существует множество модификаций указанного понимания ответственности, но суть не изменяется. Именно так понимается и имущественная ответственность в хозяйственных

договорах. Существуют и другие определения юридической ответственности (как охранительного правоотношения, способности дать отчет, обязанности и др.). Особое место среди них занимает концепция ответственности как принуждения к исполнению обязанностей. Ответственность, согласно данной точки зрения, - это исполнение обязанности на основе государственного или приравненного к нему общественного принуждения, исполнение под воздействием (в состоянии) принуждения. Для сторонников такого понимания ответственности совсем не обязательно, чтобы ответственное лицо несло какие-либо дополнительные обременения, например, в виде штрафа или убытков. Представляется наиболее приемлемой последняя точка зрения, но она нуждается в ряде уточнений. Необходимо указать, что ответственность связана с выбором субъектом неправильного варианта поведения, с неправильным регулированием своего поведения, с осознанием последствий такого выбора и регулирования. Ответственность выступает в виде принуждения к исполнению обязанности, но чаще всего дополнительной, отрицательного для обязанного лица характера. Ответственность, в том числе и за нарушение хозяйственного договора, сводится к принуждению, к выполнению обязанности в состоянии принуждения, как правило, эта обязанность заключается в возмещении убытков, уплате неустойки (штрафов), но, если будет иметь место и принуждение к исполнению первоначальной обязанности, то, независимо от дополнительных обременений, отрицательных имущественных последствий для обязанного, такого рода исполнение нужно признать ответственностью. Добровольное (без принуждения) принятие на себя отрицательных обременений (например, оплата штрафа) при такой конструкции не признается юридической ответственностью, хотя и является одним из видов последствий за нарушение обязательства. Не все ученые согласны с таким выводом, не все, как мы видим, одинаково понимают и саму ответственность, но различные определения ученых-юристов не влияют на существо вопроса, на принципиальное понимание ответственности, на практику ее применения.

Юридическая ответственность - ведущая форма реализации санкции за выбор неправильного поведения, за регулирование своего поведения в соответствии с таким выбором. Она представляет собой осознанные последствия неправильной регуляции, которые выражаются как в принудительном исполнении установленной первоначальной обязанности, так и в принудительном исполнении обязанности дополнительной карательно-компенсационного характера.

Когда мы говорим об ответственности за нарушение хозяйственного договора, то имеем в виду, что ответственность наступает за поведение, за регулирование поведения, которое привело к такому нарушению, что она наступает в виде последствий за такое нарушение, что последствия могут заключаться в принуждении к исполнению договорной обязанности, но они чаще всего заключаются в принуждении к исполнению предусмотренной за допущенное нарушение навод, дополнительной обязанности в виде взыскания убытков и неустойки. Иногда утверждают, что такое понимание

ответственности ведет к безответственности, так как все якобы сводится к обязанности исправить ошибку, устранить неисполнение в не следует никакого наказания. Если последствия предусматривают отрицательные обременения, то они включаются в дополнительную обязанность, принудительное исполнение которой и будет являться ответственностью. Но исполнение первоначальной обязанности в состоянии принуждения тоже будет ответственностью. Никакого противоречия, никакого повода для безответственности здесь нет.

Х Х Х

Важно установить специфические особенности ответственности за нарушение хозяйственных договоров, выявить какое место она занимает в - общей системе юридической ответственности. В основу классификации ответственности обычно берут различные признаки, отсюда и неидентичный подход к такой классификации. Исходят из отраслевого и межотраслевого принципов. В большинстве случаев ответственность подразделяют на уголовную, административную, гражданско-правовую, а также на дисциплинарную и материальную (в трудовом, а иногда и в колхозном праве). За основу берутся и другие критерии (по субъекту, характеру нарушения и т.д.). И хотя наиболее распространен материальный (отраслевой) принцип, делается правильный вывод о том, что не во всех отраслях права объективно складывается своя собственная ответственность. Относительная самостоятельность отраслей права приводит к тому, что отдельные виды ответственности применяются в нескольких отраслях. Это прежде всего относится к ответственности гражданско-правовой. Некоторые ученые объединяют виды ответственности. Так, ее подразделяют на имущественную и карательную, хотя, конечно, последнее название условно ибо функции ответственности не однозначны. С таким подразделением в принципе можно согласиться, поскольку в основе его лежит направленность (суть и характер) самой ответственности, а не правонарушения или отрасли права. Необходимо, однако, добавить и третий вид - право-восстановительную ответственность, в которую включить отмену незаконных актов, защиту вести и достоинства. Указанная ответственность (правда, некоторые ученые ее таковой не считают) не укладывается в традиционную схему, так же, например, как и лишение родительских прав. Последняя может быть отнесена к особому подвиду - правоограничивающей, наряду с уголовной, дисциплинарной и административной ответственностями.

Имущественный признак объединяет гражданско-правовую и материальную ответственности, но они не могут охватить всех случаев применения ответственности по возмещению вреда и появляется необходимость включить в имущественную ответственность в качестве подвидов алиментную и таксовую ответственность. Не однородна и гражданско-правовая ответственность, в которой генерализируются все другие подвиды имущественной ответственности. В нее включаются договорная, хозяйственно-договорная и деликтная ответственности с учетом

их специфических особенностей. Кроме этого имущественная ответственность дифференцируется и по иным признакам, подразделяясь на: компенсационную (например, при причинении вреда), компенсационно-аграрную (при взыскании неустойки в сочетании с убытками) и штрафную. Её подразделяют на долевую (например, в договоре с участием дольщиков), солидарную (без учета доли каждого участника) и субсидиарную (дополнительную). Договорная и хозяйственно-договорная ответственности отличаются от деликтной прежде всего по основанию возникновения. В первом случае - нарушение договора, во втором - внедоговорное правонарушение. Что касается таксовой ответственности за причинение вреда природным объектам, то характерной ее чертой является таксовый метод определения размера убытков, сочетание признаков имущественных и административно-правовых способов воздействия. Отличаются особенностями материальная ответственность в трудовом праве (специальные субъекты, ограниченный, как правило, размер, особый порядок взыскания, преимущественно превентивная цель в т.д.) и алиментный подвид ответственности, который часто считают алиментным обязательством; характеризующийся особенностью субъектов, персональностью, длительностью и т.д. Особой спецификой отличается и хозяйственно-договорный подвид гражданско-правовой имущественной ответственности. Можно выделить следующие его специфические черты: 1) особый субъектный состав, т.е. применение ответственности только к юридическим лицам; 2) неотвратимость ответственности; 3) наличие стимулирующих экономических последствий применения ответственности, т.е. связь ее с экономическими санкциями; 4) особый порядок реализации ответственности; 5) как правило, императивное установление ответственности; 6) преимущественно её всеобъемлющий характер; 7) детализация ответственности; 8) компенсационно-штрафной её характер; 9) соблюдение принципа вины, но допущение, в порядке исключения, ограниченной ответственности и так называемой ответственности "за чужую вину"; 10) сочетание ответственности с применением правоохранительных оперативных мер. Это далеко не полный перечень особенностей ответственности в хозяйственных договорах, дающих основание для постановки вопроса о самостоятельности хозяйственно-договорного подразделения ответственности единой имущественной ответственности и ее гражданско-правового межотраслевого подвида.

Х Х Х

Существует и более широкое понимание ответственности хозяйственных предприятий и организаций. Оно включает в себя ответственность в экономическом смысле, именуемую иногда ответственностью хозрасчетной (планово-хозрасчетной). Такого рода ответственность основывается на организационно-имущественных связях, она относится к экономическим показателям хозяйственной деятельности, к отражению результатов этой деятельности. Она является, в частности, формой ответственности структурных подразделений предприятий, влияет на

размеры их материального поощрения. Важность такого рода ответственности несомненна.

2 июня 1976 г. в газете "Правда" была опубликована статья Д.Украинского "Соблюдать договор. Автор на примере объединения "АвтоЗИЛ" показывает высокую эффективность такой ответственности для обеспечения выполнения хозяйственных договоров. В объединении был применен метод уменьшения планового объема - по реализации на сумму неотгруженных видов продукции, а при подведении итогов работы подразделений учитывалось выполнение обязанностей перед партнерами, от чего зависели фонды материального стимулирования. В отдельных производствах только полное выполнение поставок давало право на премирование без снижения фонда поощрения.

В Основных направлениях развития народного хозяйства СССР на 1976-1980 годы указано: "Усилить зависимость размеров фондов экономического стимулирования, а также премий работников от выполнения планов поставок в соответствии с договорами и заказами". С 1978 г. новый порядок оценки деятельности предприятий и объединений, а также премирования руководящих работников введен в практику.

Одним из видов экономических санкций являются меры, применяемые Госстандартом к предприятиям, выпускающим недоброкачественную продукцию. Эти меры в постановлении ЦК КПСС и Совета Министров СССР "О повышении роли стандартов и улучшении качества выпускаемой продукции" от 10 ноября 1970 г именуется экономическими санкциями. Нестандартная продукция не насчитывается в выполнение плана, у предприятия вся незаконно полученная прибыль изымается. Существуют и другие меры аналогичного характера. Другой стороной экономической, планово-хозрасчетной ответственности является отнесение взысканных, санкций на поощрительные фонды предприятий. Дело здесь заключается прежде всего в повышении эффективности юридической ответственности, в усилении её контрольной функции, хотя в литературе говорится и об экономической ответственности, носящей коллективный характер, поскольку результат такой меры - снижение поощрений работников данного коллектива. Экономическую ответственность признают не только во взаимоотношениях между структурными подразделениями предприятия, но и между Предприятиями и вышестоящими хозяйственными звеньями (запрет на премирование при перерасходе зарплаты, принудительное списание сумм, не отчисленных от прибыли и т.д.).

Дискуссию вызывает проблема ответственности вышестоящего хозоргана за неправильное руководство, ошибки в планировании, причинение ущерба предприятиям. Данная проблема требует решения не только в плане применения указанных выше экономических санкций - принятие отрицательных последствий за счет резервов, отражение их на балансе, т.е. санкций учетного характера. В определенных случаях эта ответственность должна быть признана и юридической, но только не гражданско-правовой. Например, ответственность министерств за

несвоевременное представление данных о распределении фондов (п.75 Положения о поставках продукции производственно-технического назначения), ответственность хозорганов за задержку выдачи нарядов (п.76), за задержку извещения о прикреплении (п.78 Положения о поставках товаров народного потребления) относят к административно-правовой. В принципе же об ответственности по вертикали можно говорить в специальном смысле. Правда, указывается, что если меняется хозяйственная сфера действий субъекта, то возникает уже юридическая ответственность, но, по всей вероятности, нельзя так считать во всех случаях ответственности вышестоящих хозорганов перед предприятиями и предприятий перед вышестоящими хозорганами. Чаще всего здесь речь может идти об учетно-контрольном характере ответственности, затрагивающей поощрительные фонды. Эта ответственность отличается от юридической в традиционном! ее виде, с присущими ей характерными чертами и особенностями, хотя и имеет с ней сходство.

Жизнь требует максимального сочетания юридических и экономических санкций, связь их во многих случаях неразрывна, неразрывна настолько, что некоторые виды экономических санкций утрачивают характер самостоятельного, специфического вида ответственности, а считаются последствиями применения ответственности юридической, ибо без них применение этой ответственности не приводят к достаточной эффективности, лишает её дисциплинирующего значения. В то же время экономические меры не всегда совпадают с применением юридической ответственности. Система материального поощрения, определенная доля прибыли, которая остается у предприятия, вообще ставятся в зависимость от выполнения плановых показателей. В этих случаях экономическая ответственность приобретает самостоятельное значение и не связывается с учетом в образовании фондов поощрения уплаченных неустоек. Для начисления фондов поощрения вводится новый показатель, учитывающий выполнение заданий и обязательств по договорам поставки без зачета перевыполнения договоров за счет других получателей. Этот показатель определяется не фактом применения ответственности, а фактом нарушения договора. Целесообразным является и применение плано-организационных мер - отнесения за счет нарушителя договора фондов, лимитов (материальных ресурсов, зарплаты и т.п.). Экономические и юридические санкции дополняют друг друга. Вот один из примеров. Отдельные предприятия иногда обеспечивали выполнение плана реализации за счет внеплановых отгрузок продукции близко расположенным получателям. С введением указанного выше нового показателя за такого рода нарушения должна применяться экономическая санкция - уменьшение фонда поощрения. Но это не исключает применения и юридической ответственности, предусмотренной за безнарядный отпуск продукции, распределяемой в плановом порядке в пп.74 и 77 Положений о поставках продукции и товаров (от 25 до 100% их стоимости).

В феврале 1978 г. Ленинадская мебельная фабрика отгрузила внерыночным потребителям без нарядов сверх выделенных фондов мебель на 71500 руб. Это отразилось на выполнении плана поставки другим покупателям. Оптовой базой Таджикхозторга за это нарушение применена к фабрике ответственность и взыскан штраф в сумме 71500 руб. (Дело Госарбитража Таджикской ССР № 1970-1 за 1978 г.). Объединение "Таджикторгмаш" за бесфондовую реализацию болтов и гаек оштрафовано Таджикгосснабом на 2220%руб. (Дело Госарбитража Таджикской ССР № 2892-3 за 1979 г.). Таджикгосснабом взыскан штраф с предприятия треста "Таджикхимстрой" г.Явана в сумме 19187 рублей за неправильную реализацию фондируемых строительных материалов (Дело № 2719-3 за 1979 г.), а Объединением "Таджиклесстройснабсбыта" с завода нестандартного оборудования Минздрава Таджикской ССР за то же нарушение взыскан штраф в сумме 3289 руб. (Дело № 2717-3 за 1979 г.).

§ 2. Функции ответственности

Обязанности участников хозяйственных договоров, наряду с правомочиями, в комплексе образуют содержание договора. В хозяйственных договорах, как правило, каждый из участников выступает и как кредитор, когда ему принадлежит право требования, и как должник, когда на нем лежит обязанность совершить определенные действия. С точки зрения применения ответственности важное значение имеет исполнение обязанности, заключающейся в совершении как положительных, так и отрицательных действий. Участники хозяйственных договоров несут обязанности и перед государством-осуществление цели договора, обеспечение выполнения планов. Это взаимные обязанности сторон, которые определяют их обязанности друг перед другом и облекаются в договорную форму. Таким образом, прежде всего выступает совместная обязанность участников договора обеспечить реальное исполнение, ибо для выполнения производственных заданий необходимы ресурсы в натуре, в реальном виде; в таком же виде необходимы для населения товары народного потребления. Мы не касаемся сейчас всех сторон, всего содержания принципа реального исполнения. Речь идет о том, что реальное исполнение составляет основную совокупную обязанность сторон. В этом смысле они обе являются должниками, хотя и говорят об обязанности кредитора обеспечить прием исполнения. Но в смысле правомочий (требовать передачи, принятия) каждая из них является кредитором. Обязанность исполнить реально договор связана с надлежащим исполнением. Взаимность обязанностей сторон перед государством обуславливает их обязанность друг перед другом обеспечить наиболее экономичное выполнение, хозяйственного договора, исключая убытки другой стороны и учитывая интересы народного хозяйства. Участники договора обязаны оказывать друг другу взаимную помощь, содействие в исполнении обязанностей, а следовательно, - в исполнении их общей обязанности перед

государством. Но это не означает, что обязанности одного участника договора перекладываются на другого. Обязанности по взаимному содействию исполнению во многих случаях должны облекаться в правовую форму, четко отражаться в заключаемых хозяйственных договорах с обеспечением этих обязанностей соответствующей ответственностью на случай неисполнения. Обязанности участников хозяйственного договора, как правило, выполняются добровольно, без какого-либо принуждения. В случае же их неисполнения или ненадлежащего исполнения нарушается договорная дисциплина - государственная дисциплина в хозяйственной деятельности. Ведь юридическая обязанность - это мера должного поведения, требуемая законом и соответствующая субъективному праву другого лица. Деятельность предприятий и организаций получает оценку в процессе осуществления ими хозяйственных связей, охватывающих разнообразные отрасли производства. Правовой формой таких связей является договор. Соблюдение договорной, плановой, производственной дисциплины - неотъемлемое условие обеспечения социалистической законности. К сожалению, так бывает не всегда. В одной из газет была опубликована статья, в которой сообщалось о серьезных недоделках в новом жилом доме, построенном в г. Душанбе. Из арбитражного спора между заказчиком и подрядчиком было установлено, что дом сдан с оценкой "удовлетворительно" без замечаний о недоделках, видимо, исходя из "хозяйственной целесообразности" ввода объекта в соответствующем году. На самом же деле за день до сдачи объекта строительная организация официально обязалась в течение нескольких месяцев устранить недоделки. Обязательство осталось не выполненным, а при сдаче объекта о недоделках просто умолчали.

Нарушение хозяйственного договора влечет применение различных форм воздействия, установленных в санкции соответствующей правовой нормы.

Санкции иногда отождествляют с ответственностью. Конечно, это связанные понятия, но отождествлять их нельзя, как нельзя их отождествлять с самими мерами ответственности. В литературе, в нормативных актах, в хозяйственной практике нередко употребляется выражение: "взыскание санкций". Это выражение не точное, оно является результатом изменения другого выражения: "применение санкций". Такое выражение вполне допустимо, ибо оно не противоречит пониманию санкции в качестве элемента правовой нормы, в котором содержится указание на последствия, выступающие в случае невыполнения обязательств. Ответственность - один из видов реализации санкции. Норма права должна быть снабжена санкцией, но санкция может выводиться и из общих положений о защите нарушенных прав. Санкция не всегда влечет за собой возникновение новой, дополнительной обязанности. Она может сводиться к особым мерам по исполнению данной обязанности, не всегда выступая в форме ответственности. Как реализация санкции, юридическая ответственность заключается в исполнении существующей до нарушения обязанности, "либо

возникшей в- связи с ее нарушением новой обязанности, выполняемой под воздействием государственного принуждения. К сожалению, реализация санкции в виде принуждения к исполнению существовавшей до нарушения обязанности на практике применяется далеко не всегда.

В последнее время все чаще встречаются случаи добровольного начисления и оплаты неустойки, штрафов или их оплаты после предъявления претензии. Конечно, договоры не должны нарушаться, но коль скоро такое произошло, нет надобности ждать предъявления претензии, а тем более иска. Является ли такая оплата ответственностью? По мнению многих - безусловно является, поскольку приводит к дополнительным, отрицательным имущественным последствиям. По поддерживаемой в данной работе концепции ответственности - нет, поскольку отсутствует необходимый ее признак - принуждение. Это, конечно, не бесспорно. Но, так или иначе, добровольное принятие на себя самим нарушителем предусмотренных нормой отрицательных последствий в виде дополнительной обязанности является формой реализации санкции, основанной на многих принципах ответственности. Еще одной формой реализации санкций признаются так называемые делегированные меры ("делегированные" санкции), применяемые одной из сторон с помощью третьего лица (например списание в безакцептном порядке через банк некоторых штрафов признанных должником, но не оплаченных сумм). Иногда к ним же относят и меры оперативного характера на которых мы остановимся особо.

Как видим, существуют различные взгляды на однозначность и неоднозначность понятий "санкция" и "ответственность". И хотя под ответственностью мы понимаем, не считая других её признаков, исполняемую принудительно ранее существовавшую или возникшую вследствие допущенного нарушения обязанность, когда речь идет о нарушении хозяйственного договора, необходимо рассматривать последствия этого нарушения в более широком плане - с учетом других форм реализации санкции.

Х Х Х

Ответственность за нарушение хозяйственных обязательств имеет различные функции, которые вытекают из возложенных на ответственность задач. Прежде всего нужно указать на стимулирующую функцию ответственности. Она заключается в потенциальной силе ответственности, в том, что угроза ее применения служит стимулом к надлежащему выполнению обязанностей. Близка к указанной функции предупредительная (превентивная, предостерегающая). Справедливо отмечается, что недопустимо гипертрофировать стимулирующую функцию, что не соответствует ни действующему законодательству, ни его тенденциям. Но и умалять значения этой функции не следует. Вообще ответственность имеет многофункциональный характер. Встречаются высказывания о том, что стимулировать предприятие нельзя, ибо невозможно его "наказать" или "воспитать", а можно наказывать лишь работающих на нем людей. Конечно, воспитательные и карательные меры в конце концов применяются к

конкретным работникам, но это не означает, что не несет, например, наказание предприятие как таковое. Ответственность за нарушение хозяйственного договора - ответственность коллективная, угроза ее применения стимулирует весь хозорган к выполнению обязанности, она существенно влияет на прибыль, на размеры фондов экономического стимулирования. Предостерегающая функция заключается в предостережении от повторения в будущем нарушений. Практика показывает, что организация, оплатившая большую неустойку, впредь аналогичных нарушений старается не допускать.

Воспитательная функция ответственности проявляется, как отмечено, в том, что она доводится до конкретного виновника, направлена на воспитание должностных лиц, членов коллектива в целях обеспечения соблюдения договорной дисциплины, неуклонного соблюдения законов. Воспитательное воздействие ответственности разнообразно и многогранно. Особые споры вызывали такие важные функции ответственности, как штрафная и компенсационная. Дело в том, что в свое время многими отвергался оценочный (компенсационный) характер ответственности в отношении неустойки. В применении неустойки усматривали прежде всего карательную, штрафную цель. Деление неустойки на штрафную и оценочную искусственно и излишне. Неустойка, как одна из форм ответственности, имеет и штрафную, и компенсационную функции. Несомненно то, что на ответственность возлагается карательная задача. За нарушение должно следовать наказание, только тогда ответственность сможет быть эффективной, предупреждать нарушения договора, стимулировать исполнение обязательств. Ненадлежащее выполнение хозяйственного договора, влекущее нарушение плановой, государственной дисциплины, должно караться - в этом проявляется штрафная функция ответственности. В то же время компенсационный характер присущ мерам ответственности за нарушение хозяйственных договоров в том числе и неустойке. На сентябрьском Пленуме ЦК КПСС (1965 г.) указывалось о необходимости повышения материальной ответственности предприятий и организаций за невыполнение договорных обязательств, с тем, чтобы возмещать, как правило, причиненные убытки. Это было реализовано в последующем хозяйственном законодательстве, что свидетельствует о важном значении, которое придается компенсационной функции ответственности. Нередко, говоря об указанной функции, обращаются к экономическому обоснованию ответственности. Нельзя бесконечно ее повышать, штраф не должен превращаться в самоцель, а являться прежде всего средством обеспечения исполнения обязательства. Чувствительность ответственности зависит ведь и от финансово-экономического положения предприятия, но невозможно в каждом случае впасть в другую крайность и соизмерять применяемую ответственность с финансовым положением нарушителя договора. В сфере хозяйственных отношений существуют объективные критерии, которые позволяют определить необходимость уменьшения или увеличения ответственности и даже иногда ее отмены. Воздействие ответственности зависит от своевременного учета объективных факторов, потребностей

практики (например, укрепления хозрасчета, повышения авторитета договора, недопустимости проявления местничества, особого положения отдаленных предприятий, покрытия убытков и т.д.). По мимо экономического обоснования, необходимо учитывать ещё и соразмерность ответственности - соответствие размера характеру и тяжести правонарушения и его общественной опасности, что принимается во внимание при установлении ответственности. Это, однако, относится к функции штрафной. Конечно, можно подумать и над высказываемыми предложениями об установлении пропорционального штрафа взамен твердой неустойки.

Называют еще инфомационную функцию ответственности (оплаченные суммы учитываются при оценке деятельности предприятия), иногда ее называют учетно-информационной. Эта функция производная от стимулирующей. Отмечают функции: контрольную (“контроль рублем” со стороны государства за деятельностью хозорганов) и сигнальную (сигнал о неудовлетворительной работе). В большинстве же случаев необходимо говорить о комплексном проявлении всех указанных функций ответственности за нарушение хозяйственных договоров.

Гл. 2. ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

§ I. Основания применения ответственности

Одной из ведущих правовых форм хозяйственных связей между хозорганами является договор. Конечно, нельзя умалять роли и значения плана, упускать из виду его директивность, однако непосредственно из планового акта хозяйственные обязательства возникают лишь в некоторых случаях. Существует мнение о том, что сами обязательства возникают из плановых предписаний, а договор должен заключаться на определенном этапе развития обязательства. На основании обязательства, которое порождено планом производитель и потребитель обязаны заключить договор, произвести и принять продукцию. Нельзя разрывать единое отношение на внедоговорные и договорные этапы, нельзя игнорировать необходимость облечения такого отношения в определенную правовую форму, нельзя умалять значение воли сторон прежде всего в вопросе возникновения самого обязательства, нельзя рассматривать обязанности произвести и принять продукцию вне их договорной конкретизации. Несомненно плановый акт является в большинстве случаев основанием для заключения договора. На его основе и по волеизъявлению сторон возникает облеченное в договорную форму обязательство.

В договоре проявляется инициатива сторон, он, влияя на формирование плана, конкретизирует отношения по его выполнению, позволяет исправить ошибки в планировании, оценить и проконтролировать эффективность производства, обеспечивает сочетание плана и хозрасчетных интересов предприятия, является инструментом организации экономических и производственных связей. В хозяйственных договорах, по существу, устанавливается регулирование многих сторон деятельности их участников. Лишь в специально установленных случаях договор может быть заменен другой формой. Особого внимания заслуживает вопрос о замене договора принятием нарядов к исполнению. Естественно, наряд - это не договор, но и договор - это не только подлинный бланк, а, прежде всего, облеченное в определенную форму соглашение сторон, их волеизъявление. В тех случаях, когда закон допускает оформление отношений путем принятия нарядов к исполнению (например, в отношении поставки продукции производственно-технического назначения или поставки товаров народного потребления для промышленной переработки) имеет место по существу договорная форма, поскольку лишь наряд, содержащий все данные, необходимые для исполнения обязательства, и только при наличии согласия сторон на такое оформление своих отношений, - является основанием к установлению этой: правовой формы. Даже в тех случаях, когда почти все определено в нормативном порядке, например, при перевозке, остается достаточно места для установления отдельных условий. Согласованная воля сторон свидетельствует о наличии договорных отношений, наоборот, вне волевого акта нет договора.

Одним из оснований рассматриваемой ответственности является прежде всего надлежащим образом оформленный договор или наличие приравненного к нему документа, в котором выражено согласие сторон на возникновение отчуждений, на установление определенных условий и на применение ответственности.

Душанбинский завод холодильников предъявил в Госарбитраж РСФСР (Дело № 258/4 за 1972 г. Опубликовано в Комментарий арбитражной практики № 7) иск о взыскании с Красноярского машиностроительного завода 17464 руб. - неустойка за недопоставку продукции. Исковые требования были отклонены, так как отсутствовал договор поставки, а сам по себе плановый акт не может порождать договорные отношения между сторонами.

Нужно иметь в виду, что договор считается заключенным, если стороны согласовали его существенные условия. Если в договоре эти условия не согласованы, то такой договор не позволяет применить ответственность в случае его нарушения, более того - он признается недействительным,

Госарбитраж Таджикской ССР отклонил иск Канской торговой базы Главкоопхозторга к базе Таджикхозторга за недопоставку мельхиоровых изделий (дело № 3П5-1 за 1977 г.), поскольку в договоре не был согласован развернутый ассортимент и не указана цена; договор был признан незаключенным.

Государственный арбитраж Грузинской ССР (дело № 3/461 за 1977 г.) отклонил требование конторы Азерпищеснабсбыта о взыскании неустойки за недопоставку олифы ввиду отсутствия существенных условий в наряде.

Иногда возникает необходимость признания договорных отношений и в тех случаях когда имеется косвенное выражение воли, совершение действий, свидетельствующих о согласии на заключение договора (например, оплата продукции, ее принятие и т.п.). Исключить из практики такого рода случаи нельзя, хотя и поощрять их недопустимо, поэтому к таким фактическим (аномальным) отношениям, по нашему мнению, должны применяться определенные ограничения, которые прежде всего относятся к ответственности. На такой позиции стоит и арбитражная практика, отказывающаяся во взыскании недополученных доходов, штрафа за отказ от оплаты и т.п. Ответственность применяется даже тогда, когда она не должна была бы применяться, например, в случае расторжения договора на ненужную продукцию.

Ответственность не всегда должна быть прямо предусмотрена в договоре. Если согласованы его существенные условия, то совсем не обязательно требовать указания в договоре на все другие - обычные условия; предполагается наличие согласия сторон на подчинение их условиям указанным в правовой норме. Но есть разные виды ответственности и разные требования к их установлению в договоре. Например, для взыскания убытков и применения некоторых других видов ответственности особого указания на них в договоре не требуется. Но для такого вида ответственности, как неустойка (штраф, пеня), необходим письменный договор, в котором предусмотрено соглашение на установление этих мер. Данное требование

вытекает из ст.188 ГК РСФСР (ст. 206 ГК Тадж.ССР). В Некоторых случаях основанием применения ответственности является непосредственно правовая норма. Например, при взыскании штрафов за несвоевременный возврат тары, при тая называемой прямой отзетственности изготовителя продукции. Но в указанном выше случае даже тогда, когда ответственность нормативно установлена, вторым основанием взывания неустойки является указание на это в договоре лли ссылка в нем на то, что ответственность применяется в соответствии с конкретными нормативными актами (например, указание, что во всем, сторонами несговоренном, они руководствуются соответствующим Положением). Это требование не относится к случаям применения ответственность за поставку продукции ненадлежащего качества, а также при специальном оформлении договорных отношений (принятие к исполнению наряда, заказа, в реальных договорах перевозки, оформляемых в виде закладной и т.п.). В связи этим необходимо внести уточнение в ст. 188 к РСФСР(ст.206 ГК Тадж.ССР).

Нужно различать ответственность в виде применения неустойки законной, правовое действие которой наступает непосредственно в силу действия закона, независимо от воли сторон и соглашения о ней, и договорную ответственность с применением неустойки, указанной в законе, но обязательно включаемой в договор и потому называемой обязательной или законно-договорной. Следует согласиться с высказанным мнением о взысканном мнением о том, что, если такая ответственность не требует конкретизации, нужно отказаться от обязательной общей ссылки в договоре на нормативный акт. Единственным требованием должно быть наличие договора. Разумеется, если ответственность вообще не предусмотрена в нормативном акте или если предусмотрено ее применение лишь при согласии сторон, это условие должно быть обязательно включено в договор. Такую ответственность принято именовать факультативной. Долгое время отрицалась возможность включения в хозяйственные договоры не предусмотренной в регулирующих их нормативных актах ответственности за включенные дополнительные обязанности. Теперь такого рода препятствий нет. Возможно в определенной мере и повышение в договоре установленной ответственности. Спорным, правда, остается вопрос о допустимости установления в договорах ответственности в отношении тех обязанностей, за нарушение которых она в нормативном порядке не предусмотрена. Представляется возможным, кроме ряда исключений, установление такой ответственности, что будет свидетельствовать о повышении роли и значения договора. В то же время не допускается любое ограничение, ответственности, а также уменьшение установленного ее размера. В практике еще, однако, приходится встречаться со случаями включения в договоры пунктов о том, что не будет допущено предъявление претензий по качеству и т.п. Такого рода ограничения ответственности недействительны, они противоречат ст.22С ГК РСФСР (ст.190 ГК Тадж.ССР).

Государственный арбитраж СССР в декабре 1977 г. по делу № 8/277 в отношении порчи лука признал правильным возложение ответственности на

обе стороны в равны долях, несмотря на то, что в договоре было предусмотрено, что поставщик ответственности за такой вид нарушения не несет. Арбитраж признал договор в этой части недействительным, как ограничивающий ответственность сторон.

В договоре между Орджоникидзебабадским плодоовощторгом Таджикской ССР и Торгово-заготовительной базой Управления общественного питания г. Иркутска было предусмотрено, что поставщик освобождается от ответственности за поставку недоброкачественных помидоров при их отгрузке в крытых вагонах. Государственный арбитраж Таджикской ССР взыскал с Плодоовощторга 3348 руб. (дело № 1341-3 за 1980 г.), справедливо указав в решении о том, что соглашение сторон об ограничении ответственности недопустимо. Арбитраж по собственной инициативе внес изменение в договор.

Нужно иметь в виду, что ограничение ответственности неправомерно и в отношении неплановых договоров.

§ 2. Объективные условия ответственности

Невыполнение договорной обязанности противоправно. Противоправность - важнейшее объективное условие применения ответственности. Её понимают как поведение, противоречащее норме права или правилам, нормой санкционированным. Противоправно и нарушение обязанности, и злоупотребление правом. Как объективная категория противоправность не зависит от ее осознания. Иногда противоправность отождествляют с виной или, во всяком случае, не проводят разграничения между виной и противоправным поведением. Нельзя считать, что поступок виновен, поскольку он недозволен; отсутствие вины еще не означает отсутствие противоправности. Смешивать эти две категории недопустимо. Конечно, противоправность как условие договорной ответственности сама по себе, без учета других условий, не может привести к ответственности, но нельзя считать, что в случае неосознания, например, нарушения договора, - нет противоправного поступка. Противоправность заключается в совершении действий, нарушающих запреты, установленные правовой нормой независимо от того известно это нарушителю или нет. Оценка правомерности поведения может быть дана только с учетом интересов социалистического государства, которое воздействует на поведение путем применения имущественной ответственности. Допускаемые участниками хозяйственного договора нарушения предусмотренных договором обязанностей означают наличие одной из условий ответственности - противоправности. Нарушения могут заключаться в несоблюдении условий по количеству: недовложение ценностей, неправильное оформление отгрузочных и расчетных документов, несоблюдение правил упаковки, затаривания, маркировки и опломбирования. К количественным нарушениям относятся недопоставка, перепоставка и невыборка продукции и товаров. Противоправным является отгрузка до установленного срока, если не было согласия или указания об этом в договоре, а также исполнение обязательства после срока, в том числе и

частного срока, установленного в договоре (например, месячного). Сроки имеют важное значение для обеспечения ритмичности в работе. Не допускается установление ответственности только за нарушение квартальных сроков, установление льготных сроков, освобождающих от ответственности и т.п.

Ленинградское объединение "Сельхозтехника" предъявило иск к объединению "Азот" г.Новгород а о взыскании 39 тыс.руб. за просрочку поставки. В договоре были установлены подекадные сроки отгрузки, однако ответственность за их нарушение не предусматривались. Государственный арбитраж РСФСР Тдело № 39/17 за 1978 г.) такое ограничение признал неправильным.

Правда, в некоторых случаях льгота в отношении срока установлена, Например, возможность освобождения от ответственности при возврате тары в первые числа следующего месяца, частичное применение ответственности при восполнении недопоставки в декадный срок по истечении периода, в котором допущено нарушение, возврат взысканной неустойки при завершении в срок строительства и т.п. Противоправным является и нарушение сроков доставки грузов. Тесно связаны с нарушениями договора в отношении количества и сроков и нарушения номенклатуры или ассортимента. Ненадлежащее исполнение обязательств по номенклатуре в ассортименту приводит к недополучению одних видов и переполучению других, а это, в свою очередь, - к неудовлетворению потребностей населения, к затруднениям в работе промышленных предприятий, строительных организаций. Поэтому во многих случаях ответственность определяется не исходя из общего объема поставки, а из поставки продукции и товаров конкретной, номенклатуры и конкретного ассортимента, отклонение от которых в пределах частного срока поставки признается противоправным.

Противоправным является нарушение требований правовых норм и договоров в отношении качества продукции, товаров, объектов, ибо эти нарушения приводят к невозможности нормального использования предмета договора в соответствии с его целевым назначением. Однако противоправность признается и тогда, когда допущено нарушение стандартов, технических условий, образцов, иногда даже относящихся к внешнему виду, хотя использование продукции и возможно. Противоправным в отношении качества будет, например, и неустранение в срок недоделок по договору подряда на капитальное строительство; противоправным несомненно является и нарушение условий договора о комплектности продукции. Допускаются нарушения и способа - порядка исполнения договора и места исполнения, и порядка расчетов, и т.д. Перечислить все случаи нарушения хозяйственных договоров просто невозможно, тем более, что о многих речь Судет идти в последующем. Нужно иметь в виду, что противоправность - неперемное условие имущественной ответственности. Отсутствие противоправности в поведении или противоправного результата поведения исключает ответственность.

X X X

Одним из объективных условий применения ответственности признается наличие вредных последствий поведения нарушителя хозяйственного договора. Вредные последствия противоправного нарушения хозяйственных обязательств имеются всегда, но не всегда они проявляются непосредственно. Для данного предприятия вредные последствия при нарушении конкретного договора могут вообще отсутствовать. Если считать, что отсутствие вредных последствий или их неустановление означает отсутствие необходимого условия ответственности, то это приведет к безответственности за противоправное поведение, поэтому допускается "усеченный" состав правонарушения при применении отдельных видов ответственности за нарушение хозяйственных договоров - "безвредная ответственность". Под вредом понимается имущественный ущерб, а в денежном выражении - убытки. Правда, в понятие "ущерб" не включаются доходы, которые могли быть, но оказались не полученными, поэтому понятие "убытки" признается более широким. Когда же ответственность выражается в форме взыскания убытков, вызванных противоправным нарушением хозяйственного договора убытки являются одновременно и необходимым-условием ее применения. Без наличия убытков такая ответственность исключена.

Различают убытки внедоговорные и договорные. Такая дифференциация убытков, а следовательно, и ответственности очень важна, поскольку деликтная (внедоговорная) ответственность наступает иногда в тех случаях, когда договорная не применяется. При перевозке грузов Хорогскому горпо на одном из памирских перевалов на автомашине возник пожар, груз был существенно поврежден, но вина перевозчика исключена. В данном случае вред признается договорным и поэтому не подлежал возмещению, тогда как внедоговорный вред в такой ситуации (например, повреждение в результате этого пожара имущества третьих лиц) был бы условием для возмещения, поскольку причинен источником повышенной опасности.

Убытки подразделяются на два вида: 1) произведенные кредитором расходы, утрата или повреждение имущества, т.е. то, что считается так называемым положительным ущербом; 2) неполученные доходы. Более подробно на видах убытков мы остановимся при рассмотрении вопроса о формах мер ответственности. Сейчас же необходимо указать, что и тот и другой виды считаются условием применения ответственности, за исключением тех случаев, когда ответственность за них исключается. В частности, как мы увидим ниже, при нарушении хозяйственных договоров иногда не применяется ответственность за неполученные кредитором доходы.

Различают прямые и косвенные убытки. И те, и другие включаются в положительный ущерб, но косвенные убытки имеют лишь косвенное отношение к противоправному поведению их причинителя - к нарушению хозяйственного договора. Отнесение такого рода убытков к условиям

ответственности, да и само разграничение их зависит не от характера убытков, а от связи с поведением нарушителя, т.е. с другим условием ответственности. Существуют, однако, различные взгляды на понимание косвенных убытков. Считают, что они относятся к косвенным потому, что не данное лицо их причинило (например, продукция испортилась не из-за условий перевозки, а из-за того, что была отгружена испорченной) или потому, что причинение убытков было вызвано нарушением со стороны другого лица (например, повреждение при выгрузке, поскольку была плохая упаковка), или потому, что убытки можно было не причинять (например, недоставка имела место, но покупатель из имевшихся запасов мог обеспечить выполнение договора), или потому, что можно было предотвратить убытки (например, недоброкачественную продукцию не запускать в производство). Видимо, все же дело не в этом. В указанных примерах нужно просто решать вопрос - кто должен или должен ли вообще нести ответственность. Косвенные же убытки являются вынужденными дополнительными убытками, вызванными нарушением договора. Поставщик допустил так называемое сгущение отгрузок, у покупателя возникли не только прямые убытки, вызванные несвоевременной поставкой, но и накопление продукции, в результате чего не была освобождена тара и оплочен штраф. Подрядчик задержал ввод объекта. Заказчик помимо всех убытков, вызванных задержкой начала производства продукции, оплатил штраф перевозчику за неиспользование транспортных средств. Это примеры косвенных убытков. И косвенные убытки составляют условие применения ответственности, хотя для этого одного лишь наличия косвенного убытка недостаточно, тем более, что при таких убытках нередко отсутствуют другие условия ответственности. Так, просрочка поставки на непродолжительное время в период, когда нельзя было ожидать резкого изменения погоды, привела в связи с неожиданными заморозками к расходам по переносу товаров в утепленное помещение.

Х Х Х

Итак, как мы указали, вред как условие ответственности сам по себе не дает права применить таковую, он должен быть связан с поведением нарушителя, связан определенной причинной связью, т.е. еще с одним с условием ответственности. Установление причинной связи представляет подчас немалые трудности в практике. Ведь в мире все находится во взаимодействии, взаимосвязано. Но вот какая причина привела к конкретному результату - это установить бывает трудно. При применении ответственности за нарушение хозяйственных договоров причинная связь часто достаточно очевидна и на практике не всегда устанавливается. И все же, даже при "безвредных" правонарушениях причинная связь устанавливаться должна, поскольку она позволяет ответить на вопрос о возможности или о невозможности преодоления нарушения договора. Ошибочность противоположных утверждений исходит из того, что

допускается смешение причинной связи с другим самостоятельным условием ответственности - виной.

Нередко связи переплетаются, что создает дополнительные трудности при решении вопроса о применении ответственности. Но достаточно ли установить просто наличие какой-либо причины? Видимо, нет. Игнорирование юридически значимой связи приведет к применению ответственности и в тех случаях, когда она не должна применяться, когда отрицательный результат не вызван противоправным поведением данного лица. Ученые спорят о том какая причинная связь должна признаваться юридически значимой. Представляется наиболее приемлемым, хотя и не бесспорным, традиционное понимание причинной связи, основанное на философских категориях необходимости и случайности. Только та причина, которая о необходимостью приводит к данному результату, признается юридически значимой для решения вопроса об ответственности. Случайная причинная связь не является условием применения ответственности за нарушение хозяйственного договора. И необходимая, и случайная причинные связи объективны, они не зависят от сознания и предвидения. При этом необходимая причинная связь означает, что результат вытекает из наиболее существенных явлений, лежащих в основе процесса, а при случайности - связь между поведением и результатом чрезвычайно отдалена, носит внешний характер, поведение лица не должно было повлечь данный результат, который является лишь "стечением обстоятельств", его необходимость обусловили другие причины. Некоторые ученые при определении юридически значимой причинной связи ссылаются на категории возможности и действительности, выделяют непосредственную, ближайшую причину и т.п.

Когда имеется необходимая причинная связь между противоправным поведением и отрицательным результатом этого поворения, то очевидно, что недопущение такого результата а находилось в пределах возможности нарушителя. Когда же связв случайная, то преодоление последствий объективно находилось за границей его возможности. Налицо объективный случай - результат случайной причинной связи.

Иногда в практике применения ответственности за нарушение хозяйственных договоров возникает вопрос о причине, вызвавшей нарушение. Она часто связана с поведением других организаций, смежников, субподрядчиков, не допоставивших какие-то детали, не выполнивших какую-то работу и т.п. Применяя ответственность нужно выяснить, какие были возможности у данного предприятия, чтоб все же выполнить договор, установить, занимало ли оно соответствующую активную позицию, чтобы побудить других к исполнению их обязательств. Это позволит определить наличие или отсутствие необходимой причинной связи между доведением нарушителя и неисполнением договора, причинную обусловленность отрицательного результата, независимо от того, были ли причинены убытки или нет.

К Кайракумскому ковровому комбинату был предъявлен штраф на сумму 17.177 руб. за несвоевременный возврат тары из-под капронового жгута. Как установлено Госарбитражем СССР отменившим решение Госарбитража Таджикской ССР (дело № Н-2/348 за 1977 г.), причинной неосвобожденная тары явилась задержка строителями пуска второй очереди комбината.

В споре Между Волгоградским заводом "Красный Октябрь" и Дорогобужским котельным заводом ответчик сослался на возможность различных причин выхода из строя котла. Госарбитраж Российской Федерации (дело № 41/17 за 1978 г.) эти доводы не принял во внимание, поскольку ко времени выхода из строя котла еще не истек гарантийный срок его эксплуатации, а факт неправильной эксплуатации котла установлен не был. Тем же арбитражем рассмотрен иск Мытищинского СМУ-1 к фабрике "Пролетарская победа" о взыскании 36 тыс.руб. - штраф за задержку представления документации для строительства жилого дома (дело № 94/11 за 1978 г.). Арбитраж установил, что задержка произошла по независящим от ответчика обстоятельствам, поскольку Главмособлстрой заменил серию дома, что потребовало изменение в документации. Иначе был разрешен спор между базой Главкоопсылторга г.Петропавловска на Камчатке с Пермским велосипедным заводом о взыскании 21400 руб, составляющих неустойку за недопоставку велосипедов в третьем квартале 1977 года (дело Госарбитража РСФСР №98/17 за 1978 г.). Ответчик сослался на неутверждение плана перевозок. Ответственность за недопоставку действительно ограничивается возможностью выполнения а обязательства с учетом утвержденного плана перевозок, но арбитраж установил, что это обстоятельство не явилось причиной нарушения договора, поскольку план поставки выполнен был на 71% - в меньшем объеме, чем была удовлетворена заявка на перевозочные средства.

Интересно, как подошел Госарбитраж РСФСР к установлению необходимой причинной связи в деле по иску Агрохимтреста "Сельхозтехника" к Чирютовскому заводу фосфорных солей о взыскании неустойки в сумме 31.798 руб, за недопоставку удобрений (дело № 29/17 за 1978 г.). Из материалов дела следовало, что завод с опозданием получил разнарядку, но арбитраж исковые требования удовлетворил, указав, что завод же доказал отсутствие у него возможностей выполнить эту разнарядку в оставшееся время (полтора месяце). По одному из дел (№138/12 за 1978 г.), тот же арбитраж провел очень детальное установление необходимой причинной связи. Откладывая рассмотрение дела, арбитраж потребовал представления от нарушителя договора данных: об остатках, о выделенных фондах, фактическом учении сырья, выполнении плана производства и об обеспеченности производства всеми видами сырья. Этот пример показывает насколько сложным бывает путь установления юридически значимой причинной связи.

Нередко необходимой причиной нарушения является бездействие, но нельзя не видеть связи между действием, и бездействием, между активной и пассивной сторонами поведения.

Х Х Х

На пути к исполнению договора могут возникнуть препятствия чрезвычайного характера, преодолеть которые невозможно в рамках доступных для контрагентов средств, независимо от предвидения этих препятствий. Такого рода препятствия означают наличие так называемой непреодолимой силы. Ответить на вопрос о том, что такое непреодолимая сила в высшей степени трудно, хотя, в общем, каждый представляет её в виде каких-то особых, чрезвычайных явлений (землетрясение, наводнение и т.п.). И это, конечно, верно. Но лишь частично. Комплекс, называемый "непреодолимая сила" (кстати, обстоятельства не всегда бывают только стихийными), может считаться таковой лишь тогда, когда проявление угрозы отрицательных последствий окажется объективно необходимым, непреодолимым (даже несмотря на её ожидание) имеющимися физическими, хозяйственными и техническими средствами. Иными словами, предвидение последствий не может изменить их непреодоления. С обстоятельствами непреодолимой силы иногда; сталкивается наша хозяйственная практика. Они встречаются и в договоре контрактации, и при выполнении других договоров. Но даже такое явление, как землетрясение не освобождает от ответственности, если можно было обеспечить исполнение договора, принять меры к преодолению отрицательных последствий. Если имеется возможность обеспечить исполнение договора, то нельзя признать вообще наличия непреодолимой силы. В то же время признание наличия непреодолимой силы означает, что между поведением предприятия, исполняющего договор, и допущенным нарушением или образовавшимся имущественным вредом отсутствует необходимая причинная связь. Это означает и отсутствие условия для применения ответственности.

Иначе обстоит дело с такой категорией, как "невозможность исполнения" - объективно существующее положение, в котором оказалась исполняющая договор сторона вследствие обстоятельство исключаящих реальное исполнение. А это означает только то, что нельзя требовать реального исполнения, но можно заменить его денежной компенсацией. Невозможность исполнения еще не свидетельствует о том, что она была вызвана непреодолимыми причинами, которые с необходимостью привели к такой невозможности. Недопустимо и отождествление этой категории с отсутствием вины.

Госарбитраж РСФСР, рассматривая спор о недопоставке деталей стального литья и удовлетворяя иск (дело № 36/17 за 1978 г.), указал, что не была доказана необеспеченность сырьем и, кроме того, поставщик, заключив договор, даже если у него и не было сырья, обязан был добиваться выделения фондов.

Невозможность исполнения бывает различной: полной и частичной, первоначальной и последующей, физической, юридической и, наконец,

нельзя отрицать хозяйственно-производственной нецелесообразности исполнения.

Физическая невозможность вызывается естественными преградами (гибелью предмета, который не может быть заменен, непреодолимой силой и т.п.). При такой невозможности иногда ответственность исключается, но если она наступила в результате неправомерного поведения самого субъекта и необходимо связана с его поведением, то ответственность исключаться не должна. В практике встречаются случаи, когда аварии, приводящие к приостановлению производства, возникают из-за неправомерных действий нарушителя, когда недостаток в рабочей силе объясняется неправильной организацией труда и т.п. Физическая невозможность исполнения может быть вызвана неурожаем, задержкой навигации, отсутствием соответствующего оборудования, штормовой погодой, переключением транспорта и т.п.

Фрутовое оптово-торговая контора г. Душанбе задержала поставку помидоров Красноярскому крайпотребсоюзу в связи с прохладной и дождливой погодой в Таджикистане в мае 1979 г. и задержкой созревания продукции. Госарбитраж Таджикской ССР (дело № 562-3 за 1980 г.) иск о взыскании неустойки в сумме 2640 руб, удовлетворяя, указав, что подобные обстоятельства могут лишь явиться основанием для внесения изменения в договор. С таким выводом, нельзя согласиться, хотя, конечно, сообщать о возникших изменениях необходимо и такое нарушение может привести к взысканию убытков, но не дает основания к применению неустойки, поскольку исполнение оказалось невозможным.

В арбитражной практике немало случаев, когда невыполнение обязательств вызвано необеспеченностью предприятия сырьем. При этом учитываются и принимаемые им меры по выделению сырья, и по изысканию внутренних резервов. Даже в годы Отечественной войны прежде, чем освободить от ответственности за невыполнение обязательств по поставкам выяснялись действительные причины невозможности преодоления объективных обстоятельств. Далекое не всегда принималось такое решение в отношении предприятий, не выполнивших обязательств из-за перемещения их на Восток, или из-за нехватки рабочей силы в связи с мобилизацией. Гибель предмета обязательства еще не означает наличия факта невозможности исполнения, особенно в договорах поставки и контрактации, так как не исключена замена этого предмета, но в тех случаях, когда такая замена недопустима, например, из-за отсутствия ресурсов или невыделения фондов на сырье, следует признавать наличие невозможности исполнения, а в зависимости от юго, чем она вызвана, решать вопрос о характере покчинной связи и о возможности освобождения от ответственности.

"Юридическая невозможность исполнения" вызывается велением правовых норм, административных или плановых актов, исходящие от юридически правомочных органов власти и управления. С этим видом невозможности в практике приходится сталкиваться особенно при изменении плановых заданий, Но это создает лишь невозможность исполнения,

исключает (при внесении изменения в договор и отсутствии возможности для исполнения) требование выполнения обязательства, но еще не означает освобождение от ответственности.

Изменение плана иногда вызывается плохой работой предприятия, допущенными им серьезными недостаткам, необоснованными, непродуманными заявками, на что справедливо обратил внимание Л.И.Брежнев в Отчетном докладе на XXIV съезде КПСС. В этих случаях нет никаких оснований для освобождения от ответственности за допущенное нарушение. Неправильные действия вышестоящих органов, односторонние, не согласованные корректировки плана не позволяют признать невозможность исполнения и не освобождают от ответственности. Такие изменения плана приводит к тому, что контрагенты оказываясь в трудном положении, срывают реализации заданий и выполнение заключенных договоров.

При хозяйственно-производственной нецелесообразности исполнения самоисполнение физически возможно и юридически не запрещено, но оно не соответствует интересам предприятия, что в большинстве случаев, противоречит и интересам государства. В практике иногда возникает необходимость отказаться от получения заказанного оборудования, сырья, товаров. Конечно все это нередко вызывается неправомерными действиями предприятий и организаций, плохой постановкой прогнозирования спроса, учета потребностей и т.п. недостатков, но иногда и такими обстоятельствами, которые не могли быть учтены. Когда возникают подобные ситуации, нельзя принуждать к исполнению обязательства, лишая права отказываться от того, что не может быть использовано. Эта причина может явиться основанием освобождения от ответственности но только с учетом других условия её применения.

Наличие необходимой причинной связи предполагается (презюмируется) при правонарушении и опровергнуть ее должен нарушитель.

Госарбитраж РСФСР в одном из дел (№ 299/17 за 1978 г.) отметил: должник не доказал, что отсутствие металла явилось единственной причиной нарушения договора. Если ответственность выражается во взыскании убытков, то кредитор должен доказать, что они возникли в результате действия (бездействия) должника, а не в результате других причин, например, поведения (ошибочно в подобных случаях с говорят – “вины”) перевозчика, не обеспеченного сохранность груза. На это, в частности, указал Госарбитраж Таджикской ССР в деле № 3474-3 за 1979 год по иску Заготконторы Новоспасского райпо Ульяновской обл. к Обл-плодоовоощторгу г.Куляба.

§ 3. Субъективные условия ответственности

Таким условием вызывают вину, которая сязрне с оценкой субъектом своего поведения и результата поведения. Это интеллектуальный элемент вины - осознание совершаемых действий и их последствий, предвидение их. Но вина включает в себя и волевой элемент. Воля выполняет особую

функцию психизи- регулятивную. Поэтому вину характеризует психическое регулирование поведения, результатом которого является совершение противоправного поступка, и психическое отношение к нему - предвидение и осознание совершаемых недозволенных действий, характера вызываемых ими последствий.

Вина - это отношение не к любому поведению, а только в поведению противоправному и к противоправному результату своего поведения. Таким образом вина - не сами действия, не само поведение, не непринятие необходимых мер не возможность преодоления препятствий, не неисполнение обязательства, когда его можно было исполнить, а отношение во всему этому самого нарушителя, регулирование им своего поведения, хотя связь причины и вины, несомнение, как и связь вины с противоправностью, без отношения к которой нет вины. К сожалению, вину признают и в тех случаях, когда обязательство должником не исполнено из-за зависящих от него причин. Связывают ее с тем, мог или не мог он преодолеть встретившиеся на пути исполнения препятствия. Этому способствует и редакция ряда нормативных актов, понимающих вину в широком плане, руководствуется таким пониманием вину и арбитражная практика и в аналогичных случаях на ст.37. Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик.

Эти обстоятельства явились причиной высказанного в последнее время в юридической литературе предложения об особом понимании вины юридического лица - неиспользование прав и возможностей для надлежащего исполнения обязательств; неприложение усилия для предотвращения нарушения. По-существу здесь речь идет не о вине, а о противоправном поступке. К тому же, вряд ли следует разделять единую категорию вины. И все же такое понимание вины широко используется и не только в гражданском праве. С установившейся, хотя и не точной, терминологией приходится, конечно, считаться.

Существуют различные формы и виды вин. Принято разделять вину на умысел и неосторожность, а последние: на прямой и косвенный умысел, самонадеянность и небрежность. При умысле имеется осознание противоправности поведения, предвидение отрицательного результата и регулирование поведения на достижение поставленной желаемой цели или безразличие к результату. Неосторожность отличают отсутствие предвидения и осознания противоправного поведения и вредного результата (при наличии возможности для этого), психическое регулирование поведения на достижение других целей, не препятствующее наступлению отрицательных последствий, либо ошибочная уверенность в непоступлении таких последствий. Если субъект не мог осознать и предвидеть противоправность своего поведения и его отрицательные последствия, а поэтому не в состоянии был в ином направлении регулировать свое поведение, - нельзя говорить о вине.

Контора материально-технического снабжения "Корсаковснаб" обратилась с иском в арбитраж о взыскании неустойки с кабельного завода за

недопоставку телефонного кабеля. Арбитраж установил, что попытки отгрузить кабель заводом неоднократно предпринимались, но отправка была запрещена ввиду затора льда и закрытия переправы через Амур. Такого рода затор на Амуре не являлся типичным, произошел впервые и поэтому не мог, быть предвиден, что дает основания признать отсутствие вины. Видимо, нет препятствий для того, чтобы с учетом различного сочетания волевого и интеллектуального элементов расширить число видов вины, различать ее степени (грубую и простую неосторожности и т.п.). Представляется (хотя не все с этим согласны) возможным включение в число видов умысла и виновного риска.

Но дело в том, что в гражданском праве, как правило, не учитываются ни форма, ни вид, ни степень вины. Это объясняется тем, что убытки в любом случае, при любой вине должны возмещаться, а неустойка устанавливается в конкретном размере. Правда, высказывается справедливое мнение о необходимости дифференцированного подхода к учету вины при применении ответственности, особенно в договорных отношениях хозяйственных организации. Практика свидетельствует о том, что нарушения хозяйственных договоров, с точки зрения вины, не одинаковы, а следовательно, нельзя применять и одинаковую ответственность, тем более, что в ряде нормативных актов, в частности в сложениях о поставках, предусматривается возможность повышения ответственности при грубом нарушении условий договора. Утверждают, что умысел при нарушении хозяйственных обязательств явление чрезвычайно редкое, что в этих случаях преобладает неосторожность. Однако встречаются и противоположные суждения. И все же нельзя предположить, что хозорган желает нарушить условия договора или безразлично относится к этому. В нашей действительности такие факты встречаются чрезвычайно редко. Значительно чаще в договорных отношениях встречается умысел в виде виновного риска. Нарушитель осознает противоправность своего поведения и допускает отрицательные последствия, которых не желает, полагая, что они могут и не наступить, что его контрагент не понесет убытки, что обязательство, в конце концов все же окажется выполненным. Конечно, есть еще случаи, когда, стремясь поправить свое финансовое положение, хозорган отказывается от оплаты счета или сознательно идет на нарушение технологии и снижение качества поставляемой продукции, строящегося объекта (лишь бы уложиться в срок и получить премию). Прямой умысел в этих случаях должен быть соответствующим образом наказан.

В отличие от уголовного права, в котором действует презумпция невиновности, в гражданском праве действует презумпция вины (неопровержения вины). Доказать свою невиновность должен нарушитель. Если он не докажет отсутствия вины, то будет предполагаться виновным в нарушении договора. Это предположения дает основание применить к нарушителю ответственность.

В практике, однако, нередко в упрек истцу ставится недосаточно им вины

поставщика. Так в решении по иску ОРС а НОД-I ст. Кзыж-Орда к Заготовке Науского райпо Госарбитраж Таджикской ССР (дело № 561-3 за 1979 г), правильно указав что ответчик не доказал сумму недостачи и недоброкачественные арбузов, необоснованно отметил, что истец не доказал также вину заготконторы этих нарушениях.

Только в специально предусмотренных в законе случаях презумпция вины исключается (например, при вине кредитора; иногда в обязательствах перевозки и т.п.). Особое место занимают презумпции в обязательстве грузовой перевозки. При обстоятельствах, указанных в перечнях транспортных уставов, возникает презумпция вины перевозчика или, наоборот, грузоотправителя в обеспечении сохранности груза. Но в большинстве случаев ответственность за нарушение хозяйственных договоров применяется не на основании презюмированной, а установление вины.

Государственный арбитраж Белгородской области при рассмотрении в 1977 г. Иск Пятевского мясокомбината к Белгородском аптечному складу (дело № 2-1177) установил, что склад должен был проидвидеть изменение температуры во время следования груза. Но, допустив небрежность, не сделал специальных предупредительных знаков и не утеплил контейнер, в результате чего произошла заморозка медпрепарата.

Регарский плодооволторг, несмотря на указание в договоре об отгрузке капусты в адрес Первомайского смешторга г.Новосибирска, умчленно отгрузил 80.967 кг. с целью ускорения реализации имевшейся в большом количестве продукции. Это привело, к частичной порче. С поставщика взысканы убытки и не устоя за перепоставку (дело № 2419-3 за 1977 г. Госарбитража Таджикской ССР. Тот же арбитраж рассмотрел в 1977 году дело по иску Новоалтайского ошторга в конторе "Таджикплодоовощ" (дело № 956/256-3). Более половины отгруженной продукции-на 10.365 руб. испортилось. Из материальной деле следует, что поставщик допустил грубые нарушения правил отгрузки к должен был осознавать свое противоправное поведениеи противоправный результат этого поведения. В пользу такого вывода, говорить и количество испортившейся продукции.

Х Х Х

Принципы вины не всегда действовал при применении ответственности нарушение хозяйственных договоров. Этому способствовало указание в постановлений СНК СССР от 19 декабря 1933г, что поставщик отвечает лишь в пределах утвержденных планов перевозок, включение же иных условий об ограничений ответственности не допускалось. Отмечался и от-принительный перечень обстоятельств, освобождающих от ответственности могут лишь объективная обстоятельства что виновная ответственность может повлечь за собой снижением вообще ответственности к организации за результаты своей деятельностипоколебать принцип реального исполнения обязательств. Но и в прошлом практика нередко отступала от этого принципа, ибо жизнь требовала учета вины при применении

ответственности, ст.37. Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик установила ответственность за вину, не делая исключения для хозяйственных договоров. Этот принцип последовательно применяется в арбитражной практике. И всё же иногда высказывается мнение, что область ответственности по принципу вины в хозяйственных отношениях ограничена. При этом делается ссылка не то, что зачастую договор нарушается по причинам зависящим от третьих лиц. Забегая вперед, следует сказать, что и в таких случаях принцип вины, как правило, не колеблется.

В последнее время в юридической литературе обосновывается необходимость отказа от учета вины хозорганов и замены его принципом причинения, якобы более соответствующим делу обеспечения государственной дисциплины. Утверждают, что понятие "отсутствие вины" растворилось в объективных элементах налички независящих от должника причин неисполнения (упрек вполне оправедлив, но он относится, как указано, и неправильному пониманию и употреблению категория вины), что нельзя механически переносить понятие вины граждан за организации. Эти взгляды не встретили единодушия и, более того, были подвергнуты оправедливой критике. Такое применение ответственности по принципу вины может содействовать мобилизации всех ресурсов предприятий на устранение причин вызывающих нарушение договора. Иначе сводится "на нет" стимулирующая функция ответственности, становятся бессмысленными усилия коллектива. Не приемлемы и предложения установить перечень обстоятельств совобождающих от ответственности. Разве могут жизненные ситуация уложиться в какой-то заранее определенный перечень? Да и наличие определенных обстоятельств не всегда означает безусловное освобождение от ответственности. Что же касается вопросов о вине предприятия, то нам необходимо остановиться особо.

В советской юридической наука в понимании сущности юридического лица получила наибольшее распространение эти теории коллектива. Согласно этой теории вина предприятия это виновность рабочих и служащих его органов которые не смогли должным образом организовать работу этого предприятия. Противники указанной теории утверждают что нельзя вину одного возлагать на весь коллектив. Но нужно правильно представлять себе формирование воли предприятия в организаций; она формируется на основе соотношения воли коллектива, общественных организаций и воли руководителей и должностных лиц. Роли коллектива в определенной деятельности предприятие играет в большем значении. В 3 ст 8 Конституция СССР написано что трудовые коллективы участвуют в решении и обсуждении широкого круга государственных, общественных и производственных вопросов, в том числе вопросов планирования, кадровых, управления предприятиями и учреждениями. В деле заключения и исполнения хозяйственных договоров проявляется воля коллектива, всех рабочих, служащих, администрации данного предприятия или организации. Единство цели в коллективе сплачивает людей, направляет их волю. Эта цель

становится не только коллективной, но и индивидуальной всех работников, т.е. формируется единство воли. Такое единство не исключает некоторых различий индивидуальных волей, но коллектив, его здравые волеизъявления могут воспрепятствовать правонарушениям. Суть коллективной воли заключается в сочетании регуляционного процесса всего коллектива и регуляционного функционального процесса отдельных его членов и групп. Отношение к исполнению хозяйственного договора в каждом случае может, конечно, проявляться в действиях отдельного работника или в результате взаимодействия ряда работников. Но даже в тех случаях, когда к нарушению договора привели действия одного или нескольких работников, эти действия считаются осуществленными по воле предприятия и являются основанием для применения ответственности. Во многих же случаях нельзя говорить об индивидуальных действиях, об индивидуальной воле, нельзя не считаться с необходимостью осуществления контроля, воспитательной работы, правильной расстановки кадров и поэтому исключить возможность упущений со стороны широкого круга лиц, тем более в процессе все повышающейся роли трудового коллектива при выполнении производственных планов и хозяйственных договоров. Воля предприятий, организации, объединений как субъектов коллективных в исполнении хозяйственных договоров формируется и выражается через поступки их работников. Конечно, групповая деятельность, с точки зрения психологической, качественно отлична от индивидуальной, но ее осуществление предопределяется учетом функционально-ролевой структуры согласования интересов и т.п. Вина предприятия, организации, объединения в нарушении хозяйственного договора - это психическое отношение работников к своим противоправным поступкам и к результату этих поступков, поскольку их поведение, их отношение к своему поведению формирует волю предприятия, организации в целом. Вина работников означает и возможность предвидения ими встретившихся осложнений в хозяйственных отношениях, а как следствие этого - принятие в пределах их компетенции мер по предотвращению последствий такого рода осложнений. Нередки случаи, когда нарушения совершаются "на виду у всех", когда с такими нарушениями мирятся, к ним привыкают.

Вина предприятия, организации отличается от вины отдельных работников. Это не простая сумма, а качественно иное явление. Но несомненно одно - ответственность предприятия не является ответственностью за "чужую вину" или за вину органа. Конечно, орган юридического лица занимает особое положение в заключении и исполнении хозяйственных договоров. Воля органа становится волей юридического лица, потому что она выражает волю коллектива, реализует его волю - трансформированную волю членов коллектива. Сознательная воля коллектива представляет собой психическую регуляцию поведения отдельных работников, подразделений, органа предприятия, поскольку в процессе регуляции - процессе широком и многоаспектном взаимодействии и взаимовлиянии несомненно. В социалистических коллективах возникают

новые отношения, формирующиеся в нашем обществе, что, конечно, не исключает персональную ответственность. Итак, для утверждения о том, что признание вины предприятия приводит к допущению безвиновной ответственности, оснований никаких нет.

Х Х Х

Мы установили, что вина является одним из условий применения ответственности. Но из указанного принципиального положения есть и немало исключений. Прежде всего расширение ответственности допускается в некоторых нормативных актах. Наиболее типичным в этом отношении является договор контрактации сельскохозяйственных продуктов. В п.36 Положения о порядке заключения и исполнения договоров контрактации предусмотрено, что хозяйство освобождается от ответственности, если невыполнение было вызвано стихийными бедствиями либо виной заготовителя. Означает ли это, что во всех других случаях отсутствия вины (в широком ее понимании) ответственность наступает? Если да, то есть ли какое-нибудь другое субъективное условие ответственности? Законодательство на последний вопрос не дает, ответа, а в теории права единой точки зрения нет. Существует мнение, что без вины вообще нет ответственности, утверждают, что допустима в порядке исключения и ответственность "за случай" или на основании только объективных условий. Обосновывается и другая точка зрения - концепция субъективного риска, которая заключается в том, что без субъективного условия ответственность исключается, но такое условие не сводится только к вине. Субъект допускает случайные отрицательные последствия своих действий, избирая определенный вариант поведения, психически регулируя его. Но несомненно - ведущим субъективным условием ответственности является, конечно, вина. Пункт 36 названного выше Положения следует понимать, как перечисление типичных обстоятельств, при которых ответственность не наступает, но вряд ли он должен означать ограничение или расширение в применении принципа вины. Такой же вывод относится и к некоторым другим нормативным актам, регулирующим хозяйственные договоры, в том числе и к обязательствам перевозки.

В нормативных актах, регулирующих отношения по грузовым перевозкам, указаны перечни обстоятельств, при наступлении которых стороны освобождаются от ответственности за невыполнение плана и несохранность грузов. К ним относятся: явления стихийного характера (иногда они перечисляются), запрещение отгрузки, восполнение недогруза, аварии, прервавшие производство на срок свыше 3 суток, задержка грузоотправителем транспорта при выгрузке и в других, случаях, а при несохранности - обстоятельства, которые нельзя было предотвратить, вина отправителя или получателя, особые свойства груза, исправность транспорта и пломб, недостача в пределах норм естественной убыли, при перевозке с проводником и т.д. Многие годы идут споры о том: являются ли перечни стихийных явлений исчерпывающими или примерными, действует ли здесь принцип вины или не действует, что вообще представляют собой эти

перечни. Даже, если понимать вину в широком смысле, то и тогда указанные в перечнях обстоятельства нужно понимать в качестве обстоятельств невозможности исполнения (по отношению к плану перевозки) или в качестве оснований для изменения действия презумпции (предположения) - по отношению к сохранности груза.

Например, прибытие груза с исправными перевозочными средствами и пломбами создает предположение невиновности перевозчика и вины грузоотправителя, которые, правда, может её опровергать.

Концепция субъективного риска обосновывает и неприменение ответственности. Например, по договору контрактации не предусмотрена ответственность предприятий за сдачу недоброкачественной продукции, хотя это и вызывает споры в литературе о праве на взыскание убытков в последующем. Такого права у заготовительных организаций нет, ибо если они не проверили качество продукции, то рисковали в отношении возможных будущих потерь, а если качество было проверено, то вина предприятия исключена.

Связан с ответственностью и риск незнания закона. Нельзя вменить в вину неосведомленность во всех тонкостях хозяйственного законодательства, но у хозорганов есть реальные возможности разобраться в нормах и не совершать противоправный поступок. Не выполнение этого обусловлено с точки зрения субъективной риском нарушителя, но, конечно, во многих случаях - его виной. Вина является условием для возложения ответственности, поэтому отдельные меры применяются и независимо от вины. И все же исключить наличие субъективного условия нельзя. Риском обосновываются отрицательные последствия отказа от восполнения поставки при случайной и непредвиденной просрочке, если утрачен к продукция интерес, перевод в некоторых случаях, на другую форму расчетов и т.п. Как мы указала, и тогда, когда исполнение зависит от третьих лиц, нет отступления от принципа вины, в ее узком и широком понимании. Такой вывод обоснован, во-первых, тем, что лдажнив нередко сам виновен в том, что не принимал мер к обеспечению исполнения, занимал пассивную позицию во-вторых, тем что зачастую установлена прямая ответственность третьих лиц (например, изготовителя продукции) или они привлекаются к участию в арбитражном процессе и, наконец, в-третьих, тем, что, в конечном счете, все же, как правило, отвечает виновный, путем применения так называемой ответственности "по цепочке" с помощью регрессиого требования. Иногда даже считают, что в этих случаях применяется юридико-техический прием или яроето осуществляется понуждение к реальному исполнению принятой обязанности.

Свердловская контора "Главмосплодоовшпром", получив вагон лука с просрочкой, переадресовала его без проверки, хотя вагон и был вскрыт. Госарбитраж Таджикской ССР (дело № 2232-2 за 1980 г.) указал, что вина перевозчика, допустившего просрочку "трансформируется" в вину лонторы, освободившей его от ответственности. В этой части в иске было отказанно.

Есть мнение, что в данном случае ответственность применяется вообще без вины или на основании промежуточной вины - вины третьего лица. Ни на минуту не отступая от вывода о том, что, как правило, при нарушениях допускаемых третьими лицами, принцип вины действует, нельзя исключить и применение ответственности без вины за так называемую "чужую вину". Является ли применение ответственности без привлечения к делу действительных нарушителей приемом, понуждением, учетом будущего регресса (не всегда он и возможен), но ответственность к должнику в данный момент, если он не виновен в неисполнении, строится все же не с учетом его вины, однако должник в этих случаях принимает на себя обязанность третьих лиц, т.е. обязанность гаранта (в широком её понимании), в качестве условия возложения ответственности на него выступает риск гаранта. Особый случай такой ответственности - ответственность при кооперированных поставках. Головной поставщик отвечает перед основным заказчиком, если неисполнение или ненадлежащее исполнение обусловлено виной смежников. Аналогичным образом решается вопрос об ответственности невиновного генерального подрядчика при наличии вины субподрядчиков в договоре подряда на капитальное строительство, если, конечно, не было вины самого генерального подрядчика в отсутствии контроля и в непринятии должных и своевременных мер. Совершенно правильно указывается, что в современных условиях, при сложных хозяйственных связях, взаимной кооперации начало риска дополняет старый принцип вины, которым обосновать ответственность за неисполнение договорных обязательств крайне затруднительно. В применении ответственности по принципу риска гаранта речь, конечно, идет прежде всего о наличии необходимой причинной связи между поведением третьего лица а нарушением хозяйственного договора.

Одному из предприятий г.Киева в четвертом квартале 1977 г. производственным объединением "Вулкан" была недопоставлена прорезиненная ткань, за что предъявлен иск к поставщику о взыскании неустойки на сумму 42.909 руб (дело Госарбитража РСФСР № 123/12 за 1978 г.). Поставщик сослался на то, что нарушение договора было вызвано недопоставкой ему сырья с других предприятий. Иск был удовлетворен, со ссылкой на, что ответчик применил ответственность к виновным поставщикам сырья. Государственным арбитраж РСФСР в 1978 г удовлетворил иск Марийского ЦБК и Краснобаковскому леспромхозу о взыскании неустойки в сумме 22.275 руб. за недопоставку технологической цепи (дело №43/8). Ссылка на непредоставление вагонов против плана (по мнению ответчика даже заниженного) была отвергнута арбитражем в соответствии с п.7 Инструктивного письма Госарбитража при Совете Министров СССР от 6 ноября, 1969 г. № И-1-33 (неподача вагонов в пределах плана не освобождает от ответственности).

И все же далеко не всегда есть возможность переложить ответственность "по цепочке". Например, на проектные организации ограниченную ответственность несет перевозчик. Предлагается даже ограничивать этим пределом и ответственность должника, но тогда ведь

будет страдать кредитор. Сложным является вопрос и о пределах ответственности виновных смежников в договорах кооперированной поставки. Практика идет по пути полного передождения на них ответственности, хотя иногда это оказывается просто невозможным. И в этом заключается риск гаранта, который может встретиться с невозместимостью убытков.

Субъективная концепция риска находит поддержку в работах ряда ученых - представителей различных отраслей права, некоторые из них принимают данную концепцию с определенными оговорками, некоторые без таковых. Но есть и противники указанной концепции, придерживающиеся объективной трактовки риска. Под риском понимают вероятный вред, возможную опасность. Сторонники этого взгляда, однако, не могут обойтись без субъективных признаков. И это понятно, ибо без них само понятие риска теряет всякий смысл, с ними же оно означает субъективную категорию. Не изменяет положения и понимание риска как случайной опасности, тем более, что опасность всегда случайна. Сторонники этого взгляда, кстати, указывают, что реализация риска происходит через волевою, сознательную деятельность. Риск относят и к борьбе мотивов, не учитывая того, что сам по себе выбор лишь стадия волевого процесса, которым, естественно, риск не ограничивается. Есть мнение о том, что риск, в отличие от вины, относится не к стадии нарушения обязательства. Но этот взгляд явно ошибочный, ибо как при вине так и при риске происходит и выбор варианта поведения, и осуществляется единый волевой регулятивный процесс. Этот процесс не учитывают и другие критики концепции, которые связывают риск лишь со случайностью, без учета вариативности человеческого поведения. При этом полагают, что независимо от субъективного или объективного подхода риск все равно будет являться основанием для распределения случайно возникших неблагоприятных последствий. Но объективный риск не может быть и основанием, ни риском. Риск связан не просто с последствиями, а с их учетом и регуляцией своего право-мерного поведения, с выбором этого поведения в ситуации неопределенности. Если этого нет, то убытки обычно переходят на другого субъекта только на основании правовой нормы.

Ничего не изменяет сведение риска к опасности или к объективно существующему комплексу возможностей. Дальнейшее развитие теории риска плучает в концепции двуаспектности риска - взаимодействия субъективного риска с объективным. Но если отрицать любую связь последствий с психикой субъекта, незачем вообще говорить о риске.

Х Х Х

Нередко возникает вопрос о так называемой "встречной вине" кредитора - контрагента по договору, которая означает применение принципа смешанной ответственности Ст.37. Основ гражданского законодательства, указывая на вину как на умысел или неосторожность, предусматривает необходимость уменьшения размера ответственности должника при наличии вины обеих сторон. Это же предусмотрено в ст.224 ГК РСФСР и в ст.194 ГК

Таджикской ССР в которых говорится еще и о праве уменьшить размер ответственности, если кредитор виновно содействовал увеличению размера убытков или не принял мер к их уменьшению. Разберемся, что же следует из указанных норм. Во-первых, речь в ней идет только в вине в узком - юридическом смысле, а не о других условиях ответственности. Конечно (что, кстати, вытекает из смысла указанных статей), нельзя вести речь о вине в отрыве от виновных действия, от виновного поведения, поэтому будет правильней говорить не о "смешанной" или "встречной" вине, а о виновном соучастии. Во-вторых, вина кредитора, в отличие от вины должника не предполагается, она должна быть безусловно установлена, а если осталось сомнение, неопределенность, то действует предположение невиновности кредитора и, наоборот, вины должника. В-третьих, только при содействии в увеличении убытков арбитраж вправе уменьшить ответственность, в остальных же случаях с должен это сделать, если виновное соучастие кредитора установлено. И, наконец, в-четвертых, должник не может быть освобожден от ответственности за допущенное нарушение в результате виновного повеления кредитора, если к нарушению договора привели их обоюдные виновные действия. Это не относится к случаям, когда должник не мог исполнить обязательство без совершения определенных действий со стороны кредитора (например, приемки продукции или объекта).

Монтажно управление № 5 треста "Электромонтаж" г.Счастье предъявило к строительному управлению № 23 Стройтреста №4 г. Пахты иск с взысканием 64.400 руб. за несвоевременную сдачу объекта в строительной готовности под монтаж (дело Государственного арбитража СССР № 6/87 за 1978 г.). В удовлетворении пока было отказано. Наряду с другими мотивами, решение это обосновывалось тем, что истец, несмотря на вызовы, т.е. с полным осознанием своего поведения, не принял участия в приемке объекта. В одном из дел заводу было отказано в иске в связи с тем, что им была-нарушена договорная обязанность о передаче металла, необходимого для изготовления оснатки, и должник был полностью лишен возможности исполнить свое обязательство.

Часто в практике встречаются при исполнении хозяйственных договоров нарушения кредиторских обязанностей, которые могут содействовать нарушению договора со стороны должника. Они достаточно многообразны. Это и несвоевременное представление документации, оборудования, нарядов, разнарядок, транспорта, тары и т.п.

Показательно в этом отношении дело по иску к Кабельном заводу как к заказчику, о взыскании неустойки за непередачу им в срок генподрядчику проектной документации рассмотренное Одесским областным госарбитраем в 1976 году. Было установлено что в задержке частично виновен сам генподрядчик-строительный трест, который сознательно тормозил получение документации (не получал почтовую корреспонденцию, затягивал сдачу замечаний, некоторое из которых вообще были необоснованными и т.п.).Размер штрафа был уменьшен.

Государственный арбитраж Узбекской ССР рассмотрел иск Самаркандского суперфосфатного завода к Мубаракскому газоперерабатывающему заводу о взыскании неустойки в сумме 33.093 руб за недопоставку жидкой серы (дело № 103/1 за 1977 г.). Отменяя решение арбитража, Государственный арбитраж СССР обратил внимание на то, что из материалов дела следует и виновное поведенное самого кредитора, способствовавшее нарушению договора поскольку он не возвращал в срок цистерны (кредитор не мог не осознавать к каким последствием это приведет).

Виновное соучастие нередко возникает и тогда, когда к нарушению хозяйственного договора, к причинению убытков привело виновное поведение нескольких лиц. В этих случаях учитывается степень вины соучастников, исходя из причиненного ими одного, неделимого отрицательного результата. Так бывает, когда, скажем, авария является следствием того, что одна организация допустила производственный дефект (например, проката), другая - смонтировала агрегат без предварительной проверки, а третья - ненадлежащим образом приняла законченный объект. А сколько примеров такого соучастия при установлении скоропортящейся продукции, доставленной органами транспорта! Ведь сам по себе факт просрочки в доставке, при наличии, например, нарушений в укладке, упаковке продукции и т.п. Отступлений со стороны грузоотправителя, не является основанием к возложению в полной мере ответственности на перевозчика. Это очень сложные дела, в них требуется правильная оценка всех условия ответственности в, прежде всего, необходимой причинной связи, учет всех обстоятельств (температуры, характера перевозки, свойств продукции и т.п.).

Госарбитраж при Ленгорисполкоме при разрешении иска Ждановской конторы Ленгорплодоовощ к Управлению Октябрьской железной дороги и совхозу-заводу им.Симиренко о 12.332 руб, составляющих убытки от порчи прибывшей продукции (дело №311 за 1977 г.), применил смешанную ответственность, установив просрочку в доставке груза и вину совхоза.

При рассмотрении иска УРС а Братскгесстроя к Плодоовощной оптово-торговой конторе г.Душанбе о взыскании 5096 руб. Госарбитраж Таджикской ССР (дело № 1472-3 за 1980 г.) установил просрочку в доставке груза перевозчиком на 7-8 суток, т.е. необходимость применения смешанной ответственности за виновное соучастие.

Практика показывает, что даже самое тщательное выполнение всех обязанностей не всегда исключает потери в пути, поэтому нельзя отрицать и риска сторон. Отсюда трудности в распределении ответственности, в распределении убытков при соучастии. В такого рода делах не только учитывается степень вины каждого "соучастника", но, прежде всего, причинная связь: как способствовало то или иное обстоятельство, поведение того или иного субъекта наступлению отрицательного результата. Нередко так это и не удается установить.

В феврале 1977 г. Узбекский Госарбитраж применил смешанную ответственность при разрешении дела о порче капусты на хранении в совхозе Нижнеднепровский на 58.500 руб. в связи с тем, что и сдавший её на хранение Индустриальный пищеторг уклонялся от получения продукции. Установить в какой же мере виновное поведение сторон способствовало убытку, конечно, оказалось невозможным.

Что же в таких случаях делать? Практика идет по пути признания при подобной неопределенности предположения равного юридического значения всех причин, т.е. нераздельности причин, факта совместного нераздельного виновного причинения. И если нельзя учесть степень вины, то следует применять солидарную ответственность, без учета долей нарушителей, конечно, обосновывая такой вывод. Но это ответственность перед кредитором. Если с кого-либо из соучастников будет взыскана большая сумма, чем с остальных, разница может быть компенсирована в порядке регрессного требования. На практике, в целях упрощения расчетов, арбитражи в подобных случаях обычно указывают на применение смешанной ответственности в равных долях.

Гл. 3. ФОРМЫ (МЕРЫ) ОТВЕТСТВЕННОСТИ

§ I. Неустойка

Неустойка является денежной суммой, которая выплачивается случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора. В нормативных актах в практике неустойка иногда носит наименование в собственном (узком) смысле, иногда - наименование штрафа или пени. Так, например, в п.62 Правил о договорах подряда на капитальное строительство речь идет и о взыскании пени (до 30 дней), и неустойки (при просрочке свыше 30 дней), и штрафа. О неустойке, штрафе и пене указывается и в положениях о поставках. В ст.35 "Основ гражданского законодательства после упоминания неустойки в скобках указываются штраф и пеня. Отсюда некоторые ученые указывают на то, что неустойка выступает в виде штрафа или пени. Но так ли это? Указание в скобках может выступать и в качестве дополнения. Как видим, нормативные акты идут по такому пути.

Если неустойка в узком значении выражается обычно в процентах к денежной оценке нарушения (например, 5% от стоимости недопоставленной продукции), то пеня взыскивается за каждый частный период просрочки, как правило денежных обязательств, в течение короткого времени (например, 10 дней) и выражается в долях процентов. Нередко после указанного периода времени сверх пени взыскивается неустойка; иногда размер пени ограничен (например, за задержку распоряжения об использовании покупателем товаров, принятых на ответственное хранение, взыскивается пеня в размере 0,2% от стоимости товаров за каждый день задержки, но не более 5% их стоимости). Штраф взыскивается в твердой сумме и, как правило, однократно (например, за невысылку копии счета - 10 руб.). Но четкого разграничения между указанными мерами нет. Так, к характеристике штрафа относят и обеспечение им дополнительного обязательства, не связанного с убытками. Но эти признаки не всегда строго выдерживаются. Например, при поставке недоброкачественных или некомплектных товаров (продукции) установлено взыскание 20% их стоимости в виде штрафа. Не всегда штраф применяется и единовременно. К сожалению, такого рода терминологические погрешности имеют место, а удовлетворительного разграничения указанных понятий не найдено.

Неустойку подразделяют на виды в зависимости от того указано ли ее применение в законе или только в договоре, а также в зависимости от целей, которые она преследует. Такая дифференциация уже рассмотрена применительно к ответственности в целом. Дифференциация ее в зависимости от соотношения с убытками будет рассмотрена ниже.

Для неустойки характерны следующие черты: 1) она устанавливается заранее (возможно ее установление и в договоре); 2) размер неустойки зависит от значения обеспечиваемого ею обязательства по договору (например, высокий размер установлен за недоброкачественную продукцию); 3) этот размер зависит и от степени выполнения обязательства (например, если в первые десять дней следующего договорного срока недопоставка предыдущего периода не будет восполнена, взыскивается дополнительная!

неустойка); 4) неустойка обычно применяется в ходе выполнения договора, за нарушение каждой обязанности, каждого условия, а не за невыполнение договора в целом; 5) уплата неустойки, как, впрочем, и применение других мер, не освобождает от обязанности исполнить договор; 6) уплата неустойки, как правило, не лишает права на возмещение убытков; 7) при грубом нарушении договора неустойка может быть повышена; 8) для взыскания неустойки установлен сокращенный срок исковой давности. Несомненно это лишь перечень некоторых специфических черт, не во всех случаях применимых к неустойке. Для отдельных хозяйственных договоров могут быть и другие специфические особенности неустойки, например, "сложение" её в договоре подряда на капитальное строительство и т.д.

Одним из средств обеспечения принципа реального исполнения обязательств является установление того положения, что уплата неустойки не освобождает от выполнения договора в натуре, как правило, в пределах срока его действия. Это означает также введение принципа суммирования обязательств, взыскания неустойки так называемым "нарастающим итогом", т.е. прибавленно неисполненного в срок к следзгцему сроку исполнения при отсутствии отказа от получения. Если обязательство продолжает не выполняться, то возрастает сима взыскиваемой неустойки, т.е. в период действия договора она может взыскиваться многократно. Этим стимулируется скорейшая ликвидация нарушения, реальное исполнение обязательства.

Гирьковское управление Главнефтеснабобыта предъявило в Госарбитраж Горьковской области иск о взыскании с Ново-Горьковского нефтеперерабатывающего завода неустойку в сумме 65,043 руб за недопоставку нефтепродуктов. Недопоставка не восполнена в первой декаде следующего месяца, а почему прибавлена к норме этого месяца. Отказа от восполнения не было к арбитраж (дело № 3-1289 за 1977 г.) иск удовлетворил.

"Неустоечное обязательство" относительно самостоятельно, оно применяется и тогда, когда требование реального исполнения исключено (например, за недопоставку в последнем месяце года). Использование неустойки в ходе исполнения договора выражается во взыскании ее за частные нарушения, например, за просрочку поставки в установленные договором частные сроки, за задержку завершения строительства циклов или частей объектов по графику. Этим обеспечивается действенность, оперативность неустойки, суммирование обязательств. В то же время по некоторым хозяйственным договорам предусматривается так называемое сложение (возврат) неустойки, взысканной за частные нарушения. Такое правило, как указано, установлено в договоре подряда на капитальное строительство, что стимулирует подрядные организации к ускорению саботы и завершению всего строительства в срок.

Неустойка самая распространенная форма ответственности, Ее практические преимущества несомненны: во-первых, она применяется независимо от причинения убытков; во-вторых, не требуется как правило,

представления истцом иных доказательств, кроме доказательства факта нарушения обязательства; в-третьих, размер неустойки во многих случаях позволяет восстановить имущественные потери, если они имели место. Одним из видов неустойки (по ее соотношению с убытками) является исключительная неустойка, при которой сверх установленной неустойки взыскание убытков исключается. Это название связано и с тем, что такая неустойка применяется в порядке исключения из общего принципа полного возмещения убытков. Исключительная неустойка установлена в ряде случаев за нарушение обязательств по перевозке грузов; она применяется в договоре на снабжение электроэнергией и в некоторых других случаях. Исключительная неустойка является одним из видов ограниченной ответственности. Однако значительно чаще взыскание неустойки не исключает взыскания убытков. Различают также неустойку альтернативную (или неустойка, или убытки), неустойку зачетную и неустойку штрафную. Два последних вида особенно характерны для неустойки, применяемой в хозяйственных договорах. Альтернативная неустойка встречается, например, в транспортном законодательстве.

При зачетной (смешанной) неустойке убытки взыскиваются сверх неустойки, но исключая её из взыскиваемой суммы. Так, п.88 Положения о поставках продукции, производственно-технического назначения (п.90 Положения о поставках товаров), п. 68 Правил о договорах подряда на капитальное строительство предусматривают взыскание убытков в части, не покрытой неустойкой.

В некоторых случаях применяется штрафная (кумулятивная) неустойка - взыскание убытков, независимо от взыскания неустойки, сверх неустойки. Она, например, предусмотрена за поставку недоброкачественной продукции (товару*), за отгрузку недоброкачественной и некомплектной продукции в п.22 Положения об имущественной ответственности за нарушение обязательств по заказам на сельскохозяйственную технику и иные материально-технические средства. Не указано о зачете неустойки и в п.41 Положения о порядке заключения и исполнении договоров контрактации сельскохозяйственной продукции, утвержденного Министерством заготовок СССР 31 декабря 1976 г.

Согласно ч.2 ст.190 ГК РСФСР (189 ГК Тадж.ССР) в исключительных случаях, с учетом заслуживающих внимание интересов сторон арбитражем или третейским судом неустойка, взыскиваемая с социалистической организации, может быть уменьшена. В Положениях о поставках также предусматривается возможность уменьшения ответственности и подчеркивается исключительность такой меры. Наконец, право арбитражей на повышение и уменьшение размеров неустойки закреплено было в п.31 указанного выше Постановления Совета Министров СССР от 27 октября 1967 года № 988. Данное положение применимо, правда, не ко всем хозяйственным договорам (например, оно не применяется к обязательствам перевозки грузов а к некоторым другим). Могут быть различные причины для постановки вопроса о снижении неустойки. Одной из таких причин

является финансово-экономическое положение должника. Но это было бы поощрением для плохо работающего предприятия. Ставится вопрос о возможности снижения неустойки при отсутствии убытков. Но ведь неустойка не имеет прямой связи с убытками и не выполняет только компенсационную функцию. А вот попытка превращения неустойки в источник накопления дает основание в отдельных случаях и в порядке исключения (когда неустойка теряет свои функции, свое назначение) к снижению её размера. Таким основанием может быть утрата или ослабление стимулирующего воздействия неустойки.

В прошлом, видимо, по ошибке, в действовавшие тогда Основные условия поставки часов был включен штраф за несвоевременное заключение договора без ограничения его предела (сейчас предел - 500 руб.). Одна организация, не получившая от поставщика договор, в конце года предъявила штраф за все дни просрочки представления договора. Естественно, арбитраж такой штраф посчитал не только чрезмерным, но и лишённым стимулирующей функции. Чрезмерная неустойка может быть установлена в договоре, если отсутствует специальный нормативный акт. Дело это, конечно, давнее, но весьма показательное. В одном из договоров между Наро-Фоминским шелкокомбинатом и Синельниковской швейной фабрикой был установлен штраф за несвоевременный возврат тары - катушек из-под ткани "болонья": за каждый день просрочки их двойная стоимость. В арбитраж был предъявлен иск на сумму 108.750 руб. Арбитраж в этой части признал договор недействительным и уменьшил сумму штрафа до 676 руб. Но нельзя называть "штрафоманией", чрезмерностью требований взыскание неустойки в тех случаях, когда незначительное нарушение приводит к серьезным последствиям. В Госарбитраже Украины, как рассказывает в одной из статей М.Брагинский, было рассмотрено дело о взыскании неустойки в сумме 6 тысяч рублей за отгрузку некомплектного горного комбайна. Некомплектность выразилась в отсутствии детали стоимостью в 1 руб.22 коп, тогда как стоимость комбайна составляла около 30 тысяч. Иск был удовлетворен, поскольку это нарушение привело к простоем комбайна.

Уменьшение неустойки, как правило, допускать нельзя. Но нельзя совсем сбросить со счетов и отдельные, правда, крайне исключительные случаи особой ситуации, сложившейся для сторон, соотношение размера неустойки и последствий нарушения договора, степень исполнения обязательств, незначительность просрочки и даже причины ненадлежащего выполнения договора (с учетом последствий). В практике нередки ситуации, когда уважительные причины имеются, но, в то же время, нет вины кредитора и полностью исключить вину (в широком её значении) должника нельзя. Арбитраж просто уменьшает размер взыскиваемой неустойки, фактически применяя ст.190 ГК РСФСР (ст.189 ГК Тадж.ССР). В отдельных случаях полное или частичное освобождение от ответственности производится по распоряжению компетентного органа.

К неустойке применяется и принцип поглощения (кумуляции). В п.70 Положения о поставках продукции (п.73 Положения о поставках товаров)

предусматривается, что при поставке забракованных товаров (продукции) не соответствующих стандартам (техусловиям, образцам), более низкого сорта (качества) я в случае отказа от их принятия штраф за некомплектность, отсутствие маркировки, ненадлежащую маркировку, за поставку в ненадлежащей таре, упаковке, с нарушением стандартного веса не взыскивается. Правда, в этих пунктах не говорится об иных нарушениях качества (например, поставка с производственными недостатками), что вызывает противоречия в арбитражной практике и предложения о совершенствовании нормы. Следует признать правильным вывод о том, что в указанных случаях действует принцип: общая сумма неустоек при поставке ненадлежащего качества не может превышать максимального размера – 20% стоимости партии продукции. Подобное правило относится и ко всем указанным выше случаям, в том числе к при производственных недостатках, и тогда, когда допущено сужение сорта и взыскивается штраф в размере 200% суммы уценки. Если такая продукция одновременно окажется и некомплектной, штраф может быть повышен до максимального размера. При взыскании штрафа за некомплектность допустимо взыскание неустойки за недопоставку отдельных частей, но она должна исчисляться исходя не стоимости частей. В ч.3 и 4 п. 66 Правил о договорах подряда на капитальное строительство предусмотрено, что в период гарантийного срока, при обнаружении дефектов за задержку их устранения взыскивается неустойка по 100 руб. в день, а если дефекты не будут устранены в срок, они могут быть устранены заказчиком за счет подрядчика со взысканием неустойки в размере стоимости работ. Возникает вопрос могут ли указанные неустойки взыскиваться одновременно? Ответить на него следует отрицательно.

За грубое нарушение хозяйственного договора устанавливается в отдельных случаях повышенная ответственность. Так, в Положениях о поставках предусмотрена возможность увеличения неустойки по усмотрению органов арбитража в пределах не более 50% со взысканием этой части в доход союзного бюджета. Такую неустойку принято называть законно-арбитражной, чем подчеркивается право на повышение не любой, а только законной неустойки. Значит, степень вины может учитываться для усиления неустойки, т.е. субъективному моменту начали придавать значение при применении ответственности не только в смысле общего учета наличия вины, но и её степени, а значит - её видов и форм.

Госарбитражем Таджикской ССР была взыскана повышенная неустойка с Абдулинского райпо, допустившего умышленный необоснованный отказ оплаты счетов Торгово-закупочной базы Оренбургского облпотребсоюза за арбузы, отгруженные из Таджикистана (дело № I078-S за 1978 г.).

Повышение неустойки нередко производится при систематичности аналогичных нарушений. По одному из исков Машиностроительного завода г.Ишима Государственный арбитраж РСФСР увеличил размер неустойки на 10 тыс.руб. со взысканием её в бюджет с учетом грубого и неоднократного нарушения договора (дело № 31/17 за 1978 г.). Московская база Росхозторга предъявила иск на 17.372 рубля в Государственный арбитраж РСФСР к

Московскому заводу автоматических линий за допущенную недопоставку. Учтя систематические в течение года нарушения договора, арбитраж дополнительно взыскал в доход бюджета 6,5 тыс. рублей (дело №35/17 за 1978 г.).

В некоторых случаях повышенный размер неустойки установлен в нормативных актах. Так, за просрочку поставки или недопоставку оборудования для пусковых строек, продукции и товаров в районы Крайнего Севера и иные районы досрочного завоза предприятиям с сезонным характером производства, согласно Положению о поставках, неустойки взыскивается в полуторном размере.

§ 2. Взыскание убытков

В те мы говорили об убытках как об одном из условий ответственности. Но они являются и одной из форм (мер) ответственности, в частности ответственности за нарушение хозяйственных договоров. В понятие убытков, согласно ст.36 Основ гражданского законодательства, включаются расходы, произведенные кредитором, утрата или повреждение его имущества а также неполученные доходы, которые при выполнении обязательства он мог бы получить. Что касается расходов, то в убытки включаются только те, которые были фактически произведены. Будущие расходы убытками пока не являются, Нельзя, например, включать в расходы еще не оплаченную неустойку. Затраты должны основываться на нормативах, расходы должны быть необходимыми, т.е. теми, которые вызывались нарушением договора, в том числе и для устранения последствий нарушения. Кредитором должны быть предприняты все меры к предотвращению убытков или уменьшению их размера (п.8 Инструктивного письма Госарбитража СССР от 23 сентября 1974 г. № И-1-33). Одним из принципов ответственности является принцип полного возмещения, отсюда в понятие убытков включены и неполученные доходы. Основным видом этих доходов необходимо признать плановую прибыль, которая не получена кредитором из-за нарушения договора. Показатели, несмотря на допущенное нарушение, могут быть даже перевыполнены, но, если бы договор был исполнен надлежащим образом, то эти показатели должны были быть еще выше. Да и вообще доходы подлежат взысканию независимо от выполнения плана по прибылям. Не всегда, однако, неполученные доходы должны сводиться к плановой прибыли. В них включаются и другие недополученные суммы из-за допущенного нарушения, например, премии, на которые мог рассчитывать кредитор, торговая скидка и т.д. И все же иски о возмещении убытков предъявляются не очень часто. Объясняется такое положение как трудностями в обосновании самого требования (доказывание необходимой причинной связи, отсутствия других причин возникновения убытков, принятие максимальных мер для их предотвращения), так и трудностями в самом исчислении убытков, сложностью их определения (расчета). Особенно трудно определить неполученные доходы, поэтому зачастую на практике в расчет убытков эти доходы не включаются.

Заслуживают внимания и высказывания ученых об установлении в виде общего «правила для хозяйственных договоров взыскавши убытков сверх неустойки.

На практике убытки вызываются недопоставкой, просрочкой, недоброкачеством продукции и другими нарушениями хозяйственных договоров.

К Экскаваторному заводу г.Донецка одной из организаций г. Свердловска был предъявлен иск о взыскании, наряду с неустойкой, убытков в сумме 28.130 руб, вызванных недопоставкой продукции. Иск Госарбитражем РСФСР был удовлетворен (дело № 60/17 за 1978 г.) Объединением "Кемеровуголь" был в тот же арбитраж предъявлен иск к Ижорскому заводу им.А.А.Жданова о взыскании неустойки и убытков (плата за установленную мощность), в связи с выходом из строя детали экскаватора). Иск был удовлетворен (дело №-40/17 за 1978 г.). Государственный арбитраж Казахской ССР удовлетворил иск Торгово-заготовительной базы дорурса к Целиноградскому СРСУ и к Сокулупсеюй рейзаготконторе о взыскании убытков на сумму 14.197 руб, вызванных потерей качества продукции в связи с длительным хранением и отрезкой ее без переработки (дело №1234 за 1977г). Ряд дел (№5415 и др за 1977г) по искам к СРСУ НГДУ "Бугурусланнефть" совхоза "Зеленый гай" Тамбовской области рассмотрел государственный арбитраж РСФСР. Требования выражались во взыскании убытков в связи с уклонением ОРСа от приемки яблок которые в результате длительного хранения в значительной степени потеряли свое качество.

Расчет таких убытков не встречает особых трудностей. При подсчете учитываются разница в ценах, транспортные расходы, расходы по приобретению материалов, по оплате труда и т.д. Из убытков следует исключать суммы, которые кредитор сберег (не израсходовал). Компенсация может быть произведена и в натуре, но в случае исполнения обязательства в натуре в будущем я получения от использования (реализации) продукции прибыли она при расчете подлежит зачету.

Интересно, что право арбитража на снижение взыскания «уммы (уменьшение размера ответственности) с учетом заслуживающего внимания интереса сторои не распространяется на убытки, ибо ст.190 (189) ГК относится исключительно к неустойке, правда. Положения о поставках в этом случае говорят о санкциях (хотя этот термин принято относить только к неустойке, убытки тоже санкции или точнее - одна из форм их реализации). Но даже при уменьшении неустойки действует принцип возмещения убытков, поэтому, если фактический убыток будет доказан, он подлежит взысканию. Справедливо ли такое решение вопроса? Видимо, да. Конечно, с одной стороны, у должника могут возникнуть исключительные, заслуживающие внимания обстоятельства и если убытки взыскивать полностью, то сводится "на нет" само правило об уменьшении неустойки. Но, с другой стороны, убытки кредитора должны быть возмещены. Возможно, в этом случае следует по-иному подходить к недополученным доходам?

Эти доходы исчисляются по-разному, различные варианты подсчета предлагают ученые. Иногда берутся во внимание те накопления, которые не получены, и из них исключается сумма издержек обращения и полученные другие суммы. Предлагают, однако, ограничиться лишь положительным ущербом, применить условный расчет неполученных доходов, упрощая расчет, беря во внимание только плановые показатели. Но в любом случае нужны не предположения, а реальные цифры, необходимо точное обоснование размера убытков. В основу расчета должны быть положены фактические данные, что вызывает необходимость в упорядочении оперативного и бухгалтерского учетов, в фиксации всех расходов (замены материалов, вынужденного перерасхода их же зарплата, излишних транспортных затрат, уменьшения производства: простоев командировочных, расходов и т.п.).

При применении данного вида ответственности к нарушениям хозяйственных договоров приходится довольно часто сталкиваться с отступлением от принципа полного возмещения вреда. К сожалению, слишком уж велики случаи так называемой ограниченной ответственности, настолько велики, что даже в какой-то мере характеризуют специфику хозяйственно-договорного подвида имущественной ответственности. В юридической литературе ищут объяснения такому ограничению (с точки зрения субъективной, мы почитаем, оно объясняется конструкцией ряска). Ссылаются на трудатерapia исчисления, на покрытие убытков штрафами, на специфику расчеты транспорта, затрудняющие учет убытков, на расширение в ряд случаев ответственности (например, перевозчика), на разнообразие я большой объем операций, на акономяческые затруднения и т.д. Все чаще можно слышать высказывание за ликвидацию осраняченной ответственности - элемента неравенства в хозяйственнно-договорных отношениях. Наибольшие споры вызывает ограниченная ответственность перевозчика. Во многих работах обращения внимание на юридическую необоснованность я несправедог-воо такого неравенства, ставящего перевозчика в особое положение не способствующее к тому же и сохранности грузов. Нельзя не отметить я предложения об установлении вообще ответственность в хозяйственный договорах только на уровне положительного ущерба и действительно стоимости встречающие, правда, возражения в юридической литературы.

И все же нельзя игнорировать того, что ограниченная ответственность существует и, более того, область применения полной ответственности в достаточной мере сужена. Не несут ответственность в форме возмещения убытков транспортно организации (за невыполнение плана перевозок, за просрочку доставка, не повлекшую порчу). Но даже в тех случаях, когда предусматривается взыскание убытков с транспортных организаций, убытка ограничиваются взысканием только положительного ущерба, а нее - действительной стоимость. утраченного, недостающего или суммы, на которую понизилось качество (возможно - в размере объявленной ценности

при утрате). Исключается взыскание убытков за неподачу, неприемку и нарушение качества подаваемого газа.

В правилах о договорах подряда на капитальное строительство п.68) установлено взыскание убытков только в пределах произведенных расходов и повреждений, но не в части неполученных расходов. Это предусмотрено и в ст.70. Основ гражданского законодательства. Проектные и конструкторские организации, ответственность которых в прошлом ограничивалась исключительной неустойкой, в соответствии с постановлением Совета Министров СССР от 27 октября 1967 г. "О материальной ответственности предприятий и организаций за неисполнение заданий и обязательств" стали возмещать убытки, причиненные ненадлежащим качеством работ и документации. Однако эта ответственность в отношении качества документации ограничена договорной суммой по составлению проектов на те объекты, в которых установлены недостатки. В то же время, некоторые выводы о существовании ограниченной ответственности вызывают споры. Это, в частности, относится к ответственности энергоснабжающих организаций в связи с различным толкованием ведомственных нормативных актов. Дело в том, что правилами пользования электроэнергией и правилами пользования тепловой энергией ограничение не было перед предусмотрено, но некоторые дополнения к правилам давали основание говорить о существовании исключительной неустойки за недоотпуск энергии или отпуск недоброкачественной энергии.

Пунктом 82 Правил пользования электроэнергией (М., 1977) предусмотрено ограничение ответственности за недоотпуск энергии; такая ответственность установлена за просрочку подачи газа. Расходятся мнения и в отношении взыскания убытков с проектной организации; ограничение касается только качества в остальных случаях вообще не предусмотрено взыскание убытков .

Утверждают, что исключительным является штраф, взыскиваемой за несвоевременное заключение договора поставки, но положения о поставках никакого исключения из общего принципа о полной ответственности в отношении этого нарушения не делают.

В прошлом велась дискуссия по поводу ограниченной ответственности в договоре контрактации. Но затем в положении о порядке заключения и исполнения договоров контрактации было включено правило о взыскании не только неустойки, но и убытков. Однако дискуссия не прекратилась. Это вызвано тем, что в указанных и в новых Правилах 1976 г. не предусмотрена неустойка за недоброкачественную продукцию и уменьшена по сравнению с поставкой неустойка за недосдачу сельхозпродукции. В этом видят особенности сельскохозяйственного производства и особенности ответственности сельхозпредприятий. Конечно, нельзя отождествлять производственный брак и, подчас мало зависящее от предприятия, снижение качества сельскохозяйственной продукции. Но дело здесь не в ограниченной ответственности. Если сельхозпредприятие виновно в том, что, в результате нарушения им обязательства, уплачена более высокая неустойка по договору

поставки, - убыток должен быть возмещен. Если же заготовительные организации (предприятия, выполняющие их функции) допустили в силу небрежности или риска сдачу недоброкачественной продукции, которая, так же как возведенные в ненадлежащем виде строительные объекты, приниматься не должна, - они не вправе требовать возмещение убытков за ненадлежащее качество сельскохозяйственной продукции. В противном случае действительно теряется всякий смысл в том, что неустойка за этот вид нарушения не установлена, учитывая специфику данного договора. В теории и практике не возникает вопрос о необходимости ограничения ответственности субподрядчиков смежников и вообще организаций так называемой "договорной цепочки", в связи с несоразмерностью допущенного ими нарушения, их финансовых возможностей и возникшими убытками. Предлагалось установить предел в процентном отношении к бюджету такого нарушителя - не выше неустойки по договору с этим маломощным предприятием, в пределах цены данного договора и т.д. Как отмечалось, для установления подобного ограничения, лимитированной ответственности на взыскание убытков нет оснований, как нет оснований для разделения социалистических предприятий по степени их экономической силы. Отдельные исключения в практике не могут быть возведены в принцип при решении вопроса о применении ответственности, тем более, что согласно ст.36 Основ гражданского законодательства соглашения между социалистическими организациями об ограничении ответственности запрещаются.

§ 3. Оперативные меры

Последствия за нарушения хозяйственного договора не сводятся только к ответственности, но и ответственность не всегда заключается только в указанных выше мерах. Одним из видов реализации санкций, на которых необходимо остановиться особо, являются правоохранительные меры оперативного характера, которые не очень точно именуется "оперативными санкциями".

Нередко к санкциям относят любые неблагоприятные последствия, установленные на случай нарушения правовой нормы, иногда под санкциями понимают лишь меры ответственности, либо только неустойку; включают в них и дополнительные меры, но в ограниченных пределах. Правильно понимая ответственность как реализацию санкции, допускают отождествление реализации с ответственностью. Как всю систему средств принуждения понимают санкции С.С.Алексеенко. Данный вопрос дискуссионен, на что уже было указано. Реализацией санкции, но не ответственностью являются и оперативные меры (меры оперативного воздействия), -вменяемые в одностороннем порядке уполномоченным лицом (их, равно, иногда называют делегированными мерами, а иногда даже средством обеспечения встречного удовлетворения). Такие оперативные меры можно назвать правоохранительными. Когда же оперативные меры осуществляются в состоянии принуждения, то они выступают в качестве особой формы (особых мер) ответственности.

К оперативным мерам первого вида относят юридические средства, применяемые к нарушителю непосредственно стороной, без обращения к правоприменительным органам. Это и отличает их от юридической ответственности, и означает предоставление права оперативного воздействия на нарушителя договора. К ним причислют: отказ от договора, перевод на другую (менее удобную для нарушителя) форму расчетов, отказ от просроченного типа неправильного исполнения, возложение обязанности исправить работу, задержку встречного исполнения и ряд других мер. Прежде всего необходимо разобраться в особенностях указанных мер, в их правовой природе, тем более, что по этому поводу существует различие во взглядах.

В.П.Грибанов обращает внимание на следующие особенности указанных мер, которые он называет видом правовых гарантий, направленных на обеспечение исполнения путем предоставления права оперативного воздействия: 1) они направлены на охрану прав и интересов управомоченного, т.е. являются правоохранительными; 2) они применяются только при нарушении прав; 3) в основном, они имеют предупредительное значение; 4) они выражаются в совершении односторонних действий стороной договора; 5) они специфичны для разных договоров; 6) не исключается право другой стороны оспорить их правильность; 7) они влекут возникновение невыгодных последствий для другой стороны, хотя и не неотвратимых; 8) существует обеспечительная (в смысле обеспечения исполнения) направленность этих мер. Ко всему следует ещё добавить, что для применения оперативных мер требуется такое условие, как вина, а достаточно лишь факта нарушения, что их признаком не является компенсационная функция, их применение отличается минимальным сроком (операностью) и т.п.

В принципе, зная не согласиться со многими из перечисленных особенностей, но все же есть достаточно оснований для выделения этих мер в самостоятельную, хотя и не однородную, разновидность реализации санкций - правоохранительных - оперативных мер, а не включения в общее понятие "имущественные санкции". Нельзя оспаривать значение и подчас высокую эффективность таких мер, хотя они часто и выражаются не в виде государственного или общественного принуждения, приравненного к нему, и не могут быть отождествлены с ответственностью. Но нельзя такие меры считать только осуществленным принадлежащего стороне правомочия, ведь применение принуждения для исполнения обязанности - тоже осуществление правомочия. Чем в таком случае отличается отказ в получении недоброкачественной продукции от принуждения к передаче продукции в натуре, если она не была передана в срок? А ведь отличие есть. Оно в характере применения мер - в одном случае оперативная мера выступает в качестве меры правоохранительной в другом - в качестве меры ответственности.

Что же касается вины, то она является не единственным субъективным условием применения ответственности. При применении ряда оперативных

мер наличие вины предполагается. Кстати, видимо, не случайно очень многие оперативные меры включаются в нормативных актах в раздел "имущественная ответственность", а об устранении например, недостатков, допущенных в проектной или технической документации, указано в юсталсвлении Совета Министров СССР от 27 октября 1967 г. в статьях 26,27 28,29, которые несвищены материальной ответственности за ненадлежащее качество работ.

Оперативные меры выступают в качестве ответственности, когда возлагается обязанность на нарушителя, исполняемая под воздействием государственного принуждения. Например, согласно п.62 Положения о поставках продукции покупатель вправе устранить производственные устранимые недостатки своими силами (оперативная правоохранительная мера или потребовать устранения недостатков изготовителем (поставщиком). Это уже другая оперативная мера, но, неисполненная добровольно, она может быть исполнена с помощью арбитража, который возложит обязанность устранении недостатков на нарушителя, т.е. будет применена ответственность. Не лишне заметить, что стоимость затрат по устранению своими силами недостатков иногда придется взыскивать принудительно в виде возмещения расходов (взыскания убытков). Есть мнение, что ответственность в данном случае имеет место лишь тогда, когда исправление недостатков производится не у изготовителя, а у получателя. В качестве ответственности может выступать и еще одна оперативная мера, указанная там же - принудительное требование возврата уплаченных сумм до устранения недостатков. В п.64 Положения установлено требование доукомплектования продукция или её замены, а также возврата оплаченных сумм до укомплектования. Такое требование выступает в качестве обязанности покупателя, которой соответствует обязанность поставщика подчиниться указанным требованиям, но принуждение здесь далеко не исключено. Устранить конструктивные недостатки своими средствами и за свой счет изготовитель обязан согласно п.65 Положительная, в котором речь вдет об опытных образцах и об оборудовании индивидуального исполнения. Аналогичного рода оперативные меры, которые могут, как и оплата убытков и неустойки, стать мерами ответственности, содержатся в п.п.66, 67 (требования переупаковка или перезатаривания), 43 (поремаркировка), 79, а также в соответствующих пунктах положения о поставках товаров народного потребления (63, 66, 81 и др.). Например, в п.79 указывается, что в случае просрочки в представлении разрядки поставщик вправе по наступлении срока поставки потребовать оплаты стоимости продукции, на которую не выдана разрядка. Такое требование редко обходится без применения принуждения и остаётся односторонней оперативной мерой. К этому нужно добавить, что при применении оперативных мер в отношении устранимых производственных недостатков, некомплектной поставки, поставки более низкого качества (сорта), поставки ненадлежаще затапенной или ненадлежаще замаркированной продукции, несвоевременного представления разрядок вряд ли должно полностью и во всех случаях отрицаться наличие

обязательных объективных и субъективных условий, в том числе противоправности, необходимой причинной) связи и вины. Эти меры предусматриваются наряду со взысканием штрафов и условия применение их не должны противопоставляться. Есть все основания считать, что и условием применения оперативной меры - задержки перечисления средств на премирование до устранения недоделок (п.62 Правил о договорах подряда на капитальное строительство) является вина, ибо содержание этой нормы сводится к применению пени, неустойки и штрафе за допущение виновного нарушения, а указанная оперативная мера - дополнение к основным мерам. Не лишне заметить, что указанные условия необходимы и в отношении других видов реализации санкций, в том числе и в виде правоохранительных мер оперативного характера. В приведенных выше примерах применения оперативных мер исключение из принципа вины должно быть сделано в отношении конструктивных недостатков опытных образцов и оборудования индивидуального исполнения, за которые штрафы не предусматриваются. Здесь налицо риск сторон. Необходимость условий для применения оперативных мер подтверждается п.40 положения о поставках продукции (п.38 Положения о поставках товаров), предусматривающего оперативную меру - обязанность поставщика (изготовителя) за свой счет устранить недостатки в продукции в течение гарантийного срока или заменить её. Эта обязанность не наступает, если будут доказаны нарушения, допущенные покупателем. Правда, отсюда не следует наличие всегда вины поставщика (изготовителя), но в этом случае будет уже риск гаранта. В п.25 Положения о порядке заключения и исполнения договоров контрактации предусмотрена оперативная мера - отказ от приемки продукции, сдача которой просрочена по рине хозяйства. Здесь речь идет не об ответственности, но вина выступает в качестве обязательного условия. Сторонники отказа от необходимости учета условий для применения оперативных мер обычно ссылаются на ст.259 III РСФСР (ст.252 ГК Тадж.ССР) и на п.31 (п.28) Положений о поставках (отказ от продукции при просрочке), в которых действительно ничего не говорится о вине, поскольку утрата интереса является достаточным поводом для неполучения продукции, даже при отсутствии вины в просрочке. Правда, в свое время-в разъяснении гл. арбитра Госарбитража СССР от 20 июля 1959 г. говорилось о вине поставщика. Дело здесь не в отличии правоохранительных оперативных мер от мер ответственности, в чем убеждает и п.65 Правил о договорах подряда на капитальное строительство, в котором предусматривается оперативная мера (являющаяся зачастую и мерой ответственности) - устранение в выполненных работах дефектов, допущенных по вине подрядчика. Несомненно, отказ от принципа вины присущ нередко оперативным мерам. Так, замена забракованных материалов, конструкций и деталей (п.22 Правил о договорах подряда), т.е. оперативная мера, которая может быть и мерой ответственности, применяется независимо от вины, ибо иначе строительство не может осуществляться. Такая правоохранительная оперативная мера, как устранение дефектов силами заказчика за счет

подрядчика, если он их не устранит в установленный срок (п.66 Правил), так же применяется без учета вины, ибо в любом случае дефекты нужно устранить. Но взыскание расходов по устранению дефектов, как мера ответственности (мера уже не оперативная), требует учета вины. При отказе от оплаты недоброкачественной продукции не учитывается вина поставщика, но он при отсутствии вины вправе такой отказ оспорить. Оперативная мера, которая может быть а ответственностью, содержится в ст.163 Устава железных дорог СССР (ремонт или замена поврежденного или утраченного подвижного состава дорогой). Здесь не говорится о вине, но нужно учитывать, что эта и многие другие оперативные меры, как дополнительные или основные, включаются в условия хозяйственных договоров, относящиеся к ответственности, и в качестве общего правила действует принцип вины, предусмотренный в ст.37 Основ гражданского законодательства.

Правоохранительные оперативные меры обычно группируют по их назначению. Так, в соответствии со ст.218 ГК РСФСР (от. 186 ГК Тадж.ССР) выделяются меры, предусматривающие возможность выполнения кредитором работы, которую должен был исполнить должник. Необходимо отметить, что срок для исправления недостатков устанавливается по соглашению сторон, но он должен быть кратчайшим с точки зрения технических возможностей. Важно также и то, что неустранение недостатков ведет к повышенному штрафу – 20% от стоимости продукции (п.п.62 и 63 Положений о поставках). Аналогично право перевозчика произвести выгрузку за счет получателя, если ее не произведет последний. Нельзя отрицать в указанных случаях оперативных мер, заключающихся в совершении односторонних действий. И все же нетрудно заметить, что к нарушителю, собственно говоря, применяется не оперативная правоохранительная мера, а взыскание убытков - расходов за выполненную работу кредитором, т.е. ответственность - есть в известной нам форме. Значит фактически речь идет не посредством о принятии оперативных мер, а взыскании убытков вызванных применением такого рода мер. Выделяются меры, направленные на обеспечение встречного удовлетворения. В числе этих мер - отказ в выдаче груза до внесения грузополучателем причитающихся платежей (например, ст.64 УЖД СССР); безакцептное взыскание оплаченных недоброкачественных, некомплектных и несоответствующих договору товаров к продукции (п.п.57 и 58 Положений о поставках); перевод на оплату продукции и товаров на срок до 6 месяцев после приемки по качеству в случае неоднократной их недоброкачественной отгрузки (п.п.58 и 59 тех же Положений); взыскание стоимости невввбранных в срок товаров при доказанности их наличия (п.п. 80 и 82 Положений); перевод неаккуратного плательщика на аккредитивную или предварительную оплату на срок до трех месяцев (п.п. 56 Положений); отдаление поставки продукции при просрочке выставления аккредитива (п.55 Положения о поставках продукции) и другие. Указанные меры применяются независимо от вины нарушителя.

Отдельную группу составляют правоохранительные оперативные меры отказного характера. Среди них уже названная - отказ от получения продукции, не предусмотренной договором или подавленно с нарушением договора (п.37 Положения о поставках продукции); отказ от получения немаркированной, несмотря на требование покупателя, продукции (п.43 и п.64 этого Положения); отказы от оплаты продукции и товаров при допущенных нарушениях полностью или частично; отказ от получения излишних товаров (п.35 Положения о поставках товаров); оплата без надбавок или отказ от принятия и оплаты товаров, не соответствующих повышенным требованиям по качеству, согласно договору или государственному знаку качества (п.63 и п.64 Положений о поставках) и другие. Вряд ли к оперативным мерам следует отнести лишение права на взыскание неустойки и возмещение убытков при допущенных нарушениях, например, если убытки не были предотвращены, при задержке вагонов под выгрузкой (ст.146 УЖД СССР). В этих случаях речь идет об отсутствии условий, необходимых для применения ответственности.

В нашем плановом хозяйстве по существу не имеет значения отказ от исполнения договора, прекращение договора, хотя отдельные, не относящиеся к хозяйственному договору в целом, указанные выше отказные правоохранительные оперативные меры, в нормативных актах установлены и широко применяются на практике. Важнейшими оперативными мерами ответственности являются принудительное взыскание предмета обязательства или его денежного эквивалента, принудительное истребование, например, недопоставленного количества продукции в натуре, независимо от уплаты неустойки, изъятие невозвращенной в срок тары, что предусмотрено в Инструктивном письме Госарбитража СССР от 14 сентября 1963 г. № И-1-47 я т.п. Нужно сказать, что прямое указание в законе на принудительное изъятие в натуре вещей, определенных родовыми признаками, т.е. в основном/предметов договоров поставки и контрактации, отсутствует. В практике таких дел мы обычно не встречаем, но в юридической литературе справедливо обращается внимание на возможность указанных требований, если они не противоречат планам хозяйственных организаций. Это вытекает и из смысла ст.221 ИК РСФСР (ст.191 ПС Тадж.ССР), предусматривающей необходимость исполнить не утратившее силу обязательство в натуре, независимо от взыскания неустойки и убытков. Раз установлена такая обязанность - она должна гарантироваться ответственностью в виде ее исполнения в состоянии государственного принуждения, хотя, конечно, реализация решения арбитража об изъятии продукции сопряжена с определенными трудностями в требует установления обеспечительных мер.

Гл.4. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ УСЛОВИЙ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ДОГОВОРОВ

§ I. Ответственность за нарушение условий о количестве, сроке, ассортименте

Рассмотрение последствий за нарушение отдельных условий, некоторых хозяйственных договоров мы начнем с ответственности за количественные показатели. Но количество - не просто объем, а объем в соответствующем ассортименте (номенклатуре). Нарушение же указанных обязательств означает не просто их невыполнение, а невыполнение в определенный срок.

Когда исполнение целиком выходит за границу срока действия планового задания (общего срока исполнения), оно считается неисполнением договора. Например, непоставка продукции в течение года. Для обязательств по перевозке грузов неисполнение выражается в утрате груза (например, в недоставке его в течение 30 дней после истечения сроков доставки в прямом железнодорожном сообщении). Истечение срока действия договора подряда на капитальное строительство не означает неисполнения до издания специального постановления компетентных органов о прекращении действия договора. Нарушение договора в виде неисполнения может произойти и в результате гибели по вине нарушителя предмета договора, отмены планового задания из-за виновного поведения стороны договора, и тогда, когда исключается восполнение недоданного количества, как, например, в договоре на снабжен электроэнергией и газом. Ответственность при неисполнении отличается некоторыми особенностями. Так, по истечении года, если не было специально продления фондов, недопоставка не подлежит восполнению и исключается исполнение в натуре, независимо от уплаты неустойки; и взыскания убытков. Ответственность прекращается взысканием убытков от неисполнения. Если взыскание неустойки установлено в двухстадийном порядке, она взыскивается одновременно в максимальном размере. Например, за просрочку поставки или за недопоставку до 10 дней согласно п.59 Положения о поставках продукции и п.60 Положения о поставках товаров, установлена неустойка в размере 3 (2)%, а при просрочке свыше 10 дней - дополнительная в размере 5 (3)% от стоимости непостоянной в срок продукции. За недопоставку на конец года (в последний сдаточный период) неустойка взыскивается сразу в размере 8(5)%. При нарушении договорных сроков поставки поставщику предоставляется возможность в декадный срок исправить положение, тогда он заплатит только первую часть неустойки 3(2)%. Но такая льгота допускается лишь в том случае, если это не отразится на выполнении поставки текущего периода и она будет выполнена с учетом ликвидации задолженности по предыдущему периоду. Неустойка взыскивается за нарушение договорных, в том числе частных сроков (месячных и т.д.) или периодов поставки.

Камвольно-суконный комбинат "Советская Грузия" возражал против иска Витебской базы "Белтекстильторга о взыскании неустойки в сумме 56.973 руб. за недопоставку тканей в июле в августе 1977 г, ссылаясь на то, что в целом за год поставка была, обеспечена. Госарбитраж СССР в решении

от 17 октября 1977 г этот довод оставил без внимания. Череповецкий химзавод возражал против удовлетворения Госарбитражем РСФСР иска Химобъединения о взыскании неустойки в сумме 17.925 руб. за недопоставку продукции в октябре 1977 г, восполненую в ноябре и декабре. Иск был удовлетворен (дело № 54/17 за 1978 г.). В друга, деле (№ 311/17; за 1978 г.) по иску объединению "Сельхозтехника" к Якутока к производственному объединению "Куйбышевазот" г.Толятти о взыскании неустойки в сумме 24.860 руб. за недопоставку во 2 квартале 1977 г. Госарбитраж РСФСР указал, что восполнение недопоставки (в картале поставка была перевыполнена) является обязанностью поставщика. Одно из предприятий г.Ленинграда предъявило иск к заводу г.Липецка о взыскании неустойки за просрочка поставки по месяцам на сумму 27.890 руб. Госарбитраж РСФСР (дело № 106/17 за 1978 г.) в иске отказал, так как в договоре были установлены квартальные сроки поставки. Но биваает и наоборот - сроки в договоре, например, месячные, а расчет на неустойку составляется покварталым. Это недопустимо.

Каи указано, при применении ответственности за просрочку поставке учитывается и выполнение нормы текущего периода, восполнение недопоставки в декадный срок следующего период и восполнение в следующем периоде недопоставки предыдущих периодов. Но этого мало. Неустойка вызискивается, исходящие из общего объема недопоставки, а обязательно по отдельным позициям ассортимента, установленного в договоре. Выбирать другой порядок составления расчета кредитор не вправе. При восполнении недопоставки, если не было иного соглашения сторон, продукция поставляется в недопоставленном ассортименте, а товары (кроме восполнения в льготный декадный срок) в ассортименте данного периода. Даже если поставка по общей сумме выполнена, но допущена недопоставка отдельных позиций, неустойка подлежит взысканию без зачета (если не было на это согласия) перепоставленных видов, однако в следующем периоде отдельные ассортиментные позиции определяются уже с учетом недопоставке в делом (см.пример расчета в методичеких указаниях). Сроки исполнения просроченной поставки устанавливаются в договоре. Если же в договоре они не определены, восполнение производится в следующем периоде поставки.

При рассмотрении иска Одесского химзавода к Стерлитамакскому заводу "Авангард" о взыскании неустойки в сумме 18.624руб. за недопоставку химической продукции Госарбитраж РСФСР дело №375/12 за 1978 г.) установил, что в договоре восполнение недопоставки предусмотрено в первом месяце квартала, поэтому нельзя его реоовать в иные периоды.

В некоторых случаях как указано, установлены повышенные или пониженные размеры неустоек. Пониженная неустойка в размере 1% в 2% (при просрочке свыше 10 дней) установлена в отношении сельскохозяйственной продукции. В этом случае повшенная неустойка не применяется. Неустойка взыскивается в пользу каждого получателя, без зачета недопоставки эдному из лих перепоставкой другому. Ответственность

применяется и при излишней поставке по отдельным ассортиментным позициям или вообще при поставке непредусмотренной договором в размере 3 % (по продукции), 2% (по товарам), 5% (по скоропортящейся продукции, товарам), но при условии, что они не будут приняты и оплачены. Об ошибочной оплате нужно сообщить в суточный срок. Установлена и ответственность за невыборку продукции в размере 5 и 3 % (п.п. 80 и 82 положений). К ней приравнивается и отказ от получения при доставке поставщиком, если, конечно, он неосновательный. А вот непредоставление разнарядок со стороны покупателя на отгрузку, хотя и затрудняет поставку, но не приравнивается к отказу, а дает только право взыскать штраф (25 руб. в день в пределах 250руб.). При невыборке, даже в последнем случае, поставщик вправе взыскать стоимость продукции (товаров), доказав их наличие. При иногородней поставке доказать факт нарушения просто, а вот при выборке, которая производится покупателем, отсутствие продукции придется доказывать составлением акта, фактом неивещения о готовности к сдаче и т.д. Неявка покупателя в срок не требует доказательств, но отклонение от согласованного ассортимента должно при личной отборке фиксироваться сторонними, если они были уполномочены на такое отклонение. При отсутствии подтверждения нарушившим считается поставщик.

Для установления причины недопоставки нередко требуется не только ссылка на нарушения со стороны поставщика, но и доказательства проявления активности со стороны покупателя. Госарбитраж Таджикской ССР отклонил требования ОРС" к Душанбинской Минводах -табачной фабрике о взыскании неустойки в сумме 3250 руб за недопоставку табачных изделий (Дело №2902-3 за 1979 г.). Поставщик не уведомил покупателя о готовности товара к сдаче, но покупатель не проявил никакой активности к получению продукции и находясь в одном городе, с поставщиком, просто занял выжидательную позицию.

В типовых договорах контракта определяется ответственность по этому договору. Она различна в зависимости от видов продукции. В первую группу входят зерновые, масличные, технические культуры и продукция животноводства. Во вторую - картофель, овощи, плоды, ягоды в т.п. За просрочку или недачу продукции первой группы в договорные сроки взыскивается за 10 дней пеня (по 0,1% в день), а если просрочка продолжается - сверх того 2% неустойки. В отношении второй группы равняется неустойке по отдельным позициям (без пени) в размере 5%. За отказ от приемки или просрочку приемки изготовитель оплачивает неустойку 3% по первой группе (с правом на возмещение расходов и убытков, например, от потери веса) и

5 % по продукции второй группы. Существует в литературе мнение, что при расчете неустойки недосдача предшествующего периода не должна учитываться, но это не вытекает из п.25 Положения о порядке заключения и исполнения договоров контракта. Учитывая особую специфику продукции, ассортимент выполнения должен быть согласован в договоре. В

нем может быть определен и предельный, срок сдачи продукции, тогда новый срок устанавливается сторонами. Для применения ответственности за указ отполучения продукции, предъявленной хозяйством к сдаче, не требуется обязательная доотавзя продукции и на нее официальный отказ.

Исключительную, хотя и повышенную неустойку выплачивает электроснабжающая организация за неотпуск электроэнергии на производственные нужды - штраф в размере восьмикратной тарифовой стоимости недоотпущенной энергии со снижением его при определенных обстоятельствах до двукратной и даже однократной стоимости. За неподачу газа ответственность установлена в размере 5% стоимости неподанного газа. Различную имущественную ответственность несут стороны за нарушение обязательств по перевозке грузов. Взаимная ответственность сторон за невыполнение планов перевозок и принятого заказа установлена в соответствии с Уставами автомобильного транспорта соранных республик. За невывоз груза по декадному плану или графику взимается штраф в размере 20% стоимости перевозки этого груза; установлена ответственность и за несвоевременную подачу транспорта, и за непредставление груза грузоотправителем. На внутренневодном транспорте установлена исключительная неустойка для обеих сторон в размере 25% провозной платы по результатам выполнения обязательств за месяц. Ответственность наступает и при уменьшении груза или тоннажа по декадным и пятидневным графикам, но при восполнении штраф снижается наполовину. Штрафы установлены за опоздание, непредставление контейнеров и т.п. нарушения. 25% от проввзной платы в виде штрафе оплачивается за неподачу в установленные сроки транспортных средств и за непредставление грузов на воздушном транспорте. За неподачу железнодорожных вагонов штраф взыскивается по I руб. за тонну (по 50 руб. за учетный вагон), а за неподачу контейнеров от I руб.50 коп. до 30руб. за контейнер. Ответственность грузоотправителей несколько- ниже - соответственно: 30 коп. за тонну (20руб. за вагон), от 50 коп. до 9 руб. за контейнер. Восполнение неподачи перевозочных средств приводит к снижению ответственности перевозчика. За просрочку доставки грузов транспортные предприятия несут ответственность даже при отсутствии убытков у получателя или отправителя; возмещает перевозчик убытки и от потери качества груза, вызванные просрочкой доставки, хотя, как мы указали, его ответственность в этом случае ограниченная.

Государственный арбитраж Северо-Ссетинской АССР рассмотрел иск Ордяоникидзевской заготебнтбазы к Московской торговой конторе "Росглавкоопторга" и к Орджоникидзевскому транспортно-экспедиционному предприятию о взыскании недооплаты 6320 руб из-за порчи груш. При перевозке сломался авторефрежератэр, продукция была перегружена на автомашину без охлаждения и доставлена с просрочкой на 2 дня. Ущерб возложен на перевозчика (Надзорное производство Арбитража СССР за 1978 г. Н-3/256/.

Размеры штрафа за просрочку доставки зависят от длительности просрочки и составляют в сутки от 12 (железная дорога, автотранспорт), 10 (внутренневодный транспорт), 5 (воздушный транспорт) процентов до 50 (60) % провозной платы. Важное значение придается своевременному освобождению транспортных средств, поэтому установлена ответственность за их простой. Например, за задержку железнодорожных вагонов штраф взимается от 30 коп. до 1,5 руб в час, при этом ответственность увеличивается в зависимости от длительности простоя. Стихийные явления и подача транспортных средств сверх технических возможностей их освоения освобождают от ответственности.

Серьезное значение придается ответственности за просрочку исполнения обязанностей в договоре подряда на капитальное строительство. Так, взыскивается штраф за задержку представления заказчиком подрядчику документации для составления договора (50 руб. за день просрочки) и за просрочку представления проектно-сметной документации, необходимой для производства работ в следующем году (250 руб. за каждый день просрочки). Штраф взыскивается по объекту, на который заключен договор, а первый штраф - в целом за договор - до момента представления последнего документа. Правда, существует мнение о необходимости взыскания пообъектного штрафа. В арбитражной практике применение ответственности за несвоевременное представление документации встречается довольно часто.

К Яванскому электрохимическому заводу в Госарбитраж Таджикской ССР был предъявлен иск трестом «Таджикхимстрой» о взыскании штрафа за задержку в передаче технической документации (дело в П91-2 за 1978 г.). Арбитр установил, что ответчик не передал чертежи, технические условия и заводские инструкции для монтажа 32 наименований оборудования. С ответчика взыскан штраф в сумме 272 тыс.рублей. Государственный арбитраж РСФСР удовлетворил иск треста № I Союзгазпромстроя г.Люберцы к управлению строящихся газопроводов "Средняя Азия - Центр" г.Саратова о взыскании штрафа в сумме 20.250 руб. за задержку в представлении документации на строительство компрессорной станции в Александровом Гае (дело № 67/11 за 1978 г.). Тот же арбитраж в основном удовлетворил аналогичный иск СМУ "Центролитстроя" к Каширскому заводу о взыскании 38.500 руб. (дело № 49/П за 1978 г.) за задержку предоставления документации по пусковому комплексу цеха.

Неустойка взыскивается и за несвоевременную передачу оборудования для монтажа, материалов и изделий в зависимости от времени просрочки: до 10 дней – 3%, свыше 10 дней - дополнительно 5% от стоимости непереданного в срок. За несвоевременное окончание строительства установлена ответственность в п.62 Правил о договорах подряда на капитальное строительство. Ответственность применяется за просрочку завершения строительства объекта (предприятия, его очереди, сооружения, здания, пускового комплекса, а также предусмотренных в договоре этапов). В договоре может быть предусмотрена ответственность за невыполнение

объемов строительных работ. За указания нарушения взыскивается ежедневно пеня 0,05% сметной стоимости, но ограниченная пределом 500 руб. в день. При этом за задержку выполнения подрядчиком этапов работ пеня взыскивается ежедневно в пределах 30 дней, а в дальнейшем, помимо пени, и неустойка в размере 2% сметной стоимости.

В Государственном арбитраже РСФСР рассматривалось дело по иску Волоколамского агрохимического центра к Сычевскому СМУ о взыскании неустойки в сумме 21.894 руб. за несвоевременное окончание строительства оклада для минеральных удобрений (дело № 68/11 за 1978 г.). Руководствуясь неопровергнутой презумпцией вины, арбитражем были удовлетворены исковые требования, Объект должен быть предъявлен к строю готовности, о чем еще не говорит фактическое его заведение. Именно это было отмечено в решении Госарбитража РСФСР по иску СМУ № 3 треста Мособлстрой-2 к Московскому СМУ треста "Спецэлеватормеломонтаж" о взыскании неустойки за несвоевременное окончание монтажных работ (дело № 29/11 за 1976 г.).

Стороны вправе произвести изменение сроков (графика). Это обстоятельство должно учитываться при применении ответственности. В деле по чеку ангаринского СУ к ПМН-38 треста № Кулябодстрой о взыскании 20100 руб за необеспеченно стройготовности объектов Госарбитражем Таджикской ССР (дело № 3016-3 зз 1979 г.) было установлено, что исход не учел измененный график. Исковые требования были удовлетворены частично в сумме 3200 руб.

Как было отмечено, если строительство объекта в целом будет завершено в срок, то равне взысканная неустойка за несвоевременное выполнение отдельных работ возвращается.

Неустойка и пеня взыскиваются и с заказчика, виновного в задержке приемки законченного объекта на срок свыше 5 дней после получения извещения о предъявлении объекта к сдаче. Размер ответственности такой же, как и для подрядчика, допустившего просрочку окончания строительства. При применении ответственности за этапы работ предусмотрено взыскание неустойки помимо пени, однако нужно признать, что при взыскании неустойки начисление пени должно прекращаться.

Ответственность за просрочку выполнения проектных и изыскательских работ (например, задержка передачи заказчику полного комплекта документов) установлена в размере: пеня - 0,01% от стоимости работ, не законченных к установленному в договоре сроку, в течение 30 дней, а при просрочке свыше 30 дней взыскание пени прекращается и взыскивается неустойка в размере 2% от той же стоимости. Однако, как было отмечено, предел ответственности ограничен 2,3% от стоимости невыполненных работ. Аналогичную ответственность несет заказчик за просрочку выдачи исходных данных для проектирования.

Нарушение хозяйственного договора нередко выражается в передаче (поставке, сдаче) продукции в меньшем количестве, чем определено в сопроводительных документах, т.е. с недостатками, Бесобеспечение

количественной сохранности продукции влечет ответственность в виде взыскания убытков (сверх норм естественной убыли) с поставщика или с грузоотправителя, или с перевозчика. Отдельных моментов этого вида ответственности мы уже казались. Взыскание убытков, вызванных недостачей, требует учета всех условий применения ответственности, в недостающая продукция подлет восполнению. Вопрос с недостаче, конечно, самостоятельный вопрос, связанный с приемкой продукции и товаров, с совладением правил приемки, и естественно, что, говоря об ответственности за недостачу по договорам поставки, контрактации, перевозки и по другим хозяйственным договорам, нельзя пройти мимо вопросов количественной приемка, ибо ответственность зависит от доказанности не только факта недостачи, но и от становление ее причин, наличия вины и друих условий ответственности. Иски об ответственности за недостачу занимают большое место в практике. Во многих случаях требования документально подтверждаются к ответственности применяется - убытки взыскиваются в установленьчх размерах. Но нередко, однако, ошибки в оформлении документов приводят к отклонению требований о применении ответственности. Ошибки разнообразны, к ним относятся, например, привлечение в качестве представителей общественности к участию в приемке лиц, которые не имеют права на участие в таковой (лиц материально-ответственных, связанных с учетом, хранения к отпуском ценностей и т.п.) ненадлежащее оформление документов от перевозчика (отсутствие в накладной отметки о выдаче груза в исправном состоянии) несоставление или неправильное составление коммерческого акта, противоречия в датах документов, небрежность в их оформлении и т.д.

Госарбитраж Таджикской ССР отказал в иске Зальцевскому дайпищеторгу

г. Новосибирска к агропромышленному объединению "Тобистон" за недостачу продукции на сумму 1242 рубля. Арбитр установил что одна и те же комиссия в одно и то же время не могла принять 4 вагона с тщательном проверки многих тысяч банок продукции.

Необходимо выяснить имелся ли доступ к грузу в пути, могли вместиться недостающие груз, правильно ли он был уложен и закреплен и т.д. Ошибки допускаются и при внутритарной проверке, при установлении так называемого завеса тары и в других случаях. Нередко недостача является следствием доставки груза в недоброкачественном состоянии. Ошибки при приемке приводят к отклонению требований и в отношении качества, поэтому соблюдение правил - необходимое условие для обеспечения применения ответственности во всех случаях несохранности продукции. Детальное освещение всех указанных вопросов выходит за рамки данной работы.

§ 2. Ответственность за ненадлежащее качество и нарушение других условий

Нарушения условия о качестве разнообразны. Это различие определяется, прежде всего, различием объектов, например, качество продукции или качество строения. Да и продукцию ненадлежащего качества разделяют на недоброкачественную - забракованную (полный брак, который не может быть использован) и полностью соответствующую условиям о качестве (сорта, требованиям повышенного качества, возможности использования после исправления). Характерная особенность ответственности за ненадлежащее качество - это определенность и императивность мер, штрафная их направленность (неустойка плюс убытки), сочетание различных мер, включая и широкое использование мер оперативного характера. Нужно иметь в виду, что вопросам качества у нас уделяется самое серьезное внимание. В Отчетном докладе ЦК КПСС XXV съезду партии отмечалось, что "на повышение качества продукции должны быть направлены весь механизм планирования и управления, вся система материального и морального поощрения...". Большая роль в этом деле отводится институту ответственности. Некоторых аспектов ответственности за ненадлежащее качество мы уже касались, однако, полагаем необходимым рассмотреть еще невыясненные вопросы применения ответственности за этот вид нарушения хозяйственных договоров. Прежде всего обратимся к нарушениям условий о качестве в отношениях по поставке. Для этого необходимо определить характер недостатков в продукции и товарах. Пункты 61 и 62 Положений касаются забракованной продукции и товаров, т.е. полностью не соответствующих стандартам, техусловиям и образцам, и, поэтому, не подлежащих использованию. Последствия такой поставки - обязательный отказ от приемки и оплаты (оперативная мера) и обязательное взыскание штрафа в размере 20% стоимости и сверх того всех убытков. Продукция может быть реализована на месте или возвращена изготовителю (поставщику), он вправе ею распорядиться. Забракованная продукция должна быть заменена доброкачественной, а за пользование средствами взыскивается 5% годовых. Нередко брак продукции вызван её ненадлежащей упаковкой, за что предусмотрен штраф в размере 5% от стоимости продукции (товаров), а иногда и оперативная мера - переупаковка. Как видим, за такое существенное нарушение применяется строгая ответственность. Органы арбитража всесторонне проверяют соблюдение правил приемки по качеству, исследуют обстоятельства, приведшие к забракованию продукции, наличие необходимой причинной связи, вины.

Государственный арбитраж Таджикской ССР в пользу Универсальной базы облпотребсоюза г.Гомеля взыскал с Исфаринского консервного комбината 15.367 руб, составляющих стоимость недоброкачественного джема, 3073 руб. - штраф за поставку недоброкачественной продукции и 320 руб за пользование средствами (дело № 606-3 за 1978 г.). Тот же арбитраж удовлетворил требования торгово-закупочной базы УРСа комбината "Братсклес к Душанбинской конторе "Таджикплодоовощ" (дело № 872-3 за

1978 г.). В сумму требования входило взыскание ущерба от брака яблок на 17.580 руб, вызванного тем, что они были отгружены нерассортированными и с повреждениями. А вот по иску Торгово-закупочной базы г.Иркутска к Плодоовощторгу г.Орджоникидзабада исковые требования указанным арбитражем были удовлетворены частично, поскольку была допущена просрочка доставки и убытки в этой части должен возместить перевозчик (дело № 1343-3 за 1980 г.)

Государственный арбитраж РСФСР признал недоказанными требования о взыскании 19.562 руб. за недоброкачественную сельдь, ввиду нарушения порядка при проверке ее качества (дело № 7/18 за 1977 г. по иску конторы Дальрыбосбыта к Костромскому хладо-комбинату, управлению рефрижераторного Флота "Камчатрыбфлота", управлению тралового флота "Сахалинрыбпром" и объединению Кастромрыба"). К аналогичному выводу о нарушении правил приёмы пришел тот же арбитраж по иску АвтоВАЗ'а г.Тольятти к Ярославскому шинному заводу о взыскании 44.117 руб., в том числе 36,109 руб. составляющих стоимость возвращенных забракованных шин и 7222 руб - штраф за поставку брака (дело № 10/12 за 1978 г.).

В Инструктивное письмо Госарбитража СССР № И-1-27 от 17 августа 1972 г, обращено внимание на необходимость применения указанное выше ответственности (с учетом полного брака или устранимых недостатков), если продукция и товары не выдерживают гарантирующего срока. Если происходит ярмарка, вызванная недостоимости, то следует взыскание штрафа (2081, с зачетом ранее взысканных штрафов при устранении недхостатков.

К производственным недостаткам относят такие, которые отклонением от технической документации, технологического режима и обработка, использованием ненадлежащего сырья, нарушением правил хранения, упаковки, транспортировки. Эти недостатки устранимы но различаются на устранимые в месте нахождения получателя и в производственных условиях изготовителя. Некоторые виды последствий такой поставки мы уже упоминали. К ним относятся различиве оперативные меры: требование об устранении недопачков, отказ от оплаты или взыскание одначенных сумм по указанного устранения., В соответствии с постановлением Совета Министров СССР от 25 июня 1974 г.Ещё также штраф в размере 5 % (за продукцию) и 3% (за товары.) Но если, в установленный срок недостатки не будут устранены или вине изготовителя не будет определен срок их направления, то применяется и ответственность, как за брак, т.е взыскается штраф в размере 20%, а получатель , продукции вправе ее не принять, потребовав соответствующих замены. Требуется согласие покупателя на прием товаров народного потребления после устранен недостатке, но отсутствие согласия не лишает покупателя права на взыскание штрафа в размере 20%. В пределах гарантийного срока штраф за не устранение недостатков может ызыскаваться; неоднократно - за каждая случаи неустранения,но как и в других случаях не более 20 стоимости продукции (товаров) Производственные недостатки могут произойти по вине третьих лиц.

Диаельэлектростанция поставленная машзаводом Восточно-Сибирскому управлению механизации, вышла из строя из-за неисправности генератора, изготовленного завода "Армалектрома" за неустранение недостатков Госарбитраж РСФСР (дело №72/17 за 1978г) взыскал 10.150 руб. (штраф) и 4951 руб. (убытка) с поставщика, предложив ему урегулировать расчеты с изготовителем генератора.

Если недостатки неустраняемы, продукция должна быть признана забракованной с применением установленной ответственности.

Госарбитраж Киргизском ССР рассмотрел иск Московской базы по торговле стройматериалами Мосблпоробсовза я Мади-Салидскому электроламповому заводу о взыскании 6801 руб. за недоброкачество электролампочек - наличие в них производственных дефектов (непрочное крепление цоколя к колбе, перегревание нити, негерметичность колб и т.п.), Иск был удовлетворен в сумме 177 руб. (дело № 3213 за 1977 г.), но в порядке надзора 31 марта 1978 г. дело пересмотрено Госарбитражем СССР. Сумма взыскана полностью, товар предложено вернуть.

Ответственность за конструктивные недостатки отличается от ответственности за производственные. Это такие недостатки, которые вызываются несовершенством технологических процессов или конструктивных элементов машин и деталей, т.е. объективной несправедливостью вреда. Если поставлены опытные образцы или индивидуально исполненные машины либо оборудование с такими недостатками, то независимо от отсутствия вины изготовителя, применяется оперативная мера - возложение обязанности устранить недостатки. Субъективным условием ее применения (при принуждении, т.е. при ответственности) выступает риск. При неустранении недостатков в согласованный срок применяется "двухстадийная" неустойка в соответствии с п.65 положения о поставках продукции - 3% при просрочке до 10 дней и дополнительно 5% при просрочке свыше 10 дней. Здесь уже действует презумпция вины и техническая невозможность устранения недостатков освобождает от ответственности, хотя и не от обязанности забрать продукцию и вернуть ее стоимость. Если же указанная продукция выпускается серийно, то ответственность аналогична поставке продукции с устраняемыми производственными недостатками. Если продукция с производственными недостатками, которые могут быть устранены, возвращается без получения согласия от изготовителя, то получатель лишается права на взыскание штрафа в размере 20%. Установлена ответственность и на поставку стандартной продукции но не в соответствии с требованиями указанными в договоре, или установленными для продукции со Знаком качества. Товары народного потребления могут быть поставлены с пониженным сортом против установленной в договоре это ближе к нарушению ассортимента ответственность установлена особая. Если получатель откажется от принятия товаров с пониженной сортностью, то можно применить ответственность за поставку не предусмотренных договором товаров, но в случае их использования можно применить только штраф в размере 2%. Следует учесть, что

отклонения от сортности определяются по результатам месяца. В п.п.68 и 67 Положений предусмотрена ответственность за поставку продукции и товаров более низкого качества (сорта), чем указано в документах, но в пределах стандартов (образцов и т.п.). За такое нарушение следует по выбору покупателя как оперативная мера (отказ от принятия и оплаты или оплата по фактической цене) так и взыскание штрафа в размере 200% от суммы уценки (не более 20% стоимости до уценки). Сумма штрафа может быть взыскана в доход бюджета, если торгующая организация не представит справку о продаже товаров с уценкой. В Особых условиях допускается установление дополнительной ответственности за снижение качества, учитывая специфику поставки.

Некомплектность - нарушение, связанное с нарушением условий о качестве, ибо поставка без предусмотренных нормативами или договором составных частей (недогрузка узлов в пределах конечного срока) приводит к невозможности полного или надлежащего использования продукции и товаров. Поставка некомплектной продукции - грубое нарушение, влекущее применение строгой ответственности в обязательном порядке в соответствии с п.п.64 и 66 Положений. К ней относятся: оперативные меры (требование доукомплектования, замены, неоплата, возврат неукомплектованно продукции в срок) и взыскание такого же штрафа, как при поставке брака – 20% стоимости некомплектных товаров; от этого штрафа не освобождает даже доукомплектование продукции.

Госарбитраж Узбекской ССР в 1977 г. применил ответственность за поставку некомплектной продукции заводом Таштекстилмаш Ленинанканскому хлопчато-бумажному производственному объединению в сумме 8473 руб, не приняв во внимание возражения ответчика о том, что продукция была якобы модернизирована, поскольку модернизация предусмотрена не была.

Продукция должна быть соответствующим образом замаркирована. Нарушение данного требования влечет ответственность: штраф 5% стоимости продукции (товаров) и 25% стоимости немаркированной или ненадлежащим образом маркированной тары. Штраф взыскивается и за поставку без удостоверяющих качество документов (25 руб.). При установлении оптовыми организациями несоответствия качества подготовленных к поставке товаров, их изготовитель несет соответствующую ответственность, а если выявлены недостатки, которое можно устранить, то штраф взыскивается в размере 2% стоимости. Продукции и товары, не принятые покупателем из-за указанных выше нарушений, не засчитываются в счет выполнения обязательств, если же замена их не произведена и отказа от таковой не было, поставщик несет ответственность за недопоставку.

Союзглавхимкомплект (г.Москва) предъявил в Госарбитраж РСФСР иск к машзаводу о взыскании 22.686 руб. за некомплектную поставку конвейеров, которая в счет поставки не засчитывалась (дело № 7/17 за 1978 г.). Ответчик просил освободить его от ответственности сославшись на

доукомплектование продукции в июле и августа 1977 г, что не было принято во внимание, поскольку поставка некомплектной продукции была допущена во втором квартале 1977 г. Более того, учительная предназначение продукции для пусковых объектов, арбитраж применил ответственность в полуторном размере (12%).

Ответственность за ненадлежащее качество предусмотрена и в других хозяйственных договорах. Например, за ненадлежащее качество идущей на производственные нужды тепловой и электрической энергии установлен штраф в размере 25% стоимости энергии, за снижение качества газа снабжающим организациям оплачивается штраф 10%, а потребителю 1% стоимости суточной годачи газа с нарушениями. За снижение качества в договоре контракта, как мы отметили, ответственность не установлена, но изготовители при неправильном определении качества и количества картофеля и плодоовощей оплачивают штраф в размере 10% от недоплаченной суммы. Особой спецификой отличается ответственность в договоре подряда на капитальное строительство. В этом договоре специальная ответственность за ненадлежащее качество построенного объекта не предусмотрена. Объекты в таком состоянии приниматься не должны, что, однако, не означают отсутствия вообще ответственности за такое нарушение. В соответствии с п.66 Правил за неустранение дефектов, обнаруженных в период гарантийных сроков, в сроки, установленные актами, взыскивается 100 руб. - штраф за каждый день просрочки. Заказчик может, отказавшись от услуг подрядчика, устранить дефекты своими силами за счет подрядчика; неустойка в таком случае будет составлять 50% стоимости работ по устранению дефектов. Она не связана со сроками исполнения (устранения), а означает ответственность за недоброкачественное выполнение работы. Некоторая неточность имеется в трактовке права на взыскание в этих случаях . штрафа в размере 100 рублей за каждый день просрочки.

В соответствии с п.62 Правил подрядчик несет ответственность (100 руб. в день) за задержку устранения недоделок и исправления допущенных дефектов в сроки, предусмотренные актами приёмочных комиссий. Штраф этот исчисляется, начиная со срока, установленного для исправления первой недоделки, и до момента исправления последней, т.е. до момента приведения объекта полностью в надлежащее состояние.

Государственный арбитраж Таджикской ССР в 1978 с. рассмотрел три дела по искам Совхоза - завода "Эфинонос" к тресту Сель-строй № I о взыскании в общей сложности 21.200 руб - штраф за неустранение недоделок (дела № 614-3, 987 -3, 1304-3). Установив, что часть недоделок в срок не была уместена, арбитраж указанные иски удовлетворил. Но недоделки не всегда понимаются правильно. Требование Сортавальского молочного завода к тресту "Карелсельстрой" о взыскании штрафа в сумме 14.200 руб. за неустранение недоделок первоначально было удовлетворено Госарбитражем Карельской АССР (решение от 24 марта 1977 г.). Госарбитраж СССР, рассматривая это дело в порядке надзора (дело №3/14 за 1978 г.), указал, что

предусмотренные в акте работы (усиление конструкций, откачка воды и др.) не относятся к недоделкам.

В юридической литературе вносятся предложения о совершенствовании ответственности за качество исполнения в договоре подряда на капитальное строительство. В частности, об отказе от принципа вины при применении ответственности в период гарантийного срока и др. Проектные организации за неустраиваемые допущенных дефектов уплачивают неустойку в размере 4% от стоимости проектных работ. Аналогичную ответственность (если недостатки не будут устранены) несут научно-исследовательские и конструкторские организации. Однако во всех указанных случаях, как указано выше, ответственность ограничена.

Как отмечено в некоторых случаях (при просрочке) ответственность за снижение качества несет и перевозчик. К этому следует добавить, что перевозчик несет ответственность и в тех случаях, когда им принят груз в ненадлежащей таре, не обеспечившее его сохранность в пути следования.

Х Х Х

На всех видах ответственности нет ни возможности, ни надобности останавливаться, поэтому чрезвычайно кратко обратим внимание еще на некоторые виды. Прежде всего об ответственности за нарушение тарооборота. Порядок возврата тары и ответственность за нарушение этого порядка регулируются различными инструкциями, особыми условиями, типовыми договорами (например, в отношении деревянной и картонной тары - Инструкцией от 14 мая 1974 г; мешков - Инструкцией от 17 декабря 1976 г. и т.п.). Важность многократного использования тары очевидна, затраты на её изготовление составляют огромные суммы, расходуется большое количество материалов, поэтому и вводится строгая ответственность, направленная на обеспечение своевременного, максимально полного возврата тары и сохранения её качества для повторного использования. Конечно, приходится считаться с фактом занятости тары продукцией, с неизбежными отходами тары, с расстоянием, но в ряде случаев ответственность вводится независимо от освобождения тары (например, деревянной и картонной). Конечно, ответственность и в данном случае строится на принципе вины. За задержку возврата некоторых видов тары размер ответственности зависит от продолжительности просрочки, а за несвоевременный возврат мешков установлен даже повторный штраф, что стимулирует погашение задолженности и повышает ответственность. Предусмотрены штрафы за задержку в приеме тары. Достаточно высоки и размеры штрафов - 100, 200, 300% стоимости тары и даже выше; ответственность за снижение качества применяется независимо от ответственности за просрочку. Например, если медон из-под хлебопродуктов не возвращен ни в срок, ни через 2 месяца после этого, да ещё со снижением качества (более, чем на одну категорию), за него может быть взыскан штраф в шестикратном размере. Для того, чтобы ответственность была действенной и применялась своевременно, во многих случаях введен первоочередной зачет возвращаемой тарой задолженности за текущий период; установлен, как правило, так называемый беспорный

порядок взыскания штрафов - на основании нотариальной надписи или непосредственно через банк. Оспаривать взысканный штраф, конечно, можно, но уже через арбитраж, причем в некоторых случаях за неправильное его взыскание, в свою очередь, применяется ответственность. Ответственность по тарообороту обычно не зависит от наличия договора, если иное не установлено. Ее несут непосредственно получатели продукции.

Госарбитраж Таджикской ССР (дело № 3146-3 за 1979 г.) не принял возражения производственно-аграрного объединения "Шахринау" об отсутствии договора и взыскал с него в пользу Универсального объединения "Таджиконаб" за несвоевременный возврат баллонов из-под химической продукции штраф в сумме 3.960 рублей.

За невозврат деревянной и картонной тары изготовителям взимается штраф в размере трехкратной стоимости новой тары, а за невозврат этой тары тароремонтному предприятию - в размере двукратной стоимости. Такой же штраф установлен за отказ от приема тары. За задержку приема мешков взыскивается 0,3% стоимости партии мешков за каждый день, а за несвоевременный возврат мешков установлен штраф в размере двукратной стоимости (за первоначальную, повторную задержку и за снижение качества). За нарушение сроков возврата тары из-под химической продукции установлены штрафы: 50% (за задержку до 15 дней), 100% (за задержку до 30 дней) и т.д. с зачетом ранее взысканных штрафов. За несвоевременный возврат стеклянной посуды взимается штраф в размере 100% залоговой стоимости, а за просрочку возврата бочек - 300%. Штраф от 50 до 200%, в зависимости от длительности просрочки, установлен в отношении несвоевременной сдачи отдельных видов металлической тары и т.д.

Различная ответственность установлена и за нарушение условий об оплате продукции, например, штраф за необоснованный отказ от ее оплаты и за несвоевременную оплату. Первый штраф в большинстве случаев составляет 5% неоплаченной суммы по договору поставки (п.п.81,83 Положений), по договору подряда на капитальное строительство (п.64 Правил) и по другим договорам. Второй штраф обычно составляет 0,03% суммы просроченного платежа за каждый день. За несвоевременную оплату сельхозпродукции по договору контрактации взимается 0,1%, а при просрочке оплаты свыше 10 дней сверх этого 2% несвоеременно оплаченной суммы; 2%, но без пени, взыскивается за несвоевременную оплату по этому договору плодоовощной продукции. Просрочка платежа за оборудование в связи с невыполнением покупателем требований, предусмотренных Правилами финансирования строительства, влечет повышение размера пени на 50%. Нельзя, конечно, считать, что неоплата продукции является отказом от ее получения, поэтому одновременное применение ответственности за такие нарушения не допускается. Штраф в размере 5% установлен за неиспользование аккредитива. Возможны случаи необоснованного пользования чужими средствами, что бывает при повторной оплате той же продукции, оплате бестоварного счета, получения

денег за непригодную продукцию, неправильном применении цен и в других подобных оптуациях такое нарушение взыскивается 5% годовых, если, конечно, не доказано отсутствие вины.

Госарбитраж Таджикской ССР удовлетворил, иск Ярославского шинного завода к Душанбинской базе "Госкомсельхозтехника" (дело № 2779-3 за 1979 г.) о взыскании штрафа в сумме 6300 руб. за невыставление аккредитива, признав, что перевод на аккредитивную форму расчетов произведен правомерно в связи с задержкой ответчиком оплата ряда счетов. По другому делу (№ 2879-3 за 1979 г.) было установлено, что объединение "Таджикмасло" в течение 27 дней пользовалось средствами одного из свердловских предприятий, за что была применена указанная выше ответственность.

Установлена ответственность и за другие нарушения расчетов, за ряд других нарушении условий договоров, за несвоевременное заключение самого договора (50 руб. в день, но не свыше 500 руб.).

Например, за неосновательное уклонение от заключения договора на поставку угля Госарбитраж Таджикской ССР (дело № 2743-3 за 1979 г.) взыскал штраф в сумме 500 руб с Гиссарского кого комбината жилищно-коммунальных предприятия в пользу объединения "Ленинабадснаб".

Нами приведены лишь некоторые меры ответственности за отдельные нарушения основных хозяйственных договоров, но они в достаточной степени характеризуют принципиальные положения мушественной ответственности, применяемой и за другие нарушена, за ненадлежащее исполнение всех договоров данного вида.

Гл 5 РЕАЛИЗАЦИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И ПУТИ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ НАРУШЕНИЙ ДОГОВОРНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ

§ 1. Некоторые вопросы реализации ответственности за нарушение хозяйственных договоров

Реализация ответственности - это сложный процесс, включающий и себя и вопросы процессуального права, выходящие за рамки настоящей работы. Но на некоторых материально-правовых вопросах необходимо кратко остановиться.

Прежде всего о субъектах ответственности. В качестве таковых могут выступать только юридические лица. Речь идет о внешних отношениях потому что в широком плане можно, конечно, говорить об ответственности, включающей и применение экономических санкций, санкций между внутренними звеньями предприятия или о так называемой материальной ответственности во внутривозрастных отношениях (внутрихозяйственном хозяйстве), который, как полагают, носит расчетный (условный) характер. Возможность быть истцами и ответчиками в суде, арбитраже и в третейском суде является одним из признаков юридического лица не все коллективные образования признаются юридическими лицами, а значит не все они вправе как, применять ответственность за нарушение хозяйственных договоров, так и нести указанную ответственность. Лишены такого права и производственные единицы объединений.

Государственный арбитраж РСФСР отклонил иски требования Подшипникового завода г. Свердловска к заводу им.Ильича г.Ленинграда о взыскании 17,939 руб неустойки, поскольку договор был заключен с Ленинградским станкостроительным объединением, а иск предъявлен к производственной единице, не являющейся юридическим лицом (дело № 38/17 за 1978 г.).

Вопрос о субъектах возникает в связи с действием принципа прямой ответственности. Мы уже говорили о так называемой "чужой вине", о цепочке ответственности, о целесообразности привлечения к участию в деле непосредственного виновника. Действие принципа прямой ответственности имеет в виду установленное в правовой норме правило о привлечении к ответственности в определенных случаях допустившего правонарушение субъекта, независимо от отсутствия между ним и кредитором договора. Это ответственность виновного изготовителя перед получателем при поставке продукции ненадлежащего качества, некомплектной и в ряде других случаев, в том числе и при доставке транзитом. В ряде указаний Госарбитража СССР предусматривается необходимость применения прямой ответственности к непосредственному виновнику при недочетах, невозврате тары, безнарядном отпуске продукции изготовителем, при некоторых нарушениях расчетной дисциплины. Конечно, если имеется вина поставщика, то он и будет привлечен к ответственности. Объясняют прямую ответственность различно: возникновением обязательства непосредственно из нормативного акта, соображениями процессуального характера или результатом косвенного выражения воли в договорах с поставщиком и с покупателем - наличием

специфического, фактического договорного отношения. Такого рода прямая ответственность не имеет ничего общего со случаями бездоговорной поставки, когда стороны уклонились от обязательного заключения договора. Но даже я в этом случае несут наказание изготовитель- бракодел, поставщик, отгрузившей непригодную продукцию, однако взыскиваемая сумма неустойки обращается в доход союзного бюджета. Кстати, такое же решение вправе принять арбитраж и в тех случаях, когда получатель продукции допустил нарушение в оформлении документов, но эти нарушения не дают оснований для сомнения о чьей должника. Его вина не “компенсируется” в таких случаях виной кредитора, если, конечно, документы не лишаются доказательной силы. Но нарушения, допущенные кредитором, не могут оставаться безнаказанными. Положением о порядке предъявления и рассмотрения претензий, утвержденного 17 октября 1973 г предусмотрено обязательно до предъявления иска направление претензия должнику со всеми обосновывающими документами. Общий срок для предъявления претензий по применению ответственности, кроме ряда специальных случаев, - 2 месяца. Это относится и к взысканию убытков, и к неустойке, и к применению оперативных мер, хотя специальные сроки встречаются достаточно часто.

При рассмотрении одного из исков конторы Нефтемашремонт г.Грозного о Госарбитраж РСФСР (дело № 286/17 за 1978г) частично отклонил, требования истца в связи с непредставлением доказательств о предъявлении претензии. Корсаковская, оптовая база предъявила иск к Управлению Запедно-Сибироккой железной дороги к Ташкентскому райпотребсоюзу и к базе № 3 Новосибирского горпло-доовощторга о взыскании 16604 руб, составляющих стоимость реализованных базе яблок. Яблоки были реализованы перевозчиком в пути в связи с возникшей порчей. Однако, вместо того, чтобы предъявить претензию к управлению дороги станции назначения истец предъявил ее к управлению по месту реализации яблок. Госарбитраж РСФСР (дело № 106/3 за 1977 г.) установил, что, ввиду нарушения претензионного порядка, требования удовлетворить нельзя.

Для предъявления исков в отношении ответственности установлены как общие, так и сокращенные сроки исковой давности. Общий срок (1 год) применяется для взыскания убытков и в ряде других случаев, сокращенный срок (6 месяцев) установлен для взыскания неустойки (штрафа, пени) и для любых требований, вытекающих из поставки продукции ненадлежащего качества и некомплектной продукции. Особые трудности вызывает исчисление сроков исковой давности по требованиям о взыскании второй части неустойки за нарушение сроков поставки. Узнать о неисполнении кредитор может через какой-то срок по истечении срока доставки (пробега почты), и только с этого момента начинается исчисление срока исковой давности. Для взыскания второй части неустойки при недопоставке до 10 числа следующего периода) необходимо иметь данные о выполнении поставки текущего периода, о чем кредитор может узнать лишь после-его

истечения, тогда же начнется исчисление срока, о чем разъяснено Госарбитражем СССР в № 1-28 от 29 июля 1969 г.

Сроки исковой давности по искам, связанным с поставкой продукции ненадлежащего качества (некомплектной продукции) и о возврате оплаченных за нее сумм, исчисляются с момента составления акта приемки или с того дня, когда акт должен быть составлен. Если недостатки в продукции неустранены, срок исчисляется с момента, когда кредитор узнал (должен был узнать) об их неустранении. Требование о возврате неустойки, взысканной в бесспорном порядке, предъявляется в общий (годовой) срок исковой давности.

К сожалению, в практике встречаются случаи пропуска срока исковой давности. Госарбитраж РСФСР рассмотрел иск объединения "Киргизмебель" г.Фрунзе к Станкостроительному объединению г.Вологды о взыскании штрафа в сумме 19.240 руб за поставку автоматической линии ненадлежащего качества, несмотря на устранение недостатков (дело №94/17 за 1978 г.). В иске было отказано в связи с пропуском шестимесячного срока исковой давности, так как продукция была получена 15 июля 1977 г, срок начинал течь с 20 июля, а иск был предъявлен в марте 1978 г. В связи с частичным зпуском срока этим же арбитражем (дело № 69/11 за 1978 г.) была уменьшена сумма взысканного штрафа за необеспечение готовности объекта по иску Второго московского монтажного управления "Энерготехмонтаж" к ПМК-39 треста "Мособл-строй-27" по договору субподряда.

§ 2. Неотвратимость ответственности и повышение ее эффективности
В постановлении Совета Министров СССР от 25 июня 1974 г, в июльском (1979г.) постановлении ЦК КПСС и Совете Министре в СССР о совершенствовании хозяйственного механизма указывается на обязательность применения санкций. На обязательность предъявления претензий говорится в Положении о порядке их предъявления и рассмотрения. В постановлении Совета Министров СССР от 27 октября 1967 г. об ответственности за невыполнение обязательств предусматривается безусловность ее применения при поставке недоброкачественной и некомплектной продукции (товаров). Однако в нормативных актах, регулирующих ответственность за нарушения хозяйственных договоров, кроме Положении о поставках, обязательность применения ответственности не предусмотрена. Более того, в Положении о предъявлении и рассмотрении претензий обяательность предъявления претензий не связывается с обязательностью предъявления исков. Не установлено и никаких последствий в случае, если ответственность не будет применена, даже когда ее применение обязательно. Отсюда иногда делается вывод о том, что применение ответственности - это право сторон по договору, а не их обязанность, кроме специально установленных случаев. В последнее время в юридической литературе появились правильные высказывания за признание неотвратимости ответственности при нарушении хозяйственных договоров. Это выражается и в осуждении всяких проявления взаимного амнистирования, и в предложениях о совершенствовании законодательства.

Действительно получается определенное несоответствие в нормативных актах. Так, ст.36 Основ гражданского законодательства предусматривает обязанность должника возместить убытки, но не обязанность кредитора потребовать такое возмещение. Указанная статья не допускает соглашения об ограничении ответственности (о недопустимости таких предварительных соглашений говорится в ст.143 УХД и в ряде других нормативных актов), но не запрещает не применение ответственности. За внесение изменений в правовые нормы и установление обязательности применения ответственности высказываются Н.С.Малеин, Ю.Х.Калмыков, М.Брагинский, С.М.Лурье, М.И.Козырь, Г.П.Савичен и многие другие ученые. Некоторые же ученые считают применение ответственности правом кредитора вообще или только в том случае, когда ответственность определена договором, либо в отношении только плановых договоров, либо при финансировании исполнения договора за счет бюджетных ассигнований. Иногда ссылаются даже на то, что государство не всегда заинтересовано в применении ответственности, а нарушение может оказаться выгодным кредитору. Нельзя, однако, забывать того, что исполнение хозяйственных договоров - это обязанность перед государством, что такой же государственной обязанностью является контроль за соблюдением государственной дисциплины. Госарбитраж СССР неоднократно указывал на необходимость обязательного применения ответственности (см. например, инструктивные письма от 6 октября 1969 г. и от 1 февраля 1973 г.). По этому же пути идет и арбитражная практика. Вот какое решение принял Государственный арбитраж РСФСР по делу № 95/17 за 1978 г. по иску Орловского завода УВМ к одному из предприятий г.Павловского Посада о взыскании 42.750 руб. за недопоставку. Частично сумма была ответчиком признана, но затем истцом было подано заявление с отказом от иска. Арбитраж, указав, что амнистирование не предусмотрено законом, взыскал признанную сумму в доход союзного бюджета.

Обе стороны хозяйственного договора должны занимать активную позицию, принимать все меры к обеспечению исполнения обязательств. Активная позиция и неотвратимость ответственности - взаимосвязанные требования.

При рассмотрении в Госарбитраже РСФСР иска к Московского производственного объединения мясной промышленности о взыскании штрафа в сумме 20.787 руб. (дело №254/11 за 1978 г.) ответчик сослался на то что истцом не были представлены оборудование и материалы. Арбитраж, удовлетворяя иск, указал, что ответчик не доказал принятие им мер к их получению. Тот же арбитраж при удовлетворении аналогичного иска о взыскании 19.234 руб штрафа за несвоевременное окончание строительства жилого дома в пользу управления строительства № 9 Главукса с управления по монтажу холодильных и спецустановок треста "Союзпромонтаж" (дело № 64/11 за 1978 г.) указал на то, что ответчик не доказал, какие им были приняты меры для перенесения срока строительства. В одном из ранее

приведенных нами дел арбитраж отметил, что должник обязан был добиваться выделения фондов, раз договор заключен.

Активность сторон выражается в том, что ими должны быть приняты все меры к исполнению договора, они должны сделать все возможное, чтобы не было оснований для применения ответственности. Но коль скоро нарушение договора произошло-ответственность должна быть неотвратимой, а её применение обязанностью кредитора. Для этого даже предлагается изымать в бюджет с кредитора суммы непримененной им ответственности к нарушителям договорных обязательств. О неотвратимости санкций указывалось в Отчетном докладе на XXУ съезде КПСС. О необходимости осуществления поведенческого контроля за ходом выполнения планов и применения строгой ответственности к нарушителям плановой дисциплины было сказано в речи товарища Л.И, Брежнева 25 июня 1978 г. в Минске¹⁰⁰, во многих "ругих пар- тайных документах.

Конечно, обязательность применения ответственности не означает, что нужно не учитывать вину и другие заслуживающие внимания серьезные обстоятельства и интересы сторон. Недопустило решение этих вопросов всегда перекладывать "на плечи" арбитража. В этом смысле, видимо, следует понимать обязанность предъявления претензий и возможность предъявления исков. Но оценка всех указанных обстоятельств должна опираться на деловую, принципиальную, партийную позицию, а не исходить из боязни "испортить отношения".

К сожалению, пока еще большое количество нарушений хозяйственных договоров остается "латентными" - не раскрытыми и безнаказанными. Отступление от принципа неотвратимости ответственности приводит к необеспеченности имущественных прав и интересов социалистических предприятия и организаций, к ослаблению договорной дисциплины, снижению роли договора, значения плановых заданий, к подрыву хозяйственного расчета. Требование неотвратимости ответственности основано на принципе социалистической законности, а амнистирование нарушителей является грубейшим случаем отступления от этого принципа. Оно создает почву для взаимного прощения правонарушений, для установления "деляческих" отношений, способствующих попранию требований государственной дисциплины. И никакими соображениями "хозяйственной целесообразности" в данном случае руководствоваться нельзя. Целесообразно то, что соответствует закону, интересам государства. Назрела необходимость для широкого внедрения в практику контролирующих органов и арбитража хозяйственно-договорного контроля, а также внесения соответствующих изменений в действующее законодательств.

Возникает вопрос: справедливо ли возлагать ответственность на юридическое лицо, применять к тому же экономические санкции, а не относить все отрицательные последствия на конкретных виновников нарушения договора? Иногда так и предлагают: ответственность должна быть неотвратимой для виновного лица, повышение эффективности

ответственности во многом зависит от решений проблемы "увязки" ответственности хозоргана с ответственностью виновных работников. Имеется в виду взыскание незначительной суммы в бюджет за счет виновных лиц. Эти рекомендации критически восприняты в юридической литературе. Тем не менее, практику "доведения" ответственности до конкретных виновников нужно решительным образом улучшить, сочетая ответственность юридического лица с ответственностью конкретных работников в соответствии с нормами трудового законодательства. Применение ответственности к хозоргану должно означать применение ответственности к его виновным работникам, только тогда ответственность будет эффективной. Но ответственность конкретных лиц может быть не только имущественной. Если нарушение договоров, причинение убытков явились результатом злоупотреблений, необходимо ставить вопрос о возбуждении расследования и привлечении виновных к уголовной ответственности, применять нужно в соответствующих случаях дисциплинарную в другие виды ответственности.

Государственным арбитражем Грузинской ССР был рассмотрен иск Армтекстильторга к Управлению железной дороги и порту о взыскании 4393 руб., составляющих стоимость недостающей ткани (дело № 6/275 за 1977 г.). Деле в порядке надзора рассматривалось в Госарбитраже СССР. Гл.арбитр, исходя из того, что имелся в пути доступ к грузу, что этот случай не единичный, и что возможно произошло хищение, направил материал в Прокуратуру СССР.

Госарбитраж РСФСР рассмотрел ряд исков совхоза "Зеленый гай" к ОРС'у НГДУ "Бугурусланнефть" о взыскании 48.426 руб., составляющих убытки от порчи яблок (дела № 54/15, 55/15, 56/15 за 1977 г.). Установлено, что сначала получатель уклонялся от приема груза, а затем от реализации яблок. Первоначально продукция была уценена, затем 50 тонн полностью испортилось. Предполагая наличие преступления, арбитраж направили эти дела для расследования в органы прокуратуры. Арбитражи нередко направляют сигнализации и сообщения о привлечение к ответственности должностных лиц. Например, Госарбитраж Таджикской ССР направил сообщение в Комитет народного контроля республики о принятии мер к виновным лицам - работникам Регарского плодоовощторга, отгрузивших Первомайскому смешторгу г.Новосибирска вместо обусловленных в договоре 30 тн, капусты 81 тонну, за что был взыскан штраф (дело № 2419 -3 за 1977 г).

К сожалению, убытки, вызванные применением ответственности, возмещаются за счет виновных редко. Это ведет не только к ослаблению компенсационной, но, прежде всего, стимулирующей функции ответственности.

Х Х Х

Меры ответственности, меры понуждения необходимо сочетать с мерами поощрения. Они должны все более активно входить в отношения по хозяйственным договорам и широко применяться в практике. Их роль в борьбе с нарушениями хозяйственных договоров постоянно должна возрастать.

Особенностью поощрительных гражданско-правовых мер является их имущественный характер, включение в договорные отношения, соответствие указанных мер солидарным интересам сторон. Поощрение устанавливается за выбор исполнителем наиболее желательного варианта поведения за так называемое "улучшенное исполнение". В качестве поощрительной меры можно назвать, например, закрепленное в п.п.47 Положения о поставках право устанавливать доплату за высокие качественные показатели продукции и за более продолжительные гарантийные сроки. В транспортном законодательстве во многих случаях, наряду с ответственностью за задержку погрузочно-разгрузочных работ, предусматриваются и поощрительные меры за сокращение времени на указанных работах: премии и скидки с провозной платы. Ряд поощрительных мер предусмотрен, в отношении по подряду на капитальное строительство. В п.45 Правил о договорах подряда на капитальное строительство предусматривается, что при удешевлении строительства без снижения прочности и эксплуатационных качеств сооружений экономия остается в распоряжении подрядчика. В качестве меры поощрения выступает также выплата премий за надлежащее выполнение условий о сроке и качестве строительных работ, с повышением размера премий за сокращение сроков ввода в действие производственных мощностей и объектов, в зависимости от процента таого сокращения против установленных норм и соответствующей оценки за качество. Например, при сокращении ввода в действие производственных мощностей на 30% против установленных норм, премии повышаются на 50%.

Поощрительные меры - премии за успешный сбор и возврат тары, перечисляются торговым организациям и предприятиям. Такой же мерой следует признать выдачу денежных авансов колхозам на продукцию, сдаваемую сверх плана по договору контрактации. Следует признать целесообразным предусмотренные в заключаемых договорах различных льготных условий и других поощрительных мер, которые несомненно будут способствовать надлежащему исполнению хозяйственных договоров.

Х Х Х

Для того, чтобы ответственность предупреждала нарушения хозяйственных договоров, необходимо, наряду с ее строгим применением обращать внимание и руководителей, а общественности и всего коллектива на недопустимость подобных фактов, на необходимость ликвидации причин их порождающих, показать к чему приводит ответственность. Нужно добиться гласности ее применения. В целях предупреждения и профилактики нарушений хозяйственного договора необходимо изучать причина нарушений, осуществлять действенный контроль за соблюдением социалистической законности, принимать меры, обеспечивающие её соблюдение. Большая роль в этом отводится прокурорскому надзору, осуществляющему от имени государства высший надзор за деятельностью учреждения, предприятий, должностных лиц по соблюдению ими социалистической законности, выполнению государственных планов, а следовательно, хозяйственных договоров, обеспечению надлежащего

качества выпускаемой продукции. Нужно изучать не только причины, порождающие преступления, но и причины, порождающие любые правонарушения, в том числе и в области хозяйственного законодательства, вести с ними борьбу, используя весь арсенал профилактических средств: и неотвратимость ответственности, и наказание виновных и действенность экономических рычагов, и совершенствование законодательства и практики его применения, и правовую пропаганду, и меры воспитания, и активизацию деятельности трудовых коллективов, и многое, многое другое. Немалая роль должна отводиться правовой службе в народном хозяйстве, в работе которой предупреждение правонарушений должно стать главным. Юристы совместно с работниками экономических служб и других подразделений предприятий изучают причины непроизводительных расходов, обстоятельства, порождающие претензии, проводят анализ арбитражной практики по различным опорам, участвуют в работе комиссий по контролю за выполнением договоров, проводят анализ экономических показателей приемки продукции, добиваются полного возмещения убытков.

"Уразэлектротряжмаш" систематически нарушал сроки поставки электродвигателей для Невского машиностроительного завода, что приводило к большим убыткам. Многочисленные просьбы а призывы успеха не имели. И тогда за нерадивого поставщика взялись юристы. С него был взыскан не только штраф, но и все убытки. Наказание рублем оказалось действенным средством, поставщик стал четко выполнять свои обязанности. Это пример из книги о работе юрисконсультов "Полпреды закона". Однако, как видно, к юристам обратились поздно, в течение долгого времени, вместо применения ответственности, покупатель занимался просто увещанием нарушителя договора.

Конечно, главная задача не допустить нарушения, но допретензионная работа должна сочетаться с применением ответственности, а не подменять ее в ущерб делу. Очень важно добиться максимального повышения эффективности ответственности, для чего необходимо прежде всего улучшать практику её применения, умело сочетать юридическое и экономическое воздействия на нарушителей хозяйственных договоров.

В газете "Правда" за 21 июля 1978 г. помещена статья "Строги ли санкции?" В ней говорится об их малой эффективности несмотря на взыскание подчас больших сумм (оргзвязациями материально-технического снабжения Московского городского района за пять лет взыскано с поставщиков свыше 20 миллионов рублей неустойки). В чем же дело? А в том утверждает автор, что взыскание штрафов мало тревожит бюджет нарушителя, что ответственность не стала еще неотвратимой и допускается амнистирование, затягивается применение ответственности, она редко доводится до конкретных виновников, ее стимулирующее значение недостаточно.

Важным является и совершенствование системы ответственности. Предложений много, рекомендуется даже отказ от взыскания денежных сумм и замена его штрафом-претензией, учитываемой при оценке деятельности

предприятия; предлагается реорганизация арбитража в хозяйственный суд и т.п. Не все эти предложения можно признать приемлемыми, но очевидно, что целесообразное и оптимальное совершенствование механизма ответственности будет несомненно плодотворным.

И все же ответственность не самоцель, она служит средством для другой цели - строгого и неуклонного соблюдения хозяйственных договоров, государственных планов, выполнения тех больших и ответственных задач, которые поставлены Коммунистической партией и Советским правительством.

МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ

Приступая к изучению вопросов ответственности за нарушения хозяйственных договоров, студент должен быть ознакомлен с общей частью гражданского права и, прежде всего, с разделами юридических лиц, сделках, сроках исковой давности, ответственности, но также с содержанием основных хозяйственных договоров. Учебное пособие рассчитано на конкретизацию знаний, концентрацию внимания студентов на одном из центральных вопросов применения права, на получение некоторых рекомендаций по практической работе, ознакомлению с арбитражной практикой, с ведущейся дискуссией в теории, на освещение вносимых предложений по совершенствованию законодательства. Чтобы быть готовым к получению этой информации, нужно хорошо освоить основной курс. При изучении пособия студенты должны пользоваться "Сборником нормативных актов по хозяйственному законодательству М. "Юрид.лит.", 1979) или отдельными источниками (например, Положениями о поставках, транспортными уставами), Комментариями к нормативным актам. Желательно проведение практических занятий с конкретными арбитражными делами.

Данное учебное пособие может быть использовано как для специальных курсов: хозяйственные договоры, ответственность по хозяйственным договорам, гражданско-правовая ответственность, договор поставки, договор подряда на капитальное строительство и т.п., так и для дополнительного источника при изучении в основном курсе соответствующих хозяйственных договоров. Целесообразно в курсе "Советское право" для студентов-экономистов рассмотреть специальную тему об имущественной ответственности в хозяйственных договорах и провести по ней семинарское занятие. Студенты должны уметь ориентироваться в понимании ответственности, в условиях ее применения, разбираться в формах ответственности, в ее принципиальных положениях, должны знать важнейшие случаи применения ответственности в хозяйственных договорах, правила исчисления неустойки, определения убытков и т.д.

Практика показывает, что студенты испытывают трудности в четком разграничении условий ответственности, в понимании вины, поэтому очень важно обратить внимание на эти вопросы. Наконец, изучение данного института будет полным, если студенты используют дополнительную литературу, указанную в приложении. Это особенно необходимо, при выполнении контрольных, курсовых и дипломных работ, посвященных

различным аспектам имущественной ответственности в хозяйственных договорах.

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

1. Как понимать ответственность в позитивном и в ретроспективном смыслах?
2. Каково соотношение долга и ответственности, ответственности и обязанности?
3. Назовите основные концепции в понимании ответственности.
4. Дайте определение юридической ответственности.
5. Какова классификация ответственности?
6. Каковы признаки хозяйственно-договорной ответственности?
7. Как понимать ответственность в экономическом смысле?
8. Какие виды включаются в так называемую "экономическую ответственность"?
9. Какова связь между юридическим и экономическое ответственностью?
10. Как следует понимать санкцию?
11. Какие вы знаете виды реализации санкция?
12. В чем проявляется солидарность обязанностей участников хозяйственных договоров?
13. Перечислите основные функции ответственности.
14. Охарактеризуйте функции ответственности.
15. Какова связь договора и ответственности?
16. Каким образом должны фиксироваться в договоре условия об ответственности?
17. Допустимо ли ограничение в договоре ответственности?
18. Что означает противоправность) и как она понимается применительно к нарушению хозяйственных договоров?
19. Перечислите основные случаи нарушения хозяйственных договоров.
20. Что понимается под вредом (ущербом) ?
21. Как подразделяются убытки?
22. Дайте понятие причинной связи как условия применения ответственности.
23. Какова связь поведения третьих лиц с причиной нарушения обязательств?
24. Что относится к препятствиям чрезвычайного характера и как они влияют на ответственность хозяйственных органов?
25. Дайте понятие и назовите виды невозможности исполнения обязательств.
26. Какова связь изменения плана с ответственностью?
27. Как нужно понимать и как в некоторых случаях понимается вина?
28. Охарактеризуйте формы и виды вины.
29. Следует ли учитывать форму и степень вины при нарушении хозяйственных договоров?

30. Как действуют презумпции в отношении ответственности в хозяйственных договорах?
31. В чем заключается концепция отказа от принципа вины при применении ответственности за нарушение хозяйственных договоров?
32. Как понимать вину юридического лица?
33. Применяется ли ответственность без вины в хозяйственных договорах и каково ее субъективное обоснование?
34. Что такое ответственность за "чужую вину", ответственность по "цепочке"?
35. Как понимать "встречную вину" кредитора при ответственности за нарушение хозяйственного договора?
36. В чем заключается "виновное соучастие" сторон?
37. Дайте понятие неустойки, раскройте ее основные черты.
38. Охарактеризуйте виды неустойки.
39. В каких случаях неустойка может быть уменьшена?
40. В каких случаях размер неустойки может быть повышен?
41. Что включается в убытки?
42. Какие нарушения хозяйственных договоров вызывают убытки?
43. Как исчислить убытки?
44. Каковы случаи применения ограниченной ответственности за нарушения хозяйственных договоров?
45. Каково понятие и характерные особенности оперативных мер?
46. Как соотносятся оперативные меры с ответственностью?
47. Дайте характеристику отдельных оперативных мер
48. Учитывается ли вина при применении оперативных мер?
49. Каковы роль и значение оперативных мер?
50. Охарактеризуйте ответственность за просрочку исполнения в договоре поставки.
51. Как составлять расчет за просрочку поставки с учетом отклонений от ассортиментных позиций?
52. Охарактеризуйте ответственность за просрочку исполнения в договорах контрактации, на снабжение электроэнергией и газом?
53. Охарактеризуйте ответственность за нарушение сроков в обязательствах по перевозке грузов.
54. Охарактеризуйте ответственность за просрочку исполнения обязательств в договоре подряда на капитальное строительство.
55. Охарактеризуйте ответственность при недостатке продукции.
56. Что означает забракованная продукция и какова ответственность за поставку такой продукции?
57. Какая ответственность установлена за поставку продукции с производственными и конструктивными недостатками?
58. Какая ответственность установлена за некомплектность?
59. Охарактеризуйте ответственность за ненадлежащее качество продукции в договоре контрактации.

60. Какая ответственность установлена за ненадлежащее качество объекта в догогоре подряда на капитальное строительство?

61. Какова ответственность за нарушение условий о тарообороте?

62. Охарактеризуйте ответетвеяность за нарушение правил о расчетах за продукцию и товары.

63. Охарактеризуйте субъектов отношений по применению ответственности?

64. Каковы сроки предъявления претензий и нежевой давности в отношении ответственности?

65. Какие существуют концепции в юридической литературе по вопросу неотвратимости ответственности и какова практика по данному вопросу?

66. Следует ли доводить ответственность до виновных исполнителей?

67. Охарактеризуйте меры поощрения.

68. Какова должна быть профилактическая работа по недопущению нарушений хозяйственных договоров?

ПРИМЕРНАЯ ТЕМАТИКА КЛАДОВ И РЕФЕРАТОВ

1. Понятие и основные особенности ответственности за нарушение хозяйственных договоров.

2. Юридическая и экономическая ответственность за нарушение хозяйственных договоров.

3. Функции имущественной ответественности в хозяйственных договорах.

4. Проблема ответственности за вину в хозяйственных договорах.

5. Ответственность за "чужую вину" при нарушении хозяйственных договоров.

6. Вина юридического лица.

7. Виновное "соучастие" сторой в хозяйственных договорах.

8. Неустойка в хозяйственных договорах.

9. Взыскание убытков как мера ответственности за нарушение хозяйственных договоров.

10. Оперативные меры ответственности за нарушение хозяйственных договоров.

11. Ответственность в конкретных хозяйственных договорах (различных).

12. Пути повышения эффективности имущественной ответственности в хозяйственных договорах.

1 месяц

Ассортиментные

позиции план поставки (в единицах)

Отклонения предыдущих периодов.

В том числе предшествь месяца.

Подлежит поставке в текущий период.

Фактически поставлено.

В том числе до 10 число

Отклонения за 1 месяце (по 10 число)

Отклонения с учетом недоп за текущий месяц.

2 –ой месяц

План поставки

Подлежит поставке

Подлежит пост.без учета прошлых периодов

Фактически поставлено

В тем числе до 10 числа

В том числе в счет 2 месяца

Отклонения за I мес. (по 10 число)

Отклонен.за недоп. 2 мес с учетом

Так примерно может выглядеть расчет за просрочку поставки. В нем в количество, подлежащее поставке во втором месяце, включена поставка в ассортименте за минусом перепоставки. Поставка в первой декаде второго месяца принимается во внимание, так как в целом за этот месяц план, с учетом того, что следовало восполнить только в первой декаде (без переходящих восполнении предшествующих периодов), выполнении. Но при определении выполнения за вторым месяц предшествующе недопоставка уже учитывается. В данном примере неустойки взыскиваются за недопоставку I месяца за 40 единицы - 3(2) % ;за невосполнение недопоставки I месяца - за 1 единицы - 5(3) % \ за недопоставку 2-го месяца за 20 единиц - 3(2) % и т.д.

КОНТРОЛЬНЫЕ ЗАДАЧИ ДЛЯ ПРАКТИЧЕСКИХ ЗАНЯТИИ

1. По договору с агаровым заводом СМУ треста "Яилстрой" возведено и сдано в эксплуатацию жилой дом. В сентябре дом был принят государственной комиссией с оценкой "хорошо". За досрочный ввод в эксплуатацию дома СМУ получило от заказчика-завода премию. Дом был заселен в течение двух месяцев, хотя не был передан в фонд местного Совета, однако его эксплуатацию осуществляла ЖЭК-54. Вследствие осадки фундамента и образования трещин в феврале следующего года дом начал разрушаться. Завод истратил на изыскательские, проектные и восстановительные работы 26.245 рублей. Судебно-строительной экспертизой причиной аварии признана неравномерная замочка грунта основания. Иск о взыскании 32.605 руб. (стоимость восстановительных работ и премии) предъявлен заводом к СМУ, ЖЭК'у и Производственному управлению водоканализационного хозяйства. Истец усмотрел вину СМУ (не было произведено уплотнение грунта), вину ЖЭК (сантехники, обслуживающие дом, допустили утечку воды), вину управления НКХ (утечка воды из водопроводной магистрали).

Какое решение должен вынести арбитраж и на основании каких нормативных актов?

О какой ответственности в данном случае идет речь?

2. Шахта "Томусинская 5-6" обратилась в арбитраж с иском о взыскании с материально-технической базы комбината "Южкузбассуголь" или с

машиностроительного завода 11.046 руб. - штрафа в размере 20% стоимости некомплектного бурового ставка в соответствии с п.64 Положения о поставках продукции и одновременно такую же сумму в соответствии с п.62 того же Положения, поскольку в станке были выявлены устранимые на месте производственные недостатки, которые в согласованный с истцом срок не были устранены. За это нарушение штраф взимается в размере 20% стоимости продукции, в которой не устранены недостатки.

Какое решение должен принять арбитраж?

Какой принцип применяется при таком одновременном взыскании штрафа?

Данте анализ норм Положении о поставках?

3.Управление "Кузбассуглесбыт" предъявило иск о взыскании с комбината "Южкузбасоуголь" штрафа в сумме 63.343 руб. предусмотренного п.74 Положения о поставках продукции, за безнарядную отгрузку Магнитогорскому металлургическому комбинату угля для коксования. Из материалов дела следовало, что комбинатом "Южкузбасоуголь" были нарушены выдаваемые истцом ежесуточные наряды на отгрузку угля и календарные планы маршрутизации, в результате чего Магнитогорскому комбинату был перепоставлять уголь в первых двух декадах апреля и в этом же периоде недопоставлен уголь другим потребителям. Магнитогорский комбинат согласия на досрочную поставку не давал и отказался от оплаты счетов. Ответчик против иска возразил, сославшись на то, что уголь Магнитогорскому комбинату был выделен, он значится в плане поставки, а ежесуточные наряды не являются плановыми актами, поэтому ответственность может быть только за допущенную досрочную доставку. Кроме этого в целом по плану поставки 2-го квартала перепоставки угля Магнитогорскому комбинату не было.

Какое решение должен вынести арбитраж?

На какие пункты Положения о поставках и Особых условий следует сослаться?

4.Московское производственное млаточное объединение предъявило иск к строительно монтажному управлению. В I треста "Новосибирской-17" о взыскании штрафа 3.100 руб. за задержку устранения недоделок в построенном общежитии. Конечный срок устранения основных недоделок в перечне, приложенном к акту государственной приемочной комиссии, был установлен 8 января, до июня должны быть закончены работы по благоустройству и озеленению. Но 10 февраля недоделки не были устранены, поэтому и предъявлен штраф за период с 9 января по 9 февраля.

Ответчик сослался на устранение всех недоделок, кроме тех, которые связаны с благоустройством и погодными условиями зимнего периода. Телефонный кабель не проложен потому, что его не поставил сам заказчик, который обязан был обеспечить строительство материалам и оборудованием.

Вынесите по данному делу мотивированное решение.

ПРИМЕРНЫЕ ПЛАНЫ СПЕЦСЕМИНАРОВ

Семинар I (2 часа). Основания и условия ответственности в хозяйственных договорах

1. Закон и договор как основания ответственности.
2. Объективные условия ответственности.
3. Субъективные условия ответственности.
4. Виновное "соучастие".
5. Вина кредитора.

Семинар 2 (2 часа). Формы (меры) ответственности за нарушение хозяйственных договоров

1. Неустойка
2. Уменьшение и увеличение неустойки.
3. Взыскание убытков
4. Полная и ограниченная ответственность.
5. Оперативные меры.

П Р И М Е Ч А Н И Я

1. См: Материалы XXУ съезда КГСС. М., Политиздат, 1976, с.172
2. Отчет в КГСС и очередные задачи партии в особие внутренней и внешней политики. Доклад Генерального секретаря ЦК КПСС товарища Л. И. Брежнева XXУ съезду КПСС, материалы съезда, с.60
3. См: Н.Малеин. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. "Наука",- 1968, с.5.
4. СП СССР, 1967, № 26, ст.186.
5. В.И.Ленин. Полн.собр.соч., т.12, с.104.
6. См: М.С.Строгович. Сущность юридической огвет ценности. "Советское государство и право",1979, № 5, с.73.
7. СМ: К новым рубежам коммунистического строительства. "Коммунист", 1979, №18, с. 5.
8. См: В.А.Тархов. О юридической ответственности. Учебное пособие. Саратов, 1978, с.6.
9. См: Постановление главного арбитра от 28 февраля 1978 г. по надзорной жалобе на решение Госарбитража Карельской АССР № 2/247 от 22 июля 1977 г.
10. См: И.С.Самощенко, М.Х.Фарукшин. Ответственность по советскому законодательству. М. "Юрид.лит.", 1971, с.19.
11. См: Н.С.Малеин. Указ.соч, с.8-13; Б.С.Антимонов. Основания договорном ответственности социалистических организации. М, "Госюриздат", 1962, с.14.
12. См: С.Г.Вратусь. Юридическая ответственность и законность. М, "Юрид.лит.", 1976.
- 13.См: И.Ребаче. Убеждение и принуждение в деле борьбы с посягательством на советский правопорядок. Учен.зап. Тартуского университета", вып.182, с.205,206.
- 14.См.: С.Н.Кравченко. Имущественная ответственность за причинение вреда природным объектам. Автореф. канд. пис. М, 1977, с.3.
15. Материалы XXУ съезда КПСС, с.173. О дальнейшем использовании системы зависимости образования поощрительных фондов и выплаты премии не только от выполнения плана, но и договоров указано в постановлении ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 12 июля 1979 г. Об улучшении планирования и усилении воздействия хозяйственного механизма на повышение эффективности производства и качества работы КПИ СССР сс 1979, № 18, ст. 118).
16. СП СССР, 1970, № 20, ст.154.
- х) казанная в примечании литература рекомендуется для более углубленного ознакомления с вопросами ответственности за нарушение хозяйственных договоров.
17. См: В.К .Мамутов. Предприятие зи вышестоящий хозяйственный орган М. "Юрид.лит."1969,с. 201-229.
18. "Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР ", 1974 с.36

19. См: М.Г.Пронина. Стимулирующая функция гражданско-правовых санкций. Минск, "Наука и техника", 1977, с.158.
20. См.: Ф.И.Гавзе. Социалистический гражданско-правовой договор. М., "Юрид.лит.", 1972, с.125 и сл.
21. См: Социалистическая законность и государственная дисциплина. М., "Наука", 1975, с.106-109.
22. См: Б.С.Антимонов. Указ.соч, с.14-19; Г.С.Гуревич. Санкции за нарушение плано-договорных обязательств в народном хозяйстве. Минск, 1976, с.28.
23. С.Н.Братусь. Указ.соч, с.69.
24. См: З.Г.Кгылова. Исполнение договора поставки. М. "Юрид. лит.", 1968, с.42,43.
25. См: М.И.Брагияский, В.И.Иванов. О функциях неустойки в хозяйственных отношениях. "Проблемы совершенствования советского законодательства", - Труды ВНИИСЗ, 10, м. 1977, с.27.
26. "Известия", 28 сентября 1965 г.
27. См: И.Н.Петров. Ответственность хозорганов за нарушения обязательств. М., "Юрид. лит.", 1974, с.194, и сл.
28. См: А.К.Кравцов. Плановые обязательства по советскому гражданскому праву. Воронеж. "ВГУ", 1980, с.10.
29. См.: В.А.Ойгензихт. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. "Советское государство и право", 1978, № 3, с.47, 51.
30. См: О.С.Ллоффе. Обязательственное право. М., "Юрид.лит." 1975, с.26.
31. См: Е.А.Тарновская. Эффективность правового регулирования материально-технического снабжения. Л., мадд.ЛГУ, 1976, с.90,
32. См.: А.Г.Быков. Практика арбитража по спорам об установлении имущественных санкций. "Научно-практический комментарий гражданской практики" № 3, М., "Юрид.лит." 1970, с.81-97
33. см:"Коментарий арбитражной практики" №8, М. "Юрид. лит.", 1975, с.184, 185.
34. См.: И.С.Самощенко. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., "Юрид.лит", 1963, с.76; В.А.Рахмилович. О противоправности как основании гражданской ответственности. "Советское государство а право", 1964, № 3, с.54.
35. См: Г.К.Матвееж. Основания гражданскоправовой ответственности. М."Юрид.лит.", 1970, с.143-150.
36. См:В.А.Тархов. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973 с.116 и сл.
- Юб.
37. См.: Научно-практический комменгариии арбитражной практики, № 5. М. "Юрид.лит ", 1972, с. 119-123,
38. "Правда" за 31 марта 1971 г.

39. О занижении задания по производству проката говорится в статье «Закон для каждого» «Правда» за 12 июля 1978 г.

40. См: Г.К.Матвеев. Указ.соч, с.185; его же. Вина в советскомском гражданском праве. Киев, 1955, с.172-178.

41. См: Б. И. Путинский. Применение принципа вины при регулировании хозяйственной деятельности. "Советское государство и право", 1979, № 10, с.67; его же. Правовые средства обеспечения эффективности производства, М. Юрид.лит. 1980, с.30.

42. См: Научно-практический комментарий арбитражной практики, выч.5. с.121.

43. См: В.А.Ойгензихт. Аспекты соотношения вины и риска. "Советское государство и право- 1973, №10 с.36-41.

44. См: Н.С.Малеин. Указ.соч., с.152-137; см. также. В.А.Тархов.' Указ.соч., с.171: Г.К.Магзеев. Вина в советском гражданском праве, с.241; Е.М.Яковлева. Ответственность за несвоевременное исполнение и неисполнение плановых обязательств. Душанбе, 1962, с.69; Т.И.илларионова. Значение гражданско-правовой санкции, "Советское государство и право", 1978, № 8, с129. 130 (автор имеетв виду только неустойку) и др.

45. См: Г.К.Матвеев, Основание гражданско- правовой ответственности, с.198, 200; Б.С.Антимонов. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М. Госюриздат", 1962, с.58; Р.О.Халфина. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве. М. "АН СССР" 1963, с.256

46.См:Ф.Л.Рабинович. Вина как основание договорной ответственности предприятия. М. "Юрид.лит.", 1975, с.74-86; Н.С.Малеин. Указсоч. с.152.

47. См. В.АОйгензихт.Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе "Ирфон" 1976. с.97-129.

48. СЗ СССР, 1933, № 73, с.455.

49. См: В.З.Овесенко. Проблема возмездная убытков в хозяйственном праве. Автореф.докт.дисс, Харвков, 1972, с.26, 27 В.К.Мамутов, В.В.Овсиенко, В.Я.Юдин. Предприятие и материальная ответственность. Киев, 1971, с.38, Л.М.Шор.Совершенствование договорно-правовых отношении в сфере материально-технического снабжения "Советское государство и право", 1973, № I, с.48, 49.

50. Г.К.Матвеев. В защиту принципа виновной ответственности в отношениях между хозорганами. "Советская юстиция", 1973, №15; Ю.Х.Калмыков. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов, 1976, с.130.131 и др.

51. См:А.В.Венедиктов. Госудосударственная социалистическая собственность. М. "А.Н. СССР" 1948 с. 664.670; С.Н.Братусь.Субъекты гражданского права.М.Юридлит,"1950, с.104-114: В.П.Грибанов. Юридические лица. М., "МГУ", 1964, с.46-52 и др.

52. См.: Ф.1.Рабинович. Указ.соч. стр.23.

53. См: Конституция (основной закон) Союза Советских Социалистических Республик. М. изд. "Правда", 1977, с.8.

54. См: А.Г.Ковалев. Коллектив и социально-психологические проблемы руководства. М. "Полит.лит.", 1978, с.16,17.

55. См: Л.П.Буева. Деятельность как объект социальной психологии. "Методологические проблемы социальной психологии" М. "Наука" 1975, с.61.

56. См: В.П.Грибанов. Ответственность сторон за недопоставку по договору поставки. - "Вопросы советского гражданского права в практике суда и арбитража". М. 1959, с.373.374

57. См. Г.К. Матвеев. Психологический аспект вины советских юридических лиц "Советское государство и право", 1976, № 8, с. 42

58. См: В.С.Якушев. Юридическая личность государственного производственного предприятия. Свердловск, 1973, с.236.

59. См. изложение точек зрения ученых - В.А.Ойгензихт, Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, "Ирфон", 1972, с.178-183

60. См: С.Н.Братусь. Юридическая ответственность и законность, Гл.УТ; В.А.Ойгензихт. Проблема риска в гражданском праве и др. С тем, что вина не является единственным субъективным фактором ответственности, согласна и М.Г.Масевич (см: Ответственность за невозможность исполнения обязательства по поставке товаров, "Комментарий арбитражной практики", в. 12, М. "Юрид.лит.",

61. Существует в отношении договора контрактации и другое мнение. См.: Х.А.Рахманкулов. Правовые формы регулирования имущественных отношений социалистических хозяйственных организаций. Ташк., "Фан", 1976, с.252; Н.П.Бурса, В.Б.Ляндере. Ответственность за нарушение плана железнодорожной перевозки грузов. М. "Юрад.лит.", 1979, с.70) считают что за невыполнение плана перевозок существует ответственность и за случай.

62. См: В.С.Толстой. Исполнение обязательств. М. "Юрид.лит", 1973, с.83-85.

63. См: М.И.Брагинский. К вопросу об ответственности за чужие действие по советскому праву. - Труды ВЮЗИ", т.1, М. 1961, с.10, 33; М.Г.Масевич. Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. Алма-Ата, 1964, с.162, 163.

64. См: Н.А.Абрамов. Вина третьих лиц как особое условие ответственности хозорганов. "Советское государство и право", 1976, № 4, с.34.

65. См.: С.Н.Братусь. Указ.соч. с.188.

66. См.: В.Ф.Яковлева. Специализация и кооперирование промышленности (правовые вопросы). М. "Юрид.лит.", 1974, с.228-231; Л.И.Рутман. Правовое регулирование кооперированных поставок. М. "Юрид.лит.", 1971, с.148.

67. См: В.О.Харитонов. Категории субъективного и объективного риска в советском гражданском праве. "Проблемы правоведения", вып.40, Киев, "КГУ" , 1979 с.63-70.

68. См: Комментарий арбитражной практика, вып.П, М. "Юрид.лит.", 1978, с.159, 160.
69. См.: К.А.Граве. Договорная неустойка в советском праве. М., "Госюриздат", 1950, с.5.
70. См: Б.А.Хаскельберг. Повышение и зеньшение размера неустойки арбитражем. "Правоведение", 1978, №2 с.38, 39; Теоретические проблемы хозяйственного права. М. "Наука"; 1975, с.278.
71. См: П.16 Инструкт.письма Госарбитража СССР от 28 декабря 1967 г. № 1-59. Систематизированный сборн.М. "Юрид.лит.", 1976, с.69; О.Х. Калмыков. Указ.соч., с.139.140.
72. См:Н.И.Клейн, И.Н.Петров. Комментарий к положениям о поставках продукции и товаров. М., "Юрид.лит.", 1978, с.281.
73. См: В.В.Луць. Заключение и исполнение хозяйственных договоров. М. "Юрид.лит.", 1978, с.130.
74. См:В.В.Васькин. Возмещение убытков предприятиям. М."Юрид.лит." 1977, с.37-43.
75. См: П.6 Инструкт.письма Госарбитража СССР от 28 мая 1970 г. № И-1-21. Систематизированный сборник, с.75.
76. См: Е.А.Тарновская. Указ.соч, с.116-125.
77. См: Н.С Яалеин. Указ.соч., с.102 и сл., Ф.Л.Рабинович. Указ.соч, с 100-112; Ю.Х.Калмыков, Хозрасчет промышленного предприятия (Правовые вопросы). М. "Юрид.лит.", 1972, с.136-164.
78. См: А.К.Кравцов. Указ.соч., с.97-98 На повышение ответственности транспортных организации только до этого предела указывает В.Т.Смирнов. (См: Правовые проблемы перевозки и материально-технического снабжения. "ЛГУ", 1978, с.192,198).
79. С.м: Ю.Х.Калмыков. Хозрасчет промышленного предприятия (Правовые вопросы). М. "Юрид.лит", 1972, с. 134,135.
80. См: Ю.Г.Басин. Материальная ответственность предприятий и организаций за невыполнение заданий и обязательств (комментарий). М., "Юрид.лит.", 1969, с.81.
- 81.См: В.В.Луць. Указ.соч, с.П и Ю.Г.Басин. Своевременное обеспечение строительства проектами и сметами. "Советское государство и право", 1979, № 7, с.81; его же. Проект строительство,закон М."Юрид.лит.",1978,с. 147.
82. См: С.М.Лурье, М.И.Козырь, Договорные отношения сельскохозяйственных предприятий в СССР (теория и практика). М. "Наука", 1974, с.287.
83. См: В.К.Райхер. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Л. 1958, с.72.
84. См: О.Э.Лейст. Санкции в советском праве. М. "Юрид.лит.", 1962, с.85.
85. См.: С.С.Алексеев. Проблемы теории права, т.1. Свердловск, 1977, с.378.

86. См: Ю.О.Жицинский. Санкция нормы советского гражданского права. Воронеж, 1968, с.74,

87. См.; О.Н.Садилов. Имущественные санкции в хозяйственных договорах. "Советское государство и право", 1957, №4, с.50-60; В.П.Грибанов. Пределы осуществление и защиты гражданских прав. М. изд.МГУ, 1972, с.186-224; Е.В.Бриных. Оперативные санкции - норма гражданско-правовой ответственности. "Советское государство и право", 1969, № 6, с.65-70.

88. См: В.М. Огрызков. Правовое регулирование качества продукции. М. "Юрид.лит", 1973, с.159.

89. См: В.П.Грибанов. Указ.соч., с.192 и сл.

90. См: П.И.Краснов. Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. М. "Гос- юриздат", 1959, с.81.

91. См.: Комментарий арбитражной практики, вып. 10. 1. М "Юрид.лит" 1977 с.95.

92. Материалы XXV съезда КПСС, с.44.

93. СП СССР, 1974, № 14, ст.84.

94. См: В.С.Шелестов. Договор поставки и качество продукции. М. "Юрид. лит", 1974, с.142.

95. См: Н.И.Клейн. И.Н.Петров Указ.соч. с.269.

96. См: Ю.Г.Басин, Б.В.Покровский, М.К.Сулейменов. Правовые формы хозяйственного расчета строительных организации. Алма-Ата, 1978, с.152; М.Брагинский. Договорная дисциплина и санкции в капитальном строительстве . "Хозяйство и право", 1978, с.55-58.

97.См. А.А.Собчак, Внутрипроизводственный хозрасчет в промышленности (правовые вопросы). М., "Юрид.лит.", 1972 с.85-91.

98. См: В.А.Ойгензихт. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношения, с.97

99. См.: Н.С.Малеин. Указ.соч., с.159; Ю.Х.Калмыков. в. Хозрасчет промышленного предприятия, с.120; М.И.Брагинский. Договорная дисциплина и санкции в капитальном строительстве, с.53; С.М.Лурье, М.И.Козырь Указ.соч. Г.Л.Савичев. Проблемы эффективности законодательства в транспортных обязательствах. М. "МГУ", 1979, с.121-150.

100. 1978, № 10, с.80

101. См. И.Н.Петров. Указ.соч. с.159, 160.

102 См.: Экономические санкции и дисциплина. Киев, "Наукова думка", 1976.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ

Гл.1. ПОНЯТИЕ И ФУНКЦИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

§ 1. Понятие и виды ответственности.....

§2.Функции ответственности

Гл.2. ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

§ 1. Основания применения ответственности.....

§ 2. Объективные условия ответственности.....

§ 3. Субъективные условия ответственности.....

Гл.3 ФОРМЫ (МЕРЫ) ОТВЕТСТВЕННОСТИ

§ 1. Неустойка.....

§ 2. Взыскание убытков.....

§ 3. Оперативные меры.....

Гл.4. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ УСЛОВИЙ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ДОГОВОРОВ

§ 1. Ответственность за крушение условий о количестве, сроке, ассортименте.....

§ 2. Ответственность за ненадлежащее качество и нарушение других условий.....

Гл.5.РЕАЛИЗАЦИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И ПУТИ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ НАРУШЕНИЙ ДОГОВОРНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ

§ 1. Некоторое вопроса реализации ответственности за нарушение хозяйственных договоров.....

§2.Неотвратимость ответственности в повышение ее эффективности.....

Методические рекомендации (контрольные вопросы, тематика докладов и рефератов, пример расчета, контрольные задачи, планы спецсеминаров).....

ПРИМЕЧАНИЯ.....

ВИКТОР АРКАДЬЕВИЧ ОЙГЕНЗИХТ

ИМУЩЕСТВЕННАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ДОГОВОРАХ

Подписано в печать 2/ХП-1980 г. КЛ 04392

Заказ 248. Тира 500. П.л.ф.60x84/16 - 7

Уч.-изд.л, 5,0 Цена 75 коп.

Отпечатано в Таджикском университете им. В.И.Ленина

АКАДЕМИЯ НАУК ТАДЖИКСКОЙ ССР

В.А. ОЙГЕНЗИХТ

ВОЛЯ И
ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ
(Очерки теории,
философии и психологии права)

Ответственный редактор –
Академик АН Таджикской ССР,
доктор юридических наук, профессор
С.А. РАДЖАБОВ

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ДОНИШ»
ДУШАНБЕ - 1983

Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе: Дониш, 1983. – 256 с.

В монографии излагаются теоретические вопросы воли в юридико-философско-психологическом плане. Она является комплексным исследованием на стыке нескольких отраслей наук. В ней анализируются понятие, содержание и детерминация воли, соотношение свободы воли и свободы выбора, государственная воля и волеспособность личности. Воля рассматривается в ситуации выбора и соглашения, обнаружения порока воли и волеизъявления, в качестве элемента вины. Особое место занимает характеристика коллективной воли, воли юридического лица.

Работа рассчитана на научных работников и студентов юридических учебных заведений, философов, психологов, практических работников органов юстиции.

Рецензенты:

кафедра гражданского права юридического факультета МГУ; засл. деятель науки РСФСР, докт. юрид. наук, проф. С. Н. БРАТУСЬ	академик АПН СССР, докт. психол. наук, проф. А. В. ПЕТРОВСКИЙ ; докт. филос. наук, проф. филос. ф-та МГУ В. В. СОКОЛОВ
--	---

© Издательство «Дониш», 1983 г.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Предлагаемая вниманию читателя монография профессора В.А. Ойгеизихта посвящена исследованию правовых вопросов воли и волеизъявления с учетом философского понимания этой категории и новейших разработок психологической науки. Исследования на стыке наук позволяют видеть перспективы развития новых научных направлений. «Новые возможности для плодотворных исследований как общетеоретического, фундаментального, так и прикладного характера открываются на стыке различных наук. Их следует использовать в полной мере». Монография является комплексным юридико-философско-психологическим исследованием. В таком плане анализ данной категории предпринят впервые.

Нужно сказать, что воля играет в праве, в его различных отраслях большую роль, что позволило в монографии затронуть различные проблемы, коснуться различных сторон этой категории. В то же время она показывает возможность широкого применения в праве психологической проблематики. Вопросы воли в праве; исследованы недостаточно, дискуссию вызывают ее дефиниция и генезис в психологии и в других отраслях науки. В работе отстаивается понимание воли в качестве единого психического регулятивного процесса, свойствами которого являются сознание и активность. В философии, психологии и праве идет дискуссия о понятиях «потребность» и «интерес». В монографии обосновывается объективность потребностей и объективно-субъективное понимание интереса, связь их с сознанием, их детерминирующая роль в волевом процессе. В качестве элемента этого процесса рассматривается мотив, выполняющий побудительную функцию.

«Свобода воли» – вечная и всегда актуальная проблема не только философии, но и права. В монографии аргументируется нетождественность свободы воли и свободы выбора. Выбор может быть регулятивно свободным, но он лишен подлинной свободы, если не основан на свободе воли – на познанной необходимости, не позволяет осуществить господство над собой. Такой подход к свободе выбора дает ключ к решению спорного вопроса о том, обладает или не обладает правонарушитель свободой воли.

В качестве закона выступает не сама воля, а ее объективное выражение. Это означает, что государственная воля является особым субъективным регулятивным процессом, реализующимся в правовых нормах. Она сохраняет свою психологическую суть, социально-классовую направленность, детерминированность общенародными интересами. Особое место отводится воле в соглашении, в выборе определенного варианта поведения. Не менее важным является соотношение воли и волеизъявления в сделке.

Большие споры в юридической литературе связаны с раскрытием сути юридического лица, обоснованием его ответственности. В монографии анализируется воля коллектива с учетом функционально-ролевого

содержания деятельности работников юридического лица, формирования воли отдельных лиц и отдельных групп, сочетания регуляционного волевого •процесса коллектива и его функциональных подразделений. Немаловажным является обращение к трудам по социальной психологии. Все это позволяет обосновать конструкцию воли и вины юридического лица.

Наконец, одно из центральных мест в работе отводится вопросам ответственности, характеристике волевого элемента вины. С учетом регулятивного понимания воли раскрывается понимание вины и ее форм, что дает возможность улучшить практику применения ответственности, усовершенствовать законодательство.

Конечно, в такой сложной теоретической работе остается немало дискуссионных вопросов. Не все выводы автора будут приняты безоговорочно. Тем не менее опубликование данной монографии является несомненным вкладом в теорию советского права. Она представляет интерес и для ученых философов и психологов.

С.А. РАДЖАБОВ.

ВВЕДЕНИЕ

Методологической основой советской правовой науки является марксистско-ленинская философия. Многие правовые понятия и категории непосредственно определяются соответствующими философскими категориями и понятиями. К ним относится и такая сложная, многогранная категория, как воля. Не только философия непосредственно влияет на раскрытие сути многих правовых положений, но и другие отрасли науки, например, психология. Однако на эту сторону психологии мало до сих пор обращалось внимания юристами. Более того, в определенном смысле произошел разрыв между исследованиями психологов и юристов. Только этим можно объяснить несоответствие ряда опирающихся на психологию юридических понятий современному уровню психологической науки. Это относится, например, к исследованию некоторых аспектов вины, определения воли коллектива без учета новых работ по общей и социальной психологии и т. п. Конечно, каждая наука является самостоятельной, она немыслима без изучения особенностей, специфики, без раскрытия содержания исследуемых вопросов¹. Но в то же время совершенно недопустимо искусственно создавать «свои» понятия и категории, искать специфику там, где ее нет, видеть задачу в конструировании этих понятий, а не в их специфичном применении. Многие категории и понятия не могут принадлежать только одной отрасли науки.

«Понятийный аппарат общей теории права марксистского толка, – как отмечает Л. С. Явич, – успешно ассимилирует социально-философские категории...»². Вместе с тем в общей теории права органически связаны философские, социологические и другие подходы к правовой действительности со специфически юридическими формами³. Между философией и правом существует органическая связь, и от этого сотрудничества выигрывают обе науки⁴. То же самое можно сказать и в отношении психологии и права, сотрудничества всех наук. Эта взаимосвязь касается и отраслевых юридических наук, которые также пользуются методом диалектического материализма. Настоящее исследование не относится только лишь к общей теории права или к философии и психологии права. Взята одна категория – воля, непосредственно связанная с философией и с психологией, исследовано и показано ее понимание, ее применение в различных отраслях советского права, советской правовой науки. Проблема воли занимает одно из важных мест в философии и в психологии, является одной из сложнейших проблем⁵. Как указал психолог К. И. Лебедев, она «...представляет собой одну из тех кардинальных проблем психологии личности, разработка которой имеет огромное теоретическое значение...»⁶. Но само психологическое понятие воли формировалось долго. Даже К. Д. Ушинский считал волю неразложимой, а потому неопределяемой. По всей видимости, нужно сказать, что попытки определить волю и сейчас еще не совсем достигают цели⁷. И все же работы советских физиологов и психологов позволяют вплотную подойти к решению этой сложной

проблемы. В частности, большое значение имело для раскрытия сути волевого процесса учение о сигнальных системах, которые являются физиологической основой как сознательной, так и волевой деятельности человека. Воля активно отражает объективный мир, являясь функцией мозга⁸. Воля и сознание, согласно учению марксизма-ленинизма, – продукт мозга как высокоорганизованной материи. Одним из центральных пунктов философского учения о жизни человека является вечная и актуальная проблема о свободе воли, извечный спор между индетерминистами и детерминистами, фаталистами и волюнтаристами. Лишь марксистская философия правильно раскрывает суть свободы воли, ее соотношения с необходимостью, убедительно доказывает, что только детерминистический взгляд позволяет дать правильный ответ на вопрос о свободе воли⁹. Отдельные аспекты проблемы воли изучаются и марксистской этикой. Несмотря на специфику правовых наук, недопустима особая «правовая» трактовка этой категории. Конечно, даже в праве воля понимается неоднозначно. Так, например, безусловно есть различие между волей, возведенной в закон, и волевым элементом вины. Это различие необходимо учитывать, но сама суть воли, заключающаяся, как мы увидим, в регуляционной функции, принципиально остается неизменной.

Подлинная философская наука требует конкретности изучения любого процесса, марксистская диалектика не допускает шаблонов и «отмычек», пригодных ко всем случаям жизни, всякая истина конкретна. Но любой науке философия показывает, каким должен быть общий метод мышления, общий путь к открытию истины. Законы диалектики не выступают в качестве абстрактных принципов, лишенных содержания и приложимых одинаковым способом к чему угодно¹⁰. В то же время недопустимо противопоставление психологического, философского, этического, правового и т. п. понимания воли. С таким противопоставлением приходится все же сталкиваться". Различие в аспектах воли несомненно, но все аспекты связаны между собой, являются разными сторонами воли, хотя в разных науках воля рассматривается нередко под разным углом зрения. Так, например, проблема свободы воли для философов относится к связи бытия и сознания, для психологов – к воспитанию характера, для юристов – это вопрос ответственности за поступки. Справедливо отмечается, что право интересуется не психологическим процессом образования воли, а ее объективным выражением¹³. Но справедливо и указание на то, что право должно учитывать и психологический момент, иначе оно будет оторвано от действительности¹⁴ и нельзя будет понять объективное выражение воли. Иногда сторонники особого «правового» подхода к пониманию воли даже приходят к выводу о том, что категория воли вообще излишняя в праве¹⁵. Но такая позиция встретила резкую и справедливую критику ученых, причем не только юристов. Нужно заметить, что негативное отношение к этой категории, замена воли волевыми действиями существовали и в психологической науке. В последнее время ученые-юристы разных отраслей права признают, что воля – прежде всего категория психологическая¹⁶.

Справедливо утверждает С. С. Алексеев: «...воля понятие психологическое, и в каком бы смысле слово «воля» и употреблялось, оно во всех случаях обозначает определенный психологический процесс – процесс, происходящий в психике людей»¹⁷.

Действия как акты поведения – действия мотивированные, целенаправленные изучаются психологией, право использует эти данные¹⁸. Это отнюдь не означает, что юристы должны оставаться в стороне от рассмотрения используемых в праве психологических категорий, с учетом их специфичного применения в правовой науке и практике. Нужно, однако, признать, что в психологической литературе проблема воли разработана еще недостаточно и не в состоянии удовлетворить потребности различных наук, в том числе правоведения¹⁹. В последние годы сделан серьезный шаг к раскрытию регулятивного понимания воли, на что незамедлительно откликнулись и некоторые правоведы, признавшие ее регулирующей характер²⁰.

И все же можно назвать совсем немного юридических работ, в которых бы специально исследовались вопросы воли. Больше всего таких работ в уголовном праве, хотя, как правильно указал О. А. Красавчиков, проблема воли, волеизъявления немаловажное значение имеет и для гражданского права и может быть предметом специального исследования. Ученый отмечает, что о воле в юридической литературе говорят больше всего в учении о сделке, хотя значение ее не только в договоре; не охватывает всех вопросов воли и волеизъявления категория вины²¹. Тем не менее справедливо обращается внимание на то, что проблема воли и ответственности с того момента, как был признан волевой характер поведения, «не перестает занимать умы философов, социологов, юристов, психологов. Это одна из тех проблем, про которую можно сказать, что над ней не переставали работать века»²².

Само собой понятно, что данная монография не претендует на решение всех аспектов воли. Она лишь является скромной попыткой автора внести свою лепту в исследование одной из самых сложных и важных теоретических проблем не только философии и психологии, но и права.²³

ГЛАВА I. ПОНЯТИЕ ВОЛИ

§ 1. КОНЦЕПЦИИ И АСПЕКТЫ ВОЛИ

То, что юристы, уделяя определенное внимание проблеме воли, фактически не вдаются в суть самого этого понятия, не раскрывают его содержания, отнюдь не означает, что сама указанная проблема менее остра в праве. Собственно говоря, юристов можно в какой-те мере понять. Ведь даже на фоне многочисленных исследований психологами разных сторон психической жизни человека проблема воли оказалась в течение многих лет в забвении¹. Наверное, справедливы и утверждения, что вряд ли какая-либо категория имеет столько много неопределенных положений² и что в проблеме воли чересчур много неясного и просто запутанного³. Сенсуалистическая психология относил волю к комплексу определенных ощущений, буржуазные психологи рассматривают ее иногда в качестве инстинктов, биологических потребностей. Волю считали состоянием души, отношением между душой и ее идеями. Независимо от того, произойдет ли действие или нет, важно, чтобы мысль стала «стойко преобладающей в нашей душе»⁴. Это явно идеалистическая концепция воли. Автор и не скрывает этого, утверждая, что конечный момент психологического процесса воли, т. е. то, к чему воля непосредственно прилагается, есть всегда идея. Волю рассматривали и как особый задерживающий орган, связанный с тормозящей деятельностью⁵. Ее признавали своеобразным импульсом к действиям. При этом воля, в качестве импульса представляющая собой хотения и желания, означает переход от влечений к действиям⁶. Н. Ланге полагал, что воля по существу бессознательна, а следовательно, те психические явления, которые мы называли волевыми, суть лишь ее второстепенные суррогаты. Воля, по его мнению, есть двигательный неосознаваемый импульс, возникающий из чувствований или влечений⁷.

Представители различных идеалистических концепций то совсем низвергали волю с пьедестала, то надевали на нее корону величия.

Традиционная психология обратилась к элементам психических явлений, в них она искала сущность этих явлений, однако вскрыть психологическую природу волевого действия не сумела.

Волю рассматривали в смысле активной реакции против того, что отрицательно оценено чувством, и в пользу того, что положительно оценено. Называли «условную и срочную волю», «неопределенную волю», «многократную волю», волю без действия, без мотивов, простую волю (инстинкты)⁸. Критикуя современных ему психологов как представителей «хромой науки», Л. И. Петражицкий сам совсем не твердо стоял на ногах и вместе с водой выплескивал ребенка, отрицая единство волевого процесса, нигилистически относясь ко многим психологическим элементам, хотя и являлся представителем психологической теории права. Некоторые психологи говорили о феноменологической специфичности волевого акта, несводимости его к психическим переживаниям, но его природа так и не

была выявлена. В настоящее время, например, в американской психологии проблему воли вообще пытаются заменить проблемой мотивации⁹. Различного рода замены воли другими элементами встречались нередко. Так, например, немецкий психолог Мейман пришел к выводу о необходимости замены понятия «воля» понятием «мышление»¹⁰. Во многих волевых теориях наблюдается отрыв воли от действия, сведение ее то к чувству, то к аффекту. Представители поведенческой психологии сводили волевое действие к простой сумме рефлексов, исключая из него всякую связь с сознанием". Иногда впадали в другую крайность. Гетерономная теория воли, сводившая ее к сложным психическим процессам неволевого характера (ассоциативным или интеллектуальным), автономная, аффективная и другие теории воли подвергнуты критике советскими психологами¹².

В современной, в том числе и в советской психологии, в других отраслях науки существуют различные подходы к этой категории. Кратко они сводятся к следующим:

1. Воля как преодоление препятствий, как усилие. На два смысла воли указывает В. И. Селиванов. Один из них, как он отмечает, состоит в мобилизации усилий для преодоления трудностей¹³. «Для всех волевых проявлений, – говорит В. И. Селиванов, – характерен один общий признак – сознательная борьба личности с трудностями, что выражается в целенаправленном регулировании поведения, деятельности»¹⁴. О воле как о преодолении препятствий говорит А. Ковалев. Правда, эту особенность он относит к сложному волевому акту, указывая, что воля – основа самообладания, выдержки, мужества¹⁵. В последнем случае воля рассматривается лишь в определенном аспекте. Воля не должна сводиться к усилию, но усилие составляет важнейший компонент воли¹⁶. Иногда, раскрывая понятие воли, подчеркивают несколько иной оттенок – умение подчинить свои действия необходимости, цели. Против этого возражают, ссылаясь на то, что твердость – физическая сторона воли, а воля не особый запас энергии¹⁷. Верно, конечно, что в понимании воли не следует отдавать особое

предпочтение такому элементу, как преодоление препятствий, усилие, но нельзя и принижать его значение, а тем более понимать его как физический, а не психический элемент. Нельзя допускать и смешение двух аспектов воли: психологического и этического.

2. Воля как способность. В энциклопедических словарях давалось именно такое определение: «Воля – способность производить сознательно целесообразные действия»¹⁸. Такое же определение воли, наряду с другими, дается и в современных словарях: способность осуществлять свои желания, поставленные перед собой цели. Его придерживаются и некоторые ученые. «Воля – это способность избирательно реагировать на внешние воздействия...»¹⁹. Но здесь подчеркивается и другое понимание воли – выбор поведения. Понимают волю в качестве способности пре-творить в действительность то, что считается целесообразным²⁰. Ш. Н. Чхартишвили отмечает, что в человеке воспитывается не только то, что ему хочется, но и

что требует общество. «Эта выработанная способность и есть воля»²¹. И в таком этическом плане можно и нужно говорить о воле. Не случайно на данный аспект воли – на способность предпринимать действия в соответствии с заранее поставленными целями указывали классики марксизма-ленинизма²². Оба названных аспекта воли тесно связаны между собой, они присущи воле, несомненно характеризуют ее.

3. Воля – причина, суммарный итог всех причин. Она особое звено в сцеплении причин, следствий, вещей, событий, концентратор причинных связей, образ всей цепи причинности и одновременно сама причина, не зависящая от воздействия отдельных причин. Это чисто этический аспект воли²³. И хотя такое определение резко и вряд ли обоснованно расходится с общим понятием воли, его следует понимать только в смысле детерминированности воли.

4. Воля – желание, согласие. Этой концепции воли в большинстве случаев придерживается и юриспруденция, которая часто под волевым элементом вины понимает «желание», а под волей субъектов, совершающих сделки – согласие, что по существу означает одно и то же: согласие – соответствие желанию. Это довольно распространенная концепция воли. П. И. Стучка, ссылаясь на старую привычку в понимании воли, характеризует ее как особую самостоятельную душевную способность что либо желать, хотеть²⁴. Конечно, в определенном аспекте и такая трактовка воли принята: воля – желание и его удовлетворение, одновременно и желание и отказ.

Идеалисты, волюнтаристы типа Шопенгауэра, Гартмана и других, признавая волю первоначально, понимали ее нередко как . желание. Они утверждали, что «общее начало всякого действия есть хотение или воля», как действие от себя²⁵.

В зарубежной литературе мы встречаемся иногда с указанием на трудности в разграничении смысла терминов «желание» и «воля»²⁶. Как бы ни было сильно желание, оно лишено практического значения, пока не получит своего воплощения в деятельности, воле направление – в единстве объективного и субъективного²⁷. Конечно, нельзя сводить волю к желанию, не точно считать таковое и первой предпосылкой воли, но существует и опасность объективизации воли, отождествления ее с действием. Тем не менее нельзя и игнорировать достаточно широко распространенный указанный аспект воли.

5. Воля – целенаправленность²⁸. Эта концепция выделяет другой элемент воли. Так, Л. И. Щербаков отмечает, что в современной психологии обычно (как мы видим, далеко не всегда) термином «воля» обозначается «сторона психической деятельности, которая получает свое выражение в сознательной целенаправленности движений, действий, поступков, поведения человека»²⁹. Дается определение волевым действиям, направленным на определенную цель, а не воле и в ряде других работ по психологии³⁰. Конечно, цель является необходимым элементом волевого процесса, но не единственным.

Нередко аккумулируют в одном понятии различные признаки воли, например, волю понимают в качестве сознательной постановки цели и преодоления трудностей на пути к достижению этой цели³¹. Существуют и другие концепции воли: сознательное стремление; энергетический аспект (Пиаже), согласно которому воля понимается как «своего рода игра аффективных и, следовательно, энергетических операций, направленных на создание высших ценностей», на их сохранение (моральные чувства и т. п.)³². Один из выдающихся советских юристов академик А. Б. Венедиктов даже так охарактеризовал волю: «Воля – это признанная правопорядком власть лица»³³. Здесь мы встречаемся с концепцией воли – власти. Конечно, можно говорить о власти как о проявлении воли. По всей вероятности, ученый хотел сказать о власти как о возможности решать, действовать по своему усмотрению в пределах границ, предоставленных правопорядком. Но это уже вопрос о свободе выбора. Воля понимается и как деятельная сторона разума, активная сторона сознания³⁴, что, несомненно, верно, но требует расшифровки. Во всяком случае, недостаточно это понимать только как желание и стремление применить свои знания, совершить целенаправленное действие³⁵.

Существует точка зрения о том, что намерения или цели сами по себе, возникая из потребностей, содержат силу, которая может побудить поведение человека. Это идеомоторная теория У. Джемса (мысль, идея вызывают действие без промежуточного звена). Такая теория, естественно, не находит поддержки. Но критикующие ее все же допускают отрыв потребностей от воли, считая волю вторым источником активности. Воля именуется источником специфической человеческой активности³⁶. Это еще одна концепция понятия воли. Близко к ней определение воли, относящееся к иному ее аспекту – воли как диспозиции активности³⁷. Активность может выражаться и в стремлении выйти из зависимости, снять внутренний конфликт, разрядить напряжение. И хотя такое определение воли не дается, но подобный вывод, видимо, можно сделать³⁸.

Указывают, что под волевым нужно понимать не только физическое действие, но и умственное. В качестве доказательства ссылаются на трудности, с которыми сталкивается человек в процессе умственной работы и которые нужно преодолевать³⁹. В этом смысле такая работа, конечно, является умственным волевым актом – особым видом поведения, действия.

Изложенного вполне достаточно для иллюстрации многоаспектности данной категории. Можно добавить и о трактовке воли как диктата, настойчивости или как особой эмоциональной волевой сферы⁴⁰, и о таком достаточно распространенном ее понимании, как об элементе характера, свойстве характера, «представляющего своеобразие личности, систему ее отношений к действительности и особенности способа реализации этих отношений»⁴¹. Нетрудно заметить, что многие определения воли перекликаются, не выступая в чистом виде.

Классификацию определений воли в советской психологической литературе дает М. М. Филиппов⁴². К первой группе он относит определения,

в которых исходным признаком воли считается осознанный характер действий. М. М. Филиппов возражает против сведения воли к сознанию. Замечание верное, но аргументация вряд ли убедительная: зачем два слова «сознание» и «воля», можно обойтись одним «осознанные действия». Дело ведь заключается не в словах, а в сути. Сознание в широком смысле понимают как психическое, сознание является функцией материи, ее особенно сложного вида – человеческого мозга. Отражением объективного мира являются и эмоции, чувства, которые означают отношение к объективному миру. Детерминирована потребностями, мотивами и воля. В этом смысле утверждают, что воля– сторона сознания⁴³. Но сознание как таковое является высшей формой отражения объективной реальности, связанной с мышлением – высшим продуктом мозга, заключающимся в активном процессе отражения объективного мира. Поэтому нужно говорить о сознании как о важнейшей стороне психического. Является ли воля стороной сознания? Два аспекта представлены в сознании человека в единстве и взаимопроникновении – переживание и знание. Второе означает отражение в психике внешнего мира. В переживании проявляется значение отражаемого для субъекта, определение, как разрешились стоящие перед субъектом задачи, преодолены ли трудности. Сознание – единство переживания и знания⁴⁴. Это единство и означает осознанность поведения. Но в данном смысле мы говорим лишь об интеллектуальном элементе психического, которое не отождествляется с волевым, но существует в единстве с ним, в неразрывной связи.

Ко второй группе М. М. Филиппов относит определения, в которых подчеркивается способность человека регулировать свои действия. На этом вопросе мы остановимся особо. Третью группу составляют определения, в которых исходным признаком воли считается активность, действенное начало, проявление усилий, преодоление трудностей. Нельзя отрицать и такой принцип классификации, хотя в этих определениях отражаются совершенно различные смыслы воли. Дать же исчерпывающее определение воли с учетом всех ее различных смыслов просто невозможно. Отсюда и многообразие определений. В. К. Котырло в связи с этим задает вопрос: что же порождает такое разнообразие? Видимо, это невыясненность, неопределенность содержания или, наоборот, глубина проникновения в природу и сущность волевой сферы. Но при ответе на вопрос она приводит к весьма пессимистическому выводу: много запутанного и неопределенного в данной проблеме, очень трудно подвести понятие «воля» под общую психологическую категорию⁴⁵. Этого и не следует делать. Разные смыслы воли укоренились как специфические понятия и их следует сохранить. Но одним из ведущих должно быть психологическое понимание воли в качестве элемента психики, ее функции. Оно должно быть единым и правильным. В таком плане должна рассматриваться воля и в праве. Мы не разделяем пессимизм В. К. Котырло. Большинство советских ученых правильно понимает эту категорию. И все же кое в чем следует еще разобраться. Так, например, нельзя не отметить концепцию воли, которую можно назвать

концепцией «переживания», конструкцию «воли и воления». Такая конструкция разработана в психологии Ш. Н. Чхартишвили, она имеет непосредственное отношение и к вопросу юридической ответственности. Ученый отделяет потребности от воли, допуская лишь случайное их объединение в качестве «соратников»⁴⁶. Верно, что волевое поведение – основная форма существования личности, но вряд ли пересечение потребностей и воли можно считать случайным. Ш. Н. Чхартишвили указывает, что нужно различать волю и воление. Воление – это переживание воли, представление в сознании действия воли. Главное переживание – «Я должен», «Я обязательно должен». «Я должен не одно и то же, что «Я хочу», нельзя возлагать ответственность на человека за поведение, если воля – это только хотение, не все зависит от желания, которое может остаться лишь мечтой. Человек ответственен за свое волевое поведение, а не за хотения, желания, которые не совпадают, как правильно отмечает Ш. Н. Чхартишвили, с волей⁴⁷. Но все же трудно понять, что источником волевого поведения признается сама воля⁴⁸. Нельзя, конечно, это высказывание понимать как признание первопричинности воли («да будет!»), но нельзя исключать потребности из волевого комплекса, его детерминирующей стадии.

' Волевой процесс начинается не на пустом месте, он детерминирован, связан с разными сферами психической деятельности. На его формирование оказывают действие и сознание, и эмоции. Правильно утверждение, что психическая сторона эмоций проявляется в их влиянии и *на интеллектуальные процессы, и на волю, и на все человеческое поведение⁴⁹. Правда, автор несколько гипертрофирует значение эмоций, утверждая, что они сами по себе являются импульсом к действию⁵⁰.

Совершенно правильно подчеркивает С. Л. Рубинштейн, что воли во власти влечений еще нет, она возникает тогда, когда человек может оценить их, осознать себя, произвести выбор между влечениями, самоопределиться. Это позволяет сделать сознание⁵¹.

Иногда высказывается мнение, что акт умственного согласия на движение, иными словами, элемент сознания действует лишь тогда, когда требуется нейтрализовать противоположные и задерживающие идеи⁵². С этим нельзя согласиться. Осознанность поведения происходит независимо от наличия противоборствующих идей. Есть и иного порядка умозаключения: «Сознательная сторона воли (по существу бессознательной) слагается из знаний о результатах влечений...»⁵³. Нельзя признавать за сознанием в волевом процессе столь второстепенную роль – регистратора движений или осведомителя о результатах влечений. Ш. Н. Чхартишвили, критикуя позицию психологов, которые ищут волю в процессах сознания рядом с ощущениями, восприятиями, мышлением, чувствами, полагает, что «воля не есть процесс сознания. Часто она дает сама начало и направление процессам сознания»⁵⁴.

В советской психологической литературе указывается, что именно воля обеспечивает сознательное саморегулирование, а это означает безусловную

преднамеренность волевого действия.⁵⁵ Последний вывод правильный, но вряд ли правомерно говорить о том, что воле отведена только роль обеспечения сознательного саморегулирования. В таком качестве воля противопоставляется саморегулированию. Вывод же о том, что воля – не абстрактная сила, а сознательно направленная (лучше – сознательно управляющая) активность личности⁵⁶, не вызывает возражений. Воля – деятельная сторона сознания.

Недопустимо противопоставление воли мышлению. Однако встречается возражение и отождествление воли с мышлением, признание ее лишь более действенным мышлением. Конечно, без участия мышления волевой процесс был бы лишен сознательности, т. е. он перестал бы быть волевым. Советская психология рассматривает волю и сознание в качестве непротивопоставляемых, но и неотожествляемых сторон одного психологического процесса⁵⁷. А. Г. Спиркин из положения о том, что воля не «противостоит мышлению, но без него она просто невозможна», ибо «чтобы волеизъявлять, человек должен мыслить», делает вывод о том, что воля есть «внешнее осуществление мышления в действии»⁵⁸. Но внешнее осуществление мышления далеко не всегда связано с волевым процессом. Воля носит самостоятельный характер, а не сводится только к внешнему осуществлению мышления. При этом сознательным является не только умышленный, ориентируемый на данную цель, поступок.

§ 2 ВОЛЯ КАК ЕДИНЫЙ РЕГУЛЯТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

Воля – это неразрывный единый психический процесс. Различают внешний и внутренний волевые акты. Первый ограничивается собственным психическим миром. И хотя в этих случаях воля рассматривается в разных аспектах, внутренние и внешние ее стороны неразделимы.

В психологической литературе волевой процесс иногда считают сложным волевым актом, причем отмечают, что состав этого акта включает в себя волевое действие.

И все же неправомерно отождествлять чисто психические компоненты с объективными действиями, с поведением, с поступками⁵⁹, в которых реализуется, например, осуществление намеченной цели, выполнение принятого решения⁶⁰. Следует понимать волевой процесс как психический процесс, включающий в себя психические компоненты. Этот процесс и является волей. Но он происходит не изолированно, а в контакте и даже в определенной интеграции с другими психическими процессами. Собственно говоря, и в таком понимании он отчетливо отличается от качеств, свойств и тому подобных психологических категорий. Недопустимо путать понятия, пользоваться такими выражениями, как «принятие решения воли» или «решение воли приводится в исполнение»⁶¹. Воля сама по себе ничего не решает, решение есть стадия волевого процесса, один из элементов воли.

Волевой процесс – сложный процесс, включающий разные стадии, удельный вес и соотношение которых меняются⁶². В свое время волю

сводили лишь к стадиям до начала волевого действия, в пределах внутренних переживаний⁶³. Но с возникновением объективного действия психические процессы не кончаются. Волевой процесс продолжается и в этой стадии.

Для правильного определения воли мы должны признать тождественными понятия «воля» и «волевой психический процесс». Иными словами, воля конструируется как сложное понятие, включающее в себя неразделимые элементы, - их совокупность. Но воля – это не простая сумма психических стадий, а единый процесс, который можно кратко определить как «психическое регулирование поведения».

Именно такая, в принципе, точка зрения завоевала признание в советской психологии. Так, В. К. Котырло определяет волю как сознательное саморегулирование поведения. Но при этом не говорится ничего о предпосылках такого регулирования, зато добавляется, что регулирование требует усилий для преодоления препятствий⁶⁴. П. И. Иванов понимает волю как способность сознательно регулировать свое поведение и деятельность⁶⁵. Как видим, воля трактуется как регулирование, но лишь в виде способности к этому. Справедливы высказывания В. И. Селиванова, анализировавшего учение И. П. Павлова и И. М. Сеченова. Ученый указывает, что, согласно материалистической психологии, воля есть регулирующая функция мозга, выраженная в способности человека управлять своим поведением⁶⁶. Он обращает внимание на то, что главная особенность воли – управление, регулирование поведения, но как регулятор она является не таинственной силой, управляющей поведением, а деятельностью мозга, его функцией⁶⁷.

Вероятно, можно было бы сказать, что это не только главная особенность, а суть воли. «Волей мы называем сложную форму психической деятельности человека, – утверждает В.А. Артемов, – проявляющуюся в преднамеренных и планомерных действиях и поступках, направленных на достижение сознательно поставленных целей и на преодоление препятствий»⁶⁸. Как видим, преодоление препятствий и здесь является необходимым атрибутом дефиниции воли, но в качестве внешнего ее проявления.

И.М. Сеченов, как указывает Л. М. Веккер, обратил внимание на то, что психический процесс отражения предметной действительности несет активную регуляторную функцию. Автор, правда, обращает внимание на то, что воля у И. М. Сеченова – не самостоятельный психический процесс, а выступает в качестве активной стороны других психических процессов, которые регулируют сознательные человеческие действия. Л. М. Веккер отмечает, что в волевых действиях проявляется высший уровень саморегулирования. Этот вывод основан на учении И. П. Павлова о высочайшем уровне саморегулирования⁶⁹. Психика проявляется в действии именно потому, что регулирует эту деятельность. Но что следует понимать под регулятором сознательной деятельности? По справедливому мнению ученого, им является воля как особый психический процесс, как особый носитель сигнальной функции, как специальный регулятор. Признавая самостоятельность воли, ученый считает, что волевое регулирование

является высшим уровнем регулирования, когда для преодоления трудностей требуется особое усилие. Иными словами, воля – высшая форма «проявления общего принципа психического регулирования деятельности»⁷⁰, вершина в иерархии уровней психического регулирования деятельности⁷¹. Кстати, и В. И. Селиванов – ученый, много внимания уделяющий вопросам воли, в одной из своих статей указывает, что воля не придалок, а сторона сознания, связанная «с регуляцией прежде всего такой деятельности, которая требует преодоления трудностей»⁷². Отсюда можно сделать вывод, что не воля заключается в преодолении трудностей, а что эта категория как регулятор действует тогда, когда трудности нужно преодолевать. Что же касается отнесения воли к стороне сознания, то ученый, конечно, под этим не имеет в виду лишь интеллектуальный аспект. Он решительно высказывается за регулятивный характер воли, за ее самостоятельность. В. И. Селиванов совершенно прав, утверждая, что волевая регуляция дает возможность осуществить поступок на практике, но все же регуляция характеризуется только как специфическая функция воли. Он различит регуляцию мотивационную и волевою, причем надобность в последней, по его утверждению, возникает для того, чтобы преодолеть трудности. «Воля – это не какая-то абстрактная сила, – правильно утверждает В. И. Селиванов, – а сознательно направленная активность личности»⁷³. Но активность нельзя сводить только к преодолению трудностей, любое поведение – это уже активность, требующая психического регулирования. Не случайно ученый иногда сводит волю к волевому усилию, что ограничивает ее понимание. В другой своей работе В. И. Селиванов утверждает, что «воля – форма регулирования самой деятельности». Правильно при этом подчеркивается, что важнейший признак воли – сознательное регулирование, а характерным для нее является усилие, борьба с препятствиями, хотя наличие конфликтной ситуации вовсе не является обязательным условием и даже при отсутствии борьбы, при так называемом «безвольном» поступке, с точки зрения психической, налицо волевое действие, но с отрицательным знаком. Воля – сторона всего сознания человека⁷⁴. Сознание при этом понимается в качестве всей психической деятельности.

Конечно, практически к усилию приходится прибегать почти во всех случаях, когда поведение не является произвольным. В этом смысле можно говорить и о трудностях, которые нужно преодолевать, но далеко не всегда выбор решения требует усилия, ведь не во всех случаях приходится «побеждать» мотивы⁷⁵.

Как способность и умение направлять свою деятельность на определенную цель трактует волю К. Н. Корнилов⁷⁶. Ученый правильно отмечает, что в основе произвольных действий лежит психический процесс как физиологическая функция процессов, происходящих в коре головного мозга. Что же касается «способности», то о ней можно говорить как о возможности сознательно регулировать свою деятельность, совершать преднамеренные поступки⁷⁷. Но это способность самого человека, а не воли. Процесс регуляции – само содержание воли. Конечно, воля включает в себя

«способности», например, принимать решение, выбирать средства его осуществления, преодолевать трудности и т. п. Но отождествление «воли» и «способности» неизбежно приводит к другому аспекту воли.

М. М. Филиппов сущность воли видит в объединении трех ее признаков: способность к преднамеренным, сознательным действиям; регулирующее начало; способность активизировать действия⁷⁸.

Само сознание не выполняет регуляционной функции, но, конечно, без сознания эта функция не может осуществляться. Желание, цель должны быть осознаны, прежде чем принято решение действовать, выбраны средства и предприняты усилия для осуществления цели; должны осознаваться и последствия. Да и само решение, выбор немислимы без процесса мышления. Все это так, но этим не исчерпывается процесс регуляции. Сознание, знание, переживание (отражение объективной реальности) определяют регуляцию, они неотделимы друг от друга⁷⁹. Физиологические природы этих процессов теснейшим образом связаны, но не тождественны. И хотя мы исходим из принципа психофизического единства, нельзя не видеть различий в физиологических механизмах. Правда, справедливо, что механизмы высшей регуляции поведения изучены еще недостаточно, что многое здесь не совсем ясно. В качестве такого механизма называют кору больших полушарий мозга или третичные зоны лобных долей.

В. А. Артемов, указывая, что физиологические механизмы волевого действия до сих пор не раскрыты, ссылается на исследования И. М. Сеченова и И. П. Павлова, показывающие, что лежащие в их основе произвольные движения имеют условно-рефлекторный характер и подчиняются законам высшей нервной деятельности, осуществляемой при участии обеих сигнальных систем в их взаимодействии⁸⁰.

Оставим исследование этого вопроса психологам и физиологам. Для нас сейчас важно то, что воля имеет свой специфический физиологический механизм. В. П. Тугаринов обратил внимание на то, что возможность выбора поведения связана с тем, что у человека имеется определенное внутреннее устройство. Это устройство раскрывается современной физиологией высшей нервной деятельности и наукой психологией. В этом устройстве есть два аппарата: один обдумывающий – разум, другой решающий и при-водящий решение, исходя из целей, в действие – воля⁸¹. И хотя такой вывод несколько схематичен и излишне технологичен, но мысль о разделенности физиологической природы этих процессов правильная. О воле как о функции человеческого мозга говорит В. И. Ленин⁸².

Многие психологи совершенно правильно понимают нераздельную связь, максимальное сочетание воли и сознания. Их интеграция настолько велика, что признаком воли действительно является сознание. Но правильно и то, что воля является признаком сознания, ибо, как справедливо указывают ученые, воля обеспечивает практическое действие, а сознание немисливо без практической деятельности, в ней оно находит смысл и через нее оно только и возможно⁸³. Но и волю нельзя отрывать от поведения субъекта⁸⁴. Сознание и воля являются самостоятельными, хотя и сочетающимися, и

пересекающимися сторонами психического. Выполняя свою роль в психическом процессе, сознание не становится волей, хотя и характеризует ее в качестве важнейшего признака. Сознание остается и в волевом процессе сознанием, а не каким-то трансформированным компонентом. Оно выполняет свою функцию и не просто способствует, а обеспечивает выполнение волей функции, присущей именно ей – регуляцию поведения⁸⁵.

О сознании нельзя говорить как о компоненте воли. Но все ее компоненты немислимы без сознания, значит сознание – это больше, чем компонент, больше, чем составная часть, сознание – это свойство воли⁸⁶, без которого она не может существовать⁸⁷. Свойством воли являются и активность, напряжение, проявляющиеся на различных стадиях волевого процесса – и при принятии решения, и при совершении психического усилия по переходу от решения к его осуществлению, и в различной степени в других случаях⁸⁸. Больше того, зачастую мы встречаемся с достаточно большой степенью активности, напряжения психики, требующих преодоления трудностей. Это напряжение, являясь свойством воли, не становясь самой волей, обеспечивает регуляцию, но не подменяет ее⁸⁹. Включая в себя указанные свойства, воля является специфической стороной психики, продуктом особой функции мозга, а не просто соединением своих свойств. Воля – это психическая регуляция. Иными словами, ее свойства и признаки в своем сочетании проявляются в регуляционном процессе в особом качестве, являясь специфическим продуктом головного мозга.

Советская регулятивная теория воли имеет и свою предысторию.

Приверженцы функциональной психологии М. Я. Басов и другие, разделяя психическую жизнь на функции, волю относили к функции регулятивной, обеспечивающей работу всех других функций. Центральным ядром волевого является волевое) сплие. Единственная форма проявления регулятивной функции – внимание, т. е. воля фактически отождествлялась с последним – с произвольным, активным вниманием, которое субъект способен отвлекать. Только в функциональной психологии усматривается ими выход из тупика в понимании природы воли, в который попала психология⁹⁰. Иногда волю соединяли с энергией, действующей в

организме. Неоправданное расширение регулятивно-волевой функции приводило к ее гипертрофированию, антиинтеллектуализму, выведению других психических явлений из воли, даже сознание, сводившееся к желанию, считали психическим выражением воли. Несостоятельность подобных взглядов очевидна⁹¹.

Совсем на иных принципиальных позициях, как мы видим, стоят советские психологи, обращающие внимание на регулирующий элемент воли и понимающие волю как регулятивный психический процесс. Но иногда допускается все же незаслуженное, как нам кажется, принижение самостоятельности регулятивного процесса. Так, приписывается регулирующий фактор сознанию. Мы уже отмечали, что без сознания невозможно осуществление регулятивной функции мозга, невозможен волевой процесс, но у него свое назначение, своя роль. Иначе сознание

неизбежно будет отождествляться с волей. И целеполагание, и выбор решения в результате так называемой «борьбы мотивов» – это не сознание, а элементы воли. Сознание, отражая действительность, * оценивая ситуации, последствия и тому подобное, обеспечивает постановку именно данной конкретной цели, определенность желаний и т. д., но само поведение, с точки зрения психического регулирования, импульсируется не сознанием, а волей. Именно в этом заключается связь сознания с регулированием.

Прав М. М. Филиппов в том, что воля является активно побудительным, напряженным состоянием. В самой регуляции уже- проявляется активность. Но нельзя, видимо, считать, что активность должна быть сопряжена обязательно с высокой степенью' напряжения, иначе, по его мнению, теряется смысл в сознательном и регулятивном элементах воли⁹². Значит есть еще сознательное регулирование, не являющееся волей, коль скоро отсутствует высокое напряжение. Конечно, могут быть различные степени активности, напряжения, но это не изменяет их волевого характера.

М. М. Филиппов дает следующее определение воли: социально-обусловленное психофизиологическое состояние человека, выраженное в его способности к сознательному регулированию и активизации своего поведения⁹³. Вам нечего добавить к сказанному, заметим лишь, что регуляция поведения активна уже потому, что она направлена на подчинение своих действий принятому решению, поставленной цели, но от того, что реализация решение не встречает в данном конкретном случае трудностей, препятствий, что действия осуществляются в обычных условиях, – они не становятся неволевыми, даже если их понимать в узком, собственном смысле в отличие от целенаправленных произвольных действий⁹⁴. Тем более, что произвольных действий без какого-либо* психического напряжения (в самом широком его значении) не бывает. При этом нельзя, конечно, умалять значения учета степени

волевых усилий для характеристики того или иного поведения⁹⁵. «Сужение» воли приводит иногда к тому, что волей называют функцию мозга, позволяющую даже не преодолевать трудности, а управлять собой в затруднительных условиях, т. е., что воля проявляется лишь в ситуации аффекта или особого волнения.

Права В. К- Котырло в том, что нужно распутать запутанную проблему воли, раскрыв психологическую сущность ее понятия. Правда, она утверждает, что состояние изучения проблемы воли не позволяет пока этого сделать. В то же время ученая, высказываясь за понимание воли как регулирующей категории, указывает, что регулирующая ее функция по сравнению с другими психическими процессами выступает наиболее выразительно и является, таким образом, основной качественной характеристикой воли⁹⁶, но не ее сутью. Автор отмечает, что вопрос о природе волевого усилия (конечно, внутреннего) весьма сложен, вызывает многочисленные поиски и дискуссии и до сих пор не получил надлежащего решения. Через понятие волевого усилия пока не представляется возможным, по ее мнению, перейти к раскрытию природы волевой регуляции⁹⁷. Это и не

удастся, поскольку воля не сводится к усилию. «Воля – существенный и необходимый компонент цепочки, диалектически связывающий сознание и деятельность, – утверждает А. П. Станкевич. – Следовательно, сущность и роль воли можно рассмотреть в следующем ряду: деятельность (активность) – воля – сознание»⁹⁸. В волевом поведении в наибольшей степени, по мнению ученого, выражается активность личности – сознательная, основанная на возможности выбора. С этим нужно согласиться⁹⁹.

Иногда и в высказываниях юристов проскальзывала в свое время мысль о воле как о регулировании. Но эти высказывания не точны, подчас противоречивы, а иногда строились на формально-психологическом подходе, на понимании воли как какой-то загадочной силы¹⁰⁰. Так, русский криминалист Н. С. Таганцев говорил о том, что виновность включает в себе дефект воли, самонаправления к деятельности, ибо только мысль не может влечь юридической ответственности¹⁰¹. При этом он упоминал проявление «хотения или воли», отождествляя последнюю с хотением, т. е. сводя к одному элементу весь процесс регулирования. В то же время некоторые советские юристы в принципе правильно понимают волю. В этом плане необходимо обратиться к работам отдельных криминалистов¹⁰² и к следующему высказыванию О. А. Красавчикова: «...давая поведению лица юридическую оценку, следует исходить не только из того, в чем выражено поведение – действия, но и из того, какова связь между действием и тем сознательным волевым процессом, который вызвал (обусловил) данное действие»¹⁰³. Представляется, что именно в таком подходе к категории воли раскрывается ее специфическая природа, которая до конца еще не познана.

Итак, волевые действия, простые и сложные, совершаются в соответствии с волей. При этом воля не должна отождествляться с импульсом, суть волевого процесса не в подчинении импульсов контролю, а суть сознания в волевом процессе не только в контрольной функции. Но импульсивный характер волевого процесса отрицать нельзя. В качестве импульсов выступают многие элементы воли: стремление, желание, хотение. Они импульсируют целенаправленность регулирования, принятие решения, выбор средств. Никаких особых психических импульсов не существует. Контроль же проявляется в основном в принятии решения. Ошибочно ограничивать волю не только желанием и хотением, но и принятием решения, постановкой цели. Чтобы от решения перейти к обусловленному действию, нередко требуется еще усилие. «Воля, – как утверждает Ион Лешкас, – это не только механически действующий психологический момент, но и решающая точка перехода от простого мышления и представления к объективному поведению»¹⁰⁴. Иногда именно указанный импульс называют «собственно волевым качеством»¹⁰⁵. Но волевые качества – это комплекс волевых элементов в их неразрывном единстве. Волю характеризует целенаправленность поведения, но не только целенаправленность¹⁰⁶, а в целом регулирование поведения, проявление усилия по осуществлению определенных действий, а не сами действия,

которые выходят за границы психики и могут лишь характеризоваться их волевым регулированием.

Волю признают внутренней активностью психики, целеполагающей устремленностью, стремлением к достижению цели, усилием для преодоления препятствий, мобилизацией внутренней потенции для совершения действия, способностью регулировать побуждения, отбирать мотивы, сепарацией актов деятельности¹⁰⁷. Все это правильно характеризует волю, является ее специфическими свойствами, особенностями, но вряд ли полностью определяет саму волю. Воля и есть регулятивный процесс в его комплексе, а не только мобилизация, усилие, способность для регулирования и отбора, хотя и это важно. Недостаточно, характеризуя регулятивную сторону воли, делать акцент на то, что она является санкционирующей стороной.

Регулируя поведение, воля не допускает отхода от осуществления начатого действия или, наоборот, прекращает его. Это постоянный процесс. Заканчивается одно волевое действие, возникает другое, одно следует параллельно с другим и т. п. Действие ' всегда сопряжено с психическим регулированием, с волевым процессом. При этом сознательный человек отдает отчет в последствиях осуществления цели.

Осознание последствий – интеллектуальный процесс, а сознательное регулирование поведения, направленное на достижение цели при осознанных последствиях, – необходимое включение сознания в процесс волевой. Безусловно, границу здесь можно провести весьма условно, абстрактно. На самом же деле – это единый, нераздельный психический процесс. С. Л. Рубинштейн прекрасно демонстрирует различие психических процессов, подчеркивая, что эмоции оказывают влияние и на волю, и на интеллектуальные процессы¹⁰⁸. Нужно всегда помнить слова И. М. Сеченова о том, что «воля не есть какой-то безличный агент, распоряжающийся только движением, – это деятельная сторона разума и морального чувства, управляющая движением во имя того или другого и часто наперекор даже чувству самосохранения»¹⁰⁹.

С. Л. Рубинштейн, правильно понимая регулятивную функцию психического, регуляционную роль воли, разделял эту роль на две формы: побудительную и исполнительскую регуляцию. Причем волю ученый относил к первой – мотивационной (переход от потребностей к мотивам – побудителям). Регулирующая роль отражения, по его мнению, выступает и как исполнительская регуляция – регуляция действия¹¹⁰. Нам представляется, что регуляционный процесс един, а воля участвует в качестве регулятора и в побудительной, и в исполнительской стадиях, тем более, что так называемая побудительная регуляция не заканчивается мотивом; не заканчивается мотивом и волевой процесс. Кстати, так же считает и С. Л. Рубинштейн. Ученый правильно понимает комплексный характер воли, ее регулятивную суть, подчеркивая внутреннюю регуляцию, свободу выбора, то, что «становление воли – это становление субъекта, способного к самоопределению»¹¹¹.

Удельный вес стадий меняется. С. Л. Рубинштейн отмечает, что душой волевого процесса, его сознательной частью является осознание цели, целеустремленность, настойчивость в достижении цели¹¹². Не будем сравнивать по значению элементы волевого процесса, отметим лишь, что существует опасность смещения воли и ее реализации в фактическом, объективном действии¹¹³. Воля – это категория субъективная, она является частью внутреннего, психического процесса.

Итак, советская психологическая наука, несмотря на дискуссии, в основном рассматривает волю как психический процесс, как категорию, имеющую регулятивную природу, сознательно-регулятивную. Это очень важно для понимания воли в праве. Забегая несколько вперед, волю можно определить как психическое регулирование поведения, заключающееся в детерминированном и мотивированном желании достижения поставленной цели, в выборе решения, разработке путей, средств и применении усилий для их осуществления. Иными словами, воля – это' единый, комплексный процесс психического регулирования поведения (действий, поступков) субъекта.

Глава 2. ДЕТЕРМИНАЦИЯ И СОДЕРЖАНИЕ ВОЛИ

Советский психолог С. Л. Рубинштейн обратил внимание на то, что проблема воли, поставленная по существу, – это прежде всего вопрос о ее содержании, о ее строении¹. Необходимо еще раз подчеркнуть, что нет непроходимой границы между волевым процессом и процессами интеллектуальным и эмоциональным. Более того, как указано, сознание является свойством воли, без сознания нет и не может быть волевого процесса. Волевой процесс тесно связан и с человеческими эмоциями, они детерминируют его, фактически вклиниваясь в стадии этого процесса.

И все-таки нужно отграничить волевой процесс от детерминирующих его стадий. Этот процесс начинается непосредственно тогда, когда потребности и влечения осознаются, оцениваются человеком, когда возможен выбор. Но этот процесс опосредован, детерминирован, и в этом смысле он начинается раньше.

Каждая вещь, каждое явление в мире возникают из других вещей и явлений. Особый вид детерминации – условия. Они не сами по себе продуцируют новую действительность, а лишь создают такую возможность; они не причина. Изменение условий влияет на причину, преобразуя ее², являясь причиной в потенции³. Причинная детерминация не исчерпывает всех видов детерминации, причина и следствие только звено во всеобщем взаимодействии. Детерминирующих факторов множество. Нельзя исключить из них и случайности. Волевые действия тоже причинно обусловлены, детерминированы, как и все в объективном мире.

Не посягая на силу действия принципа причинности⁴, мы обратим внимание лишь на некоторые условия и предпосылки волевого регулятивного процесса.

§ 1. ПОТРЕБНОСТИ, ИНТЕРЕСЫ, УСТАНОВКА

На значение потребностей в качестве побудительной силы, на их детерминирующую роль указывают классики марксизма-ленинизма⁵. В общем смысле потребности выступают как нужда в чем-либо, недостаток чего-либо; для их удовлетворения необходима соответствующая форма активности. Иными словами, потребность – это всякое состояние организма, которое, нуждаясь в изменении окружающей среды, импульсирует к необходимой для этого активности⁷. А. Н. Леонтьев отмечает, что потребность означает «потребность в чем-то, что лежит вне организма»⁸. В то же время указывается на то, что «потребности выражают внутренние требования организма и личности человека в жизненно необходимых условиях»⁹.

Роль потребностей как фактора, детерминирующего поведение, чрезвычайно велика, но сама потребность еще не причина поведения, она не может действовать без человека. И если потребностью можно объяснить активность, то ею нельзя все же объяснить поступок. Потребность лишь двигатель, источник. Существует, конечно, и субъект потребности, но на этой стадии он еще не является субъектом воли¹⁰. Л. М. Архангельский, ссылаясь на высказывание известного психофизиолога П. Симонова, пишет, что хотя воля генетически связана с потребностями, но в силу ее детерминированности сознанием возвышается над ними, не превращаясь в «этикетку господствующей потребности»¹¹. Вряд ли можно, однако, согласиться с утверждением о том, что сильной потребности воля вообще не нужна, что воля должна подчиняться потребности. Она детерминируется потребностями, но не подчиняется им. Конечно, процесс регуляции не может быть оторван от потребностей, детерминирующих его. В этом смысле, видимо, следует понимать утверждение, что потребности являются одним из главных элементов воли¹². И все же в потребностях заложены лишь зачатки воли, детерминирующим фактором они в конце концов становятся, когда трансформируются в мотив и цель¹³.

Потребности делят на элементарные, органические – первого рода и интеллектуальные, нравственные – второго рода. Считают, что именно потребности первого рода направляют регуляцию поведения правонарушителя, хотя ошибочность противопоставления, разрыва их очевидна¹⁴. Конечно, не все потребности равного уровня, не все они абсолютно необходимы для существования человека, не исключены и мнимые потребности. И хотя потребности – свойство индивида, обеспечивающее его нормальное функционирование,¹⁵ но недопустимо любой потребности придавать чрезмерное значение. Достаточно вспомнить идею фикс³. Фрейда.

Нельзя придавать потребности черты мотива, полагая, что она и является той необходимостью, которая создает внутреннее напряжение и понуждает к постановке цели¹⁶. Безусловно, потребность вызывает внутреннее напряжение, но необходимость следует понимать не только в

смысле нужды, а с учетом ее оценки, осознания. Только в таком качестве она трансформируется в мотив и побуждает к постановке цели. Потребность – источник человеческого поведения, выполняющий побудительную роль. В то же время, как отмечено в первой главе, вряд ли справедливо отрицать (кроме ситуации счастливой случайности) связь воли с актуальной потребностью.

Встречается и такое утверждение: потребность подразумевает предмет недостающим¹⁷. Но ведь сама по себе потребность не может подразумевать, она существует объективно. Правда, Ш. Н. Чхартишвили считает, что предпосылкой волевого поведения является не потребность, а ее идея, мысль о потребности. Конечно, можно рассматривать мысль о потребности как ее осознание. Детерминируют же волевой процесс объективные потребности, они – его предпосылки, хотя в самом процессе участвуют уже в трансформированном – осознанном виде.

Некоторые психологи считают потребности одним из стимулов, который не входит в структуру волевого действия. Против такой позиции выступил К. А. Новиков¹⁸. Для оценки данной дискуссии нельзя не видеть различия между волевым действием и волевым процессом.

Нередко потребности ставят рядом с эмоциями, указывая на их глубокую внутреннюю связь, на общий фундамент, одинаковую субъективную окрашенность¹⁹. Эмоциональные процессы относятся к внутренней регуляционной деятельности²⁰. Конечно, акт психической деятельности одновременно и интеллектуальный, и эмоциональный, и волевой. Взаимодействие здесь бесспорно. Чувство, как правильно отмечается, могучий двигатель воли, но есть и обратное влияние – воля властвует над чувствами, иначе человек может стать их рабом²¹. Полагают, что эмоции могут как подкреплять волю, так и парализовать ее²². Волевой акт носит эмоциональный характер. Существует функциональное единство чувств, интеллекта, воли, их интеграция и координация²³. Совершенно очевидно, что потребности являются условием возникновения эмоций, хотя и не единственным. В этом смысле, видимо, возможно говорить о чувстве голода, а не просто о физической потребности в пище. Существует, однако, мнение, что отнесение жажды, голода и т. п. к эмоциям – ошибочно. Это скорее потребность в недостающем²⁴. Любопытен и такой взгляд на эмоции: они представляют собой компенсаторный механизм, который восполняет дефицит в информации, необходимый для достижения цели – удовлетворения потребности²⁵. Вряд ли можно сводить эмоции лишь к такой функции.

Эмоции – одна из важнейших сторон психических процессов, они характеризуются переживанием человеком действительности, его отношением к ней²⁶, нельзя не учитывать и субъективность эмоций, и силу потребности²⁷. В жизни человек действует не только в соответствии с потребностями, но и под воздействием чувств и эмоций. Обращается внимание на двоякое взаимоотношение потребностей и эмоций. Дело в том, что потребность одновременно является и испытываемой нуждой, и зависимостью от нее, стремлением к ней. Удовлетворение или неудовлетворение потребности может вызвать определенное эмоциональное

состояние, но и сама ' потребность может испытываться как чувство. И чувство может выступать в качестве проявления потребности, ко формируется оно на основе потребности. Эмоция влечет стремление. Желание обычно эмоционально. Истоки у воли и эмоции общие – они заключаются в потребностях. Эмоции или потребности, которые переживаются в виде эмоции, побуждают к деятельности²⁸. Но потребности не всегда возникают лишь на эмоциональной основе, поэтому не всегда следует состояние удовлетворения или неудовлетворения потребности.

Даже при отсутствии актуальной потребности, при отдаленной мотивационной структуре потребность заключается не в идее, не в сознании, она всегда объективна. Б. И. Додонов так определяет потребность: «заложенные в нас природой и обществом программы жизнедеятельности»²⁹. Нельзя при этом игнорировать участие в формировании потребностей конкретной среды и самой личности, как нельзя не учитывать изменение потребностей, их развитие. В этом смысле можно говорить и об осознании потребностей, об их субъективном характере. Но только в этом смысле. Сформировавшись при «соучастии» человека, потребность объективизируется, она выступает в конкретном волевом процессе в качестве объективного фактора – детерминанта волевого процесса. Эмоциям Б. И. Додонов отводит роль своеобразного «обслуживания» потребностей, причем, если раньше эмоции помогали удовлетворять неудовлетворенные потребности не по воле человека, то теперь личность программирует побуждения, создает ситуации, порождающие желанные эмоции³⁰. При всем уважении к программированию мы не можем согласиться с такой терминологией в отношении человека и его чувств. Эмоции – не желания, а отсюда и не сигналы потребностей, хотя их связь с ними нередко весьма велика. Конечно, человек может развивать потребности, в силах вызвать определенные эмоции. Попытку проанализировать существующие взгляды на понимание потребности в психологии, критически оценить объективный подход к этой категории предприняла Н. В. Кучевская. Она рассматривает три концепции: потребности – нужда; потребности – требования организма; потребности – отношения. Ученая считает правильным понимание потребностей как отношения человека к объективной действительности. Н. В. Кучевская относит потребности к сфере идеального; по ее мнению, в потребности происходит распрямление объекта в субъект путем деятельности. Человек стремится выйти из зависимости от необходимого предмета и обладать им, для чего он действует. В таком стремлении снят внутренний конфликт и выражается переживание потребности. Разрядка напряжения и есть получение успокоения, удовлетворения³¹. Сама потребность не может быть отношением, она проявляется в возникающих отношениях. Осознание потребности и сама потребность – разные вещи. Весьма сомнительно утверждение о стремлении человека выйти из зависимости предмета и тем самым обладать им. Хотя в этом кажущемся противоречии и есть рациональное зерно – в конфликте, в напряжении и проявляется побудительная сила. Но дело не в зависимости, а в стремлении

получить удовлетворение. Потребность отнюдь не то же самое, что переживание потребности, потребность – объективная, а не психическая реальность, она не деятельность и не ее противоречие. Совершенно очевидно, что необходима оценка человеком потребностей, которая и побуждает его к действию; очевидно, что без человека потребности бездействуют, без него не может быть волевого поступка, нужда оценивается, испытывается человеком, но это уже другой вопрос. В своем роде потребности – внутренние факторы поведения, но почему они выразители лишь отклонения от нормального положения – понять трудно. Потребности детерминируют и вполне нормальный психический процесс, вполне нормальную человеческую деятельность. Ш. А. Надирашвили отмечает, что в случае осознания потребностей возникают эмоции – переживания в виде стремлений и желаний³². Но желания не отождествимы с эмоциями, наоборот, эмоции могут детерминировать желания и стремления. Различает потребность и объективно испытываемую необходимость в жизнедеятельности В. И. Селиванов, понимающий потребность как осознанное и неосознанное отражение такой необходимости, выраженное в переживаниях³³. Прав ученый в том, что потребность остается потребностью независимо от осознания, но вот понимание ее как отражения необходимой нужды фактически означает отказ от признания объективности потребностей, стирание грани между ними и мотивацией, хотя мотивы и понимаются как сознательные побуждения.

Потребности признаются реальной основой воли, необходимым условием для мотивации поведения. Справедливо отмечая, что потребности субъективно переживаются в виде желаний и влечений, А. Г. Спиркин понимает потребности и в качестве процесса, и в качестве результата взаимоотношения человека и мира³⁴. Иными словами, потребность в этой трактовке выступает как детерминирующий фактор в процессе ее осознания, трансформирования в цель, но одновременно она объективный результат человеческого опыта. Потребности осознаются, что рождает стремление их удовлетворить, мотивируя поведение. Такое стремление приводит к совершению действия, к волевому поступку³⁵.

Б. Я. Петелин называет потребности социально-психологической категорией. При этом социальной она является по содержанию, а психологической – по форме ее проявления. Отношения между субъектом и объективным миром вызывают субъективную реакцию, побуждающую к определенной деятельности³⁶. Против признания потребностей в определенном смысле психологической категорией вряд ли можно возражать, что, однако, не лишает их объективного содержания. Социально-психологические факторы становятся побудительной силой поведения, поскольку в их основе лежат потребности – внутреннее условие, предпосылка деятельности и фактор, направляющий, регулирующий. Если потребность реализуется в удовлетворение ее, она приобретает регулятивный характер, опредмечивается³⁷. И все же представляется, что в регулятивном процессе потребности должно быть отведено место детерминанта.

Реализация потребности трансформирует ее в самостоятельные элементы воли. Объективное и субъективное в потребности трудно отделимы, поэтому А. Г. Ковалев даже указал на единство в ней объективного и субъективного³⁸. Очевидно, что для превращения в побудительную силу объективное должно быть осознано человеком.

В качестве детерминанта волевого процесса выступают не только потребности, но и интересы. Каково же различие, потребностей и интересов? Как вообще следует понимать интерес? Дискуссия по этому вопросу является одной из острейших. Есть приверженцы интереса как объективной категории, но его понимают и как категорию субъективную. Немало и таких ученых, которые рассматривают интерес в объективно-субъективном плане. Интерес понимают в виде осознанной потребности, его относят к познавательному отношению или к направленности внимания. Интерес – это не только философская, социологическая, психологическая категория, но и экономическая, определяемая положением людей в общественном производстве³⁹. Но он и правовая категория. Нет надобности вспоминать о теории интереса Р. Иеринга. И в современной юридической литературе говорят о субъективном праве как об охраняемом интересе⁴⁰. Психологические определения интереса не всегда достаточны. Он рассматривается в познавательном смысле, в виде познавательного отношения личности. Если потребность направляется на обладание предметом, то интерес – на его познание. Правильно указывается в литературе о связи потребности и интереса, о подвижности и сложности их взаимоотношений⁴¹. Интерес понимают и в качестве объективной причины, вызывающей какие-либо потребности в человеке⁴². Но скорее потребности вызывают интерес. По мере осознания человеком потребностей, они приобретают характер интересов. Так полагает

А. Г. Спиркин. С его точки зрения, интерес – «динамический аспект сознания человека, превращающий знание об объекте в стремление владеть им»⁴³. Но не означает ли это переход от детерминирующей стадии уже к волевой? Объективную концепцию интереса обосновывают тем, что необходимость удовлетворения потребностей порождается не сознанием, а условиями человеческого бытия⁴⁴. То, что объективно необходимо для жизни и деятельности, составляет содержание интереса и осознание этого ничего не добавляет⁴⁵, хотя, конечно, он связан с сознательной, деятельностью человека и реализуется после его осознания. Только осознанный интерес выступает в качестве побудительного фактора. Фактически Г. Е. Глезерман говорит о сочетании объективного и субъективного в интересе, но утверждает, что это единство- представляет не сам интерес, а процесс его реализации.

Интерес понимается как потребность, но ее определенная разновидность. Физические потребности к интересу отношения не имеют. На такой позиции стоит А. С. Айзикович⁴⁶. Ее решительно поддерживает Р.

Е. Гукасян, уточняющий, что интересы вызываются социальными причинами и реализуются через общественные отношения⁴⁷. Обосновывая объективность интереса, ученый указывает на то, что удовлетворение интереса происходит путем создания определенных внешних условий, возможно и без осознания заинтересованного лица⁴⁸. Особое место занимает правовой интерес. Нередко антиобщественные интересы выступают как мотивы преступления и, более того, в виде желаний и стремлений, не согласующихся с интересами общества («конфликт интересов»)⁴⁹. Видимо, однако, специфика права не дает оснований интерес отождествлять с мотивом, а тем более с элементами волевого- процесса. Подобная трактовка объясняется тем, что автор понимает интерес в субъективном плане, как оценку его, но и такой подход не позволяет отношение отождествить с основанием или с желанием достижения результата. Они элементы, связанные, но не тождественные.

Рассматривая вопрос об охраняемом законом интересе, о соотношении такого интереса с субъективным правом, Н. С. Малеин характеризует указанную его разновидность как стремление к достижению дозволенных благ⁵⁰, что переносит интерес из плоскости детерминации в плоскость волевой регуляции. Интерес отделяется от потребностей; последние относятся к благам, интерес же заключается не в самих благах, а в достижении их. Нужно, однако, учитывать, что есть интерес реализованный и еще не реализованный и достижение благ не означает утрату интереса. Вопросу о соотношении интереса с субъективным правом уделил в свое время внимание В. П. Грибанов, справедливо сетовавший на то, что понятие «интерес» принимается как аксиома и его суть не раскрывается учеными-юристами. В. П. Грибанов считает интерес реально существующим явлением, определяющимся совокупностью условий жизни. Он – форма проявления прежде всего экономических отношений в деятельности. Но на характер интересов влияют и многие другие факторы. Чтобы все эти факторы проявили свое действие, приняли вид интереса, они неизбежно должны пройти через сознание людей, приняв вид «сознательных побуждений». Только понимание интереса в сочетании объективных и субъективных моментов позволяет объяснить правонарушения и применение наказаний. Интерес есть отраженная потребность – «потребность, принявшая форму сознательного побуждения и проявляющаяся в жизни в виде желаний, намерений, стремлений, а в конце концов в тех отношениях, в которые вступают лица в процессе своей деятельности»⁵¹.

Многие факторы, влияющие на характер интересов, являются объективными. Вывод о том, что на формирование интереса указанные факторы влияют исключительно через сознание людей, – справедлив. Безусловно, интерес проявляется в определенном смысле как желание, но так проявляются и потребности, не ставшие интересом. Видимо, не очень точно говорить об интересе как о сознательном побуждении – это функция мотива, хотя активизирующие деятельность моменты есть, конечно, и в потребностях, и в интересах. Понимает интерес не только как результат отражения в сознании объективных условий существования и развития, но и

как намерения, стремления и мотивы участия в правоотношениях и Г. А. Свердлык⁵².

Оригинальны суждения С. Сабикенова. Он полагает, что потребность проявляется в интересах, а отражение интереса в сознании не непременный признак этого понятия, а условие образования установки на определенный вид деятельности. По мнению ученого, различие между потребностью и интересом заключается в том, что потребность выражает объективную необходимость в деятельности субъекта, а интерес «средства» и «способы», реализация которых ведет к удовлетворению данной потребности и тем самым – данной необходимости. Для того, чтобы направлять деятельность субъектов, потребности должны конкретизироваться в интересах, пополняться новым содержанием, становясь личностно значимым фактором, превращаясь в социально-психологическое явление, отличное от явления физиологического. Интересами определяются все другие факторы, побуждающие человека к совершению поступков⁵³. Несмотря на некоторую неточность формулировок, мысль весьма плодотворна.

Серьезное внимание проблемам интереса и потребностей уделил Д. А. Керимов. Ученый обращает внимание на марксистское положение о том, что исходным пунктом, движущим фактором любой деятельности людей являются потребности. Но и потребности детерминированы. У каждой личности есть стабильные потребности в зависимости от места в социальной структуре и актуальные, конкретные кратковременные (непосредственная причина поведения). Но между потребностями и действиями находится длинный ряд социально-психологических звеньев. Ученый отмечает, что сущность мотивационного процесса заключается в особенностях сознания личности как общественного существа. При этом мотивы приобретают «смыслообразующую силу» через интерес, без которого не может быть сознательного мотива, цели, деятельности. Корни интересов в потребностях, в сложном мотивационном процессе они осознаются, обретают целенаправленный характер, воздействуют на этот процесс⁵⁴. Д. А. Керимов обращает внимание и на субъективную сторону интереса – понимание существа потребности и необходимости ее удовлетворения. В интересе, таким образом, осуществляется переход от объективного к субъективному. Реализованные потребности и интересы изменяют объективное, т. е. существует обратный переход – от субъективного к объективному, что означает их единство в понятии интереса. Это единство предопределяет материальная основа (объективные потребности) и отражение ее в сознании. Д. А. Керимов отмечает, что интерес не только объективен по источнику возникновения, по своей природе, но до определенного времени существует в объективной форме, однако со временем он может осознаваться, приобретая качество субъективности, превращаясь в объективно-субъективную категорию⁵⁵.

Прав Д. А. Керимов, что далеко не всегда можно представить интерес в «чистом» виде, что он объективен, поскольку становление его, существование и развитие не зависят от воли людей, в то же время значение

приобретает реализованный интерес, возможность его реализации, что ведет к его осознанию, иначе нет побуждения к деятельности⁵⁶.

Есть, однако, еще вопросы, в которых следует разобраться. К ним относятся такие, как соотношение интереса и мотива, их место в регулятивном процессе. Это тем более важно, поскольку из высказывания Д. А. Керимова можно сделать вывод, что в указанном процессе на основе потребностей возникают различные мотивы, которые ведут борьбу, в результате чего формируются интересы и цели, в соответствии с которыми вырабатывается установка, призванная осуществлять регуляцию⁵⁷. Кстати, Д. А. Кикнадзе, хотя и не отождествляет интерес с мотивом, утверждает, что интерес является потребностью, но прошедшей стадию мотивации, а поэтому представляет собой «сознательную направленность человека к удовлетворению неудовлетворенной потребности»⁵⁸. Представляется, однако, что и потребности, и интересы детерминируют волевой процесс, являясь основой мотива.

Многие ученые, выдвигающие свое понимание интереса, в определенной мере правильно рассматривают эту категорию. Прежде всего основой интересов, несомненно, являются потребности. В этом смысле интересы объективны и совершенно неоправданно видеть в них только познание, осознание, внимание и проводить непроходимую границу между потребностями и интересами. В тоже время интересы – это не просто потребности, а их дальнейшее развитие, приводящее к признанию за интересом качественно новой категории⁵⁹. Если потребности актуальны, преходящи, то интересы представляют собой определенный комплекс потребностей, глубоких по своему содержанию, долговременных, складывающихся в процессе социального развития личности, характеризующих принадлежность этого комплекса данной конкретной личности или данной группе лиц, в принципе осознаваемых и, следовательно, в определенной мере поддающихся регуляции (например, торможению, сдерживанию действий по удовлетворению потребностей)⁶⁰. Поэтому справедлив вывод об объективно-субъективном характере интересов. Как видим, дело здесь не только в осознании, а в осознании в результате особой специфики потребностей-интересов. Ведь есть, например, существенная разница между материальными потребностями и корыстными интересами. Потребности удовлетворяются, удовлетворение интересов – процесс обычно длительный и сложный. Они фактически трансформируются в признак личности (группы), имеющей определенные интересы⁶¹. Удовлетворение может быть временным, либо удовлетворяться могут отдельные, составляющие интересы компоненты – потребности. Можно ли, например, удовлетворить до конца эстетические интересы? Но интересы могут изменяться, прекращаться. Нельзя исключить то, что в определенных случаях они могут быть удовлетворены – в пределах какого-то этапа, уровня и даже полностью. Когда мы говорим о соотношении интереса и мотива (как регуляционного элемента), то имеем в виду не осознание потребностей, а осознание самого интереса.

Вряд ли оправданно расширение понятия интереса, выведение его за рамки детерминирующих факторов, включение не только в регулятивный – волевой процесс, но и в само действие. Именно в этом видит единство объективного и субъективного в интересе А. Г. Здравомыслов⁶². Интересы не могут быть не связанными с желанием, стремлением их осуществления. Но эти субъективные моменты выступают в качестве элементов волевого процесса, регулирующего осуществление конкретного действия, направленного на удовлетворение интереса. В этом случае речь идет не вообще о желаемом интересе, а о желании его удовлетворения в результате данного поступка, что ведет к появлению регуляционного комплекса – мотивации, целеполагания, принятия решения и т. п. Эти положения необходимо различать. Точку зрения ученых, понимающих интерес как единство субъективного и объективного, критикуют с позиции недопустимости признания единства объективного содержания и субъективной формы. На самом деле такое единство объективного и субъективного в интересах связано с процессом реализации, включающим в себя осознание, стремление, желание и т. п.⁶³ Приходится еще раз констатировать, что реализация – это уже объективное действие, а его регуляция заключается в психическом, то есть субъективном процессе. Данный процесс, естественно, не сводится к интересам, хотя и связан с ними. В этом смысле, видимо, следует говорить не о единстве объективного и субъективного в интересах, а о такой связи в регулятивном процессе, о единстве детерминирующей стадии с собственно волевой.

Итак, потребности и интересы детерминируют волевой процесс. Но если потребности – предпосылка интересов, то интересы уже предпосылка деятельности. Необходима, однако, побуждающая сила, источник движения, его регуляция.

В качестве детерминанта волевого процесса признается установка. Создатель ее теории советский психолог Д. Н. Узнадзе особое значение придавал потребности как основному элементу установки – источнику активности⁶⁴. Признак установки – состояние субъекта, создающееся из факторов потребности и ситуации. Снятие установки и есть удовлетворение потребности. Многократное повторение впечатления создает фиксированную установку, которая продолжает свое существование в инактивном виде, выступая в качестве готовности к повторной активизации при повторении надлежащих условий. Актуальным процессам воли – регуляции предшествует склонность субъекта к определенному, только ему присущему процессу. Волевая диспозиция представляет собой волевой характер. Волевой процесс зависит от воздействия мысленной ситуации – диспозициональной установки⁶⁵. Но фиксированная установка не содержит сама по себе побудительных тенденций активности. Она включается в целостную структуру актуально действующей установки. Основа теории Д. Н. Узнадзе – влияние на переживания наших установок, которые не являются

содержанием нашего сознания⁶³. Установка, по Д. Н. Узнадзе, создается на базе как приобретенного, так и врожденного, но ни одним из них не становится. Она организует возможности в соответствии с ситуацией и в соответствии с потребностями направляет поведение, определяя его основную закономерность. В отличие от фиксированной установки она не готовая система действий и сохраняет форму бессознательной диспозиции. Возникает же она на почве потребности, объективных обстоятельств – ситуации и не только является энергетическим источником, но и содержит необходимую для организации поведения информацию. Установка структурируется избирательно, но она не ретроспективна⁶⁷.

Некоторые психологи отрицают существование сознания в бессознательном, установку в бессознательном⁶⁸. Теория установки Д. Н. Узнадзе принципиально отлична от всех предшествовавших взглядов на бессознательное, противостоит психоаналитической концепции, она является сочетанием объективного и субъективного, выступает как избирательная готовность к будущим, предстоящим переживаниям⁶⁹. Установка понимается как избирательно-регулирующая система. В нее включаются даже мотивы. В этом случае говорят о «направленности» как о непреходящей, длительной готовности – установке к активизации мотивированной деятельности⁷⁰. Несомненно одно – установка не просто готовность, но избирательная готовность, ибо опыт не просто накапливается, но накапливается избирательно. Установочная диспозиция позволяет осуществлять сокращение «возможных стратегий выбора решений», обеспечить минимум «колебаний»⁷¹. В психологической литературе указывается, что, по мнению Д. Н. Узнадзе, решающая роль в создании установки принадлежит воле⁷². Но это означает, что волевой процесс участвует в формировании, изменении установки как избирательной готовности. По мнению Д. Н. Узнадзе, существует уровень установки, уровень мышления и воли⁷³. Мы не считаем возможным входить в серьезные обсуждения теории установки, которую разделяют многие ученые. Поэтому нельзя игнорировать ее при раскрытии детерминационной стадии волевого процесса как предпосылки⁷⁴ к регуляционной, направляющей деятельности по удовлетворению потребностей и интересов. Не лишне заметить, что в волевом процессе происходит самодетерминация – субъект самоопределяется при взаимодействии с действительностью⁷⁵.

§ 2. МОТИВАЦИЯ И МОТИВЫ

Детерминация волевого процесса неразрывно связана с его мотивацией. Существует определенная сложность в понимании «мотива». Конечно, решение мотивируется любой причиной, вызвавшей необходимость его принятия. С этой точки зрения и поставленная цель является мотивом, им является и желание, и любое стремление, и то, что привело к их возникновению. Это широкое понимание мотива. Мотив в узком плане включается в волевой процесс как его элемент; в качестве элемента называют

и «борьбу мотивов». Конечно, сами по себе мотивы и борются, но человек отвергает одни мотивы и принимает другие. Этот термин должен пониматься условно; на самом деле происходит конфликт личности, внутренняя борьба.

Широкое понимание мотивации фактически отождествляет ее с детерминацией, а саму детерминацию, таким образом, включает во все стадии волевого процесса. В. Г. Асеев считает мотивацию особым видом детерминации, основанной на единстве динамической и содержательной сторон. Мотивация определяет содержательную избирательность процессов⁷⁶. Вот в этом смысле можно говорить о «борьбе мотивов», но эта избирательность предшествует стадии выбора и принятия решения. Правда, выбор решения может включать и мотивационную избирательность. Стандарта здесь нет. Дело в том, что мотивируют поведение не только потребности и интересы. Существует диалектическое единство двух сторон мотивации: соотношение потребности и необходимости, влечения и долженствования⁷⁷. Очень важно то обстоятельство, что не следует понимать мотивацию только в виде импульса поведения, предшествующего волевому процессу. Конечно, такая функция мотивации несомненна и играет существенную роль. Но это лишь одна из ее функций. Правильно отмечается побудительное воздействие мотивации во всех звеньях, т. е. она не первоисточник активности, а сложный регулятор человеческой жизнедеятельности⁷⁸, поддерживающий, изменяющий, блокирующий психическое поведение⁷⁹ в течение всего волевого процесса. Нужно, однако, различать стадии мотивационного цикла. Обратимся к той стадии, в которой детерминанты трансформируются в элементы волевого процесса. Этот «стык» проявляется в виде мотива волевого процесса. В мотиве концентрируются детерминанты, а влечения и желания находят причинно-побудительную силу для дальнейшего регулирования поведения. Таким образом, мотив нельзя сводить к мотивации. Мотивация, конечно, основана на мотивах, но она более широкое понятие. Мотив – внутреннее состояние личности, определяющее (энерготизирующее, направляющее) ее действия, утверждает И. А. Джидарьян. Мотив выступает в качестве первичного звена в волевом процессе, его «повивальной бабки». Он происходит от латинского слова *movio* (*movi, motum*), что означает двигать, являясь «почвой, на которой возникает цель»⁸⁰. Конечно, мотивации присуща не только динамическая характеристика, но и внутреннее содержание. Справедлив вывод о том, что нельзя ставить знака равенства между мотивом и потребностью, как, впрочем, между мотивом и чувством, намерением, целью⁸¹. Тем не менее противоположное мнение достаточно распространено. На психологическом уровне потребности воспринимаемы и поэтому становятся мотивом, выполняя свою побудительную, направляющую деятельность⁸². Считают, что мотив – это осознанные потребности, осознанные побуждения, осознанные намерения. Иными словами, мотив – это предмет потребности в мысленном плане. О потребностях, даже об их динамике, можно сказать только на языке мотива⁸³. Такое понимание мотива связывает его с волевым поведением, с

выбором, а не только с сознанием. Даже стрессовые состояния мотивированы. По утверждению психологов, влечение переходит в желание не просто с осознанием потребности, но с осознанием предмета влечения. Таким образом, если считать мотивом осознанную потребность, то следует отождествлять его с влечением. Но о тождестве с мотивом других элементов волевого и (назовем его несколько условно) «предволевого» процессов не может быть речи⁸⁴. Однако очевидна связь мотива с осознанием и с переходом от пассивного состояния к активному – к регулятивному процессу. Пока потребность не осознана, пока не указана ей нужная дорога⁸⁵, она не становится мотивом, она не мотивирует регуляцию поведения, но никакой волевой элемент не «растворяется» в мотиве. Через мотив участвуют в регуляции желание, хотение; мотив побуждает к постановке цели⁸⁶. Недопустимо полностью исключать сознание в мотиве. С другой стороны, сама мысль рождается из мотивирующей сферы нашего сознания, связанной с потребностями, интересами, эмоциями⁸⁷.

Сами мотивы, хотя этот вопрос в психологии дискусионен, могут и не осознаваться субъектом. Это, однако, не относит их к бессознательному. Может осознаваться цель, наличие потребности, но не осознаваться сам мотив, актуальность того, ради чего регулируется действие⁸⁸.

Таким образом, существуют два аспекта мотива. С одной стороны, он выступает в качестве мотивации, как объяснение решений, поступков, довод; с другой – мотив проявляется в качестве побудительной причины, вербализации цели. В этом виде он выступает в основном не как детерминант волевого поведения, а как стадия волевого процесса. Но нужно помнить о единстве обоих аспектов. Нельзя, однако, отождествлять побуждение и мотив⁸⁹. И все же встречаются определения мотива, в которых основной акцент делается не на осознание, а именно на побуждение.

В научной литературе обращается внимание на не разработанность таких психологических вопросов, как качественная сторона деятельности мотива, соотношение мотива и цели, роль потребности в возникновении мотива и др.⁹⁰ В нашу задачу не входит раскрытие всех этих вопросов, которыми занимаются психологи. Нас интересует прежде всего побудительное свойство мотива. Мотив как побуждение, как осознанные побуждения (потребность, намерение) связывают не только с осознанием, но и с выбором. Как мы отметили, выбор – важная, но не единственная сторона мотива. Отсутствие вариантов или сведение их лишь к одному (да или нет) не лишает мотив побудительной силы, регулирующей поведение. Значение мотива и в осуществлении корректирующей функции, в сознательной направленности эмоциональных и других побудителей, что и придает побудительный характер мотиву, который уже выступает в самостоятельном качестве, определяя необходимость соответствующего поведения, т. е. стимулируя направление регуляции, определение цели, принятие решения и осуществление поведения, обеспечивающего достижение определенного результата. Мотивы, мотивация включаются в механизм регуляции в качестве движущей силы. Через мотивы действуют детерминанты, определяя

волевой процесс, ибо, как подчеркнул Ф. Энгельс, то, что побуждает человека к деятельности, «должно обязательно проходить через его голову»⁹¹. В этом заключается суть мотивации (мотивов), в этом ее содержательная и динамическая – побудительная (энергетическая) стороны. Регуляция зависит от содержания мотивов, их фундамента⁹². Человек не раб своих страстей, своих потребностей, своих желаний. Они не выступают непосредственно в реализации, в действиях и теряют свой импульсивный характер, реализуясь в форму мотивов⁹³. Мотивы не только объясняют, для чего избрана цель, но и являются элементом волевого процесса.

Вопрос о понятии мотива, о том, что к нему относится, вызывает немалые споры. Они существовали еще в дореволюционной литературе. Господствующей признавалась гедонистическая теория воли, согласно которой воля определялась наслаждениями и страданиями наличными или будущими, контрастами чувств. Согласно гедонистическим толкованиям, например, если делается добро другому человеку, то это детерминировано собственной приятностью, эгоизмом. Л. И. Петражицкий считал, что единственно возможным ответом на вопрос о мотивах воли является гедонистический⁹⁴.

Идеалистические взгляды Л. И. Петражицкого должны быть полностью отвергнуты. Они не имеют ничего общего ни с истинной детерминацией воли, ни с мотивами волевого регулирования. Л. И. Петражицкий допускает к тому же узкопсихологизированную, одностороннюю интерпретацию права⁹⁵. Учение советских психологов коренным образом отличается от подобных конструкций.

Утверждают, что мотив – это то, ради чего действует субъект, а волевое усилие – то, посредством чего он действует⁹⁶. Но воля и волевое усилие не одно и то же. Мотив, конечно, не воля и не просто волевое усилие, но он один из элементов воли, сопряженный с усилием, с побуждением – элемент единого волевого, регуляционного процесса. Мотив становится компонентом в цепи последующих психических актов, завершающихся действием⁹⁷. Но необходимо все же определить для этого компонента соответствующее место. Он побуждает к постановке цели в результате отбора соответствующих оснований, но вряд ли точно указание на то, что мотив позволяет произвести выбор из множества целей, то есть функция мотива переносится уже в другую стадию психического процесса. Конечно, мотив может отдать предпочтение определенной цели, побудить к ее постановке⁹⁸, но именно эта цель и будет целью данного психического процесса. Мотив есть обоснование решения об удовлетворении или неудовлетворении потребности в данной среде⁹⁹. В этом как раз и проявляется его побудительная регуляционная роль. Нельзя, однако, согласиться с тем, что мотив должен пройти не только через сознание субъекта, но и через его волю¹⁰⁰. Нужно полагать, что здесь имеется в виду мотив преступления, который выражается в объективном акте. Но одно дело выражение мотива, а другое – его место в регулятивном процессе. Мотив – элемент воли и не может «пройти через волю», но он не теряет своей самостоятельности и при

объективизации воли в волевой акт (в данном случае – в преступление), выражаясь в этом действии как обстоятельство, влияющее на наказание¹⁰¹. Нельзя, однако, не считаться с тем, что в криминологической литературе достаточно прочно установился несколько иной взгляд на мотив. В большинстве случаев его связывают с потребностью, но нередко и с эмоциональным состоянием, превратившимся в стимул к виновному, волевому поведению. Б. Я- Петелин отмечает две основные функции мотивации – индивидуальное восприятие внешних явлений, их субъективная оценка (отражательная функция) и побудительно-регуляционная функция (формирование мотива и цели для принятия решения). Но все же он относит к мотивам и чувства, и доводы разума, и одновременно органические потребности, акцентируя, правда, внимание на сознательно-волевых мотивах и отводя такому мотиву, как потребность, более скромное место¹⁰². Как видим, предмет мотива, его основа характеризуется как сам мотив. Не случайно в качестве мотива нередко называются месть, злоба, корысть и т. п.¹⁰³ Мотив – то, что побуждает человека к действию, цель – то, чего человек стремится достигнуть в результате этого действия. Но цель основана на мотивах, человек руководствуется мотивом, мотивы побуждают к постановке определенных целей¹⁰⁴. Конечно, не существует механической последовательности психических процессов, поэтому мотивы могут побуждать не к образованию цели, а к ее достижению, участвуя в этом качестве в регуляционном процессе. Нельзя пройти мимо утверждения о том, что воля индифферентна к мотиву и цели, что у нее есть свой специфический мотив, своя собственная цель¹⁰⁵. Такой дуалистический подход к психическому процессу человека лишен оснований. Не может быть ни мотива, ни цели вне психического регулирования, не могут быть какие-то «свои» и «не свои» мотивы и цели. Нельзя согласиться и с тем, что борьбу мотивов происходит вне сферы воли, поскольку субъект воли принимает уже нужное решение¹⁰⁶.

«Борьба мотивов», осознанный выбор наиболее оптимального варианта – несомненно волевой процесс, именно в этом, хотя не только в этом, и проявляется воля. Безусловно, правильно утверждение, что воля не функционирует вне мотива, а мотив вне воли. Ш. Н. Чхартишвили считает, что воля должна освободиться от уз импульсов потребностей; мотивом воли является ценность («нужность»). На основе определенного мотива воля принимает цель, а активность развивает субъект воли¹⁰⁷. Представляется, однако, что существует не субъект воли, а воля субъекта. Постановка цели является одним из элементов волевого процесса, регулятивной деятельности психики. И мотив – элемент в волевом процессе, а не особый мотив воли. И хотя в принципе верно, что мотив, в его окончательном виде (если исключить возможность последующих изменений), действительно означает осознанно-необходимую потребность (интерес), «нужность», – это не значит, что только в таком качестве он становится не просто мотивом, а мотивом воли. Происходит естественная для волевого процесса конкретизация, которая еще раз показывает всю неоднозначность, сложность, многогранность волевого –

регулятивного процесса, тем более, что человеческое поведение полимотивировано.

Несколько своеобразно оценивает роль мотива Д. Н. Узнадзе: мотив заменяет одно поведение другим, которое считается менее приемлемым, и этим создает возможность определенной деятельности. Нет, поэтому, столкновения мотивов одного и того же поведения, мотивов столько, сколько поведений, но поведение становится волевым лишь благодаря мотиву, видоизменяющему его в нужном направлении¹⁰⁸. Признание за мотивом побудительного фактора, конечно, справедливо, но мотив непосредственно не изменяет поведения, хотя несомненно способствует этому. Итак, нужно иметь в виду, что произвольное поведение всегда мотивированно, без мотивных действий нет. Мотив является побуждающим стимулом к действию, осознанным побуждением к удовлетворению потребностей и интересов. Справедлив вывод о том, что состояние покоя, состояние пассивной удовлетворенности не характерно для человека, ему присуща «мотивационная напряженность»¹⁰⁹.

§ 3. ЭЛЕМЕНТЫ ВОЛЕВОГО ПРОЦЕССА

Конечно, о фазах, о последовательности элементов волевого процесса можно говорить весьма условно. Нельзя не учитывать и того, что в этот процесс должны включаться и мотивы. Рассматривая отдельно фазы этого процесса, мы отдаем дань традиционному их освещению в психологически» Анторатуре. Отметим лишь, что ошибочен, на наш взгляд, однозначный подход к содержанию воли, к сведению психологической стороны волевого действия к какому-либо одному элементу.

Самостоятельную фазу волевого процесса составляют влечение, желание, хотение – это стремление, внутреннее состояние нужды – напряжение, которое также образует побуждение к действию. В самостоятельной фазе формируется целенаправленность, иногда проявляются конкурирующие цели, сомнения, опасности нежелательных последствий, возникает борьба мотивов, выбор и его результат – решение. Напряжение в этой стадии бывает различным – в зависимости от конфликтности ситуации, но в любом случае обсуждение и принятие решения имеют место.

С. Л. Рубинштейн высказывает правильную мысль: «Воля... – это не простая совокупность желаний, а известная организация их». Она предполагает способность регулировать свое поведение, управлять собой, господствовать над своими желаниями¹¹⁰. В последующих фазах разрабатывается план для исполнения решения, вырабатываются средства для его осуществления, а также применяется усилие для перехода к действию.

Несколько иначе конструирует последовательность психического процесса К. Н. Корнилов. Он полагает, что хотение появляется после того, как уже находятся средства для достижения цели, т. е. после принятия

решения. Конечно, правильно, что стремление действовать проявляется в хотении, а одно желание – это лишь мысль о желательности. Но вряд ли правильно считать, что при хотении проявляется усилие к действию, что именно в хотении волевой процесс принимает наибольшую активность¹¹¹. Хотение конкретизирует желание, определяет установку на его реализацию, ему может предшествовать столкновение желаний. Фазы настолько интегрируются, что подчас их строгую последовательность определить сложно. Но это не означает, что ее нет к что с фазами можно свободно обращаться.

В свое время Л. С. Выготским была выдвинута гипотеза, согласно которой опосредствованная структура психического процесса вначале формируется под влиянием внешнего стимула, в общении с другим субъектом, воздействующим на поведение того, кто выполняет действие – «интерпсихологический процесс». Только затем – в аналогичной ситуации пусковой сигнал начинает продуцироваться самим этим субъектом, процесс становится «интерпсихологическим» в элементарной структуре волевого акта¹¹². Однако в любом случае, чем бы он ни был вызван, волевой процесс является внутренним психическим процессом. Иногда во влечении усматривают результат первоначального, еще неясного сознания потребности; более определенный характер оно приобретает, преобразуясь в желание¹¹³. С. Л. Рубинштейн не считает, что при влечении есть какое-то сознание, оно не осознанно и беспредметно, субъективно выражает потребность, не осознаются предметы, которые могут ее удовлетворить. Необходимым же условием волевого процесса является «опредмечивание», осознание – влечение должно перейти в желание¹¹⁴. Но есть и совсем другое понимание влечения. Так, П. В. Симонов называет влечение «целенаправленной потребностью, обращенной к объектам внешней среды, которые могут обеспечить ее удовлетворение»¹¹⁵. С его точки зрения, во влечении уже происходит связь с целью, «опредмечивание». И все же, до тех пор пока влечение не осознано, пока влечение носит рефлекторный характер, оно не может включаться в волевой процесс. Гегель говорил, что у человека влечения должны стать разумной системой – волеопределенными; влечения есть и у животных, но они не обладают волей¹¹⁶.

В психологии высказывается мнение о том, что первым моментом волевого процесса является постановка цели, она определяется потребностями, активной стороной которых являются стремления. В зависимости от различной степени осознанности стремления дифференцируются на влечения, желания, хотения. При этом влечение определяется как «стремление, в котором осознается только недовольство состоянием, но не осознается цель, пути и средства ее достижения»¹¹⁷. Конечно, стремление несомненно связано и с регулированием поведения после постановки цели. Оно выступает в качестве намерения. О такой связи цели и стремлений иногда упоминается в литературе¹¹⁸, однако стремление как фаза волевого процесса – стремление (включающее и влечение) удовлетворить потребность (интерес) – предшествует постановке цели.

Встречаются высказывания, в которых стремления отделяются от сознания и волн¹¹⁹. И все же стремление – элемент воли, входит в ее содержание на определенной стадии. Хотя отправной пункт становления воли связывается с влечениями, но пока человек находится во власти этих влечений, пока он не поднялся над ними, у него нет волн¹²⁰. Выбор между влечениями возможен только тогда, когда влечение сознается, опредмечивается. Только с этого момента возможна регуляция, подчиняющая неосознанное влечение. С этого момента стремление и включается в волевой процесс.

Когда возникает осознанная связь между влечением, выражающим неосознанно потребность, и предметом, который способен эту потребность удовлетворить, влечение переходит в желание, оно «опредмечивается». Такое «опредмечивание» и является предпосылкой возникновения волевого процесса, появляется возможность в организации действия. В этом значении предметных форм сознания и в частности осознанного предметного желания. Предметы становятся объектами желаний. Но желание – не просто опредмеченное переживание. Возникает желанность предмета, сложная взаимозависимость между желанием и предметом. Эта взаимозависимость и играет существенную роль в зарождении регуляционного процесса¹²¹. В этой стадии происходит осознание потребностей, начинается процесс мотивации поведения.

Желания могут удерживаться, становясь тем самым пожеланиями. Желания бывают разной интенсивности; могут одновременно возникнуть несколько взаимоисключающих желаний. В этом случае происходит их сдерживание, «борьба желаний», выбор между ними. Но выбор желания не означает еще выбора поведения. Не всегда желание непосредственно переходит в решение его исполнить или в само исполнение¹²². П. И. Иванов и желание характеризует неполнотой сознания. Он понимает его как разновидность стремления, в котором уже осознается цель, но не осознаются пути и средства ее достижения, оно лишь воображение, мечта. По мере расширения осознания оно переходит в фазу хотения¹²³. Нельзя утверждать, что желание – предшествующая цели фаза. Но правомерно и то, что желание, осознание предмета, способного удовлетворить потребности, интересы, влечения, является основанием для мотивации регулирования определенного поведения, которое побуждает к постановке цели. Мотив правильно понимается как осознанное побуждение, «опосредованное желанием достижения определенной цели»¹²⁴. В ходе регуляционного процесса происходит развитие цели, ее обогащение новыми компонентами. Желание, однако, не только означает осознание цели, но оно импульсирует постановку желанной цели. В дальнейшем цели могут проходить стадию отбора, конкретизироваться, уточняться. Желание созерцательно, оно предполагает знание цели, но не включает даже мысли о средствах ее осуществления. Нет еще направленности на осуществление цели. И все же желание – один из важнейших компонентов развития волевого процесса. Еще Б. Спиноза отмечал, что желание является «самой сущностью человека»¹²⁵. И. И. Логанов, называя желание осознанностью возникшей потребности,

указывает, что желание – это уже не влечение, не мотив, не дифференцированная потребность. Человека характеризует не только то, что он делает, но и то, чего он желает¹²⁶.

Волюнтаристские, идеалистические концепции отрицают свободное действие, осуществляемое в силу желания. Эти концепции живучи и в современной буржуазной философии. Так, американский философ Нилли утверждает, что человек не свободен, если должен делать желаемое; свобода зависит от наличия неудовлетворенных желаний¹²⁷. Весьма странное, если не сказать больше, понимание свободы и долженствования. Первой предпосылкой волевого действия является не всякое желание, а то, которое осознается зависящим от нас, которое побуждает к действию¹²⁸. Утверждают, что желание и хотение – разные ступени в развитии волевого процесса. Хотения – это стремления, переходящие в действие, за ними может последовать непосредственно действие, но в сложном волевом процессе действию предшествуют другие фазы, другие элементы волевого процесса. Хотение означает не только знание цели, но и стремление к ее реализации, уверенность в ее достижимости, направленность на овладение соответствующими средствами, устремленность на овладение предметом желания¹²⁹, убеждение себя в необходимости этого.

Осознание цели и ее выбор – различные звенья в волевом процессе. Между ними бывает период колебаний. Выбор цели требует не только оценки, но и приложения усилий. Принятие решения – есть выбор определенной цели, побуждаемый мотивом¹³⁰. Но, видимо, не точно говорить о том, что цель детерминирует волевой процесс¹³¹, хотя, конечно, психическое регулирование направляется на достижение цели. Постановка цели и ее достижение – разные вещи. Первое является элементом психической регуляции, второе – результат объективного действия. Это различие учитывается и в юридической литературе. О цели говорят, с одной стороны, как об идеальном образе результатов волевых действий, ради которого и совершается действие, с другой – как об исходном пункте, двигательной силе деятельности¹³². Цель рассматривают как сам предмет и как его субъективный образ. В. П. Шахматов возражает против достаточно распространенного в юридической литературе мнения о том, что целью сделки является достижение непосредственного правового результата. Автор подчеркивает, что цель является субъективной категорией, тесно связанной с виной, она является необходимым субъективным признаком ее состава¹³³. Интересно замечание В. П. Шахматова о том, что психологическое содержание цели включает в себя интеллектуальный и волевой моменты, поскольку психические процессы характеризуются единством долевого и интеллектуального. К интеллектуальной характеристике сделки относятся, по его мнению, постановка и осознание цели, принятие решения; к волевой – выбор путей и средств достижения цели. Все это предшествует совершению сделки, но обнаруживается после совершения, ибо сами по себе мысли без действия иррелевантны¹³⁴. Справедливо, конечно, указание на единство интеллектуальных и волевых моментов, но нельзя согласиться с тем, что цель

такая «двуликая» категория: интеллектуальная до определенной стадии и волевая – начиная с определенной стадии. Цель – элемент волевого процесса, но свойством волевого процесса является сознание, он немислим без участия сознания – интеллектуальной психической деятельности. Сознание участвует и в постановке цели, и в принятии решения, и в выборе путей и средств достижения цели.

С точки зрения В. И. Корецкого, цель – объект правоотношения, а поскольку правоотношения и правовые нормы преследуют одни и те же цели, то таковые являются и объектами правовых норм. Коль скоро цели устанавливаются в нормах, независимо от воли конкретных субъектов правоотношений, то они являются категорией объективной. Однако субъекты могут сами устанавливать удобные им цели, поэтому цель выступает и как субъективная категория. Отсюда цель правоотношения представляет единство объективного и субъективного¹⁰⁵. Нельзя, конечно, путать цель правоотношения и цель как элемент психического процесса, хотя правовые науки не создают отличных от психологии понятий, а только используют их¹³⁶. Нельзя путать постановку цели, предвосхищение ее в сознании, выбор средств, регуляцию поведения для осуществления цели с самими объективными последствиями, с самой реализацией, как нельзя объективное и субъективное различать только исходя из определенности или неопределенности норм и связи с субъектами. Указание на цель в норме отнюдь не исключает волевого характера правоотношения, целенаправленного поведения для реализации нормы.

Предварительная цель основана на желаниях, окончательное установление цели связано с принятием решения, с выбором. Человек может не подчиниться потребностям, может выработать противоположную установку¹³⁷. Недопустимо сводить волю только к самому решению. Оно представляет собой стадию, не совпадающую с обсуждением. Так, во всяком случае, принято считать в отношении сложного волевого акта. Процесс обсуждения, выбора – сложный психологический процесс, на механизме которого нет надобности останавливаться в данной работе. Очевидно, что всякое подлинно волевое действие целенаправленно и избирательно, включает в себя и выбор, и принятие на его основе решения. Существует мнение, согласно которому принятие решения и выработка плана относятся к интеллектуальной стороне мотивационного процесса¹³⁸. И то и другое – элементы воли, единого процесса, в котором интеллектуальной стороне отводится достойное место.

Решение не ограничивается только постановкой окончательной цели, необходимо разработать план, обдумать способы достижения цели¹³⁹. Но и этого недостаточно. Возможно, что все ясно и способ избран, но на исполнение человек в конце концов не решился. Решение далеко не всегда переходит непосредственно, автоматически в исполнение. Могут возникнуть трудности, которые нужно преодолеть¹⁴⁰. Для этого необходимы усилия. Можно сказать, что в исполнении и выражается воля человека. Нередко именно переход к исполнению сопряжен с сознательным напряжением –

усилием, находящим разрядку уже в волевом действии. И здесь мы тоже сталкиваемся с выбором, с подлинной борьбой за исполнение решения, за реализацию цели. Иногда изменяется обстановка, появляется желание отказа от исполнения. Доведение регуляции до конца – сложный процесс. В ходе реализации цели, удовлетворения потребностей и интересов, в объективном волевом действии продолжается психическое регулирование – новые стадии борьбы мотивов, выбора, принятия решения, применения усилий. Волевой процесс – процесс не статичный, поэтому можно утверждать о динамичности воли. Удельный вес стадий, фаз волевого процесса меняется, меняется и ядро этого процесса. Поведение человека – непрерывная цепь взаимосвязанных процессов, в которых формируются цели, происходит выбор между ними. Нельзя исключить из процесса и такие компоненты, как память и установка, анализ ситуации, выработка с их учетом и с учетом мотива программного инварианта. Нельзя не учитывать и разные стороны выбора: по субъективной привлекательности, ценности, вероятности достижения¹⁴¹. Наконец, называют еще и контроль за исполнением, сравнение достигнутого с желанным и, с учетом этого, производство регуляционной коррекции¹⁴². Как видим, волевой процесс – сложный, многоаспектный, многогранный, не стандартный психологический процесс. Рассмотрение проблемы воли и волеизъявления недопустимо без понимания содержания воли, ее детерминации, их своеобразия и специфики.

Глава 3. СВОБОДА ВОЛИ

§ 1. ФИЛОСОФСКИЕ КОНЦЕПЦИИ СВОБОДЫ ВОЛИ

Справедливы утверждения, что свобода воли – это центральный пункт философского учения о человеческой жизни¹, вечная и актуальная проблема². Она теснейшим образом связана с правом. «Невозможно рассуждать о морали и праве, – говорил Ф. Энгельс, – не касаясь вопроса о так называемой свободе воли, ...об отношении между необходимостью и свободой»³. Об этой проблеме писали и теологи, и философы, и моралисты, и юристы, рассматривая ее с разных сторон, выставляя аргументы pro и contra⁴. Буржуазные ученые признают, что вопрос о свободе воли является самым запутанным из всех вопросов, он являет собой сплетение теории с постулатом⁵. Так, конечно, рассуждают те, которые не стоят на позиции диалектического материализма, дающего ясное и единственно правильное представление о свободе воли. В философии издавна стояли вопросы: свободна ли воля, свободно ли волеизъявление, что такое свобода воли? Они вызывали борьбу материализма и идеализма, индетерминистических и детерминистических взглядов. Античные философы нередко свободу воли отождествляли со свободой действия, понимая под ней, как, например, Аристотель, такую волю, осуществлению которой не мешают препятствия. Свобода воли сводилась к беспричинности действия⁶. Но даже Аристотель не был свободен от элементов фатализма, он считал, что случайность и

необходимость – взаимоисключающие явления⁷. Положительно относились к свободе воли эпикурейцы и стоики: воля человека не подвластна року, он может избегать зло. Нет ничего выше человека, «смеющегося над судьбой», – говорил Эпикур⁸.

Реакционные теории Августина и Фомы Аквинского, характеризуя «свободу воли» как безраздельное подчинение велениям бога, признавали в то же время доминирующую силу воли, управляющую действиями души⁹. Теологические учения утверждают, что свободу возвращает «божья благодать». Эта благодать – воля самого человека в деле «спасения его». Христианско-фаталистическое учение о боге «сосуществовало» со свободой человеческой воли. Это, как отмечает В. В. Соколов, «одна из наибольших «тайн» христианского вероучения». Все дает бог – постулирует христианская философия, но у человека есть рациональные способности, воля, которая, по Августину, заключалась в неограниченной способности к совершению «грехов»¹⁰. Именно бог наделил человека свободой воли, добрая воля – в подчинении; нарушив это, Адам передал свободную, но отягощенную стремлением к греху волю человечеству. Отсюда свободная воля создала пропасть между человеком и богом¹¹. Грехи – не божественное творение, а человеческое. Вместе с тем признавалось абсолютное могущество бога, основанное на полной свободе воли.

Индетерминисты утверждают, что воля полностью свободна, не зависит от воздействия мотивов, от внешнего мира. Они абсолютизируют свободу воли, считая ее самопричинной поведения: только признание воли абсолютно свободной позволяет обосновать ответственность, которую исключает неизбежность. Индетерминисты отрицают объективность закономерностей, необходимость. Это приводит к мистицизму и волюнтаризму. Характерны в этом плане реакционные взгляды одного из идеологов волюнтаризма Артура Шопенгауэра. Он утверждает, что сама по себе воля бессознательна и представляет «слепой, неудержимый порыв...», как вещь в себе воля «совершенно и во веки веков свободна», она не подвластна необходимости, которая отрицает свободу. Интеллект только *a posteriori* узнает решения воли, поэтому только кажется, что для воли существуют два противоположных решения. Мы обдумываем, на что же решиться – при наступлении условий, позволяющих свободный выбор, но интеллект способен лишь ясно расчленив мотивы, действительное решение он выжидает столь же пассивно, как решение чужой воли; оба решения только кажутся одинаково возможными, «в этом и заключается иллюзия эмпирической свободы»¹². С одной стороны, начисто отвергается всякая детерминированность поведения, но с другой – сама эта воля, совершенно недоступная человеку, непостижимая для него, правит человеческим поведением. Шопенгауэр восклицает: «Человек не может уклониться от поступков, которые должен совершить». По его мнению, жизнь – это море, полное водоворотов и подводных камней, мы приближаемся к неизбежному кораблекрушению – смерти, являющейся конечной целью томительного

плавания. Отдых от скуки дают человеку нужда и страдания. Мир, в котором мы живем, есть всецело воля и в то же время всецело представление. Жизнь человека – игрушка мировой воли¹³. Вот истинный смысл этих реакционных суждений – оправдание несправедливости, насилия. Шопенгауэр утверждает, что «свобода не подчинена никакой причинности: свободна только воля... Сам мир объясним единственно из воли»¹⁴ Интеллект, по его утверждению, это тоже орудие воли. Волонтаризм, иррационализм Шопенгауэра противоречив и фактически мистифицирует волевую свободу и активность человека, все подчиняя воле – метафизической сущности мироздания¹⁵. Резко критиковал подобные «бредни философского идеализма», возводящие волю во всеобщую- универсальную абстракцию, В. И. Ленин¹⁶.

Истинную сущность духа как движущую силу видел Фихте. Индетерминистическая суть такой позиции заключается в том, что воля имеет основания в самой себе¹⁷. Фихте волю считал практическим разумом, основой познания. Это философия чисто идеалистическая. Интеллект, по Фихте, определяется волен, в основе которой лежит закон долженствования, примат «нравствен но волевого начала». По Фихте, в основе знания вера, она является решением воли придать значение знанию. Он утверждает- приоритет веры над знанием, воли над интеллектом. Учение Фихте оказало влияние даже на волонтаризм Шопенгауэра, по если у Фихте воля понимается как цель для самой себя – стремление к преодолению чувственных склонностей, то у Шопенгауэра – стремление к удовлетворению их. Фихте высшим принципом всего разума сделал закон автономии воли, который она сама себе дает. Телесность человека, по Фихте, – это категория воли, а не природы, и не природой, а своей свободой определяется человек. Философия права есть учение о предпосылках свободного действия, нужно ограничивать свою свободу понятием о свободе других, но этих других мы не познаем, а признаем. Свободен не тот, кто ничему себя не подчиняет, а тот, кто подчиняет себя высшему¹⁸. В этих взглядах проявляется субъективный идеализм Фихте.

Безразлично, руководит ли всем случай, или бог, или слепая иррациональная воля. Ничего в этом фатально-определенном мире изменить нельзя. Волонтаризм впадает не просто в противоречие, но заходит в тупик, становясь оборотной стороной фатализма¹⁹. Из этого тупика пытались выйти то путем указания на цель воли, то путем замены самой воли чем-то другим. Но суть от этого не менялась. Так, Ницше считал, что первоосновой всего является «воля к власти», к господству. По его мнению, воля к власти – это сама жизнь, а если это миф, то значит и жизнь выражает себя в нем²⁰. Та же мистическая воля, но она приобретает еще более реакционную сущность, оправдывая угнетение, насилие, подчинение слабых сильным. У избранных воля является созидающей, ценность человека определяется силой импульса господства, воли к власти.. Каждая клетка навязывает свою волю к власти ради самой этой власти. Это не только философский волонтаризм, а гимн сверхчеловеку, фашизму, элитизму, фюрерству, свободе для избранных.

Одним из первых Ницше поднял на щит волюнтаризм, но и сегодня в реакционной буржуазной философии у него немало последователей²¹.

Цель жизни – смерть, цель жизни – власть, цель жизни – сексуальные влечения. Меняются цели, но суть одна – фатальная предопределенность, тупик. Правда, в последнем случае сексуальная энергия – либидо отделяется от воли. Идеолог этого учения³. Фрейд утверждает, что воля и разум бессильны перед властным и могучим зовом биологического инстинкта. Иными словами, он над волей ставит еще одну силу, силу бессознательную–влечение.³ Фрейд считает, что им нанесен самый существенный удар по самолюбию человечества, так как доказано, что «человек не хозяин в собственном доме», поскольку сознательное в его психике подчинено бессознательному. Фрейд биологизирует человека, снижает его до животного уровня²². Но он чрезвычайно биологизирует и сексуализирует бессознательное или, как указывает А. Е. Шерозия, «область воли бессознательного»²³, допуская при этом сомнительную связь воли с бессознательным. И хотя Фрейдом утверждается детерминированность сексуального влечения внутренним органическим источником, но оно властно требует своего удовлетворения. Это все те же тяжелые кандалы предопределенности, все тот же фатализм, хотя и в другом одеянии. Человек зависим, он не свободен, но сама эта предопределенность– безудержное, бессознательное, по сути стихийное, аффективное. И данная концепция в высшей степени реакционная. Согласно фрейдизму, сексуальные влечения являются двигателем всей цивилизации. Это и обеспечило триумф фрейдизма на Западе²⁴. С точки зрения марксизма, и указанные сферы человеческой жизни вполне подчинены волевому регулированию, а фрейдистский «пансексуализм», беспомощность воли должны быть полностью отвергнуты. Кстати, сам Фрейд заявлял, что он мог свободно постулировать любую концепцию до тех пор, пока ее не опровергала наука. Не изменяется суть вопроса, если место фрейдовского либидо занимает стремление к безопасности и удовлетворению, как это делает Карей Хорни, основываясь (как на движущей силе) все на тех же бессознательных эмоциональных побуждениях и на подавляющей силе других желаний, потребностей. И эта воля по своей сути подстать воле к власти, воле к вере, воле к сексу. Затем еще появится воля к разрушению²⁵.

Особое место занимает трансцендентальная свобода Э. Канта, на которой основывается практическая свобода. Он утверждает, что необходимо допустить первопричину – абсолютную само-определенность причин – в этом и заключается трансцендентальная свобода, не совместимая с законом причинности, иначе она не была бы свободной. Свобода – способность самопроизвольно начинать состояние – является частой трансцендентальной идеей. Свобода не может быть познана – она вещь в себе, в нее можно только верить. Практическую свободу можно определить как независимость воли от принуждения мотивами чувственности. Человек обладает свободой воли; если бы воля определялась необходимыми мотивами, тогда и было бы спасения трансцендентальной свободе. Уничтожение ее вело бы к

уничтожению практической свободы. Выход один – в раздвоении субъекта. Свобода абстрактна, оторвана от людей и действительности. Автономия воли – это ее свойство, благодаря автономии воля сама себе закон. Кант в «Критике чистого разума» борется с фатализмом, волюнтаризмом, но фактически допускает дуализм: господство закономерностей в мире явлений, а свободу лишь в вещах в себе, удаляющуюся в сверхприродный мир, понимаемую как самопроизвольной причины. По существу, под флагом соединения свободы и необходимости Кант их полностью разъединяет²⁶. Своим могучим авторитетом он заявляет: причинность и необходимость исключают свободу²⁷. По Канту, необходимые условия поступка находятся в предшествующем времени, поэтому в момент действия они не во власти человека и он не бывает свободным. Кантовские агностицизм и дуализм явились причиной антидиалектического решения им вопроса о необходимости и свободе²⁸. Кант полагал, что ни свобода человека, ни его бессмертие, ни существование бога не могут быть доказаны. Но признание всех их необходимо. Так, признание свободы необходимо для признания ответственности как условие вменения²⁹. На позиции трансцендентального идеализма индетерминистского толка стоя; Шеллинг. Он утверждал, что свобода обнаруживается в с» стоя в произволе, ей не свойственна закономерность, а гармония с ней мыслима лишь «благодаря чему-то высшему». Только произвол убеждает сознание в том, что свобода воли существует. Но и свобода, приравненная к произволу, не может быть абсолютной волей, а только внешним ее обнаружением³⁰. Необходимость и свобода, с точки зрения Шеллинга, противоположны как сознательное и бессознательное³¹. Даже многие ученые – детерминисты стояли на метафизических позициях: воля или абсолютно свободна, или абсолютно несвободна. Отсюда и встречающееся отрицание вообще свободы воли или, как, например, у Д. Локка, связи свободы и- воли. Он полагает, что воля является ничем иным, как силой ума распоряжаться рассмотрением идеи или воздержаться от этого, предпочесть движение покою или нет. Применение этой силы, управление отдельным действием или воздержание по приказу ума – это воление или хотение. Поскольку человек может предпочитать то или другое, постольку он свободен. Вообще Локк имеет в виду свободу решения действовать или нет, сами же суждения человека детерминированы. Именно поэтому он в конце концов категорично утверждает: свобода не присуща воле. Более того, философ считает, что вопрос о свободе воли неправилен и спрашивать об этом нелепо, аналогично вопросу о быстроте сна или о квадратности добродетели. По мнению Д. Локка, воля – это одна сила или способность, а свобода – другая; сила мышления не действует на силу выбора, а сила выбора не действует на силу мышления. Свобода присуща не воле, нужно говорить не о свободе воли, а о свободе человека. В отношении актов воли человек не свободен, он подчинен необходимости, нельзя быть одновременно и свободным и не свободным. Человек не может воздержаться от хотения, поэтому он не свободен хотеть или нет³². Во взглядах Д. Локка на свободу и волю мы видим и колебания, вообще присущие этому философу,

который допускал отступления в пользу идеализма. Детерминированность воли признавал Д. Юм. По его мнению, свобода означает «способность действовать сообразно решению воли», но поскольку она детерминирована, нет места для свободы³³.

К отрицанию свободы воли привела натурализация понятия свободы. Так, Гоббс считал, что свобода означает отсутствие сопротивления. Вода в сосуде не свободна до тех пор, пока сосуд не разбит. В этом смысле свободны и рабы, если они не связаны и не в тюрьме. Но свобода совместима с необходимостью: вода реки имеет не только свободу, но и необходимость течь по руслу³⁴. Поступки человека одновременно и свободны, коль скоро совершаются добровольно, и необходимы, так как его воля детерминирована, – утверждает А. Коллинз. Страсти, желания, чувства, разум детерминируют выбор. Человек – «необходимый агент» и это не снимает ответственности. Такая концепция не выходила за рамки механистического детерминизма³⁵.

Метафизичен детерминизм французских материалистов, которые считали, что все predetermined, фатально неизбежно, везде господствует непреодолимая сила – необходимость, отождествляемая с причинностью. Такая абсолютная необходимость переходит в фатальность. Подобный детерминизм признает за детерминизацией силу абсолютно противоположную свободе, не совместимую с ней. Свобода сравнивается с волей лошади, упряжь которой позволяет двигаться только в одном направлении³⁶. Французские материалисты XVIII века говорили о свободе как о заблуждении мухи, полагающей, что она движет карету. Кстати, и позднее – в высказываниях вульгарных материалистов – мы встречаемся с пониманием свободы воли как свободы со связанными руками, свободы птицы в клетке. П. Гольбах волю понимал как модификацию в мозгу, предрасполагающую к действию. Отсюда – поступок наш необходим, он следствие импульса, полученного от мотива, от предмета, идеи, которая модифицировала наш мозг или предрасположила нашу волю. Мы всегда действуем по необходимым законам. П. Гольбах сравнивает волюте шаром: она должна изменять свое направление, раз на нее подействовала большая сила. Выбор, по его утверждению, отнюдь не доказывает наличие свободы; человек обдумывает только тогда, когда не знает, как ему поступать. Действие – всегда результат детерминированной воли, мы никогда не властны над нашей волей, мы никогда не действуем свободно³⁷. Философы заблуждаются, продолжает свои рассуждения П. Гольбах, вообразив в воле человека первый двигатель поступков; волю приводят в движение многие причины. Человек может воспрепятствовать желаниям, если оценит последствия, но он далеко не всегда властен оценивать эти последствия. Мотив поведения человека не в его власти. Мы воображаем, что действуем свободно, не добравшись до причин. Итак, «человек не свободен ни одну минуту своей жизни»³⁸. В этих рассуждениях П. Гольбаха детерминизм вполне соседствует с механистической трактовкой категорий необходимости и случайности и, по существу, с фатализмом. Но фатализм отрицает ответственность, поэтому, допуская непоследовательность, французские

материалисты должны были признать право общества защищать свои интересы. И все же они не ограничились лишь тем, что отвергли индетерминизм. Они полагали, что необходимость не исключает свободу, которая и есть заключенная в самом человеке необходимость. Но метафизичность не позволила им раскрыть сущность целесообразной деятельности.

Решительным образом критиковал противопоставление свободы необходимости Б. Спиноза. Осознанная необходимость, т. е. осознанное как действительно необходимое, и есть, по его мнению, свобода. Человек, как утверждает философ, раб своих страстей, причины которых независимы от его воли, от его разума. Но он может освободиться от них при помощи другой страсти – познания. Свобода – в самопознании и самообладании, в господстве разума над чувствами. Спиноза полагал, что люди только осознают свои желания, не зная их причин, они думают, что свободны. Воля причинно-обусловлена и необходима. Именно поэтому принуждение противопоставляется свободе. Говоря о свободе как о наивысшей активности, Б. Спиноза фактически отводил человеку пассивную роль, утверждая, что он свободен не более, чем любой камень, который, если бы мог мыслить, считал, что падает по своей воле. Необходимость Спиноза рассматривает в единстве со свободой, но его необходимость отождествляется с причинностью, он не находит места для случайности. «В природе вещей, – утверждает философ, – нет ничего случайного, но все определено к существованию и действию по известному образу из необходимости». Мыслительные действия, единственной причиной которых является душа, называются хотениями, а сама душа как причина для их возбуждения – воля. Душа – воля свободна, ибо она мыслящая вещь, утверждающая и отрицающая³⁹. В этих рассуждениях проявляется непоследовательность Б. Спинозы. Он не исключает наличия причин, определяющих волю к существованию и действию. Причины всегда, по его мнению, найдутся, поэтому «воля не может быть названа свободной причиной», а причиной необходимой или принужденной. Отсюда гипертрофируется необходимость. Трудно согласиться и с отождествлением воли с разумом, хотя философ, как мы указали, считает, что человек обладает способностью делать, что хочет, при этом воля простирается далее, чем разум, но не далее восприятия. Воздержание в суждениях есть восприятие, а не свободная воля⁴⁰. Однако Б. Спиноза далек от фатализма, является противником свободы произвола и признает сосуществование необходимости и свободы: свобода – форма проявления необходимости, свобода не в свободном решении, а в свободной необходимости. Принуждение – слепая необходимость, свобода – необходимость осознанная. Процесс свободы, по Спинозе, означает процесс познания. Ошибка философа в том, что свобода, по его мнению, заключается только в сознательном подчинении познанной необходимости, поскольку противоборствовать ничему нельзя⁴¹. Итак, по учению Б. Спинозы, воля фикция, только идея, абстракция. Рационалистическая концепция свободы Спинозы

противоречива. Человек получает возможность господствовать над собой, только подчиняясь железной необходимости, более того – приспособляясь к ней. Значение его учения в том, что в фокус его философии поставлено утверждение о совместимости необходимости и свободы, но эта философия созерцательная и, по существу, фаталистична (как у стоиков: соглашающихся судьба ведет, сопротивляющихся – тащит)⁴². Свобода у Спинозы – достояние мудрецов: свободен тот, кто созерцает необходимость⁴³.

В диалектическом единстве рассматривал свободу и необходимость Гегель. Но он был идеалистом и поэтому полагал, что свобода есть вечная внутренняя необходимость, она составляет субстанцию воли, а последняя является исходным пунктом права, многие положения которого объяснимы лишь через свободу воли. Удобно считать, пишет Гегель, что свобода воли нам дана как факт сознания и мы должны верить в это. Свобода представляет собой определение воли – свободное и есть воля, а без свободы воля представляет собой пустые слова⁴⁴. Свобода в том или ином ее аспекте характерна для воли, но воля не сводится к свободе. Гегель считал, что воля свободна только в себе и для нас. Свободой называют произвол – возможность выбора. Но именно в произволе, утверждает Гегель, воля проявляется как противоречие; в нем заключается причина несвободы. Человек Только думает, что ему дозволено поступать произвольно. «Свободная воля – есть подлинная идея». Гегель считал, что недопустимо освобождать человека от ответственности за совершенное зло со ссылкой на то, что раз зло необходимо, то человек, избравший его, не виноват. Решение человека, полагал Гегель, есть его собственное деяние, деяние его свободы и его вины⁴⁵. Гегель понимал, что свобода в сознании является лишь понятием свободы, а не живой свободой, но его идеализм был сильнее его понимания. Его свобода сводится к самопознанию, хотя он и пошел дальше понимания свободы как познания⁴⁶. Гегель отбрасывает кантовскую «вещь в себе», разъединявшую свободу и необходимость, утверждая, что свобода без необходимости внутри себя и необходимость без свободы – абстрактны. Он выступает против воли в форме случайности. Гегель против фатализма и против метафизической постановки вопроса о свободе воли. Он диалектик. Необходимость еще не свобода, а предпосылка таковой. Но Гегель и идеалист. Необходимость и свобода у него категории, характеризующие развитие абсолютного духа, идеи; эта идея и обладает полной свободой, достижение свободы возможно лишь в мыслях, в понятии⁴⁷. Гегель отошел от понимания необходимости как неизбежной причины, признавая, что случайное в природе – сама необходимость. Однако его понимание необходимого не лишено недо-статков⁴⁸. В основе понимания Гегелем свободы поли лежит единство мышления и воли. С точки зрения Гегеля, быть подлинно свободным – это означает сознательно подчиняться существующим законам. Идеализм Гегеля очевиден, но он угадал диалектику свободы и необходимости⁴⁹. И все же идеалистическая философия не позволила ученому подняться до подлинного понимания свободы воли.

Критически оценил гегелевское сведение свободы к свободе духа Л. Фейербах. Свободен человек, действующий необходимым образом, свобода – это согласование поведения с сущностью человека. Л. Фейербах оспаривает ничем не обусловленную свободную волю, даже объясняемую правом выбора между жизнью и смертью самоубийцы. Основу воли составляет возможность добиться желаемого. Л. Фейербах, стоя на материалистических позициях, утверждает, что воля всегда связана с объективной действительностью, с человеком. Он говорит: «Воля – это не колдун или волшебник, это не способность, всегда готовая в любое время и в любом месте к каким угодно фокусам; воля связана с пространством и временем, как и вообще человек, ибо, что такое воля, как не желающий человек?» Подчеркивая важность связи воли с желанием человека, Л. Фейербах в то же время говорит о детерминированности желания. Суть свободной воли – это стремление к счастью. Нужно отличать, утверждает Л. Фейербах, волю в мысли («я хочу») от действительной воли. Гегель говорил, что воля без свободы пустота, но свобода без счастья, по словам Л. Фейербаха, – не свобода⁵⁰. Таким образом, у Фейербаха воля фактически сводится к удовлетворению естественных потребностей, свободная воля заключается в стремлении к счастью, в предоставлении человеку в соответствии с его силами и способностями неограниченной сферы действия, в господстве над собой. Но этого еще недостаточно для понимания подлинной свободы воли.

Русские революционные демократы связывали осуществление выбора с знаниями. Ближе подошли они к пониманию свободы как целенаправленной, сознательной, основанной на знании (необходимости) деятельности, не имеющей ничего общего с произволом⁵¹.

Уходят от подлинного понимания свободы и современные буржуазные философские концепции. Среди них немало идеалистических учений о свободе, отрывающих ее от природы и общества. Эти взгляды характеризует мистификация свободы. Чрезвычайно распространены на Западе экзистенциалистические взгляды на свободу. С точки зрения экзистенциалистов, существовать и означает свободно выбирать свою сущность; в результате свободного выбора судьбы создается личность. Свободны и волевые акты, и эмоции, и страсти. Но именно это и приводит их в лабиринт противоречий. Если свободна внутренняя жизнь, не означает ли это, что нет вообще свободы, что человек действует под влиянием слепой страсти, без мотивов?⁵² Экзистенциалисты, ратуя за выбор, в то же время утверждают о его априорной определенности, о лимитированности свободы. Такая свобода доказывает бессилие и обреченность людей. По Сартру, человек фактически безволен, он поступает бессознательно⁵³. Сартр выступает за автономию выбора, но сводит ее только к свободе мышления⁵⁴. Противоречия экзистенциалистов не только в этом. Одни из них условием свободы признают существование бога, другие стоят на атеистической позиции. Но все они решают проблему свободы в субъективистском, идеалистическом плане. Человек – это свобода, как: утверждает Сартр, но это

всегда «моя свобода», свобода коренится в небытии, она ничто, состояние чистого сознания (экзистенция). С точки зрения экзистенциалистов, свобода не относится к: характеристике воли, а воля является свойством свободы, детерминируется ею. Свобода отделяется от воли, сама порождает мотивы и цели. Любые возможности, определяющие выбор, – это – собственные возможности, если что-то определяет выбор, то значит сам человек позволил этому «что-то» воздействовать на принятие решения, на выбор, он ничем не детерминирован, как и свобода. Но от самого выбора нельзя отказаться – в нем существование. В этом заключается абсолютизация ответственности и ее тотальность – за всех и за все⁵⁵. Вообще некоторые экзистенциалисты утверждают, что для человека остается лишь одна свобода – свобода смерти, истинная свобода – это рабство. Справедливо, поэтому, замечание о том, что эта философия не имеет никакого права называть себя «философией свободы»⁵⁶. Свобода ею сводится к случайности, хотя и вуалируется преодолением произвола. Все поставлено на голову: именно незнание позволяет осуществить свободный выбор, решение допустимо только в неизвестных ситуациях, на незнании основывается культ решения, культ выбора, к которому сводится свобода. Экзистенциализм отрицает детерминизм, обусловленность поведения. Любое поведение человека имеет причину только в нем самом, а все внешние мотивы волевых актов исключаются⁵⁷. Воля превращается в аналогию произвола. М. Хайдеггер смертью обосновывал дозволенность поступков⁵⁸. Характерно высказывание Р. Ланге о том, что волевые действия выявляют возможности свободы, вопреки причинной связанности, определяют недетерминированность поведения⁵⁹.

Многие философские направления Запада занимаются сейчас проблемами свободы. Феноменолог и персоналист Поль Рикёр, например, полагает, что свободная воля заключает в себе парадокс: с одной стороны, решение определяется свободным субъектом, но с другой – мотивы, детерминирующие выбор, сами оказываются детерминированными другими. Отсюда, человек не свободен в выборе мотивов. Рикёр предлагает чисто словесное решение этого противоречия. Для того, чтобы применить ответственность, необходимо дополнить субъективную способность выбирать моментом универсальности и рациональности, увязать произвол индивидуальной воли с волей других и с законом, но при этом не утратить автономию воли. Сначала человек свободен, а затем сообразует с этим свою волю. Встречаются и откровенно иррационалистические и волюнтаристские концепции свободы воли, свобода иногда даже перерождается в солипсизм – субъективный идеализм, доведенный до крайности. Есть, например, такие высказывания, как: «Воля сама имеет привилегию избирать мотивы. Никакой мотив не может нас заставить поступить так или иначе», «Дух – корень свободы»⁶⁰. В философии США имеется большое влияние прагматизма и религиозного фанатизма. Это содействовало распространению иррационализма. Кстати, одной из работ прагматистов еще в конце прошлого столетия была книга Джемса «Воля к вере» («Зависимость воли от веры»)⁶¹.

В буржуазной философской литературе нередко вообще отрицается возможность научного познания этой проблемы, свобода воли признается продуктом самосознания, и о своей свободе субъект может знать только сам (М. Планк). Нельзя не заметить, что отрицание реальности свободы воли встречается и у некоторых философов, занимающих по ряду вопросов правильные позиции⁶². Показательны и взгляды одного из наиболее ярких представителей так называемой франкфуртской школы. Г. Маркузе, который, якобы вскрывая пороки Фрейда, вообще отрицает реальность свободы. Он полагает, что борьба против свободы повторяется в душе каждого, а научно-технический прогресс, проникнув и в сферу бессознательного, блокировал влечение к свободе⁶³.

Итак, не одним поколением философов предпринималась попытка раскрыть проблему воли, свободы, но даже те мыслители, которые возвышались до признания внутреннего единства свободы и необходимости, находясь в плену неправильных концепций, не могли до конца разобраться в этом вопросе⁶⁴.

Подлинное понимание свободы воли, диалектику свободы и необходимости раскрывает только марксистская философия.

Когда мы обращаемся к словам В. И. Ленина о том, что детерминизм «устанавливает необходимость человеческих поступков, отвергая вздорную побасенку о свободе воли, нимало не уничтожает ни разума, ни совести человека, ни оценки его действий»,⁶⁵ – мы прекрасно понимаем, что В. И. Ленин имеет в виду не отрицание свободы воли, а «вздорную побасенку» о ней. Это подтверждают слова В. И. Леанна о том, что «только при детерминистическом взгляде и возможна строгая и правильная оценка, а не сваливание чего угодно на свободную волю»⁶⁶. Марксизм не только не отрицает свободы воли, а, наоборот, считает, что лишь подлинно свободная воля позволяет правильно ориентироваться, нужным образом воздействовать на объективные процессы. Но эта подлинная свобода заключается не в абсолютном и слепом произволе, а в познании объективных законов, в знании необходимости соответствующего развития объективных процессов, что именуется «знанием дела». Но не только лишь знание характеризует свободу воли, она реализуется в регулировании поведения в соответствии с этим знанием, с познанной необходимостью. Известно очень точное определение Ф. Энгельсом свободы воли: свобода воли «не что иное, как способность принимать решение со знанием дела»⁶⁷. Свобода воли означает возможность при принятии решения правильно оценивать ход объективного развития, а поэтому принимать правильное решение, соответствующее достижению положительного результата или препятствующее наступлению результата отрицательного. Именно в этом и должна выражаться свобода воли. Суть вопроса о свободе воли – и отношении между необходимостью и свободой, в признании допустимости «разумного действия» человека, в возможности противостоять некоторым объективно обусловленным явлениям. Детерминизм, с точки зрения марксистско-ленинской философии, не уничтожает ни разума, ни оценки человеком его действий, т. е.

необходимое развитие объективного процесса никоим образом не парализует человеческую свободу, а наоборот, позволяет, при познании этой необходимости, свободно действовать, быть активным, избирать правильное, нужное, наиболее оптимальное поведение. Детерминизм «именно и дает почву для разумного действия»⁶⁸. В этом свобода, а не в слепом уповании на случай. В этом полная и подлинная, а не относительная и ограниченная свобода воли. Чем больше знает человек, тем глубже его познания, тем он более свободен. «Чем яснее, всестороннее и глубже люди познают необходимость, – пишет Д. А. Керимов, – тем выше уровень их свободы, тем свободнее их воля»⁶⁹. Вздорная же побасенка о свободе воли – это понимание ее независимости от необходимости, от объективных закономерностей. Такую свободу марксизм полностью отвергает, как отвергает он и полную пассивность человеческой воли, фатальное подчинение ее предопределенности.

Что должен означать включенный Ф. Энгельсом в определение свободы воли признак «способность принимать решение»? Он означает не только знания, но и реальную возможность активно действовать в соответствии с этими знаниями, со знанием дела, в соответствии с законами природы и общества. Связь свободы с практической деятельностью людей решительно отличает «осознанную необходимость» в трактовке Спинозы и Гегеля от понимания свободы воли в учении диалектического материализма⁷⁰. «Не в воображаемой независимости от законов природы заключается свобода, – писал Ф. Энгельс, – а в познании этих законов и в основанной на этом знании возможности планомерно заставлять законы природы действовать для определенных целей»⁷¹. Это относится и к законам, управляющим «духовным бытием самого человека», и к обычным жизненным ситуациям. Ошибочно мнение, что понимание марксистско-ленинской философией свободы воли не может относиться к житейской практике, а следовательно, – к вопросу о юридической ответственности, к деятельности правонарушителя⁷². Недопустимо к отдельным явлениям подходить с учетом марксистского понимания свободы воли, а к другим – с учетом иного понимания этой свободы. Подход должен быть единым. Справедливо замечание А. А. Пиантовского, что данное Ф. Энгельсом понятие свободы воли является единственным понятием, приемлемым для материалиста. Это, однако, не означает признание преступления «осознанной необходимостью»⁷³. С точки зрения идеалистического толкования свободы воли, последняя свободна лишь тогда, когда она неуправляема и непознаваема. Такой взгляд, как и признание фатальной предопределенности воли, приводит к волевому произволу⁷⁴, к разрушению принципа вины и ответственности. В юридической литературе встречается высказывание о том, что Ф. Энгельс не являлся сторонником концепции полной свободы воли. Прав, конечно, А. М. Яковлев, полемизирующий по этому вопросу с Б. С. Волковым и доказывающий, что нельзя связывать применение ответственности только со свободой воли, что не это хотел сказать Ф. Энгельс⁷⁵. Говоря о свободе договора в условиях капитализма, Ф. Энгельс действительно берет слово

«свободный» в кавычки, имея в виду отсутствие подлинной свободы волеизъявления, равенства, т. е." вынужденность заключения договора, диктат. Совсем иной смысл вкладывается в слова «полная свобода воли». В других значениях слова «свобода воли», «полная свобода воли» Ф. Энгельс в кавычки не берет. Свобода воли связана с необходимостью, с познанием, с целью, с деятельностью. Реализация цели в результате действия является проявлением свободы. Философия марксизма-ленинизма понимает свободу как действие в соответствии с познанной необходимостью⁷⁶. Свобода – понятие более широкое, чем «свобода воли», но они отнюдь не противоположные понятия. Марксистско-ленинская философия понимает свободу не только как познание необходимости, способность и возможность принятия решения, но и как единство познания и практики, как практическую реализацию необходимости в процессе сознательной деятельности, как свободное действие⁷⁷. Справедлив вывод Р. И. Косолапова, что, согласно учению марксизма, свобода – это не только познанная, но и практически освоенная необходимость. Познанная необходимость для превращения в свободу должна быть учтена в человеческой деятельности, стать ее законом⁷⁸. Свобода воли неотделима от действия, от реализации свободной воли. Нельзя не обратить внимания на недопустимость рассмотрения марксистского понимания свободы воли в двояком смысле: познанная необходимость и способность принимать решения со знанием дела, как это делает Г. Веттер. Он утверждает, что в первом случае нельзя говорить о самой свободе, а только о ее необходимой духовной предпосылке; не осведомленность, а сознательное принятие решения выражает сущность свободы⁷⁹. Познанная необходимость и способность принимать решения со знанием дела – это две стороны одного понятия. Точнее, второе является развитием первого. Речь ведь идет не о самом решении, не о способности вообще решать, а о способности решать со знанием дела. Такая способность обусловлена познанием необходимости. Здесь не предпосылка, а обусловленность, неразрывная связь, в совокупности раскрывающая понятие «свобода воли». Другое дело – само решение, сам выбор.

Итак, без познания необходимости наша воля слепа, но слепа без человеческого познания и сама необходимость. Мы свободны только тогда, когда познали необходимость, а «пока мы не знаем закона природы, – отмечал В. И. Ленин, – он, существуя и действуя помимо, вне нашего познания, делает нас рабами «слепой необходимости». Раз мы узнали этот закон, действующий (как тысячи раз повторял Маркс) независимо от нашей воли и от нашего сознания – мы господа природы»⁸⁰.

Понятие «свобода воли» включает в себя не только познание необходимости и способность принимать решения со знанием дела. Знание, познание дают возможность человеку властвовать над своим поведением⁸¹, подчинять его познанной необходимости. В этом выражается связанный с предыдущим второй критерий свободы воли – господство над собой. Свобода означает не только господство над обстоятельствами, но и над собой. Оно позволяет человеку свободно действовать в соответствии с

требованиями закона, интересами общества⁸². Марксистская философия понимает свободу воли как основанное на познанной необходимости господство и над самим собой, и над внешней природой, которое сводится к познанию законов природы и правильному их применению⁸³. Господство человека – в регулировании действия в соответствии с познанной необходимостью, поэтому оно и компонент свободы воли, и само проявление этой свободы. Человек, обладающий свободой воли, не может выйти за пределы необходимости⁸⁴. Это, конечно, верно. Если познанная необходимость как предпосылка свободного действия создает способность и возможность свободно проявлять волю, то основанное на этом познании господство над собой означает не только способность и возможность проявлять волю в соответствующем направлении, но и подчинение выбора поведения этому познанию, т. е. по существу само свободное регулирование – регулирование в соответствии с познанной необходимостью, ибо только в этом может быть выражено «господство».

Вне всякого сомнения, свобода является свойством воли, ее природой, без свободы нельзя говорить о регулировании поведения. Правильно утверждает В. Е. Давидович, что воля без свободы есть просто фикция. Но вряд ли можно согласиться с определением им свободы воли как присущей только человеку способности «сознательной регуляции своих поступков, селективности побуждений, индивидуально неповторимого преломления объективных причин в человеческой деятельности». Нельзя согласиться и с определением внутреннего аспекта свободы воли как «способности личности подчинять целенаправленному регулированию произвольную рефлективность и инстинктивность»⁸⁵. Как мы указали, господство над собой выражается не в способности, а в самой регуляции. Понятие «свобода воли» не совпадает с понятием «воля». Оно является предпосылкой свободного волевого процесса как психического регулирования поведения (познание необходимости, способность и возможность совершить основанный на этом познании процесс регулирования), но в то же время свобода воли включает в себя этот процесс, проявляющийся в господстве над собой, в подчинении регулирования поведения познанной необходимости, в практическом осуществлении, реализации его в соответствии с этой необходимостью.

Недопустимо понимать свободу воли как следствие внутренних изменений, вообще не детерминированных или лишь частично детерминированных внешней средой. Такой подход сводит свободу воли к чистой случайности⁸⁶. Как мы увидим ниже, случайности играют определенную роль в свободе выбора, но недопустимо считать, что именно случайности создают основу для свободы, для направленного изменения хода событий⁸⁷. Существует мнение, что свобода есть взаимоотношение между необходимостью и случайностью в процессе деятельности при возрастании контроля со стороны человека⁸⁸. Но правильней считать, что свобода является одной из форм развития и проявления необходимости, другая форма – случайность. Свобода не чисто психологическая проблема. Она не сводится только к свободе воли, а является проблемой теоретической

и практической³⁹. Для того, чтобы превратиться в свободу, познанная необходимость должна быть учтена в человеческой деятельности, стать ее законом, что требует еще дополнительных факторов, порожденных практикой⁹⁰. Но и свобода воли не пассивна. А. Г. Спиркин указывает, что свобода – это основанная на познанной необходимости способность выбора и деятельность с учетом этой необходимости. Свобода воли, как он отмечает, – это способ реализации, одна из возможностей действия, предполагающая выбор лишь одного ориентира⁹¹. Такое понимание свободы воли спорно, автор сводит эту категорию только к свободе выбора, о чем у нас пойдет разговор ниже. Тем не менее отграничение свободы от свободы воли правильное. В конце концов ученый обращает внимание на то, что свобода воли сводится не только к выбору, но и к «власти над самим собой – над своими влечениями и чувствами»⁹². Нельзя, однако, согласиться с разграничением этих понятий, которое встречается подчас в высказываниях философов (например, философа из ГДР В. Мюллера): свобода – это осознание могущества человека над природой и общественной средой, а свобода воли как более узкое понятие свободы сводится к способности регулировать свое поведение⁹³. Во-первых, это не просто способность, а способность, основанная на познанной необходимости; во-вторых, в понятие свободы воли включается и господство над собой; в-третьих, способность регулировать поведение, как психологическое понятие, не всегда связано со свободой воли.

Понятие свободы не является лишь антиподом принуждения. Нельзя не обратить внимания на одну из позиций фальсификаторов марксистско-ленинской философии. Речь идет о так называемых «научных» воззрениях Э. Фромма, который пишет о том, что ни Маркс, ни Спиноза, ни Фрейд не были ни детерминистами, ни индетерминистами, а были альтернативистами. Свобода, с точки зрения альтернативы, совпадает с актом выбора альтернативы, отсюда деятельность не свободна, а детерминирована выбором, она является не действием в осознанной необходимости, а действием на основе осведомленности о последствиях альтернативного выбора⁹⁴. Фромм видит выход из создавшейся неуверенности, бессилия и одиночества человека в капиталистическом мире в бегстве от свободы. Кстати, сам человек, по его мнению, совпадающему с мнением Фрейда, – это иррациональное животное, им управляют неодолимые стремления, а его разум – раб его иррациональных, бессознательных импульсов⁹⁵.

Суть марксистского подхода к проблеме свободы воли основывается на материалистически и диалектически понимаемом детерминизме. Господство человека над собой – это признак свободы воли, который существенно отличает марксистское понимание свободы от других философских взглядов. Но это господство не исключает, а предопределяет детерминированность воли.

§ 2. СВОБОДА ВОЛИ И СВОБОДА ВЫБОРА

Одним из центральных вопросов применения философского понятия «свободы воли» в нраве является вопрос о возможности признания свободной воли у правонарушителя. Эта одна из важнейших и дискуссионных теоретических проблем прежде всего связана с соотношением: «свобода' воли» и «свобода выбора».

Существует убедительно аргументированная точка зрения о недопустимости отождествления избирательного момента, выбора вариантов поведения со свободой воли. Это обосновывается тем, что возможность выбора далеко не всегда связана с тем, что такой выбор будет опираться на познанную необходимость, означать господство человека над собой. Более того, выбор не исключает варианта, находящегося в противоречии с необходимостью закономерного развития. Такой выбор свободен лишь в том смысле, что лицо свободно, сознательно пошло по пути нарушения, отклонения от необходимости, хотя имело все возможности избрать другой путь. Только избрание варианта поведения, не просто исходя из познанной необходимости, но и соответствующего таковой, можно считать проявлением свободы воли⁹⁶. Таким образом, признается свободным лишь выбор, основанный на знании необходимости. Эта позиция не отождествляет свободу воли со свободой выбора, при котором может быть и мнимая свобода⁹⁷. Нельзя свободу воли сводить только к выбору, как нельзя считать, что свобода воли обязательно является условием выбора, а сам по себе выбор всегда предполагает такую свободу. Свободу выбора характеризует выбор необходимого поведения, который в наибольшей степени соответствует интересам субъекта. Такую мысль выразил Г. В. Плеханов, понимавший свободу выбора как сознание лицом полной невозможности поступить иначе, что соответствует в то же время наиболее желательному для него варианту. Именно тогда необходимость отождествляется в сознании со свободой, а свобода – с необходимостью". И все же, должен ли выбор обязательно связываться с необходимостью? В. М. Гриценко считает выбор поиском со стороны субъекта наиболее реальных путей, способствующих наилучшим образом достижению цели¹⁰⁰. И хотя он говорит об обязательности предвидения, знания результатов выбора, способности принимать решения со знанием дела – это все же не означает, что выбор связан с необходимым решением. Такая точка зрения вызывает опасения ее критиков в том, что она может привести к волюнтаризму и субъективизму, во избежание чего нужно указать не только на знание последствий, но и на знание при поиске и отборе необходимости и ее конкретных проявлений¹⁰¹. Означает ли это, что знание необходимости должно обязательно привести к выбору варианта, соответствующего этой необходимости, что именно в таком случае выбор должен быть признан свободным? Выбор связан с цепью потребностей, интересов, целей, с опытом, знаниями, желанием, взаимодействующими с необходимостью. Поиски, выбор того, что

соответствует цели, происходят обычно на основе познанной необходимости¹⁰². Связь необходимости со свободой – в сознании лица. Это еще не означает, что выбор объективно соответствует необходимости, Сознание может быть искаженным, не отражать действительного положения. Истинно свободным может быть лишь выбор, основанный на истинном суждении о необходимости. Истинная свобода прямо пропорциональна истинности суждения, истинности знаний о необходимости. Чем больше знания по данному вопросу, чем свободнее суждение, тем большей необходимостью будет определяться его содержание¹⁰³. Познание необходимости – неперенное условие свободы, позволяющее сделать выбор нужного варианта поведения из множества вариантов¹⁰⁴. Но познание необходимости является неперенным условием подлинно свободного выбора. При выборе нельзя исходить лишь из необходимости, нужно ее дополнять и учетом случайности, опираясь на их диалектическую взаимосвязь¹⁰⁵.

Таким образом, можно сделать вывод, что не одна необходимость, определенная в сознании и субъективном суждении, должна обуславливать свободный выбор поведения. Должна быть исключена чисто механическая связь (части и целого) между актом выбора и свободным волением, – утверждает К. А. Новиков¹⁰⁶. Кстати, неокантианец В. Виндельбанд определял выбор как процесс уравнивания противоречий между хотениями, как примирение задерживающих друг друга хотений. Он допускал выбор, лишенный мотивов и вообще не относящийся к воле, а лишь к действию физиологического механизма, т. е. фактически не выбор, а отказ от выбора. И хотя, по утверждению Виндельбанда, в отличие от мифического, настоящий осел умнее и съест обе связки во избежание голодной смерти, это отнюдь не означает, что даже «осыпанный звездами» осел не «останется слом». Но ведь и человек, по мнению В. Виндельбанда, выбирает только то, что желает больше всего¹⁰⁷. Значит выбор не сводится к тому, что объективно необходимо, или к тому, что осознается как необходимое.

Можно говорить не только о свободе выбора, но и о свободе хотения, о свободе действия. Свобода действия – это уже исполнение решения, осуществление «решения воли». О свободе действия можно утверждать, когда отсутствуют препятствия, принуждение для осуществления решения. Но даже препятствия еще не означают отсутствия свободы, ибо свобода действия тесно переплетается со свободой выбора. По поводу свободы действия утверждают, что она относится к зависимости действия от воли. Свобода выбора сталкивается с разнообразием хотений в действии, т. е. противоречивы могут быть не желания, а действия, не все из которых выполнимы. Отсюда делается вывод, что хотя выбор есть чисто внутренний процесс, но он тесно связан с психофизическим процессом действия, поскольку в действии может быть единственный вариант; свобода выбора предполагает свободу действия, если же мы заранее знаем, что так поступать нельзя, то выбор теряет смысл¹⁰³. Вывод о связи всех фаз в принципе верный,

но нужно рассматривать эти связи в едином волевом процессе. Автор же говорит о противоречии «волевых импульсов», о «фазе выбора волевого акта» или даже о «чисто внутреннем процессе сознания», о «воле в результате выбора». Что же это за магическая сила, которая выбирает и решает? Но если исключить эти этимологические парадоксы, то нельзя не обратить внимания на суждения автора о детерминированности выбора мотивами, а том, что в основе свободы выбора лежит познанная необходимость. И все же трудно понять смысл утверждений: «воля не может чего-то хотеть» без конкретного мотива, хотя это отнюдь не означает, что «воля слепо плетется за мотивами», чем более познаны волей мотивы, тем «она будет свободнее выбирать и свободнее действовать». И совсем уже непонятно: свобода заключается в разумном выборе мотива, определяющего то или иное решение, в несогласовании решения с данными знаний¹⁰⁹. И дело- здесь не в том, что «воля что-то хочет, воля плетется, выбирает, действует», а в самом понимании свободы выбора. Мотив не выбирают, не в этом свобода. Но она и не в несогласованности с познанными данными.

Иногда проблема ставится несколько иначе: свобода возможности выбора и хотения. Возможности ограничены пределами. Человек может выбирать то, что хочет, но вопрос в том – зависит или нет от него то, чего он хочет, свободен ли он в этом хотении? Хотение зависит от требований жизни, они воспитываются у человека¹¹⁰. Правда, желать можно и невозможного. Но ведь не о такой «маниловской» фантазии идет речь. Желание связано и с мотивами, и с осознанием. Различая свободы хотения, выбора и действия, В. Виндельбанд считал, что в процессе выбора происходит соперничество желаний, если есть колебание в выборе, то есть чувство свободы, но есть чувство и несвободы¹¹¹. Нетрудно заметить, что непонимание автором подлинного смысла свободы воли привело его не к свободе как таковой, а только к чувству свободы и то лишь когда есть момент колебаний. Он утверждает, что за поступок признается ответственным выбор как его причина, а за выбор – хотение, которое является причиной выбора. Личность ответственна за свободные решения, если она сама со своим хотением является первопричиной. Иначе – ответственны причины¹¹². Порочность вывода автора в том, что он видит необходимость в сложившейся индивидуальности человека. Он причисляет человека как проявляющую волю индивидуальность к первопричинам, т. е. по сути – к «вещи в себе».

Свобода выбора требует познания возможностей для осуществления этого выбора, для его реализации. Выбор осуществим, когда имеются реальные возможности, в процессе удовлетворения потребностей и складывается ситуация выбора. Существуют различные критерии выбора, его оптимальности. Они являются его детерминирующими факторами. Все это верно, как верно и то, что выбор является одной из форм реализации объективных возможностей, удовлетворяющих потребности, и реализуется он в виде принятия решения¹¹³. Но в такой трактовке речь идет не о свободе выбора, а просто о выборе как об элементе воли. Наличие набора

возможностей, вариантов требует решения как средства изменения этого набора¹¹⁴. Чем больше свобода, тем больше возможность выбора, если же она сводится к минимуму, то выборная ситуация отпадает, решение приобретает однозначный характер. В этом как раз и заключается одно из проявлений соотношения свободы и выбора. Наличие «веера» возможностей – основа свободы выбора¹¹⁵. Истинно свободный выбор той или иной возможности заключается в обнаружении и реализации необходимости. Итак, поведение субъекта обычно не однозначно, он -должен из ряда возможностей избрать определенную. Это означает свободу выбора как волевого процесса. Принятие решения – кульминация в процессе выбора. Но принятие решения оценивается самим лицом как свободный акт, соответствующий его желанию, акт его воли. Свободный выбор создает подлинную свободу, пишет Н. М. Маковка, несмотря на степень самоограничения. Это самоограничение – в познанной необходимости, в господстве над собой. Исходный пункт выбора – независимая воля субъекта. Кстати, справедливо утверждение, что следование необузданным, неограниченными желаниям – рабство¹¹⁶. Все сказанное отнюдь не означает, что в психологическом плане выбор всегда связан с необходимостью; но без учета связи его с необходимостью, со свободой воли нельзя с безусловностью говорить о подлинной свободе выбора. Поэтому требуют определенного уточнения утверждения такого рода: каждый выбор предполагает уже сам по себе свободу действия, способность делать то, что выбрал; выбор подчиняется более сильному желанию, а поскольку другое желание не удовлетворено, то наряду со свободой есть и несвобода¹¹⁷. Выбор действительно нередко подчиняется только превалирующему желанию, он свободен только как выбор сам по себе. Но он не основан на свободе воли, если это желание не предопределено осознанной необходимостью. Утверждается, что свободой выбора обладает всякий психически здоровый человек, но он в зависимости от своих знаний может выбрать' правильное или неправильное поведение¹¹⁸. Здесь свобода выбора не отождествляется со свободой воли. Однако нельзя исключать их связи при подлинно свободном выборе, а ссылка только на знания вряд ли достаточна.

Реализация необходимой возможности требует не просто решения о выборе, но и выбора способов достижения такой возможности¹¹⁹. И в этом проявляется свобода. Лицо должно обладать умением оценить вероятность осуществления тех или иных возможностей. Связана ли свобода с достижением цели и, коль скоро субъект не достиг поставленной им цели, значит ли, что его поведение было несвободным? Некоторые ученые дают на это положительный ответ, исходя из того, что недостижение цели означает, что лицо действовало без знания дела, волевое же поведение не всегда свободно¹²⁰. Но ряд ученых занимают по этому поводу отрицательную позицию, считая, что свобода поведения лишь постановка цели, а не ее достижение. Конечно, достижение цели может быть и не связано с волей субъекта, с регуляцией его поведения, а зависеть от ряда других факторов. Поэтому абсолютная связь достижения цели со свободой воли и свободой

выбора вряд ли допустима. Но - в то же время воля не сводится только к какой-либо одной фазе, как и выбор нельзя считать раз навсегда неизменным. Воля направлена на совершение поступка, а не на его создание в мыслях, решение принимается не ради решения. Указывают на то, что свобода в определенном смысле «есть возможность для человека мыслить или действовать не по внешнему принуждению, а согласно своей воле»¹²¹. Это определение все же не полностью раскрывает суть свободы, освещая лишь один ее аспект. Кстати, свободу выбора явно ошибочно отождествлять исключительно со свободой суждения, что недалеко от феноменологического понимания свободы. Признание неограниченности свободы суждений и даже решения без действия приводит к неправильной концепции произвольной свободы для себя, одним из выразителей которой был психологический детерминист Джон Стюарт Милль, понимавший свободу в качестве стремления к ограничению власти. По мнению Милля, человек ответствен за свои поступки лишь поскольку образ его действий касается других лиц, пока же они касаются лично его, свобода его действий должна считаться неограниченной. «Человек есть неограниченный властелин над самим собой, над своим телом и своей душой», недопустимо воспрепятствовать человеку зрелого возраста распоряжаться своей жизнью по своему усмотрению¹²². Это означает, что нужно оправдывать самоубийство, что правомерно соглашение о лишении жизни. Более того, автор считает, что заблаговременное принятие мер по предупреждению преступления может привести к посягательству на личную свободу индивидов. Вообще-то, по мнению Милля, выбор средств для удовлетворения собственных прихотей, способ расходования денег – это личное дело каждого¹²³. Вот достойный образец реакционной буржуазной философии, оправдывающей преступления и аморальные поступки, якобы затрагивающие только интересы данной личности.

С точки зрения психологической, свобода волевого акта заключается в независимости его от «импульсов непосредственной ситуации»¹²⁴. Совершенно очевидно, что в данном случае имеется в виду не свобода воли, которая предопределяет свободу волевого акта, а лишь свобода самого этого акта. В философской литературе обращается внимание и на психологическую характеристику свободы воли. Она связывается с процессом самодетерминации и самосознания, которое даже называют главным структурным компонентом свободы воли. При этом утверждается, что выбор – это акт свободной воли, что от субъекта зависит реализация свободной воли, что исключение из цепи выбора субъекта делает ситуацию выбора беспредметной, а свободный выбор рассматривается как реальное поле свободной воли¹²⁵. Конечно, реализация свободного выбора во многом зависит от субъекта выбора, обладающего потенцией свободного веления. Однако выбор может быть свободным и несвободным, что связано и с освоением вариативной структуры и с другими факторами.

Конкретное поведение при конкретных обстоятельствах может быть необходимо, не являясь неизбежным. Необходимость и: неизбежность разделяет множество различных явлений. И в юридической литературе

указывается, что волевое поведение правонарушителя в конкретном случае может непосредственно и не детерминироваться, он может как принять решение, так и отказаться от него, роль его активна¹²⁶. Совершенно очевидно, что нельзя необходимость, сводить исключительно к сиюминутной ситуации. Более того, полагают (и не без основания), что необходимость означает не необходимость действий, а необходимость известных, последствий действия или бездействия¹²⁷, хотя, конечно, одно не исключает другое. Но тысячу раз правы ученые, которые ссылаются на то, что марксизм-ленинизм признает активную роль сознания и волн. У человека есть возможности выбора вариантов, он выбирает по своей воле. Он может отказаться от того решения, которое не обусловлено познанной им необходимостью. В каждой конкретной ситуации человек обладает способностью решать, действовать, выбирать. Свобода воли – это не просто необходимость, а познанная необходимость, она не отрицает другой свободы – возможности выбора поведения¹²³. Правда, существует мнение, что человек поступает свободно лишь тогда, когда поступает необходимо. Справедливо высказывание, что не всякое познание и применение его на практике является свободой¹²⁹. Очень важным является то, что свобода выбора предопределяется и случайностью. Конечно, при определенных условиях необходимые процессы неизбежно наступают, но нужно четко разграничивать фатальность, неизбежность и необходимость. Фатальность понимается как неминуемая необходимость большого или малого события, его предопределенность. Неизбежность означает решающий этап развития необходимости, когда многообразие возможностей исключается и остается лишь одна. Необходимость выражает общее в явлениях, несмотря на бесконечное многообразие форм их проявления и индивидуальные различия, но при этом общее не существует без единичного, вне конкретных форм. Каждое единичное является выражением общего, необходимого, но включает в себя и отличающие его от других явлений моменты. Для понимания соотношения необходимости со свободой нужно понять соотношение необходимости со случайностью. Нельзя их считать взаимоисключающими категориями, нельзя отрицать и объективность случайности, признавая лишь объективность необходимости. Каждое явление имеет бесконечное число индивидуальных, порой случайных особенностей. Формы связи не сводятся только к причинно-следственным. Иначе все происходило бы помимо людей, они были бы бессильны что-либо изменить. Не все необходимые связи причинные, как и не все причинно-следственные связи необходимы. Они могут быть и случайными, обусловленными определенными внешними обстоятельствами, не обязательными для естественного хода развития явления¹³⁰. Это позволяет сделать вывод о том, что поступок человека, выбор им решения могут как раз быть случайным поворотом явления или, наоборот, могут устранить случайности, мешающие нормальному развитию явления в необходимом направлении, к необходимому результату. Всякое случайное необходимо, но необходимо только при данных обстоятельствах и условиях. Необходимо прежде всего то, что сама необходимость должна проявляться в виде

случайности, конкретная же случайность зависит от многочисленных факторов. Конкретная необходимость проявляется с учетом данных особенностей, на каждом отрезке развития она взаимодействует со случайностями, вмешивающимися в это развитие. И познанная необходимость существует и проявляется через случайность. Но такая необходимость предоставляет возможности исключить при определенных обстоятельствах многообразие форм возможностей, избрать наиболее оптимальный путь. Реализация же необходимости, даже при избрании наиболее оптимального пути, неоднозначна и всегда проявляется в конкретном виде, т. е. в форме случайности. Таким образом, свободная воля реализуется человеком путем конкретного психического регулирования своего поведения, включающего выбор решения и путей его реализации. Эта реализация всегда осуществляется как случайность. Иными словами, выбор конкретного решения, регулирование поведения есть элемент формы проявления и дополнения необходимости. В то же время на необходимость воздействуют различные случайности, которые благоприятствуют или, наоборот, препятствуют действию данной- необходимости¹³¹.

В возможности выбрать то или иное решение, направить свое поведение в том или ином направлении практически осуществляется, проявляется господство человека над собой. В литературе указывалось на то, что взаимосвязь необходимости и свободы выражается в том, что субъективные силы: «сознание, воля, практическая деятельность человека (последнее вряд ли сопоставимо в этом смысле с предыдущими. – В. О.) могут объективно воздействовать на объективное развитие»¹³². Конечно, не в этом прежде всего связь необходимости и свободы. В данном же случае подчеркивается возможность свободного воздействия на ход развития, в том числе и в результате проявления роли Случайность не всегда превращается в необходимость, она может остаться сама собой. Полагают, что она связана с неопределенностью, поскольку в данном отношении не детерминирована или частично не детерминирована¹³³. Но этот вывод разделяется не всеми. Считают, что случайность не беспричинна, что детерминация включает в себя и случайность¹³⁴, а иная точка зрения приводит к отрицанию объективности случая, к признанию его лишь в качестве простого совпадения фактов¹³⁵. Конечно, нельзя гипертрофировать роль случайности в ее соотношении со свободой, но очевидна возможность ее влияния на психическое- регулирование, даже при действии в соответствии с познанной необходимостью.

Интересна мысль о том, что свобода в сфере необходимости выражается в том, что, поскольку необходимость существует в форме случайности, ее форма может быть заменена. При этом не заменяется сама необходимость, а изменяются последствия ее воздействия. Такое изменение производится по воле человека, принимающего иное решение, в ином направлении в пределах необходимости, регулирующего свое поведение. Это регулирование может быть и противоправным, преступным. Но если необходимость не познана, на ход ее развития существенным образом влияют случайности. Отсюда иногда

следует ошибочный вывод, что лишь при познанной необходимости допустимо возлагать ответственность на субъекта. Для свободы воли нужно и достижение господства над собой, т. е. не только познание необходимости, но и способность направить свои действия в соответствии с этой необходимостью. Нельзя не учитывать и того, что для любого нормального человека прежде всего существует необходимость в познании самой необходимости, связанной с его жизнедеятельностью. Если им не познана эта необходимость (такое познание резюмируется в отношении дееспособного человека), он не освобождается от ответственности. В этом смысле мы говорим о презумпции знания законов. Их незнание – это вина или риск индивида. Они не исключают свободы выбора, свободы регулирования в психологическом смысле, что не обязательно совпадает с наличием свободы воли как познанной необходимости определенного поведения, господства над самим собой.

Человек – сложное существо, необходимость в своем проявлении неповторима и всегда случайна. Далеко не всегда можно с уверенностью сказать, что в тон же ситуации обязательно будет совершено то же самое преступление. По мнению Б. С. Волкова, свобода воли выражается конкретно в выборе вариантов, в свободе совершения действий¹³⁶. Конечно, свобода выбора, как правило, связана и обусловлена свободой воли, но это разные понятия. Свобода выбора может идти вразрез со свободой воли. С точки зрения Б. С. Волкова, существует общее понятие свободы (познанная необходимость), с позиции которой преступника нельзя считать обладающим этой свободой. Но существует конкретное понятие свободы воли. В применении к конкретному поведению свобода воли означает возможность, обусловленную объективными обстоятельствами, определять «в границах своего сознания и разума» свои действия, т. е. совершать действия, которые соответствуют обстоятельствам и желаниям. Не может быть двух свобод воли. Ученый фактически говорит о свободе выбора, свободе психического регулирования поведения. То же следует сказать и об утверждении М. Х. Фарукшина о том, что есть свобода воли «в самом общем понятии», что означает присущий человеку избирательный характер поведения»¹³⁷. Существует понятие, всесторонне разработанное в философской науке, не сводящееся к свободе регулирования, включая и выбор решения. Свобода регулирования поведения детерминирована потребностями, интересами; решение вызывается желанием, стремлением к определенной цели. Свобода воли предопределяет свободу регулирования поведения тем, что позволяет подчинить свои интересы необходимости, осуществить господство над собой, наметить цель, выбрать вариант поведения со знанием дела, с осознанием необходимости, познанием ее. Значит, свобода воли, с одной стороны, предопределяет свободу волевого процесса, а с другой – реализуется через волевой процесс. Если нет свободного волевого процесса, то остается познанная необходимость только ради познания. Если нет свободы воли, то волевой процесс в конечном итоге лишен истинной свободы. Он свободен лишь в смысле удовлетворения своих интересов,

потребностей, желаний; он слеп, хотя не исключен, с точки зрения сознания, учет ближайших последствий совершенного поведения. Таким образом, мы вновь и вновь подтверждаем различие указанных понятий, но различие это не заключается в отличии философского смысла от нефилософского, общего понятия от конкретного. И. С. Самощеико и М. Х. Фарукшин, правильно не отождествляя свободу воли как основанное на знании объективных законов господство человека над собой со свободой регулирования поведения (выбора), фактически и последнюю свободу относят к свободе воли, различая лишь их аспекты. При этом второй аспект авторы связывают с собственным поведением лица¹³⁸. Поддерживая мнение авторов по поводу того, что при правонарушении нельзя отрицать свободный выбор со стороны нарушителя, мы не можем согласиться с тем, что это означает наличие у нарушителя, хотя и в другом аспекте, но все же свободы воли, которая и является предпосылкой ответственности. Неточность такого утверждения не компенсируется разноаспектностью понимания «свободы воли» и взаимосвязанностью их. Это не разные аспекты одного понятия, а разные, хотя, как правило, и связанные друг с другом понятия. Понятие «свобода воли», как оно определяется марксистско-ленинской философией, не подлежит иному толкованию, не допускает иного подхода, иного определения, разделения на аспекты. Свобода воли есть свобода воли, свобода выбора (регулирования) – есть свобода выбора (регулирования)¹³⁹.

Справедливо обращается внимание на недопустимость недооценки при применении ответственности сознания и воли субъекта, свободы выбора им варианта поведения. Но нельзя и переоценивать эту свободу, недооценивая имеющееся познание. Для применения ответственности необходимы учет и компетентность субъекта, знания им реальных возможностей. Понимая волю как способность сознательного регулирования человеком своей деятельности, В. А. Кучинский при этом обращает внимание на то, что свобода и воля не однопорядковые явления. Воля — свойство личности, свобода – ее состояние. Лишь знание дела позволяет утверждать о свободной воле¹⁴⁰. Данное высказывание все же требует уточнения: свобода выбора и свобода воли тоже не однопорядковые явления. Компетентность, знание реальных возможностей, условий и познанный необходимость, позволяющая действовать со «знанием дела», – понятия не всегда тождественные. Компетентность нарушающего закон преступника не равнозначна познанию необходимости. И дело здесь не в презумпции знания закона, а в истинности познания. И хотя автор в дальнейшем отмечает, что свобода воли не может отождествляться с объективной возможностью выбора варианта поведения, он считает все же ответственность следствием правонарушения, совершенного субъектом, обладающим свободой воли¹⁴¹. В подобном случае ссылаются на высказывание Ф. Энгельса о том, «что человек только в том случае несет полную ответственность за свои поступки, если он совершил их, обладая полной свободой воли»¹⁴². Но дело в том, что это связывается Ф. Энгельсом с существовавшим положением, установленным со времени лютеранской и кальвинистской реформации, и отнюдь не свидетельствует о

правильном понимании тогда свободы воли. Главное в том, что, как следует из последующего изложения, Ф. Энгельс в данном случае ведет речь именно о свободе выбора. Он говорит о свободном решении при заключении договоров, о свободе выбора в пределах класса при вступлении в брак¹⁴³. Свобода воли включает в себя выбор, свободу выбора, но именно выбор правильного решения¹⁴⁴. Сведение же свободы воли только к выбору свойственно субъективно-идеалистическим концепциям, понимающим такую свободу в плане сугубо психологическом и к тому же стоящим на индетерминистских позициях. Свободный выбор должен рассматриваться как проявление свободы воли, ее практическое выражение, а не как тождественное с ней понятие¹⁴⁵.

Существует и другая точка зрения. Ее, в частности, разделяет применительно к праву. Ф. Тихонов. Она сводится к тому, что нет ни двух аспектов понятия свободы воли, ни двух различных понятии свободы. Свобода воли и свобода выбора не противопоставляемы. Человек должен проявлять господство над собой, действовать в интересах общества, нельзя любую деятельность считать свободной, даже в смысле выбора решения. У человека, который действует несвободно (правонарушителя), есть способность поступить как нужно. Свобода воли – не в произвольном выборе. Есть объективная необходимость и субъективная возможность для человека поступить иначе, раз не воспользовался этим, то и должен отвечать¹⁴⁶. Все это так, нужно лишь уточнить, что субъект ответственен не за способность поступить иначе, а за то, что поступил противоправно. Свобода воли действительно не заключается в произвольном выборе, по и такой выбор (кстати, свободный, но не произвольный) не заключается в свободе воли. Утверждение же о том, что недопустимо разделение философского понятия «свобода воли», конечно, правильное.

Не изменяет положения и трактовка свободы воли в «широком смысле», включающем в «знание дела» со стороны право нарушителя и оценку поведения в соответствии с ценностными ориентациями – способность определять поведение согласно признанным ценностям¹⁴⁷. Справедливо утверждение, что допускается неправильная трактовка этого понятия, стремление втиснуть в него все аспекты свободы. В конкретных поступках, свободы воли может и не быть¹⁴⁸. Развивая эту мысль, П.С. Дагель в другой работе указывает на то, что недопустимо смешивать свободу воли и реализацию способности действовать со знанием дела, которая в конкретных актах может быть неполной или даже отсутствовать¹⁴⁹. Правильный вывод. Но из него делается заключение о необходимости корректировки философского определения свободы с учетом различных отраслей жизнедеятельности, с тем, чтобы это не приводило к различию свободы выбора от свободы воли в философском смысле. С этим согласиться нельзя. Реализация свободы воли в выборе, в психическом регулировании поведения (причем, как правильно указывают П. -С. Дагель и Д. П. Котов, далеко не всегда) исключает тождество указанных понятий. Возможность выбора различных вариантов – предпосылка ответственности. Свободный в

психологическом смысле выбор противоправного поведения, в том числе, как частный случай,' и со знанием дела – это уже условие ответственности, ибо является по существу волевым элементом вины. Поэтому недопустимо вообще отрицать свободу воли применительно к юридической ответственности, конечно, понимая ее реализацию – в виде свободы выбора. При этом ссылаются то на «личностный стереотип»¹⁵⁰, то на биологические факторы, как, например, представитель антропологического детерминизма Э. Ферри¹⁵¹. Иногда свобода воли в качестве основания ответственности отвергается, исходя из того, что не может быть свободы выбора, т. е. необусловленности поведения, недетерминированности его. Волевой процесс, конечно, детерминирован, но это не исключает свободу регулирования, подчинения его собственным интересам, потребностям, желаниям, целям; детерминация не предопределяет лишь один вариант поведения.

Существует трактовка человеческого поступка как выбора, основанного на необходимости, вызванной победой определенных побудительных мотивов, в которых проявляется внутренняя свобода человека. При этом исключается свобода выбора в том случае, когда поступки с необходимостью вытекают из внешних и внутренних условий, но одновременно отрицается и наличие фатализма, отдается должное сознанию человека. И все же в таком случае, не может устраниваться предопределенность, безволие, безответственность, хотя под свободой воли высказывающий эту мысль А. И. Санталов понимает отсутствие принуждения и не исключает зависимость и внутренних, и внешних обстоятельств от человека – объекта и одновременно субъекта общественных ' отношений.

Именно эта зависимость означает выбор по усмотрению индивида, что и делает его ответственным¹⁵². Указание на то, что субъект выбирает, как ему поступить в конкретном случае, ни о чем другом не говорит, как о свободе такого выбора, свободе регулирования. Вряд ли, однако, победа каких-либо мотивов должна признаваться определением необходимого пути. Детерминированность воли означает необходимость выбора решения, средств его осуществления, психического регулирования поведения, а не его предопределенность. А. И. Санталов под волей признает разум человека, его чувства, убеждения, долг, совесть и т. д., считая это философским пониманием воли. Но всегда нужно четко представлять, о каком аспекте воли идет речь. Нельзя согласиться с ученым, что в философском аспекте следует говорить о «свободе сознания»¹⁵³. Господство над собой, реализация познанной необходимости не дают оснований для такого вывода.

А. Ф. Пахотный, исследуя вопрос о свободе и ответственности, приходит к выводу, что свобода воли включает два взаимосвязанных момента: 1) выбор поведения и деятельности, 2) знание условий, обстоятельств, в которых протекает свободно-волевой поступок. Свободу воли ученый считает внутренней свободой, она обусловлена социальной и гносеологической свободой. При этом социальная свобода – условие свободы воли – способности принимать решение со знанием дела¹⁵⁴. Трудно

согласиться с несколько «вольным» пониманием содержания свободы воли. И дед о не в том, что свобода воли – внутренняя свобода, а в том, что свобода воли одновременно включает свободу выбора и обуславливает его. Свобода воли и социальная свобода несомненно связанные понятия. Прав автор, утверждая, что свобода выбора переходит в свободу решения и в свободу действия¹⁵⁵. Это и есть свободный регуляционный процесс – воля. Выбор – не проявление, а элемент воли. Свобода воли выражается в виде господства над собой и реализуется в волевом процессе. И в этом плане утверждение А. Ф. Плахотного безусловно правильное, как правильно и то, что познание необходимости – основа свободного (лучше сказать – подлинно свободного) выбора.

По мнению А. А. Пионтковского, преступник обладает свободой воли только в том смысле, что принимает решение с пониманием совершаемого, сознательно преследует свои цели, осознавая последствия и предъявляемые требования закона к такого рода действиям¹⁵⁶. Такой свободой, утверждает Б. С. Антимонов, располагают все вменяемые люди, и именно это и только это позволяет говорить о неправомерном поведении, о нарушении «со знанием дела» существующих запретов, о вине, о применении ответственности¹⁵⁷. Сторонники такой позиции полагают, что способность действовать со знанием дела не исключает неправильных поступков. При этом некоторые из них считают такую способность только предпосылкой для вменения в вину совершенного деяния, обращаясь и к другим сторонам философского понимания свободы воли¹⁵⁸. Нет никакого сомнения в том, что философское определение свободы воли включает в себя все стороны, а не одну из них. Иной подход не соответствует марксистско-ленинскому ее пониманию, односторонне характеризует свободу воли. Но знанием дела, основанным на познанной необходимости, выражаемым в господстве над собой, обладает не каждый вменяемый человек и не всегда. Поэтому отождествление свободы психического регулирования со свободой воли¹ понимаемой только как способность действовать со знанием дела, еще не означает совпадения всех видов свободы. Свобода – сложное и многогранное понятие. Недопустимо как особое понимание «свободы» в нраве, так механическое перенесение философских положений для объяснения юридической ответственности. Против последнего выступал Б. С. Утевский. Он отличал свободу воли как способность выбирать поведение в соответствии с законами общественного развития, господства над обстоятельствами, над отношениями от свободы в «формальном смысле» – свободы выбора решения. Свободой воли обладают, по его мнению, не все, а те, кто осознает свой долг; правонарушители не могут действовать со знанием дела. Основанием же ответственности Б. С. Утевский считал то, что гражданин имел возможность выбрать решение, соответствующее интересам общества, т. е. свободно, но подчинил свой выбор другому¹⁵⁹. Ошибочно считать, что свобода выбора является свободой в формальном смысле, кроме того, признание наличия свободы воли лишь у тех, кто сознает свой долг, т. е. у передовых, сознательных людей, по мнению А. А. Пионтковского, исключает возможность привлечь к ответственности

многих преступников, приводит к явно фаталистической позиции¹⁶⁰. Ошибка Б. С. Утевского заключается и в том, что он, отрицая тождество свободы воли и свободы выбора, полагает, что существует лишь одна альтернатива: свобода или несвобода у правонарушителя, когда он действует в разрез с необходимостью, которая исключает поведение, противоречащее интересам государства и общества. Свобода воли действительно несовместима с таким поведением. Свобода психического регулирования (выбора) означает возможность отклонения от необходимого регулирования (выбора) в силу различных обстоятельств внутреннего и внешнего порядка. Но и не обладающий свободной волей нарушитель обладает свободой регулирования своего поведения, хотя и детерминированной потребностями и интересами. Эта детерминированность не исключает свободу. Правильно отмечает В. Г. Макашвили, который в принципе стоит на позиции Б. С. Утевского, что человек может подавить возникшие желания, он может сделать выбор между возможностями, его действие избирательно¹⁶¹.

Утверждают, что свобода означает возможность человека определить свое поведение. Эта избирательная деятельность основана на познанной необходимости, она детерминирована, но не предопределена. Над человеком не тяготеет власть рока, он отстаивает свободу не от детерминированности, а от «слепых, иррациональных сил»¹⁶². Этот правильный вывод еще не означает, что такая свобода во всех случаях равнозначна свободе воли, даже если избирательность основана на познанной необходимости, тем более, что она далеко не всегда основана на ней. В свое время широкое распространение получили взгляды, об относительности свободной воли: обусловленность поведения, с одной стороны, и известная самостоятельность в характере человека – с другой. В каждом индивиде есть как элемент свободы, так и элемент необходимости. Человек подчинен общим законам, но в их границах он якобы сохраняет относительную свободу, что и определяет его ответственность¹⁶³. Такой взгляд, по мнению автора, приводит фактически к «вине характеров», тем более, что сторонники такого рода свободы воли не поднялись до раскрытия самой сути этого понятия. В современной философии не отрицается относительность свободы воли, ее неполнота¹⁶⁴. Относительность понимается при этом как относительная свобода человека в принятии решения и выборе путей для деятельности¹⁶⁵. Указывается и на то, что возможности выбора не безграничны, нужно учитывать относительность этой свободы¹⁶⁶. Значит, все же речь идет не об относительности свободы воли, а об относительности возможностей психического регулирования. Правда, нет и «чистой», абсолютной необходимости, в измененных условиях она абсолютно не повторяется, однозначность ее всегда относительна¹⁶⁷. В этом смысле говорят и о неабсолютной свободе воли. Ссылаясь на применение ответственности, утверждают о наличии внешней социальной относительной свободы (объективной возможности) и возможности внутренней свободы, которая проявляется в вариативности поведения в тех же ситуациях в зависимости от сознательного целеполагания и избирательности¹⁶⁸. Автор говорит о

двух свободах, одна из которых и есть свобода выбора, но относительной является именно первая .– внешняя свобода. За признание относительности свободы воли выступили И. С- Самощеико и М. Х. Фарукшин. Они полагают, что один аспект свободы воли – деятельность в соответствии с познанной необходимостью соотносится с объективными закономерностями и в этом плане воля обусловлена этими закономерностями, очерчивающими определенные границы поведения. Но другой аспект – выбор вариантов поведения соотносится с собственным поведением человека. В этом плане человек свободен избирать свое поведение, хотя и в очерченных границах как первого аспекта свободная воли, так и своей воли. Границы эти не остаются неподвижными. Человек может познать законы действительности, осуществлять господство над собой. Значит, его поведение можно регулировать и ставить ему в упрек, избрание иного варианта поведения¹⁶⁹. Нет относительной свободы воли в том смысле, что свобода допускает отклонение от познанной необходимости, если же необходимость предоставляет определенные параметры выбора, то в этом суть такой необходимости. Все дело в том, что выбор – не- аспект свободы воли, а- самостоятельное понятие. Человек обладает определенной свободой в регулировании своего поведения, в выборе варианта поведения. Эта свобода относительна, ибо она .не всегда основана на, свободе воли, она относительна и в том смысле, что человек поставлен в определенные рамки объективными законами, далее если он не познал необходимости своего поведения, не может действовать со знанием дела; его выбор не беспределен, тем более, если он отклоняется от необходимости. Наконец, любое психическое регулирование человеческого поведения детерминировано потребностями, интересами. Но это не означает несвободу регулирования. Даже при регулировании, при выборе в соответствии с познанной необходимостью он всегда осуществляется в форме случайности, с учетом обстоятельств, личных возможностей и особенностей индивида, направляющего свое поведение с определенным поправочным коэффициентом по отношению к этой необходимости. В таком смысле это регулирование свободно, но свободно относительно. Значит речь идет об относительности реализации свободы воли в форме избирательного регулирования поведения. Путать эти два понятия нельзя, на что справедливо указал Д. А. Керимов¹⁷⁰. Совершенно очевидно, что для личности нет и не может быть такой абсолютной свободы, когда она могла бы иметь безграничную свободу решать и действовать, не считаясь с объективными и субъективными факторами общественного развития; нельзя быть свободным от общества¹⁷¹.

Принятие правильного решения, правильное регулирование являются не только свободным решением и регулированием, но и проявлением свободы воли. Истинно свободным в психологическом плане может быть только выбор, основанный на познании необходимости, на господстве над собой – на свободе воли. Однако и правонарушение не возникает из ничего, оно детерминировано. Но детерминированность не отрицает активности волевого

процесса человека, субъект в этом смысле свободен (относительно свободен), даже если действует вразрез с сознаваемой им необходимостью, т. е. наперекор ее законам, в противовес свободе воли. В принятии решения свободны и честные граждане, и преступники⁷². Преступник может многое знать, понимать к чему приведет поступок, но поступать так, как ему нужно, как удобно, что лучшим способом удовлетворяет его потребности (точнее – «лжепотребности»). Но он может и отказаться от такого шага, даже если над ним «господствуют пережитки», может обуздать свои жизненные инстинкты. Отвечает он как за то, что не сделал этого, так и прежде всего за то, что свободно (в смысле психического регулирования) совершил противоправный поступок. Нельзя исключить того, что субъект ответственен и за культивирование своих порочных потребностей. Нужно учитывать и то, что сознание отдельных людей может еще отставать, их «знание дела» не достигает той свободы воли, которая предполагает высокую ступень познания. Необходимо обращение и к интересам, и к более углубленному, изучению личности человека¹⁷³. Все это характеризует и детерминированность психического регулирования, и его свободу. Акт выбора не чисто познавательный акт. Человек выступает в нем как целостная личность, его психологические проекты несут на себе печать его индивидуальности¹⁷⁴. Справедливо утверждение, что ответственность применяется тогда, когда существует возможность выбора; если нет выбора, то это означает пассивность воли. При тождественных условиях разные люди выбирают различные варианты поведения, поскольку любой выбор детерминируется и субъективно – волей и разумом конкретного лица¹⁷⁵. Более того, лицо может с точки зрения собственной оценки осуществлять правильное психическое регулирование своего поведения, сообразно своим целям и собственному осознанию последствий, хотя объективно это будет порочное регулирование. Но нахождение во власти ошибочных представлений не означает отсутствия свободного выбора, свободного регулирования. Преступник знает границы дозволенного поведения, должен может их знать; выбирая определенный вариант, он переступает не грани свободы, он отклоняется от необходимого поведения. Нельзя согласиться ни с экзистенциалистским утверждением, что человек приговорен быть свободным, ни с бихевиористским отрицанием самой возможности свободного выбора. Выбор осуществляется личностью в зависимости от осознания ею своих жизненных целей и задач, правомерности самого выбора. Но это связано с социальным критерием, свобода выбора поступков для человека не выводит его за пределы общественных связей¹⁷⁶.

В последнее время в юридической литературе все чаще можно слышать высказывания о понимании ответственности в позитивном смысле, т. е. в качестве ответственного отношения к своим обязанностям, возложенным законом¹⁷⁷. При таком понимании ответственности психическое регулирование поведения должно быть основано на свободе воли, ибо субъект несет ответственность за правильное выполнение своих обязанностей, т. е. за поведение, соответствующее познанной

необходимости, направленное на добровольное, сознательное соблюдение норм. Если же обязанность нарушена, то наступает, как указывает М. С. Строгович, ответственность в негативном значении. Такая конструкция ответственности не исключает выбора поведения, его регулирования вопреки свободе воли. В философском понимании ответственность выступает именно в активном плане как необходимость, обязанность принятия правильных решений, как долженствование совершения положительных поступков, обеспечение надлежащего поведения. Нельзя, однако, согласиться с ее трактовкой лишь как возможности, способности на основе свободного выбора принимать оптимальные решения и сознательно совершать положительные поступка¹⁷⁸. Совершенно очевидно, что ответственность – позитивная или ретроспективная теснейшим образом связана и со свободой воли, и со свободой выбора. «Свобода порождает ответственность, ответственность направляет свободу»¹⁷⁹. Ответственность и свобода взаимосвязаны, но эта связь не исчерпывает сущности ответственности.

Требует некоторого уточнения утверждение: человек свободен всегда, когда может выбирать, когда от него зависит выбор¹⁸⁰. Возможность решать так или иначе не означает еще полной свободы, не свидетельствует о том, что решение будет правильным, необходимым, что оно будет принято со знанием необходимости. В этом, хотя и не только в этом, разница между свободой – возможностью выбора и свободой, которая зиждется на марксистском понимании свободы воли. Но свобода выбора, его возможность являются основанием ответственности, определяют такую. Именно поэтому юридическую ответственность (в ретроспективном плане) и следует понимать как последствие за выбор противоправного поведения. А. Ф. Плахотный связывает позитивный аспект ответственности с социально-необходимым ограничением свободной воли, достигаемым как с помощью системы внешней подотчетности, так и путем самоконтроля и саморегулирования поступков¹⁸¹, что, конечно, относится не к свободе воли, а к свободе выбора. Прав ученый, отметивший, что в выборе и решении прежде всего проявляется воля, что свобода воли реализуется в выборе поведения, в осуществлении этого выбора. Это и определяет ответственность. Человек, несмотря на детерминированность волевого процесса, не может быть освобожден от ответственности, ибо он владеет своими потребностями, может сдерживать импульсы одних за счет предпочтения другим¹⁸². Деятельность избирается свободно в результате ответственного принятия решения, степень ответственности за выбор определяется как направлением деятельности субъекта, так и последствиями этой деятельности. В этом смысле следует понимать ответственность как меру свободы¹⁸³. Вопрос о понимании ответственности, о двух ее аспектах¹⁸⁴ требует специального изучения. Ясно одно: свобода регулирования, включающая возможность выбора, и свобода воли – не отождествляемые понятия, в равной мере важные критерии для категории ответственности.

Как считает Л. Г. Смирнов, свобода воли означает «способность человека действовать согласно собственным решениям», т. е. по существу – выбор поведения, правда, всегда с учетом связан с другими людьми и под воздействием экономических отношений и социальной среды. Такое понимание свободы воли приводит ученого к утверждению, что познанная необходимость, которую в определенном смысле он признает свободой, лишь первое условие свободного действия, необходим еще выбор наиболее эффективного решения. Необходимость и предполагает известную свободу выбора. Свобода выбора еще не означает свободы действия, ибо если общественные условия ограничивают осуществление решения, то свобода заканчивается выбором¹⁸⁵. Одно знание необходимости без права на выбор, утверждает И. И. Логанов, не делает человека свободным. Нужно не акцентировать ' внимания лишь на познанной необходимости, а указать и па право выбора, поскольку свобода воли выступает в качестве свободы выбора¹⁸⁶. Нельзя отрицать важности выбора, но и нет нужды, не путая два разных понятия, дополнять понятие «свобода воли». Оно раскрыто в марксистско-ленинской философии достаточно полно. Видимо, излишне объяснять указанное дополнение связью категории свободы с ответственностью, правильное раскрытие которой требует не только признания зависимости от объективной необходимости, но и учета выбора. Ответственность действительно связана с выбором, со свободой выбора, но эти понятия не совпадают, как отмечено, с понятием «свобода воли».

Интересно высказывание В. П. Тугаринова о том, что марксизм обращается к свободе в ее функциональном смысле, т. е. в смысле детерминированной свободы выбора способа действия. Основная функция воли – в способности принятия решения и в его реализации¹⁸⁷. Смысл этого утверждения заключается в придании значения действенной стороне категории свободы. Можно ли считать решенной данную проблему? Конечно нет. Нужно согласиться с Д. А. Керимовым, который признает, что и отстаиваемая им самим точка зрения не преодолела всех трудностей и ставит под сомнение возможность прямолинейно решить проблему юридической ответственности, исходя из всеобщей философской, абстракции. Требуя, конечно, проверки и высказанные нами соображения.

Глава 4. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВОЛЯ

§ 1. ВОЛЯ, ВОЗВЕДЕННАЯ В ЗАКОН

Еще Гегель сказал, что право действительно лишь как воля, только та воля действительна, которая решает¹.

Классическое определение права, раскрывающее его классовую природу, его суть как регулятора общественных отношений, дано К-Марксом и Ф. Энгельсом (применительно к буржуазному праву), указавшими, что право есть возведенная в закон воля господствующего класса, содержание которой определяется материальными условиями этого класса². В. И. Ленин

указал, что эта воля должна выражаться как закон, который установлен властью³.

Что означает выразить волю в законе? Что значит возвести волю в закон? Совершенно правильно отмечается в юридической литературе, что это означает придать воле общеобязательный характер, охраняемый и гарантирующий соблюдение этого закона принудительной силой государства. Иными словами, это⁴ есть признание государственно-волевой сущности права, его нормативной роли⁴. А это, в свою очередь, означает регулирование в определенном направлении общественных отношений, т. е. регулятивную суть права. Именно в такой сути и заключается выражение воли в законе, государственной воли господствующего класса⁵. Воля выражается в законе не как желание, точнее – не только и не просто как желание. Государственная воля выступает, воплощается, выражается в праве как результат регулятивного целенаправленного процесса. С целью регулирования в соответствующем направлении общественных отношений, с целью установления определенного поведения членов общества воля возводится в регулирующий эти отношения, это поведение закон. Воля выражается в законе. Нужно сказать, что при определении права с помощью понятия «воля» не всегда раскрывают суть этого понятия. В то же время есть немало высказываний по поводу природы воли, возведенной в закон. Среди взглядов юристов на эту категорию в связи с определением права небезынтересна позиция дореволюционного русского правоведа, субъективного идеалиста Л. И. Петражицкого. Он полагает, что в понятие «воля» вкладывается двоякий смысл: наряду со смыслом психологическим в обиход вошел совершенно отличный от него смысл – веление, приказание, запрет («воля господина», «воля начальника»). Автор считает, что это двусмысленное понимание воли не учитывают при определении права, приписывая воле только смысл подчиненности повелениям, запретам «воли», которая придумывается, т. е. фиктивной «воли»⁶. Отрицая категорию воли при определении права, Л. И. Петражицкий ошибочно полагает, что в нее вкладывается смысл «веления», противоречащий научно психологическому смыслу. Дело в том, что установление определенных «велений», запретов, определенного порядка – это та цель, которая преследуется правом в нормах, устанавливающих конкретное поведение. Но эта цель является лишь объективированным результатом психического процесса, процесса детерминированного, сопряженного с принятием решения, она определяется интересами господствующего класса. Ради достижения этой цели, ради того, чтобы в таком плане определять поведение людей, регулятивный процесс законодателя возводится в закон, который наделяется регулятивными функциями (но уже в смысле регулирования поведения). Здесь нет никакого противоречия. Воля одного объективируется в обязательном установлении для других. Она не исполняется другими субъектами, не становится их волей, а возводится в закон, велениям которого должны следовать другие. Утверждая о «фиктивной» воле, Л. И. Петражицкий вообще уходит от классового понимания права, от выражения в нем воли господствующего

класса, а фактически сводит его к собственным эмоциональным проекциям, к какому-то «комбинату» ощущения и воли. Ничего не изменяет замена в определении права воли интересом, как это делает Иеринг. Кстати, он указывал, что для осуществления права нужна власть, носителем которой является воля, она и превращает правовые идеи законодателя в законы⁷. Это уже совсем необычное понимание волн. Выхолащивание воли из понимания права приводит к ошибочному, по существу реакционному ненаучному его пониманию.

В нашу задачу не входит раскрытие самого понятия права. Нас интересует волевое содержание правовых норм и, как следствие этого, регулирующая функция права, реализация этой функции в правоотношении. Тем самым мы сразу считаем нужным сказать, что речь идет не о праве как таковом, а о государственной воле. Но государственная воля, как правильно указывает Д. А. Керимов, является важнейшим свойством права. Ученый определяет социалистическое право как государственную волю, выраженную в системе норм, направленных в числе других задач на регулирование общественных интересов⁸. Большинство советских ученых связывает с понятием права государственную волю⁹. При этом иногда подчеркивается, что волю в известном фундаментальном положении К. Маркса и Ф. Энгельса нужно понимать в том аспекте, что в классово организованном обществе ряд социальных феноменов наделяется государством «свойством формальной общеобязательности»¹⁰. Следует, однако, уточнить: не волю нужно понимать в таком аспекте, а воленаправленность. Общеобязательность «социальных феноменов» составляет объективизацию воли, ту реализованную цель, на выражение которой был направлен волевой – регулятивный процесс. Воля, возведенная государством в такое состояние, приобретает значение объективного закона¹¹. Государственной волей признается тогда, когда воля господствующего класса формируется и выражается государством, когда это выражение носит нормативный характер. Однако воля господствующего класса может выражаться и помимо государства; кроме того, даже выраженная государством воля может и не быть возведенной в закон. Возведенная в закон государственная воля означает, что эта воля сформулирована в общеобязательную норму¹². Право – особая форма воли господствующего класса (всего народа)¹³. В. И. Ленин понимал закон как выражение воли классов, одержавших победу и держащих в руках государственную власть¹⁴. К. Маркс очень точно сказал, что воля не должна «утверждать себя взамен закона», ее роль в том именно и заключается, чтобы открыть и сформулировать действительный закон¹⁵. Правильно подчеркивается то, что право должно быть внешне объективировано, что воля должна быть выражена в форме закона. И хотя С. С. Алексеев говорит о том, что господствующий класс «делает» свою волю правом, он имеет в виду возведение, доведение воли до уровня системы «равных мер». Конечно, не воля поднята на такую высоту, а указанная система, в которой воплощена воля как объективированное выражение регулятивного процесса, как реализованная цель этой регуляции. Право проявляется как акт

государственной воли, причем не просто как общие нормы государственной власти, а возведенная в закон классово-господствующая воля¹⁶. В некоторые предлагаемые в настоящее время определения права не включается волевой признак, в других подчеркивается в числе существенных признаков социалистического права его классово-волевое содержание¹⁷. В отдельных случаях правильно говорится о том, что возведение воли государством в закон является формой выражения этой воли (А. А. Ушаков). Вряд ли, однако, можно согласиться с объективизацией воли. В таком смысле понимается высказывание В. Д. Зоркина о том, что право – это сама специфическая воля господствующего класса. Автор так и указывает, что речь идет «об объективной воле»¹⁸. Но такой воли нет. Есть воля объективированная, т. е. выраженная в законе, возведенная в закон.

В литературе высказано мнение и об ином понимании воли для характеристики права. Речь идет о мнении В. О. Тененбаума, давшего свою интерпретацию известного положения из «Манифеста Коммунистической партии» о воле, возведенной в закон. Он полагает, что К. Маркс и Ф. Энгельс имели в виду то, что за право буржуазия принимает не право, а лишь навязанную обществу в виде закона свою собственную волю, даже если эта воля противоречит праву. В. О. Тененбаум в подтверждение своих выводов ссылается на другие высказывания К. Маркса, в которых речь идет все же не о понятии права, а о правовых противоречиях в эксплуататорском обществе, о противоречивом характере буржуазного права, о мнимых и действительных правах. Как утверждает автор, по мнению К. Маркса, право не санкционируется волей господствующего класса. Он не устанавливает норму права, ее устанавливает борьба участников объективных материальных отношений. Воля проявляется в силе господствующего класса, в способности навязать выгодный для себя закон¹⁹. Никто не отрицает того, что в эксплуататорском обществе трудящиеся отстаивают свои права, отвергают навязываемые им законы. В том-то и дело, что право, выражающееся в определенных законах, есть результат осуществления волевого процесса, в котором как раз и проявляется экономическая сила господствующего класса, навязывающего принятие угодных ему законов. Усилия характеризуют волю. Именно в этом и заключается возведение воли в закон. Не о способности идет речь, а о реализации воли. В нормы все же возводится воля господствующего класса, а не борьба. Другое дело, что в результате классовой борьбы господствующий класс иногда, идя на компромисс, вынужден возводить в закон волю, которая не соответствует его желаниям.

Нужно сказать, что буржуазные правоведы немало потрудились, чтобы завуалировать суть государственной воли – воли буржуазного государства, выражающего интересы господствующего класса. В качестве примера можно сослаться на «теорию солидаризма» Л. Дюги, согласно которой норма права вообще не может выразить классовой и государственной воли. Нет общей, нет государственной воли, есть воля нескольких голосующих человек, их воля остается индивидуальной. Совершенно очевидно, что суть не в том, кто выражает волю, а чья воля выражается, чья воля возводится в закон.

Современные нормативисты встали на путь отрыва права от психологической воли. С другой стороны, получили распространение различные психологические теории, насыщение теорий о праве психологической аргументацией, что характерно для современной буржуазной общественной науки²⁰. Но дело заключается не в особой «психологической» трактовке воли, а в выхолащивании воли вообще, воли господствующего класса в частности из понятия права. Классовая сущность права маскируется. Современные буржуазные теории отрицают наличие воли у трудящихся масс, признают произвол судебной воли в понимании права, утверждая институционализм в правотворчестве²¹. Но и в этом случае остается очевидным выражение в праве воли господствующего класса. Совсем иное содержание государственной воли в социалистическом обществе, выражающем волю всего народа, В закон возводится воля советских людей, направленная на регулирование общественных интересов в интересах народа.

Правильно характеризует волю, возведенную в закон, Б. В. Шейдлин, понимая ее как развитие психологического процесса, воздействие на волю членов общества. Независимо от форм организации и выражения воля класса (народа) остается волей в психологическом смысле, она не становится «сверхличностной», оторванной от воли людей. В норме права все та же воля в ее едином понимании, только на различных ступенях формирования. В этой норме воля объективируется в определенной форме. Справедлива критика так называемой «потенциальной» воли. В нормах права выражается реальная, существующая воля; не происходит какого-либо превращения воли одних в волю других. Но воля представителей класса (народа) выражает в законе волю этого класса (народа)²². Б. В. Шейндлин оспаривает точку зрения С. Н. Братуся по поводу понимания общеклассовой (общенародной) воли в каком-то ином смысле, чем индивидуальная воля–воля в психологическом смысле. Как подчеркивает Н. Г. Александров, классики марксизма-ленинизма понимали волю как функцию человеческого мозга, поэтому воля класса не может быть чем-то особым по отношению к воле индивидов, образующих класс. Эта воля не противостоит пониманию воли в психологическом смысле. Воля класса – единая коллективная воля, она выражается в коллективном волеизъявлении большинства индивидов, в соответствии с общеклассовым интересом и с сознанием большинства класса. Воля отдельных лиц выражает не их (не только их) индивидуальный, а общеклассовый интерес²³. Прав С. И. Братусь в том, что воля коллектива (в данном случае государственная воля) приобретает новые качества, отличающие эту волю от воли отдельных лиц²⁴. Очевидно, что воля отдельных лиц, преломляясь в государственную волю, не может быть тождественной воле всех этих лиц, простой суммой этих волей, хотя в любом случае психологическое понимание воли сохраняется, ибо сохраняется регулятивная функция человеческого мозга. Не изменяется понимание воли и от того, что ее нельзя отрывать от конкретного содержания социально-классовой направленности²⁵. По своей природе воля – психологическое

явление, связанное с индивидуальной психикой человека, но объективизированная, закреплённая в праве «она представляет собой единство психологических и социальных моментов»²⁶. Нужно, однако, заметить, что объективизированная воля – это волевой акт, поэтому о психологическом содержании права можно говорить лишь постольку (хотя это и очень важно), поскольку оно отражает и выражает волю господствующего класса (всего народа), становясь тем самым классово-волевым его содержанием. Л. С. Явнч отмечает, что в нормативных актах содержится государственная воля и ее нельзя отождествлять с индивидуальной волей в психологическом смысле, ибо она объективизирована, но и нельзя ее отрывать от воли представителей господствующего класса, так как она выражает их интересы и без волеизъявления нечего было бы объективизировать²⁷. В том-то и дело, что в актах не содержится, а выражается воля, иначе действительно мы попадем в противоречие. Психологическая суть воли не изменяется от того, что воля становится государственной. Государственная воля детерминируется материальными условиями жизни класса, его политическими интересами, идеологией и т. п.²⁸. Эта детерминация исключает позитивистское волюнтаристский подход к правотворчеству как к свободному акту законодателя, опровергает понимание этой воли как «господской воли государства».

Государственная воля, сохраняя свою психологическую суть и социально-классовую направленность, трансформируя содержание индивидуальных волей в качественно новый регулятивный процесс, трансформируя и индивидуальную детерминированность волей индивидов, реализуется в общеобязательных объективных актах. И, конечно, нельзя не согласиться с тем, что государственная воля детерминирована общими классовыми интересами, что существует единство воли индивидов класса (всего народа). Государственная воля – это форма проявления общеклассового сознания. Справедливо утверждение, что волевой процесс в праве с момента формирования государственной воли, возведения ее в закон и до осуществления правового регулирования не может происходить вне классового мировоззрения, вне общественного сознания, вне правосознания. Они составляют идеологическое содержание волевого процесса в праве. Правосознание народа является идеологической основой, предпосылкой формирования государственной воли, ее непосредственным, выраженным в норме содержанием²⁹. Это правосознание определяет регулятивную деятельность в право образовании и в правоприменении, определяет принятие решения, постановку конкретных целей. Б. В. Шенпдлип указывает на то, что возведенная в закон воля остается волей, не превращаясь в ее результат, в юридическую норму. В то же время Н. Г. Александров различает волю, возводимую, и волю, возведенную в закон³⁰. Справедливо замечание Д. А. Керимова о том, что недопустимо психологическую категорию воли трактовать в каком-то ином смысле³¹. Более того, нельзя говорить о субъективной категории воли применительно к самому закону. Сам по себе

закон свою особую волю не имеет, он выражает волю законодателя, государственную волю. Эта воля, возведенная в закон, может отличаться от вариантов решения, которые были отвергнуты в ходе волевого процесса нормотворчества. Руководствоваться нужно не «волей закона» и не «волей законодателя», а законом, в котором воплощена государственная воля. Именно в этом смысле и нужно понимать марсово положение о том, что роль воли законодателя в открытии и формулировании закона. Конечно, применению подлежат не мотивы законодателя, но они детерминируют его волю, которая возводится в закон.

Очень важным является раскрытие понятий «общая» и «государственная» воля, ибо вопрос о сущности воли, объективизируемой в законе, – важнейшая сторона самого понятия социалистического права. Побудительные силы класса, общества для того, чтобы обеспечить достижение цели, должны пройти через государственную волю, в основе формирования которой лежит общая воля класса или общества. Государственная воля – это специфическая общая воля, «прошедшая через фильтр» соответствующих органов. Общеклассовая воля формируется в процессе социального управления. Классовый характер такой воли несомненен, но в марксистской литературе особо подчеркивается социально-психологическая природа общей воли, причем эта психологическая природа воли невозможна вне индивидуальных волей. В основе общей (общеклассовой) воли лежат социально-психологическое взаимодействие и взаимовлияние индивидуальных волей. Общая воля выступает как элемент коллективного, массового сознания, ее нельзя рассматривать вне системы индивидуальной и социальной регуляции, а волевые практические действия являются завершающим звеном этой сложнейшей социально-психической регуляционной системы³². Нельзя, однако, согласиться с отрывом от воли некоторых стадий, как, например, принятие решения и осознание цели. Авторы допускают неточность и в том, что считают волю сопутствующей системе социально-психической регуляции. Правда, «сопутствие» выражается в приведении в движение этой системы. Но дело в том, что воля как раз и заключается в самом процессе регуляции, а не в какой-то силе, действующей на этот процесс. Волю следует понимать только в смысле психической регуляции, сами практические действия, даже направленные на выполнение принятого решения, являются уже волевым актом (действием). В нем воля объективизирована, хотя и не прекращает свое действие. Поскольку (что правильно отмечают авторы) главным является реализация принятого решения, регуляционный процесс уже в новом качестве -воленправленности продолжает осуществляться. В этом жизнь общей воли. Справедливо утверждение, что массы в процессе деятельности поднимаются до осознания тех целей, которые поставлены перед ними передовой частью общества, Коммунистической партией. Осуществляется организованный процесс идеологического воздействия, образования общеклассовой (общенародной) воли, формирования однородных побуждений, изменения индивидуальных социальных установок. В результате массового участия в коммунистическом

строительстве, в делах общества, осуществления непосредственной демократии формируется единая воля советских людей³³. Общеклассовая воля конкретизируется в различных формах, одной из которых и является государственная воля, находящая выражение в действующем праве в результате коллективной социально-психологической деятельности лиц, на которых возложено осуществление правотворческой функции. Социальная - воля коллектива, наделенного государством правотворческими правомочиями, выражает интересы класса (общества) в целом, на точное выражение этой воли должен быть направлен регулятивный процесс лиц, наделенных полномочиями по изданию нормативных актов³⁴.

Представляет интерес рассмотрение вопроса о воле общественной организации Ц. А. Ямпольской в связи с проблемой соотношения этой воли с общей волей (общегосударственной волей, волей всего народа). Автор основывается на мнении С. Н. Братуся о том, что любая общественная воля качественно отлична от индивидуальных волей, но при этом воля отдельного индивида находится в непосредственной взаимосвязи с общественной волей. Но дальше указанных проблем, как отмечает Ц. А. Ямпольская, исследование этого вопроса не продвинулось. Нужно всегда учитывать, пишет автор, что воли «вообще» не существует; вне конкретной формы, вне ее содержания воли быть не может. Право интересует не только и не столько психологическая характеристика воли, сколько ее проявление в реальных формах – в конкретных действиях. Именно в этом плане следует говорить о соотношении указанных волей. В условиях социалистического общества, как полагает Ц. А. Ямпольская, нельзя проводить резкой грани между волей всех и общей волей, эти воли постоянно сближаются. Это тенденция, это закономерность. Мостиком, соединяющим общую волю с волей всех, является воля большинства³⁵. Общая сложная воля не сводится к своим частям, существует не как результат сложения воли коллективов, а как результат самостоятельного развития³⁶. По мере движения к коммунизму расхождений между этими видами воли будет все меньше. Но если, как правильно указывает Ц. А. Ямпольская, в каких-то решениях воля отдельного коллектива может и не соответствовать общей воле народа, то воля, которая выражена в законе, всегда является общенародной волей³⁷. Все это верно, но следовало бы об общей воле говорить не только в смысле голосования и принятия решения.

Государственная воля не заключается только в регулировании правообразования, т. е. в определении необходимости того или иного законодательного урегулирования, разработке наиболее оптимального варианта этого урегулирования, в оценке мнений и возможных последствий, в принятии конкретного решения и его объективизации в определенном законодательном акте (в системе актов)³⁸. Государственная воля – это и регулирование действий по реализации права. В этом смысле воля господствующего класса (воля всего народа) не перестает оставаться волей и после возведения ее в закон. Единство двух сторон государственной воли отразил в своем определении права Л. С. Явич, указавший, что в правилах

поведения выражается возведенная в закон материально детерминированная воля господствующих классов (народа), направленная на регулирование общественных отношений. Помимо объективного права Л. С. Явич дает определение субъективного права как системы наличных прав субъектов, выражающей «материально детерминированную и возведенную в закон волю господствующих классов, закрепленную в объективном праве»³⁹. Л. С. Явич обращает внимание на то, что правовое регулирование «поддерживается контактом господствующей объективированной воли с индивидуальной волей участников общественных отношений»⁴⁰. Но не только в этом проявляется регулятивный процесс. Он предшествует возведению воли в закон и осуществляется после этого возведения. Как мы уже указали, первая стадия волевого процесса характеризует субъективную, регулятивную сторону нормотворческой деятельности государства. Субъективную не в смысле, конечно, создания по своему произволу законов, а в смысле сознательно направленной, творческой деятельности государства и его органов. Волевой психологический процесс объективно выражается в выступлениях в печати, в предложениях общественных организаций, в том, что идеи становятся достоянием широких масс, которым предоставлена большая возможность для выражения своих взглядов. Важное значение имеет и организующая, направляющая роль Коммунистической партии, которая, выявляя общественные взгляды, стремления социальных групп, формирует, обобщая их как общенародную волю. В правотворческой деятельности важную роль играет мнение депутатов, учет научных идей. В конечном итоге весь этот процесс выражается в качестве государственной воли⁴¹. Конечно, весь процесс выявления детерминирующего правотворчество государства потребностей, интересов, формирования правосознания, принятия соответствующего оптимального решения, консолидации воли отдельных лиц, групп в общенародную волю и, в конечном счете, в государственную волю, это многогранный процесс⁴². Он сочетает в себе и объективирование воли отдельных лиц или групп, но без такого объективирования на определенных стадиях немислимо формирование общенародной, государственной воли в качестве регулятивного процесса по возведению этой воли в закон⁴³.

Особое внимание во время указанной выше дискуссии. о понятии права уделил вопросу воли С. З. Зиманов. Он указал на то, что законы должны пройти через государственную волю, а это означает, что они до объективизации носят субъективный характер и должны пройти психическую регуляцию. Норма, утверждает С. З. Зиманов, – это «бытие воли», ее «внешний механизм». С. З. Зиманов делает вывод, что государственная воля – основное ядро норм, ибо она «непосредственно связана с потребностями общества, генерированными в осознанные интересы». Воля прямо и более глубоко выражает эти интересы, а нормы в этом отношении зависят от воли. «Импульсом силы» для права, – продолжает автор, – является целеполагание⁴⁴. В этих высказываниях правильно подчеркивается волевой процесс, объективизацией которого

является норма – связь воли с детерминирующими ее потребностями, с интересами, целеполагание, «прохождение» норм через волю, их последующая объективизация. Правда, не все бесспорно в этих высказываниях. Так, вряд ли норму можно считать «внешним механизмом». Объективизация в конкретном акте, выражение, воплощение еще не значит, что мы имеем дело с внутренним содержанием и «внешним механизмом». Здесь неточно определяется соотношение воля – норма. Если норма – бытие воли или ее внешний механизм, то не ясно, как воля может одновременно быть ядром нормы. Нельзя утверждать, что нормы зависят от воли в выражении интересов, что они несколько отдалены от интересов. Коль скоро в соответствии с государственной волей, с нормотворческим волевым процессом образовалась правовая норма, принят соответствующий закон – в них в соответствии с этой волей отражены, учтены интересы общества, они выражают указанные интересы. Именно на это и была направлена государственная воля, ради этого и совершался регулятивный нормотворческий процесс. Иными словами, интересы господствующего класса (всего народа) отражены в воле, закреплённой в праве.

§ 2. ВОЛЯ В ПРАВООТНОШЕНИИ

Как указано выше, государственная воля не заканчивает свое действие возведением ее в закон. Из воли «нормотворческого регулирования» она превращается (если так можно условно выразиться) в волю «реализационного регулирования». В этом своем качестве государственная воля «выступает» в правоотношениях, хотя и не только в них. Правовое регулирование выходит за рамки правоотношений, правда, в юридической литературе на этот счет нет единодушного мнения⁴⁵. Волевые отношения, санкционированные правовыми нормами, становятся правоотношениями, т. е. идеологическими волевыми отношениями⁴⁶. Волевой характер правовых отношений означает не только неразрывную их связь с волей и сознанием людей, способность их реагировать на правовое воздействие, но, в первую очередь, то, что эти отношения обусловлены государственной волей, выраженной в правовых нормах. С. С. Алексеев подчеркивает недопустимость абсолютизации связи правоотношений с индивидуальной волей, поскольку главным является их обусловленность государственной волей, которая и предопределяет, кроме всего иного, связи конкретных правоотношений с индивидуальной волей⁴⁷.

Регулировать, однако, государственными велениями можно лишь поведение, которое зависит от воли людей. Правовая норма, воздействуя на волю участвующих в конкретном экономическом отношении, превращает это отношение в юридическое, но оно не исчерпывает экономическое содержание и всех волевых действий участников. Правовые отношения – это дальнейший путь воздействия юридических норм на регулируемые ими общественные отношения⁴⁸. В таком смысле нужно говорить, что это и дальнейший путь государственной воли. Без государственной воли,

выраженной и закреплённой в нормах, не могут возникнуть правоотношения. Её приоритет очевиден, но правоотношение становится волевым и в силу вступления в него участников по своей воле⁴⁹. Данную точку зрения, правда, нередко оспаривают, ссылаясь на то, что некоторые правоотношения (например, вследствие причинения вреда) возникают помимо воли обоих или одного субъекта и даже при случайных обстоятельствах. Воля в правоотношении – это не только классовая (общенародная воля), но и индивидуальная воля участников. Их следует различать, но не противопоставлять. Индивидуальная воля – это воля, поставленная нормой права в определённые границы. Она проявляется или, как говорят, «движется» в рамках субъективных прав и обязанностей, которые установлены и охраняются правовой нормой, выражающей государственную волю⁵⁰. Люди, соблюдая нормы права, ориентируются на них, учитывают их, даже делают их мотивами своих действий⁵¹.

По мнению С. Ф. Кечекьяна, независимо от воли участников, от мотивов вступления их в правоотношения, последние сохраняют свою силу. При этом он обращает внимание на то, что буржуазные теории, которые понимают субъективное право как волю, как правило, трактуют её не как психологический акт, а как возможность реализовать свою волю. Справедливо замечание С. Ф. Кечекьяна о том, что сущность прав и обязанностей не определяется мотивами. Несомненно воздействие нормы на волю участников, которая должна соответствовать государственной воле. Но вряд ли правильно утверждение автора о том, что воля как психический процесс может и не совпадать с тем, что признаётся юридической волей⁵². Прежде всего нельзя противопоставлять волю в психическом и юридическом смыслах. Воля всегда психологическая категория, всегда психический процесс, как, кстати, правильно отмечает С. Ф. Кечекьян. Этот процесс может быть осуществлён вопреки желанию субъекта, возможен эксцесс или порок воли, порок волеизъявления, в результате чего действительно воля может не иметь никакого значения для юридической силы правоотношения, но это совсем не означает, что в подобных случаях в нём вообще отсутствует волевой психический процесс, т. е. воля участников. Тем более это не означает, что есть какая-то юридическая воля, понимаемая как-то иначе, чем регулятивный психический процесс. Что же касается отсутствия воли в некоторых случаях возникновения правоотношений, то, во-первых, исключения не должны приводить к отрицанию значения воли участников правоотношения. Во-вторых, в некоторых правоотношениях в той или иной форме воля выражается по крайней мере одним из участников; недопустимо считать, что всегда воля должна совпадать или выражаться обоими участниками. Воля второго участника может играть роль в завязке этих отношений, например, воля преступника, направленная не на возникновение правоотношения, а на достижение преступного результата⁵³. Даже возникновение правоотношений из события не изменяет их волевого характера, поскольку события имеют юридическое значение, если они связаны с поведением людей⁵⁴. Кстати, ошибочно мнение, отрицающее волю

причинителя в обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда при невиновном причинении. Такой вывод покоится на понимании воли как желания, тогда как воля – это и выбор определенного поведения.

Некоторые ученые, не отрицая того, что правоотношение может миновать волю и сознание его участников, указывают на отсутствие в этих случаях активного воздействия нормы права па общественные отношения, что позволяет признать такого рода отношения неволевыми. Осуществление прав и обязанностей независимо от волевого характера возникновения правоотношения, вне волевых актов его участников немислимо. Справедливо указание С. С. Алексеева па то, что, если даже правоотношения возникают без индивидуальной воли, то в своем большинстве (с учетом правильного понимания воли – всегда. – В. О.) они «реализуются при помощи волевых действий участников»⁵⁵. Конечно, государственная воля контактирует с индивидуальной волей, но если правоотношение признать волевым только с точки зрения государственной воли, стирается грань между волевым содержанием права и правоотношения⁵⁶. Эту же мысль высказывает и Ю. К- Толстой, подвергая критике взгляд ученых, нигилистические относящихся к субъективной воле участников правоотношения⁵⁷. Но, видимо, вряд ли следует говорить о трансформировании, перерабатывании государственной волн в волевые акты субъектов правоотношения, на что ссылается М. П. Карева⁵⁸. Государственная" воля «не перерабатывается», она продолжает жить в правоотношении как государственная воля, взаимодействуя с индивидуальной волей. Ю. К. Толстой критически анализирует и другую крайнюю позицию – о волевом характере правоотношений лишь в смысле индивидуальной воли. Он делает правильный вывод о том что во взаимодействии воль решающая роль принадлежит государственной воле, направляющей развитие индивидуальной воли⁵⁹. Указывают и на три стороны волевого характера правоотношений. В качестве третьей стороны якобы выступает право участников- этих отношений на обращение к государственным органам за защитой в случае нарушения их интересов⁶⁰. С подобным расширением и пониманием волевого характера правоотношения вряд ли можно согласиться. В. Н. Щеглов оспаривает точку зрения: В. П. Мозолина о том, что в экономическом отношении, урегулированном нормами права, волевого момента нет. Вызывает лишь, возражение определение им волевого момента: сознание правомочий и обязанностей и психическое отношение к ним⁶¹.

Как правильно отмечает Р. О. Халфина, есть немало случаев, когда возникновение правоотношения во многом зависит от индивидуальной воли, а закон предоставляет участникам широкие возможности для выбора. Именно в этом и проявляется содержание государственной воли. При всей важности этой воли поведение участников есть выражение их воли, в том числе и в тех случаях, когда они выполняют обязанность, установленную нормой права⁶². Необходимо обратить внимание еще на один аспект государственной воли – на то, что социалистические организации, вступая в гражданско-правовые отношения, выражают не только- свою волю, но и

волю социалистического государства. Это прежде всего проявляется в плановых обязательствах⁶³. В данном случае нужно говорить о взаимовлиянии общегосударственной воли и воли предприятия. Но это сочетание воли, как правильно отмечает Ф. И. Гавзе, отличается от согласования воли двух предприятий. Здесь не два равноправных субъекта. Решение в конце концов принадлежит организации, выполняющей функции государственного управления, поэтому утвержденные плановые задания адресуются предприятию как «акт государственной воли», а цель, которая предопределяет деятельность предприятия, его интересы, приводит к тому, что выполняемая им государственная воля превращается в его собственную волю⁶⁴. Иными словами, воля государства в процессе хозяйственной деятельности превращается в волю самого предприятия, она не ограничивает волю предприятия, его инициативу. Происходит сочетание интересов предприятия с интересом государства⁶⁵. Это, конечно, верно, но не очень точно, считать, что воля государства превращается в волю предприятия. Взаимодействие, взаимосочетание воли, безусловно, происходит, можно говорить, что в воле предприятия выражается воля государства, что воля государства реализуется в волевом регулятивном процессе предприятий.

Индивидуальная воля может дополнять государственную волю в правоотношениях, если государственной волей это предопределено или не воспрещается. Волевой характер договора определяется тем, что в нем конкретизируется абстрактная модель нормы⁶⁶. Воля субъектов обусловлена государственной волей, но творческое проявление их собственной воли не только не сдерживается волей государственной, а, наоборот, всячески поощряется. Всякое противоречие между ними исключено. Исполнение – центральный момент правоотношения как волевого отношения⁶⁷. Но только, конечно, не потому, что волевой характер поведения как отмечает Ф. Л. Рабинович, проявляется в борьбе с препятствиями. Трудности, конечно, нельзя исключить, но не они характеризуют социалистический договор. Другое дело, что в исполнении находит свое широкое проявление регуляционный, т. е. волевой процесс.

Ряд советских правоведов, исходя из единства правовой нормы и правоотношения, считая, что государственная воля выражается не только в форме закона, но и в правоотношениях, приходит к выводу о том, что правом охватываются различные состояния государственной воли, в том числе и в сфере фактических отношений, что право нужно рассматривать в качестве единства правовых норм и отношений⁶⁸. Право действительно связано с различными состояниями государственной воли. Но эти состояния необходимо правильно понимать. Речь должна идти о различных стадиях государственного регуляционного волевого процесса. Не следует путать процесс (волю), направленный на установление правовых норм – на возведение государственной воли в закон, с процессом, регулирующим общественные отношения в соответствии с этим законом. Последний процесс является также выражением государственной воли, но объективизируется он не в правовых нормах, а в конкретном поведении субъектов в соответствии с

этиими нормами, в том числе и в правоотношениях, в которых в том или ином виде, в том или ином качестве сочетается государственная воля, направленная на реализацию правовых норм, и воля субъектов. Ошибочно отрицание взаимодействия социальной и индивидуальной воли, утверждение об одностороннем воздействии государственной воли на индивидуальную⁶⁹. Речь не идет о приоритете. Конечно, не всегда существует «взаимность» воли государства и воли субъектов, но в этих случаях возникает уже вопрос о «коллизии воли».

Глава 5. ВОЛЕСПОСОБНОСТЬ

В основе дееспособности лежит обладание как сознанием, так и волей¹. Такую волю нередко именуют «волей в психологическом смысле»². Речь, однако, идет о том понимании воли, которое как раз и должно считаться правовым. Неприемлемость подразделения на психологическую и юридическую волю очевидна по той причине, что в этом случае следовало бы исходить из двух различных аспектов понимания воли, тогда как в юридическом смысле воля понимается именно как психический регулятивный процесс, а не иначе. Интеллектуальный момент дееспособности заключается в возможности осознать свои поступки и их результат; волевой момент – в возможности руководить поступками. Когда мы указываем на волеспособность, должен иметься в виду лишь второй момент – способность правильно направлять свое поведение. Однако в юридической литературе нередко волеспособность отождествляется с дееспособностью в смысле наличия психической полноценности субъекта. Отсюда можно встретить такой термин, как «зрелая воля», который должен означать то, что субъект способен («созрел») для понимания и регулирования своего поведения. Говорят еще «разумная», «сознательная» воля, но воли, не связанной с сознанием, не существует. Осуществлять свои права может и лицо, не имеющее волеспособности, но такое осуществление обеспечивается поведением других лиц, которое находится вне регулирования со стороны неволеспособного.

История права знает так называемую волевую теорию право субъектности: субъектом может быть лишь «волеспособная личность», субъективное право – проявление волевой мощи. Апологеты волевой теории Савиньи и Гельдер считали, что только права дееспособной личности, с точки зрения частнособственнических интересов, подвергались защите³. Савиньи понимает субъективное право в качестве господства индивидуальной воли управомоченного лица, но субъективное право может и не затронуть индивидуальную волю. Как идеалист, он далек от раскрытия классового, содержания воли, социально-экономической ее обусловленности, хотя в советской правовой науке есть даже высказывания о необходимости учета некоторых рациональных положений указанной теории⁴.

Оба момента дееспособности взаимосвязаны. Но хотя о дееспособности в большинстве случаев нельзя говорить без воледееспособности, воледееспособность выходит за рамки дееспособности, а недееспособное лицо может оказаться и воледееспособным. Кроме того, вопрос о воледееспособности возникает и в случае уголовно наказуемого деяния, т. е. в связи с категорией вменяемости.

§ 1. НЕВМЯЕМОСТЬ И АФФЕКТ

Существует большое разнообразие определений вменяемости и невменяемости⁵. При невменяемости имеются в виду оба признака: и отсутствие способности мышления, и отсутствие возможности «свободно воледееспособно». Ф. Энгельс вменяемость ставил рядом со свободой воли, когда говорил о праве: «Невозможно рассуждать о морали и праве, не касаясь вопроса о так называемой свободе воли, о вменяемости человека»⁶. Действительно, как можно действовать со знанием дела, если нельзя осознать, познать необходимость из-за порока мышления? Как можно господствовать над собой, если налицо порок воли? Уголовный закон обращается к вменяемым лицам, он не применяется к тем, которые находятся в состоянии душевной болезни, в состоянии временного расстройства психики или в состоянии, когда нельзя было отдавать отчет в инкриминируемых действиях и руководить ими⁷.

В юридической литературе подчеркивается, что достаточно установить отсутствие хотя бы одного из психологических критериев (интеллектуального или волевого), чтобы признать невменяемость. При этом отмечается, что волевая деятельность человека опирается на сознание, а расстройство волевой деятельности является и глубоким нарушением его мышления⁸. Отсутствие способности руководить поступками наблюдается при некоторых психических заболеваниях, в том числе и расстройства воли, которые проявляются в болезненном преобладании, усилении рефлекторных актов, в ослаблении волевых импульсов. Больной сознает все, что нужно сделать, но сознание остается отвлеченным, он не в состоянии проявить усилие, чтобы совершить действие. Есть и другие случаи болезненного волевого расстройства: навязчивые действия, желания; внушаемость (чрезмерная подверженность чужому влиянию), негативизм (чрезмерная сопротивляемость) и др. У душевных больных нередко наблюдается особая импульсивность действия, исключая борьбу мотивов. К психическим расстройствам воли относятся и импульсивные влечения, обычно связанные с половыми извращениями, пироманией, kleptomанией и т. п. Патологическое слабоволие проявляется при хроническом алкоголизме, оно связывается с неспособностью противиться влечению к вину, особенно наблюдающееся в состоянии дилеомании, а также в других случаях наркомании. Но наркомания, в том числе алкоголизм, не исключает вменяемость. Лишь значительные степени наркоманической деградации могут привести к иному выводу и то лишь в отношении преступлений,

направленных к прекращению «наркотического голодания» (например, при состоянии абстиненции – морфийного голода). Речь, конечно, не идет об общих психических расстройствах, Правда, в литературе признавалось, что во время запойного приступа и непреодолимого влечения к алкоголю резко изменяется психическое состояние, что приравнивается к периодическому психозу и исключает ответственность за все совершенное в этом состоянии⁹. Этот вывод ныне противоречит ст.¹² Основ уголовного законодательства о безусловной ответственности в состоянии опьянения. И все же иногда признается, что в ряде случаев алкогольного опьянения может возникнуть невозможность руководить своими действиями и при отсутствии патологического опьянения; иными словами, есть юридические и медицинские критерии невменяемости¹⁰. Не все соглашались с этим, ссылаясь на то, что в подавляющем- большинстве случаев при простом опьянении не исключается возможность осмысления ситуации и регуляции поведения, поэтому ст. ¹² УК РСФСР имеет не только юридический, но и медицинский критерий". Волевой процесс только ограничивается, изменяется, ослабевает, но не прекращается.

В ряде случаев волевых расстройств нельзя говорить исключительно о пороке воли, их сопровождает и аномалия в сознании, но не всякие психические заболевания могут привести к выводу о невменяемости. Значит имеется медицинский критерий при отсутствии критерия психологического. Психологический критерий, именуемый юридическим, характеризует в обобщенном виде состояние невменяемости, он абстрагирует клинические данные (медицинский критерий), свидетельствующие о таких болезненных нарушениях головного мозга, которые исключают с точки зрения закона возможность сознавать, руководить своим поведением, т. е. признать наличие вины и применить ответственность. Он характеризует состояние психики в целом, а не нарушение отдельных психических функций, но оба критерия должны существовать в единстве, хотя ведущая роль принадлежит психологическому (юридическому) критерию¹². Юридический критерий подразделяется на интеллектуальный и волевой аспекты, проявляемые, как правило, совместно, а если учитывать сознание, как неотъемлемое свойство воли, то всегда совместно. Возникает, однако, вопрос: можно ли говорить об отсутствии волееспособности в тех случаях, когда регуляция поведения, хотя и была детерминирована патологическими влечениями, особыми аномальными свойствами личности, но все же осуществлялась целенаправленно, осознанно, с принятием решения. С точки зрения понимания воли исключительно как желания, не может вызвать сомнения наличие' в этом случае воли. Иначе нужно оценить волееспособность при понимании воли как единого' регуляционного процесса. Безусловно, субъект регулирует свое поведение, но эта регуляция страдает существенными дефектами именно в одной из решающих стадий: пет подлинной борьбы мотивов. Расстройство воли приводит к доминированию одного мотива. Это дает основания в ряде случаев признать такого субъекта неволееспособным и защитить его интересы. Вопрос заключается в степени аномалии

регуляционного процесса, в том, является ли нарушение чрезмерно серьезным. Именно поэтому необходимо единство медицинского и психологического критериев¹³.

Недопустимо признавать состояние частичной, парциальной невменяемости. Лицо либо вменяемо, либо нет. В науке судебной психиатрии существует дискуссионная концепция об уменьшенной вменяемости в отношении не явно сумасшедших. Критерий уменьшенной вменяемости расплывчат. В советском праве концепция эта не воспринята. Считалось, что в определенной мере она имеет связь с ломброзианскими и не оломброзианскими тенденциями¹⁴, но в последнее время в отношении несовершеннолетних с психическими аномалиями выдвигается предложение о необходимости введения в уголовное законодательство категории уменьшенной вменяемости¹⁵. Этот вопрос, конечно, требует тщательного исследования¹⁶.

Иногда возникает коллизия между волееспособностью и волей – лицо способно было регулировать свое поведение, но не может его регулировать по зависящим от него же самым причинам. Указанные случаи могут иметь место не только в результате умышленного доведения до такой ситуации, но и по неосторожности. По действующему уголовному законодательству, ответственность в этих случаях применяется не только безоговорочно, но, более того, усиливается. Такие случаи называют приведением себя в состояние, в котором виновный не может отдавать отчет в своих действиях и руководить ими – *aetiones liberae in causa seu ad libertatem relatae* («действия, свободные в своей причине»). Б. С. Утевский полагает, что юридически решающим является момент, предшествующий состоянию невменяемости, вина реализуется до этого момента в стадию создания состояния невменяемости¹⁷. Нельзя исключать наличие волееспособности в тех случаях, когда лицо сознательно или по неосторожности довело себя до состояния потери способности руководить своими действиями. Такое правило содержится и в ст. 453 Г К. РСФСР. Но абсолютного применения ответственности за совершенное правонарушение в состоянии опьянения ГК не знает. И хотя справедливо, что чаще всего имеет место доведение себя до такого состояния¹⁸, насильственные действия со стороны третьих лиц не исключены. В связи с этим представляется, что и уголовный кодекс мог быть не столь категоричным, тем более, что исключается волевой поступок при беспомощности, вызванном проявлением чужой воли¹⁹.

Справедливо и замечание А. М. Беляковой: если лицо знает, что подвержено патологическому опьянению, но не исключает провокацию такого состояния, оно не должно освобождаться от ответственности²⁰. Интересно, что в некоторых странах, например в Румынии, имеет место освобождение от ответственности при полном опьянении в случайных обстоятельствах, не зависящих от «воли причин», при неожиданности. Ссылка на отсутствие воли при опьянении и наркотическом отравлении делается и в законодательствах Индии и Дании. Но приведение себя в такое состояние, даже по неосторожности, от ответственности не освобождает²¹. Н.

С. Лейкина, ссылаясь на мнение И. Ф. Случевского, не исключает невменяемость в некоторых случаях обычного опьянения, но признает, что невменяемость такого рода не освобождает от ответственности. Субъективным основанием таковой является доведение по собственной воле до такого состояния. Даже Аристотель говорил, что опьянение – это добровольное безумие. Можно ли, однако, считать, спрашивает Н. С. Лейкина, что находящийся в состоянии опьянения совершает умышленное преступление. Даже если лицо и довело себя до состояния, когда лишено было возможности контролировать свое поведение и стало неспособным к избирательному поступку, оно не может считаться совершившим умышленное преступление и ответственность фактически следует, по ее мнению, за объективное вменение. Автор предлагает перенять положение, существующее в некоторых странах, и включить специальную норму, устанавливающую ответственность за доведение себя до подобного состояния²². Такое предложение законодатель не воспринял. Да и недопустимо привлекать к ответственности не за само преступление, а за возникновение опасной ситуации безотносительно к тому, что этим лицом совершено, тем более, что нельзя согласиться с мнением об отсутствии при обычном (не патологическом) опьянении возможности осуществления регуляционного процесса – отсутствии волеиспособности.

Вопрос о волеиспособности связан и с состоянием патологического аффекта. Расстройство сознания, вызванное этой ситуацией, приводит обычно к неспособности управлять своими поступками, парализует волю; поступки приобретают автоматический, мимовольный характер, без постановки цели и выбора решения. Мимовольность возникает иногда и в результате длительного нарастания душевного напряжения при так называемом «коротком замыкании», при сумеречных состояниях и т. п. Такие действия могут иметь видимость целесообразных. В некоторых случаях может быть признана невменяемость как следствие временного расстройства психики, т. е. неспособности к регуляции поведения. Но не всякая психическая недостаточность приводит к невменяемости и даже к снижению способности удержаться от неправомерного действия. В отличие от патологического аффекта, приводящего к изменению сознания, когда лицо лишается возможности практически руководить своими действиями, понимать свои поступки, нужно отличать аффект иного порядка, т. е. аффективное состояние, вызванное сильным душевным волнением, эмоциональным возбуждением, тормозящими интеллектуальную деятельность, приводящими к преобладанию динамических моментов над избирательной направленностью действия. Но такое состояние не связано даже с временным психическим расстройством; в свое время такой физиологический аффект назывался умоисступлением. Этот аффект – сильное душевное волнение в момент события преступления не освобождает от ответственности²³. Здесь мы встречаемся со случаем ограничения волеиспособности, но не с ее отсутствием. Недостатки в осуществлении нормального волевого процесса дают возможность уменьшить

ответственность. Но для этого необходимо не просто признание частичного нарушения волеиспособности, а наличие обязательно юридического критерия – неправомерных действий потерпевшего, вызвавших указанное душевное волнение. Сильное душевное волнение может быть вызвано и не поведением потерпевшего, например, обрушившимся горем, поступком третьих лиц, воспоминанием, даже связанным с потерпевшим, и т. п. Например, в одном из дел у скульптора возник аффективный гнев из-за того, что гость случайно разбил скульптуру²⁴. В подобных случаях нельзя отрицать аффект, но нельзя и поощрять неумение «властвовать над собой», неумение психически регулировать свое поведение в нужном направлении, даже в сложных и острых ситуациях. Некоторая ограниченность волеиспособности дает лишь право уменьшить ответственность, но только в качестве ответа на поведение потерпевшего. Мы, естественно, не касаемся здесь всех моментов этого экстремального состояния, вызывающего определенную не заторможенность некоторых реакций. Возникают, конечно, вопросы о внезапности реакций, о внезапности возникновения душевного волнения, о характере действий потерпевшего, в том числе при нападении²⁵. При сильном душевном волнении, как правильно указывает Н. И. Загородников, психика выходит «из обычного состояния», затрудняется самоконтроль, критическая оценка решения и способов их исполнения. Но речь может идти только о затруднении, а не о полной невозможности владеть собой²⁶. Существует и мотивация поведения – неудовлетворенная потребность²⁷.

Заслуживает внимания и вопрос о психическом принуждении. Можно ли считать, что субъект свободно регулирует свою деятельность, находясь, например, под угрозой смерти? Полагают, что в данном случае вообще нет проявления воли, а есть механическое исполнение чужой воли. Но Т. В. Церетели в принципе обоснованно считает, что об отсутствии волевого процесса нельзя утверждать, ибо все же существует возможность противоборствовать такому принуждению. Однако в указанной ситуации в ряде случаев возможна постановка вопроса о крайней необходимости и об освобождении от ответственности²⁸, но не в связи с отсутствием волеиспособности.

Аффективные действия нередко относятся к импульсивному поведению, хотя и влекут уголовную ответственность. Чем это объяснить? Т. Шавгулидзе дает примерно такое же объяснение, какое дано выше: при аффекте контроль человека лишь уменьшается, но не исключается совсем²⁹. Нельзя считать, что при физиологическом аффекте существует какой-то вневольный ограниченный контроль. В данном случае субъект воле способен, но волевой процесс детерминирован эмоциями особой силы, которые затрудняют выбор правильного решения, выбор средств для его осуществления, ускоряют течение волевого психического процесса и его переход к фактическому действию. Это приближает данный волевой процесс к импульсивному, но не превращает его в таковой. Аффективные действия могут быть преодолены. В момент аффективной разрядки человек теряет во многом власть над собой, отдает себя во власть аффекта, но он может не

допустить этого, не дать развиваться аффекту³⁰, не довести себя до такого состояния. Правда, как указывает Т. Шавгулидзе, не следует относить импульсивное поведение к числу рефлекторных действий. Импульсивное действие направляется установкой, является целесообразным, хотя и необдуманым. Между волевым и импульсивным поведением нет непреодолимой стены, поэтому ответственность может следовать и за импульсивное поведение, когда человек не осознает преступное поведение и «действует под непосредственным влиянием установки, возникшей на почве актуальной потребности»³¹. Не отрицая значения установки, нельзя согласиться с тем, что отсутствует волевой процесс тогда, когда нет препятствий и проявления усилий. Активность – свойство воли, но не сама воля. На каких-то стадиях она может и не проявляться с достаточной отчетливостью. Это отнюдь не означает, что действие, которое совершается на основании принятого решения, является не волевым, а импульсивным. Другое дело – это особый характер волевого процесса, его специфика. Только этим можно объяснить применение ответственности при аффекте. Субъект, находящийся в состоянии физического аффекта, волееспособен. Правда, и Т. Шавгулидзе не отрицает волееспособность, указывая на то, что «и при импульсивном поведении субъект имеет возможность включить в поведение волю».

§ 2. ДЕЛИКТО- И СДЕЛКОВОЛЕСПОСОБНОСТЬ

Гражданское право несколько иначе подходит к тем ситуациям, когда лицо не могло понимать значения своих действий или руководить ими. Мы уже ссылались на ст. 453 ГК, которая не исключает в этих случаях ответственность только при доведении себя до такого состояния. Означает ли это, что состояние любого аффекта, если имеет место какой-либо из указанных психологических моментов, освобождает от деликтной ответственности? Ведь ст. 453 ГК учитывает и действия третьих лиц, и другие причины, а не только поведение потерпевшего. Конечно, причинение имущественного вреда и преступление – вещи разные, но ведь гражданское право знает возмещение убытков и при крайней необходимости, и в ряде других случаев. Да и как быть в отношении гражданского иска при признании в такой ситуации факта преступления?

И еще один любопытный вопрос возникает из сопоставления ст. 453 со ст. 454 ГК. Согласно этой статье, ответственность владельца источника повышенной опасности исключается только при непреодолимой силе и в некоторых случаях при вине потерпевшего³². В свое время многие ученые придерживались того положения, что это специальная норма, в которой перечень оснований, освобождающих от ответственности, строго определен. В настоящее время признано необходимым учитывать не только умысел, но и грубую неосторожность потерпевшего; на ст. 454 распространилось действие ст. 458 ГК. Значит возможна постановка вопроса и о распространении на нее ст. 453 ГК. Однако нам представляется это

неправомерным. Во-первых, ст. 453 никак не может считаться общей нормой для обязательств, возникающих вследствие причинения вреда; она является специальной нормой, регулирующей ответственность конкретных субъектов с точки зрения их волеиспособности. Во-вторых, ст. 454 ГК предусматривает повышенную ответственность, к уменьшению которой или к освобождению от которой может привести вина самого потерпевшего. И все же обсуждение этого вопроса не может быть снято «с повестки дня».

Следует признать, что ст. 453 ГК, указывающая не на трудности в понимании значения поступков и в руководстве ими, а на невозможность «понимать и руководить», имеет в виду патологию, аффекта. В то же время она подразумевает и состояние сильного душевного волнения. В таком состоянии тоже может возникнуть ситуация, когда субъект потеряет ориентир в нормальном регулировании своего поведения. В юридической литературе дискутируется вопрос о введении в гражданское право категорий вменяемости и невменяемости. Дело в том, что в ст. 453 ГК РСФСР речь идет о лицах, юридически дееспособных, т. е. деликтоспособных – способных не совершать, конечно, деликты, а отвечать за правонарушения. В цивилистической литературе делается вывод о том, что деликтоспособным может быть только вменяемый человек³³. Но означает ли это, что деликтоспособность должна быть приравнена к вменяемости, что вменяемости и невменяемости в деликатных обязательствах должно придаваться самостоятельное значение? Несмотря на то, что в ст. 453 ГК речь идет лишь о юридическом критерии, под ее действие подпадают как лица, находящиеся в состоянии временного расстройства психической деятельности, в; бессознательном состоянии³⁴, так и те лица, которые по своему состоянию должны быть признаны недееспособными, но не признаны таковыми по каким-либо причинам. Это означает, что за вред, причиненный такими лицами, никто ответственности не несет. Видимо, все же должна учитываться и вина лиц, которые должны были осуществлять надзор за указанными лицами, принять меры к их лечению, изоляции. Безответственность здесь недопустима. Недопустимо и оставлять невозмущенным вред во всех случаях, когда его причинитель не умеет «властвовать над со-, бой». Ст. 453 ГК РСФСР, как указывают, свидетельствует о том, что категория невменяемости фактически заняла место в гражданском праве³⁵. В законодательстве ряда зарубежных социалистических стран освобождение от ответственности несовершеннолетних и душевнобольных связывается либо с неспособностью руководить своими действиями и понимать их значение, либо с любой причиной, которая привела к состоянию, исключавшему сознательное или свободное принятие решения и изъявление воли³⁶. И все же не о невменяемости следует говорить, а о неволеиспособности, что более точно выражает невозможность (неспособность) человека сознательно избирать решение, регулировать свое поведение- не только в болезненном состоянии.

Установление в законе конкретного возраста частичной и полной дееспособности, а также деликтоспособности отнюдь не означает, что

именно с этого возраста возникает волеспособность лица – способность направлять, регулировать свое поведение. Но- этот возраст определяет, с одной стороны, возможность применения ответственности, а с другой – возможность выражать свою волю, вступая в правоотношения. Способность, которая не может быть реализована, беспредметна и о волеспособности следует говорить как о способности регулировать свое поведение не ради регулирования, а для совершения волевого акта. В большинстве случаев в более раннем возрасте еще отсутствует полная возможность регулировать свое поведение. Но это не значит, что вообще отсутствует способность к регуляции поведения. Доказательством являются: установление дееспособности в более раннем возрасте – при вступлении в брак в соответствии с разрешением, право на совершение мелких бытовых сделок, сделок по распоряжению своей зарплатой или стипендией и некоторых других. В юридической литературе указывается, что возрастная граница определена законодателем не только с учетом психологических факторов, но и факторов экономического порядка³⁷. И все же, исходя из того, что в настоящее время способность подростков понимать значение своих действий и руководить ими наступает раньше, делается вывод, что неправильно их ограничивать и в возможности вступать в правоотношения, и в необходимости нести ответственность. Возрастной рубеж предлагается изменить. Только способность понимать значение своих действий и руководить ими может быть критерием для решения этого вопроса. Научно обоснованная граница должна быть, но и возможности отступления от нее в ту или иную сторону следует предусмотреть в нормативном порядке³⁸. В литературе отмечается, что установление нижней возрастной границы учитывает социальную зрелость субъекта и характер общественных отношений, что, однако, не должно приводить к несоответствию в возрастной границе как внутри отрасли права, так и между отраслями³⁹.

За применение ответственности в каждом случае с учетом установления способности малолетнего к «разумению» уже были высказывания в литературе⁴⁰. Но эта позиция не находит в принципе подтверждения в законе. Ссылаясь на допустимость уменьшения возрастной границы для вины потерпевшего, некоторые ученые не видят оснований, чтобы при тех же самых преступлениях не учитывать и вину причинителей в более раннем возрасте⁴¹, а в исключительных случаях и поведение малолетнего потерпевшего, исходя из его «разумения»⁴².

В некоторых работах предлагается предоставить право суду решать вопрос о зрелости воли ранее установленного возраста⁴³. Кстати, в отношении уголовной ответственности несовершеннолетних предусматривается допустимость, а иногда и необходимость обсуждать вопрос о фактической возможности их, с учетом обстоятельств, осознавать значение своего поведения и руководить им, несмотря на достижение возраста. И все же нельзя согласиться с тем, чтобы признавать волеспособность в каждом случае в зависимости от «разумения» и менять возрастную границу. Установление ее связано не исключительно с

умственным развитием, но и с экономическими обстоятельствами, с учетом жизненного опыта, продиктовано и соображениями гуманного порядка, и предполагаемой виной в недостаточном воспитании со стороны других лиц, и большей эффективностью применения к подростку других мер и т. п. Все это, конечно, не исключает дальнейших исследований в данной области. Нельзя ответственность применять по-разному к лицам различных возрастных групп. Ответственность с 15 лет наступает в полном объеме и не должна быть какой-то исключительной и в какой-то мере ограниченной, кроме случаев, когда, исходя из экономических соображений, к ней в субсидиарном порядке привлекаются другие лица⁴⁴. С 15 лет человек может и должен во многом разбираться, должен отвечать за свои поступки. Нельзя не отметить, что при изменении возрастных границ в законодательстве решающая роль отводилась не психологическому критерию – возможности осознания действий и осуществления руководства ими. Этот критерий не изменялся столь существенно. Поэтому волеспособность не всегда, как указано выше, связана с возможностью осуществления регуляционной деятельности по чисто психологическим моментам. Она во многом зависит от юридической (законодательной) возможности осуществления этой регуляционной деятельности.

О недееспособных принято говорить как о лицах, которые не способны «разумно проявлять свою волю и, следовательно, рассудительно вести свои дела...»⁴⁵. Таким образом, дееспособность, а следовательно, и ее элемент волеспособность – это юридическое признание осознанного и правильно регулируемого ведения своих дел. В юридической литературе идет дискуссия о расширении имущественных прав недееспособных, в возрасте от 15 до 18 лет, о праве их на совершение сделок в отношении имущества, приобретенного на зарплату (стипендию). Некоторые ученые выступают против такого права⁴⁶, а некоторые, наоборот, высказываются за него⁴⁷. В какой-то мере правовая норма, видимо, нуждается в уточнении. Как полагает Я. Р. Веберс, с 15-летнего возраста несовершеннолетний, как правило, обладает достаточным опытом, умственными и волевыми способностями для совершения юридических действий в области гражданского права⁴⁸. Считают, что он действует как вполне дееспособный, ибо требуемое во многих случаях согласие родителей (попечителей), как правило, презюмируется в виде молчаливого одобрения уже совершенных сделок⁴⁹. Но все дело в том, что ст. 13 ГК РСФСР говорит не о последующем одобрении, а о том, что, кроме имеющихся исключений, сделки совершаются с согласия родителей (усыновителей, попечителей)⁵⁰. И все же согласие обычно презюмируется, но не в виде последующего одобрения, а именно согласие, хотя заключенная без согласия сделка действительна до момента ее оспаривания родителями (усыновителями, попечителями). Это позволяет сделать вывод о наличии не полной, а все же частичной волеспособности, т. е. о наличии полной способности к осуществлению регуляционного волевого процесса, но отсутствии полной свободы на самостоятельное вступление в сделку, необходимость во многих случаях предварительного, пусть

предполагаемого (презюмированного) согласия. Иными словами, есть волеспособность – способность регуляции своего поведения, но ограничена волеспособность в смысле воли – согласия, воли на вступление в юридические отношения.

Иное положение существует в отношении лиц с ограниченной дееспособностью в соответствии со ст. 16 ГК РСФСР. В этом случае нельзя говорить о презумпции согласия на совершение сделок, наоборот, должна действовать противоположная презумпция, тем более, что попечитель вправе контролировать имущественные соглашения этих лиц. В отношении таких сделок ограниченный в дееспособности должен быть признан полностью неволеспособным до получения разрешения на заключение сделки.

Наконец, особое место в исследуемой проблеме занимает ст. 56 ГК РСФСР. И здесь возникает вопрос о волеспособности, ибо в данной статье речь идет о дееспособных лицах, а состояние временной недееспособности закон не предусматривает⁵¹. Правда, указанное состояние иногда именуется «адееспособность», что встречает возражения терминологического порядка. Нужно отметить, что ст. 31 ранее действовавшего ГК РСФСР имела в виду интеллектуальный момент, волевому моменту (способность руководить своим поведением) внимания не уделялось. Эта неточность ныне в основном устранена. В свое время в цивилистической литературе говорилось о неменяемости (в отличие от недееспособности) указанных лиц⁵². По мнению Я. Р. Веберса, действующее законодательство позволяет ставить вопрос только об учете определенного состояния для признания недействительности сделки. Однако он все же считает, что в момент совершения такой сделки субъект не может считаться дееспособным, тем более, что в числе обстоятельств, указанных в ст. 56 ГК, могут быть и обстоятельства постоянного характера. Это позволяет ученому высказаться за признание состояния неменяемости⁵³. Мы полагаем, что и в данном случае вполне оправданно говорить об утрате волеспособности, одного из элементов дееспособности, одного из аспектов ее психологического содержания⁵⁴. Законодательство дает возможность только так ставить вопрос – не о наличии недееспособности, т. е. утрате как психологического, так и юридического содержания дееспособности, а об утрате лишь ее психологического содержания (интеллектуального и (или) волевого), в частности – волеспособности.

Предусмотренный в ст. 56 ГК РСФСР порок сознания и воли устанавливается судом в случае возникновения спора о действительности сделки. В отличие от уголовного законодательства (ст. 12 Основ) и даже в отличие от ст. 453 ГК РСФСР данная статья не исключает возможности оспаривания сделки, заключенной в состоянии опьянения, когда лицо не могло понимать значения своих действий и руководить своими поступками, ибо в данном случае недопустимо воспользоваться таким состоянием⁵⁵. Не случайно, ст. 56 ГК предусматривает возмещение потерпевшей стороне расходов, утраченного или поврежденного имущества, при наличии вины другой стороны. Конечно, вряд ли такая льгота должна применяться в

отношении алкоголиков и наркоманов, что, видимо, требует взыскания ущерба в доход государства.

Ст. 56 ГК. предусматривает восстановление волееспособности при отсутствии полной недееспособности и, как следствие этого, оспаривание действительности сделки только тем гражданином, который находился в указанном состоянии. Это вызывает справедливые замечания со стороны многих цивилистов, особенно с учетом длительности заболевания. По мнению В. П. Шахматова, право на оспаривание подобных сделок должно быть предоставлено заинтересованным в этом лицам⁵⁶. Еще более решительно высказывается Я. Р. Веберс: ст. 56 ГК подлежит уже сейчас распространительному толкованию, поскольку указанное состояние лица может привести к признанию его недееспособности, к смерти⁵⁷. Совершенно очевидно, что если не произошло восстановление волееспособности или ее восстановление носит затяжной характер, нельзя лишать права заинтересованных лиц оспорить подобную сделку.

Отсутствие волееспособности одних лиц замещается действиями других волееспособных лиц. В этих случаях можно говорить о «замещении воли», но только в отношении лиц недееспособных. Регулирование заключения и исполнения сделки полностью «замещается» их законными представителями. Малолетние и душевнобольные не становятся при помощи представителя дееспособными⁵⁸, но отсутствие волееспособности замещается волей других – их собственной волей, психическим регулированием их собственного поведения⁵⁹, хотя и детерминированного, главным образом, интересами недееспособных лиц.

Особое место занимает вопрос о трудовой дееспособности, которая не всегда совпадает с гражданской не только по возрастной границе, но и по состоянию психики. Дееспособность психических больных зависит от их способности к труду, т. е. учитывается и их соматическое состояние⁶⁰. В связи с этим нельзя полностью исключить и их волееспособность, которая является, конечно, ограниченной. Это сложный вопрос, который требует изучения и специальной регламентации.

Глава 6. ВОЛЯ – СОГЛАШЕНИЕ

§ 1. КОНКРЕТНЫЕ ВОЛЕВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Предметом ряда отраслей права являются имущественные отношения. Это главным образом относится к гражданскому праву. Имущественные отношения характеризуются как отношения волевые в отличие от производственных отношений, которые не зависят от воли людей. К. Маркс указывал, что люди вступают в определенные, необходимые, от их воли не зависящие отношения – производственные¹. Эти отношения не только не зависят от воли вступающих в них людей, но и сами направляют их волю². Под воздействием материальных потребностей люди должны вступить в социально обусловленный процесс производства. Эти отношения

складываются для поддержания существования человека помимо его воли и сознания³. Они являются объективными и в таком качестве выступают как предпосылка, как условия для участников общественного производства. Но означает ли это, что конкретная деятельность людей в каждом случае осуществляется стихийно, без психического регулирования? Конечно нет. Люди совершают сознательные и волевые поступки, направляют свое поведение, регулируют его. Получается диалектическое единство отношений, складывающихся помимо воли и зависимых от воли человека. Предпосылка таких отношений, необходимость вступления в них объективна, но конкретный выбор варианта отношения всегда производит человек, люди, вступающие в эти отношения. Это предопределяет волевой характер конкретных отношений. Результат их в конечном счете складывается независимо от воли человека, но закономерный ход событий, участниками которых являются люди, осуществляется через посредство их воли⁴. Объективные условия и деятельность людей нужно рассматривать в единстве⁵. Цепь экономического развития необходима, объективна, но звенья этой цепи, коль скоро они составляют конкретные экономические - отношения между людьми, являются волевыми, представляющими неразрывное единство материального содержания и волевого опосредствования⁶. Общественное развитие связано с поведением людей, поэтому объективные закономерности «пробивают себе дорогу через волевою деятельность людей». Бесчисленное множество отдельных отношений между отдельными лицами, являющимися участниками производства, распределения и обмена, представляют субъективную сторону объективно развивающегося общественного производства, поскольку эти участники проявляют свою волю. Указанные конкретные отношения суть волевое выражение «объективных производственных отношений данного общества»⁷.

Правомерно ли разделение производственных отношений и не тождественны ли имущественные отношения с отношениями производственными? Ответ на эти вопросы кроется в правильном понимании волевых отношений, зависимости возникающих отношений от воли. Конечно, люди участвуют в производстве как сознательные существа, они регулируют свое поведение в процессе производства, но производственные отношения являются материальными отношениями, ибо возникают независимо от сознательного волевого регулирования, независимо от воли. Необходимо четко различать в волевом процессе независимый выбор варианта поведения или выбор его по собственному произволу и регулирование поведения для обеспечения осуществления этого выбора. Указанные отношения не зависят от такого выбора, их существование объективно, необходимо. Именно в этом смысле нужно понимать положение о независимости производственных отношений от воли, а не в смысле полного отсутствия регулятивного процесса.

Абсолютно несостоятельна юридическая иллюзия, будто частная собственность есть результат «всеобщей воли», а в отношении собственности

можно вступать по желанию и это отношение зависит от «индивидуального произвола договаривающихся сторон»⁸. Юридическим отношением, как волевым, противопоставляются не волевые производственные отношения, вещные.

Когда мы говорим о конкретных взаимоотношениях людей, мы имеем в виду отношения, охватываемые единым волевым – регулятивным процессом, направляющим их поведение, но при этом детерминированным необходимостью возникновения указанных отношений. Конечно, верно, что состояние производительных сил и данное распределение их предопределяют общественные отношения, но это отнюдь не означает отрицания свободных волевых актов. В подтверждение того, что отношения между людьми являются волевыми и как таковые одновременно правовыми, справедлива ссылка на утверждение «К. Маркса: «...товаровладельцы должны относиться друг к другу как лица, воля которых распоряжается... вещами; ...следовательно, каждый из них лишь при посредстве одного общего им обоим волевого акта, может присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный. ...Это юридическое отношение, формой которого является договор, – все равно закреплен ли он законом или нет, – есть волевое отношение...

Содержание этого юридического, или волевого, отношения дано самим экономическим отношением»⁹. Прав П. И. Стучка, подчеркивая, что здесь нет противопоставления экономического и волевого (юридического) отношения, а говорится о таком экономическом отношении, которое имеет юридическое выражение, его формальное осуществление. Оба эти отношения волевые¹⁰. Речь идет, естественно, о конкретных отношениях, т. е. об отношениях имущественных. Нельзя не признать, что классики марксизма-ленинизма имущественные отношения упоминают в двух смыслах, как юридическое выражение производственных отношений и как сами производственные отношения. Непосредственное правовое воздействие на производственные отношения признается ограниченным, ибо по своему материальному содержанию они не зависят от воли людей, тем не менее они являются отношениями между людьми и поэтому немислимы вне волевых действий.

Существует мнение об отсутствии необходимости особого выделения имущественных отношений. Но и сторонники такой концепции не исключают конкретного характера этих отношений; не отрицается и волевой их признак. О. А. Красавчиков рассматривает экономические отношения в двух аспектах – как результат и как форму общественно-производственной деятельности людей, которые связаны с производством и обменом. При этом формой деятельности человека, направленной на поддержание его существования, является единичное (конкретное) экономическое отношение. Обе категории экономических отношений тесно связаны друг с другом, но не тождественны. Вторые отношения и регулирует право¹¹. Автор не указывает на то, что они носят волевой характер. Более того, в одной из своих работ он подчеркивает, что занимает по поводу имущественных отношений

«экономическую концепцию» и выступает против приверженцев так называемой «волевой концепции», полагая, что «волевая концепция» не позволяет определить место имущественных отношений в системе социальных связей. Если волевые отношения представляют юридическую форму, то тогда, по мнению О. А. Красавчикова, эта позиция не отличается от «юридической концепции», которая по существу говорит о результатах правового регулирования, а не о предмете, т. е. о юридическом выражении содержания – о правоотношении. Коль скоро юридическая форма является экономической, то должна применяться «экономическая концепция» имущественных отношений¹². Все сказанное правильно, но представляется, что противоречия разрешаются проще. Волевые отношения – отношения, возникающие по воле людей, в том числе и в результате одностороннего волеизъявления. Именно в этом смысле нужно говорить о конкретных, волевых отношениях, в отличие от (отношений производственных. Что же касается воли законодателя, то с ней связана уже правовая форма – правоотношение. По всей вероятности, и О. А. Красавчиков, говоря о конкретных отношениях, такой их волевой характер не отрицает. Конечно, право обращено к воле и сознанию людей и воздействует на их поведение. Непосредственное выражение в действиях имеет воля, поэтому к ней, в первую очередь, обращено право, имея дело с волевыми поступками людей; точнее – непосредственным предметом правового регулирования являются конкретные общественные отношения¹³. Двойкий аспект волевой характеристики конкретных отношений не должен вызывать сомнения. В то же время нет непроходимой стены между такого рода волевыми отношениями – отношениями, возникающими по воле людей, и правоотношениями, т. е. их юридической формой. Есть единство между формой и содержанием. Но это уже новая сторона, новый характер волевых отношений, хотя и до возникновения правоотношения имущественные отношения являются волевыми. Их и регулирует право, проводя волю законодателя через волю и сознание людей и превращая, оформляя возникшее по усмотрению людей конкретное имущественное отношение в правоотношение – форму идеологического отношения. Правильно подчеркивает Л. С. Явич, что вне конкретных волевых актов процесс производства, распределения и обмена существовать не может. При воздействии же норм права на волю участника конкретного (нужно понимать по воле возникшего) экономического отношения возникает в ряде случаев (но не всегда) «специфическая форма, опосредствующая это отношение, – юридическое отношение. Оно не исчерпывает существующее фактическое отношение», в том числе и с точки зрения всех волевых действий участников¹⁴.

О. А. Красавчиков, отвергая включение в понятие имущественных отношений упоминания о воле, полагает, что поведение участников всех общественных отношений является волевым, люди вырабатывают свое отношение к своему поведению, формулируют свою волю, кроме того, не следует придавать превалирующее значение волевой форме в ущерб

материальному содержанию¹⁵. Что касается первого возражения, то оно лишь подтверждает правильность упоминания о воле в определении имущественных отношений в отличие от производственных отношений, хотя это не исключает волевого характера и других отношений. Нужно полностью согласиться с выводами автора о том, что общественные отношения, регулируемые правом, являются волевыми. Право воздействует на общественные отношения через волю их участников. Нельзя, конечно, придавать превалирующее значение волевой форме, но и умаление этого элемента так же недопустимо, как и его преувеличение. В. П. Грибанов связывает имущественные отношения с имуществом, с отношениями людей по поводу имущества. В рамках необходимости людьми проявляется воля, они действуют обдуманно, сознательно добиваясь поставленной цели. Отсюда, в конечном счете, производственные отношения – результат волевой деятельности людей. Конкретное волевое отношение является лишь формой проявления сложных общественно-производственных связей; в волевых, конкретных отношениях производственные отношения находят свое выражение. Право регулирует, т. е. закрепляет именно эти отношения, влияя на их формирование¹⁶. Еще раньше В. П. Грибанов выдвинул мысль о том, что искать определение имущественным отношениям нужно путем выяснения взаимосвязи волевых отношений с производственными. Поскольку человек наделен волей и сознанием, он и проявляет свою волю в необходимых действиях, добиваясь поставленной цели. При этом волевое отношение становится юридическим, когда оно урегулировано законом¹⁷.

Как полагает С. Н. Братусь, производственные отношения являются результатом волевых актов людей и не могут быть оторваны от их поведения. Он присоединяется к мнению о существовании в этом случае диалектического единства объективного и субъективного, о том, что общественные отношения выступают как волевые отношения их участников; именно через волевые отношения проявляется объективная закономерность. Волевые отношения – форма проявления материальных отношений и одновременно источник формирования производственных отношений, их необходимый элемент¹⁸. С. Н. Братусь указывает на двойкий аспект рассмотрения имущественных отношений (отношений собственности) в трудах К. Маркса и Ф. Энгельса, но подчеркивает то, что они все же разделяли эти понятия. Так, К. Маркс указывал на отношения собственности «не в их юридическом выражении как волевых отношений, а в их реальной форме, т. е. как производственных отношений»¹⁹. В высказывании о противоречии на известной ступени производительных сил и производственных отношений К. Маркс отношения собственности (имущественные отношения) называет юридическим выражением производственных отношений, юридической формой. Эта неоднозначность понятий объясняется тем, что имущественные отношения (отношения собственности) рассматриваются в экономическом и юридическом аспектах. Игнорирование двуаспектности приводит к неизбежному отождествлению этих отношений с производственными и в то же время к их рассмотрению в

качестве юридической формы таких отношений²⁰. Аргументируя свою позицию, С. Н. Братусь обращает внимание на то, что К. Маркс не считал необходимым при каждом акте обмена совершать взаимный психологический акт признания товаровладельцами друг друга частными собственниками. К. Маркс очень точно характеризует юридическую форму волевых актов: «Юридические формы, в которых проявляются... экономические сделки как волевые действия участников, как выражения их общей воли и как обязательства, к выполнению которых каждую из сторон принуждает государство»²¹. Содержание права собственности составляют волевые отношения, но имущественные отношения включают в себя не только отношения между собственниками. Как волевые отношения они охватывают процесс распределения и обмена. Все большее признание, – указывает С. Н. Братусь, – получает трактовка этих отношений как волевой стороны производственных отношений²².

С. С. Алексеев отмечает тот-факт, что К- Маркс и Ф. Энгельс различали «буржуазные производственные отношения» и «буржуазные отношения собственности». Это различие прежде всего – в волевом характере отношений, в том, что право (гражданское право) регулирует не экономические отношения вообще, а те отношения, которые зависят от воли отдельных лиц. Отношения собственности суть юридическое выражение производственных отношений, а не сами производственные отношения. К. Маркс именно в этом смысле говорит об отношениях собственности как о юридическом выражении производственных отношений, четко подчеркивая волевой характер отношений собственности, указывает на эти (имущественные) отношения в их юридическом выражении как на волевые отношения, в противовес их реальной форме – производственным отношениям²³. Против этого утверждения С. С. Алексеева выступил В. А. Тархов. Он не считает возможным противопоставлять имущественные отношения производственным. Такое противопоставление, по его мнению, основано на том, что не допускается признание волевого характера производственных отношений. Но ведь в отношении с другими людьми в процессе производства люди вступают по своей воле, т. е. волевой элемент имеется в объективно обусловленных производственных отношениях. Для производственной деятельности нужна «целесообразная воля». Нельзя трактовать марксистское положение об объективном характере производственных отношений как начисто исключаящее из них волю и сознание людей. Независимость их от воли людей в том, что они необходимы. Нельзя противопоставлять индивидуальные акты их сумме, хотя и нельзя их отождествлять²⁴. В рассуждениях В. А. Тархова немало справедливого и все же он признает, что волевой элемент имеется в конкретных экономических отношениях. Конечно, нельзя говорить о противопоставлении, но следует четко представлять, какие отношения носят волевой – регулятивный характер и какие к тому же возникают исключительно по воле – усмотрению людей.

Правильно защищая от ревизионистских нападок марксистское положение об объективности производственных отношений, некоторые ученые-экономисты делают из этого вывод о том, что отношения собственности отнюдь не являются волевыми, а слова к Маркса означают лишь то, что «организационные формы производственных отношений закреплены в законах господствующего класса». И. Д. Прохоренко отмечает, что люди безусловно оказывают влияние на производственные отношения. Но это не означает произвольный выбор тех или иных экономических отношений, хотя и не говорит о стихийности производственных отношений. Люди их формируют на основе познанных передовой частью общества законов. Определяющим является объективный фактор, который проявляется через субъективную деятельность людей²⁵. Все это правильно. Но автор не отделяет имущественные отношения (волевые отношения собственности) от производственных. Более того, он фактически объединяет оба аспекта собственности: юридическую форму с самими производственными отношениями. Отсюда – и отказ от волевого характера отношений собственности в виде имущественных отношений. Предметом правового регулирования являются далеко не все общественные отношения, а только отношения между отдельными субъектами, только те отношения, которые носят волевой характер, в смысле их возникновения по выбору – усмотрению субъектов.

Освещение вопроса об имущественных – волевых отношениях было бы недостаточно полным, если бы мы не остановились на позиции И. В. Федорова²⁶. По его мнению, волевые отношения составляют субъективную сторону общественного производства. Присоединяясь к концепции имущественных отношений, он указывает, что сам по себе факт возникновения производственных отношений независимо от воли людей не может служить доказательством невозможности их правового регулирования. И. В. Федоров не согласен с конструкцией имущественных отношений как волевых общественных отношений. По его мнению, волевые акты являются предметом правового регулирования только в конечном счете. Волевые действия участников определяют конкретные общественные отношения. Нормы права регулируют в конечном счете поведение людей, их волевые акты. Но эти акты еще не волевые отношения. В результате волевых действий, определенных потребностями, складываются конкретные экономические отношения, а затем действия лица уже осуществляются в рамках данного отношения и его содержание составляют волевые акты. Из волевых актов не складываются всегда волевые общественные отношения, а отношения, возникшие помимо воли участников, не всегда неволевые, материальные. Производственные отношения – неволевые, но развиваются они в результате целесообразной производственной деятельности людей, состоящей из множества волевых актов. Неволевые юридические факты, даже вопреки желанию, могут порождать волевые правовые отношения. Отсюда – волевые акты поведения людей могут составлять содержание и неволевых материальных общественных отношений, а индивидуальная воля

участников общественного отношения не может служить критерием деления отношений на материальные и волевые. Нельзя не учитывать значения индивидуальной воли в конкретных экономических отношениях, поскольку в процессе производства, распределения, обмена люди действуют сознательно, ставят перед собою цели, выбирают средства для их осуществления и совершают волевые действия по реализации намеченной цели. Возникновение их определяется не столько волей, сколько объективными условиями материальной жизни, существующими производственными отношениями. Кроме того, волевые отношения – это отношения идеологические, возникающие под воздействием социальных норм, выражающих общественную волю.

Нельзя не отдать должное логике в рассуждениях И. В. Федорова. И все же ряд его замечаний по поводу волевого характера признаваемых им конкретных отношений вызывает возражение. Прежде всего, необходимо разобраться в понятиях. Нужно отличать волевые отношения, регулируемые на их установление конкретными людьми, отношения конкретные, между конкретными участниками по «их воле», детерминированные их объективными потребностями, от тех же отношений, но уже урегулированных правом. Это, как мы отметили, другой уровень волевых отношений. В качестве их основного регулятора выступает государственная воля, сочетающаяся с волей участников, это идеологические волевые отношения – правоотношения. В первом же случае волевое отношение регулируется еще не правовой нормой, а психологическим регулятивным процессом самих людей, сознательным выбором конкретного поведения, даже детерминированного его необходимостью. Предметом правового регулирования могут быть только конкретные отношения, которые названы имущественными. Эти отношения, с точки зрения психического процесса их возникновения и осуществления, могут быть только волевыми. Волевые акты, волевые общественные отношения складываются в результате действия воли – психического регулирования в соответствующем направлении поведения людей, неволевые отношения не могут возникнуть по воле участников. Это нонсенс. Совершенно справедливо подчеркивает И. В. Федоров значение индивидуальной воли; более того, он в принципе правильно характеризует и сам волевой процесс, но вот вывод о том, что конкретные отношения, возникшие в результате такого процесса, нельзя считать волевыми, поскольку их возникновение главным образом определяется не волей, а объективными условиями материальной жизни, нельзя признать правильным. Объективные условия материальной жизни как раз детерминируют волю людей.

К. Маркс и Ф. Энгельс указывали на недопустимость соединения воедино производства и обмена, но в то же время и отрыва распределения от производства и обмена. Обмен должен рассматриваться в различных формах в качестве продолжения и момента производства при примате производства по отношению к обмену. Совершенно неправомерно как отождествление отношений по обмену с отношениями производства, так и сведение обмена к

договору купли-продажи, т. е. к юридическому опосредствованию эквивалентного обмена. В результате этого производственные отношения отождествляются с имущественными, юридическими отношениями²⁷. Правовая форма отношений собственности как отношений производственных – это объективное право собственности; конкретные отношения – это правоотношения собственности²⁸. Правовая форма производственных и имущественных отношений не тождественна.

Некоторые философы выдвигают тезис: выводы о том, что к материальным отношениям относят те общественные отношения, которые складываются, не проходя через сознание людей, неприменимы к социалистическому обществу. Прав Л. К- Покрытан, отвечая этим ученым, что «если все общественные отношения в нашем обществе складываются, предварительно проходя через сознание людей, то утрачивается тот самый критерий, на основе которого В. И. Ленин различал экономические и идеологические отношения. Конечно, нашему обществу не присущ фетишистский характер отношений между людьми по поводу вещей. Деятельность нашего государства осознанная и планомерно организованная, но это отнюдь не означает того, что направление, содержание, характер этой деятельности не определяется «объективными, не зависящими от воли и желания людей, обстоятельствами». Люди и в нашу эпоху не свободны в выборе производительных сил и производственных отношений, объективная необходимость прокладывает себе путь²⁹. Некоторые юристы также высказывают мысль о том, что при социализме производственные отношения в определенной мере утрачивают независимый от воли людей характер. Эта позиция, по существу признающая «частично-волевые» отношения, подвергнута правильной критике³⁰. Субъективизация социалистических производственных отношений недопустима. Все разумное, предвиденное, желаемое не может быть претворено в жизнь, если не созрели объективные условия. В противном случае, с точки зрения практики, будет не что иное, как волюнтаризм³¹.

§ 2. СОГЛАСОВАННАЯ ВОЛЯ

Имущественные отношения предполагают не просто наличие волевых отношений, не просто регуляцию поступка, но в принципе согласованность воли участников этих отношений. Вопрос о согласованности воли – древний вопрос юридической науки и практики. Правда, воля в этом случае нередко трактуется как желание. Так, еще в римском гражданском праве указывалось, что действительна желаемая сделка. Только изъявленная воля (желание) во внешний мир свидетельствует о юридической сделке³². Ф. Савиньи согласие выводит из неравенства лиц в обязательстве; обязательство, по его мнению, ограничивает естественную свободу лица³³. Такое утверждение противоречит самому смыслу согласованности воли (согласованной воли). Конечно, желание является важным и во многом решающим критерием согласования, но не единственным. Когда мы говорим о согласованной воле, мы имеем в

виду весь регулятивный процесс." Совершенно очевидно, что само по себе желание не определяет еще согласованности, необходимо принять решение, выразить его вовне, направить действия субъекта на закрепление этого выражения в соответствующей форме.

В противовес указанной выше волевой теории появились: теория изъявления, теория доверия, теория оборота, согласно которым даже изъявление, не соответствующее воле изъявляющего, если оно для другой стороны показалось или могло показаться выражением воли изъявляющего, признается достаточным для возникновения сделки. Римское и пандектное право знало и односторонние обещания, которыми воспользовалась вторая сторона³⁴. Римское формальное право в принципе отвергало возможность того, что воля сама по себе может привести к возникновению договорного отношения. Требовались либо наличие сакраментальной формулы, либо запись формулы, либо передача вещи. Только позднее появились весьма ограниченные договоры консенсуальные, т. е. признание установления обязательства свободным и неформальным соединением двух волей. Получает полное признание принцип автономии воли, т. е. способности воли самой установить обязательство. Против принципа автономии воли направлена теория изъявления воли. В ней не придается значения акту психологического хотения. Но знание третьего лица еще не воля, не субъективное намерение, а только выражение, которое субъект придавал своей воле. Последствия юридического акта должны быть определены не по внутреннему намерению, а по изъявлению. Опасности для выразителя воли при неточности ее изъявления вынудили выдвинуть теорию социальной солидарности. Если, с точки зрения теории автономии воли, последняя творит право, то новая теория отвергает это. Две индивидуальные воли не создают права, если они не соответствуют юридическим правилам, которые вытекают из социальной солидарности. Акт действует не на основании воли, а на основании солидарности. Но в этом случае могла быть подавлена провозглашаемая свобода соглашений. Дальнейшее развитие принцип автономии воли получил в виде теории одностороннего обязательства, признавшей, что обязательство может быть установлено помимо согласия другой воли. Теория односторонней воли создает наряду с договором иной способ установления обязательства. Сюда относятся, например, бумаги на предъявителя, связывающие должника³⁵. Юридические последствия выражения воли, как видим, приобретали интеллектуальный характер, консенсуализм отодвинул на задний план формализм, священных ритуалов. Но чистым интеллектуализм не мог быть, необходимо было выражение воли. Это привело даже к тому, что - под договором стали понимать не соглашение сторон, а документ, в котором выражено соглашение. Р. Саватье, правда, признает, что договор связывает стороны независимо от формы, а форма в большинстве случаев нужна только в качестве доказательства согласованности волей. Консенсуализм выражается в том, что согласие может быть выражено не только устно, но даже жестикულიцией. Волей сторон могут быть установлены и ограничения. Когда совпадают две воли, то законно

заключенные соглашения занимают место закона для лиц, вступающих в договор. На этом сложилось утверждение, господствовавшее среди юристов прошлого века, о том, что такое соглашение создает право. Р. Саватье называет его мифом об автономии воли. Выражению воли свойственны пробелы, поэтому закон устанавливает правила толкования и дополнения воли, занимая место воли сторон. Иногда закон молчит, тогда истолковывает договор судья и он, а не автономная воля, наполняет договор конкретным содержанием. Но не это – главное, по утверждению Р. Саватье, главное то, что автономия воли предполагает свободу заключения договора, но заключение договора зачастую зависит от императивных и ограничительных правил³⁶. И все же главное не в этом. Оно в мистификации автономии воли, в отсутствии свободного выбора, в диктате экономически сильного, в отсутствии равенства сторон, в формальности свободы волеизъявления, в навязывании выгодных условий одним и невыгодных другим³⁷. Только с формальной стороны контрагенты в условиях эксплуататорского общества могут свободно решать вопрос о заключении договора. Согласованная воля при империализме превращается в одностороннюю волю монополиста. Появляются договоры присоединения, договоры «по формулярам». В этих условиях даже формальная «свобода договора» уступает место продиктованному договору, вместо двух волей появляется «воля господствующая», нередко спрятанная за фразой об «общей воле». Это предопределяет и появление на свет буржуазных юридических теорий договора, таких как теория разума (моя воля соединилась с фактом передачи и под началом разума воля одного контрагента переходит в сферу свободы воли другого), теория-цели (цели определяются как волей, так и лежащими вне человека обстоятельствами) и другие³⁸. Принципиально иной подход к воле и ее свободному выражению в советском праве. В нашем государстве сделка является свободным выражением воли ее участников – юридически равных субъектов. Но, конечно, воля участников должна найти подтверждение в государственной воле – правоотношение возникает не только в силу воли участников сделки. Соглашение сторон предусматривает внутренний волевой процесс и его внешнее выражение, которому может быть придано юридическое значение. Один лишь психологический процесс иррелевантен для права, необходимо изъявление, выражение воли. Отсюда различаются воля и волеизъявление (объективный элемент).

Что нужно понимать под соглашением? Соглашение – это согласие, совпадение волей сторон, направленных на одну цель. Соглашение проявляется в двух формах изъявления воли: предложения и принятия. В каждом случае воля выражается односторонним образом, но необходимо, чтобы она была обращена к другой стороне прямо или косвенно. Здесь возникают различные вопросы о формах выражения воли. Нужно отметить, что нет обязательного требования определенности предложения в смысле конкретного субъекта. Воля может быть выражена и в так называемой публичной оферте. Вопрос о юридическом эффекте предложения и принятия является спорным. Существуют, например, в буржуазном праве различные

системы волеизъявления принятия. Так, согласно одной из них, такое изъятие совпадает с моментом решения о принятии, поскольку в этот момент якобы происходит согласие воли. Его иногда уточняют – не в момент, когда решает, а в момент, когда принимает решение. Есть система отсылки уведомления и получения. Волеизъявление принятия, как, впрочем, и предложения, требует восприятия этого волеизъявления контрагентом. Сделка – сознательный волевой акт, проявление воли, но она не просто поведение, диктуемое волевыми процессами, а действие, совершаемое для достижения определенных результатов³⁹. Определенного результата достигает и психическое регулирование поведения для заключения сделки.

К. Маркс указывал на то, что сделки «проявляются как волевые действия участников, как выражение их общей воли»⁴⁰. Как правило, существует свободное выражение воли. Нужно при этом учесть, что под волей нельзя понимать скрытое от других желание, намерение, сам волевой процесс как единый регулятивный процесс представляет собой проявление воли. Волеизъявление – акт фиксации этого регулятивного процесса, позволяющий его распознать и оценить; выражение согласия. Оно должно отражать выбор субъектом решения о даче согласия на вступление в сделку.

Иногда дееспособные граждане самостоятельно не вступают в договорные отношения и выражают свою волю через представителей. Вопрос о воле в представительстве является спорным. Большинство авторов справедливо признают, что при заключении сделок представителем изъясняется его собственная воля и именно его воля играет существенную роль. В то же время отмечается, что нельзя при представительстве (конечно, дееспособных лиц) умалять значение воли представляемого; воля представляемого выражается не в последующем одобрении, а в выборе представителя, в установлении определенного объема его полномочий. Воля представителя направлена на реализацию воли представляемого¹¹¹. Выход представителя из полномочий в некоторых случаях дает право представляемому на возмещение убытков с представителя. В данном случае справедливо высказывание о том, что решающее значение имеет не столько согласие, сколько неправильное выражение воли представляемого, расхождение между волей представляемого и «волеизъявлением» представителя⁴². Необходимо, однако, разобраться в некоторых положениях. Поскольку воля единый регулятивный процесс, постольку он должен быть завершен и от стадии намерения и принятия решения перейти в стадию исполнения этого решения. Можно ли считать, что возложением полномочий на представителя данный процесс завершается? Ведь цель – заключение сделки на конкретных условиях. Участие в этом представителя – определенное объективное действие, направленное на реализацию указанной цели. В решении возложить осуществление указанной цели на представителя психический, регулятивный процесс завершается, хотя окончательная цель (сделка) для представляемого еще не достигнута. Он как бы «передает свою волю» представителю. Происходит не только юридическое возложение полномочий, но и психологическая трансформация. Не реализованная до

конца воля представляемого трансформируется в волю представителя, который и реализует эту волю, добившись осуществления цели представляемого и одновременно своей цели – выполнить свою функцию в качестве представителя. Происходит восполнение воли. Достижение этих обоюдных целей осуществляется в результате направленного регулятивного процесса уже не представляемого, а представителя. В таком плане и можно говорить о восполнении и о совмещении волей. Но нельзя забывать о том, что и волеизъявление осуществляется представителем, хотя его границы обычно определены представляемым. И все же фиксация восполняемой воли происходит в виде конкретного акта – согласия-соглашения. В этом акте, который и является волеизъявлением, принимает участие не представляемый, а представитель. Поэтому недопустима небрежность в терминологии, нельзя говорить о воле там, где нужно говорить о волеизъявлении, и наоборот. Волеизъявление представляемого фактически завершается выданным им полномочием. Недопустимо считать, что отсутствие в данный момент у представляемого желания наступления правовых последствий является свидетельством автоматизации реализации последствий помимо его воли. Воля не только в желании, но и в регуляции, которая осуществлена. Односторонность волеизъявления не равнозначна односторонности воли. Иной подход к представительству недееспособных, о котором шла речь в предыдущей главе. В этом случае происходит замена субъекта или, как мы назвали, замещение воли. При замещении выражается воля только опекуна (родителя). Наряду с замещением и восполнением воли есть случаи дополнения воли. Речь идет о частично дееспособных лицах (с 15 до 18 лет) в отношении сделок, совершаемых ими с разрешения родителей (опекунов). Их воля дополняется волей (которая выражается в согласии) родителей (опекунов).

Договор является соглашением сторон, а соглашение представляет собой волевой акт, волеизъявление лиц, результат волевого процесса. Волевой момент в соглашении основной, поэтому необходимо, чтобы в договоре была выражена воля сторон, только при этом условии договор представляет собой соглашение. От имени юридических лиц могут действовать представители. Будет ли тогда иметь место восполнение воли, в отличие от того случая, когда юридическое лицо представляется его органом? Как полагает Р. О. Халфина, представитель выступает только от имени юридического лица, во втором же случае орган выражает волю самого юридического лица⁴³. Если в качестве представителя выступают работники юридического лица, то нужно говорить не о восполнении воли, а о выражении воли самого юридического лица. Никакого отличия в этом смысле от представительства органа нет. Выражение воли юридического лица в договоре тесно связано с плановым заданием, с предопределенностью отношений в императивных нормах, с обязательностью вступления в договорные отношения. Нужно согласиться с утверждением Р. О. Халфиной о том, что плановое задание определяет содержание воли организации, но ни в коей мере не ограничивает свободы волеизъявления и, более того, создает

условия для реализации этой свободы. Воля хозорганов не ограничивается. План дает возможность ориентироваться на определенные закономерности. Это, по утверждению М. И. Бару, позволяет действовать со знанием дела⁴⁴. В правомерных хозяйственных связях хозорганов, являющихся результатом их общего волевого акта, проявляется свобода волеизъявления. В плановых актах заключена и воля хозоргана, она влияет на формирование плана, на его разработку. Эти утверждения вполне справедливы. Но некоторая predeterminedность отношений породила в свое время высказывания о несвободном в ряде случаев выражении воли и ее формировании. Такое мнение сложилось в отношении перевозки⁴⁶. Прежде всего стороны должны достичь соглашения по конкретной отправке, направить свои усилия на осуществление перевозки в соответствии с планом. Остается достаточно вопросов и для согласования условий конкретной отправки. Ныне договорный, волевой характер этих отношений, пожалуй, не вызывает споров. Высказывались сомнения и в отношении расчетных и кредитных отношений⁴⁷. Это, конечно, необычные, нетипичные отношения, но нельзя отрицать того, что они все же возникают по воле сторон. Многие хозяйственно договорные отношения возникают в обязательном порядке, обусловлены планом, но это не исключает волевого их характера, соглашения сторон⁴⁸. Ведь даже императивные нормы нередко приобретают силу только после ссылки на них в договоре по воле сторон (например, в отношении ответственности). Детальная нормативная регламентация условий договора фактически всегда оставляет место для волеизъявления – конкретизации, индивидуализации и т. п. Императивное установление моделей поведения сторон не является еще основанием для признания воли субъектов сделки абсолютно детерминированной⁴⁹, хотя детерминированность и не означает полной predeterminedности.

Правильно к вопросу о взаимодействии плана и хозяйственного договора подходит А. Г. Быков. Нельзя, утверждает ученый, недооценивать роли товарно-денежных отношений, самостоятельности, свободы волеизъявления контрагентов. Хозяйственный договор – не просто средство конкретизации планового акта. Стороны прежде всего конкретизируют не план, а условия своих взаимоотношений. Благодаря волеизъявлению контрагентов, их общему волевому акту происходит своеобразная «трансформация» – преобразование содержания планового акта в условия договора⁵⁰. Мысль интересная. Очень важно, однако, что, «трансформируясь», план как таковой не перестает существовать и иметь самостоятельное значение. Автор проводит весьма тонкий анализ указанного взаимодействия, отмечая влияние волеизъявления сторон на силу плановых актов, на изменение договора при внесении изменений в плановый акт. Особую позицию в данном вопросе занимает А. К. Кравцов. Нельзя оспаривать его правильную оценку директивности плана, обязательности в соответствии с планом, кроме особых случаев, заключения договора. Автор полагает, что в плановом договоре основанием возникновения обязательства является план, а волеизъявлением сторон выражается подтверждение

государству и друг другу их готовности выполнить плановое задание⁵¹. Роль воли, волеизъявления сторон в договорных обязательствах весьма значительна и многогранна. Договор – это акт воли сторон. Имеется, естественно, в виду общий волевой акт, согласованная воля участников договора⁵². Даже при, односторонней сделке, в том числе односторонне управомочивающей или односторонне обязывающей, когда выражена воля лишь одной стороной, для ее реализации требуется присоединение к этой воле по «встречной» односторонней сделке воли другого лица (завещание – согласие наследника на принятие наследства)⁵³. Справедливо то, что односторонней воле, особенно в гражданском праве, как правило, должна соответствовать воля других. Коль скоро мы затронули вопрос о воле при наследовании, нельзя не коснуться спора между сторонниками критерия воли и критерия правопреемства. Первые включают в первоначальные способы при обретения права собственности и приобретение помимо воли первоначального собственника. При этом полагают, что при наследовании по закону отсутствие выраженной воли компенсируется волей законодателя, исходя из презумпции желания – обычно желает передать имущество близким. С таким выводом спорят. Ю. К. Толстой оспаривает позицию сторонников критерия воли как раз на примере наследования, утверждая, что не всегда наследование по закону соответствует подлинному желанию наследодателя⁵⁴. Это, конечно, верно, но нельзя исходить из того, что воля – только желание. Если субъект, имея соответствующие возможности, не направил свое поведение на достижение иного результата, не оставил завещания, даже вопреки своему желанию, следует признать отказ от дачи завещания волевым поступком.

Воля, направленная на заключение договора – это волеизъявление к достижению определенных правовых последствий. Значит эти последствия регулируются волевым процессом. Недостаточно лишь выражения своей воли, должно быть еще «доведение» ее до сведения другой стороны, восприятие «встречной» воли. Отсюда требование ясности предложения. Такое требование приводит некоторых ученых к отрицанию так называемой «публичной» оферты. Больше того, считают, что «встречное» волеизъявление должно быть выражено не просто в согласии, а в конкретных действиях, например, в договоре розничной купли-продажи – в оплате товара покупателем⁵⁵. Не все с этим согласны. Некоторые ученые полагают, что при определенных формах торговли (а иногда и при всех) не оплата определяет момент заключения договора, а момент отбора вещи, присоединение согласия покупателя к предложению продавца⁵⁶. Волевой процесс не завершается только принятием решения для себя. До тех пор, пока это решение не доведено до второй стороны в установленной форме, т. е. пока волевой процесс, хотя и воплощающийся в отдельных объективных действиях, не воплотился в окончательно сформулированный волевой акт, нельзя считать, что проявлены все усилия для совершения такого акта, нельзя исключить поворота в регулятивном процессе, т. е., выражаясь обычным языком, нельзя сказать об окончательно созревшей воле. Но тогда и отбор

товара не свидетельствует о окончательном решении покупателя, он вправе передумать, так и не оплатив, не потребовав отобранный товар. Никто не утверждает, что волевой процесс завершается даже вручением чека. Может произойти «поворот воли» в силу определенных обстоятельств, но этот «поворот» происходит уже после того как первоначально воля была выражена в надлежаще оформленном виде и доведена до сведения второй стороны, тоже выразившей свою волю, т. е. после того, как воля объективизировалась в волевой акт. Этот момент и означает возникновение договора - соглашения.

Прав Ф. И. Гавзе, отметивший, что совпадение волей отнюдь не означает их тождества. Правильнее говорить в большинстве случаев о «встречности волей», которые и создают общий волевой акт⁵⁷. Очень важно отличать волю, реализованную в качестве согласия, от воли, реализованной в качестве конструктивного элемента – соглашения⁵⁸. Конечно, в некоторых случаях достаточно одного лишь согласия. Согласие в договоре касается не его существования или изменения, а лишь частных моментов. Конечно, согласие – основной элемент соглашения, однако лишь последнее понимается как договор. В некоторых отраслях права и в некоторых случаях в гражданском праве указание на согласие приравнивается к соглашению. Воля считается выраженной, -если она относится к существенным условиям. По мнению Р. О. Халфиной, такое деление условий вообще неприемлемо, поскольку установление круга существенных условий в каждом договоре зависит от воли сторон⁵⁹. Такой вывод не разделяется рядом ученых. Вопрос заключается в том, необходимо ли выражение воли в отношении всех условий договора или достаточно соглашения по существенным условиям, чтобы считать наличие волеизъявления и в отношении других условий. Иначе, означает ли выражение воли на заключение основного договора ее выражение в отношении обязанностей акцессорного характера, по поводу которых между сторонами не было соглашения? Небезынтересна в этом отношении точка зрения, согласно которой, коль скоро контрагенты согласились заключить договор, следует признать, что они выразили согласие подчиниться условиям, которые в силу закона распространяются на соответствующие договорные отношения. Здесь мы встречаемся с презумпцией согласованности волей. Эта презумпция предполагает знание норм, условий, которые и признаются согласованными. Но если указанный вывод не должен вызывать сомнений в отношении отдельных условий, то необходима обоснованность для признания факта заключения акцессорных договоров, носящих самостоятельный характер. Здесь мы сталкиваемся с косвенным волеизъявлением, выражением воли косвенным путем. Означает ли, что в этом случае отсутствует вообще регуляционный волевой процесс, воля и, как следствие, волевой акт-договор? Выдвинута идея о наличии нетипичных или, как мы их назвали, «аномальных» («фактических») договоров⁶⁰.

Косвенное изъявление воли знало еще римское право. Признавалось, что молчаливое, косвенное изъявление воли выражается в действиях, из которых

возникает «возможность заключить о наличии воли». В советском праве конклюдентные действия допустимы, если законом не установлена определенная форма. И все же далеко не во всех случаях несоблюдение формы должно приводить к недействительности возникших отношений, коль скоро налицо прямое или даже косвенное выражение воли. О наличии волевого решения можно судить, например, по фактическому исполнению без прямого выражения согласия на заключение договора⁶¹. Нужно прежде всего заметить, что речь идет не о каком-то косвенном волевом процессе, косвенном регулировании, о «косвенной» воле, а о косвенном волеизъявлении вполне нормально образованной воли. Ст. 42 ГК РСФСР, допуская конклюдентную форму заключения сделки, указывает, что действия лица должны свидетельствовать о наличии у него воли на совершение сделки. Тем самым в законе ясно разграничивается воля от волеизъявления, поэтому само согласие в любой форме (в том числе в виде молчания или совершения конклюдентных действий) не отождествляется с волей, а является ее выражением. Правильно отмечает О. А. Красавчиков, что при молчании, как отрицательном волеизъявлении, отрицается не наличие воли, а лишь ее положительное изъяснение. О. А. Красавчиков возражает против признания конклюдентных действий косвенным волеизъявлением и допускает косвенным лишь наше знание о содержании воли лица⁶². Но ведь наше суждение не может быть косвенным, оно может быть более или менее вероятным, определенным или неопределенным в достаточной мере и т. п. Оно может вытекать из косвенного факта, таковым бывает и не прямо выраженное – косвенное волеизъявление, дающее основание для презумпции о выражении воли⁶³.

Не могут быть согласованы косвенным путем существенные условия. Недопустимо и расширительное толкование конклюдентных действий, в частности в отношении договорных отношений между социалистическими организациями. Конечно, оплата предложенной продукции без оформления договора свидетельствует о регулировании покупателем своих действий в направлении установления желаемых отношений, о согласованности волеизъявления, но выражена она не в надлежащей форме, поэтому здесь не может быть признан обычный договор. С нашей точки зрения, лишь для признания нетипичного договора должно быть косвенное выражение воли по существенным условиям договора, в том числе акцессорного⁶⁴. Право не может оставить такие отношения без регулирования, но с учетом специфики, необычности волеизъявления, действия презумпции волеизъявления признается нетипичный их характер. Он, в частности, проявляется и в том, что косвенное выражение воли относится лишь к существенным условиям, к действию договора в целом, но обычные его условия не должны считаться согласованными, и к ним применяется соответствующая норма.

Следует особо остановиться на договорах в пользу третьего лица. Оно не участвует в таком договоре ни само, ни через представителей, но приобретает определенные права. Выражения воли третьего лица о присоединении к договору вроде не требуется, но оно может отказаться от

своих прав, в этом как раз и выражается его воля, причем до такого выражения нельзя считать отношение завершенным. Более того, до указанного момента кредитор может внести изменения в договор. К необычным договорным отношениям следует отнести и отношения, возникающие при возложении в силу ст. 171 ГК РСФСР исполнения на третье лицо. Презумпция согласованности воли существует в отношениях, связанных с транзитом, и в ряде других случаев.

Важное значение придается воле при заключении трудового договора. Подчеркивается, что особенность юридических фактов, которые являются правовой формой реализации права на труд, заключается в том, что «он всегда выражают волю субъектов и происходят по их воле», в них «выражается сочетание воли государства и индивидуальной воли участников правоотношения по применению труда»⁶⁵. Действие принципа добровольности по применению реализации права на труд не колеблется и в случаях направления на работу молодых специалистов, которое обычно совпадает с их волей и, кроме того, является результатом свободного выбора ими профессии, учебного заведения. Необходимо отметить, что в теории проводится разграничение между трудовым договором и трудовым правоотношением. По мнению В. Д. Шахова, трудовой договор – это соглашение сторон, акт, в котором реализуется их воля на возникновение правоотношения. Автор считает, что в содержание трудового договора включаются лишь условия, которые зависят от волеизъявления сторон и служат предпосылкой возникновения субъективных прав и обязанностей. Что же касается «производных» условий, то они не зависят от воли сторон договора и составляют не его содержание, а круг конкретных прав и обязанностей субъектов³⁶. Видимо, все же нельзя утверждать, что «производные» условия не зависят никоим образом от воли сторон. Совершенно очевидно, что воля сторон на принятие этих условий выражается в самом факте заключения трудового договора, аналогично волевому принятию обычных условий в гражданском договоре. Другое дело, если в качестве трудового договора считать само соглашение – само выражение воли по установлению трудового правоотношения с его конкретным содержанием; иными словами – если признать трудовой договор в качестве волевой стороны трудового правоотношения.

Воля сторон в таком договоре может быть выражена и в виде совершения конклюдентных действий – фактический допуск к работе. Многие ученые в трудовом договоре подчеркивают в качестве его основного содержания волеизъявление, соглашение. «Трудовой договор, – указывает Б. К. Бегичев, – представляет собой прежде всего соглашение сторон, волевой акт, свободное волеизъявление...». Именно соглашение, отмечает он, придает договорный характер возникшим отношениям. Трудовой договор как разновидность соглашения предполагает совпадение воли на достижение определенного правового результата⁶⁷.

Нужно сказать, что проявление воли сторон в трудовом правоотношении многогранно. Это относится к установлению и испытанию, и срока действия договора, оплаты труда (несмотря на государственное нормирование) и т. п. В законодательстве о труде очень четко определяются пределы допустимого изменения условий, на которых возникло трудовое правоотношение и которые являются его 'содержанием. Нельзя сказать, что в гражданских правоотношениях допускается их свободное одностороннее изменение. После заключения договора отказ от его исполнения, изменение его условий по воле одной из сторон, как правило, исключены, кроме специально установленных случаев. Например, в отношении договора хранения (ст. 424 ГК РСФСР), договора поручения (ст. 401 ГК РСФСР) и в некоторых других случаях (отказ нанимателя в договоре жилищного найма, в специально установленных случаях договора поставки и т. п.). Однако в гражданских правоотношениях допустимо изменение договора, если волеизъявление стороны подтверждено решением суда или арбитража, нашедших высказанные соображения заслуживающими внимания. Иное положение в трудовом праве. Изменение договора, его условий по усмотрению одной из сторон, по ее воле, даже признаваемое заслуживающим внимания, допустимо как исключение и то лишь на определенный срок. Так, например, полностью исключается перевод на другую постоянную работу без волеизъявления работника. Более того, в некоторых случаях администрация обязана удовлетворить требование рабочего или служащего, даже вопреки своему желанию. Это возможно и при увольнении по инициативе работника. Строго регламентированы и временные переводы. Что касается осуществления трудового правоотношения, выполнения определенной трудовой деятельности, то они не требуют согласия обеих сторон, может быть и несоответствие воле. Но коль скоро работник по своей воле вступил в трудовое правоотношение, он добровольно принял на себя обязанность подчиняться соответствующим закону распоряжениям администрации. Однако в отдельных случаях требуется и согласие работника (например, согласие женщины, имеющей детей в возрасте до 8 лет, на поездку в командировку).

9-366

Воле работника на прекращение трудовых отношений придается решающее значение в трудовом законодательстве. На первом месте в ст. 15 Основ законодательства о труде, как подчеркивает А. И. Процевский, стоит «соглашение сторон», что означает свободное их усмотрение на определение порядка прекращения трудовых правоотношений, возникающих из реализации права на труд⁶⁸. Нет сомнений в необходимости всеми средствами бороться с текучестью кадров, но все эти важные меры не должны нарушать принципа свободы трудового договора. В то же время нельзя признать правильной оценку А. И. Процевским ст. 16 Основ законодательства о труде. Автор исходит из отождествления воли с желанием. Ст. 16 говорит о расторжении договора по волеизъявлению

работника. Подача заявления об увольнении, продиктована ли она истинным желанием или вызвана иными мотивами, не изменяет того положения, что в данном случае налицо волеизъявление, в котором выражена воля работника. Вопрос другой – нет ли здесь порока воли? Не возник ли регуляционный процесс, приведший к волеизъявлению в виде подачи заявления, в силу принуждения, существенного заблуждения и т. п.? Если это так, то увольнение по собственному желанию действительно следует признать незаконным. Но если порока воли не было, то подача заявления об увольнении не в соответствии с желанием не должна считаться недействительной. Администрация, вновь принятый работник не должны быть поставлены в трудное положение из-за недостаточно обдуманного поступка. Воля и желание – это не одно и то же. Кстати, при увольнении по соглашению сторон решающее значение придается не только обоюдному желанию, но и регулированию, выраженному в проявлении инициативы и воплощенному в волеизъявление, подтвержденное встречным согласием.

Иное положение возникает при допущенных со стороны работника правонарушениях. В этом случае допустимо одностороннее прекращение отношений. Такое же правило существует и в отношении гражданских правоотношений (право на расторжение договора в ряде случаев при ненадлежащем качестве, просрочке). При определенных обстоятельствах в трудовом правоотношении возникает необходимость его прекращения по волеизъявлению одной стороны без вины другой стороны. Речь идет о сокращении штатов, ликвидации предприятия, длительной болезни, восстановлении ранее уволенного работника и др.

Нередко воля в качестве согласия (именно согласия, а не соглашения) четко определена в правовых нормах. Нужно, однако, подчеркнуть, что в таких случаях воля не должна пониматься только как волеизъявление в форме согласия. Это волеизъявление выражает определенный психологический акт – регулятивный процесс. Так, согласно ст. 13 ГК РСФСР, несовершеннолетние в возрасте от 15 до 18 лет совершают в большинстве случаев сделки с согласия родителей, усыновителей или попечителей. В правовой норме четко выражена активная форма такого согласия, предшествующего совершению сделки. Это же выражено и в ст. 16 ГК. Совершенно очевидна волеизъявленность одобрения сделки или передоверия представляемым (ст. 63, 68 ГК), согласия кредитора на досрочное исполнение обязательства (ст. 173 ГК), его согласия на перевод долга (ст. 215 ГК). Согласие предусматривается и в ряде норм, регулирующих отдельные договоры (согласие на изменение ассортимента, на прием продукции, на оплату при поставке, согласие займодателя на поднаем, на улучшение имущества, согласие членов семьи на поселение других лиц, на изменение условий договора, на обмен, согласие комитента на изменение цены и т. д.). И в этих случаях согласие нужно понимать как выражение воли – волеизъявление, нередко еще на определенной стадии. Согласие должно быть воплощено в позитивных действиях – реализовано.

Эти последствия, на достижение которых и направлена воля, ради осуществления которых и регулируется поведение субъекта, особенно наглядно видны в семейном праве. Совершенно очевидно, что взаимное согласие на вступление в брак, на расторжение брака – основа существования или прекращения семейных отношений. К такому уровню относится согласие о признании отцовства. Но очень важными являются и такие выражения воли, как согласие на проживание несовершеннолетних детей с одним из супругов (ст. 55 КОБС), согласие на усыновление со стороны родителей (ст. 100 КОБС), супруга усыновителя (ст. 104 КОБС); согласие на назначение в качестве опекуна или попечителя (ст. 126 КОБС) и др. Вопрос о свободе выбора, о проявлении воли в семейных отношениях – самостоятельный вопрос. В данном случае речь идет только о согласии как об одном из видов волеизъявления, как о выражении воли. В ряде случаев и в семейном праве мы встречаемся с презумпцией согласованности воли (например, в отношении общей совместной собственности супругов). В некоторых случаях о такой презумпции можно говорить при внесении в сберегательную кассу вкладов в период брака одним из супругов, а главное – при распоряжении общим имуществом.

Глава 7. ВОЛЯ –ВЫБОР

Психологов давно интересуют вопросы: как люди осуществляют выбор, как они разрешают задачи, требующие принятия определенного решения? Существует даже специальная психологическая теория принятия решений, которые рассматриваются в качестве проявления воли человека¹.

Проблема принятия решения является классической философской проблемой, связанной со свободой воли. В последнее время в связи с развитием кибернетики возникли новые ее аспекты. Психологический подход к принятию решений связан с исследованием произвольных движений и волевых актов. Эмпирической субъективной психологией исследование этого процесса ограничивалось лишь описанием динамики субъективных состояний, в числе которых было описание специфического переживания «я хочу», переживания стремления выполнить некоторые действия. В рамках бихевиоризма постановка проблемы принятия решения была вынесена за пределы психологии. Главное было в описании воздействующих стимулов; воля в принятии решения исчезла из психологии. Даже сейчас некоторые западные психологи, придерживаясь линии бихевиоризма, считают понятия «воля», «свобода» донаучными. Для советских психологов, для психологов социалистических стран эта проблема основывается на марксистской методологии, ее разработке свойственен подлинно научный подход, способ научного анализа высших форм человеческой деятельности¹– волевого, произвольного поведения². В трудах советских психологов глубоко и всесторонне разрабатывается проблема выбора, принятия решения. Естественно, в нашу задачу не входит освещение этих разработок. Нужно, однако, сказать, что решения зависят от вида

психологического процесса, играющего доминирующую роль в акте выбора. Так, «волевые» решения возникают в ситуациях конфликта противоположных тенденций; «интеллектуальные» решения связаны с нахождением скрытых, неясных альтернатив. Примером является известное «соломоново» решение о спорном ребенке. «Эмоциональное» решение – выбор на основе эмоциональных механизмов (например, брак по любви)³. Квалификация решений разнообразна. Они подразделяются на предшествующие и сопровождающие, целевые и ситуативные, детально разработанные, частично, в принципе, условные и безусловные, многофакторные и многофакторные и т. д.⁴. Но в любом случае принятие решения является элементом волевого процесса. Правильно подчеркивает О. К. Тихомиров, что проблема принятия решения – классическая философско-психологическая проблема связана с волевой деятельностью человека, с детерминизмом, с учением о свободе воли и необходимости, с анализом целеобразования⁵.

§ 1. ВОЛЕВОЕ СОДЕРЖАНИЕ РИСКА

Во многих ситуациях выбора человек сталкивается с риском, который является чертой активности человека. Ему подчас приходится решать сложные рискованные задачи. Неопределенность – риск – выбор. Это цепь, которая нередко возникает при принятии решения. В современной жизни выбор приходится делать и в ситуации, угрожающей опасностью не одному человеку. Выбирают врачи, инженеры, агрономы, хозяйственники. Нужно бурить скважины, хотя известно, что не каждая даст нефть, но для того, чтобы добиться результата, нужно выбирать, нужно рисковать⁶. Выбор альтернативы может привести к невыгодному исходу, вероятность которого не исключается. В этом риск. И чем больше неопределенность, тем он больше. Именно тогда, когда человек стал принимать осмысленные решения, он столкнулся с неопределенностью. Нередко мы знаем последствия выбора, знаем к чему должен он привести при нормальном развитии событий. Л вот как учесть случайности, которые вполне могут вмешаться в наши планы? Если их вмешательство вероятно, то создается та же ситуация неопределенности, риска. Однако и случайности поддаются предвидению, учету. При выборе необходимо оценить последствия альтернатив, т. е. все, что произойдет после принятия решения; нужно определить их вероятность, их субъективную ценность и полезность⁷. Очень важное значение имеют цели, к которым стремится человек. Воля, волевое усилие проявляются при обстоятельствах, когда только разума и чувства недостаточно. Это ситуация моральной ответственности, ориентировка, ведущая к принятию решения⁸. Когда у лица создаются трудности в оценке полезности альтернатив, когда полезность рискованных альтернатив примерно одинакова, нередко создается нерешительность в принятии решения. Это особое волевое состояние, на которое обратили внимание психологи. Но можно ли отождествлять нерешительность, возникающую в процессе принятия

решений, с борьбой мотивов?⁹ Вряд ли это правильно. Нормальный волевой (регулятивный) процесс не исключает борьбу мотивов при принятии решения. О нерешительности можно говорить тогда, когда борьба не завершается принятием решения или когда такое решение принимается с большими трудностями¹⁰. В момент принятия решения имеется обычно несколько направлений действия, из которых нужно выбрать единственное. Далеко не всегда руководствуются принципом «экономии усилий», т. е. выбирают тот вариант, который ведет к цели кратчайшим путем. Ситуация дискретного выбора встречается достаточно часто. При этом выбор определяется не только мотивациями и потребностями, но и возможностями. Уменьшение потребностей может быть компенсировано увеличением возможностей и наоборот. Встречаются случаи наличия единственной возможности и единственной мотивации, т. е. выбор между действием и отказом от действия¹¹. Могут быть и другие варианты.

Процесс принятия решения включает ряд важнейших, как их называют, «понятий»: цель (задача), неоднозначность результатов, неоднозначность способов достижения цели. Важной, как уже отмечено, является проблема критерия оценки (предпочтительности) целей, результатов и способов действия¹². В сложных ситуациях налицо целая система оценок, ценностных ориентации, преодоление ограниченности информации, противоречивости связей. В процесс выбора вводятся риск, конфликт и неопределенность¹³. Определение выбора должно быть связано со знанием возможностей и потребностей, цели, интереса и т. д. Такой процесс невозможен без предвидения результатов решений, отсюда – предвидение выступает в качестве необходимого условия, необходимой предпосылки выбора¹⁴. В этом суть риска и вообще выбора. Другое дело, насколько такое предвидение соответствует истинному положению. Риск ошибочно рассматривается, как видим, в качестве элемента процесса принятия решения. В психологии существует вероятностная трактовка риска, согласно которой риск связывается с вероятностью и становится риском, поскольку указывает на возможную неудачу поведения, основанного на принятии за истинное данного положения. От степени вероятности зависит уровень риска¹⁵. В данном случае риск фактически трактуется в субъективном смысле, поскольку свидетельствует о допущении возможного отрицательного результата – неудачи. И хотя такого рода риск включают в регулятивный процесс – выбор решения, он в данной трактовке выполняет интеллектуальную функцию. В. Д. Радусевский и указывает на то, что риск и конфликт имманентно связаны с потерей или отсутствием информации, что они, как и неопределенность, являются информационными компонентами принятия решений. Видимо, все же следует разобраться, является ли риск информационным компонентом, относится ли он к интеллектуальной стороне – свойству регулятивного процесса.

Ю. Козелецкий, отмечая, что величина риска может оказывать решающее влияние на выбор альтернативы, обращает внимание, на то, что риск так и не обрел точного определения. Его определяют как дисперсию,

математическое ожидание убытка, величину убытка, разность между выигрышем и проигрышем; часто он просто неопределяемое понятие. Есть мнение, что его природа идиосинкретична и зависима от индивидуальных критериев оценки, но в любом случае принятие решения связано с величиной риска, который, являясь неотъемлемой чертой человеческой деятельности, играет важную роль в процессе выбора¹⁶. Эти концепции риска строятся на объективном начале, кроме, конечно, «ожидания убытков». Но вот какой парадокс. Принятие решения – ., процесс субъективный, психологический. Как же может быть риск связан с этим процессом, если он является категорией объективной? Как величина убытков или разность он может только выступать в качестве объективной информации для информационного компонента – для оценки фактов, взвешивания их, суждении о них, т. е. именно для тех интеллектуальных моментов, которые формируют волевой элемент.– выбор решения¹⁷.

Специальное диссертационное исследование риска предпринял советский психолог В. А. Петровский. Он проанализировал не * просто риск, а активность субъекта в этих условиях, т. е. волевой аспект проблемы. В указанной работе тоже отмечается разнотой *"ч в понимании риска. Так, он понимается либо как заключенная в действиях перспектива неуспеха, либо как предпринимаемое рискованное действие, либо как ситуация, допускающая возможность риска. Ученый пришел к выводу о неоднозначности риска и со- " слался на то, что риск не поддается «эксплицитной дефиниции»¹⁸. — В первом и третьем пониманиях риск выступает в качестве субъективной, интеллектуальной категории (возможность, перспектива); второе понимание риска – объективное, но это уже не риск, а само действие. Рассматривая дальше варианты в понимании л<> риска, ученый указывает на два противоположных определения риска в субъективном смысле: субъективная оценка опасности; выбор между альтернативами в ситуации неопределенности. Обращается внимание на необходимость объединения этих противоположных концепций. Отсюда появляется понятие риска как личностной формы регуляции поведения в ситуации опасности. В субъективном смысле понимается и надситуативный риск (предпочтение «опасных» вариантов «безопасным») и риск бескорыстный¹⁹.

Не проходят мимо ситуации выбора и философы. Так, А. П. „~ Чермина, рассматривая ответственность в перспективном плане А как объективно-субъективную категорию, выполняющую социальную функцию регуляции поведения, указывает на то, что психофизиологической основой свойства ответственности является и способность к прогнозированию будущих вероятных ситуации. Ответственность в таком аспекте возникает и проявляется только тогда, когда субъект оказывается в конфликтной, вариабельной ситуации, когда он сам должен сделать выбор и принять на себя авторство в решении, осознавая возможные варианты последствий и принимая любое из них на себя, когда он сознательно готов к этим последствиям²⁰. Фактически автор ведет речь о субъективном риске, хотя и

называет риск в единстве с интересами и другими компонентами, осознание которых требует ответственность; там, где нет выбора, нет и ответственности²¹. Но, конечно, выбор далеко не всегда связан с риском.

В современной юридической литературе также существуют объективные и субъективные концепции риска. Много внимания уделил этой категории польский ученый Витольд Варкалло²². Автор фактически не дает своего определения риску, считая его собирательной категорией. Но в то же время он сближает риск с квалифицированной виной (значит дает субъективное понимание) и одновременно с абсолютной ответственностью (это уже объективное понимание), что приводит к размыванию данной категории²³. И в работах советских • авторов немало таких концепций, которые не лишены противоречий и тоже по существу «размывают» данную категорию. Различные определения риска проанализированы в литературе²⁴. Во многих из них риск понимается в объективном смысле: угроза благам; более или менее значительная опасность; опасность гибели; явления, приводящие к материальным потерям; возложение убытков; «принятие на себя» в соответствии с законом могущих наступить в результате случайных обстоятельств убытков, средний, возможный ущерб, предел невыгодных последствий и т. п. Некоторые из этих высказываний близки к так называемой теории профессионального риска. Во многих подобных определениях риск лишь заменяет вполне ясные и привычные понятия: «угроза», «опасность», «убытки», «ущерб», «предел». Ничего не добавляет и указание не просто на событие, а на будущее событие²⁵. И все же нетрудно заметить, что в некоторых определениях достаточно ощутимо проявляется субъективный – оценочный характер: «возможность ущерба», «вероятность ущерба», «возможность наступления убытков», «вероятность наступления опасности» и т. д. В определении О. А. Красавчикова речь идет о «могущих наступить убытках»²⁶, т. е. фактически о допущении субъектом определенных обстоятельств, определенного результата. В определении венгерского ученого А. Винера риск связывается и с вероятностью, и с допущением, и с предвидением, и с осознанием возможных последствий²⁷. Противоречиво трактует риск М. Я- Шиминова, но и она высказывается за его понимание прежде всего как возможности наступления неблагоприятных имущественных последствий в силу случайных обстоятельств.

При этом автор лишь не считает риск субъективным основанием ответственности²⁸. В последнее время ряд советских ученых высказывается за субъективную концепцию риска. Она нашла обоснование помимо трудов автора данного исследования в работах С. Н. Братуся²⁹, поддержана целым рядом других ученых³⁰. С определенными оговорками, указывая на убедительность этой теории, присоединяется к ней Е. А. Павлодский³¹. На обоснование- риском без виновной ответственности указывается и в некоторой учебной литературе³². Отдельные ученые в принципе не опровергают субъективную концепцию риска и даже соглашаются с ней, хотя и не согласны с определенными сторонами³³.

Итак, в юридической литературе развернулась дискуссия о субъективном и объективном риске³⁴. Оспаривая субъективную концепцию, считают, что риск является вероятным вредом, а субъективной категорией является его предвидение. Риск, утверждает Б. Н. Мезрин, – это средневозможный неблагоприятный социальный результат, не столько возможный, сколько вероятный вредриск – объективная реальность³⁵. В высказываниях ученого правильно рассматривается связь риска с выбором решения, с оценкой результата, с его предвидением, с целенаправленными действиями. Понимая риск в качестве объективной категории, он не только вносит в понятие риска субъективный признак «вероятность», но и считает, что ему сопутствует субъективная категория – «предвидение риска». Но позволительно спросить, в чем же заключается риск, если определен какой-то результат, который возможно произойдет? В самом этом результате? Он – в его допущении, в оценке его возможности и, наконец, в выборе варианта поведения, не исключающего наступление указанного результата.. Конечно, молно безразлично относиться к последствиям, но ведь, риск включает в себя не только интеллектуальный момент – допущение, предвидение, но и обязательно волевой элемент – выбор поведения. О. А. Пастухин понимает риск как случайную- опасность умаления блага, с которым закон связывает определенные последствия³⁶. При этом автор под случайностью понимает- что-то непредвиденное, нарушающее закономерность . Но если: нельзя предвидеть случайность, если она «случайна», то зачем тогда нужен риск? И что вообще означает понятие «случайная* опасность»? Безусловной опасности быть не может, угроза (возможность) всегда только возможность, только угроза, всегда существуют варианты. Выбор одного из них при отсутствии определенности в последствиях – вот что характеризует риск. Автор не исключает того, что реализация риска происходит через волевою, сознательную деятельность, что «стыковка» опасности и риска происходит в момент осознания. Но возможность наступления последствий возникает для конкретного субъекта в результате избранного им поведения, до определенного момента опасность вообще не связана с риском.

По мнению И. Н. Петрова, риск (субъективность этой категории он не отрицает) имеет значение только в борьбе мотивов, в принятии решения и в волевом действии не объективизируется³⁷. Выбор нельзя отрывать от психологического процесса в целом³⁸» Принятие решения – активный, целенаправленный процесс, а не одна борьба мотивов. Но дело не только в этом. Самое главное – то, что недопустимо рассматривать риск в качестве лишь компонента волевого процесса или какой-то стадии этого процесса, например выбора решения. В риске заключается волевой элемент, который характеризуется определенным психическим регулированием поведения субъекта. Своеобразие интеллектуального элемента при риске выражается в допущении возможных, преимущественно случайных отрицательных последствий. Своеобразие волевого элемента определяется детерминированным желанием положительного результата, выбором решения при неопределенности последствий и проявлением последующих

психических усилий для объективизации решения, для его реализации в конкретном нулевом акте. Речь идет о случаях невозможности устранить неопределенность. Если реальная возможность предвидения имела, то выбор поведения без учета этих знаний и возможностей, регуляция поведения в разрез с ними свидетельствуют о вине. Таким образом, риск предусматривает не усеченный, а психический регулятивный процесс в полном объеме. Принятие решения является не изолированным актом (механизмом), а одним из этапов целенаправленного поведения, психического процесса³⁹. Недопустимо признавать возможность принятия решения вне волевого процесса, но иногда упоминают и решение произвольное¹⁰. Существенным для риска является особая специфика стадии этого процесса – выбора и принятия решения с учетом наличия рискованных альтернатив. В процесс выбора вклинивается неопределенность, отсутствие точной информации, допущение неудачи, отрицательных, не желаемых последствий, лишь вероятность достижения нужного результата. Неопределенность не останавливает субъекта. В результате борьбы мотивов и определенного психического усилия он принимает решение о выборе конкретного поведения, разрабатывает пути для его осуществления. Отсюда очевидна ошибочность связи риска исключительно с борьбой мотивов. При определении риска нужно учитывать не только допущение, но и выбор решения в ситуации неопределенности, и регулирование поведения в соответствии с избранным решением. Не учитывают это и те ученые, которые полагают, что риск, отличие от вины, относится не к стадии нарушения обязательства. Когда происходит привлечение к ответственности, якобы нет риска. Но ответственность всегда наступает за выбор поведения, причем и вина относится не только в стадии нарушения, она включает весь комплекс психического регулирования. Данная позиция строится без учета волевого, регулятивного единого процесса как вины, так и риска. Отсюда и ее несостоятельность.

Субъективная концепция риска подвергнута критике Т. И. Илларионовой. Автор указывает на то, что в нормах риск связывается со случайностью, а это якобы исключает психическое отношение. Но в подавляющем большинстве случаев связь случайных > последствий с поведением человека, с регулированием этого поведения, с отношением к последствиям несомненна. Даже риск случайной гибели вещи связан с учетом возможностей ее сохранения Ч или не сохранения, с выбором конкретного варианта хранения или пользования вещью и т. п. Тем более, что и случайности необходимо учитывать, и только, пройдя через сознание человека, они имеют правовое значение. Т. И. Илларионова приводит пример с возвратом долга, который происходит независимо (если нет невозможности исполнения) от любого субъективного основания. Но здесь нет никаких отрицательных последствий, и говорить о риске, возможно только по отношению к кредитору. Отвергая субъективное понимание риска, автор, вынуждена фактически выступить за возрождение принципа причинения. При этом утверждается, что независимо от субъективного или объективного подхода риск все равно служит

основанием для распределения случайно возникших в неблагоприятных последствиях поведения субъектов⁴¹. Это, однако, не так. Объективный риск не может быть основанием, он может лишь объяснять отнесение отрицательных последствий на то или другое лицо. Более того, он вообще не может быть риском. Основанием распределения будет являться не риск, а правовая норма и сам факт причинения ущерба. В том-то и дело, что риск связан не просто с последствиями, а с их учетом, с регуляцией своего правомерного поведения, с выбором этого поведения в ситуации неопределенности. Нельзя говорить и об одинаковом результате при субъективном и объективном подходе к риску. Когда исключается реальное допущение результата, когда он не находится в связи с избранным и регулируемым поведением, когда не учитываются случайности и вызванные ими неблагоприятные последствия, нельзя считать субъективный риск основанием ответственности. Тогда наступает объективный результат, предусмотренный правовой нормой. В большинстве случаев этот результат переходит на другого субъекта (например, на потерпевшего, если вред причинен источником повышенной опасности под воздействием непреодолимой силы). У потерпевшего имеется лишь пассивный (в отличие от активного) риск, который заключается только в презюмировании отрицательных последствий, предусмотренных правовой нормой, при возникновении непосредственно не корреспондированных с поведением субъекта либо просто маловероятных объективно-случайных обстоятельств. Нормативное распределение нельзя назвать риском.

Т. И. Илларионова относит риск к ценностным категориям, утверждая о его объективном характере. Но в самом понятии риска как объективной социальной связи «субъект – среда», отношения значимости возможностей, заложенных в вероятностной структуре среды и самом субъекте, поскольку это отношение для субъекта выступает в ситуации выбора поведения, – совершенно отчетливо проступает субъективное начало. Правда, Т. И. Илларионова под риском понимает не выбор в ситуации неопределенности, а оценку самой ситуации, которая существует объективно. Но ведь выбор ведет к решению и дальнейшему регулированию поведения, а это уже зависит от оценки. Более того, сама ситуация в качестве комплекса возможностей отождествляется с опасностью. Но где же тогда риск, если он сводится к опасности или к объективно существующему комплексу возможностей? Автор говорит о том, что внешне это выглядит либо как риск выбора поведения, либо как риск наступления неблагоприятных последствий, что, по ее мнению, лишь аспекты одного явления⁴². На самом же деле выбор поведения – элемент психической деятельности, а наступление последствий – явление объективное; тождественности риска в таких случаях никак быть не может, не говоря уже о том, что к последствиям (хотя и не всегда) приводит как раз поведение субъекта, а ему предшествует выбор и в целом психическое регулирование этого поведения. Действительно, отрицательные последствия не всегда возлагаются на причинителя. Но такой вывод и не следует из концепции субъективного

риска. Что же касается редакции норм («риск несет» и т. д.), то ведь и вина во многих нормах фигурирует как объективная категория, по это отнюдь не означает, что подобная редакция соответствует ее правильному пониманию. В другой своей работе автор, критикуя некоторые определения риска, продолжает отстаивать его понимание в качестве объективной категории. По ее мнению, ценностный характер могут иметь и объективные категории, как, например, красота⁴³. Но ведь восприятие красоты, ее образ субъективны, хотя и построены на отражении в психике объективных качеств. Вероятные, случайные последствия, опасности – объективны. Их восприятие, оценка их вероятности – субъективны. Именно это (с учетом избрания варианта поведения) и означает риск. Дело, конечно, не в термине, и если риску придать иное значение, все равно нужна будет другая категория, которая означала бы преломление через сознание указанных последствий в сочетании с психическим регулированием поведения. Кстати, Т. И. Илларионова считает, что для отражения субъективного состояния в момент выбора поведения вполне достаточно апробированных категорий вины и субъективного случая, но сам по себе субъективный случай исключает вообще всякую оценку поведения и отрицательных последствий и не может быть юридическим условием применения, мер ответственности и защиты. Правильно связывая риск с ситуацией выбора, автор сводит его исключительно к оценке значимости поведения, и последствий для самого субъекта и для его окружающих⁴⁴. Не говоря уже о том, что оценка для самого субъекта всегда категория субъективная, что подобный взгляд близок кое в чем к так называемой оценочной теории, которая, применительно к вине, была подвергнута резкой критике в советской юридической печати, – указанная оценка значимости для окружающих лишена какого-либо смысла, если не считать учета степени риска, но это уже его дифференциация, а не суть. Если риск не считать субъективной (интеллектуально-волевой) категорией, то, он вообще не нужен и в качестве начала построения охранитель-; Щ пых мер. Если в риске, как утверждает Т. И. Илларионова, возможность возникновения неблагоприятных последствий вскрывается не через сознание субъекта, а существует объективно, риск «§ отождествляется с опасностью и как самостоятельная категория, бессмысле.

В последнее время в советской теории риска появилась точка зрения, которую развивает Е. О. Харитонов. Автор разделяет концепцию субъективного риска, ссылаясь на целый ряд случаев его действия, но признает такой риск наряду с риском объективным⁴⁵. Он считает, что обе концепции должны дополнять друг друга. В качестве примера взаимодействия двух концепций автор приводит риск в обязательствах из спасания социалистического имущества, | на двуаспектность риска в которых обращал внимание П. Р. Ста- Ц висскпй⁴⁶. По мнению Е. О. Харитонова, предпринимающий действия рискует, сознательно допуская наступление вредных последствий; организация несет обязанность по возмещению вреда на основании объективного риска. Е. О. Харитонов справедливо ссылается на то, что риск находится в разных плоскостях с ответственностью, что он не

является ни формой, ни способом возмещения вреда⁴⁷. Правильно делается упрек в адрес ученых, игнорирующих понимание риска в субъективном смысле, но в равной степени автор упрекает за односторонний подход и их противников Е. О. Харитонов считает, что введение автором этих строк дифференциации риска на «активный» и «пассивный» является фактическим признанием недопустимости понимания риска лишь в одном аспекте. Правда, он не исключает возможности пользования и такой терминологией, но полагает, что «пассивный» риск – это уже риск объективный, находящийся в одной плоскости с ответственностью. Концепция Е. О. Харитонova несомненно имеет право на существование и, как конструкция Т. И. Илларионовой, является дальнейшим развитием советской юридической теории рис- ка⁴⁸. Конечно, «пассивный» риск существенно, отличается от «активного» и во многом приближает его к объективному пони- , манию. Этот риск и не является основанием ответственности, а только предположением (предвидением возможности) наступления отрицательных последствий. Но если полностью игнорировать связь с психикой субъекта, если отрицать допущение возможных последствий, то незачем вообще говорить о риске, о котором, кстати, упоминают и правовые нормы.

Ошибочно отождествление риска с самим действием. Так, В. Абчук понимает риск как «вынужденный образ действий в условиях неопределенности, ведущий в конечном результате к преобладанию успеха над неудачен»¹⁹. Это не риск, а объективированное действие, основанное на риске, то действие, к которому привел риск. Есть разница, когда выбор происходит при прямом запрете определенного поведения и когда он связан с осуществлением соответствующей деятельности, причем такой, которая нередко встречается со случайными обстоятельствами и может привести к причинению вреда. С. ИТ. Братусь, защищая субъективную концепцию риска, подчеркивает, что психическое отношение к действию и к его результатам, возможность выбора такого поведения, с которым связано возникновение юридической обязанности возместить имущественный вред, не ограничивается виновно-противоправным поведением⁵⁰.

Как полагает А. А. Собчак, нельзя отождествлять виновное и волевое поведение, а всякое невиновное считать неволевым⁵¹. Это правильно. Поэтому нельзя согласиться с мнением, что при так называемых объективно-противоправных действиях, в отличие от правонарушения, отсутствует волевой момент⁵². Выбор сделан, регуляционный процесс в определенном направлении несомненен. Но А. А. Собчак не учитывает характерных особенностей волевого процесса при невиновном поведении. Это предопределяет пони- манье им риска в объективном плане и утверждение того, что риск (даже объективный) нельзя считать основанием ответственности (возложения обязанности возместить вред), поскольку центр тяжести из плоскости причинения переносится в плоскость возмещения⁵³. В этом, как нам представляется, ошибка всех тех, кто не учитывает волевое содержание риска и специфику волевого процесса при риске – выбор поведения при отсутствии полной определенности и при возможности

случайного. результата. По мнению С. Н. Братуся, следует учитывать не выбор поведения для каждой отдельной акции, коль скоро речь идет о деятельности, связанной с источником повышенной опасности, а вид деятельности⁶⁴. Однако в другом месте автор замечает, что, когда владелец автомашины садится за руль, он отчетливо осознает опасность, которую она представляет для пешеходов, возможность наступления неустрашимых по его воле несчастных случаев и свою обязанность в подобной ситуации по возмещению вреда. Владелец источника сознательно избирает вариант поведения, за не желаемые последствия которого он будет нести ответственность, даже- при отсутствии вины, поскольку он не обязан принимать какие либо особые, выходящие за правила, меры⁵⁵. В данных высказываниях нет противоречия. Деятельность воплощается в конкретных действиях, а если говорить о выборе поведения при такой деятельности, то он включает в себя избирательность конкретного поведения⁵⁶. Так, при эксплуатации источника повышенной опасности избираются и многочисленные варианты конкретного поведения: скорость, момент обгона соседнего транспорта, поездка в определенную погоду, по конкретной дороге, в обстановке активного движения и т. д. Выбор этой особой, не всегда подконтрольной человеку деятельности и конкретных действий не исключает случайностей. Признавая весомость суждений, лежащих в основе субъективной конструкции риска, М. С. Гринберг утверждает, что применение источников повышенной опасности (деятельность в условиях неопределенности) не является результатом выбора, поскольку он не свободен из-за отсутствия альтернативы их использования⁵⁷. Как видим, и в применении этой деятельности, и в ее осуществлении, и в конкретных действиях по использованию указанных источников существуют и ситуация выбора, и свобода выбора.

Интерес представляют ситуации, в которых находятся некоторые предприятия, если их деятельность связана с загрязнением окружающей среды. Вряд ли правильно утверждение, что подчас у таких предприятий нет выбора, поэтому нельзя говорить об их вине. С. Н. Кравченко считает убедительным и плодотворным .Ц объяснением ответственности указанных предприятий теорию субъективного риска⁵⁸. Нужно иметь в виду, что риск, как субъективная категория, включающая и волевой элемент, нередко встречается в нашей жизни и деятельности⁵⁹. Необходимо еще раз подчеркнуть, что, хотя выбор в волевом элементе риска имеет самое существенное значение, речь должна идти не только о самом выборе, а о всем регулятивном психическом процессе. Итак, риск как категория субъективная означает детерминированный выбор поведения в ситуации, не исключаящей достижения не желаемого результата, регулирование поведения в необходимом на- правлении, сознательное допущение этого – преимущественно случайного результата и возложения связанных с ним отрицательных последствий.

Таким образом, при риске (за исключением особого – виновного риска) избирается правомерное поведение в ситуации неопределенности или относительной неопределенности, не исключающей (учитывая характер деятельности и специфику действия) случайности результата. Более того, сам выбор решения, дальнейший регуляционный процесс направлены на то, чтобы такого рода результат не наступил.

§ 2. ВЫБОР ДЕЙСТВИЯ

Нужно согласиться с мнением тех ученых, которые считают, что проблему воли необходимо рассматривать не только в сделке, но и в юридическом действии. И не только в смысле вины, которая не охватывает всех вопросов воли и волеизъявления. В таком плане она подлежит рассмотрению в теории юридических фактов⁶⁰. Юридический факт в большинстве случаев является актом поведения, который по воле лица или, наоборот, помимо его воли «приводит в действие» механизм правового регулирования⁶¹. От сознания и воли человека зависит совершение конкретного действия, а совершенному действию дается соответствующая правовая оценка. Для юридической оценки воля и волеизъявление должны рассматриваться в определенном единстве. Действие необходимо сопоставлять с внутренней волевой деятельностью. Не всякое внешнее действие является юридическим. Им не может быть такое, которое не обусловлено волей данного лица. Оценка, с точки зрения правомерности, подлежит причина, выступающая как волевое действие⁶². С волей человека связана и завязка относительных событий.

Необходимо отметить, что о выборе действия речь идет лишь тогда, когда существуют несколько его вариантов, когда есть несколько возможностей поступка и субъект должен решить в пользу одного из них⁶³. Прежде всего о воле «выбирающей», «воле решающей» в правонарушении. Конечно, в нем воля фигурирует главным образом в качестве волевого элемента вины, И все же необходимо обратить внимание и на волю в качестве предпосылки самого действия, поступка. Справедливо утверждение А. А. Пионтковского о том, что действие или бездействие лица «являются поступком, выражающим его волю». В такого рода человеческом поведении есть всегда соответствующие цели, которые определяют направленность его воли, выражающейся в конкретном поступке. Ученый прав в том, что характеристика преступления как волевого поведения еще не предопределяет наличие вины и ее формы. Если лицо действует против своей воли под влиянием физического принуждения, непреодолимой силы, оно не может быть привлечено к уголовной ответственности, ибо преступление всегда волевое действие (бездействие). Но необходимо, чтобы у лица не было возможности выбора. Психическое принуждение исключает волю, возможность выбора, как указано выше, только в состоянии крайней необходимости (например, при угрозе немедленного лишения жизни).

Преступное действие должно учитывать волевое содержание, которое в него вкладывается. Действие в уголовном праве более сложное понятие, чем телодвижение, оно включает в себя и сознательную направленность воли, выраженную во внешнем поведении лица в определенной обстановке. (взмах топора может быть и преступлением и попыткой срубить ветку)⁶⁴. В. Н. Кудрявцев, правда, указывает, что, с точки зрения внутреннего содержания, действие определяют главным образом психологи, а для анализа действия как элемента объективной стороны преступления прежде всего нужно обратить внимание на внешнее его проявление, но он в то же время присоединяется к мнению Н. Ф. Кузнецовой о том, что нельзя неоправданно расширять круг этих действий, не учитывая их зависимость от воли и сознания. Отсутствие волевого акта исключает ответственность. Действие или бездействие являются выражением воли лица, причем воля имеет значение не только как побудительный акт, но вплоть до завершения преступления⁶⁵.

С точки зрения регулятивного процесса интерес представляет добровольный отказ от приготовления или покушения. С одной стороны, отказ происходит уже на последующей стадии – после избрания решения, выбора поведения, но, с другой стороны – отказ это не просто невозможность исполнения, а выбор – избрание своего дальнейшего поведения, отказ от первоначального выбора, часто сопряженный с «борьбой мотивов». Ведь субъект еще сохраняет господство над совершением дальнейших действий, может воспрепятствовать наступлению отрицательных последствий⁶⁶. В данном случае правильней говорить об отказе от преступления, а не его стадий, как отмечает Н. Д. Дурманов. Правда, ученый акцентирует внимание на отказе как сознательном акте, не подчеркивая волевой характер отказа, поворота решения⁶⁷. Проявление воли в действии не обязательно должно быть связано с индивидуальной волей. Так, при соучастии в преступлении мы встречаемся с согласованностью волей, хотя не обязательно в форме предварительного соглашения соучастников. Но справедлив упрек в адрес тех ученых, которые допускали соучастие вообще без единства воли⁶⁸. Соучастие без сговора, без соглашения происходит, когда в момент осуществления общественно опасного деяния объединяется воля нескольких лиц. Некоторые криминалисты подчеркивают, что недопустимо при соучастии основное внимание обращать на объединение волей, а не на совместную. Деятельность⁶⁹. Но нельзя отрывать психический процесс от действия. При соучастии необходимо учесть и еще одно обстоятельство. Содействие, побуждение воздействуют на волю исполнителя, но он не является безвольным орудием и не действует фатально в указанном направлении. Он сам регулирует свое поведение, про-. изводит выбор, что исключено, если в качестве орудия преступления избран малолетний или душевнобольной⁷¹. Если нет возможности выбора, если нет вариантов поведения, в том числе, как мы указали, отказа от действия, нельзя применять ответственность. Отсутствие выбора, лишение возможности его

сделать исключают сознательный регулятивный процесс. Выбор определяется целями, которые ставит перед собой человек, эти цели детерминированы его потребностями. Но реализация потребностей не связана с единственной возможностью поведения в конкретной ситуации. Возможность выбора поступков различно предопределяет свободу такого выбора. Воздействуя на волю и сознание, право способно направлять поведение людей. Для того, чтобы человек действовал, побудительные силы должны «превратиться в побуждения' его воли». Разные субъекты выбирают различные варианты поведения при тождественных обстоятельствах; выбор всегда субъективно детерминирован волей и разумом конкретного лица⁷². Не будем придирааться к словам. Конечно, выбор как элемент волевого процесса не может быть детерминирован этим процессом. Речь идет о другом – о детерминации выбора потребностями, интересами, субъективными свойствами данного конкретного лица. Выбор может характеризоваться антиобщественной ориентацией сложившихся социально отрицательных, неблагоприятных свойств и качеств личности⁷³. Человек вынужден постоянно выбирать из множества вариантов. Поэтому говорят о неопределенности выбора варианта, на который влияют многочисленные факторы. Это не совсем точно. Неопределенность появляется лишь тогда, когда нельзя определить результаты, последствия того или иного варианта. Конечно, в соответствующем смысле можно говорить об определенности выбора при частой повторяемости вариантов и образовании относительно устойчивого поведения. Что касается выбора как волевого решения, то он может быть транзитивным (анализ и оценка вариантов) и не транзитивным, В последнем имеется элемент случайности, но она вызывается не ситуацией неопределенности, а недостаточностью оценки вариантов, т. е. нередко виной субъекта или пороком его психики. Учитывая отсутствие фатальности преступного поведения (выбора такого варианта), говорят об относительности преступления, особенно в отношении «случайных» преступников⁷⁴.

Особую неопределенность представляют ситуации при совершении импульсивных действий, которые могут привести к преступным последствиям. Спорным, однако, остается вопрос об осознанности и волевом регулировании таких действий⁷⁵. Выбор в результате последующих стадий регулятивного психического процесса объективируется в действие, иначе – это волевое движение или. волевое воздержание от определенного движения. И все же нельзя не затронуть вопроса о правовом значении поведения, которое осуществляется не под полным контролем сознания и воли чело-

века. Правильно отмечается, что элементы бессознательного имеются в сознательном волевом поведении, эти элементы входят в единый процесс, подчиняются общей цели. В целом поступок, а' тем более – деятельность уже полностью подконтрольны сознанию и воле⁷⁶. Но отрицать бессознательную в отдельных случаях детерминацию выбора нельзя. Справедлива поэтому ссылка и на аффекты. Совершенно очевидно, что этот вопрос не лишен интереса и при рассмотрении воли в действии, ибо у субъекта обычно есть

достаточно возможностей для выбора, для регулирования своего поведения не на преступный результат. Сделка, заключенная в состоянии, когда субъект не мог понимать значения своих действий или руководить ими, если не было ее оспаривания, признается действительной. Отсюда делается вывод о правовом значении неосознанного поведения в цивилистике⁷⁷. Но в данном случае воля выступает в ретроактивном качестве – имеет значение последующее согласие или презумпция такого согласия. Нужно иметь в виду, что даже с точки зрения теории установки, сама установка может быть и досознательной, но само действие, сам противоправный поступок, на ней основанный, не может быть неосознанным⁷⁸ и, добавим, неволевым.

Прав Г. К. Матвеев, указывая на то, что действие является диалектическим единством объективного и субъективного. Конечно, само действие объективно, но отрывать его от психического процесса просто невозможно. Сами по себе психические процессы – иррелеванты для права, но и сами по себе действия, взятые в отрыве от психического состояния субъекта, не представляют для права интереса. Существуют действия, которые не являются результатом «полноценной воли». Неприменение ответственности за них обусловлено и тем, что действие (бездействие), противоречащее правовой норме, совершается (не совершается) не в соответствии с осознанным психическим регулированием, в том числе без сознательного выбора варианта такого поведения. Оно не может в таком качестве являться и элементом объективной стороны преступления. Поступки человека не сводимы только к простым естественным действиям, поэтому и воздержание от действия регулируется, с точки зрения психической, интеллектуальными и волевыми моментами. Бездействие, аналогично действию, – объективированная волево-целенаправленная воля или «целенаправленное и волево-воздержанное от определенного движения»⁷⁹. Оно является результатом осознания и волевого регулирования, включающего выбор конкретного варианта поведения, в частности – не совершать действие. Далекое не каждое действие и бездействие приводят к противоправному результату и к ответственности. Далекое не каждое психическое регулирование, к тому же без интеллектуального элемента, является виной, не всегда означает субъективную сторону, субъективный элемент действия.

Рассматриваемый нами вопрос небезынтересен при исследовании случая вины потерпевшего. Дело в том, что можно еще встретить высказывания, из которых следует, что вину потерпевшего нужно рассматривать не в качестве юридической вины, а как действие, содействовавшее возникновению отрицательного результата. Против придания такого характера поведению потерпевшего в гражданском праве решительно выступил Б. - С. Антимонов⁸⁰. В таком действии не исключается психическое регулирование, выбор определенного поведения. В уголовном праве поведение потерпевшего включается в объективную сторону преступления, оно нередко содействует преступлению, не являясь виной потерпевшего в юридическом смысле. Некоторые ученые-криминалисты

(например, П. С. Дагель) поведение потерпевшего рассматривают только в плане его вины. Наоборот, другие решительно возражают против такого подхода. В качестве содействующих потерпевших могут быть и неволеспособные; может учитываться и так называемая «моральная вина». «Вина потерпевшего» рассматривается не только в уголовно-правовом аспекте, но и в криминологическом, а точнее – в виктимологическом. Конечно, можно говорить о социальной, моральной вине⁸¹, но в этом будет несомненная условность, что признают и сторонники такой терминологии⁸². Вина в обязательном порядке должна быть связана с противоправностью. Более того, психологическая конструкция вины, сочетание ее интеллектуальных и волевых элементов исключают применение данной категории ко всем случаям, когда поведение потерпевшего имело определенное содействующее влияние на совершение преступления. В тех случаях, когда потерпевшие не преступали норм права, нужно говорить не об их вине, а об их содействующем поведении. Лицо выбирает определенный вариант поведения, регулирует его, даже если оно не считается противоправным. Этот выбор, это регулирование не являются основанием для учета такого волевого акта. Конечно, если в поведении потерпевшего имеется вина, то она должна учитываться. Нужно, однако, высказаться отрицательно в отношении учета поведения неволеспособных лиц, если только оно не должно браться во внимание в рамках причиненной связи, как чисто объективное действие. Нельзя пройти мимо вопроса воли в качестве выбора определенного варианта поведения, представляющего в той или иной степени угрозу потерпевшему. Если воля потерпевшего была направлена на противоправный результат, она не может породить ожидаемых последствий⁸³. Особую дискуссию вызывает вопрос о согласии больного на операцию, на особые методы лечения, на трансплантацию. Это очень сложный вопрос. Существует мнение о допустимости действия без согласия, есть и противоположное мнение – сознательная воля больного – закон⁸⁴. Конечно, этой воле нужно придавать решающее значение и все же нельзя исключить ситуации, когда врач должен принимать самостоятельное решение, даже идти на риск. С другой стороны, даже согласие больного не снимает ответственности с врача⁸⁵. Особую специфику имеет волевой регуляционный процесс в правоотношениях власти и подчинения. Нельзя, однако, согласиться с тем, что решения в данном случае осуществляются «волею одной стороны»⁸⁶. Подчинение и обязательность не исключают регуляцию поведения – приказ нужно исполнить. К воле – действию относится и право-наделение, например, наделение правами по воле собственника. И в этом случае воля выступает в качестве регулятивного процесса.

Необходимо обратить внимание на некоторые стороны волевого элемента выбора в развитии семейных отношений. Прежде всего речь идет о заключении брака. Оно включает в себя не только этот элемент, а весь регуляционный процесс, поскольку между выбором и заключением брака происходит не менее важная часть психического регуляционного процесса. В

прошлом брак был тоже выбором, но не вступающих в брак. Такое положение зачастую характерно и для современных капиталистических государств Советское семейное законодательство признает вступление в брак волевым актом, который могут совершать лица, способные дать оценку своим поступкам⁸⁷. Внутренней предпосылкой брачного правоотношения является воля субъектов на вступление в брак, которая свободно формируется, проявляется и выражается в их согласии⁸⁸. Видимо, нужно говорить, что внутренней предпосылкой является свободный выбор как элемент волевого процесса, регулирующего заключение брака. Не менее важное значение имеет выбор при решении вопроса о расторжении брака.

Необходимо затронуть вопрос о воле – выборе в процессуальных отношениях, который достаточно подробно исследован применительно к гражданскому процессу Р. Е. Гукасяном. Рассматривая проблему интереса в советском гражданском процессуальном праве, он уделил внимание и воле. Правда, смущает лаконичное определение сущности воли: «воля лица есть способ (средство) удовлетворения интереса». В указанном определении улавливается понимание воли в качестве регулятивного процесса, этот процесс, реализуясь в объективном действии, направляя это действие, обеспечивает удовлетворение интереса, детерминирующего волю. Движение уголовного процесса не может быть поставлено в зависимость от воли потерпевшего. Только в случае, когда общественная опасность незначительна, когда превалирует его личный интерес, возбуждение процесса зависит от воли потерпевшего. Что касается гражданского процесса, то принцип диспозитивности означает зависимость процесса от воли заинтересованного лица. Это выражается в проявлении его воли для возникновения процесса. От такой воли зависит переход стадий процесса, выбор ответчика и т. п.⁸⁹. В анализе случаев проявления воли характеризуется волевой элемент выбора, принятия решения, основанного на желании. Существует и презумпция положительной регуляции, презумпция выбора.

Глава 8. КОЛЛЕКТИВНАЯ ВОЛЯ

§ 1. ОБРАЗОВАНИЕ ВОЛИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА

Воля связана с человеком. При объединении людей создается сложный, в том числе и в психологическом плане, коллектив, т.е. организм, образующий новое качество – люди, объединенные, определенным образом организуемые, руководимые, функционально действующие и одновременно функционально психически направляющие эту деятельность.

Прежде всего возникает вопрос о личности коллективного образования, что главным образом относится к юридическому лицу. В правовой науке проблема субстрата юридического лица исследована довольно основательно, хотя единого мнения до сих пор нет¹. Больше всего приверженцев завоевала в советском праве теория коллектива, которую выдвинул А. В. Венедиктов.

Ученый впервые обосновал то положение, что субстратом госоргана, как юридического лица, является коллектив рабочих и служащих, возглавляемый его руководителем. Каждое юридическое лицо, по его утверждению, – это «реальный коллектив живых людей»². Решительным сторонником этой концепции стал С. Н. Братусь, в трудах которого она получила дальнейшее развитие, в основном через раскрытие понятия распоряжения имуществом. С. Н. Братусь обоснована конструкция юридической личности кооперативных союзов, выразителем воли которых является их орган³. Не только действия органов, но и действия рабочих и служащих, – утверждает Е. А. Флейшиц, являются действиями самого юридического лица. Вне этих действий нет и деятельности юридического лица⁴. В качестве одного из сторонников этой теории выступает В. П. Грибанов. Он исходит из того, что за государственным юридическим лицом стоят те, кто определяет и формирует его волю, кто осуществляет деятельность юридического лица, за чьи действия оно несет ответственность⁵.

Теория коллектива¹ имела и немало противников в различных отраслях права. В данном случае нас интересует только вопрос о формировании и выражении коллективной воли. Обращает на себя внимание концепция социальной реальности, которую отстаивал Д. М. Генкин. Она вообще не отвечала на вопрос о субстрате юридического лица, о том, чью волю выражает его деятельность⁶. По-новому подходит к сущности юридического лица, исходя из этой теории, О. А. Красавчиков, полагая, что сущность организации не в самих по себе людях, а в тех связях, в которых объединившиеся люди находятся по отношению друг к другу. Юридическое лицо – это организация, обладающая определенными признаками, и поэтому она представляет собой систему существенных социальных связей⁷. И все же юридическое лицо немислимо без людей, но, конечно, в их связях и отношениях, иначе нельзя говорить ни о его воле, ни о его вине.

Есть мнение о том, что на место юридического лица нельзя ставить ни коллектив, ни кого-либо другого, иначе это лицо не будет самостоятельным носителем прав. Нельзя отождествлять юридическое лицо с людским составом, как реку с массой воды, которая в данный момент ее заполняет. Вода сменяется, но не изменяется. Автор отделяет волеобразование от волеизъявления. В последнем участвует весь коллектив, а в первом часть его (в государственных организациях – только администрация)⁸. Эта позиция подвергнута критике. Так, Т. И. Илларионова справедливо отмечает, что недопустимо противопоставлять волеобразующий коллектив остальному коллективу. Правда, она говорит о воле юридического лица не как о регуляционном процессе, а только как о результате волевых усилий членов коллектива и даже включает интеллектуальные моменты – осознание возможностей коллектива, предвидение последствий деятельности⁹.

Особое место в проблеме сущности юридического лица занимает теория директора. Эта концепция наиболее полно выражена Ю. К. Толстым. По его мнению, сторонники теории коллектива не смогли доказать, что коллектив определяет содержание воли руководителя в сфере гражданского оборота и

это недоказуемо. С точки зрения Ю. К. Толстого, - должностное лицо – директор творчески исполняет волю государства, которая преобразуется в волю самого руководителя. В правоотношениях руководителем, таким образом, выражается своя собственная воля, но ее содержание определено волей государства¹⁰. С этих же позиций к роли коллектива в формировании воли государственного юридического лица подходит и Ф. И. Гавзе. Опираясь на высказывания А. В. Бенедиктова", Ф. И. Гавзе делает вывод, что только директор предприятия «формирует и изъявляет волю государственного юридического лица при заключении им договоров, основываясь па воле социалистического государства»; волю же. колхозно-кооперативных организаций образуют их члены. Но автор не отрицает роли коллектива в формировании воли директора, хотя относит это к явлениям экономического порядка¹². По существу к такому же выводу пришел и И. Н. Петров: «Волевые действия юридического лица совершаются его органом. Иная точка зрения приведет к признанию того, что любой работник юридического лица является носителем его воли»¹³. И все же наиболее приемлемой, учитывающей роль коллектива, позволяющей раскрыть суть возложения на юридическое лицо ответственности следует признать теорию коллектива, хотя некоторые ее аспекты не получили еще достаточного освещения.

Формирование воли юридического лица – сложный процесс. Совершая определенные действия, вступая в сделки, исполняя их, юридические лица, коллективные образования тем самым проявляют свою волю. Но их воля является и волей людей, составляющих эту организацию, коллектива, в том числе и руководителей. Выполняя соответствующие функции в производственной и организационной деятельности, работники данного предприятия (организации) регулируют свое поведение в конкретном направлении, включая в себя принятие самостоятельных решений и совершение самостоятельных действий, а также определенную деятельность других лиц. Влияние отдельных работников на деятельность других лиц функционально различно в зависимости от роли, которая отводится данному лицу в процессе производства или управления. Эта роль может быть более или менее активной, но даже простое согласие с совершением другим лицом определенных действий, простая поддержка, не пресечение их свидетельствуют о выражении воли данного работника. Воля каждого, регуляционная функция способны повлиять на регуляционную функцию других. Еще А. де Сент-Экзюпери сказал: «Нет такого- поступка, который не затрагивал бы другого человека... Обособленных личностей не существует»¹⁴. Нельзя не считаться с тем, что при трансформации в волю коллектива сам этот процесс и это конкретное воплощение подчиняются особым законам. В частности, воля большинства подчиняет себе волю меньшинства, но на определенном этапе в процессе регуляции может произойти даже отступление от воли большинства- Такое отступление могут совершить и те, кому по воле большинства в свое время, доверили: ведущие функции в этом процессе, и те, кому доверили выполнение конкретной функции. Нужно при этом иметь в виду, что воля не сводится к одному лишь

желанию, она сложный регуляционный процесс. Ошибкой некоторых ученых являлось то, что, сводя волю только к желанию, они не могли согласиться с признанием коллективной воли в случаях совершения правонарушения отдельными членами коллектива.

О воле коллектива можно многое почерпнуть в трудах ученых-психологов, занимающихся вопросами социальной психологии. На это справедливо обратил внимание Г. К. Матвеев¹⁵. Безусловно, неоспоримо то, что в коллективе главное – единство цели для всех его членов. Эта цель сплачивает людей, направляет их волю, формируя подлинное единство воли. Но, говоря о единстве воли, о единой воле, А. Г. Ковалев правильно подчеркивает наличие определенной иерархии целей, конкретизации их в отдельных звеньях и отдельными лицами; единая воля складывается из воли отдельных членов коллектива, которые не теряют своего значения. Более того, указывает А. Г. Ковалев, общность не снимает вопроса о некоторых различиях. Эти различия могут привести к правонарушениям, воспрепятствовать которым опять-таки могут здоровые силы коллектива. Коллектив прежде всего сотрудничество; важнейшим признаком коллектива является руководство, координация. В то же время советские коллективные образования строятся на принципе демократизма, как самоуправляющаяся и саморегулирующаяся система. Принятые после обсуждения решения становятся решениями всех и каждого в отдельности¹⁶.

Внутреннюю сторону жизни, функционирования коллектива, однако, образует не только общественная целенаправленность, но и социально-психологические качества¹⁷. Коллективообразующим - фактором выступает деятельное опосредствование. На этом принципе строится стратометрическая концепция групповой активности, разработанная А. В. Петровским. Коллектив представляет собой организованную группу, члены которой объединены общими целями, ценностями и задачами деятельности, значимыми для всех и для каждого¹⁸.

Коллективная деятельность не является простым набором, простой суммой индивидуальных деятельностей. Индивид, включенный в коллективный субъект «кооперированной деятельности», выполняет конкретные операции в форме индивидуального поведения. Именно такое сочетание регуляционного процесса коллектива и регуляционного функционального процесса членов коллектива (индивидуумов и групп) составляет суть коллективной воли. Воля коллектива включает и психологическую регуляцию, регуляцию поведения индивида при помощи групповых норм, различных средств социальной регуляции¹⁹. В процессе деятельности групп, общения формируются компоненты воли – цели, мотивы, осуществляется взаимная стимуляция, взаимный контроль²⁰. Руководители должны координировать деятельность коллектива, знать и учитывать его мнение, создавать такие условия, при которых каждая личность могла бы принимать правильное решение. Ошибочное поведение руководителя в условиях социалистического предприятия должно привести к отрицательной реакции членов коллектива, которые через соответствующие

общественные и другие организации должны и могут вмешаться и направить деятельность коллектива в нужное русло. В условиях групповой деятельности ответственность выступает в особой форме – в форме «отношений ответственной зависимости»- Это сложная система связей в коллективе, ее существенное проявление – взаимное возложение ответственности за результаты работы²¹. При позитивной деятельности все члены коллектива выполняют свои функции в регулировании конкретных действий, что слагается в регулирование деятельности всего коллектива. В сочетании, в комплексе этой регуляции, в ее целенаправленности и заключается коллективная воля. Правильное осуществление групповой деятельности предопределено учетом функционально-ролевой структуры, соответствия личностной структуры ролевой, согласования индивидуальных и коллективных интересов и т. п.²². Функционально- ролевой подход при формировании воли коллектива исключает умаление значения ролей, гипертрофирование роли руководителя, признание за лидером фактора, отменяющего индивидуальную ответственность²³. Деятельность руководителя не отождествляется с деятельностью юридического лица, она является выполнением определенной функции в комплексе функциональной деятельности коллектива, направляемой соответствующим регулятивным процессом. Личность и социальная группа должны рассматриваться в диалектическом единстве. Основное, что характеризует личность, – это участие в деятельности общества и социальной группы²⁴. Коллектив объединяет людей и в общей цели, и в общем труде, и в общей организации труда «на принципах подчиненности, ответственности и согласованности». В этом выражается и воля каждого члена коллектива. Итак, нужно еще раз подчеркнуть, что каждый член коллектива в формировании воли коллектива играет свою определенную роль. «Коллектив, как хороший оркестр, где лидер – организатор-дирижер, а каждый член группы – лидер-музыкант своего ведущего звучания»²⁵. Коллектив – это особая группа, в нем обнаруживается и взаимопомощь, и критика, и стремление к соперничеству, и настойчивость при достижении цели²⁶. Члены коллектива связаны механизмами воли, «каждая воля участвует в равнодействующей и постольку включена в нее»²⁷. В то же время есть и обратное влияние на отдельную личность коллективной воли. Коллектив и личность всегда -имеют свои индивидуальные цели, но они не должны противоречить общим целям, должен действовать принцип «соподчинения» или «иерархии доминирующих целей»²⁸. В отдельных случаях такое противоречие возникает. Можно ли тогда говорить о разрушении коллективной воли? На этот вопрос нельзя ответить однозначно. Нужно помнить, что воля не одно лишь желание, поэтому если противоречие возникает в процессе регуляции производственной деятельности в коммуникационных связях с другими членами коллектива, которые, имея для этого возможность, не направили свою деятельность на ликвидацию указанного противоречия, разрушения коллективной воли нет. Результат достигнут именно при- помощи этой регуляции и не противодействия ей со стороны других функциональных

подразделений коллектива, его членов, их: пассивной регуляции своего поведения.

Таким образом, коллективная воля складывается не только из волей отдельных членов коллектива или отдельных групп, выполняющих свои функции, но определяется и взаимным влиянием: членов групп, коллектива друг на друга, что доказывает социальная психология. Все это предопределяет и волевое единство членов коллектива и коллективистскую самоорганизованность²⁹. Происходит, как отмечается, разделение волевых усилий в интересах объединения в одну волю³⁰. Правда, в литературе по социальной психологии, в юридической литературе мы встречаем суждения о том, что такие взаимосвязи имеют место лишь в малых группах, а взаимовлияние членов коллектива в многочисленных группах анонимно, поэтому члены большой социальной группы несут ответственность без вины³¹. Но можно ли считать, что воля малочисленного коллектива трансформируется из индивидуальных волей, а воли большого коллектива как единой воли не существует? Такая коллизия немыслима. И в большом коллективе существует множество видимых и невидимых, явных и скрытых связей между отдельными подразделениями и отдельными членами коллектива, связей непосредственных и опосредованных. Коллектив как организм немыслим без этих связей. Коллективная воля трансформируется из функциональных волей каждой клеточки – индивидуальных и групповых волей, эти индивидуальные и групповые воли обладают возможностью влиять на волю всего коллектива, в том числе и на регулятивный процесс поведения органа юридического лица. Широкие права коллектива ныне закреплены в ст. - 8 Конституции СССР. Не только в указанной статье, но также в других статьях, в специальном Законе поднимается регуляционный уровень трудового коллектива. Когда мы говорим о роли трудового коллектива, то имеем в виду и каждого работника, его права как активного члена этого коллектива, участвующего в управлении производством³². Разнообразны и методы участия рабочих и служащих в управлении хозорганов³³. Управление производством многоаспектно, но всегда воля руководителя должна соответствовать воле трудового коллектива, а это и означает наличие воли коллектива в целом – воли юридического лица. Нельзя не учитывать и наличие целого ряда контрольных функций у профсоюзных организаций за деятельностью администрации. Что касается администрации, то она, являясь несомненно специфичной частью трудового коллектива, органически включается в коллектив как его неотъемлемая составная часть. В трудовом коллективе возникает сложная система взаимосвязей, определенное место среди них занимают и социально-психологические взаимосвязи³⁴.

Важной стороной деятельности коллектива является деятельность по предупреждению любых правонарушений. Она совпадает с интересами всего коллектива и каждого его члена. Коллектив создает основу для формирования поведения индивидов, определяя дела и формы поведения³⁵

В связи с вышеизложенным вызывает возражения позиция, заключающаяся в признании решающего значения за волей органа

юридического лица. Нельзя спорить против особого положения органа юридического лица, его функций, в частности в совершении юридических актов в соответствии со своим волеизъявлением- И воля органа признается справедливо волей юридического лица³⁶. Но она становится волей самого юридического лица потому, что выражает волю коллектива, является по существу реализацией воли коллектива, т. е. трансформированной воли всех членов этого коллектива. Это с одной стороны. С другой стороны, орган выполняет определенную функцию. Регуляционный процесс по осуществлению данной функции приводит к реализации действия юридического лица. В. С. Якушев называет орган юридического лица «волеобразующим центром», но даже в формировании воли единоначального руководителя принимает участие коллектив, с мнением которого нельзя не считаться³⁷. И. Н. Петров считает, что не может воля отдельных членов отождествляться с волей коллектива³⁸. С таким выводом нельзя спорить. Об отождествлении не может быть и речи. Из функционального регулирования деятельности отдельных работников складывается регулирование деятельности юридического лица. Другое дело, что иногда такая деятельность выражается в результате регулирования индивидуальной или групповой деятельности-

В. К. Андреев предлагает отделить дееспособность от правоспособности юридического лица, считая, что у юридического лица к целом имеется только правоспособность, а о дееспособности (компетенции) можно говорить применительно к его органам и должностным лицам, которые осуществляют правоспособность государственного юридического лица. Что же касается кооперативных организаций, то их дееспособность может осуществляться всем коллективом – общим собранием, которое и выражает свою волю³⁹. С такой позицией согласиться нельзя. Она приводит к персонификации дееспособности. Во-первых, осуществление дееспособности не равнозначно самой дееспособности, а во-вторых (и это главное), орган и должностные лица выражают волю всего коллектива – всего дееспособного юридического лица как коллективного образования. Л. М. Рутман, на которого ссылается В. К. Андреев, кстати, говорит о том, что действия органа управления – это действия самого объединения⁴⁰. В дальнейшем В. К. Андреев правильно обращает внимание на то, что сведения осуществления правоспособности к действиям органа юридического лица или его представителя недостаточно. Она реализуется действиями всего коллектива, тем более, что и орган и представители – это часть коллектива⁴¹. Правильно подходу к психологической сути воли юридического лица, В. К. Андреев все же допускает, с нашей точки зрения, неточность, когда утверждает, что лишь определенные работники могут вырабатывать и выражать волю юридического лица; в исполнении же этой воли участвует весь коллектив⁴². Несомненно, регуляция поведения осуществляется в рамках функционально-ролевой деятельности, но деятельность любого работника, обусловлена психическим регулированием и является волевой, а воля юридического лица «вырабатывается и выражается» в процессе всей его деятельности.

Правильно указывает Ф. Л. Рабинович, что было бы ошибкой считать формирование и осуществление воли юридического лица в исполнении договора только со стороны его органа⁴³.

Не оспаривая необходимости применения ответственности юридического лица в случае признания вины отдельного работника, иногда обосновывают эту ответственность виной органа юридического лица за ненадлежащий выбор и надзор по принципу *culpa in eligendo et in custodiendo*. Такого мнения придерживается И. И. Петров, исходя из защищаемой им конструкции воли юридического лица. Но принцип «*custodiendo*» противоречит смыслу и духу нашего права, роли трудового коллектива. Он опирается на исключительное право хозяина. В то же время в комплексе социально-психологических связей не исключается в определенных ситуациях и связь порочно направленной воли с пороком воли при осуществлении выбора исполнителей и контроля за ними. Но эти связи сложней и шире, они охватывают не только связь нарушитель – орган, но и связи с другими членами коллектива. Несомненно, права М. Г. Пронина, обращая внимание при решении вопроса об ответственности юридических лиц на механизм социально-психологической регуляции их поведения, опираясь на концепцию о коллективном субстрате юридического лица. Небезынтересен вывод о том, что на формирование коллективной воли влияет коллективный интерес рабочих и служащих предприятий в выполнении планов с наибольшим экономическим эффектом. При этом хозяйственные интересы сочетаются с личными интересами, а осозанный коллективный интерес – исходное побуждение к деятельности, являющейся внешним выражением коллективной воли. М. Г. Пронина по-своему понимает волю юридического лица – побуждение к правомерным и неправомерным действиям⁴⁴. С таким определением нельзя, конечно, согласиться, ибо оно сводит весь психологический регуляционный процесс только к побуждению. В то же время автор говорит об этапах волевого процесса, включающих принятие и исполнение решения, которые являются практическими целеустремленными действиями⁴⁵. Это уже другая крайность – чрезмерное расширение воли, ее объективизация, смешение психического регулирования (принятие решения) с фактическим действием (исполнением) – "М. Г. Пронина, однако, правильно оценивает процесс формирования воли органа юридического лица, предопределяемого волей государства и коллектива- Это подтверждает вывод С. Н. Братусяз о том, что совершение сделки органом юридического лица или уполномоченным им лицом обосновывается деятельностью коллектива предприятия⁴⁶. Правда, следует говорить не о деятельности! коллектива, а о его воле, направляющей эту деятельность.

Коллектив предопределяет волю органа, ему исполнять заключенные сделки, указывает М. Г. Пронина, не отрицая при этом и самостоятельности в таких случаях индивидуальной воли органа, выражающей его творческую инициативу, т. е. фактически разделяются коллективная воля юридического лица и индивидуальная воля его органа или представителей⁴⁷.

В тех случаях, когда юридическое лицо выступает в гражданских правоотношениях, его нельзя отделять от коллектива. Нет двух волей: органа и коллектива, а есть одна коллективная воля. Воля органа, предопределяемая волей коллектива, выражается им самим. Он может внести в качестве составной части коллектива свою лепту в формирование и в выражение этой воли, действуя в пределах своих: функций. Отвергает М. Г. Пронина как позицию И. Н. Петрова, так и позицию В. Т. Смирнова, считающего, что коллективная воля, требующая согласования и единства, отсутствует при определении оснований гражданско-правовой ответственности юридического лица, а поэтому вина отдельных членов коллектива и вина юридического лица тождественны⁴⁸. Ей импонирует позиция; Г. К. Матвеева о несовпадении волей членов коллектива и воли самого коллектива, о не растворении их в этой воле, о ее относительно самостоятельном и независимом характере, что правильно» мотивируется особой сущностью юридического лица, его социальным единством, социально-психологическим характером его воли, разделением труда и кооперированием, взаимосвязью и взаимозависимостью трудовых функций⁴⁹.

Нет оснований отрицать, что волевой процесс отдельных лиц, направленный на достижение отрицательных результатов и приведший к таковым, формируется в волю юридического лица. Но- совсем не обязательно, чтобы в одном направлении осуществлялся этот процесс всеми членами коллектива. Воля юридического- лица определяется доминирующей функциональной волей. Даже не ярко выраженные связи не перестают быть связями, так или иначе способствующими доминированию определенного психического регулирования, т. е. приведшими к совершению соответствующего юридического акта или правонарушения. Воля членов коллектива трансформируется в волю предприятия, не всегда всеобщую, не всегда единую, не всегда правомерную. Нельзя забывать и то, что волевой процесс не заканчивается принятием решения, он заключается и в усилиях по его исполнению, и в отказе или не отказе от принятого решения в будущем, а это, несомненно, связано с волей различных членов коллектива, трансформирующейся в волю юридического лица.

Как правильно отмечает Г. К. Матвеев, нередки случаи, когда нарушения совершаются «на виду у всех», когда с ними мирятся, когда к ним «привыкают целые коллективы». Правда, по мнению Г- К. Матвеева, чаще виновными бывают немногие члены коллектива и даже единицы, но и тогда нельзя их вину рассматривать изолированно от коллектива, снимая проблему коллективной воли⁵⁰. В данном случае речь идет и о воле как об элементе вины. Аналогичным образом решается вопрос и о коллективной воле, не являющейся элементом вины. Таким образом, воля коллектива не всегда тождественна воле юридического лица. Индивидуальное регулирование поведения не всегда приводит к общему регулированию, но при отсутствии противодействия приводит к объективированному действию юридического лица. В большинстве же случаев, с учетом наличия тесных связей внутри коллектива, расширения его прав, можно утверждать о совпадении воли

членов коллектива, коллектива и юридического лица. Во всяком случае, такое совпадение должно резюмироваться, как и осознание поведения коллективом.

Подход к воле юридического лица как к единому и многостадийному процессу не новый в юридической литературе. Так, В. А. Мусин при анализе волевых актов предприятия обращал внимание на деятельность его структурных подразделений и па участие коллектива в производственной деятельности. Именно на этой стадии (обсуждение коллективом) и вырабатывается воля предприятия. Общая воля коллектива, по утверждению ученого, – «сторона воли каждого входящего с этот коллектив индивида», освобожденная от всего индивидуально личностного. Такая воля отлична от воли всех, она не является совокупностью волей, она единая воля, образовавшаяся в результате анализа и синтеза «воли всех»⁵¹. Нельзя спорить против того, что воля юридического лица, коллективная воля не «воля всех». Но и нельзя говорить, что такая воля всегда едина, что индивидуально-личностное совсем исключено при образовании такой воли. Не будем придирается к тому, что автор в стадию волевого процесса, включает не только регуляционную деятельность, но являющуюся реализацией таковой фактическую деятельность и об исполнении он говорит как о стадии завершения волевого процесса, хотя вывод о том, что эта стадия единого процесса подготовлена предыдущими стадиями, что существует стадия выбора, не вызывает возражений, как не вызывает возражений и вывод о том, что волеизъявление органа является творческой работой всего коллектива⁵².

Не очень точно определяет волю В. С. Якушев, ссылаясь лишь на один аспект данной категории, но он правильно указывает, что проблема волеобразования предприятия связана с постоянными актами формирования и изъявления воли⁵³. Иногда утверждается, что при правомерных действиях и волеобразовании, и волеизъявлении сосредоточиваются у органа юридического лица, тогда как при неправомерных действиях волеизъявление охватывает весь коллектив⁵⁴. Против этого возражают, ссылаясь на то, что сделки связаны с их исполнением, а в некоторых случаях работники и совершают сделки, и исполняют их⁵⁵. Конечно, процесс формирования воли коллектива – процесс сложный. Изучение путей и особенностей формирования такой воли как вообще, так и при заключении и исполнении хозяйственных договоров – одна из важнейших задач юридической науки.

§ 2. ВИНА И ВОЛЯ ПРЕДПРИЯТИЯ

Как было отмечено, в юридической литературе существует тезис: коллектив не может быть виновен. Поскольку ответственность юридического лица не исключается, то тем самым признается ответственность за так называемую «чужую вину»⁵⁶. Но существуют высказывания о том, что можно и следует говорить о вине не только отдельных работников, но и коллектива, предприятия,¹ хотя далеко не всегда правонарушение связано с всеобщей виной. Должен ли отсюда следовать вывод: вина любого работника

является виной предприятия (имея в виду и объединение и организацию)? Чтобы ответить на этот вопрос, нужно прежде всего разобраться в следующих вещах: 1) как понимать вину юридического лица; 2) правомерно ли отождествление вины и воли; 3) является ли вина единственным субъективным условием ответственности юридического лица?

Вина предприятия конструируется как психическое отношение к поступкам и их последствиям работников этого предприятия. Но в целом она не простое суммирование вины отдельных лиц, а качественно иное явление. Действия одного работника, одного звена предприятия представляют собой действия всего коллектива, – отмечает Н. С. Малеин. Работники предприятия не являются для него «чужими». Из таких действий складывается деятельность предприятия как целого. Ненадлежащее исполнение 'своей функции может привести к ненадлежащему исполнению обязательства всем предприятием. Отсюда вывод: вина работника – это вина предприятия; вина 'предприятия — вина работников. Поскольку деятельность юридического лица образуется действиями отдельных работников, то и ответственность юридического лица за виновные действия работников представляет собой ответственность за его собственные действия⁵⁷. Это логично, ибо деятельность (правомерная или неправомерная, виновная или невиновная) даже одного работника может влиять на результат деятельности всего юридического лица. Но вина – не виновная деятельность, вина – это субъективная категория. Можно ли считать, скажем, умысел одного работника умыслом юридического лица? Может быть, форма не имеет значения, но нельзя говорить о какой-то абстрактной вине, ибо вина – это определенное осознание, предвидение, регуляция поведения. Итак, является ли осознание поведения, предвидение результатов, психическая регуляция поведения одного работника тем же самым для юридического лица?

Некоторые ученые, видимо, понимая специфику вины юридического лица, стараются не акцентировать внимание на указанных критериях⁵⁸. Небезынтересно определение договорной вины предприятия, данное Ф. Л. Рабиновичем. Он указывает на психическое отношение субъекта к противоправному поступку и его вредным последствиям, которое выражается в «сознательно волевых, умышленных или' неосторожных действиях (бездействии)», повлекших нарушение договора. Автор отмечает, что в этом определении -он стремился подчеркнуть единство субъективной и объективной сторон. Никто не спорит против такого единства, но - определение дается вине, а не действиям, а вина-то и остается в нем- не раскрытой⁵⁹. Не лишне заметить, что ученый почему-то сознательно – волевое отделяет от умысла и неосторожности. Ф. Л. Рабинович ссылается на ряд весьма интересных примеров, когда к отрицательному результату приводят действия отдельных работников или группы работающих на предприятии лиц. Не будем слишком строги и не станем упрекать автора за то, что он действия работника отождествляет с волей (это не только его позиция). Важно то, что Ф. Л. Рабинович говорит уже не просто о действиях, а о воле, хотя только о ее выражении через волевые поступки. Автор

определенно высказывается за необходимость оценки психологического процесса при установлении ответственности предприятия, но эту оценку он ограничивает лишь проявлением интереса к психологическому процессу образования воли⁵⁰.

Не изменяет положения и то, что специфику вины юридического лица усматривают иногда в виновном поведении не одного лица, а нескольких. Ничего, по существу, не меняет утверждение о том, что вина юридического лица – это совокупность неправомерных действий звеньев или отдельных исполнителей. Так, полагает Н. С. Малеин. Автор прав, указывая на то, что содержание вины составляют порочная воля и сознание участников коллектива⁶¹. В. С. Якушев видит вину, главным образом в поведении органа юридического лица, что касается остальных работников, то речь идет лишь об их деятельности. Специфику вины предприятия он усматривает в том, что в своей первооснове она имеет трудовое правонарушение⁶². В том-то и дело, что отрасли права относительно самостоятельны. В данном случае мы встречаемся одновременно с исполнением трудовых функций работниками, из которого слагается исполнение гражданско-правового обязательства юридическим лицом. Не раскрывает субъективное содержание вины предприятия Б. С. Антимонов, хотя он и не защищает принцип объективной ответственности⁶³. С. Н. Братусь не исключает, что к юридическому лицу вполне применимы категории, заключенные в понятии вины, она может быть и умышленной, и неосторожной и т. п.⁶⁴ Это, безусловно, правильно. С. Н. Братуся поддерживает и Г. К. Матвеев, подчеркивая, что законодатель не выделяет юридические лица в отношении применения оснований ответственности. Он правильно говорит, что именно при исследовании вины юридических лиц, ее содержания неизбежно возникает вопрос об их воле, о соотношении коллективной и индивидуальной воли. Это означает психологический подход к пониманию вины юридического лица, хотя нельзя согласиться с тем, что вопрос о воле исключительно связан с виной юридических лиц, тем более, что ученый правильно разделяет «волю» и «действия» юридического лица, считая их слагаемыми из воли и действий его членов и органов, хотя и исключает возможность их механического суммирования⁶⁵. Но дело в том, что Г. К. Матвеев волю понимает как мобилизацию усилий на выполнение поставленных задач, а такая мобилизация, даже с учетом субъективного фактора, должна будет сводиться к совершению объективных действий. Правда, автор говорит о необходимости субъективной оценки, установления психического отношения конкретных работников. Действиями юридического лица должны рассматриваться такие, которые исходят как от лиц, организующих его деятельность, так и от лиц, входящих в его состав, а психологическим содержанием вины юридического лица являются воля и сознание всех этих лиц⁶⁶. Однако порочность воли и сознания, вина юридического лица не всегда связываются с виной всех его звеньев. Г. К. Матвеев справедливо сетует на то, что в различных правилах, указаниях, в конкретных судебных и арбитражных решениях далеко не всегда указывается на вину юридического

лица, а тем более на ее субъективный характер. В то же время ряд инструктивных писем Госарбитража характеризует вину как субъективную категорию (п. 16 письма № И. 1-59 от 28.XII-67 г., п. 8 письма № И. 1-33 от 6X-69 г., п. 9 письма № И. 1-33 от 23.IX-74 г. и др.). Общепсихологическая разработка проблемы вины юридического лица, соотношение индивидуальной и коллективной воли, как указывает Г. К. Матвеев, еще находится '«в зачаточном состоянии»'⁶⁷. В последующем ученый выдвигает дополнительные аргументы в обоснование психологического аспекта вины юридического лица, обращается к трудам ученых в области социальной психологии. Он считает, что именно на стыке социально-психологической теории коллектива и теории имущественной ответственности хозорганов и иных организаций произойдет взаимообогащение выводов, дающих четкие критерии вины⁶⁸.

Не так давно в юридической литературе появились нигилистические взгляды на психологическое понимание вины юридических лиц. Отдельные приверженцы таких взглядов отрицают необходимость учета вины в договорных отношениях социалистических организаций, считают, что на вину организаций механически нельзя переносить понятие вины граждан, а попытки выработать критерий вины социалистических организаций, отличный от критерия вины граждан, ни к чему не привели⁶⁹. Эти взгляды встретили справедливую критику. Было обращено внимание на то, что психологическое понимание вины зиждется не на положении, которого подчас придерживаются в теории и практике: вина предприятия сводится к вине работников, а на положении социальной психологии о том, что «сознательно и соответственно со своими проявлениями может действовать не только отдельный человек, но и коллектив», ибо коллективная воля и деятельность не сводимы к элементарной совокупности или просто к единичному проявлению усилий членов коллектива⁷⁰. Особое место в понимании вины юридических лиц занимает концепция Б. И. Путинского. Опираясь на высказывание Б. С. Антимонова о том, что нельзя закрывать глаза на различие в вине гражданина и организации, (Б. С. Антимонов в этом случае все же говорит о психологическом содержании вины), Б. И. Путинский, исходя из арбитражной практики, которая нуждается в совершенствовании, делает вывод о непригодности психологической характеристики в понимании вины хозяйственных организаций⁷¹. Конечно, прав Б. И. Путинский, что психическое отношение обычно не упоминается в примерах даже сторонников такого подхода, в решениях арбитражей. Да и вообще трудно представить себе единодушие коллектива к правонарушению, о котором обычно известно, в условиях разделения обязанностей, только узкому кругу лиц. Он считает безуспешными попытки увязать вину организации с виной работников, с использованием при этом психологических категорий. Решительно отстаивая принцип вины (и это, конечно, правильно), Б. И. Путинский понимает под виной организации не приложение ею «допускаемых и требуемых законодательством усилий для надлежащего исполнения обязательства, неиспользование предоставленных

прав и возможностей для устранения причин нарушения»⁷². "Вина фактически заменяется другим условием – противоправным поведением, к тому же только в виде бездействия. Это определение расходится со ст. 37 Основ гражданского законодательства. К тому же противопоставляется вина организации вине гражданина. Правда, вывод ученого вполне объясним, для него достаточный повод дает и практика, и теоретические исследования. Кстати, позиция Б. И. Путинского была подвергнута критике со стороны Н. А. Абрамова⁷³. Но сам Н. А. Абрамов так и не дал ответа: что же все-таки означает вина юридического лица как коллективного образования.

Существует мнение о том, что следует различать вину предприятия (организации) и вину коллектива. При этом указывается, что применение ответственности к предприятию вовсе не означает виновности всех членов коллектива, т. е. вины в юридическом смысле; коллектив всегда прав, виновны только конкретные лица⁷⁴. К вине юридического лица приводит виновное поведение отдельных лиц, отсюда якобы следует, что вина коллектива и вина юридического лица хотя и взаимосвязаны, но вещи разные. Вина – это не только регулирование поведения, но и осознание, предвидение. Видимо, правильной прежде всего рассматривать не вину коллектива, а волю коллектива как психическую регуляцию поведения отдельных членов и органа предприятия, поскольку в процессе регуляции, в широком и многоаспектном процессе их взаимосвязи несомненны, тогда как осознание противоправности¹ и отрицательных последствий, их предвидение имеет место не во всех случаях. Таким образом, воля коллектива и вина коллектива не тождественные понятия, даже если эта воля привела к неправомерному действию.

Утверждают, что противоправные, виновные действия работника, которые не связаны с исполнением служебных обязанностей, не влекут ответственности предприятия⁷⁵. Как полагает С. Н. Братусь, юридическое лицо не отвечает в тех случаях, когда представитель или орган вышли за пределы своей компетенции, а контрагент об этом должен был знать⁷⁶. Если органы юридического лица в своих действиях выражают не волю юридического лица, а свою личную волю или волю какой-либо группы лиц, противопоставляющей себя юридическому лицу в целом, пишет Р. О. Халфниа, то такие действия не могут рассматриваться как действия юридического лица⁷⁷. О компетенции органа, функции работника в договорных и деликатных обязательствах как о границе ответственности юридического лица говорит и Г. К. Матвеев⁷⁸. Иногда границей ответственности считают личностный мотив⁷⁹. В свое время мы имели уже возможность высказаться по данному вопросу. Было обращено внимание на то, что недопустимо связывать: ответственность юридического лица с условием совершения виновного действия работником, исполняющим обязанности⁸⁰. Исполнение служебных обязанностей само по себе никогда не может, быть противоправным и виновным. Ответственность юридического лица наступает, если орган или любой работник действовали в связи с ненадлежащим выполнением своей функции⁸¹, если именно в этом

направлении они регулировали свое поведение, если наступивший результат оказался возможным именно в силу такого противоправного исполнения своих функциональных обязанностей. Такую практику по ряду дел занял пленум Верховного суда СССР⁸². К тому же выводу пришла и К. Б. Ярошенко. Она полагает, что ст. ⁸⁸ Основ гражданского законодательства восприняла теоретически разработанную концепцию ответственности юридического лица за действия всех работников как за собственные действия и за собственную вину. Но в то же время, автор присоединяется к мнению о недопустимости признания вины юридического лица через вину отдельного работника, полагая, что при не установлении конкретных работников, причинивших вред, ответственность все равно может быть возложена на организацию. К Б. Ярошенко не считает необходимым придерживаться непосредственной связи с выполнением работником трудовых обязанностей⁸³. Но есть и ученые, занимающие по данному вопросу отрицательную позицию³⁴.

Совершенные работником действия, приведшие к причинению вреда, являются выражением его воли. Означает ли воля одного или даже определенной группы работников волю организации как таковой? При определенных условиях, если работниками выполнялись их функции – означает. Действие организации нередко осуществляется в соответствующем направлении, как следствие регуляции со стороны даже одного лица. Вред причиняется не сам по себе, а в результате действия, которое может осуществить и один и группа непосредственно и направить к этому действия других. Значит, с точки зрения регуляционного процесса – воли, не столь уж важен всеобщий характер, количество участников. Важно только то, что их воля приводит к конкретному действию, причинившему вред. И еще одно обстоятельство играет существенную роль: приводит ли регуляция к действию именно юридического лица или остается личной деятельностью указанных лиц? Мы высказываемся за широкое понимание связи волевого процесса с деятельностью предприятия. Так и только так следует понимать в этом смысле функцию работника или соответствующего подразделения. Работник как член коллектива решает многие общие вопросы, а не только те, которые входят в его прямые обязанности, он может многое не допустить и многое сделать как член коллектива, что, однако, не должно приводить к неопределенности служебной функции. И дело вовсе не в том, что организация не всегда в состоянии направлять и контролировать действия работника⁸⁵. Как раз наоборот, регуляционная деятельность работников может привести к волевому действию организации. Все дело в том, направлена ли воля работника на осуществление деятельности предприятия, находились ли его действия в определенной связи с участием в коллективе.

Возникает принципиальный вопрос: означает ли воля работника, признанная волей предприятия, наличие вины этого предприятия? Бесспорно, что ответственность предприятия (кроме специально оговоренных в законе случаев) наступает только при вине работника. Значит,

воля работника, о которой идет речь, должна быть элементом его вины. Но является ли она и элементом, вины организации (предприятия)? Означает ли (даже в трансформированном виде, с учетом выполнения функций другими работниками) во всех случаях признание наличия воли предприятия признанием наличия его вины? Об отрицательной оценке та-кого вывода применительно к коллективу мы уже говорили. Если «воля коллектива была бы направлена на совершение противоправных виновных действий, – пишет Н. С. Малейн, отделяя волю от вины, – то он утратил бы качество социалистического предприятия, учреждения, организации». Наличие вины предприятия не означает вины всех работников, для многих из которых поведение отдельных виновников является просто нежелательным⁸⁶. Получается, что предприятие виновно, а коллектив, составляющий людской субстрат указанного предприятия, «стоящий» по существу «за» самим этим предприятием, поскольку он, т. е. коллектив, должным образом организован, невиновен. Но выше мы указали, что воля предприятия может и не совпадать с волей коллектива. Воля предприятия, понимаемая как психологическая категория, как регуляционный процесс (а не как желание), может быть элементом вины, если она регулирует противоправное поведение, это предопределяет признание вины юридического лица, не превращая в виновников всех членов коллектива.

Нельзя оспаривать правильный вывод Н. С. Малейна о том, что воля работника может и не совпадать с волей юридического лица. Несовпадение выражается и в том, что у отдельного работника воля может быть элементом вины, не превращаясь в такой элемент по отношению к юридическому лицу. А вот с выводом о том, что вина работника образует вину' юридического лица, деятельность которого выражается только через действия работников⁸⁷, нельзя согласиться. Выражение деятельности юридического лица через действия работника характеризует поведение с учетом его регулирования – воли, но не всегда вину. Осознание, предвидение работником противоправного поведения и его результатов не означает и их всеобщности, ни наличия интеллектуального элемента вины у юридического лица.

Нельзя не обратить внимания на те трудности, с которыми сталкиваются при ином подходе к данному вопросу, когда же лают теоретически обленить коллективную договорную ответственность. По мнению Ю. Х. Калмыкова, ненадлежащее исполнение договора происходит по вине конкретных должностных лиц вина же юридического лица проявляется, как его собственная вина, в виновных действиях его органа, ибо воля юридического лица психологически вырабатывается и изъясняется составляющими этот орган живыми людьми. Что же касается самой ответственности, то ее несет непосредственно юридическое лицо, а ее коллективность проявляется в заработке коллектива⁸³. Не лишне заметить, что при вине отдельных работников трудно говорить о «психическом отношении» юридического лица, о форме его вины. А вот совокупные

нарушения, осознание этих нарушений и их последствий не единицами в коллективе, а взаимосвязанными с ними должностными лицами, исполнителями, звеньями, органами,' хотя (что естественно) не всем коллективом, позволяют признать, что воля работников, их вина трансформировались не только в волю юридического лица, выразившуюся в совершении им определенного действия, но и в элемент его вины – в вину данного юридического лица. При доминировании неиндивидуального предвидения и осознания вина юридического лица должна резюмироваться. И это. не дань количественным критериям, а признание особой, самостоятельной, вины юридического лица, исходящей из качественных признаков. Только такой подход полностью отвечает известному положению о том, что единство воли и действий коллектива и его членов не должно означать механического сведения воли и действий членов коллектива, в том числе и их порочной воли и противоправного поведения, к воле и действиям (добавим – и к вине) коллектива⁸⁹, а следовательно, и юридического лица. Однако этим почему-то стараются доказать обратное. Нужно признать, что с учетом расширения роли и функций коллектива следует резюмировать доминирование неиндивидуального интеллектуального элемента вины, а значит, резюмировать вину юридического лица.

Если же в ряде случаев вина работника, трансформируясь в волю юридического лица, не приводит к признанию вины последнего, то не может ли это означать, что юридическое лицо вообще не должно нести ответственность, либо такая ответственность наступает без вины? Вопрос неизбежен и потому, что ст. ⁸⁸ Основ гражданского законодательства зиждется на теории коллектива. Но ни Ч- 3 ст. ⁸⁸ Основ, ни ст. ⁹⁰ Основ не говорят о вине юридического лица, а лишь о возложении на него ответственности. Не о вине юридического лица в подобных случаях нужно говорить, а прежде всего о его воле, об определенном направлении регуляционного процесса, приведшего к причинению вреда. Это и дает основание для возложения обязанности на юридическое лицо и, более того, коль скоро допущена противоправность, правонарушение, – для применения ответственности при отсутствии вины на основании ответственности гаранта (риска гаранта) и, что очень важно, обязательно при наличии вины работника. В этом проявляется действие принципа вины при применении данной ответственности.

Совершенно очевидно, что признание у юридического лица как такового (и, прежде всего, с учетом роли его органов и других звеньев) риска в отношении определенных случаев поведения работников не только не противоречит теории коллектива, но и полностью соответствует ей. Не лишне заметить, что согласно ст. 457 ГК РСФСР, полную ответственность несет лицо, ответственное за вред. По этой причине, с учетом норм трудового законодательства, и других обстоятельств, юридическое лицо далеко не всегда сможет возместить уплаченные им суммы, что еще раз подтверждает его риск. В то же время юридическое лицо выступает как гарант по отношению к потерпевшему. Риск в данном случае является- субъективным

условием ответственности при отсутствии вины лица, ответственного за вред в силу причинения его в результате- волевого действия. Ничего общего такая концепция не имеет и с ответственностью за «чужую вину»⁹⁰.

Освещение указанного вопроса было бы неполным, а позиция автора недостаточно аргументированной, если бы мы не сослались на одну коллизионную ситуацию. При выбытии источника повышенной опасности от владельца не по его вине за причинение вреда этим источником владелец ответственности не несет. Но как' быть, если источник выбыл по вине работника юридического лица? Можно ли считать наличие вины юридического лица или наличие- его воли, если со стороны других членов коллектива, самой администрации принимались меры, препятствующие такому выбытию- источника? Единого мнения по этому вопросу нет! Так, как полагает К. Б. Ярошенко, если вред причинен в результате противоправного использования источника лицами, которые им управляют, то ответственность несет за вред организация па ст. ⁹⁰ Основ, в отношении же остальных работников действует правило об их персональной ответственности⁹¹. Мнение о том, что организация при неправомерном использовании ее работником источника повышенной опасности отвечает только при наличии виновной утраты владения, является преобладающим⁹². В то же время- судебная практика отличается непоследовательностью, на что- указывалось в юридической литературе⁹³. Но правомерен вопрос: нужно ли устанавливать вину организации, если есть вина работника, завладевшего источником повышенной опасности и причинившего вред? Почему работники, не управляющие источником, должны нести персональную ответственность? Где же в этом случае последовательность тех, кто утверждает, что вина работника есть вина организации? Все дело в том, что вина работника в аналогичных ситуациях не всегда означает вину организации, хотя она и резюмируется. Однако, как любая презумпция, и эта может быть опровергнута. В последнем случае ответственность предприятия все же наступает на основании изложенного выше основания, если, конечно, нельзя опровергнуть и наличие риска гаранта, например, исходя из того, что воля работника не только не означала наличия. воли организации, но и находилась в противоречии с ней. Это происходит в тех ситуациях, когда доминировало регулирование поведения предприятия, организации в направлении пресечения неправомерного выбытия источника повышенной опасности.

Этим, конечно, не исчерпываются все вопросы. Так, например, остается открытым вопрос о формах и видах вины юридического лица с учетом волевого элемента в тех случаях, когда есть основания признать наличие его вины. Может создаться мнение о том, что данный вопрос для юридического лица излишний, поскольку гражданское право обычно не учитывает при применении ответственности форму и вид вины. И все же он заслуживает внимания, ибо уже сейчас в ряде случаев (например, при применении повышенной неустойки) они должны учитываться. Существует мнение, что форма вины устанавливается только с учетом вины органа юридического

лица⁹⁴. Есть точка зрения о том, что вина юридического лица выражается, как правило, лишь в форме неосторожности, есть и противоположные взгляды. Возникает вопрос: какую форму, какой вид вины предприятия или организации следует признать, если формы и виды у отдельных членов коллектива и отдельных групп не совпадают? Это прежде всего относится к волевому элементу вины, к психической регуляции поведения. Видимо, нужно исходить не из вины органа, а из доминирующей вины, доминирующей функциональной воли.

Поставленные здесь и другие вопросы возникают и требуют своего решения при исследовании сложной проблемы коллективной воли, воли юридического лица.

Глава 9. ВОЛЯ КАК ЭЛЕМЕНТ ВИНЫ

§ 1. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНО-ВОЛЕВОЕ СОДЕРЖАНИЕ ВИНЫ

Очень точно отметил Г. К. Матвеев, говоря о вине, что «едали найдется в юриспруденции другое такое понятие, юридический смысл которого так неодинаково трактовался бы различными 3 представителями правовой науки и практики»¹. Правильно, однако, отмечается, что во многом проблема определения вины создана в результате смешения понятий, включения в понятие вины других условий ответственности². Большинство ученых понимают вину как субъективную категорию, рассматривают ее в качестве процесса, происходящего в психике субъекта, не сводящегося лишь к «психическому элементу»³. Вина рассматривается как основание (точнее условие) ответственности, хотя иногда ее сводили к самой ответственности, к самому наказанию. Существуют и концепции, объективизирующие вину, понимающие ее как и преодоление вредных последствий, не совершение определенных действий. К такой объективизации относится и оценочный или оценочно-этический подход к вине, который означает «упрек» суда, отрицательную оценку им поведения виновного. Родоначальником его признается Р. Франк, написавший в 1907 г. работу «О построении вины» и решительно выступивший против понимания 'вины. -Щ как «психического отношения». Подобная позиция нашла широкое развитие в трудах различных буржуазных ученых, которые, например, считали, что признаком вины является не умысел, а оценка умысла⁴. Они выхолащивали из вины ее психологический ' момент, фактически разрушая сам принцип вины⁵.

В работах некоторых представителей советского уголовного права (Б. С. Утевского и других), наряду с узким пониманием «Щ вины как умысла и неосторожности, существует и ее понимание в широком смысле – как основания ответственности, куда включается совокупность обстоятельств, по мнению суда, заслуживающих отрицательную морально-политическую оценку (личность, условия, обстановка, мотивы и т. п.)⁶. Вина включает отношение к противоправному поведению, это поведение осуждает и закон и общество. Правда, встречаются взгляды на, то, что противоправность

следует исключить из понятия вины⁷, но с такой точкой, зрения нельзя согласиться. Кстати, в свое время существовало даже мнение, что умысел и неосторожность следует исключить из вины⁸.

Конечно, вина не только чисто психологическое, но и социально-психологическое понятие. Она, в отличие от психологического подхода к вине в буржуазном праве, определяет отношение не вообще к результату, а к результату противоправному, как и к противоправному (общественно-опасному) поведению, приведшему к этому результату. Однако без раскрытия психологического содержания обойтись просто невозможно⁹. При этом вина есть объективный фактор, который существует независимо от его установления. Указанный подход к пониманию вины существенным образом отличается от так называемой «психологической теории вины», которая принимала во внимание лишь волю действующего субъекта. Формально-психологический подход к вине означал явную гиперболизацию воли, отрыв ее от закономерностей психической деятельности¹⁰. Сложности выявления воли при некоторых формах вины привели к «финальной» и к нормативной теориям вины, т. е. к вынесению вины по существу за рамки психики субъекта. Констатировалась не вина, а действие, которое само по себе могло и не содержать вины¹¹. Приверженцы нормативного понятия вины определяли ее как упречность солеобразования, полагая, что вина – это сама оценка солеобразования субъекта на основе правовых норм. Компромиссное определение вины между психологической и нормативной теориями сводится к тому, что вина понимается не как упречность волеобразования, а только как ошибочность самой воли, направленной на противоправное деяние¹². Интеллектуальному элементу места (Здесь вообще не отводится, а в упрек ставится не намерение, а деяние. Попытки отмежеваться от психологического подхода к вине, как указано, встречаются и сегодня, в частности в отношении вины юридического лица. В свое время уже давались подобные определения вины: «Вина есть всякая погрешность против юридической обязанности», «Вина есть все, что делают, не имея на то права, или то, что упускают делать, хотя должны были делать» и т. и.¹³

Справедливо критикует ссылку в определении вины на «психическое отношение» без раскрытия основного содержания психического процесса Т. И. Илларионова¹⁴. Автор указывает и на недостатки в практике при упоминании о вине. Правда, и Т. И. Илларионова при ссылке на пример допускает включение в вину «возможности предотвращения последствий». Обоснованно автор обращает внимание на то, что волевой элемент вины опережает поступок, а поведение является продолжением вонне» волевого процесса, причем на этой стадии воля выступает в качестве регулирующего фактора (борьба мотивов, принятие решения и т. п.)¹⁵. В принципе позиция Т. И. Илларионовой правильная, ее заслугой является то, что она на эти моменты обратила внимание, разграничивая волевой процесс от волевого поведения. Отдавая должное принципиально правильной позиции автора, считаем необходимым все же отметить то, что ее позиция не лишена изъянов. Во-первых, воля не только на определенной стадии' предстает в

качестве регулятивного процесса. Она является единым, нераздельным и всегда только регулятивным процессом. Во-вторых, воля не выступает в качестве информационного процесса¹⁶ и не является, как указывает Т. И. Илларионова, формой движения сознания. Сознание является свойством волн, их взаимосвязь неразрывна, но их роли в психическом процессе различны: смешение этих элементов, отождествление их функций недопустимо. Автор указывает на то, что вина является оценочной категорией, при этом оценка сводится к определению возможности выбора иного варианта поведения, неодобрению данного процесса волевого отражения, порочности его содержания¹⁷. Но ведь это одновременно и объективизация вины, и признание ее категорией оценочной, с чем нельзя согласиться. Автор сам себе противоречит. Вина – только психический процесс самого нарушителя, его отношение, его регулирование своего поведения. Этот процесс нельзя сводить к одному интеллектуальному моменту. Правда, В. А. Тархов допускает возможность замены в определении вины термина «психическое» отношение на «осознанное» или «сознательное» отношение, хотя считает, что такая замена вряд ли была бы удачной, поскольку допустима лишь к умышленной вине¹⁸.

Ученые, трактующие вину как субъективную категорию, обычно понимают ее в качестве психического отношения. Даже П. С. Дагель, который обращает внимание на регулятивные признаки вины, полагает, что данное обстоятельство не изменяет определения ее в виде психического отношения, ибо отношение включает в себя «избирательные, активные, положительные или отрицательные связи человека с действительностью», т. е. в психическое отношение «входит избирательность, активность, как побудительная причина действия»¹⁹. Автор при этом ссылается на высказывания советского психолога В. Н. Мясищева. И все же попытаемся уяснить смысл, который В. Н. Мясищев вкладывает в это понятие. Он действительно считает, в соответствии с учением Павлова, что работа головного мозга представляет собой деятельность, устанавливающую отношение организма со средой. В этом смысле он говорит об отношении человека как о психологической проблеме. «Психологическое отношение представляет внутреннюю сторону связи человека с действительностью, содержательно характеризующую личность, как активного субъекта с его избирательным характером внутренних переживаний и внешних действий». Автор подчеркивает, что отношение как сознательная, активная, избирательная, целостная, основанная на опыте система связей человека со всей действительностью и с ее отдельными сторонами – это специальный психологический смысл понятия «отношение»²⁰. Дело, конечно, не в том, что в это понятие вложен специальный смысл, а в том, что оно трактует «отношение» в широком плане, что в это понятие вкладывается разный смысл. Категория вины базируется на психологическом понимании интеллектуальных и волевых ее элементов, но она является категорией не психологической, а юридической. Вину характеризует конкретное отношение субъекта к своему поведению и к его результату. Несомненно,

такое отношение избирательно и в таком смысле обращение к указанному выше понятию вполне оправданно. Но должно ли это означать, что понятие «отношение» связывается не только с интеллектуальным, но и с волевым элементом вины? Несомненно, волю характеризуют и сознательность, и избирательность, и активность, но они лишь отдельные, хотя и очень важные ее свойства и элементы. Конечно, в широком плане можно считать, что и психическая регуляция поведения – это отношение именно в том смысле, в котором рассматривает данную психологическую проблему В. Н. Мясищев, поэтому можно определять вину как «психическое отношение». Но мы все же полагаем, что более точно в юридическом определении вины связывать отношение с интеллектуальным ее элементом. Проявляется специфическое преломление в праве психологических понятий. Кстати, сам В. Н. Мясищев, говоря о воле и правильно понимая ее в качестве регулятивной ее с отношением. Он подчеркивает не категории, не отождествляет что саморегуляция, высшей нервной деятельности заключается в воле и внимании – в процессах, регулирующих и направляющих нашу деятельность. При этом он утверждает, что отношение определяет характер волевого усилия²¹. Именно определяет путем сознательно-избирательных связей, а "не включает в себя (поглощает) волевой, регулятивный процесс.

Конечно, прав С. Н. Вратусь том, что право интересуется не психологическим процессом образования воли, а его результатом, его выражением²². Но это высказывание необходимо понимать только так, что без объективного действия психологический процесс беспредметен и только при его реализации можно говорить о вине. Правильно подметил Б. С. Антимонов, что там, где указывается на вину, она имеет в своей основе психологический момент, однако остается всегда правовой, а не психологической категорией²³. Отмечается, что от когда оно, совершаемое вовне, то же время основанием ответственности не является мысль сама по себе, человеческая воля должна быть проявлена во внешнем мире. Психика субъекта объективно познается через деятельность, поэтому в человеческом действии меня соединяются в неразрывное единство²⁴. В то же время именно психология объясняет содержание элементов вины, в том: числе воли²⁵. Поэтому совершенно не обоснована боязнь впасть в «психологизм». Научное объяснение вины невозможно без психологического анализа этих понятий²⁶. Определение вины может быть дано только с учетом всех ее элементов и несомненно правильного понимания такого важного элемента, каким является воля, несводимости его только к желанию. Не всегда все элементы включаются в категорию вины. Указывается на самостоятельный характер по отношению к вине мотива, цели и т. п.²⁷ Раскрывая содержание вины, П. С. Дагель отметил, что под ним следует понимать совокупность всех элементов. Он называет их совокупностью психологических элементов и понимает под ними сознание, волю, эмоции, мотивы, цели, которые образуют предмет психического отношения субъекта к объективным обстоятельствам преступления²⁸. Вряд ли допустимо в качестве элементов различать волю и цель (без нее немислимо регулирование), спорно отделение

от волевого процесса мотивов- А вот четко различать, скажем, интеллектуальный и волевой элементы вины необходимо. Интеллектуальный элемент и определяет прежде всего отношение субъекта, волевой – регулирование поведения. Они и составляют содержание вины. Правонарушение – это направляемое сознанием и волей действие. Именно благодаря сознанию, оценке становится возможным свободный выбор варианта поведения²⁹. Что же касается мотивов и эмоций, то они, как отмечено, включаются в волевой процесс. Совместно с сознанием они определяют желания, цели – психический импульс поведения. Даже в состоянии «аффекта» вина раскрывается не через эмоциональный, а волевой элемент. Но и сами элементы, являясь содержанием вины, имеют свое содержание. Мотив и цель не в качестве признаков состава преступления входят в волевой элемент вины. Они непосредственно связаны и с интеллектуальным элементом. Отсюда очевидно, что не является преувеличением указание на роль мотивов во всех формах и видах вины, как иногда полагают, считая, что этим якобы отрицается «психологическое» понимание вины³⁰. Детерминация, мотивация психического регулирования свидетельствуют об обратном.

П. С. Дагель различает по составу содержание вины и форму вины. Он утверждает, что указанные выше два элемента фиксируют лишь определенную форму вины – понятие, по своему составу более узкое, чем содержание вины- В это понятие включается только цель, направленная на достижение последствий преступления. В противном случае, утверждает П. С. Дагель, будет допущено смешение формы и содержания вины³¹. Дело здесь не только в том, что расчленяется волевой элемент, не в том, что содержание вины сводится лишь к отношению и не включается в него регулирование, и не в том, что по существу содержание вины включает отношение к отдельным обстоятельствам, а форма вины это исключает. Такой вывод недопустим, поскольку отношение и регулирование относятся к единой, неразделимой совокупности, включающей и содержание вины, и ее форму. Во-первых, содержание вины является содержанием той или иной формы (вида) вины. А во-вторых, содержание вины отличается (речь здесь идет ведь не о различии содержания и формы, ибо под формой вины понимаются ее виды, имеющие свое содержание) не объемом элементов, а их различным сочетанием, соотношением. В данном случае форма вины включает в себя взаимодействие элементов, внутреннюю структуру, содержание – дифференциацию, исходя из такой структуры, из соотношения элементов во всей их совокупности. Конечно, есть главные элементы, определяющие, есть элементы конкретизирующие, но ту или иную форму вины определяет все содержание вины, в том числе и ее элементов. Так, например, нельзя утверждать, что умысел – только желание. Это и выбор поведения, и решение действовать таким-то способом, в такое-то время, в таком-то месте и т. п. По существу, содержание вины и есть психическое отношение и психическое регулирование в формах умысла и неосторожности. Как правильно подчеркивает П. С. Дагель, если доказана

вина в соответствующих формах, недопустимо доказывать ее сущность- Для применения закона этого достаточно³².

Вышеуказанные доводы можно привести и в отношении вывода о том, что интеллектуальный элемент составляет содержание, умысла (а значит вины), а волевой – его направленность³³. Нельзя, видимо, проводить такое разграничение. Направленность – тоже содержание, не говоря уже о том, что воля – обязательно сознательное регулирование. Связь интеллектуального и волевого элементов нераздельна. С точки зрения П. С. Дагеля, направленность определяется целью и желанием (допущением), но воля не сводится только к этому. Весь волевой процесс, все психическое регулирование, конечно, направляют поведение, но и составляют, несомненно, содержание вины. В этой направленности и ее содержание. Представляется необходимым в определении вины раскрыть в основных чертах суть умысла и неосторожности. Исходя из содержания вины и сути ее элементов, можно определить вину как психическое регулирование поведения, результатом которого является совершение противоправного (общественно опасного) поступка и возникновение связанных с ним вредных последствий; психическое отношение к этому поступку, выражающееся в оценке поведения, предвидении или в возможности предвидения его противоправности, наступления и характера указанных последствий.

Нужно отметить, что в гражданском законодательстве нет определения вины, кроме ссылки на умысел и неосторожность. Что же касается уголовного права, то правильное теоретическое понимание этой категории будет способствовать совершенствованию норм и легального ее определения.

Мы уже говорили, что недопустимо сводить волю в качестве элемента вины к желанию или нежеланию (положительное и отрицательное ее выражение) а тем более к допущению, однако именно так понимают нередко волю в праве в виде элемента вины³⁴. При этом даже утверждается, что вопрос о волевом элементе решается проще, чем об интеллектуальном³⁵. Нельзя, однако, не отметить, что некоторые юристы, например П. С. Дагель, говорят о воле как о регуляторе, поведения, Но он включает сюда и объективное действие, а к волевым признакам вины относит все же желание, допущение, расчет на предотвращение³⁶. Особое внимание воле как регулятивной категории уделяет В. Г. Макашвили. Он указывает на избирательный характер человеческого поведения, на то, что особенностью волевого действия является предпочтение одним возможностям и решениям перед другими. Но, отмечает автор, волевой процесс не заканчивается принятием решения, требуется совершение действий по выполнению решения, ибо уголовное право не реагирует «на голое умонастроение»³⁷. Как видим, и В. Г. Макашвили в волевой процесс включает объективные действия.

Совсем не понятно, почему «допущение» как-то привязывается к «желанию». Допускать отнюдь не означает к чему-то стремиться, чего-то хотеть, желать. «Допускать» (или как говорят: «не исключать наступления вредных последствий») – значит предвидеть, осознавать наступление чего-то

как возможное, вероятное. Но это ведь интеллектуальный элемент, а не волевой. Правда, можно понимать слово «допускать» и в несколько ином значении: «не желаю, но не возражаю», но тогда оно должно означать скорее всего «безразличие» и нужно именовать вещи своими именами. В юридической литературе правильно обращается внимание на различное значение понятия «допущение» (интеллектуальное и волевое). Однако почему-то предпочтение отдается его волевому значению³⁸, которое менее всего соответствует истинному содержанию указанного понятия- Правда, Б. С. Никифоров пришел к выводу, что «допущение» и «желание» – разные оттенки интеллектуального отношения, поэтому лучше пользоваться не термином «допущение», понимаемым в двух разных смыслах, а «вероятность»³⁹. Вряд ли только и желание относится, к интеллектуальному моменту.

Не лишне заметить, что и правоприменительные органы нередко понимают «допущение» в качестве не волевого, а интеллектуального критерия – предвидения, знания, осознания. В этом смысле показательно постановление Президиума Верховного Суда РСФСР по делу Лысенко, сформулированное следующим образом: «Лицо, которое знало или допускало, что совершает... либо могло и должно было это предвидеть, несет уголовную ответственность». Верховный суд отметил, что Лысенко допускал несовершеннолетие К., но относился к этому безразлично. Такое допущение основано на достаточно вероятном его знании о возрасте (учеба в одной школе, проживание по соседству, внешние данные К. и т. д.)⁴⁰.

Нельзя сказать, что при рассмотрении воли в качестве элемента вины вообще не обращается внимание на то, как формируется человеческое действие. Не признавая волю в качестве единого психического процесса, регулирующего поведение субъекта, Б. С. Утевский, например, утверждает, что умысел в волевом действии – это четвертый этап – принятие решения,, когда у человека «имеется уже воля» удовлетворить свою потребность- Но ведь недостаточно принять решение. Ответственность следует за воплощение решения. Б. С. Утевский допускает путаницу в аспектах воли, утверждая, что «в новом человеке и воля новая». Но даже в таком аспекте можно говорить не о новой воле, а о волевых качествах, об иных желаниях. Недопустимо и употребление термина «отсталая воля». Воля не изменяется, изменяется содержание ее элементов, интересов, потребностей. Видимо, поняв допущенную, мягко говоря, неточность, автор указывает, что отсталость воли выражается и в мотивах, влияющих на выбор решения, и в целях, которые ставятся. В процессе образования воли, направленной на определенное действие, указывает Б. С. Утевский, для криминалистики наибольший интерес представляет решение, принятие которого называют умыслом⁴¹. Принятие решения – это не стадия в процессе образования воли, а стадия волевого процесса, иначе совсем не понятно: что же такое воля и когда она образуется? Конечно, принятие решения очень важный момент (автор здесь отступает от понимания воли только как желания). Но можно ли сводить все

к решению? Кроме того, не ясно: если умысел – это решение, то значит принятие решения и есть вина.

Вряд ли правомерно утверждение, что мотив применим лишь к умышленному правонарушению⁴². Конечно, если его отождествлять с целью, то с таким утверждением необходимо согласиться, но такое отождествление недопустимо, хотя, впрочем, и подобный аспект существует. Мотивы определяют цель. В свою очередь, цель направлена на удовлетворение потребностей, интересов. Если именно так понимать мотив, детерминирующий психический волевой процесс, то нельзя считать, что неосторожность, как форма вины, исключает детерминированность регулирования поведения. Другое дело – направленность регулирования, но любое поведение регулируется. А раз так, то это регулирование включает в себя различные стадии. Считать волевой элемент только прерогативой умысла ошибочно. По справедливому замечанию Б. С. Утевского, ни одно преступление не может быть без побудившего мотива⁴³. Связь мотива и воли как элемента вины видели давно. Так, например, Л. Саврасов, определял мотив в качестве глубоко внедренной в психику и окрашенной эмоциональными тонами идеи, которая при толчке-импульсе извне (так и непонятно, о каком загадочном толчке идет речь) порождает в результате сложного процесса «умысел – волю к преступлению-»⁴⁴. Конечно, вывод несколько странный. Во-первых, воля не возникает лишь в этот момент, а во-вторых, недопустимо отождествление воли с умыслом.

Утверждая, что всякое виновное действие есть действие волевое, мы должны сделать еще один вывод вслед за психологами: не всякое волевое действие является намеренным или преднамеренным⁴⁵. Намеренные действия такие, которые сознательно направлены на определенную цель и при этом регулируют поведение по исполнению принятого решения. Если намерение не выделяется в особый момент, если решение непосредственно переходит в исполнение, мы говорим о ненамеренных действиях. Намерение – «внутренняя подготовка отсроченного или затрудненного действия»; иначе – «зафиксированная решением направленность на осуществление цели». В сложном волевом процессе намеренно регулируется исполнение. Таким образом, «намерение» выступает в качестве еще одной стадии волевого процесса, ошибочно подчас отождествляемой с желанием в характеристике умысла. Желание предшествует решению, что лишний раз доказывает, что волевой элемент вины нельзя сводить к одному желанию. Еще Гегель писал (кстати, даже не о желании, а уже о хотении): «Лавры одного лишь хотения суть сухие листья, которые никогда не зеленели»⁴⁶.

С. Л. Рубинштейн различает волю и намерение. Он разграничивает действия: 1) целенаправленные, сознательно регулируемые, т. е. волевые и намеренные; 2) не волевые и не намеренные; 3) волевые и не намеренные; 4) намеренные и не волевые – автоматические⁴⁷. Нам все же кажется, что делать такое противопоставление нельзя, тем более, что ученый фактически сам себе противоречит. Намерение – это стадия воли на пути от решения к исполнению и как составная часть не может противопоставляться целому.

Намерение считают итоговой характеристикой выбора решения⁴⁸. Другое дело – различия в компонентах волевого процесса, включающих или исключающих намерение. Кроме того, намерение нужно признать одной из важнейших стадий воли, позволяющей определить формы и степени вины. Но совершенно очевидно одно – воля является элементом любой формы и любой степени вины. Виновное поведение совершается не автоматически, человек проявляет свою волю, регулирует свое поведение.

Среди ученых-юристов, уделивших должное внимание проблеме воли, необходимо назвать Б. С. Волкова, рассматривавшего эту проблему в связи с применением уголовной ответственности. Считая волевой поступок решающим для применения наказания, ученый не сводит волю к желанию, говоря о волевом процессе. Но процесс этот он видит за пределами психического регулирования, оставляя на долю психики лишь детерминацию или, в лучшем случае, роль определяющих признаков. Таковыми он считает мотив и цель. Б. С. Волков полагает, что воля не сводится только к психическому процессу и объективирована вовне в виде целенаправленных действий (бездействия); только такие действия, только акт внешнего поведения могут считаться преступлением и влечь наказание⁴⁹. И это абсолютно верно. Но отождествляется ли такое поведение, такого рода волевой акт с самой волей? Конечно, нет. Объективный поступок, само поведение, с точки зрения психики, регулируются психическим процессом, который и является собственно волей. Указанный процесс реализуется в объективном поведении и только в случае такой реализации можно говорить о преступлении и об ответственности. Волевое действие – психически регулируемое (подчеркиваем – не урегулированное, а регулируемое), т. е. обусловленное волей поведение. Смещение этих понятий и приводит к неправильному пониманию воли. В рассматриваемом аспекте воля является элементом вины, т. е. субъективной категории, и ее элемент может быть только субъективным. Но в том-то и дело, что Б. С. Волков, понимая, что «конкретным выражением» сознания и воли является вина, говорит о волевом акте, а не о воле. И все же он признает важность не только внешних, но и внутренних свойств волевого акта, сложность его содержания, каковым является активное стремление к достижению цели. Ученый приходит к правильному выводу: любое поведение человека, в том числе и преступление, имеет внутреннее содержание, определяемое сознанием и волей, причем, по его мнению, сознание является элементом волевого акта⁵⁰. Сознание все же не элемент воли, оно является ее свойством, присуще самому волевому процессу и его элементам. Против этого по существу не возражает и Б. С. Волков. Нельзя не согласиться с ученым, что не только мотив детерминирует волевой процесс, но и сознание и, в частности, сознание противоправности. Сознание и воля образуют безусловное единство, подлинную взаимосвязь. Нельзя, как отмечал Гегель, представить себе человека, с одной стороны мыслящим, а с другой – валящим, в одном кармане которого мышление, а в другом воля⁵¹. Несомненно существование

такого же единства между внутренним содержанием правонарушения, его субъективной стороной и внешним его проявлением.

Правильно отвергая оценочную теорию вины, Б. С. Волков вместе с тем возражает против чисто психологического понимания воли и тем самым, хочет он того или нет – объективизирует вину⁵². Конечно, не прав западногерманский криминалист Маурах (с позицией которого дискутирует Б. С. Волков) и другие «финалисты», утверждающие, что субъективная сторона всегда состоит из умысла, как не правы они и в том, что умысел, а значит и вина – это «управляемая сознанием воля осуществления... преступления». Воля сама является сознательным регулятором поведения. Недопустимо сведение противоправного поведения к чисто психическому процессу. Нельзя считать, что воля кончается с началом действия. Психическое регулирование поведения не завершается 4 этим. И конечно, упрек падает на лицо не за его намерения и цели (которые, кстати, сами по себе воли не составляют), а за по- ведение. И все же за поведение виновное.

§ 2. ВОЛЕВОЙ ЭЛЕМЕНТ УМЫШЛЕННОЙ ВИНЫ

Волевой элемент в наибольшей степени проявляется в умышленной вине особенно при прямом умысле. Волевой характер L умысла выражается в действиях, совершаемых намеренно, целенаправленно, детерминированных потребностями, желаниями в их наиболее яркой форме.

В свое время предлагалось вину делить на три формы: намеренность, заведомость и неосторожность, причем лишь в первую форму включать волевой элемент: «при намерении последствия валимы деятелем». Что же касается заведомости, то здесь волевой элемент якобы отсутствует (не говоря уже о неосторожности), а интеллектуальный момент как предвидение нежелательных последствий делился на степени: уверенность, вероятность, возможность и невероятность⁵³. Предлагалось объединить эвентуальный умысел и самонадеянность в единую форму вины – заведомость, поскольку их якобы объединяет заведомое допущение преступного г« результата. Полагают также, что заведомость охватывает как ин- теллектуальный, так и волевой признаки вины (знает о нарушении и желает его). Так, в частности, считает В. П. Шахматов, анализируя ст. 49 ГК РСФСР⁵⁴. Ученый правильно говорит, что ^ нельзя исходить из совокупности заведомости и умысла. Все же отметим, что из понятия «заведомость» не следует наличие волевого элемента, поэтому лучше всего в ст. 49 ГК указать не о заведомости, а «о прямом умысле» (косвенный умысел в данном д. случае исключен). Нельзя делать различие между видами вины с учетом отдельных элементов, т. е. только по интеллектуальному или только по волевому признакам, хотя виды умысла часто различают по модификации воли. И тот и другой элементы всегда у налицо, но в различных видах вины обязательно проявляются по- \ разному. Именно различие обоих элементов должно приниматься

во внимание. Нельзя, как мы указывали, и учитывать одну какую- либо стадию интеллектуального или волевого процесса⁵⁵, например желание,

допущение и т. п. Правильно то, что во всех случаях, в том числе и в отношении прямого умысла, волевой элемент связывается с сознанием. Связь воли и сознания находит свое выражение в содержании умысла. Это несомненно прежде всего потому, что воля – одна из сторон психической деятельности человека и регулирование поведения может быть только сознательным. По теории «представления», которая бытует в буржуазном праве и которая подвергнута справедливой критике в советской правовой литературе, все содержание умысла сводится по существу к представлению о последствиях, а желание (велеие) ограничивается только действием и не включает в себя последствия. Этим, как правильно заметил Б. С- Утевский, извращается психическая природа поведения человека⁵⁶. Кстати, одной из причин, хотя, конечно, не единственной, такой абсурдной теории является сведение велеия к одному лишь желанию. И в советской юридической литературе встречалось мнение о недопустимости включения воли в качестве самостоятельного элемента в (определение умысла. К этому пришел В. Я. Лившиц, считавший, что «волевой момент сам по себе заключен в формулировке момента сознания»⁵⁷. Взаимная связь воли и сознания очевидна, но одни элемент не поглощается другим. Нельзя, подменяя элементы, впадать и в другую крайность, признавая сознание и предвидение волевыми элементами⁵⁸. Недопустимо и отдавать предпочтение при умисле воле, принижать сознательный элемент. На этой почве возникли чуждые нам волевые теории буржуазных криминалистов, подвергнутые критике в трудах советских ученых. Согласно этим теориям, сущность умысла в воле. Если субъект стремится к последствиям, желает их, то независимо от того, что наступление их не осознается, поведение считается умышленным. Подробно излагает суть волевой теории умысла русский дореволюционный криминалист С. В. Познышев. Сторонники этой теории полагают, что умисел заключается в хотении, которое направляется не только на действия (бездействие), но и на результат поведения. Хотение может охватывать и нежелательный результат в силу связи с желаемым результатом. Волевыми результатами должны считаться все желаемые результаты, в том числе и невероятные, а также не- желаемые, которые связаны с деянием и принимаются волей⁵⁹. Как видим, хотение даже не элемент воли, оно отделено от нее, воля «принимает или отвергает».

Указанной теории противостояла теория представления, согласно которой для признания умысла необходима валимая деятельность или бездействие и предвидение результата. Автор в обеих теориях видит зерно истины, хотя сама по себе волевая теория чрезмерно – до неопределенности расширяет понятие хотения и искусственна. Теория представления отодвигает на второй план желание или нежелание результата⁶⁰. Нельзя не заметить, что обе теории, даже с учетом того, что одна из них носит наименование «волевой», неправильно понимают волю, то сводя ее к какому-то гипертрофированному одному элементу, то перенося этот элемент из психического процесса в само объективированное действие, так и не раскрывая его «волимость», не обращаясь к другим элементам психического

волевого процесса, к их связям, свойствам, значению. Эти теории ведут к субъективизму, к отрицанию единства сознания и воли.

Легальное определение умысла не позволяет ученым, которые по существу понимают волевой элемент умысла шире, чем «желание» и «допущение», выйти из установленных рамок. Так, обращается внимание на то, что умысел содержит всегда активный момент, решение, его реализацию, но в конце концов все сводится к желанию и допущению⁶¹. Интересную позицию занимает в этом вопросе В. Н. Кудрявцев. Он полагает, что субъективная сторона умышленного преступления формируется постепенно. Сначала возникают ее элементы – мотив и цель, складывается мысленная модель преступления. Для перехода от этой модели к реальному поступку нужен волевой акт⁶². Таким образом, «воля» и «желание» не признаются идентичными понятиями. И это правильно- Правильно и то, что различные элементы формируются не одновременно. Трудно, однако, согласиться с тем, что воля отделяется от указанных элементов. Для перехода мысленной модели в преступление необходимо психическое регулирование. Это и есть воля – волевой процесс со всеми элементами.

При прямом умысле воля заключается в регулировании поведения, направленного на вредные (общественно опасные) последствия. Конечно, нельзя исключить и желания этих последствий. Б. С. Никифоров считает, что о желании последствий нужно говорить и когда оно является лишь средством для достижения другой цели⁶³. Этим объясняется, например, признание прямого умысла в таком преступлении, как убийство ребенка ради освобождения от алиментов; оно желаемо, охватывается полем лица. Когда воля направлена на весь результат и предвидится побочный как средство совершения деяния, его неизбежность, нельзя расчленять- совокупный результат, поскольку воля направлена на него в целом, а последствия участвуют в определении волевого решения⁶⁴. Вывод, конечно, правильный, но убедительное обоснование он получает тогда, когда воля не сводится только к желанию, а в нее включается и выбор средств, и разработка плана для осуществления действия. Поскольку избирается данное средство в едином процессе психологического регулирования, нет оснований для сомнения о наличии прямого умысла. И хотя В. Г. Макашвили считает, что желание в этом случае простирается и на сопутствующие последствия, он вынужден говорить о волевом решении, о средствах совершения деяния, а не об одном желании. Да и вообще нельзя говорить о желании не желаемых последствий- Это алогично. Нельзя отрицать возможность появления дополнительной интеллектуальной оценки (осознание неизбежности). Но принижать значение волевого элемента недопустимо. Под желанием при прямом умысле понимают, правда, цель достижения общественно опасных (вредных) последствий, в том числе и промежуточную цель как необходимое средство достижения конечной цели, хотя и вызывает при этом дискуссию мнение о наличии прямого умысла при неизбежных побочных результатах деяния"5. Дело здесь в том, что психическое регулирование направлено не на последствия, которые не выступают ни как цель, ни как средство ее

достижения. Такие последствия не могут быть желаемы. Вопрос заключается не столько в желании, сколько в целенаправленном регулировании, хотя значение желания несомненно. Другое дело, когда, например, для достижения показателей, обеспечения «вала» сознательно создается брак и забракованная продукция отгружается⁶⁶.

Как полагает Ион Лекшас, при безусловном умысле (имеется в виду прямой умысел) воля направлена на осуществление преступления, преступник желает осуществить преступную цель избранным им способом и средствами. При этом желание выводится из того, что преступнику известны обстоятельства и он ведет себя определенным образом. Важна направленность воли, чтобы признать наличие желания⁶⁷. Но дело не в желании, а в самом регулятивном процессе⁶⁸. Само осознание неизбежности не относится к волевому элементу и не может характеризовать без учета воли прямой умысел. Но даже если допустить это возможным, то совершенно очевидно, что неизбежность побочного результата нередко возникает вне всякой связи с целенаправленностью регулирования. Как правильно полагает В. Г. Макашвили, волевыми могут быть только действия, которые во власти субъекта, а сцепление случайных обстоятельств исключает умысел, но нельзя отсюда утверждать, что о воле ставится вопрос лишь, когда субъект осознает свои реальные возможности для наступления не желаемого результата. Автор справедливо отмечает, что преступный умысел связан с волевым решением осуществить деяние, поэтому нельзя говорить об умысле, когда лишь намечается путь для его осуществления, субъект должен направлять свою волю, а не просто на-деяться⁶⁹. Указывает на то, что нельзя не желать совершения совершаемого действия, Б. С. Никифоров. Другое дело – выбор путей осуществления действия, его последствий. Поэтому в формальных преступлениях к фактическим элементам деяния и может быть применен только прямой умысел (с этим не все согласны). Автор считает нужным отделить ядро от сопутствующих обстоятельств от последствий, что даст возможность поставить вопрос об отношении к ним со стороны субъекта⁷⁰. Вывод о прямом умысле в ' формальных преступлениях делается на том основании, что совершить волевое действие якобы нельзя без желания. Но этот элемент, как правильно отмечает В. Г. Макашвили, еще не обосновывает прямой умысел⁷¹. Правда, в качестве дополнительных обоснований автор включает только интеллектуальные моменты.

Коль скоро речь идет о средствах достижения цели, реализации принятого решения, нельзя говорить о различных видах вины. Избранные средства могут быть не желаемы, но субъект создатель- по регулирует свои действия именно таким образом. На страницах журнала «Советская юстиция» была развернута дискуссия о «смешанной вине». По мнению Г. Кригера, смешанная вина приводит к признанию умышленных деяний, совершенных по неосторожности. Предвидение должно относиться не только к деянию, но и к последствиям, поэтому, независимо от оценки нарушения - правил, можно говорить только о неосторожной вине, коль скоро не осознавалась общественная опасность последствий и не было - желания их.

Автор отмечает, что и формальные преступления имеют вредные последствия, но их нередко трудно конкретизировать, хотя субъект их предвидит, желает, допускает. В уголовных кодексах отдельных республик предусматривается более тяжкое наказание при наступлении тяжких последствий, не охватываемых умыслом. В таких случаях не может быть «смешанной формы вины». Здесь одно преступление с осложненной субъективной и объективной сторонами – с двойной виной, а определение формы вины зависит от направленности сознания и воли субъекта на достижение прямых последствий⁷². Вывод о направленности регулирования и сознания нужно признать правильным, хотя позиция автора вызывает споры⁷³. В данном случае имеется единое психическое регулирование поведения, включающее выбор действий, приведших к отклонению от правил и, как следствие этого, – вредным последствиям. В зависимости от регулирования и еле- дует определять форму вины. Умышленная вина, поэтому, видимо, должна быть исключена⁷⁴.

Некоторые ученые, понимая, что одно лишь желание не может определять волевой поступок, пытаются расширить его понятие. Указывают, как отмечено выше, что желание – это цель или на то, что желание вредных последствий означает стремление к ним⁷⁵. Но желать значит только желать, стремление – уже другая стадия. В том-то и дело, что желание – не проявление воли, хотя и характеризует целенаправленность психического регулирования. Может быть стремление и к не желаемой цели, к не желаемому результату. Г- К. Матвеев, отмечая, что для умышленной вины характерен волевой момент, включает в него стремление решимость, желание, да и вообще под волей понимает «сознательную целеустремленность». Ученый указывает, что юридически в гражданском праве прямой и косвенный умыслы совпадают, но все же целесообразно и в этой отрасли права дифференцировать в ряде случаев ответственность. За это высказываются многие цивилисты, хотя некоторые и возражают против учета вины для решения вопроса о возможном уменьшении взыскиваемых убытков⁷⁶. Но почему нельзя учитывать дифференцированную вину при взыскании недополученных доходов? Одно лишь желание, пишет М. С. Гринберг, не характеризует волевой элемент вины, но в то же время такое понятие дает выход на волевое содержание действия, которое уже совершено, а значит усилия к его совершению предприняты⁷⁷. Что ж, против понятия «желание» в таком смысле нельзя возражать- И им нужно пользоваться, хотя полагаем, что, например, для характеризованного умысла более соответствует указание на целенаправленность регулирования, ибо оно включает в себя не только желание, но и другие элементы воли. Исходя из всего изложенного, из единства воли и сознания, необходимо указать, что прямой умысел характеризует осознание противоправности (общественной опасности) поведения и его последствий, регулирование поведения на совершение действий, направленных к достижению последствий, соответствующих поставленной цели.

«Желание» включено в правовую норму. Нужно понимать «поставленную цель» как «цель желанную», каковой она и является в большинстве случаев.

Воля позволяет провести дифференциацию умысла, разграничить от прямого умысел косвенный (эвентуальный). Обычно косвенный умысел определяют как предвидение субъектом возможности причинения его действиями вредных преступных последствий при отсутствии желания наступления их и «расчете на какое-либо конкретное обстоятельство, достаточное, по мнению субъекта, для предотвращения этих последствий»⁷⁸. Примерно такое же определение дает большинство ученых. В некоторых, однако, в качестве волевой характеристики включается «безразличное отношение к последствиям». Необходимо прежде всего разобраться в сути волевого элемента этого вида умысленной вины. Как правильно отмечает Б. С. Утевский, вопрос о воле при косвенном умысле более сложен, чем при прямом. Он как бы сводится к определению, желается или нет ненужные и даже «нежелаемые» последствия своего действия⁷⁹. Именно так и указывает Б. С. Утевский «желать не желаемые». Это и не удивительно, ибо воля им понимается как желание. Чтобы не впасть в лингвистический абсурд, в дальнейшем «желание» заменяется словом «воля»: воля, направленная на совершение действий в отношении не желаемых последствий; сознается неизбежность как вероятность этих последствий, неспособность изменить волю на совершение преступления. Не ясно, что означают слова «изменить волю», но дело не только в этом. Суть вопроса заключается в том, что отрицается наличие воли, направленной на наступление не желаемых последствий, но ее отсутствие «не в состоянии парализовать волю, направленную на достижение последствий желаемых», вся воля направлена на желаемые последствия⁸⁰. Ошибка автора заключается в том, что он отождествляет волю с желанием. Недопустимо утверждение об отсутствии воли, направленной на достижение не желаемых последствий. Не об отсутствии воли нужно говорить, а о ее особенностях.

Как полагает Б. С. Утевский, безразличие характеризуется пассивностью сознания и воли, отсутствием реагирования. С такой оценкой нельзя согласиться. Во-первых, результат вполне сознается, а во-вторых, с точки зрения волевой, поведение регулируется, выбирается решение и т. п. Безразличие относится лишь к одной стадии – «желанию»- Это очень важная черта рассматриваемого вида умысла, но не свидетельствующая о пассивности – безволии субъекта. Вообще же Б. С. Утевский отрицательно относится к безразличию, как характеристике косвенного умысла. Он полагает, что если осознание последствий не удержало субъекта от совершения действий, значит он не был безразличным; вменяемый человек к преступному результату не может относиться безразлично, осознавая наказание⁸¹. Это не аргумент. И при совершении преступления с прямым умыслом осознается наказание. Субъект безразличен к результату, а не к самим действиям, которые совершает по каким-либо мотивам, или к своей судьбе. Для указанного вида умысла Б. С. Утевский считает характерным не

столько допущение, сколько признание возможности и даже неизбежности наступления результата, принесение всего в жертву ему. То, что нельзя отождествлять безразличие с допущением, безусловно правильно. Безразличие – черта, характеризующая волевою стадию «желание», а допущение – скорее черта интеллектуального элемента, сознания. И хотя, как мы отметили, возможна иная трактовка, но правильной ее признать нельзя⁸². Иногда указывают, что нельзя ставить на разную ступень, с точки зрения осознания, знание возможности и знание неизбежности последствий. Для косвенного умысла необходимо либо осознание неизбежности последствий (оно прежде всего относится к прямому умыслу), либо, как правило, наличие возможности для такого осознания: субъект мог и должен был это осознавать, хотя осознавал лишь вероятность их. Критерий осознания неизбежности отрицается, поскольку такое осознание близко к желанию. Но ведь это разные элементы вины: интеллектуальный и волевой. Неточно, поэтому, и утверждение, что раз есть сознание неизбежности, то излишне устанавливать волевой элемент, который и отличает якобы виды умысла⁸³. Что же касается возможности такого осознания (характерная черта для косвенного умысла), то нет здесь сходства с небрежностью, как иногда полагают⁸⁴, поскольку налицо осознание возможных последствий и противоправности поведения. Утверждение, что при осознании неизбежности последствий должен признаваться прямой умысел, как отмечено, спорно. Прежде всего, нет безусловной связи: «неизбежность», «желание». Конечно, осознание неизбежности характеризует прямой умысел, но не является его исключительной прерогативой.

С точки зрения волевой, для косвенного умысла простого нежелания отрицательных последствий недостаточно. Можно не желать отрицательного результата и желать положительного, но при косвенном умисле субъект остается иррелевантным к результату, для него безразлично, наступят ли положительные последствия или не наступят.

По мнению П. С. Дагеля, безразличное отношение определяется отсутствием значимости результата для субъекта⁸⁵. Но в этом и проявляется характер волевой направленности. Некоторые юристы считают, что безразличие возможно при данном виде умысла, но не всегда. Бывает и пассивное нежелание, отсутствие внутреннего противодействия, контрмотивов. Но допустимо и активное нежелание, влияющее на развитие мотивационного процесса. Такой мотив слабее другого, направленного на достижение цели, побочные интересы приносятся в жертву⁸⁶. Мы полагаем, что активное нежелание – свидетельство наличия другого вида умысленной вины – риска. Не случайно В. Г. Макашвили завершает высказанную выше мысль выводом о том, что при активном нежелании виновный идет на риск. Нужно иметь в виду, что последствия, на которые направлен эвентуальный умысел, не являются целью поведения, т. е. волевого–психического регулирования этого поведения, не являются они и средством для осуществления цели. Они возникают побочно, хотя и в результате волевого процесса. Эта побочность свидетельствует только о наличии косвенного

умысла. Однако нежелание может быть и тогда, когда преступник сознает неизбежность вредных последствий, но все же желает, чтобы произошел какой-то счастливый случай. Такое пассивное нежелание равноценно безразличию к вредным последствиям. Как мы отметили выше, нельзя отрицать наличия воли и при формальных преступлениях. Без психического регулирования не может произойти действие, а не только следствие его. Нельзя не отметить, что хотя воля субъекта в формальных преступлениях, по выражению А. И. Рарога, «мобилизована на совершение или не совершение действий»⁸⁷, волевой процесс включает в себя весь регулятивный комплекс и вряд ли можно отделять последствия от действий, приведших к ним. Поэтому нельзя, видимо, сбрасывать со счетов и отношение к последствиям, и характер психического регулирования⁸⁸ при определении наказания, как нельзя отрицать возможность совершения таких преступлений с косвенным умыслом.

Правильно подчеркивает П. С. Дагель, что отрицание воли при эвентуальном умысле является следствием сведения волевого акта только к желанию. Предвидя все и решаясь действовать, субъект включает побочные последствия в волевой акт, их достижение входит в процесс регулирования, учитывается при принятии решения, включается в план, а волевое действие направлено на причинение и этих последствий. Нежелание может быть и волевым⁸⁹. Не будем придирчивы к деталям. Учет – это не воля, а осознание, оценка⁹⁰. В принципе же вывод верный, но в том-то и дело, что регулирование охватывает эти последствия, но не направлено на них. При принятии решения, выборе средств последствия не определяют избранного варианта или отказ от него потому, что субъект безразличен к ним. Конечно же, нельзя пренебрегать такой важной характеристикой прямого умысла, как регулирование поведения на достижение желаемых последствий. Для косвенного умысла характерно то, что последствия не являются ни целью, ни средством для достижения цели, т. е. стадией единого волевого процесса, не желается, хотя и предвидятся (должны предвидеться как неизбежные); они безразличны для преступника. Важно то, чтобы последствия носили побочный характер, являлись не целью и средством, а следствием правонарушения. Побочные последствия наступают в результате единого психического регулирования поведения субъектом, в едином волевом процессе. Правильно отметив, что эвентуальный умысел возникает всегда с осуществлением деятельности, направленной на достижение поставленной цели, В. Г. Макашвили в то же время отрицает данный момент в качестве волевого элемента эвентуального умысла, считая его психологической предпосылкой, которая лежит за пределами умысла⁹¹. Правда, тут же обращается внимание на необходимость охвата всего волевого акта в целом, учета основного направления воли, ибо лишь общая картина позволяет установить элементы эвентуального умысла. Дело, конечно, не в общей картине, а в том, что воля – это процесс, а не какой-то разовый момент. При косвенном умысле результат не нужен ни в качестве цели, ни в качестве средства, т. е. субъект в нем не заинтересован⁹². Незаинтересованность,

правда, не свидетельствует о желании другого варианта – положительного исхода. По существу, это все то же безразличие, поэтому возражение авторов против указания в п. 8 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 4.VI.60 г. на связь косвенного умысла с безразличием вряд ли оправданно. Безразличие – лишь содержание одной из стадий волевого элемента вины, а не сама вина, поэтому правильно утверждается о недопустимости отождествления косвенного умысла с безразличием.

До недавнего времени считалось, что покушение возможно только при прямом умысле. Сейчас этот вопрос вызывает дискуссию⁹³. Совершенно очевидно, что при покушении отчетливо проявляется психическое регулирование поведения на достижение цели, независимо от характеристики того или иного элемента воли, в том числе желания. В отношении подстрекательства высказываются разные точки зрения. Представляется, что последствиями поведения подстрекателя является не просто склонение, а именно совершенное преступление, причем преступление не абстрактное, а конкретное, во всей его совокупности, ибо целью подстрекательства является совершение преступления с определенными последствиями. В этом прямой умысел подстрекателя. Если же последствия находятся за пределами цели или средств к ее осуществлению, то они могут относиться лишь к косвенному умыслу подстрекателя⁹⁴ или к другим формам вины.

По мнению А. А. Пионтковского, при эвентуальном умысле наступившие последствия, в отличие от прямого умысла, не являются ни прямой целью, ни необходимым средством для достижения не только данной, но и других целей⁹⁵. Цель касается других последствий, по отношению к которым данные являются побочными, следствием регулирования поведения на достижение другой цели. Вряд ли приемлемо встречающееся иногда решительное утверждение: воля или направлена на результат, или ее вообще нет (*tertium pop datur*)⁹⁶. Кстати, В. Я. Лившиц, правильно указывая на существование не одного лишь желания, а волевого процесса, не очень точен, утверждая, что такой процесс «завершает выбор». Интересно его замечание о существовании воли и при отсутствии цели, направленной на данные последствия как на результат или средство: есть неустранимая решимость при предвидении возможности последствий и в такой решимости – воля⁹⁷.

Полагаем, что косвенный умысел характеризует осознание противоправности (общественной опасности) поведения, предвидение или возможность предвидения неизбежности вредных побочных последствий этого поведения и его регулирование в направлении правонарушения, включающего указанные последствия при безразличии к ним. В это определение включено главное. Конечно, сознание неизбежности характерно прежде всего для прямого умысла. При косвенном умысле может быть и пассивное нежелание (надежда на какой-либо случай), что по существу означает тоже безразличие. Но безразличие не исключает регулирования поведения в определенном направлении.

В настоящее время ставится вопрос о еще большей дифференциации, о необходимости расширения классификации видов вины. Некоторое время тому назад выдвинута идея о введении дополнительного вида умысла – виновного риска⁹⁸. Не всеми учеными' цивилистами и криминалистами и применительно не ко всем отношениям эта идея поддержана, хотя их доводы не представляются достаточно убедительными для изменения нашей позиции. Введение нового вида вины отнюдь не является попыткой повторить объединение видов путем соединения в качестве «заведомости»-косвенного умысла и самонадеянности. Наоборот, это стремление: разграничить, с точки зрения субъективной, вину, не допустить смешения и интеграции различных по содержанию элементов, а отсюда – и недифференцированной ответственности. Иногда указывают, что при таком подходе допускается уравнивание категорий' вины и риска⁹⁹. Как было отмечено, риск признается самостоятельной субъективной категорией. Виновный риск не тождественен; ей. Только структурное сходство (допущение, выбор и т.) дает' основание для присвоения этому виду вины наименования «виновный риск». Хочется надеяться, чего предпринятый в настоящей' главе анализ видов и форм вины в зависимости от волевого элемента и его сочетания с интеллектуальным элементом даст дополнительные основания для выделения этого самостоятельного-вида умышленной вины, хотя дело, конечно, не в терминологии, а в сути. Виновный риск включает в себя и интеллектуальный, и волевой элементы, отличные от других видов вины, в том числе- и умышленной. Его отличает: 1) допущение отрицательного результата¹⁰⁰; 2) желание положительного результата; 3) выбор-противоправного варианта поведения в ситуации неопределенности" последствий; 4) регулирование поведения не на достижение вредных последствий. В том-то и дело, что налицо именно риск. Осознается противоправность поведения и вариантность результата; не осознается и не может осознаваться неизбежность вредных последствий. Существует не безразличие, не пассивное нежелание (в-, расчете на случай), а активное желание положительного результата. Кроме этого, с точки зрения волевой, психическое регулирование противоправного поведения направлено не на достижение-вредных последствий. Виновный риск отличается поэтому от косвенного умысла, из определения которого признак «сознательное-допущение», по нашему мнению, должен быть исключен. Одно дело – возможность предвидения неизбежности отрицательных последствий и безразличие к ним, другое – лишь допущение в качестве одного из вариантов таких последствий и нежелание их.. Ответственность не может быть в таких случаях одинаковой. Иными словами, виновный риск, как вид умышленной вины, характеризует осознание противоправности (общественной опасности) выбранного варианта поведения, допущение возможных отрицательных последствий, желание положительного результата и регулирование поведения не на достижение вредных последствий.

При виновном риске положительная цель осуществляется осознанно неправомерным путем, хотя и не направленным, на достижение

отрицательных последствий. Это отражает специфику и такой стадии волевого процесса, как «борьба мотивов», и всего психического регулирования поведения субъекта. М. С. Гринберг, не отрицающий в принципе, как было отмечено, субъективную концепцию риска, выступает против конструкции виновного риска, -считая, что здесь нет волевого отношения к последствиям и свободы выбора, а неопределенность характеризует лишь самонадеянность¹⁰¹. Но разве выбор определенного варианта поведения (кстати, с точки зрения психологической, вполне свободный), -стремление к достижению положительного результата и в этом направлении регулирование своего, хотя и противоправного, повеления не проявление воли? Неопределенность же характеризует именно риск, а не другие виды вины.

К сожалению, нередко риск фигурирует и в определении косвенного умысла и самонадеянности, что не способствует правильному их разграничению- Правда, риск в этих случаях рассматривается как категория средняя между объективной и субъективной (например, как указано выше, у В. Г. Макашвили: виновный идет на риск, принося в жертву побочные интересы при косвенном умысле). Нет риска, если существует лишь эфемерная надежда, надежда на случайный положительный исход. Нельзя согласиться с тем, что основная особенность эвентуального умысла проявляется в стадии принятия решения, когда учитывается мысленно или допускается наступление предвиденного результата. Волевой процесс – единый. До принятия решения формируется желание определенного результата, безразличие к другому, стремление; вырабатывается цель. Нельзя согласиться с В. Г. Макашвили, с его выводом о том, что риск вредных последствий включается «в волевое решение действовать без особого обдумывания и колебания»¹⁰². Во-первых, риск включает и интеллектуальный элемент. Во-вторых, риск обычно предполагает обдумывание, «борьбу мотивов», оценку, а не действие «сломя голову». Наличие реальной вариантности последствий, отсутствие безразличия к ним как ;раз обуславливают сложности в выборе и осуществлении решения.

Нечет стадийности волевого процесса порой переносится в целом на понятия вины и риска и дает ошибочные основания для отрицательной позиции в оценке субъективного риска. Иногда даже полагают, что субъективный риск противоречит пониманию ответственности в ретроспективном плане, в частности позиции

С. П. Братуся. Причем противоречие не устраняет якобы и удвоенное основание (правонарушение и отказ от компенсации). Понимание С. П. Братусем ответственности, ее ретроспективного аспекта сводится к исполнению обязанности в состоянии принуждения. Если допущено вторжение в имущественную или личную сферу потерпевшего, умаление этих благ без добровольной компенсации, то следует ответственность. Но она следует только в; случае этого, а не на основании этого. Для наступления ответственности должны быть объективные и субъективные условия. Она наступает за правонарушение. Риск и вина составляют психическую сторону

поведения. Дело не в том, что условием ответственности является вина в отказе от добровольного исполнения обязанности, в частности компенсировать вред. Это ни в какой мере не вытекает из понимания ответственности С. Н. Братусем. Ответственность следует за осознанный выбор противоправного поведения, за волевое противоправное действие, психическое регулирование этого поведения. Элементы вины предшествуют противоправному поведению. Вполне допустим и временной разрыв, например, между осознанием последствий, желанием их, принятием решения и самим объективным противоправным поведением, психическое регулирование которым будет, конечно, продолжено. О допущении принятия на себя отрицательных последствий, т. е. о риске, нужно говорить не в связи с результатом или с деятельностью, а при выборе определенного варианта поведения, с учетом его детерминации и всего психического регулирования-

Причинение вреда неправомерно, но неправомерно и то действие, которое непосредственно причиняет вред. Оно может произойти случайно, даже при правильном психическом регулировании, но будет все равно неправомерным. Правильная трактовка вины, особенно ее волевого элемента, дает полное основание считать ее категорией не одномоментной (осознание, желание). Не одномоментной категорией является и риск. Ни вина, ни риск не относятся при причинении вреда к невыполнению обязанности компенсировать причиненный вред. Ст. 444 ГК говорит о наступлении ответственности, если не будет доказано отсутствие вины в самом причинении вреда. Другое дело, что ответственность выражается в выполнении обязанности возместить ущерб в состоянии принуждения. Причинение имущественного вреда означает не только, например, уничтожение вещи, но и не компенсирование этого, т. е. фактически единое правонарушение, которое, с точки зрения субъективной, имеет единое психическое регулирование. Таким образом, об удвоенном основании нельзя сделать вывод из концепции субъективного риска. Итак, концепция субъективного риска не разрушает, а наоборот, утверждает принцип вины и не колеблет понимание ответственности С. Н. Братусем, хотя некоторые уточнения в определении им ответственности, видимо, следует внести.

В криминалистической литературе мы встречаемся с понятием; «предумысла, но в советском уголовном праве такого понятия нет» И это правильно. По существу предумысел означает лишь определенные стадии волевого процесса, т- е. охватывается содержанием волевого элемента вины (заранее обдуманное намерение, оценка мотивов, борьба их и т. п.). Фактически зачастую просто* различали не внезапность решения, а обдуманность. Многие ученые. правильно считали, что не этот признак должен служить мерой для квалификации¹⁰³. Ничего предшествующего волевому элементу умысла в предлагаемых определениях нет. Другой вопрос – это учет специфики проявления различных стадий волевого процесса. Кроме того, заранее обдуманный умысел является атрибутом приготовления¹⁰⁴.

В теории называются различные виды умысла, имеющие юридическое значение. Так, указывают на специальный умысел, связанный с особой целью, отраженной в законе. Цель – необходимый элемент воли, но в данном случае цель указывается в норме. Представляется недостаточным данный критерий для выделения этого умысла в самостоятельный вид. К тому же нужно исходить, из одних и тех же принципов, разграничивающих формы и виды вины, в том числе и виды умысла. Такие же возражения следует выдвинуть и в отношении аффектированного умысла, противопоставляемого по времени обдумывания предумыслу – заранее обдуманному умыслу.

Особые споры в литературе вызывает вопрос о неопределенном умисле и частном его случае – умисле альтернативном. Выделяем мы или нет такой умисел в самостоятельный вид, но фактически он существует, причем здесь не нарушается принципиальный подход к критериям дифференциации вины. Речь идет об отсутствии точных данных о характере вреда, отсутствии конкретности в отношении объекта и последствий. Правда, неопределенность может скорее входить в качестве подвидов в виды вины. Эта неопределенность может касаться и интеллектуального элемента (предвидения)¹⁰⁵. Дело все-таки не в желании, а в последующем психическом регулировании поведения. Это регулирование – воля в конце концов и определяет направленность поведения на определенные последствия. Не случайно делается вывод, что ответственность применяется за фактические последствия. Конечно, для характеристики поведения, для применения ответственности не безразличны и аффектированный характер волевого процесса, и осознание альтернативных последствий¹⁰⁶. Аффектированный и неопределенный умыслы признаются практикой, влияют на квалификацию. Выделение же альтернативного умысла вызывает возражения, поскольку не так уж важно, сколько осознается последствий¹⁰⁷. Некоторая неопределенность к последствиям (при осознании или возможности осознания их неизбежности) имеется и в косвенном умисле, ибо безразличие относится не только к последствиям как таковым, но включает в себя и безразличие к конкретным последствиям и к конкретным жертвам. Трудно согласиться с мнением о том, что если вообще желается последствия, то этого достаточно, все остальное теряет значение. А если вина объективизировалась иначе, разве не имеют значение все желаемые последствия для признания и покушения, коль скоро в этом направлении осуществлялось психическое регулирование?

§ 3. ВОЛЕВОЙ ЭЛЕМЕНТ НЕОСТОРОЖНОСТИ

Существует ли волевой элемент неосторожной вины? Чаще всего положительный ответ на этот вопрос дается, если речь идет о самонадеянности. По отношению к небрежности в этом вопросе не все еще ясно, поэтому значительно чаще на него отвечают отрицательно. Метафизический подход к сознанию и воле приводил некоторых юристов к выводу о том, что у неосторожности вообще нет психологического

содержания, что она представляет «психический вакуум». Иногда ее считали видом умысла: «умышленное бездействие». На такой позиции стоят некоторые буржуазные ученые¹⁰⁸. Они полагают, что существует свободное самоопределение воли независимо от чьего-либо воздействия. В неосторожности, как в особом виде проявления умысла, усматривали сознательное нарушение правил предусмотрительности, умышленную постановку в опасность защищаемых интересов. Подобные концепции, конечно, заводили в тупик, и тогда проблема объявлялась неразрешимой, появлялись па .свет оценочные теории, объективизация вины, ориентир на «среднего» человека, доброго отца семейства, рачительного хозяина. Воля и мышление противопоставлялись друг другу. Буржуазные юристы пытались ликвидировать неосторожную вину, установив ответственность в этих случаях на основании объективного вменения. Это обосновывалось отсутствием в небрежности главного волевого момента – желания, полным отсутствием какой-либо психической связи между действием и волей¹⁰⁹. Даже в советской литературе иногда утверждалось, что умысел связан с упречностью воли, а неосторожность с упречным состоянием интеллекта¹¹⁰. В юридической литературе подвергнуты критике две крайние позиции в отношении неосторожности: 1) всякое преступление представляет собой сознательно-волевой акт, которого нет при неосторожности и 2) неосторожность относится только к импульсивному поведению. При этом указывается, что при «волевой неосторожности» – при деликтах упущения и в ситуациях страха отсутствует сознательно волевой акт¹¹¹. Не все ученые отвергают упречность воли и при неосторожности. При. этом, однако, делается ссылка на то, что фактически совершено действие, т.е. волевой акт – проявление воли вовне¹¹². В принципе это, конечно, верно, но все же нужно отметить, что поскольку неосторожность не само действие, а, с точки зрения волн, психическое регулирование поведения субъекта, то упречность волн заключается не в действии .– изъявлении воли, а в регулировании этого действия.

Хотя наличие волевого элемента при противоправной самонадеянности реже вызывает сомнения, но это не означает, что данный вид вины сам по себе, и в частности его волевое содержание, не вызывает споров. Самонадеянность характеризуется сознательным нарушением правил, предвидением отрицательных последствий, но наличием легкомысленного расчета на их преодоление. С небрежностью объединяет ее отсутствие внимательности, серьезности, вдумчивости. Отсюда считают, что имеется предвидение лишь возможности, абстрактность предвидения- Полагают, что самонадеянность отличают от косвенного умысла неконкретность предвидения, расчет на обстоятельство, которое позволит избе- !жать неблагоприятных последствий; имеется лишь надежда на «авось», на «случайность», на «счастье»¹¹³. Но ведь и при косвенном умисле нет обычно безусловного предвидения отрицательного результата, хотя такая возможность имеется.. И при самонадеянности в подобной ее трактовке есть такая возможность. Различие по этому признаку явно недостаточно. Расчет

на случайность не исключается и при косвенном умысле. Что же касается волевого элемента, то он даже не упоминается в данном определении. Но дело еще не в этом. Расчет на «авось» не дает никаких оснований для отнесения самонадеянности к неосторожной форме вины. Иногда, правда, не игнорируется волевой момент, но указывается, что волевая активность не имеет отношения к последствиям¹¹⁴. В некоторых случаях все же обращается внимание и на то, что субъект не только не желает при самонадеянности, но и не допускает наступления последствий, надеясь их предотвратить. Этим указанием на волевой момент ограничивается. Но разве можно отрицать стремление субъекта осуществить свой расчет, свою цель, свой план? Разве субъект не избирает определенный вариант поведения, пусть ошибочный, неправильный? Разве он психически не регулирует в определенном направлении свое поведение? Нельзя игнорировать явно выраженный волевой элемент при самонадеянности, но нужно разобраться в его содержании и специфике, так же, как и в интеллектуальном элементе.

Существует и другое мнение. Оно не отрицает волевой элемент, однако отвергает качественное различие. Количественные же различия по отношению к самонадеянности выражаются в степени пассивности, в легкомысленном непредвиденное, а потому и в нежелании. Лицо пренебрегло обязанностью не причинять вред, предвидеть, предусмотреть, предотвратить. Для этого оно не приложило достаточной волевой и умственной энергии, поэтому существует различная интенсивность воли и сознания: активность при - умысле и недопустимая пассивность при неосторожности¹¹⁵. Дело не в том, что «приложение воли и умственной энергии» – другой аспект указанных категорий- Одной количественной характеристикой обойтись нельзя. Она определяет лишь степень вины. Если при самонадеянности имеется сознательное пренебрежение обязанностями, если не сделано то, что следовало сделать, и это осознавалось и понималось, то нужно говорить об умысле, а не о неосторожности. Отождествление неосторожности с нарушением определенных требований было подвергнуто критике в советской правовой литературе как отказ от психического отношения и превращение ее в противоправный поступок¹¹⁶. В буржуазном законодательстве такой вид вины иногда называют опрометчивостью, связывая ее с сознательным пренебрежением чем-либо, неоправданным риском, грубым отклонением от стандарта осторожности, что * ничем не отличается от умысла¹¹⁷. Правильную, на наш взгляд, позицию занимают те ученые, которые интеллектуальный элемент вины при самонадеянности видят в том, что субъект уверен в не наступлении неблагоприятных последствий, ибо предполагать вероятность можно, например, и при риске¹¹⁸. Субъект осознает противоправность своего поведения, осознает, что вредные последствия могли бы наступить¹¹⁹, но осознает и то, что они не наступят благодаря избранному им варианту поведения, по его расчету, ошибочность которого он не осознавал, но мог и должен был осознать. Именно в этом связь с небрежностью. Уже по интеллектуальному элементу самонадеянность отличается от косвенного умысла и даже от виновного

риска. С точки зрения волевой, различия более очевидны: нет безразличия, есть активное нежелание. Нет допущения и отрицательного результата, есть исключение его, уверенность в не наступлении («надежда» – ведь это и уверенность), по уверенность ошибочная. Конечно, и при самонадеянности отдаленное допущение возможно, как и отдаленный расчет на благополучный результат при косвенном умысле. Даже при правомерном поведении, при отсутствии вины можно все же говорить о каком-то допущении. Оно не изменяет принципиальных различий между формами вины и ни в коей мере не утверждает количественную оценку. В юридической науке была высказана точка зрения о том, что эти два вида, вины фактически не различаются, наоборот, самонадеянности даже приписывались признаки косвенного умысла. Это объясняется отсутствием четких отличительных признаков, включением в определение эвентуального умысла вместо волевого признака «безразличия» по существу интеллектуального признака «допущение», исключением из самонадеянности признака «уверенности», что привело к размыванию действительных различий между этими видами вины, к появлению в науке «синтетического» вида «заведомость», к трудностям в практике. Как правильно утверждает В. Г- Макашвили, нужно различать вину лица, совершающего преступление из ухарства при обстоятельствах, когда неизбежность отрицательных последствий донна была оцениваться им, и когда он был уверен в не поступление таких последствий, даже при нарушении правил¹²⁰. Немногим характеризует самонадеянность предвидение отрицательной альтернативы и невоздержание от действия¹²¹. Разве не об умысле свидетельствует такой шаг субъекта? Уверенность в ненаступление последствий создает решимость в регулировании действий, направленных на реализацию этой уверенности. Нельзя также не видеть разницы между нежеланием допускаемых последствий и безразличием к таковым. Нежелание и безразличие – разные аспекты одного и того же волевого элемента, поэтому и в безразличии и в (нежелании) проявляется воля субъекта, которая, конечно, не сводится только к ним.

При самонадеянности воля субъекта направлена на осуществление своего расчета, на недопущение отрицательного результата. Выражается это нередко в активном регулировании поведения, (но именно в таком регулировании и заложена ошибка. Субъект, подчиняясь неправильной психической оценке, избирает план осуществления решения. Такая неосознаваемая ошибка в психическом регулировании поведения и приводит к отрицательному результату. Правда, субъект нередко не предпринимает активных действий, а просто полагается на свой расчет, но и в такой пассивности заключается психическое регулирование, именно в ней и состоит выбор варианта поведения и плана его осуществления (ничего не предпринимать). Как видим, дело здесь не в одном нежелании. При самонадеянности наступают последствия, которые противоречили воленаправленности поведения субъекта. Правильно в литературе отвергается «двойное предвидение» (наступления или ненаступления

последствий), но не потому, что в момент принятия решения, выбора поведения должен всегда учитываться лишь единственный результат¹²², а потому, что этот вид вины исключает сомнения, налицо именно уверенность в ненаступлении отрицательных последствий. А вообще, избирая вариант поведения с учетом имеющегося варианта последствий, субъект может исключить другой вариант. Уверенный в благополучных последствиях, он сознательно направляет свое поведение на нарушение нормы, правил предосторожности¹²³.

По мнению М- Г. Угрехелидзе, наступление противоречащих воленарправленности последствий обусловлено ошибкой в этой воленарправленности, продиктованной установкой (в аналогичных ситуациях вред предотвращался). Но ошибочная уверенность, «продиктованная» установкой, не исключает оценку ситуации, а предусматривает ее. Уверенность – прежде всего осознание последствий. Такое осознание, в первую очередь, и опосредует волевой элемент – регулирование поведения. Вряд ли, поэтому, можно считать, что волевой процесс при самонадеянности строится на установочном представлении, которое является активной психической силой, толкающей действие в сторону опасных последствий, хотя совсем отрицать установку, видимо, в этих ситуациях нельзя. При самонадеянности регулирование порочно в своей основе, поскольку принято решение, построенное на ошибочном расчете, на необоснованной уверенности, но все же субъект направляет свое поведение к недопущению отрицательного результата, к его предотвращению и уверен в успехе. Как же можно отрицать наличие в этом случае волевого элемента, коль скоро «волевая функция» психики не относится к наступившим последствиям, да и вообще допускать возможность совершения преступления без участия воли?¹²⁴

Прав П. С. Дагель в том, что при самонадеянности аналогично любому сознательному поступку «деяние имеет определенную волевою направленность, исходит из определенных мотивов и направлено на определенную цель». При этом цель не охватывает общественно опасного последствия, поскольку субъект уверен, что они не наступят. Более того, нередко целью является как раз предотвращение последствий, которые предвидятся. В связи с этим справедливо возражение против включения в этот вид вины критерия риска¹²⁵.

Если в ходе «борьбы мотивов» субъект решается на то, чтобы действовать определенным образом, то это означает, что контрмотив недостаточно силен. Такая борьба, связанная с принятием решения, постановка цели добиться ненаступления отрицательных последствий – свидетельство волевого процесса. Правда, далеко не всегда целью самонадеянности является именно ненаступление последствий; указанная цель зачастую является побочной, сопряженной с другой самостоятельной целью¹²⁶. Однако психическое регулирование поведения направлено на исключение наступления таких последствий, возможность которых вообще не допускается. Переоценка касается и противодействующих обстоятельств,

и самой возможности наступления последствий. Субъект должен был и мог это предвидеть, если бы не проявил легкомыслия. Он предвидит и осознает противоправность, неправильность своих действий, проявление недостаточной предосторожности, но совершает такие действия, исключая последствия. Совершается волевое действие в силу порока сознания, приводящего к неправильному психическому регулированию поведения. Правильно рассматривая интеллектуальный элемент самонадеянности, В. Г. Макашвили, на наш взгляд, ошибается при оценке волевого элемента. Сравнивая самонадеянность с косвенным умыслом, он утверждает, что при допущении (косвенный умысел) имеется воля к осуществлению действий, ибо лицо учитывает возможный результат, а при самонадеянности «последствие не учитывается волей» из-за имеющейся уверенности в ненаступлении результата¹²⁷. Отсутствие связи воли с результатом по причине уверенности означало бы полную пассивность, бездействие субъекта в ожидании наступления результатами большинстве же случаев ситуация совсем иная. Да и при бездействии, как было отмечено выше, наличие воли вообще отрицать нельзя. Иногда за бездействием даже не признается внешнего акта поведения человека, но и в тех случаях, когда такой акт признается, далеко не всегда его считают волевым. Это одна из сложных проблем. Правильно понимая причинность бездействия, Б. С. Волков оценивает бездействие как волевой акт¹²⁸. Вообще весьма сомнительно само выражение «последствия не учитываются волей». Воля здесь путается с сознанием, хотя, конечно, осознание возможности предотвращения отрицательных последствий играет решающую роль в характере волевого процесса.

В юридической литературе нередко уверенность, расчет относят не к интеллектуальному признаку, а к волевому. Иную позицию занимает П. С. Дагель, полагая, что здесь имеются и интеллектуальный, и волевой признаки. Сознание того, что обстоятельства, которые субъект имеет в виду, не приведут к отрицательным последствиям, составляет интеллектуальную сторону. Активное нежелание наступления этих последствий и то, что мотивом поведения является расчет на предотвращение – составляют волевою сторону, не говоря уже о том, что не предотвращение нередко выступает в качестве цели¹²⁹. Но желание имеет связь с последствиями, наступление которых не ожидается, а не с уверенностью; цель – с предотвращением, а не с той же уверенностью. Здесь не разные аспекты одного и того же, а разные элементы данного вида вины. Нужно отметить, что в расчете заключается обычно выбор вариантов, относящийся к волевому моменту.

С точки зрения советской психологии, психическое состояние уверенности – сложное по своей структуре. В уверенности есть компоненты познавательные, эмоциональные и волевые. При уверенности имеется ясный взгляд на положение дел, на задачи и средства их осуществления; она сочетается с эмоциональным подъемом и, наконец, она активное волевое состояние, необходимое для настойчивости в преодолении трудностей¹³⁰.

Итак, самонадеянность характеризует осознание противоправности (общественной опасности) поведения, уверенность в ненаступлении отрицательных последствий ввиду неосознанной ошибки в регулировании поведения на их недопущение.

Вопрос об обосновании, с точки зрения волевого элемента, небрежности, как отмечено выше, один из самых спорных в правовой науке. Существовало даже мнение о том, что небрежность является сознательным неподчинением воли угрозе наказания; допускается противопоставление вины и воли, называется «виновная воля» и т. п. Как утверждает В. Г. Макашвили, попытки открыть в неосторожной вине волевой момент привели: в конце концов к отрицанию вины в преступной небрежности¹³¹, хотя мы никак не можем понять, как может отсутствовать или присутствовать вина «в небрежности», которая и означает вину.

Индетерминистская концепция признавала только умышленную вину. Если преступление волевой акт, то небрежность и вина как полагали, взаимоисключающие понятия; попытки найти момент воли в неосторожности, как утверждали, терпят; неудачу и имеет место объективное вменение¹³². Нередко при определении небрежности все сводится к интеллектуальному моменту: субъект не осознает последствия, но должен их сознавать. Иногда еще отмечают интеллектуальную оценку противоправности (общественной опасности) своего поведения. На волю в определениях небрежности обычно внимания не обращают, указывая при этом, что не осознание поступка исключает его мотивацию и постановку цели. Нигилистическое отношение к волевому элементу подвергалось критике. Отмечалось, что за незнание нельзя упрекать, а вот за то, что совершил волевой акт не зная, упрек возможен¹³³. Но даже те ученые, которые относятся отрицательно к волевому элементу при небрежности, все же не исключают того, что небрежный поступок в большинстве своем мотивирован, и . целесообразен¹³⁴.

Спорно разграничение элементов вины при небрежности, так же как и при самонадеянности, лишь по признакам – пассивности сознания и воли, их недостаточной интенсивности. Ошибочно и мнение Б. С. Утевского, отождествлявшего волю при умысле небрежности и видевшего различие между ними лишь в отсутствии предвидения, а отсюда в отсутствии данных для постановки вопроса об отношении (желании, нежелании) к последствиям¹³⁵. Конечно, психические процессы совпадают, но ведь не это определяет форму и вид вины. Нужно обратиться к содержанию, характеристике процессов, к их сути. Безусловно, что намерение совершить поступок есть и при небрежности, но само по себе намерение не признак ни умысла, ни неосторожности¹³⁶. Важно, какое это намерение, даже не с точки зрения его объективного содержания, а с точки зрения его психологической характеристики. При умысле намерение направлено на осознанный преступный результат, при небрежности такой результат не осознается (хотя и должен осознаваться). Осознается другой результат, на него и направлено психическое регулирование. То же можно сказать о выборе варианта

поведения. Не осознается его противоправность (общественная опасность), но вариант поведения избирается сознательно, нередко из многих возможных. Преступные последствия при небрежности побочны, как при самонадеянности и при косвенном умысле, и также являются следствием волевой сознательной деятельности, но сознательная сторона здесь сужена – субъект непредусмотрителен. А. А. Пиоптковский видит в этом особый характер воли лица (поверхностное и невнимательное суждение о своих действиях)¹³⁷. Трудно согласиться с тем, что интеллектуальный элемент вины оценивается как особый характер воли. Конечно, связь интеллектуального элемента с волевым и здесь несомненна и разделить их можно лишь условно, но все же прежде всего неосознание проявляется с точки зрения интеллектуальной оценки, влияя, несомненно, на психическое регулирование поведения. Главная специфика волевого процесса при небрежности заключается в том, что волевой процесс – психическое регулирование поведения осуществляется в ином направлении, не на данную цель, не на вредный результат. Ради достижения другого результата и предпринимаются психические усилия, и осуществляется борьба мотивов, выбирается решение, пути и средства его реализации. Небрежность – не пассивность субъекта. Он регулирует свое поведение, но регулирует не в том направлении. И именно такое регулирование, такой выбор пути и приводят к отрицательным последствиям. Именно то, что не были приняты необходимые меры, не избран иной вариант, что не было все учтено и сделано, вышло из границ психического регулирования, из целенаправленности психических усилий – и стало причиной отрицательного результата. Не нужно мекать здесь поглощения виной другого условия ответственности – «причинной связи». Причинная связь – категория объективная, а мы говорим о психическом, субъективном регулировании. Но, конечно, неправильное психическое регулирование приводит к возникновению объективной причины правонарушения.

При небрежности целенаправленность поведения не совпадает с результатом. Например, субъект стремится ускорить работу, упрощает технологию, не предвидя (но должен был и мог это сделать) снижение качества продукции и переход ее в брак. С точки зрения психического регулирования, и желание, и цель, и выбор решения были направлены на одно, но фактически объективно вели и привели к другому¹³³. При неосторожности вредные последствия не являлись «предметом воли лица», по все равно являлись результатом поведения волевого. Правда, в некоторых случаях волевые усилия оказываются недостаточными¹³⁹. Утверждают, что субъект сознательно не прилагает усилий к предвидению наступившего результата, он беспечен, его сознание его воля недостаточно интенсивны и целеустремленны¹⁴⁰. Он не использовал реальную возможность предотвращения вреда значит пренебрег интересами, но все равно – это волевой процесс единый и нередко весьма активный и интенсивный. Этот процесс определяет вину лица и его ответственность. Правильно считают что не предвидение последствий наступает в результате выбора ошибочного

решения¹⁴¹, -что подчеркивает волевой характер' поведем мня, хотя и свидетельствует о пороке воли. При неосторожности нет ответственности за не наступивший отрицательный результат. Нет ее прежде всего потому, что психическое регулирование было направлено не на данный результат и оно оказалось правильным.

Полагают, что каждый вменяемый человек обладает возможностью оценивать свое поведение и предвидеть последствия, но ведь в этом-то и вся суть. Каждый вменяемый человек обладает возможностью исключать нереальные последствия предвидеть их не наступление, иначе был бы ад, а не нормальная жизнь. Утверждают, что психическое отношение при небрежности презумптивно. Человек способен и предвидеть, и правильно руководить своим поведением. Неиспользование этого при избирательности поведения порождает ответственность¹⁴². Такая точка зрения подвергнута критике со ссылкой на то, что потенциальная возможность не доказывает волевой характер совершаемого. Признак возможности относится к интеллектуальному моменту, а не к воле¹⁴³. Мнение, о том, что лицо может быть - ответственно при отсутствии проявления воли, когда была возможность совершения волевого действия, основано на понимании воли не в качестве процесса психического регулирования поведения. К уровню установки' (бессознательного) относит неосторожность М. Г. Угрехелидзе. По его мнению, сознание и воля не могут быть первоисточниками отклонений и ошибок от целесообразного поведения¹⁴⁴. Но ведь и цель может быть порочна, и выбор поведения неправильный, и регулирование поведения может быть направлено не на то, на что следовало его направить.

(Считают, что психическое отношение к результату: невнимательность, непродуманность, безалаберность – реально существующее отношение. Ведь бездействие не простое «ничто»¹⁴⁵. В принципе это верно, но и при косвенном умысле, и при самонадеянности может быть безалаберность, непродуманность и т. д. Они понятия объективные и являются следствием психического отношения, психического регулирования, т. е. волевого и интеллектуального процессов. Но они, со своей стороны, оказывают обратное влияние на психические процессы, детерминируют их. Встречалось и такое любопытное утверждение: при этой форме вины проявляется небрежность при напряжении сознания и воли¹⁴⁶. Но ведь это же нонсенс – небрежность определяется через небрежность. Как правильно утверждает Б. С. Волков, последствия могут и не соответствовать намеченной субъектом цели, т. е. не являться выражением его воли, но отсюда делается вывод, что напрасно старание заполнить психическую пустоту небрежности и определить ее волевое содержание применительно к последствиям, его нужно искать в самой деятельности¹⁴⁷. И хотя автор решительный противник позиции финалистов, понимающих противоправное поведение не как объективированный акт воли, а в качестве чисто психического процесса, он фактически отказывается от своего же утверждения о том, что сущность волевого процесса в целенаправленности, повторяет допущенное раньше отождествление объективного действия с его психическим регулированием.

И все же Б. С. Волков указывает, что лицо подлежит ответственности, когда способно сознательно регулировать свое поведение. Особо отмечается направленность воли на само деяние при усеченных составах преступления. Еще раз отметим, что волевое поведение не только связано с последствиями. Регулируется само действие, независимо от того, достигнута ли уже этим действием цель или еще не достигнута. Значит, волевой элемент при неосторожной вине не характеризуется какой-то неполнотой или недостаточной интенсивностью, а иным содержанием, иным регулированием. Конечно, нельзя исключить необходимость мобилизации психических усилий на предвидение возможности наступления последствий, но не только в этом заключается волевой процесс при неосторожности и порочное отклонение волевого процесса от регулирования нормального поведения. О наличии воли к совершенному действию говорит и Б. С. Утевский, правильно обращая внимание именно на психический процесс – желание, борьба мотивов, проявление решимости к действию¹⁴⁸. Но такая направленность волевого процесса, как сознательная беспечность, сознательное нежелание предусмотреть последствия, фактически превращает небрежность в умышленную вину. Ответственность следует за неправильную воле направленность при наличии возможности избежать этого. Волевой признак не включен, как полагают, в определение небрежности по соображениям законодательной техники, хотя нельзя исключить проявление решимости, усилий и при небрежности¹⁴⁹.

Признается наличие психологической активности при ситуации так называемого опущения. До противоправного бездействия – опущения у субъекта имелась установка к надлежащему действию. Ее основанием является потребность покоя (бездействия), при определенной ситуации действует выработанная установка к данной потребности. Действие установки наблюдается и при ситуации растерянности – «дезинтеграции личности». Таким образом, даже при не осознании – неосторожных действиях нет пустоты в психике, поскольку деяние возникает при участии установки – особого психического состояния. Чаще же небрежность выражается в не предвидении последствий, но в осознании отдельных фаз поведения. Достаточно ли такое осознание для признания волевого действия? Психологи отвечают на это отрицательно, полагая, что в данном случае налицо импульсивное поведение. К признанию импульсивности такого поведения присоединяются и отдельные юристы¹⁵⁰. В то же время отрицается отнесение всей неосторожности к импульсивной сфере. Так можно любое преступление признать не волевым, а импульсивным или одновременно и тем и другим, ибо, наряду с предвиденными результатами, возникают часто и непредвиденные. Кстати, ссылаются на то, что даже при импульсивном поведении, когда отсутствует сознательно-волевой контроль, если была возможность воздержаться от реализации поведения, нельзя исключать ответственность¹⁵¹. Но в этом случае нельзя утверждать об отсутствии воли.

Хотелось бы напомнить слова Ф. Энгельса: «...в истории общества действуют люди, одаренные сознанием, поступающие обдуманно или под

влиянием страсти, ставящие себе определенные цели. Здесь ничто не делается без осознанного намерения, без желаемой цели»¹⁵². Другой вопрос: на что направлены обдуманность, намерение и цель, на что направлено регулирование поведения, не отклонилось ли оно от намеченного, от конкретной воле- направленности. С точки зрения интеллектуальной, отношение выражается в ошибочном не учете последствий, в порочном их не осознании, не предвидении. Таким образом, небрежность характеризует: ошибочное не осознание противоправного (общественно опасного) поведения и его вредного результата, заключающееся в неиспользованной возможности и неучтенной необходимости такого осознания, а также психическое регулирование поведения на достижение других целей, не препятствующее наступлению отрицательных последствий.

Видимо, и неосторожность не может ограничиваться указанными двумя видами, с учетом различного сочетания волевых и интеллектуальных элементов. Однако из этого не следует вывод о возможности разделения неосторожности на правовую и волевою. Воля имеется всегда, а учет объективных ситуаций и субъективных возможностей (растерянность „в сложных ситуациях) – уже их оценка- Нужно различать и степени того или иного вида вины с учетом не только предвидения, но и характера желания, интенсивности волевых усилий и т. п.

Нормы предосторожности требуют определенного регулирования поступка, его внутренней и внешней сторон. Они обращены к сознанию, требуют напряжения психических сил для предвидения возможности наступления общественно опасных последствий, действия или бездействия для предотвращения последствий, обязанности применить психические усилия в определенном направлении для совершения определенного внешнего поведения¹⁵³. Это правильный подход к вопросу. Если вопреки таким нормам регулирование поведения идет в другом направлении, воле направленности противоречит им, то налицо вина. Чтобы признать ее небрежной, необходимо признать возможность осознания отрицательных последствий и регулирования поведения на их предотвращение. Субъект мог и должен был правильно регулировать свое поведение, поскольку мог и должен был осознавать противоправность (общественную опасность) поступка, осознавать и предвидеть отрицательный результат. Но помимо ошибочной направленности есть еще один порок воли – недостаточное напряжение психических сил, недостаточное регулирование с целью превращения возможности осознания, предвидения в действительность¹⁵⁴. Итак, мы полагаем ошибочным определение небрежности только исходя из интеллектуального элемента. Необходимо сочетание интеллектуального и волевого элементов.

Глава 10. ПОРОК ВОЛИ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЯ

Существуют две стороны в сделке: внутренняя и внешняя – субъективная и объективная. Последняя рассматривается как выражение

вовне субъективной стороны. Ее именуют волеизъявлением – действием, вызывающим возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей, т. е. внешним выражением воли. В. П. Шахматов, правда, говорит о выражении воли и желания¹, что, конечно, не очень точно, но он правильно подчеркивает недостаточность одного лишь желания. Более того, автор обращает внимание на то, что волеизъявление регулируется сознанием, что оно всегда является результатом интеллектуального и волевого процессов. Это правильный вывод. Автор справедливо считает, что само волеизъявление всегда является средством достижения определенной цели. И все же нужно четко различать объективные действия и субъективные, психические процессы. Само действие – волеизъявление является определенной целью, для достижения которой избираются конкретные средства, осуществляется психическое регулирование. Правильно подчеркивается, что любое волеизъявление представляет собой органическое сочетание внутреннего и внешнего, их единство. Лишь постольку, поскольку «я проявляю себя, поскольку я вступаю в область действительности, – я вступаю в сферу, подвластную законодателю»³.

И все же нередко возникает вопрос: чему следует отдать предпочтение при определении действительности сделки – подлинной воле или ее внешнему изъятию. Встречаются разные суждения. Так, например, высказывалось мнение, что решающее значение имеет волеизъявление⁴. Есть и противоположная точка зрения⁵. Нет сомнения в том, что воля должна быть распознаваема для других и это определяется по волеизъявлению. Но в указанном случае мы исходим из презумпции правильности волеизъявления. Как любая презумпция, и данная может быть опровергнута. Но дело не только в возможности опровержения презумпции, а в том, что нельзя не учитывать действительное содержание воли, о чем говорят статьи 53, 57, 58 ГК РСФСР, нельзя при наличии сомнения не устанавливать подлинные намерения субъекта, формально основываясь на волеизъявлении. Сама возможность оспорить заключенные сделки в установленных законом случаях говорит о том, что законодатель исходит в принципе из необходимости соответствия волеизъявления подлинным намерениям сторон⁶.

Особые дискуссии указанная проблема вызывает в буржуазной юриспруденции. Согласно волевой теории Савиньи, Виндшейда, волеизъявление является лишь средством для распознавания воли. Эта теория строилась на базе гегелевской философии права, которая была подвергнута критике К. Марксом⁷. Волевая теория применительно к сделке исходит из того, что значение имеет не то, что сказано, а что имелось в виду. Но тем самым можно было подвергнуть сомнению и оспорить любой договор, что нарушало интересы коммерческого оборота. Изжившая себя, вступившая в противоречие с интересами крупной буржуазии волевая теория уступила место теории изъятия Иеринга, Годэмэ и др. Согласно этой теории, сделка признавалась действительной, даже если она поражена внутренними пороками. Появилась и объединяющая эти обе теории теория

доверия Дербурга и других, попытка заменить указанную проблему проблемой основания: субъективное (представление о содержании) и объективное (существующие обстоятельства). Если не колеблется объективное основание, то сделка не может признаваться недействительной⁸.

В чем же выражается воля в сделке? В. П. Шахматов указывает, что воля в сделке представляет собой сознательную целеустремленность субъекта⁹. И все же вся в сделке не просто, вернее, не только целеустремленность субъекта, а психическое регулирование его поведения, результатом которого является заключение сделки. Иногда считают, что сделке как волевому акту свойственны психологические моменты. Но эти моменты свойственны не сделке, а регулированию поведения субъекта, направленному на заключение сделки и ее исполнение. Иначе получается абсурд: субъективное составляет содержание объективного.

Концепция внутренней воли фактически не что иное, как психическое регулирование, волевой процесс. Не очень точно волеизъявление считать внешней волей в отличие от внутренней. Волеизъявление – выражение воли вовне. Искаженное выражение воли может воспрепятствовать заключению сделки или привести к спору о ее действительности. Итак, утверждают о принципе единства, полного соответствия воли и волеизъявления. Вот здесь и возникает необходимость более точно раскрыть данное положение, исключить сведение «внутренней» воли только к одному желанию. Поскольку воля – это единый процесс психического регулирования, то так называемый «порок воли») возникает обычно не тогда, когда происходит заключение сделки, когда дается согласие на ее заключение, иными словами, когда психическое регулирование воплощается в действии, а на стадиях внутреннего во

левого процесса. Как правило, он происходит на стадии принятия решения в результате допущенной ошибки или постороннего влияния. Нельзя игнорировать и ошибку в интеллектуальной оценке (например, принял предмет за другой). Но поскольку эта оценка формирует волю, допустимо говорить о воле и ее пороках. Таким образом, о пороке волеизъявления (если не брать во внимание возможные ошибки в самом оформлении сделки) в прямом смысле нельзя говорить. В то же время нельзя отрицать неправильное, порочное волеизъявление, основанное на порочной воле. Другое дело – необходимость производить различие в самих пороках воли, отличать порок намерения от порока решения. Исходя из такого различия, можно, видимо, говорить о порочном волеизъявлении, отражающем порочное, неправильно сложившееся решение, противоречащее подлинным намерениям субъекта. Совершенно очевидно, что угроза, обман, насилие, заблуждение и т. п. влияют не на объективное действие – волеизъявление, а на волю субъекта, на психическое регулирование действия, на принятие вынужденного решения по поводу заключения сделки или на формирование ошибочного намерения. И в том и в другом случае речь идет прежде всего о пороке воли. Правильно указывается на необходимость того, чтобы процесс формирования внутренней воли протекал нормально, без

извращения его со стороны внешних обстоятельств. При этом порок воли будет как в случае ее неправильного формирования, так и в случае несоответствия волеизъявления внутренней воле. Если волеизъявление обусловлено неправильно сформированной волей, закон не дает предпочтения волеизъявлению. И все же, по мнению многих ученых, сделка – это действие, волеизъявление, т. е. фактически предпочтение отдается волеизъявлению, кроме случаев, указанных в законе. Порок волевого решения, а в установленных случаях порок волевого намерения приводят к признанию сделки недействительной.

Правильное понимание воли ставит под сомнение правильность выражения: «единство воли и волеизъявления», «соответствие воли волеизъявлению». О единстве вообще в данном случае трудно говорить, разве что в смысле неразрывной связи. Что касается соответствия, то оно лишь относится к желанию, намерению, но не к воле в целом, ибо психическое регулирование, как таковое, многие его элементы (выбор решения и т. п.) никак нельзя считать соответствующими волеизъявлению. Следует говорить о соответствии или несоответствии волеизъявления волевому намерению, о том, основано ли оно или нет на свободном волевом решении, вытекает или нет из правильного психического регулирования, является или нет следствием его. Таким образом, принципа соответствия волеизъявления воле фактически нет. Есть принцип соответствия решения намерению¹⁰

По мнению Н. В. Рабинович, основное значение нужно придавать существу, а не форме¹¹. Ее отношение к воле, безусловно, правильное, но дело, конечно, здесь не в форме и содержании. Волеизъявление – выражение воли, но не ее форма. Оно результат действия воли, результат психического регулирования, его объективная цель, его продукт. Автор правильно указывает, что коль скоро формирование воли происходит ненормальным путем, лучше говорить не о несоответствии подлинной воли воле выраженной (волеизъявления внутренней воле), а о «порочности формирования воли»¹². Иногда употребляют выражение: «несогласие между выражением воли и действительной волей». Но что следует понимать под согласием? Ведь бывает и отсутствие намерения, а все же решение принято, выбор сделан, психическое усилие к волеизъявлению осуществлено. Налицо согласие, поскольку воля не только пассивное желание.

Воздействие на участника сделки, на его волю недозволенным способом с целью добиться заключения сделки является нарушением закона. Порок воли здесь не в смысле ее направленности, цели, а в смысле ее образования. Возникает противоречие между истинным намерением и решением, которое принято под внешним влиянием¹³. Сделки, заключенные путем неправомерного воздействия на волю субъекта, могут быть оспорены по его воле, в пределах срока исковой давности. Должно ли все же считаться такое волеизъявление сделкой до момента оспаривания или после истечения срока исковой давности? Закон говорит, что оспоренная указанная сделка признается недействительной с момента ее заключения, поэтому такое

волеизъявление с момента возникновения должно предполагаться – презюмироваться противоправным и не признаваться сделкой. Но коль скоро такая сделка не будет оспорена в пределах установленного срока, происходит поворот презумпции – презюмируется уже последующее согласие на заключение такой сделки, т. е. ее правомерность. Происходит «ретроактивность решения», означающая то, что порок воли (решения) компенсирован новым решением – не возбуждать спор, согласиться (независимо от мотивов) с произведенным волеизъявлением. Конечно, в этом случае нельзя утверждать, что обязательно- возникло последующее намерение на заключение сделки, но можно презюмировать, что существует намерение и решение на сохранение возникших отношений, на не оспаривание сделки. С точки- зрения последствий, здесь разницы нет.

К собственно порокам воли, к ее дефектам в теории права относят: неправильность содержания, противоречие воли нормам права, изъявление воли недееспособным лицом, извращение подлинной воли из-за неправильного представления или из-за давления. Наряду с этим различают: а) дефекты выражения воли (волеизъявления) – нарушение формы или двусмысленное выражение; б) несоответствие между волей и волеизъявлением – описки, обмолвки, мнимость и притворность сделок, расхождение между волей представителя и представляемого; в) отсутствие воли третьих лиц (согласия родителей, попечителей, участников общей собственности)¹⁴. С такой (в принципе правильной) классификацией полностью согласиться нельзя. Так, например, мнимая сделка заключается без цели породить действительные гражданские правоотношения по намерению сторон, которые сознательно, «по своей воле» заключают такую сделку. Аналогичным образом заключается притворная сделка с целью прикрыть другую. Здесь нет несоответствия воли волеизъявлению, а, наоборот, полное соответствие. Скорее всего, налицо особый вид дефекта воли и одновременно волеизъявления – сокрытие намерений. В указанных случаях порочность воли заключается в направленности регулирования на то, чтобы скрыть подлинные намерения¹⁵. Вызывает возражение и сам подход к порокам воли. Что такое неправильность содержания, противоречие воли нормам права? Сама по себе воля только психическое регулирование. Следует сделать уточнение, указав, что к дефектам воли относится порочность цели, воле направленности, заключающейся в намерении добиться противоправного результата, совершения противоправных действий, заключения сделки, противоречащей правовым нормам. Относят ошибочно к порокам воли и недостатки воле способности (сделка с недееспособным лицом).

Рамки настоящей работы не позволяют остановиться на всех случаях пороков воли и ошибок волеизъявления. Да в этом и нет надобности. Затронем лишь отдельные вопросы, имеющие непосредственное отношение к формированию и содержанию воли, к регулированию ее изъявления. Одной из таких проблем является проблема заблуждения и обмана. Заблуждение считают несогласием между выражением воли и действительной волей или

пороком выражения воли. Но как мы уже отметили, имеет место не несогласованность, не порок выражения воли, а порок самой воли, ее формирования, намерения субъектов. Правильный вывод сделан И. Б. Новицким о том, что при заблуждении можно говорить о пороке воли, ибо «хотя волеизъявление здесь вполне соответствует воле лица, но сама воля, само внутреннее решение складывается под влиянием ошибочного представления»¹⁶. Но не всякое заблуждение влечет опровержение сделки. Для таких последствий заблуждение должно означать отсутствие намерения на заключение подобной сделки. В таком случае даже нельзя говорить о пороке соглашения, ибо такового вообще нет.

Различают заблуждения в природе самого соглашения и в тождестве объекта. Здесь прежде всего порок сознания, неправильное представление о намерении другого. Ошибочное осознание приводит к ошибочному (порочному) регулированию собственного поведения на достижение неправильно осознанной цели – за заключение сделки, которая таковой не может быть признана, поскольку намерения, воля обеих сторон по поводу ее заключения должны совпадать. Заблуждаются обе стороны, у обеих имеются не только ошибки в осознании, но и полное не осознание предполагаемого соглашения, приведшее к пороку намерения – воли. Волеизъявление субъектов в данном случае должно признаваться не оспоримым, а ничтожным. Это видимость соглашения. Все отрицательные последствия относятся на них, как на заблуждающихся субъектов, без права возмещения друг с друга убытков.

Заблуждение в тождестве, как его называют, правильнее считать заблуждением в тождестве существенных условий соглашения, без которых двусторонняя сделка не может быть признана действительной, состоявшейся. От заблуждений другого характера этот вид заблуждения отличают не какие-то качественные или количественные признаки, как считают, а то, что такое заблуждение, аналогично первому, является обоюдным. Обоюдность заблуждения означает отсутствие соглашения, согласованных намерений, что является обязательным. Все последствия тождественны заблуждению в природе соглашения.

Наряду с указанными заблуждениями существуют и такие, которые лишь приводят к оспариванию волеизъявления–сделки, считающейся состоявшейся. Это заблуждение в сущности (в свойствах) и в лице. Для того, чтобы возникло право на оспаривание, чтобы возникли юридические последствия, необходима существенность заблуждения. Вопрос о существенности является сложным и спорным. Если объективный критерий, не зависящий от оценки субъекта, исходит из важности значения сущности (свойств) предмета, то субъективный критерий исходит из того, мог или нет субъект заключить соглашение, если бы ему была эта сущность известна. Правильнее исходить из соединения указанных критериев. Заблуждения в мотиве, в отдельных условиях и т. п., как правило, не приводят к оспоримости сделки. Мотивы не принадлежат к содержанию выраженной воли, и контрагент не может судить, насколько они решающие¹⁷. Но нельзя

забывать того, что мотив включается в волевой процесс, импульсируя цель- Как полагает Н. В. Рабинович, заблуждение в мотиве невозможно, а мотив, являясь внутренним побудительным импульсом, определяет включение в сделку какого-либо условия, так же как он определяет волю участника вообще¹⁸. Но ведь это не исключает возможности заблуждения, да и не всегда мотив определяет какое-либо условие сделки. Поэтому отрицать возможность признания существенности и такого заблуждения в исключительных случаях, по нашему мнению, нельзя.

Если вторая сторона видит существенное заблуждение другого субъекта, но умышленно молчит, она становится виновной в заключении сделки или совиновной и лишается права на получение возмещения. Более того, если в заблуждении нельзя винить заблуждающегося, если он не знал и не мог знать о своей ошибке, а вторая сторона знала об этом и умышленно молчала, то нужно говорить уже не о заблуждении, а об обмане со всеми вытекающими последствиями для виновной стороны. Но даже в тех случаях, когда порок воли заблуждающегося не связан с его виной, с его беспечностью и не допущена вина другой стороны (не знает о заблуждении, не мог знать), возмещает расходы заблуждающийся, хотя здесь нет ответственности, как об этом иногда говорят¹⁹. Поскольку отсутствует противоправность, в подобных ситуациях следует говорить о риске, о допущении отрицательных последствий, не остановившем от выбора определенного поведения²⁰. Вопрос о соотношении заблуждения и обмана вообще вызывает споры. Даже когда порочная воля сложилась в результате собственного заблуждения, порок воли мог не развиваться дальше, если бы не было умысла (например, при умолчании) второй стороны. Если у второй стороны была небрежность, а не умысел, нельзя говорить об обмане. И хотя в развитии порока воли – существенного заблуждения виновна вторая сторона, в данном случае речь может идти только о заблуждении. И все же о заблуждении не пресеченном, поэтому и следует иначе решать вопрос о возмещении расходов. А как быть, если заблуждение – ошибочное представление сложилось под влиянием третьего лица, не являющегося участником сделки и не действовавшего по сговору с другим ее участником? В подобном случае можно говорить только о заблуждении. Но если со стороны третьего лица был обман, выражающийся в умышленном сообщении неверных сведений, в умышленном склонении к заключению сделки (например, для того, чтобы получить в будущем выгоду от такой сделки для себя), следствием чего явился порок воли и ошибочное волеизъявление, нельзя субъекта лишать права оспорить действительность такого волеизъявления. В указанных случаях должно быть единое основание такого оспаривания – противоправные действия третьих лиц, поэтому, видимо, следует урегулировать в этой части законодательство. Но возникает сложная ситуация для второго контрагента, колеблется его уверенность в заключении сделки. Для него обманутый контрагент все равно ведь заблуждающийся, безразлично, по какой причине и по чьей вине. И все же существенность (а это несомненное условие) подобного заблуждения, возникшая вследствие

противоправности (речь идет не только об обмане, но и о насилии и угрозе), не должна влечь признания безусловной действительности сделки, заключенной с таким пороком воли. Нельзя согласиться с тем, что при существенном заблуждении порочность воли является основанием для признания сделки недействительной, а порочность волеизъявления – основанием для взыскания убытков. Речь идет только о пороке воли, который и является при определенных условиях основанием и того и другого.

Случайная обмолвка не считается, конечно, заблуждением. Нет здесь дефектной воли, ее порока, но волеизъявление основано на ошибке, оно не соответствует истинным намерениям. В этом права Н. В. Рабинович, как права она и в том, что о заблуждении можно говорить лишь в том смысле, что вторая сторона ошибочно принимает за истинное такое волеизъявление, ведь нельзя «ловить на слове»²¹. В аналогичных случаях для обмолвившегося субъекта мы встречаемся с иным пороком – несоответствием воли волеизъявлению.

Под влиянием обмана складывается ошибочное намерение, принимается неправильное решение, возникает порок воли, приводящий к ошибочному волеизъявлению. В буржуазных государствах иногда умолчание не признается обманом²². Не признаются обманом и малые хитрости – *dolus bonus* (приукрашивание товара для поднятия цены)²³. Нельзя говорить об обмане как о факте, приведшем к пороку воли, если он не имел решающего значения для образования такого порока. Одним из контрактов, опорочивающих такое значение, является вина субъекта, проявившего легковерие, беспечность, бездумно поддавшегося обману. По аналогии здесь можно утверждать, что со стороны «обманутого» допущена грубая неосторожность. Такая грубая неосторожность должна сохранять действие договора. Обман не просто отягчает заблуждение, как иногда считают, а является самостоятельным видом порока воли. Правда, утверждают, что если считать его пороком воли, а не волеизъявления – заблуждения, вызванного обманом, то причина будет приниматься за результат²⁴. Такое утверждение ошибочно, ибо обман есть причина, приведшая к искажению намерения и принятию ошибочного решения. Результат обмана не само волеизъявление, а формирование Болевого процесса. К иному выводу приводит неправильное понимание воли.

Обман может относиться к любому элементу сделки, в том числе и к мотивам ее заключения. Но необходимо, чтобы его влияние было существенным для формирования воли. Не совсем точно считать, что при обмане субъект лишается возможности сделать свободный выбор решения²⁵. Обман в отличие от насилия и угрозы, так же как заблуждение, может, например, являться пороком в предыдущих стадиях волевого процесса и неправильно формировать желание, намерение субъекта.

Угроза воздействует на психику субъекта. И. В. Рабинович, правда, уточняет, что воздействие происходит не столько на сознание, сколько непосредственно на волю путем применения психического принуждения; под влиянием страха субъект выражает свою волю, выбирая меньшее из двух зол.

Правильно отмечается ошибочность утверждения об отсутствии в данной ситуации воли и наличии лишь голого волеизъявления²⁶. При угрозе, как и при насилии, принуждение действует на психику субъекта- Субъект принимает решение, не соответствующее его истинным намерениям. Такая сделка может быть оспорена по причине порока воли (порока в выборе решения).

Существует мнение, что пороком волевого акта не только при угрозе, но и при насилии является не само насилие, а страх, опасность значительного зла для себя или близких. Но именно угроза и насилие воздействуют на волю, на принятие решения, создают порок воли, переходящий в порочность волеизъявления. Конечно, при несвободном выборе решения, при борьбе мотивов в психике учитываются не само насилие или угроза, а опасности, вызванные ими. Может быть, как правильно указывает Н. В. Рабинович, такое насилие, которое полностью парализует волю, превращая субъекта в «простое орудие» нарушителя. Здесь нельзя говорить ни о воле, ни о волеизъявлении, ибо нет субъекта сделки, а есть объект, лишенный воли²⁷. Но это уже вопрос о степени порока воли. При любом насилии (угрозе), если, конечно, нельзя было противиться им, имеется порок воли. Поэтому ошибочно утверждение, что при насилии порочно лишь сознание, так как оно не свободно.

В буржуазной литературе вопрос о насилии иногда связывают с категорией «крайней необходимости». Лишь страх, парализующий волю, а также требование другой стороны позволяли оспорить сделку. Однако практика и законодательство пошли потом по иному пути, признавая в подобных случаях насилие над волей, но лишь тогда, когда выгода находится в разительном противоречии с абстрактным критерием добрых иравоз²⁸. Совершенно очевидно, что крайняя необходимость здесь неприменима. Нужно, конечно, исходить не из весьма неопределенных, абстрактных критериев, а из того, что в особых случаях субъект может оказаться вынужденным принять такое решение, которое в обычных, нормальных условиях он не принял бы. Ситуация действует на волю, создает ее порок, приводящий к волеизъявлению, которое не может быть признано неоспоримым.

Мы затронули отдельные правовые, философские и психологические аспекты воли и волеизъявления. Работа носит полемический характер. Но сегодня для всех очевидно, что борьба мнений, полемика, дискуссия способствуют научному прогрессу²⁹. *Veritas semper ante* – истина всегда впереди! Несомненно, что дальнейшее фундаментальное изучение этих проблем обогатит советскую науку, сыграет положительную роль в практической деятельности правоприменительных органов.

ПРИМЕЧАНИЯ

ВВЕДЕНИЕ

• См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972, с. 15.

2 Явич Л. С. Общая теория права. Д.: Изд-во ЛГУ, 1976, с. 40.

3 См. там же.

4 См.: Керимов Д. А. Указ. работа, с. 17.

5 См.: Селиванов В. И. Психология волевой активности- Рязань, 1974, с.

10. В этой связи нельзя не отметить, что в капиталистических странах проблема воли нередко сводится к проблеме секса, связываемой с психологической сущностью воли и желания, а отсюда даже утверждается о кризисе воли (см.

например: May R. Love and will, N-Y, 1974).

6 Лебедев К. И. К вопросу об изложении теории воли в учебниках психологии. – Советская педагогика, 1950, № 1, с. 64.

7 См.: Селиванов В. И. К вопросу о понятии воли в психологии. – Учен. зап. Рязанского госпединститута, т. 59, М.: Просвещение, 1968, с. 96–97.

8 См.: Селиванов В. И. К вопросу о так называемом произвольном поведении. – Учение И. П. Павлова и философские вопросы психологии. М., Изд-во АН СССР, 1952, с. 401–403.

9 См.: Деин В. И. Воли. собр. соч., т. I, с. 15Э.

10 См.: Кедров Б. М. Философия как общая наука. – Вопросы философии, 1966, № 2, с. 49, 60, 62.

11 См.: Саиталов А. И. Уголовная ответственность и свобода воли. – Вестник МГУ. Экономика, философия, право, вып- I, 1968, с. 123.

12 См.: Волков Б. С. Проблема воли и уголовная ответственность. Казань: Изд-во КазГУ, 1965, с. 57.

13 См. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1947, с. 67.

14 См.: Антимоиов Б. С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М.: Юриздат, 1950, с. 88.

15 См.: Эдельгауз Е. К вопросу о понятии свободы воли в уголовном праве. – Правоведение, 1962, № 4, с. 140.

16 См.: Кашанина Т. В. Правовые понятия как средство выражения содержания права. – Сов. госуд. и право, 1981, № 1, с. 39-

17 Алексеев С. С. " Общая теория социалистического права. (Курс лекций). Свердловск, 1963, с. 27.

18 См.: Матвеев Г. К. Основания гражданскоправовой ответственности. М.: Юрид. лит., 1970, с. 20.

19 См.: Керимов Д. А. Указ. работа, с. 136.

20 См. там же.

21 См.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, 1958, с. 94-

22 В о л к о в Б. С. Указ. работа, с. 3.

23 Может вызвать сомнение правомерность термина «философия права». В работе отнюдь не ставится вопрос об отделении каких-то вопросов от философии и о создании особой науки. Речь идет о связи философских и правовых проблем, о преломлении в праве положений марксистско-ленинской философии (О соотношении философии с частными науками см.: Ойзерман Т. И. Проблемы историко-философской науки. М.: Мысль, 1969, с. 210–215). То же самое следует сказать и о психологии.

ГЛАВА 1

1 См.: Селиванов В. И. К вопросу о понятии воли в психологии, с. 96.

2 См.: Филиппов М. М. Понятие воли в советской психологии. Опыт определения воли. – Проблемы методологии и логики. Изд-во Томского ун-та, с. 123.

3 См.: Ко тырло В. К. Развитие волевого поведения у дошкольников. Киев: Радяйска школа, 1971, с. 22.

4 См.: Джемс В. Научные основы психологии. Спб., 1902, с. 328, 355, 360.

5 Изложение этой точки зрения см. у Э. Г а р т м а н а. Современная психология. М., 1902, с. 203.

6 См.: Ланге Н. Элементы волн. – Вопросы философии и психологии. М., 1890, кн. 4, с. 1–4.

7 См. там же, с. 17. Источником воли называли и «психическую энергию». (Изложение подобных взглядов Н. Я- Грота и других см.: Будилова Е. А. Развитие И. М. Сеченовым материалистической психологии в годы его работы в Московском университете. – В кн.: И- М. Сеченов и материалистическая психология. М.: Изд-во АН СССР, 1957, с. 158–161).

8 См.: Петражницкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. (Основы эмоциональной психологии). Спб., 1907, с. 165–175.

9 См.: Принятие решения человеком. – Материалы к 3 Всесоюзному симпозиуму по кибернетике- Тбилиси: Мецниереба, 1967, с. 5–7.

10 См.: Щербаков А. И. Волевые процессы и свойства личности. Л., изд-е ЛГПИ, 1963, с. 15.

11 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии. М.: Учпедгиз, 1940, с. 527–528.

12 См.: Выготский Л. С- Развитие высших психических функций. М., изд-е Акад. пед. наук, 1960, с. 350–358.

13 См.: Селиванов В. И. Психология волевой активности, с. 39.

и Селиванов В. И. Воля и ее воспитание. М.: Знание, 1976, с. 4, 6-

15 См.: Ковалев А. Воля и ее воспитание. Симферополь: Крымиздат,, 1949, с. 7, 17.

См.: Селиванов В. И. Сила потребности и волевое усилие. – Проблемы формирования социогенных потребностей. Материалы I Всесоюзной конференции. Тбилиси, 1974, с- 40, 41.

17 См.: Чхартишвили Ш. Н. О природе воли. Кутаиси, 1958. – Труды Кутаисского госпедпнститута, XVIII, 1958, с. 45; его же. Проблема мотива волевого поведения. – Автореф. докт. дне., Кутаиси, 1955, с. 27.

18 Энциклопедический словарь «Гранат», т. 11, с. 204-

Щербаков А. И. Волевые процессы и свойства личности, с. 6.

20 См.: Бакурадзе О. М. Свобода и необходимость. – Автореф. докт. дис., Тбилиси, 1964, с. 10.

Чхартишвили Ш. Н- О природе воли, с. 106.

22 См.: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 20, с. 494.

23 См.: Марксистская этика. М.: Полит, лит-, 1980, с. 305, 306.

24 См.: Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964, с. 113-

25 См.: Шерозия А. Е. К проблеме сознания и бессознательного психического. Тбилиси: Мецниереба, 1973, с. 15.

26 См.: Bryclen R. On taking liberties vill. – Philosophy. L., .1975, K ii9'1, p. 67.

27 См.: Волков Б. С. Детерминистическая природа преступного повеления. Изд-е Казанского университета, 1975, с. 20, 21.

28 Иногда говорят о «целеустремленности» (см.: Философский словарь. М-: Изд-во полит, литературы, 1981, с. 57).

29 Щербаков А. И. Указ. работа, с. 5.

30 См.: Психология. М.: Учпедгиз, 1962, с. 419.

31 См.: Левитов И. Д. О психических состояниях человека. М.: Просвещение, 1964, с. 153.

См.: Пиаже Жан. Избранные психологические труды. М.: Просвещение, 1969, с. 63.

33 Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. М., 1948, с. 36. Связывает волю с властью над вещами В. П-Шкретов (см.: Экономика п право. М.: Экономика, 1967, с. 361.

34 См.: Селиванов В. И. Психология волевой активности, с. 12, 41.

35 См.: Психология. М., 1966, с- 308. С этим иногда соглашаются и юристы (см., например: К а ш а и и н а Т. В. Указ. работа, с. 37).

36 См.: Барам н дзе Н. Х. Актуальная потребность и отдаленное мотивационное поведение. – В кн.: Проблемы формирования социогенных потребностей. Тбилиси, 1974, с. 11-

37 См.: Чхартишвили Ш. Н. Проблема мотива волевого поведения, с. 40.

38 См.: Кучевская Н. В. О понятии потребности в психологии. –В кн.: Проблемы формирования социогенных потребностей, с. 27, 28.

39 См.: Иванов П. И- Общая психология. Ташкент, 1967, с, 359.

40 См.: Симонов П. Предыстория воли. – Наука и жизнь, 1970, № 7, к.: 21, 22.

41 Ковалев А. Г., Мясищев В. Н. Психологические особенности человека, т. I- Изд-во МГУ, 1957, с. 149. Под волен понимают свободу, безграничность я т. п.

42 См.: Филиппов М. М. Указ. работа, с. 123 и сл.

43 Именно так нередко понимают волю (см., например: Селиванов В. И. К вопросу о понятие волн..., с. 99)-

44 См.: Рубинштейн С. Л. Указ. работа, с. 6, 8.

45 См.: Котырло В. К. Указ. работа, с. И, 22.

46 См-: Ч х а р т н ш в и л н Ш. Н. О природе волн, с. 66, 68.

47 См. там же, с. 70. Т. Рибо еще в прошлом веке различал 2 элемента 1ВОЛИ: состояние сознания и сложный психофизиологический механизм, который лишь один производит действие и прекращает его (См.: Воля в ее нормальном и болезненном состоянии. Спб., 1904, с. 7).

48 См.: Ч х а р т н ш в п л п Ш. Н. Проблема мотива волевого поведения, с. 43, 44.

49 См.: Дерябин В. С- Чувства, влечения, эмоции. Л.: Наука, 1974, с. 15,

143.

50 См. там же, с. 217.

51 См.: Рубинштейн С. Л. Указ. работа, с. 510.

52 См.: Джемс В. Указ. работа, с. 337-

53 Л а и ге Н. Указ. работа, с. 17, 18, 21.

54 Чхартишвили Ш. Н. Указ. работа, с. 93.

55 См.: Селиванов В. И. Воля п ее воспитание, с- 5, 7.

5В См.: Селиванов В. И. О психологических механизмах волевой активности. – Проблемы психологии волн. (Материалы IV науч. конференции). 'Рязань, 1970, с. 7.

57 См.: Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. Киев, изл- КГУ, 1955, с. 151. Нужно отметить, что сознание в данном случае понимается гв качестве осознания – интеллектуальной деятельности.

5В См.: Спиркнн А. Г. Сознание и самосознание. М.: Полит, лит., 1972.' с. 124.

ба Волю считают бесспорным элементом человеческого поступка (см-: Knauth K. Zur .Bedoutung des Unreclitsbewuptseins Гиг den Vorsatz im Zivih-echt. Tnaugiiral – Dissertation. Koln, 1977, § 40).

4,0 Называют внутреннюю волю и ее внешнее проявление – юридическую реализацию непосредственной цели (см.: Saieilles R. De la declaration de volonte. Paris, 1929, p. 4).

См.: Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность М.: Госюрнздат, 1954, с. 19.

И См.: Рубинштейн С. Л. Указ. работа, с. 513.

63 См.: Селиванов В- И. Проблема волн в советской психологии – Вопросы психологии, 1964, № 1, с. 87.

64 См.: К о т ы р л о В. К. О генезисе волевого поведення. Материалы 3 Всесоюзного съезда общ. психологов," т. 1, вып. 1, М., 1968, с. 334. 65

65 См.: Иванов П. И- Указ. работа, с. 369.

66 С с л П в а н о в В. И. К вопросу о так называемом произвольном поведении. – Учение И. П. Павлова и философские вопросы психологии. М.: Изд-во АН СССР, 1952, с. 401; см.: его же. Воля и ее воспитание. – Автореф. доктор, дис-, М., 1952, с. 13–14.

67 Е. М. Эдельгауз (см.: Указ. работа, с. 141–111) отрицает свободу воли, поскольку физиологи якобы не нашли в коре головного мозга для воли специфического механизма. Эта одиозная позиция вызвала решительный протест у юристов и психологов, по она свидетельствует и о недооценке физиологической науки. В то же время нельзя полагать, что в основе психических процессов лежат не только процессы физиологические, но и информационные, и не только они (см.: Дагель П. С., Котов Д. П. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронок, 1974, с. 9, 10). Информационные и другие подобные процессы в основе имеют высшую материальную форму – мозг, т- е. физиологическую основу.

68 Артемов В. А. Курс лекций по психологии. Харьков, Изд-во Госуниверситета, 1958, с. 310.

69 См.: В е к к е р Л. М. К постановке проблемы воли. – Вопросы психологии, 1957, Л5 2, с. 31–37.

70 См.: там же, с. 38–42. Высшую регуляцию считают собственно волевой П некоторые другие ученые (см.: Селиванов В. И. К вопросу о понятии воли..., с. 109).

71. См.: Веккер Л. М. Психические процессы, т. 2. Мышление и интеллект. Пзд-во ЛГУ, 1976, с. 339–340.

72 Селиванов В. И. Проблема воли в советской психологии, с. 84.

73 См.: Селиванов В. И. О психологических механизмах..., с. 3, 4, 7.

74 См.: Селиванов В. И. К вопросу о понятии воли.- , с. 102–104.

75 См.: Рубинштейн. Л. Указ. работа, с. 516.

См.: Корнилов К. Н. Воля и ее воспитание М.: Знание, 1957, с. 4-

77 См.: Р у д и к П. А. Психология. М., 1958, с. 227."

78 См.: Филиппов М. М. Указ- работа, с. 125.

79 См.: Ленинская теория отражения П современная наука. София: Наука и искусство, 1973, с. 148–149.

80 См.: Артемов В. А. Указ. работа, с. 310, 311; Л. Г. Воронин (см: Физиология высшей нервной деятельности- М.: Высшая школа, 1979, с. 279) утверждает, что мы почти ничего не знаем о саморегуляторных механизмах высшей нервной деятельности.

81 См.: Тугаринов В. Н. Личность и общество. М.: Мысль, 1965, с. 56.

82 См.: Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 18, с- 241. Нельзя не отметить, что некоторые буржуазные ученые, признавая связь волевой целенаправленной деятельности с мозговым механизмом, пессимистически утверждают о том, что этот механизм, вероятно, до конца никогда не будет раскрыт. (См.: Voden

Margaret A. Purposive Explanation in Psychology. Cambridge, '1972, p. 154–155). Т. Рибо определяет волю как «указ, которому подчиняются мускулы неизвестно каким образом». (Указ- работа, с. 18).

83 См.: Филиппов М. М. Указ. работа, с. 125. В. И. Селиванов отмечает, что движущей силой волевого развития является сам практический процесс. (См.: Вопросы воли в советской психологии. – Вопросы психологии и педагогики воли. Краснодар, 1969, с. 15).

84 Е. А. Лукашева определяет волю как способ реализации сознания вовне в конкретных практических действиях. (См.: Социалистическое правосознание и законность. М., Юрид. лит., 1973, с. 207). В юридической литературе справедливо критикуется концепция воли идеологического объекта правоотношения. (См.: Корецкий В. И. Авторское право на плановые научные работы. Душанбе, 1962, с- 18).

85 По утверждению Гегеля, воля является особым способом мышлениями.: Гегель. Соч., т. VII. Философия права. М., Л.: Соцэкгиз, 1934, с. 33). Этот вывод нужно понимать в том смысле, что воля – то особая функция мозга. Утверждают, что воля означает торжество сознания над чувствами и эмоциями, подчеркивая якобы этим относительную независимость сознания и воли (см.: Guillaume P. Manuel de psychologie. Paris, 1966, p. 221).

86. Гегель правильно указал, что невозможно обладать волей без интеллекта (см. там же). Конечно, недопустимо, как считали в прошлом, признавать- волю возбуждением посредством идей.

87. В психологии существовала подвергшаяся острой критике реактологическая концепция, которая исходила из антитезы разума и воли, например, утверждая, что интеллект является заторможенным волевым процессом, не превратившимся в действие. (См. по этому вопросу: Буднлова Е. А. Развитие теоретических принципов советской психологии и проблема мышления. – Исследования мышления в советской психологии. М.: Наука, 1966, с. 13).

88 Д. Н. Узнадзе активность относит к акту решения, указывая, что трудность исполнения не характерна для волевого поведения от начала до конца упорядоченного. (См.: Психологические исследования. М.: Паука, 1966, с. 381, 386).

89 У Видимо, об усилии как о свойстве воли говорит В. К- Давидович, указывающий на то, что воля – это всегда усилие, мобилизация внутренних потенциалов. (См.: Грани свободы. М.: Молодая гвардия, 1969, с. 159).

90 См.: Басов М. Я. Воля как предмет функциональной психологии, 1922, с. 7, 10, 26, 30. М. Я- Басов пришел к выводу, что воля не создает новых элементов в психике и в поведении, а только придает им новую организацию. В особой форме организации психической деятельности и заключается регулирующая функция воли. (См.: там же, с. 56); см. также: Басов М. Я. Избранные психологические произведения. М.: Педагогика, 1975, с. 7 – предисловие).

91 См. критику этих взглядов у М. М. Филиппова. Указ. раб., с. 126.

92 См.: Филиппов М. М- Указ. работа, с. 129. Ошибочно упоминание о регуляции как об элементе волн. Кстати, ученый говорит об активизации и регулировании, т. е. о разных процессах.

93 См. там же, с. 130.

94 См.: Котырло В. К. Развитие волевого поведения у дошкольников, с. 12.

95 Не случайно стоящие на иной позиции ученые считают, что решение трудной арифметической задачи – полевое действие, а решение простой задачи – неволевое.

96 См.: Котырло В. К. Указ. работа, с. 23.

97 См. там же, с. 39, 41. Т. Н. Сытин отмечает, что сущностью воли является волевое усилие – самый сильный, самый активный психический процесс. (См.: Волевое усилие. – Автореф. канд. дне., М., 1951, с. 1, 2, 7).

98 Станкевич Л. П- Социальная активность личности и воля. Проблемы психологии воли. (Матер. IV науч. конф). Рязань, 1974, с. 14.

99 В зарубежной науке характеристика воли как усилия приводит и к совершенно иному ее этическому аспекту – подавление влечений, контроль над сексуальными импульсами. (См.: May V. Love and will. N. Y., 1974, p. 181– 187, 189–191, 289). Автор рассматривает вопросы воли и любви с позиции психоанализа, при этом явно проявляются противоречия фрейдизма.

100 См.: Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве, с. 130-

101 См.: Та ганцев Н. С. Русское уголовное право, ч. Общая, 1908. Спб., с. 254.

102 Так, П. С. Дагель справедливо полагает, что «воля заключается в регулировании практической деятельности человека» (см.: Проблемы вины в советском уголовном праве- – Учен, зап., вып. 21, ч. 1. Владивосток, 1968. с. 36).

103 Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве, с. 97.

104 См.: Лешка с И. Вина как субъективная сторона преступного деяния. М.: Юрнздат, 1958, с. 23.

105 См.: Щербаков А. И. Указ. работа, с. 37.

106 В психологической литературе резкой критике подверглась интеллект дуалистическая концепция, рассматривавшая цель первоисточником волевого процесса и приводившая к телеологическому пониманию волевого акта.

107 См. Давидович В. Е- Проблемы человеческой свободы. Львов, Изд-во Университета, 1967, с. 184. Автор в принципе правильно понимает волю как единый процесс сознательного регулирования действия.

108 См.: Рубинштейн С. Л. Указ. работа, с. 143.

109 Сеченов И. М. Избр. философские и психологические произведения. М., 1947, с- 298.

110 См.: Рубинштейн С. Л. Бытие и сознание. М.: Изд-во АН СССР, 1957, с. 265–269.

111 Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 510.

112 См.: там же, с. 513.

113 Ошибочно понимание воли как сознательно-побудительного действия (См.: Guillaume P. Указ. работа, р. 210).

ГЛАВА 2

1 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 511.

2 См.: П а р н ю к М. А. Детерминизм диалектического материализма. Киев: Наукова думка, 1967, с. 79, 83.

3 См.: Куликов Л. А. Понятие детерминизма в марксистско-ленинской философии- М.: Высш. шк., 1973, с. 17.

4 См.: Буиге М. Причинность. М.: Иностран. лит., 1962, с. 7.

5 См., например, Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 3, с. 245. Этот вопрос исследует Е- В. Шорохова (см.: Марксистский подход к проблеме потребностей.- В кн.: Проблемы формирования социогенных потребностей. (Материалы 1-й Всесоюзной конференции). Тбилиси, 1974, с. 50.

6 См.- М я с и щ е в В. И. О потребностях как отношениях человека. – Учен, записки ЛГУ, 1959, № 265, с. 39.

7 См.: Узнадзе Д. Н. Экспериментальные основы психологии установки- – В кн.: Экспериментальные исследования по психологии установки. Тбилиси,

8 Леонтьев А. Н. Потребности, мотивы, эмоции. М.: Изд-во МГУ, 1971, с. 1.

9 Ананьев Б. Г. Психология чувств. М.: Изд-ние Акад. пед. наук РСФСР, 1960, с. 94.

10 См.: Шавгулидзе Т. Аффект и уголовная ответственность. Тбилиси: Мецниереба, 1973, с. 27, 28, 29.

11 См.: Архангельский Л- М. Социально-этические проблемы теории личности. М.: Мысль, 1974.

12 См.: Селиванов В. П. Психология волевой активности, с. 39.

13 См.: С п п р к н н А. Г. Указ. работа, с. 118, 119.

14 См.: Яковлев А. М, Преступность и социальная психология. М.: Юрид. лит., 1971, с. 29, 31.

15 См-: Обухов с кий К. Психология влечения человека. М.: Прогресс, 1971, с. 74. Н

16 См.: Волков Б. С. Детерминистическая природа преступного поведения, с. 97.

17 См.: Чхартишвили Ш. Н. Проблема мотива волевого поведения, с. 19.

18 См.: Новиков К. А. К вопросу о структуре свободного действия- – В кн.: Проблема свободного выбора и активность личности. Краснодар, 1972, с. 73.

19 См.: Д ж и д а рьян П. А. О месте потребностей, эмоции и чувств а мотивации личности. – В кн.: Теоретические проблемы психологии личности. М.: Наука, 1974, с. 158- Автор, правда, несколько принижает роль интереса, возводя необоснованно потребности н эмоции в ранг мотива.

- 20 См.: Леонтьев А. Н. Указ. работа, с. 28.
- 21 См.: Щербаков А. И. Указ. работа, с. 17.
- 22 См.: Давидович В. Е. Проблемы человеческой свободы, с. 199.
- 23 См.: Дерябин В. С. Указ. работа, с. 143, 218, 239. Это утверждение не имеет ничего общего с так называемым приматом волевого усилия как конечной власти над телесным механизмом. (См.: Ярошевский М. Г. Психология в XX столетие. М.: Полит, литература, 1974, с. 113).
- 24 См.: Джндарьян И. А. Указ. работа, с. 164.
- 25 См.: Симонов П. В. Что такое эмоция? М.: Наука, 1966, с- 36–37.
- 26 См.: Якобсон П. М. Психология чувств. М.: изд. Акад. пед. наук СССР, 1958, с. 24.
- 27 См.: Симонов П. В. Теория отражения п психофизиология эмоций. М.: Наука, 1970, с. 4, 127.
- 28 См.: Рубинштейн С. -Л. Основы общей психологии, с. 458–460.
- 29 Додонов Б. И. Потребности, эмоции и интересы. – Проблемы формирования социогенных потребностей. Тбилиси, 1974, с. 12.
- 30 См- там же, с. 19.
- 31 См.: Кучгвская Н. В. О понятии потребности в психологии. Тот же- сборник, с. 25–27.
- 32 См.: Й а д и р а ш в и л и Ш. А. Потребности и другие внутренние детерминанты, возбуждающие высокую активность. Тот же сборник, с. 30, 31.
- 33 См.: Селиванов В. И. Сила потребности и волевое усилие. Тот же сборник, с. 40.
- 34 См.: С п и р к н н А. Г. Указ .работа, с. 119–120.
- 35 См.: Н о в и ц к и й И. Б. Указ. работа, с. 9.
- 36 См-: Петелин Б. Я- Психологическая структура мотивов преступления. – Правоведение, 1978, А1» 1, с. 98–99; Его же. Мотивация преступного поведения. – Сов. госуд. и право, 1980, № 4, с. 109.
- 37 См.: С а б и к е н о в С. Интересы в системе факторов противоправного поведения. – Сов. госуд. и право, 1980, № 3, с. 28, 29.
- 38 См.: Ковалев А- Г. Психология личности. М.: Просвещение, 1965, с. 81.
- 39 См.: Михайлов М., Моты л ев А. Социализм и интересы. М.: Полит, лит., 1970, с. 5–6.
- 40 См.: Суховерхий В. Л. О соотношении субъективного гражданского права и интереса. – Материалы конференции по итогам НИР за 1966 г. Свердловск. Юрид- институт, 1968, с. 17.
- 41 См.: Джекебаев У. С. О социально - психологических аспектах преступного поведения. Алма-Ата: Наука, 1971, с. 61.
- 42 «Разделяет этот взгляд и В. П. Шахматов (см.: Составы противоправных сделок п обусловленные ими последствия. Томск: Изд-во Госуннверситета. с. 78).
- 43 С п п р к н н А. Г. Указ. работа, 121-

44 См. Глезерман Г. Интерес как социологическая категория. – Вопросы философии, 1966, № 10, с. 18.

45 Осознание субъектом «интересов не отменяет их объективности», – указывает С. И. Сабикенов (см.: Об объективном характере интересов в праве. – Сов. гос. П право, 1981, № 6, с. 38).

46 См.: Айзикович А. С. Важная социологическая проблема. – Вопросы философии, 1965, № 11, с. 167.

47 См.: Г у к а с я н Р. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970, с. 10–13.

48 Объективность интереса, его независимость от воли и сознания признают многие юристы (см., например, Чечет Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968, с. 29; М а с е в П ч М. Г., Покровский Б- В., С у л е й м е н о в М. К. Правовые вопросы материального стимулирования предприятия. Алма-Ата: Наука, 1972, с. 18–21; Тарковская Е. А. Эффективность правового регулирования материально-технического снабжения. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976, с. 18 и др.).

49 См.: Петелин Б. >1. Психологическая структура мотивов преступления, с. 97.

50 М а л е и н Н. С. Охраняемый законом интерес. – Советское государство и право- 1980, Л^о 1, с. 29.

51 Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве. – Сов. госуд. и право, 1967, № 1, с. 49–53. Подтверждает объективно - субъективную теорию интереса и Н. С. Малепн (см.: Гражданский закон и права личности в СССР. М.: Юрид. лит., 1981, с. 117).

52 См.: Свердлык Г. А. Гражданско-правовые способы сочетания общественных, коллективных и личных интересов. Свердловск, 1980, с. 12.

53 См.: Сабикенов С. Указ. работа, с. 29–30.

54 См.: Керимов Д. А. Указ. работа, с- 116–121.

55 См.: там же, с. 123–126.

56 См.: там же, с. 127–128.

57 См. там же, с. 133. Кстати, права Е- А. Лукашева в том, что не следует опасаться «психологизации» интереса, ибо все, что приводит людей в движение, не отделимо от их психики. (См.: Указ. раб., с. 179).

58 К П к и а д з с Д. А. Потребности. Поведение. Воспитание. М.: Мысль, 1968, с. 60-

59 На то, что интерес по своему социальному содержанию шире и сложнее потребностей, справедливо указывает Г. А. Свердлык. (Указ. работа, с. 34). Е. П. Губин, возражая против отождествления потребностей с интересами, последние считает отношением субъекта к условиям его существования и деятельности. (См.: Обеспечение интересов в гражданско-правовых обязательствах.– Автореф. канд. дне., М., 1980, с- II). Как полагает М. В. Демин, интерес имеет свое назначение и не отождествляется с потребностями. Он видит их различие в различии целей (производство и поглощение), в господстве человека над условиями и в подчиненности им; в

неудовлетворении без деятельности и в легком удовлетворении. (См.: К вопросу о природе интереса. – Философские науки, 1972, № 3, с. 36).

60 См.: Плахотный А. Ф. Свобода и ответственность. Харьков, 1972, с. 16.

61 Указанное не должно означать понимание интереса в качестве психических черт людей или, как его иногда определяют, – целенаправленноеTM мыслей и действий, отражающих потребности (см.: А й з и к о в и ч А. С. Указ. работа, с. 165).

62 См.: Здравом и слов А. Г. Проблема интереса в социологической литературе. Л.: Изд-во ЛГУ, 1964, с. 6–7.

63 См.: А й з и к о в и ч А. С. Указ. работа, с. 16.

64 См. Узнадзе Д. Н. Психологические исследования. М.: Наука, 1966, с. 366.

65 См.: Чхартишвили Ш. Н. Некоторые спорные проблемы психологии установки. Тбилиси: Мецниереба, 1971, с. 7–17.

66 См.: Узнадзе Д. Н. Экспериментальные основы психологии установки, с. 30.

67 См.: Чхартишвили Ш. Н. Некоторые спорные проблемы..., с. 56–62, 68–83.

68 См.: Б о г о р и ш в и л и А. Т. Проблема бессознательного в психологии. Тбилиси: Изд-во АН ГрузССР, 1961, с. 50.

69 См.: Бассии Ф. В. Сознание и «бессознательное-». М., 1962, с. 64. Ученый возражает против связи установки лишь с импульсивным поведением (там же, с. 71–72).

70 См.: П р а и г и ш в и л и А. С. Потребность, мотив, установка. – В кн.: Психологические исследования. Вып. 6. М., МГУ, 1974, с. 33.

71 См.: Чавчапидзе В. В. Установочная теория пропития решения и автоматные механизмы поведения человека. – В сб.: Принятие решения человеком. (Материалы к 3-му Всесоюзному симпозиуму по кибернетике). Тбилиси: Мецниереба, 1967, с. 15.

72 См.: Чхартишвили Ш. Н. Проблемы мотива волевого поведения, с. 21. 22.

73 См.: Узнадзе Д. Н. Экспериментальные основы..., с. 94.

74 См.: Буди лов а Е. А. Философские проблемы советской психологии. М.: Наука, 1972, с. 178, 179.

75 См.: Новиков К. А. О некоторых аспектах проблемы свободного выбора. – Вопросы философии, 1972, № 12, с. 104, 105.

76 См.: Асеев В. Г. Проблема мотивации и личность. – В кн.: Теоретические проблемы психологии личности. М.: Наука, 1974, с. 123, 124, 126; См.: Его же. Мотивация поведения и формирование личности. М.: Мысль, 1976, с- 9.

77 См.: Асеев В. Г. Проблема мотивации и личность, с. 137, 141. В. В. Лазарев замечает, '{то широкая трактовка мотивации создает впечатление приближения ее понимания к механизму «психической регуляции поведения

вообще» (Лазарев В. В. Социально -психологических аспекты применения права. Казань, 1982, с. 110).

78 См.: Асеев В. Г. Мотивация поведения и формирование личности, с. 13, 18, 19.

79 См.: Джидарьян И. А. Указ. работа, с. 147–148.

80 См.: Волков Б. С. Проблема воли и уголовная ответственность, с. 50, 76, 77.

81 См.: Марксистская этика. М.: Полит, лит., 1980, с. 157. Рассматривая мотивы в плане закономерностей осуществления деятельности, И. 10. Истошни полагает, что мотивы отличаются от целей лишь отражением менее контролируемых желательных последствий. (См.: Ценностные ориентации в личностной системе регуляции поведения. – Психологические механизмы регуляции социального поведения. М.: Наука, 1979, с. 262).

82 См.: Леонтьев А. Н. Деятельность, сознание, личность. М.: Полит, лит., 1976, с. 189, 190,

83 См.: Леонтьев А. Н. Потребности, мотивы, эмоции, с. 13. В коллективной монографии «Механизм преступного поведения» (М.: Наука, 1981, с. -38) подчеркивается и то, что явления внешней среды становятся мотива образующими, побуждающими лишь преломившись в сознании.

84 См.: Леонтьев А. Н. Потребности, мотивы, эмоции, с. 14.

85 См.: Чхартишвили Ш. Н. Проблема мотива волевого поведения, с. 27, 33.

86 F. W. -I g w i n (см.: Intentional behavior and motivation. A cognitive Theory Pholod, N. Y, Toron., 1974, p. 156) связывает мотивы с желаниями и антипатиями, а степени мотивов с их направленностью. По его мнению, структура предпочтения может быть сложной, вызванной такими различиями, как голод и аппетит, желание успеха не страх неудачи. Такая характеристика мотивов вызывает серьезные сомнения.

87 См.: Тихомирова О. 1С Структура мыслительной деятельности человека. М.: Изд-во МГУ, 1969, с. 197. Автор ссылается на высказывания известного советского психолога Л. С. Выготского.

88 См.: Леонтьев А. Н- Потребности, мотивы, эмоции, с. 23, 27.

89 См.: Селиванов В. И. О побудительных силах поведения личности.– Вопросы психологии, 1957, № 3, с. 110.

90 См.: А б у л ь х а н о в а - С л а в с к а я. Деятельность и психология личности. М.: Наука, 1980, с. 07.

91 М а р к с К- и Э и г е л ь с Ф. Соч., т. 21, с. 290.

92 См.: Асеев В. Г. Мотивация поведения, с. 22, 23, 31.

93 См.: Новиков К. А. О некоторых аспектах проблемы... выбора, с. 109.

94 См.: Петражицкий Л- И. Введение в изучение права и нравственности. (Основы эмоциональной психологии). Спб., 1907, с. 188–212. Критику гедонистических концепций см.: Леонтьев А. Н. Потребности, мотивы, эмоции, с. 15–18. О современных взглядах буржуазных философов на гедонизм и телеологию см.: Boden M. A. Purposive Explanction in Psychology. Cambridge, 1972, p. 159–165. Но критика им ведется с

формальных позиций, со ссылкой на сложность и неопределенность понятия «удовольствие»-

95 См.: Зорькин В. Д. Критика психологической теории права Л. И. Петражицкого. – Сов. гос. н право, 1979, № 6, с. 129.

96 См.: Селиванов В. И. Воля и ее воспитание, с. В, 9-

97 См.: Якобсон П. М. Психологические проблемы мотивации поведения человека. М.: Просвещение, 1969, с. 9.

98 См.: Психологические механизмы целеобразования. М: Наука, 1977, с- 25, 35.

99 См.: Кнкнадзе Д. А. Указ. работа, с. 50–51. Понимает мотив как отношение к объективной действительности с учетом единства рациональных и эмоциональных компонентов Е. А. Лукашева (см.: Указ. раб., с. 315).

100 См.: Волков Б- С. Детерминистическая природа преступления, с. 50.

101 См.: Курс советского уголовного права, т. 2. М.: Наука, 1970, с. 290; Герцензон А. А. Уголовное право. М., 1948, с. 343–344.

102 См.: Петелин Б. Я- Психологическая структура мотивов преступления, с. 96–100. В криминалистической литературе подчеркивается, что с психологической стороны мотив является своеобразным двигателем, активизирующей функцией (см.: Механизм преступного поведения, с. 40, 59, 60. Автор главы Б. Я. Петелин).

103 См.: Утевский Б. С. Вина в советском уголовном праве. М-: Юрид. лит., 1950, с. 147, 149, 156.

104 См.: Теплов Б. Психология. М., 1946, с. 164.

105 См.: Чхартишвили Ш- Н. Проблема мотива волевого поведения, с. 30.

106 См.: там же, с. 47. Существует мнение, что борются_ потребности, а точнее – интересы, мотив же выступает как результат такой борьбы.

107 См.: Чхартишвили Ш. Н. Проблема мотива... поведения, с. 45, 46-

108 См.: Узнадзе Д. Н. Психологические исследования, с. 403.

109 См.: Асеев В. Г- Мотивация поведения II формирование личности, с. 30.

225

110 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 515. В. И- С е л и в а и о в (см.: Проблема воли в советской психологии, с. 86) отмечает не- 15-336

которую непоследовательность в позитив С. Л. Рубинштейна в отношении раскрытия до конца категории воли.

111 См.: Корнилов К. Н- Указ. работа, с. 7. З свое время п Т. Рнбо (см. указ. работа, с. 42, 121) утверждал, что хотеть – значит действовать, хотение – переход к действию, выбор для действия.

112 См.: Леонтьев А. Н. Проблемы развития психики. М.: Изд-во МГУ, 1972, с. 351.

113 См.: Артемов В- А. Указ. работа, с . 313.

114 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 507.

- 115 Симонов П. В. Что такое эмоция? с. 16.
- 116 См.: Гегель. Философия права. М.; Л.: Соцэкгиз, 1934, с. 41, 46, 47.
- 1,7 Иванов П. И. Общая психология. Ташкент, 1947, с. 360, 361.
- 118 См.: Б о пос. веч Л. И., Еидовнцкая Т. В., Славина Л- С. Цель и намерение и их побудительная сила. – В кн.: Психологические исследования, вып. 6, М., Изд-во МГУ, 1974, с. 15.
- 119 Так, А. М. Яковлев называет в числе «идеальных побудительных сил» сознание, волю и стремление (см.: Детерминизм и «свобода воли». – Правоведение, 1976, № 6, с. 70).
- 120 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 509, 510.
- 121 См.: там же, с. 507. «Желание, – утверждал Т. Рибо, – представляет переходный пункт от рефлекторного состояния к волевому». (Указ. раб-, с. 9).
- 122 См.: Дагель П. С., К о т о в Д. П. Указ. работа, с. 313. Справедлив вывод о том, что нереализованная мечта – не воля, а простое желание. (См.: Guillaume P. Указ. работа, с. 211).
- 123 См.: Иванов П. И. Указ. работа, с. 361, 362.
- 124 Волков Б. С. Проблема воли и... ответственность, с- 66 Цель понимается как внутренняя модель желаемого результата, обеспечивающая возможность регулировать поведение, предвидя результат (см.: Механизм преступного поведения, с. 43).
- 125 Спиноза Б. Избранные произведения. М.: Госполптитизлат, 1957, с. 507.
- 126 См.: Логанов И. И. Свобода личности. М.: Мысль, 1980, с. 18, 19.
- 127 См.: Neely W. Freedom and desire. «Philos. rex», № 4, .1924, р. 32–54.
- 128 См.: Щербаков А. И. Указ. работа, с. 33.
- 129 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 514. Нельзя не отметить, что И- М. Сеченов не отличал желания от хотения. При этом ученый говорит о хотении как о стремительной стороне мысли, правильно возражая против отождествления хотения с волей. (См.: Сеченов И. М. Рефлексы головного мозга. – Избранные философские и психологические произведения .М: ОГИЗ, 1947, с. 169–178).
- 130 См.: Иванов П. И. Общая психология, с- 362, 365.
- 131 См.: Волков Б. С. Проблема воли н..., ответственность, с. 75.
- 132 См.: Керимов Д- А. Категория цели в современном праве. – Правоведение, 1964, № 3, с. 33. Цель определяют как осозилнчий интерес, называя ее самостоятельной категорией, наряду с волей, интересами, потребностями (см.: Сабикенов С. Н. Об объективном характере интересов в праве, с. 40). Такой вывод весьма спорный.
- >33 См.: Шахматов В. П. Указ- работа, с. 77--78.
- '34 См.: там же, с. 179–180.
- 135 См.: Корецкпй В. И. Гражданское право и гражданские правоотношения в СССР. Душанбе: Ирфоп, 1967, с. 117–120.

136 См. рецензию Дагеля П. С. на монографию Б. С. Волкова: Проблема воли и уголовная ответственность. – Сов. госуд. и право, 1966, № 8, с. 140.

137 См.: Шавгулидзе Т. Г. Психологическая структура поведения и уголовная ответственность. – Правоведение, 1970, № 4, с. 48–49.

138 См.: Петелин Б.-Я. Мотивация преступного поведения, с. 113.

139 См.: Волков Б. С. Детерминистическая природа преступного поведения, с. 20. В криминологической литературе отмечается, что принятие решения о совершении преступления – это конкретизация мотива и формирование нового звена – планирования преступления. (См.: Механизм преступного поведения, с. 124).

140 См.: Дагель П. С., Котов Д. П. Указ-работа, с. 314.

141 См.: Асмаян И. В., Голицын Г. А. О принятии решения в ситуации выбора. – Вопросы психологии, 1971, № 1, с. 72–73.

142 См.: Граве П. С. Патология формирования поведения. – В кн.: Проблемы принятия решения. М.: Наука, 1976, с. 158, 159. Некоторые авторы чрезмерно расширяют компоненты психической регуляции действия, включая в них психические образы, операции, состояния, соответствия, свойства (человеческие качества личности). Нельзя не видеть того, что определяющие и детерминирующие потребности и интересы признаки переносятся в компоненты регуляции, принимая характер ориентации. (См.: Kossakowski, Etricki K. V. Psychologische Untersuchungen zur Entwicklung der eigenständigen Handlungsregulation. Berlin, 1973, S. 14–15). В то же время правильно указывается, что категория воли в психологическом и социальном аспектах характеризуется соединением сознания и активной деятельности, предметностью сознания, регулирующей и контролирующей функцией в процессе деятельности (см.: Философия права Гегеля и современность. Отв. ред. Д. А. Керимов. М., Наука, 1977, с. 125). Правильно отмечает Е. А. Лукашева (см. указ. раб., с. 322) то, что воля опосредствует всю деятельность человека, но из того вряд ли следует вывод, что она опосредствует лишь психические компоненты. Воля является самостоятельным психическим процессом и в этом качестве выступает как механизм регуляции.

ГЛАВА 3

1 См.: Ойзерман Т. И. Марксистско-ленинское понимание свободы. М.: Знание, 1907, с. 3.

2 См.: Баллер Э. А. Человек и свобода. М.: Советская Россия, 1972, с. 6; Его же. Свобода. Какая? Для кого? М.: Советская Россия, 1977, с. 4.

3 Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 20, с. 115.

4 См.: Кареев Н. И. К вопросу о свободе воли. – Вопросы философии и психологии, кн. 4. М., 1890, с. 131.

5 См.: Вильгельм В.-О. Свобода воли. М., 1905, с. 2, 4.

6 См.: Бакурадзе О. М. Свобода и необходимость. – Автореф. докт. дне., Тбилиси, 1964, с. 6, 7.

- 7 См.: Новиков К. А. Свобода воли и марксистский детерминизм- М.: Политиздат, 1981, с. 13, 14.
- 8 См.: История античной диалектики. М.: Мысль, 1972, с. 223, 228.
- 9 См.: Я р о ш с в с к и й М. Г. История психологии- М.: Мысль, 1966, с. 87.
- 10 См.: Соколов В. В- Философия Спинозы и современность. М.: Изд-во МГУ, 1964, с. 91, 92.
- 11 См.: Соколов В. В. Средневековая философия. М.: Высшая школа, 1979, с. 72, 73.
- 12 См.-. Шопенгауэр А. Мир как воля и представление, т. 1, М-, 1900, с. 283–300.
- 13 См.: там же, с. 168–301, 323, 327, 350.
- 14 Шопенгауэр А. Мир как воля и представление (Критика кантовской философии). Спб., 1897, с. 167. Воля, по Шопенгауэру, – это бессмысленное желание жить (см.: Давыдов 10- Этика любви и метафизика своеволия. М., «Молодая гвардия», 1982, с. 331).
- 15 См.: Гостинцев А. К- О некоторых особенностях волюнтаризма Артура Шопенгауэра. – В кн.: Проблема свободного выбора и активность личности. Краснодар, 1972, с. 159, 160.
- 16 Л е и н н В. И. Поли. собр. соч-, т. 13, с. 241.
- 17 См.,: Я р о ш е в с к и й М. 1 . История психологии, с. 305.
- 18 См.: 1 а н д с и к о П. П. Философия Фихте и современность. М.: Мысль, .1979, с. 106–142, 163- Свобода у Фпхте – иллюзорное преобразование в мышлении. (См.: Томплов В. Г. Проблема человеческой свободы в философии И. Г. Фихте. – Философские науки, 1972, № 3, с. 77).
- 19 См.: Оду ев С. Ф. Реакционная сущность нищезанства. М.: Изд-во ВПШ и АОН при ЦК КПСС, 1959, с- 82–84.
- 20 См: Ойзерман Т. И. Главные философские направления. (Теоретический анализ историко-философского процесса). М.: Мысль, 1971, с. 227, 228.
- 21 См.: Оду ев С. Ф. Указ. работа, с. 174–178.
- 22 См.: Давидович В. Е- Проблемы человеческой свободы, с. 196, 197.
- 23 Ш е р о з п я А. Е. Указ. работа, с. 13.
- 24 См.: Б а с с и к Ф. В. Указ. работа, с. 40, 41.
- 25 См.: Уэллс Г. Крах психоанализа (от Фрейда к Фромму). М.: Прогресс, 1968, с. 72, 102, 116, 142.
- 26 См.: Ахмедли Д. Т. Указ. работа, с. 45–5!. Учение Канта о «вещах в себе» противоречиво, хотя эта противоречивость не полностью негативна. (См.: Ойзерман Т. И. Диалектический материализм и история философии. Историко-философские очерки. М-: Мысль, 1979, с. 132 и сл.).
- 27 См.: Тевзадзе Г. В. Свобода и необходимость. .– Автореф. канд. дисс. Тбилиси, 1958, с. 4.
- 28 См.: Асмус В. Ф. Диалектика Канта. М., над. Комакадемпи, 1930, с- 155, 169.

- 29 См.: Асмус В. Ф. Иммануил Кант. М.: Наука, 1973, с. 354.
- 30 См.: Шеллинг Ф. В. И. Система трансцендентального идеализма. Д., ОГИЗ, 1936, с. 352, 354, 320, 321-
- 31 См.: Голубейко В. П. Необходимость и свобода. М., Изд-во АН СССР, 1974, с. 31.
- 32 См.: Лок Д. Избранные философские произведения, т. I, М.: Сонэк-гпз, 1960, с. 248–259.
- 33 См.: Голубейко В. П. Указ. работа, с. 76.
- 34 См.: Соколов В. В. Спиноза. М.: Мысль, 1977, с. 132,- Его же. Человек, общество, государственность и культура у западноевропейских теоретиков естественного права XVII в. – В кн.: История философии и вопросы культуры. М.: Наука, 1975, с. 270.
- 35 См.: Новиков К. А. Указ. моногр., с. 31, 32.
- 36 См.: Спиркии А. Г. Указ. работа, с. 278.
- 37 См.: Гольбах П. Система природы- М.: Соцэкгпз, 1940, с. 113, 114, 117, 118.
- 38 См.: там же, с. 119–124, 130.
- 39 См.: Спиноза Б. Избранные произведения, т. 1, с. 311, 312, 387.
- 40 См.: Спиноза Б. Указ. работа, т. 1, с- 389, 390, 447, 450.
- 41 См. там же, с. 32–36.
- 42 См.: Соколов В. В. Спиноза, с. 133, 138; Философия Спинозы и современность, с. 278, 279, 291.
- 43 См.: Ойзерман Т. И. Марксистско-ленинское понимание свободы, с. 10, 11.
- 44 См.: Гегель. Соч., т. VII. Философия права. М.; Л.: Соцэкгпз, 1934, ? 31, 32.
- 45 Там же, с. 38, 40, 44, 45, 161-
- 46 См.: Одуев С. Ф. Диалектика свободы, необходимости и ответственности в социалистическом обществе. – Философские науки, 1975, № 4, с. 4. О противоречиях в философии Гегеля о свободе воли см.: Щербаков А. И. К вопросу о содержании понятия свободы воли в философии Гегеля. – В сб.: Проблема свободного выбора и активность личности. Краснодар, 1972, с. 155 и др.
- 47 См.: Соколов В. В. Философия Гегеля. М., Изд-во МГУ, 1959, с. 31; см. также: Ахмедли Д. Т. Указ. работа, с. 55–58.
- 48 См.: Иарск П. С. О категории «случайность» в связи с проблемой преодоления фатализма и волюнтаризма. – Учен. зап. Горьковского университета, вып. 3. Серия философии, 1969, с. 43-46-
- 49 См.: Ионтиков А. А. Учение Гегеля о праве и государстве и его уголовно-правовая теория. М.: Юрид. лит., 1963, с. 91 – 102.
- 50 См.: Фейербах Л. Избранные философские произведения. М., Гос. Изд. полит, лит., 1955, с. 444–476, 578, 580.
- 51 См.: Новиков К. А. Указ. моногр., с. 61–65.

52 См.: Сахарова Т. А. Проблема человека в концепциях французских экзистенциалистов. – В кн.: Современный экзистенциализм. М.: Мысль, 1966, с. 292, 301, 302.

53 См.: Ф л н п п о в а Л. И. Экзистенциальный психоанализ Ж-П. Сартра: замысел и результат. – Вопросы философии, 1968, № 7, с. 83.

54 См.: О й з ч р м а и Т. И- Философия марксизма и англштителлектуалисти- ческой мировоззрение современной буржуазии. – В кн.: Против современной буржуазной философии. М., Изд-во МГУ, 1968, с. 56.

55 См.: Архангельский Л. М. Социально-этические проблемы теории личности. М.: Мысль, 1974, с. 18. В то же время для «экзистенциального акта» не существует прошлого, как утверждает Сартр- Отсюда человек не должен раскаиваться, ибо он совершает поступок, опираясь только па свободу. (См.: Давыдов 10. Этика любви..., с. 151).

56 См.: Керимов Д. А. Философские проблемы правп, с. 418–419.

56 См.: О й з е р м а н Т. И- Кризис современного идеализма. М.: Знание, 1972, с. 57; см. также: С альков а Н. Е. Проблема свободы в экзистенциализме У. Баррета. – В кн.: История зарубежной философии и современность. М, Изд-во МГУ, 1980, с. 104.

58 См.: Кулдашева Д. Б- О «гуманистической мор.члн» М. Хайдеггера – Доклад для XVI Всемирного философского конгресса. Дюссельдорф, 1978. М.р 1979, с. 4–8.

59 См.: Ш а р г о р о д с к и и М. Д. Современное буржуазное законодательство и право. М.: Госюриздат, 1961, с. 44.

60 См.: Д р о б и ц к и и О. Г-, Кузьмина Т. А. Проблема свободы, выбора и ответственности. – В сб.: Философия и современность. М.: Наука, 1971, с. 158–165; 170–173.

61 См.: Ермоленко Д. В. Современная буржуазная философия США. М.: Изл-во международных отношений, 1965, с. 51, 80 и Др.

62 Критику этих взглядов см-: Давидович В. Е. Проблемы человеческой свободы, с. 190, 191.

63 См.: Давыдов 10. Н. Критика социально-философских воззрений франкфуртской школы. М.: Наука, 1977, с. 134, 136.

64 См.: Новиков К. А. О некоторых аспектах... выбора, с- 102.

65 Л с н п и В. И. Поли. собр. соч., т. I, с. 159.

66 Там же.

67 М а р к с К- и Э н г с л ь с Ф. Соч., т. 20, с. 116.

68 Л е н п и В. И. Поли.'собр. соч., т. 1, с. 440.

69 К е р и м о в Д. А. Философские проблемы права, с. 417.

70 См.: Фурман А. Е. Материалистическая диалектика- М.: Изд-во МГУ, 1969, с. 120, 121.

71 Маркс К- И Э П г е л ь с Ф. Соч., т. 20, с. 116.

72 См.: Утевский Б. С. Указ. раб., с. 35, 37, 38.

73 См.: Указ. Курс советского уголовного права, с. 232, 233.

74 См.: 10 с о в В. Воля, ее воспитание и развитие. •– Политическое самообразование, 1979, № 7, с. 123, 124-

75 См.: Яковлев А. М. Детермшзм н «свобода вол"». – Правоведение, 1976, № 6, с. 69.

76 См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права, с. 416 417, 466.

77 Иногда свободу понимают в широком смысле как самодетерминированность, самопроизвольность, не обязательно осознанную (см.: М. Б у н г е. Указ- работа, с. 211). Такое понимание свободы встретило справедливую критику (см.: Куликов Л. А.'Указ. работа, с. 51).

78 См.: Косо л а пов Р. И. Коммунизм и свобода. М-; Изд-во МГУ с. 27, 33.

79 См.: Косолапов Р., Марков В. Свобода и ответственность. М.: Полит, лит., 1969, с. 33, 38.

80 Ленин В- И. Полн. собр. соч., т. 18, с. 198.

81 Понимал это н такой великий писатель, как Л. И. Толстой, естественно, не стоявший на позиции диалектического материализма. Он утверждал, что свободны поступки, освещенные знанием; сознание есть свобода, без него нет свободы, а без свободы нет сознания (см.: Дневник Л. Н. Толстого (1895–1899). М., 1916, с. 83).

82 См.: Керимов Д. А. Философские проблемы Ирана, с. 461, 463.

83 См-: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 20, с. 496. Немецкий философ л писатель И. Гердер образно назвал человека первым вольноотпущенником природы (см.: Клотч Т., Кольсдорф А., Опнтц Г. Свобода – преимущество социализма. М.: Полит, лит., 1981, с. 73, ¼).

84 См.: Кэпдзюро Яиагпда. Философия свободы. М.: Изд-во Соц- экон. лит., 1958, с. 157.

85 См.: Давидович В. Е. Проблемы человеческой свободы, с. 187, 194.

86 См.: Голубенко В. П. Указ. работа, с- 131.

87 См.: Куликов Л. А. Указ. работа, с. 52.

88 См.: Д е р я п а М. С. Некоторые вопросы днэлектнко- материалистпче- ского понимания необходимости и случайности. – Авторе^ канд. дис., 1961, с. 18.

89 См.: Ахмедли Д. Г. Указ. работа, с. 99, 64. В то же время автор указывает, что вопрос о свободе воли является психологической проблемой. Но он прежде всего вопрос философский, как правильно полагает А. М. Бакурад- зе (см.: указ. работа, с. 9). Справедливо считают (см.: Волков Б. С. Проблема воли и ответственность, с. 57), что проблема свободы воли является предметом различных дисциплин. Но ведущим является, конечно, философский аспект этой проблемы.

90 См.: Косолапов Р. И. Указ. работа, с. 33. Ио, видимо, не очень точно утверждать, что «свобода выражается в избирательной активности человека». (Давидович В. Грани свободы, с. 7). Для понимания свободы этого недостаточно-

91 См.: С и и р к и и А. Г. Указ. работа, с. 288.

- 92 Там же, с. 289. На это же указывает и Н. А. Головки (см.: Свобода и моральная ответственность. М.: Знание, 1973, с. 14).
- 93 См.: Дробницкий О. Г., Кузьмина Т. А. Указ. работа, с. 180.
- 94 Критику этих взглядов см.: Я р о ш е в с к и й М. Г. Психология в XX столетии, с. 247–249; Бережнов И. М. Марксова концепция человека и интерпретации «гуманистического психоанализа» Э. Фромма. -- В кн.: Критика фальсификаторов истории и теории марксистско-ленинской философии. М.: Высшая школа, 1979, с. 170, 171.
- 95 См.: Уэллс Г. Указ- работа, с. 128, 133, 135, 151, 165.
- 96 См.: Керимов Д. И. Философские проблемы права, с. 466, 467.
- 97 См.: Голубенко В. Указ. работа, с. 59.
- 98 См.: Гриценко В. М. Проблема обоснования выбора в свете социального предвидения- – Вестник МГУ. Серия VIII. Философия, 1972, № 1, с. 3
- 99 См.: Плеханов Г. В. Избр. филол. произведения, т. 2. М.: Госполитиздат, 1956, с. 304–307.
- 100 См.: Гриценко В. М. Указ- работа, с. 6, 7.
- 101 См.: Голубенко В. П. Указ. работа, с. 93.
- 102 См.: Там же, с. 91–92.
- 103 См.: Маркс К- и Энгельс Ф. Соч., т. 20, с. 116.
- 104 См.: Пилипенко Н. В. Диалектика необходимости и случайности. 2 30 М.: Алус. ib, 1980, с. 67; см также: Предмет и система этики. М.; София, 1978. с. 123.
- 105 Правильно обращает внимание Н. В- Пилипенко на относительную противоположность необходимости и случайности (см.: Указ. раб., с. 90).
- 106 См.: Новиков К. А. Свобода выбора. – В кн.: Проблема свободного выбора и активность личности. Краснодар, 1972, с. 3, 5.
- 107 См.: Виндельбанд В. Указ. работа, с- 13, 36–42, 55, 60.
- 108 См.: А х м е д л и Д. Т. Указ. работа, с. 11 -14.
- 109 См.: там же, с. 22, 23.
- 110 См.: Чхартишвили Ш. Н. О природе воли, с- 102, 103, 106.
- 111 См.: Виндельбанд В. Указ. работа, с. 22–28.
- 112 См.: там же, с. 86–99.
- 113 См.: Гриценко В. М. Указ. работа, с- 3.
- 114 См.: Голов А. А. Формирование решения. – В сб.: Принятие решения человеком. Материалы 3-го Всесоюз. симпозиума по кибернетике. Тбилиси, 1967, с. 20, 21.
- 115 См.: Маковка Н- М. Проблема выбора в диалектике возможности и действительности. – Автореф. докт. дне. Ростов-на-Дону, 1978, с. 13.
- 116 См.: К о с о л а и о в Р., Марков В. Указ. работа, с. 9.
- 117 См.: Л о г а и о в И. И. Указ. раб., с. 25.
- 118 См.: Головки Н. А. Указ. работа, с. 19.
- 119 См.: Ралльд Д. С., Пнрумов В. С. Методологические основы принятия решения человеком. – В кн.: Принятие решения человеком- Тбилиси, 1967, с. 18–19.

- 120 См.: Тихонов К. Ф. Субъективная сторона преступления. Саратов, 1967, с. 49–50.
- 121 Т у г а р и и о в В. П. Указ. работа, с. 61.
- 122 См.: Милль Д. С. О свободе. Спб., 1906, с. 7, 23, 107, 153.
- 123 См.: там же, 193, 204.
- 124 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 508.
- 125 См.: Новиков К. А. О некоторых аспектах... выбора, с. 106, 107.
- 126 См.: М а П ь к о в с к и й Б. С. Проблема ответственности в уголовном праве. А!.; Л., 1949, изд. АН СССР, с. 53.
- 127 См.: Б р а й и и Я. М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. М.: Юрид. лит., 1963, с. 209.
- 128 См.: Тугаринов В. П. Указ. работа, с. 55, 64.
- 129 См.: Тевзадзе Г. В. Указ. работа, с. 11.
- 130 См.: А х м е д л и Д. Т. Указ. работа, с. 75–79, 80–82.
- 131 См.: Цпнцадзе Г-. В. Необходимость и случайность. – Автореф. докт. дне. Тбилиси, 1965, с. 6–11.
- 132 Николаева Л. В. О необходимости и свободе. М.: Знание, 1955, с. 13.
- 133 См.: П а р и ю к М. А. Указ -работа, с. 89, 139, 143.
- 134 См.: Куликов Л. А. Указ. работа, с. 42, 45.
- 135 См.: Купцов В. И. Детерминизм и вероятность. М.: Полит- лит., 1976, с. 109, 110.
- 136 См.: Волков Б. С. Детерминистическая природа..., с. 51, 53, 58–60-
- 137 Ф а р у к ш и М. Х. Свобода воли и юридическая ответственность. Вестник МГУ. Право, 1965, № 1, с. 13.
- 138 См.: С а м о щ е и к о И- С., Ф а р у к ш и и М. Х. Ответственность по советскому законодательству. М.: Юрпд. лит., 1971, с. 21–23; Их же. Предпосылки правовой ответственности. – Правоведение, 1970, № 5, с. 34.
- 139 Свобода воли не есть чисто психологический акт, – правильно отмечает К. А. Новиков (см.: Указ. моногр-, с. 87).
- 140 См.: Кучинский В. А. Личность, свобода, право. М.: Юрид. лит., 1978, с. 54–57.
- 141 См.: там же, с- 187.
- 142 Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т .21, с. 82.
- 143 См.: там же, с. 82–84.
- 144 См.: Новиков К- А. Указ. моногр., с. 7.
- 145 См.: там же, с. 94.
- 146 См.: Тихонов И. Ф. Указ. раб., с. 52, 55, 56.
- 147 См.: Демидов Ю. А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве. М.: Юрид. лит., 1975, с. 104.
- 148 См.: Даг ель П .С., Котов Д. П. Указ. работа, с. 10. В различных отраслях права допускается расширенное понятие «свобода воли»- Так, Э. Г. Полонский, говоря о зависимости существования предприятия от воли государства, указывает, что поэтому предприятие не должно обладать «топ

степенью свободы воли, которая характерна для собственника». (Право оперативного управления государственным имуществом. М.: Юрид. лит., 1980, с. 17). Е. А. Лукашева в а (см.: Указ. раб., с. 338–341) отмечает, что на индивидуальное конкретное поведение вообще нельзя механически переносить положения о свободе воли; свободное решение – волевой акт, свобода воли индивида – это его оценочное отношение к конкретной ситуации. Конечно, механически переносить положения нельзя, но вряд ли свобода воли должна сводиться лишь к оценочному отношению. В принципе Е. А. Лукашева правильно разграничивает свободу воли и свободу выбора.

149 См.: Дагель П. С. Неосторожность. Уголовно-правовые и криминологические проблемы. М.: Юрид. лит., 1977, с. 36.

150 Критику подобного взгляда см., например: Самощеико И. С., Фарукши и М. Х. Указ. моногр., с. 28.

151 См.: Яковлев А. М. Преступность и социальная психология, с. 21, 22.

152 См.: Санталов А. И. Указ. работа, с. 122, 123.

153 См.: там же, с. 120, 121.

154 См.: Плехоты й А. Ф7 'Указ. работа, с. 115.

155 См.: там же; с. 152.

156 См.: Понтовский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961, с. 253.

157 См.: Антимонов Б. С. Указ. работа, с. 29, 30; Маиьковски С. Б. С. Указ. работа, с. 52.

158 См., например: Брайн и Я. М. Указ. работа, с. 74, 79-

159 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 31–4).

160 См.: Указ. курс уголовного права, т. 2, с. 234–236.

161 См.: Макашвлн В. Г. Уголовная ответственность за неосторожность. М.: Гогурпздат, 1957, с. 74, 75.

162 См.: Спиркин А. Г. Указ. работа, с. 284, 287.

163 См.: Маиьковски и Б. С. Указ. работа, с. 25–27.

164 См.: Ахмедли Д. Т. Указ. работа, с. 17, 21; На реки й П. С. Ука., работа, с. 49; Давидович В. Е. Проблема человеческой свободы, с. 200.

165 См.: Гриценко В. М. Указ. работа, с. 9-

166 См.: Новиков К. А. Свобода выбора..., с. 6, 7.

167 См.: Куликов Л. А. Указ. работа, с. 45.

168 См.: Чермен па А. П. Категория ответственности. – В кн.: Понятия. Принципы. Категории. Л.: Изд-во Пединститута, 1975, с. 136.

169 См.: Самощеико И. С., Фарукши М, Х. Указ. моногр., с. 22–23.

170 См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права, с. 461, 465–467. Как указывает Г. Штилер, свобода предполагает возможность различных решений, оцениваемых через призму необходимости, определенных условий и интересов (см.: Категории исторического материализма- М., Мысль, 1980, с. 342).

171 См.: Степанов И. М. Советская государственная власть. М.: Наука, 1970, с. 124.

172 См.: Полячек Ф. Состав преступления по чехословацкому уголовному праву. М.: Ииостр. лит., 1960, с- 210.

173 См.: Яковлев А. М. Детерминизм и «свобода воли», с. 70–72.

174 См.: Новиков К. А. Указ. моногр., с 96, 97.

175 См.: Шаргор одский А1. Д. Детерминизм и ответственность. – Правоведение, 1У0Й, Л» 1, с. 42, 47.

176 См.: Новиков К. А. О некоторых аспектах-., выбора, с. 110, 111.

177 См.: Ст р о г о в и ч М. С. Сущность юридической ответственности. – Сов. госуд. и право, 1979, № 5, с. 73 и сл.; Назаров Б. А. О юридическом аспекте позитивной социальной ответственности. – Сов- гос. и право, 1981, № 10, с. 2У, 30 и др.

178 См.: Головки 11. А. Указ. работа, с. 514.

179 Косолапое Р., Марков В. .Указ, работа, с. 72.

180 См-: Плахотый А. Ф. \каз. работа, с. 24 (автор здесь солидаризирует с позицией В. Е. Давидовича).

181 См.: там же, с. 25–26.

182 См.: там же, с. 103, 111. Необходимо отметить, что И. М. Сеченов, поддерживая учение о не- свободе воли, имел в виду причинный характер произвольного действия и в связи с этим не- свободу выбора, в том числе со стороны правонарушителя. (См.: Учение о не- свободе воли с практической стороны. – Указ. пзбр. произв., с. 319–326). Именно так трактует его взгляды М. Г. Ярошевский (см.: Проблемы детерминизма в психофизиологии XIX века. Душанбе, 1961, с. 181). В этом учении выражалась борьба с идеалистической теорией «свободы воли» (см.: Буднлова Е. А. .Указ. работа, с. 155, 156). Детерминированность волн, как указано, означает необходимость выбора, она не исключает свободы регулирования в психологическом смысле, ие свидетельствует о его предопределенности.

183 См-: Оду ев С. Ф. Указ. работа, с. 6. Правильно связывается и сущность обязанности с необходимостью поведения.

184 Против понимания ответственности в качестве двух аспектов одного понятия выступает О. Э. Лейст (см.: Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Изд-во МГУ, 1981, с. 227–233).

185 См.: Смирнов Л. Г. Демократия, свобода и ответственность личности. М.: Знание, 1968, с. 10, II-

186 См.: Л о г а и о в И. И. Указ. работа, с. 23.

187 См.: Тугаринов В. П. Указ. работа, с. 56.

ГЛАВА 4

1 См.: Гегель. Соч., т. VII, с. 31, 32. Гегель волю определял как почву нрава. Но гегелевская всеобщая воля есть божественная воля, отчужденная от объективного социального бытия, а на место индивидуальных воль он

ставит дух, воплощенный в праве (см.: Философия права Гегеля и современность, с. 128, 130, 131)-

2 См.: Маркс К-, Энгельс Ф. Манифест Коммунистической партии. М.: Изд-во полит, литературы, с. 42.

3 См.: Ленин В. И. Поли. собр. соч., т- 32, с. 340.

4 См.: Шейндлин Б. В. Сущность советского права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1952, с. 5–6.

5 См.: Ткаченко Ю.Г- Методологические вопросы теории правоотношения. М.: Юрид. лит., 1980, с. 73. С. С. Алексеев указывает, что право является продуктом воли, ее выражением (см.: Общая теория социалистического права, с. 24).

6 См.: Петражицкий Л. И- Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. I, с. 32, 33.

7 См.: -гам же, е. ^81. Резкой критика идеалистические, субъективистские взгляды Петражицкого подвергнуты В. Рафикером (см.: Психологическая теория права в свете ленинской критики эмпириокритицизма. – Сов госуд. к право, 1940, № 7, с. 17 и сл.)-

8 См.: Керимов Д. /Ц. Философские проблемы права, с. 190, 195.

9 См.: Александров Н. Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М.: Госюрпздат, 1961, с. 11.

10 См.: Рабинович П- М. О понятии права в советской юридической науке. – Правоведение, 1977, № 4, с. 41.

11 См.: Алексеев С. С. Социальная ценность права и советском обществе. М.: Юрмздат, 1971, с. 45, 47. С. С. Алексеев указывает на то, что волевая сторона содержания права характеризует активно-государственное, повелительное начало в юридических нормах. (См.: Общая теория права, т- 1. М.: Юрид. лит., 1981, с. 95).

12 См.: Общая теория государства и права, т. 2. Л.: Изд-во ЛГУ, 1974, с. 18–19.

13 См.: Общая теория советского права. М.: Юрид- лит., 1966, с. 40.

14 См.: Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 16, с. 306.

15 Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 1, с. 359.

16 См.: Алексеев С. С. Общее понятие права: сущность марксистское - ленинского подхода, проблемы, перспективы, разработки. – Советское государство и право, '1977, № 6, с. 23, 27. Правильно отмечает П. М. Рабинович (см.: О понимании и определениях права. – Правоведение, 1982, № 4, с. 57), что право создается волеизъявлениями.

17 См. дискуссию «О понимании советского права». – Сов. госуд. п право, 1979, № 7, с. 60–68.

18 См.: Продолжение дискуссии. – Сов. госуд. и право, 1979, № 8, с. 62,

66.

19 См.: Тененбаум В. О. О сущности права. – Правоведение, 1980, № 1, с. 37–39. Правильно отмечается в литературе, что К. Маркс и Ф- Энгельс показывали порочность волюнтаристического понимания закона как чистой

воли законодателя, не связанной с интересами класса и экономическими условиями. (См.: Ткаченко Ю. Г. Указ. работа, с. 72). В то же время на содержание государственной воли, несомненно, влияет целый ряд факторов, в том числе и сопротивление со стороны других общественных слоев (см.: Шкредов В. П. Указ. работа, с. 33, 34)-

20 См.: Туманов В. А. О некоторых психологических теориях в новейшей буржуазной юриспруденции. – Сов. госуд. н право, 1955, № 5, с. 104, 106.

21 См.: Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права. М.: Юрид- лит., 1957, с. 91, 92.

22 См.: Шейндлин Б. В: Указ. работа, с. 33, 34. Правильно понимает волю в процессе правотворческой деятельности, как социально-психологическую категорию, участвующую в системе социально-психологической регуляции, Е. А. Лукашова (см.: указ. раб., с. 202–206).

23 См.: Александров Н- Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений: – Учен. зап. ВШЮН, вып. VI, М., 1946, с. 66.

24 См.: Братусь С .Н. Юридические лица в советском гражданском праве, с. 13–14; см.: Его же. Субъекты гражданского права. М-: Госюриздат, 1950, с. 15- см. Керимов Д. А. Свобода, право и законность. М.: Юрид. лит., 1960, с. 81.

25 См.: Шейндлин Б- В. Указ. работа, с. 35–36. На то, что законодатель делает выбор, принимает решение, т. е. осуществляет регулятивный процесс, о воле и волеизъявлении указывает А. Н а ш и ц (см.: Правотворчество. Теория и законодательная техника. М.: Прогресс, 1974, т. 79, 87, 93).

26 Алексеев С. С. Проблемы теории права, т. 1. Свердловск, 1972, с. 19- См. также: Демидов 10. А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве, с. 139.

27 См.: Я в н ч Л. С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М.: Госюриздат, 1951, с. 142.

28 См.: Рабинович П. М. Нормативное понимание права – важный фактор „социалистического правопорядка. – В сб.: Правопорядок и правовой статус личности в развитом социалистическом обществе в свете Конституции СССР. Саратов, 1980, с. 87. См. также: Тихонов !0. А. Теория закона. М.: Наука, 1982, е. 179- Ф. Энгельс указал, что государственная воля определяется вменяющимися потребностями общества, господствующего класса. Эти потребности «должны пройти через волю государства, чтобы приобрести форму закона». (Соч., т. 21, с. 310). Правильно отмечает Е. А. Лукашова, что юсударст- вепная воля опосредствует интересы народа. (См.: Указ. раб., с. 216).

29 Ш ей н длин Б- В. Указ. работа, с. 47–51.

30 См.: Александров Н. Г. Сущность права. М., 1950, с. 27.

31 См.: Керимов Д. А. Философские проблемы права, с .188.

32 См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. М-: Юрид. лит., 1973, с.31–35.

33 См.: там же, с. 36–38.

34 См.: там же, с. 40–41. На социально-психологические процессы, приводящие членов господствующего класса к созданию права, указывает Д. А. Керимов (см.: *Философские проблемы права*, с. 119).

35 См.: Ямпольская Ц. А. *Общественные организации и развитие советской социалистической государственности*- М.: Юрид. лит., 1965, с. 21, 25-28.

36 См.: Керимов Д. А. *Свобода, право и законность...*, с. 107.

37 См.: Ямпольская Ц. А. *Указ .работа*, с. 30–33.

38 Кстати, римский юрист Paulus говорил, что закон возникает из права, а не право из закона («Non ex regula iuris sumatur, sed ex iure, quod est, regula fit»).³

39 См.: ЯВИЧ Л. С. *Общая теория права*. Л., Изд-во ЛГУ, 1976, с. 125, 186; см.: Его же. К разработке концепции права развитого социализма. – *Правоведение*, 1981, № 6, с. 21. Позиция ученого вызвала дискуссию в юридической литературе.

40 См.: Я в и ч Л. С. *Общая теория права*, с. 163.

41 См.: *Социалистическая законность и государственная дисциплина*. М.: Наука, 1975, с. 54, 56 (гл- написана Шебановым А. Ф.).

42 О сложности процесса образования государственной воли – процесса правосознания говорит И. Е. Фарбер (см.: *О сущности права*. Саратов, изд. Университета, 1959, с. 33).

43 Д. А. Керимов (см.: *Философские проблемы права*, с. 130) правильно указывает на недопустимость создания непроходимой протести между субъективным и объективным.

44 См.: *Сов. госуд- и право*, 1979, № 8, с. 49.

45 Л. С. Явич (см.: *Общая теория права*, с. 204) обращает внимание г,а гиперболизацию регулятивной функции права, в частности выражающейся и во включении в механизм правового регулирования процесса правообразования. Этот процесс, являясь регулятивным с точки зрения его полевого характера, в действительности, как правильно указывает Л. С. Явич, является предпосылкой и нормативной основой воздействия права на общественные отношения, т. е. предпосылкой регулятивной функции права.

46 См.: Братусь С. Н. *Предмет и система советского гражданского права*- М.: Госюриздат, 1963, с. 14.

47 См.: Алексеев С. С. *Проблемы теории права*, т. I, с. 255, 256.

48 См.: Явич Л. С. *Проблемы правового регулирования советских общественных отношений*, с. 84, 123. С. С. Алексеев отмечает, что право является инструментом регулирования общественных отношений, действующим через волю и сознание людей. (См.: *Механизм правового регулирования в социалистическом государстве*- М.: Юрид. лит., 1966, с. 62). Говоря о правовом регулировании, В. М. Горшечев полагает, что объектом его воздействия являются волевые поступки людей, в которых

объективизируется воля. (См.: Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М.: Юрид. лит., 1972, с. 23).

49 См.: Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., Изд-во ЛГУ, 1936, с. 27.

50 См.: Ямпольская Ц. А. О правовой норме в правоотношении. – Советское государство и право, 1951, № 9, с. 42.

51 См.: Гницбург Л. Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М.: Наука, 1977, с. 114. Видимо, ограничение воли предприятий государственной волей имеет в виду В. П. Шкредов, упоминая о вышестоящих органах. (См.: Указ. работа, с. 102).

52 См.: Лежнев С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., Изд-во АН СССР, 1958, с. 40–41, 43.

53 См.: Халфина Р. О. – Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974, с. 218–219.

54 См.: Марксистско-ленинская общая теории государства и права, с. 492.

55 Алексеев С. С. Проблемы теории права, т. 1, с. 555. Это должно относиться и к недоговорным отношениям (например, к страхованию имущества колхозов), которые возникают, как указывает В. Н. Яковлев, по воле государства, на базе объективного права. (См.: Страховые отношения в сельском хозяйстве. Кишинев: Штипца, 1973, с. 212).

56 См.: Общая теория государства и права, т. 2, Л., с. 335.

57 Толстой Ю. К. Указ. работа, с. 26, 27.

58 Советское государство и право, 1956, № 3, с. 129-

59 См.: Толстой Ю. К. Указ. работа, с. 28–29.

60 См.: Стальгевич А. К. Некоторые вопросы теории социалистических правовых отношений. – Сов. госуд. и право, 1957, № 2, с. 24.

61 См.: Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение. М.: Юрид. лит., 1966, с. 11, 12.

62 См.: Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении, с. 222, 107.

63 См.: Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1954, с. 62, 63; Дозорцев А. В. Некоторые вопросы договорного регулирования отношений по поставке. – Науч. зап. Инта внешней торговли СССР. М.: Внешторгиздат, 1955, с. 147–148.

64 См.: Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Юрид. лит., 1972, с. 74–75. Иногда называют не государственную волю, а волю лиц, не участвующих в правоотношении. (См.: Волошко С. Д. Хозяйственные отношения и автоматизация управления. Харьков, 1980, с. 30). Видимо, это не очень точно.

65 См.: Гавзе Ф. И. Указ. работа, с. 76–77. О. Е. Куцакова (см.: Плановая деятельность советского государства. Государственно-правовой аспект. М.: Юрид. лит., 1980, с. 97) говорит о сочетании согласованного волеизъявления в хозяйственном договоре с плановой дисциплиной.

66 См.: Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции – В сб.: Гражданско-правовой договор и его функции. Свердловск. Изд-во УрГУ, 1980, с. 17.

67 Рабинович Ф. Л. Воля предприятия в договоре. – Сов. госуд. п право, 1973, № 10, с. 50.

68 См.: Советское государство и право, 1979, № 7, с. 64.

69 См.: Ко р е ц к и й В. И- Указ. работа, с. 79.

Г Л А В А 5

1 См.: Малеин Н.С. О понятии, ограничении и защите правосубъектности граждан. – Теоретические вопросы гражданского права. М., 1980, с. 3.

2 См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права, с. 17; А- В. Венедиктов (Указ. раб., с. 38) подразделяет волю на общую (законодателя), психологическую и юридическую.

3 См. изложение этих взглядов у С.Н. Братуся (Субъекты гражданского права, с. 22–23) и в указ. работе А. В- Бенедиктова (с. 36–38).

4 См.: Общая теория государства и права, т. 2. Л., с. 356, 357.

5 См.: Tarn aw ski M. Zmniejszona pocztyalnosć sprawcy prze stepstwa. Warsz., |197[6, с. 9.

6 Маркс К. п Энгельс Ф. Соч., т. 20, с. 115.

7 См.: Трахтеров В. С. Формула невменяемости в советском уголовном праве. – Учен. зап. Харьковского юрид. нн-та, вып. I. М-, 1939, с. 40, 41.

8 См. Указ. Курс советского уголовного права, с. 239, 240.

9 См.: Судебная психиатрия (руководство для врачей). М.: Медгиз, 1950, с- 253.

10 См.: Канторович Н. В. Патологическое опьянение и проблема вмеляемости при алкогольных опьянениях. – Проблемы судебной психиатрии (патологическое опьянение). М., 1967, с. 66, 67.

11 См.: Фрейеров О. Е. Медицинский и юридический аспекты проблемы опьянения. Тот же сб., с- 118–121.

12 См.: Луиц Д. Р. Проблема невменяемости в геор.чи и практике судебной психиатрии. М.: Медицина, 1966, с. 61, 62, 63, 74.

13 См.: Х о л о д к о в с к а я Е. М. Дееспособность психических больных в судебпо-психнатрической практике. М-: Медицина, 1967, с. 67 н сл.

14 См.: Исаев М. М. Вопросы уголовного права и уголовного процесса в судебной практике Верховного суд% СССР. М., 1946, с. 49–56.

15 См.: Емельянов В. П. Преступность несовершеннолетних с психическими аномалиями. Саратов: Изд-вЪ Университета, 1980, с. 72.

16 Еще в дореволюционном уголовном праве отмечалось, что в таких случаях нужно говорить об уменьшенной виновности или о смягченной ответственности- (См.: Позпышев С. В. Основные начала науки уголовного права. М., 1912, с. 99).

17 См.: Утевский Б .С. Указ. работа, с. 239, 240.

- 18 См.: Ярошеико К. Б. Специальные случаи ответственности за причинение вреда. М.: Юрид. лит., 1977, с. 61.
- 19 См.: Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. М.: Госюрпздат, 1963, с. 14–15.
- 20 См.: Белякова А. М. Имущественная ответственность за причинение вреда. М.: Юрид. лит., 1979, с. 64.
- 21 См.: Калашников Я. М. Алкогольное опьянение и его правовая оценка. – В кн.: Проблемы судебной психиатрии. Науч. труды (вып. XII). М., 1962, с. 26–34.
- 22 См.: Лейкип А. Н. С. К вопросу об основании ответственности за преступления, совершенные в состоянии опьянения. – Вестник ЛГУ, 1958, № II, с. 113–118, 120, 121.
- 23 См.: Шаргородский М. Преступления против жизни и здоровья. М.: Юрпздат, 1947, с. 212–216.
- 24 См.: Ткачев В. Сильное душевное волнение как обстоятельство, смягчающее ответственность. – Советская юстиция, 1968, № 9, с. 14.
- 25 См.: Людмилов С. Ответственность за умышленное убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения. – Советская юстиция, 1964, № 2, с. 15–16.
- 26 См.: Загородников Н. И. Преступления против жизни. М.: Госюрпздат, 1961, с. 181 – 183, 185. См- также: Кузнецов А. Квалификация преступлений, совершенных в состоянии сильного душевного волнения. – Сов. юстиция, 1967, № 7, с. 22.
- 27 См.: Механизм преступного поведения, с. 179.
- 28 См.: Церетели Т. В. Указ. работа, с. 14-
- 29 См.: Шавгулидзе Т. Аффект и уголовная ответственность. Тбилиси: Мецниереба, 1973, с. И.
- 30 См.: Церетели Т. В. Указ. работа, с- 16. Отвечает тот, кто в данной ситуации обладал способностью совершить волевой поступок (см.: Механизм преступного поведения, с. 172).
- 31 См.: Шавгулидзе Т. Указ. работа, с. 14–17; Узнадзе Д. И. Психологические исследования, с. 380, 382-
- 32 См.: Белякова А. М. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М: Изд-во МГУ, 1967, с. 42–43.
- 33 См.: Малей Н. С. Понятие и основания имущественной ответственности. – Сов. госуд. п право, 1970, № 12, с- 40.
- 34 В римском праве к вполне недееспособным относились и лица в полном опьянении, а также сонные (см.: Барон 10. Система опмского гражданского права. Спб., 1909, с. 111).
- 35 См.: Вебере Я. Р. Правоспособность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Зннатне, 1976, с. 172.
- 36 См., например: § 422 ГК ЧССР (А!..* Прогресс, 1966, с. 151) или ст. 425 ГК ПНР (М.: Прогресс, 1966, с. 142).

37 См.: Ершова Н. М. Вопросы семьи в гражданском праве. М.: Юридлит., 1977, с. 19.

38 См.: Чефранова Е. А. Правосубъектность несовершеннолетних по советскому гражданскому праву. – Автореф. канд- дие, М., 1978, с. 8–9.

39 См.: Кудрявцев В. Н., Малепп Н. С. Правовое поведение, его субъекты и пределы. – Правоведение, 1980, № 3, с. 35–37.

40 См.: Шварц Х. И. Значение вины в обязательствах из причинения вреда- М.: Юрпздат, 1939, с. 53.

41 См.: М а й д а и и к Л. А., Сергеева Н. 10. Материальная ответственность за повреждение здоровья. М.: Юрид. лит., 1968, с. 114.

42 См.: Кузнецова Л. Г., Шевченко Я- Н. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. М.: Юрид. лит., 1968, с. 111.

43 См.: Будмаи Ш. И. Влияние вины кредитора и потерпевшего на ответственность должника и причинителя вреда по советскому законодательству.– Автореф. каид- дне. М., 1975, с. 41.

44 Н .С. М а л е и и (см.: Гражданский закон п права личности в СССР, с. 134) высказывается за отказ в этом случае от субсидиарной ответственности.

45 См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права, с. 71.

46 См., например: Братусь С. Н. Там же, с- 67; Калмыков Ю. Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов: Изд-во Университета, 1476. с. 74.

47 См.: Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия. Л.: Изд-во ЛГУ, 1960, с. 95–96; Веберс Я. Р. Указ- работа, с. 138–139.

48 См.: Веберс Я. Р- Указ .работа, с. 142.

49 См.: Ершова Н. М. Указ. работа, с- 30.

50 См.: Рабинович Н. В. Указ. работа, с. 96, 97.

51 См.: Шахматов В. П. Указ. работа, с- 58.

52 См.: Новицкий И. Б. Указ. работа, с. 98, 101; Р у с е и ц с в В. Вопросы недействительности сделок в судебной практике. – Социалистическая законность, 1950, № 9, с. 30.

53 См.: Веберс Я- Р- Указ. работа, с. 161 –163.

54 К. А. Граве связывал дееспособность с обладанием волей в правовом смысле. Это встретило критику со стороны О. А. Красаичнкова, полагавшего, что тем самым воля рассматривается как дееспособность (см.: Юридические факты в советском гражданском праве, с. 94). И хотя К. А. Граве (см.: Граве К. А. и др- Библиотека нарсуды!, кн. 4. М., 1950, с. 23) указывал только на то, что дееспособный должен обладать волен, ее содержание им не- раскрыто'.

55 См.: Рабинович Н. В. Указ. работа, с. 59–60.

56 См.: Шахматов В. П. Указ .работа, с. 62-63-

57 См.: В е б е р с'Я. Р. Указ. работа, с. 163.

58 См.: Анреев В. К. Представительство в гражданском праве (Учебное пособие). Калинин: Изд-во Калининского госун-та, 1978, с. 11.

59 См.: Невзгод п на Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву. – Автореф. канд. дне. Свердловск, 1975, с. 5, 7; Веберс Я. Р.. Указ. раб., с. 125.

60 См-: Бегичев Б. К. Трудовая правоспособность советских граждан. М.: Юрпд. лит., 1972, с. 174–178.

Г Л А В А 6

1. См.: Маркс К. и Энгельс Ф. Избр. произв., т. I, М., 1955, с. 322..

2.См-: Маркс К- н Энгельс Ф. Избр. пропjВ., т. 1, М., 1979, с. 26.

3. См.: Л е и и и В. И. Поли. собр. соч., т. I, с. 137, 149.

4. См.: Рубинштейн С. Л. Бытие и сознание, с. 283.

5.См-: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права- М.: Юрпд. лит., 1963, с. 1.

6.См.: Александров Н. Г. Правовые и производственные отношения в социалистическом обществе. – Вопросы философии, 1957, Лс 1, с. 46.

7.Александров П. Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма, с. 184, 183-

8 Леонтьев Л. А. Энгельс п экономическое учение марксизма. М.: Мысль,. 1965, с. 111, 112.

9 М а р к с К. и Э и г е л ь с Ф. Соч., т. 23, с. 94.

10 См.: С т у ч к а П. И. Указ- работа, с. 121.

11 См.: Советское гражданское право, т. I. М.: Высшая школа, 1972, с. 7, 8.

12 См.: Красавчиков О. А. Структура предмета гражданско правового регулирования социалистических общественных отношении. – Сборник учен. трудов Свердловского юридического института, вып. 13, Свердловск, 1970, с. 10-

13 См.: Я в и ч Л. С. Проблемы правозого регулировании советских общественных отношении, с. 72, 73, 75, 76.

14 См.: там же, с. 84, 85.

15 См.: Советское гражданское право, т. I. М.: Высшая школа, 1968, с. 11.

16 См-: Советское гражданское право, т. 1. М.: Юрид. лит., 1979, с. 6–10.

17 См.: Грибанов В. П. К вопросу о понятии права собственности. Вестник МГУ, 1959, № 3, с. 184 – 188.

18 См.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права, с. 12–13. На относительную самостоятельность волевых действия людей, на . относительную независимость от производства собственности как формы волевых отношений указывает В. П. Шкредов (см.: Указ. работа, с. 9, 11, 24).

19Маркс К- и Энгельс Ф. Избранные письма. М.: Госполнтиздат, 1953, с. 153–157.

20 См.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права, с. 16–17.

21 Маркс К- Капитал, т. 3. М.: Госполнтиздат, 1950, с. 353.

22 См.: Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права, с. 19, 20; 28, 36. О волевом моменте общественной формы производства, о волевом опосредовании как о необходимом условии производственных отношений пишут М. Г. Масевпч, Б. В. Покровский, М. К- Сулейменов (см.: Правовые формы хозяйственного расчета производственных объединений и предприятия. Алма-Ата, 1975, с. 49-55)-10. К- Толстой считает, что право регулирует такие производственные отношения, которые являются конкретными, выражающими, волю людей (см.: К теории правоотношений, с. 10, 24)-. Существует решительное возражение против того, что К- Маркс различал производственные отношения и волевые и расщепленные, отдельные волевые отношения: волевой момент относится только к правовой форме экономических отношений (см.: Л а п а е в а В. В. Вопросы права в «Капитале» К- Маркса. М.: Юрид. лит., 1982, с. 43). Но- в том-то и дело, что К. Маркс юридические отношения понимал неоднозначно, включая в них и не закреплённые законом договорные волевые отношения- При-- знает имущественные отношения как складывающиеся между субъектами производственные отношения А. А. Пушкин (см.: Советское гражданское право. Киев: Внща школа, 1977, с. 5). Их волевой характер, как и вообще производственных отношений, автор не отрицает.

23 См.: Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. – Учен. тр. Свердловского юрид. пи-га, т. J. Свердловск, 1959, с- 21–23.

24 См.: Тархов В. А. О понятии имущественных отношений. – Правоведение, 1962, № 3, с. 31–34.

25 См.: Прохоренко И. Д. Социалистические производственные отношения и их соответствие производительным силам. Минск: Беларусь, 1971, с. 21– 53.

26 См.: Федоров И. В. Социалистические имущественные отношения как предмет правового регулирования. – В кн-: Вопросы гражданского трудового и гражданско-процессуального права. Томск: Изд-во университета, 19оу, с. 11 и сл.

27 См.: Джавадов Г. А. Структура социалистических производственных отношений. М.: Изд-во МГУ, 1969, с. 34, 41 – 43.

28 См.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 19/2, с. 20, 21-

29 П о к р ы т а н А. К. Производственные отношения и экономические законы социализма. М.: Мысль, 1971, с. 17, 18, 20, 21.

30 См.: Марксистско-ленинская общая теории государства и права. Социалистическое право, с. 494.

31 См.: Джавадов Г. А. Указ. работа, с- 27–28.

32 См.: Барон 10. Указ. работа, с. П, 112, НО.

33 См.: С а в инь и Ф. К. Обязательственное право. М., 1876, с. 113, 482,

517.

34 См.: Дерейбург Т. Пандекты. Обязательственное право. М., 1911, с. 21.

35 См.: Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М.: Юриздат, 1948, с. 35, 36-41.

36 См.: Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М.: Прогресс, 1972, с. 173–180-

37 См.: Хал фи на Р. О. Вступительная статья к указ. работе Р. Саватье, с. 17–20.

38 Н о в п ц к п й И. Б., Л у н ц Л. А. Общее учение об обязательстве. М.: Юрид. лит., 1950, с. 105–109.

39 См.: Рабинович Н. В. Указ. раб., с. 5.

40 Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 25, ч. 1, с. 373.

41 См.: Х а л ф н н а Р. О- Значение и сущность договора в советском социалистическом праве. М., 1954, с. 68–69; Невзгодпиа Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск, изд. университета, 1980, с. 66; Малепи Н. С. Гражданский закон п права личности в СССР, с. 207.

42 См.: Рабинович И. В- Указ. работа, с. 90–91,

43 См.: Х а л ф и п а Р. О. Значение и сущность договора..., с. 51, 52.

44 См.: Б а р у М. И., План и договор. – В кн.: Учен, записки Харьковского юридпнта, вып. 8. Харьков, 1957, с. 41, 42, 43.

45 См.: Г а в з е Ф. И. Указ. работа, с. 70–74.

48 См.: Дозорцев А. В. Некоторые вопросы договорного регулирования отношений по поставке. – В кн.: Научные записки института внешней торговли. М.: Внешторгпздат, 1955, с. 147.

47 См.: М а л е и н Н- С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. М.: Наука, 1964, с. 34.

48 Оспаривая позицию А. С. Приблуды, Н. И. Овчинников правильно отметил, что определенный планом хозяйственный договор не утрачивает свободы волеизъявления. (См.: Хозяйственный договор как разновидность гражданско- правового договора. – В сб.: Гражданско-правовой договор и его функции. •Свердловск, 1980, с. 30). На значение договора для выполнения планового за-Дания указывает и Б- И. Путинский (см.: Договор поставки и план реализации. М.: Юрид. лит., 1975, с. 9 и сл.).

49 См.: С а ф и у л л п н Д. Н. Роль нормативных предписаний в определении содержания хозяйственного договора. – В кн.: Роль договора в регулировании общественных отношений. Пермь, Изд-во Университета, 1979, с. 137–138.

50 См.: Быков А. Г- План и хозяйственный договор. М.: Изд-во МГУ, 1975, с. 31, 32.

51См.: Кравцов А. К. Плановые обязательства по советскому гражданскому праву. Воронеж: Изд-во ВГУ, 1980, с. 11, 12.

52 См.: Новицкий И. Б. Указ. раб., с. 18, 19 (автор раскладывает волю на несколько психологических актов). О взаимном волеизъявлении, об условиях договора, как о волевой модели говорит и О. А. Красавчиков. (См.: Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции- – В сб.: Гражданско-правовой договор и его функции, с. 7, 12).

53 См.: Халфина Р. О. Значение и сущность договора..., с. 106, 107. Как тут не вспомнить слова К. Маркса: «...один товаровладелец лишь по воле другого, следовательно, каждый из них лишь при посредстве одного общего НМІ волевого акта молосст присвоить себе чужой товар, отчуждая свой собственный» (Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., 2-е изд., т. 13, с. 6–7).

54 См.: Толстой И. К. Спорные вопросы учения о нраве собственности, – Сб. ученых трудов Свердловского юридического института, вып. 13, Свердловск, 1970, с. 71–73.

55. См.: Х а л ф и н а Р. О. Значение и сущность договора..., с. 201, 202, 205, 207, 214, 215.

56.См.: Львович И. Я. Охрана интересов покупателей. М.: Юрнд. лит., 1966, с. 98–103.

57 См.: Г а в з е Ф. И. Указ. работа, с. 85, 86.

58 Иа различие договора как взаимного соглашения от согласия указывает О. А. Красавчиков. (См.: Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции, с. 7).

59 См.: Халфина Р. О. Значение и сущность договора..., с. 202.

60 См.: Ойгензихт В. А. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. – Сов. госуд. и право, 1978, № 3, с. 44 и сл.; Садиков О. Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве. – Сов. госуд. к право, 1979, № 2, с. 32, 39; Шахов В. Д. Соотношение понятий «трудовой договор» и «трудовое правоотношение». – Сов. госуд- и право, 1980, № 6, с. 135 и др.

61 См.: Н о в и ц к и й И. Б. Указ. раб., с. 20, 21.

62 См.: Красавчиков О. А. Юридические факты и советском гражданском праве, с. 100–103.

63 См-: Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе, 1976, с. 82.

64 Подробно см.: О й г е и з н х т В. А. Применение концепции фактического (аномального) договора к некоторым вопросам обязательств перевозки грузов, – В сб.: Роль договора в регулировании общественных отношений. Пермь, 1979, с. 80–90; Его же. Акцессорные правоотношения по хранению в некоторых договорных обязательствах. – В сб.: Укрепление законности и правопорядка, совершенствование советского законодательства и социалистической государственности, вып. I, Душанбе, 1977, с. 141 и сл.; Фактические (аномальные) правоотношения имущественного найма. Тот же сборник, выи- 2. Душанбе, 1978, с. 70 и сл.

65 П р о ц е в с к и й А. И. Метод правового регулирования трудовых отношений. М.: Юрпд. лит., 1972, с. 81.

66 См-: Шахов В. Д. Указ. работа, с. 134.

67 См.: Бегичев Б. К. Понятие трудового договора в советском трудовом праве. – Правоведение, 1961, № 1, с. 40, 43.

68 См.: П р о ц е в с к и й А. И. Указ. работа, с. 131, 185.
16– 366 241

ГЛАВА 7

1 См.: Козелецкий Ю. Психологическая теория решений. М - Прогресс 1979, с. 47. "

2 См.: Тихомиров О. К- Принятие решения как психологическая проблема. -- В кн.: Проблемы принятия решения. М.: Наука, 1976, с. 78, 79.

3 См.: там же, с. 81, 82. В связи с регулятивным (волевым) характером любого решения названия, конечно, условны.

4 См.: Механизм преступного поведения, с. 134–145.

5 См.: Тихомиров О- К. Указ . работа, с. 82. На связь принятия решения с оценкой будущего поступка правильно указывает В. И. Кудрявцев (см правовое поведение: норма и патология. М., Наука, 1982, с. 88).

6 См.: А б ч у к В. Иду на риск. – Юность! 1980, № 5, с. 101, 102, 103 Несомненно, риск должен быть обоснован, опрометчивый выбор исключен

7 См.: Козелецкий Ю. Указ. работа, с- 90, 91. Конечно, ситуации выбора бывают разными. Называют, помимо риска, и уверенность, и неведение и даже разумный конкурс. (См.: Lee Wayne. Decision theory and human behavior. New-York – London – Sydney – Toronto, 1971, p. ,114).

8 См.: Гальперин П. Я- Введение в психологию. М.; Игц-во МГУ, 1976, с. 95–96.

9 См.: К о з е л е ц к и й Ю. Указ. работа, с. 220-

10 На нерешительность при неясности, при наличии конкурирующих перспектив и по другим причинам указывает Н. Д. Левитов. (См.: О психологическом состоянии человека. М.: Просвещение, 1964, с. 164, 165).

11 См.: Асма ян Н. В., Голицын Г. А- О принятии решения о ситуации выбора. – Вопросы психологии, 1971, с. 72–78.

12 См.: Забродин Ю. М. Процессы принятия решения в сенсорно-перцептивном уровне. – В кн.: Проблемы принятия решения. М.: Наука, 1976, с. 34.

13 См.: Радусhevский В. Д. Риск, конфликт и неопределенность в процессе принятия решения и их моделирование. – Вопросы психологии, 1974, Кг 2, с. 87. В структуру принятия решения включают подготовительный, основной и контрольный этапы (разработка, сравнение и оценка вариантов, их выбор, корректировка и т .п.). – См.: Механизм преступного поведения, с. 147.

14 См.: Гриценко В. М- Проблема обоснования выбора в свете социального предвидения. – Вестник МГУ. Серия VIII. Философия, 1972, № 1, с. 3.

15 См.: Р а д у ш е в с к и н В. Д. Указ. работа, с. 89–91.

16 См.: Коз елецкий Ю. Указ. работа, с. 195, 209-

17 Six V. в работе «Das Risky–Shift–Phanomen, Em theorcti- scher und experimenteller Beitrag zum Problem von Etscheidungen. unter Risiko Lei Individual und Gruppen» (Duss. Bonn, 1978), исследуя принятие решения в ситуации риска, указывает на объективность его величины, степени (S. 37, 40). Но ведь степень вины не лишает се субъективного характера.

18 См.: Петровский В. А. Активность субъекта 13 условиях риска. Дне. на сонск. учен, степени канд. психологических наук. М-, 1977, с. 48, 49. На неоднозначность этого понятия (риск как намерение, реальный акт, как условие деятельности, как мотив н т. п.) указывает В А. Петровский н в другой своей работе см.: Поведение человека в ситуации опасности (к психологии риска).– В кн.: Новые исследования в психологии, Л° 1 (9). М.: Педагогика, 1974, с. 23, 24. Ученый отмечает, что проблема риска не получила достаточного освещения.

19 См: Петровский В. А. Активность субъекта в условиях риска, с. 50, 51, 53, 55, 75, 151.

20 См.: Ч е р м е н и н а А. П. Указ. работа, с. 138.

21 См.: Р у б и и ш т е й н С. Л. Основы общей психологии, с. 293.

22 См.: Вар к алло В. Об ответственности по гражданскому праву. М.: Прогресс, 1978, с. 2Н п сл-

23 См.: Вратусь С. Н. Вступительная статья к указ. работе В. Варкалло, с. 17.

24 См.: Ойгепзнхт В. А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфои, 1972, с. 8–12 и сл.

25 См.: Hiess-H a eberl i M. Zur psych-ologie des risikos–Krimi- nologische Wegzeichen, b. 29. Hamburg, 1967, S. 70.

26 См.: Красавчиков О. А- Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1966, с. 146, 147.

27 См.: Wiener A. Kockasat es biinrasses. – Allam es Jogtudo- many, .-197Й, № i, S. 91–98.

28 См.: Шиминова М. Я. Компенсация вреда гражданам (гражданско- правовое регулирование). М.: Наука, 1979, с. 67.

29 См.: Братусь С. Н. Спорные вопросы теории юридической ответственности. – Сов. госуд. и право, 1973, № 4; Юридическая ответственность н законность. М.: Юрпд. лит., 1976, гл. 6.

30 См.,- К р а в ч е н к о С. Н. Имущественная ответственность за нарушение природо-охранительного законодательства. Львов: Внща школа, 1979, с. 97; Муспяка В. А. Солидарная ответственность за причинение вреда. – Дне. иа сонск. учен- степ. канд. юр. паук. Харьков, 1976, с. 101, 110; Бычкова Ц. В. Проблемы использования договора в агропромышленном комплексе. – Дне. на сонск. учен. степ. докт. юр. наук. Харьков, 1981;

Ниндзе Ф. Крайняя необходимость по советскому гражданскому праву. – Автореф. канд. дис- Д1-, 1974, с. 10; Терещенко Л, К. Проблема риска в деятельности вычислительных центров. – В кн.: Проблемы совершенствования советского законодательства. (Труды ВНИИСЗ, 21), М., 1981, с. 88, 89 и др. Во многих из этих работ риск при отсутствии вины признается субъективным условием ответственности.

31 См.: Павлодский Е. А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1978, с. 27, 39.

32 См.: Советское гражданское право, ч. I. Киев: Вища школа, 1977, с. 463.

33 См.: Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности- Свердловск, 1974; Ста в нее кий П. Р. Возмещение вреда при спасании социалистического имущества, жизни и здоровья граждан. М.: Юрид. лит., 1974 и др, Оспаривая наш взгляд на то, что при не опровержении презумпции вины субъективным условием ответственности должен быть и риск такого не опровержения, Б. Л. Хаскельберг считает, что конструкция риска не должна применяться к ответственности, построенной на началах вины (см.: Ответственность за нарушения плана и договора железнодорожной перевозки грузов. Томск, 1981, с. 28). Но в том-то и дело, что психическое отношение субъекта заключается только в риске, а не в презумпции вины.

34 См.: Ойгензхт В. А- К вопросу о понятии риска в гражданском праве (по поводу дискуссии об объективном и субъективном риске). – Актуальные проблемы применения советского законодательства. Душанбе, 1974, с. 113 и сл.; Его же. Презумпции в советском гражданском праве, с. 137, 140.

35 См.: М е з р и и Б. Н. О юридической природе риска в советском гражданском праве. – В кн.: Гражданское право и способы1 его защиты- Свердловск, 1974, с. 47, 48.

36 См.: Пастух пи О. А. Категория риска в советском гражданском праве. Тот же сборник, с. 57.

37 См.: Петров И. Н. Проблемы повышения эффективности законодательства об ответственности хоз. органов за нарушение обязательств. – Автореф. докт. дне-, М., 1975, с. 21.

38 По этому вопросу авторами послесловия Бирюковым В. А. и Тихомировым О. К- критикуется позиция 10. Козелецкого (см.: Указ. раб., с. 495).

39 См.: Анохин П. К. Проблема принятия решения в психологии и физиологии. – В кн.: Проблемы принятия решения- М.: Наука, 1976, с. 8–9.

40 См.: Ceaugu V. De la inoertitudine la decizie Notiuni de psi- liologic a decizier. Bucuresli, 1972, p. 19–20.

41 См.: Илларионова Т. И. Отдельные аспекты теории правовой ответственности. – В сб.: Правовые проблемы гражданской правосубъектности. Свердловск, 1978, с. 153–154.

42 См.: Илларионова Т. И. Указ. работа, с. 155.

43 См.: Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. (Учебн. пособие). Свердловск: Изд-во УрГУ, 1980, с. 29.

44 См.: там же, с. 30.

45 См.: Харитонов Е. О. Категории субъективного и объективного риска в советском гражданском праве. – Проблемы правоведения, вып. 40. Киев: Изд-во КГУ, 1979, с. 63–70.

46 См.: С Г а в и с с к П М П- Р. Указ. работа, с. 27–28.

47 На это уже обращалось внимание (см., например: Матвеев Г. К., Шелестов В. С., Сергнейко А. А. Новое исследование деликатных обязательств. – Сов. госуд. и право, 1967, № 5, с. 155).

48 Нужно сказать, что допущение субъективного и объективного определения риска и даже гибридное определение встречаются в правовой литературе. Об этом, в частности, говорит W. Lee. (Указ. работа, с- 115). Правда, автор субъективное связывает с индивидуальным.

49 А б ч у к В. Указ. работа, с. 103.

50 См.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность, с. 181, 175, 176, 178.

51 См.: Собчак А. А. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности. – Правоведение, 1968, № 1, с- 54.

52 См.: Ф а р у к ш и и М. Х. Свобода воли и юридическая ответственность, с. 15.

53 См.: С о б ч а к А. А. Указ. работа, с. 56.

54 См.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность, с. 178.

55 См.: там же, с. 181–182.

56 Напрасны, поэтому, сомнения Е. А. Павлодского, считающего в принципе субъективную трактовку риска интересной и приобретающей популярность (см.: Указ. раб., с. 27, 32).

57 См.: Гринберг М. С. Преступная самонадеянность. – Правоведение, 1976, № 3, с. 72.

58 См.: Кравченко С. Н. Указ. моногр-, с. 97, 99.

59 См.: Ойгензхт В. А. Проблема риска в советском гражданском праве. – Автореф. докт. дне. М., 1974.

60 См.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве, с. 94.

61 См.: Халфна Р. О. Общее учение о правоотношении, с. 286.

62 См.: Красавчиков О. А. Юридические факты..., с. 96–99, 165–166.

63 См.: Марксистская этнка, с. 135.

64 См.: Курс советского уголовного права, т. 2. Преступление, с. 144–147.

65 См.: Кудрявцев В- Н. Объективная сторона преступления. М.: Госюриздат, 4960, с. 13, 14, 33, 66, 69. Кстати, под редакцией и при участии В. Н. Кудрявцева создана монография «Механизм преступного поведения», в которой рассматриваются вопросы внутреннего содержания действия.

66 См.: Курс советского уголовного права, т. 2, с. 435.

67 См.: Дурманов Н. Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. М.: Госюриздат, 1955, с. 189–190.

68 См.: Т р а й п п н А. Н. Учение о соучастии. М.: Юрнздат, 1941, с. 73.

69 См.: Угрехелндзе М. Г. Криминологическая характеристика соучастия в преступлении. Тбилиси: Мецниереба, 1975. с. 65.

70 См.: Г р н ш а е в П. 11., К р н г е р Г. А. Соучастие по советскому уголовному праву. М.: Юрнздат, 1959, с. 42.

71 См.: Курс советского уголовного права, т- 2, с. 458.

72 См.: Ш а р г о р о д с к н й М. Д. Детерминизм и ответственность, с. 42– 43, 45, 47.

73 См.: Сахаров А. Б. Об антисоциальных чертах личности преступника. – Советское государство и право, 1970, № 10, с. 1115. Анализ принятия решения о преступном поведении см.: Механизм преступного поведения, с- 123 п сл.

74 См.: Шахматов А. В. Преступность. Методич. указания, 1978, с. 40,42

75 См.: Макашвили В. Г. Указ. работа, с. 74.

76 См.: Кудрявцев В- И., Маленн Н. С. Правовое поведение, его субъекты и пределы, с. 33.

77 См.: там же, с. 33–34.

78 См.: Сахаров А. Б. Учение о личности преступника. – Сов. госуд. и право, 1967, Л» 9, с. 60. Подробно на бессознательных психических процессах, па теории установки останавливается М. Г- Угрехелндзе (см.: Проблема неосторожной вины в уголовном поаве. Тбилиси: Мецнпереба, 1976, с. 37 и сл.).

79 М а т в е е в Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности, с. 20–21, 26, 122. Вопрос о каузальности бездействия в свое время вызвал дискуссию в правовой пауке.

80.См.; А п т и м о и о в Б. С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М-: Госюриздат, 1950, с. 121, 122, 228.

81 См.: Фра и к Л. В. Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии. Душанбе: Ирфон, 1977, с. 116 и сл.

82 См. но этому вопросу: Минская В. С. Отрицательное поведение потерпевшего – одна из категории виктимологии. – Сов. государство и право, 1980, № 7, с. 138.

83 См : Антимонов Б. С. Указ. работа, с. 233; Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву, Саратов, 1973, с. 65.

84 См.: Горелик И. И. Ответственность за оставление в опасности. М.: Госюриздат, 1960, с. 42, >13.

85 См.: Ойгензихт В. А. Врачебная ошибка и врачебный риск. – Укрепление законности и правопорядка в период развитого социализма. Душанбе, 1976, с- 58–60.

86 См.: Андреев В. К. Механизм осуществления правоспособности юридического лица. – Материальное право и процессуальные средства его защиты. Калинин, изд. университета, 1981, с. 53.

87 См.: Ворожейки и Е. М. Правовые основы брака и семьи. М.: Юрид. лит., 1969, с. 32.

88 См.: Поссе Е. А., Фаддеева Т. А. Проблемы семейного права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976, с. 8.

89 См.: Гукся и Р. Указ. работа, с. 78, 79–95.

ГЛАВА 8

1 Нужно сказать, что в праве эксплуататорских государств выдвигаются многочисленные, в том числе волевые, теории юридических лиц, стремящиеся завуалировать истинную суть корпораций, угодить интересам тех или иных групп господствующего класса. Среди них есть теория юридических лиц как социальных организмов, которая прибегает к психологическим операциям с волей, ссылаясь на какую-то особую «единую волю». Так, Гирке природу корпораций определяет следующим образом: «Корпорация есть союз с коренящейся в нем самой личностью; ее душа есть единая общая воля». Некоторые теории возводят в субъекты волю, даже бестелесные воли как особые недоступные внешним чувствам существа. Особо развил такую теорию воли Циттельман, считавший, что воля корпорации образуется из волей отдельных членов; истинными субъектами являются бестелесные воли. Подобные мистические бредни, вуалирующие суть юридического лица, встречали критическую оценку даже у представителей буржуазного правоведения, в частности у Л. И. Петражицкого. (См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности, т. 2, с. 387, 388).

2 См.: Венедиктов А. В. Указ. работа, с. 663, 664, 670.

3 См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права, с. 104–114, 117.

4 См.: Флещиц Н. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М.: Юрид. лит., 1951, с. 112–

5 См.: Грибанов В. П. Юридические лица. М.: Изд-во МГУ, 1961, с. 46–52.

6 См.: Генкин Д. М. Юридические лица в советском гражданском праве. – В кн.: Проблемы социалистического права, 1939, № 1, с. 92.

7 См.: Красавчиков О. А. Сущность юридического лица. – Сов. госуд. и право, 1976, № 1, с. 48, 49, 52.

8 См.: Черепихин Б. Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица. – Правоведение, 1958, № 2, с. 41, 46, 48, >19.

9 См.: Илларионова Т. И. Правосубъектные предпосылки ответственности по ст. 445 ГК РСФСР. – В сб.: Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Свердловск, 1975, с. 123.

10 См.: Толстой И. К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955, с. 70; Его же. О государственных юридических лицах. – Вестник ЛГУ, 1955, № 3, с. 123.

Близка к этой теории теория «администрации» Н. Г. Александрова и С. Ф. Кечекьяна.

11 См.: Венедиктов А. В. О государственных юридических лицах в СССР. – Вестник ЛГУ, № 3, Л., 1955, с. 99, 101. А. В. Венедиктов говорит об общей воле к труду, к выполнению планов, договоров (с. 97), директор придает этой воле окончательное правовое выражение.

12 Гавзе Ф. И. Указ. работа, с. 78–83.

13 Петров И. Н- Ответственность хозорганов за нарушения обязательств. М.: Юрид. лит., 1974, с. 113.

14 А. де С е и т-Э к з ю п е р и. Сочинения. М., 1964, с. 412.

15 См.: Матвеев Г. К. Психологический аспект вины советских юридических лиц- – Сов. госуд. и право, 1978, № 8, с. 41.

16 См.: Ковалев А. Г. Коллектив и социально-психологические проблемы руководства. М.: Полит, лит., 1978, с. 16–20.

17 См.: Петровский А. В. К построению социально-психологической теории коллектива. – Вопросы философии. М-, 1973, № 12, с. 73.

18 См.: Петровский А. В., Шпалинский В. В. Социальная психология коллектива. М.: Просвещение, 1978, с. 32, 69. На указанное понимание коллектива обращает внимание и В. К- Андреев. (См-: Механизм осуществления правоспособности юридического лица, с. 45). Правильно отмечает В. Н. Кудрявцев (см.: Правовое поведение..., с. 120), что при принятии коллективного решения отражается воля коллектива в целом, ориентирующегося на объективные оценки, планы, модели результата, что является надежной гарантией от волюнтаризма и случайностей.

19 См.: Бобнева М- И. Социальные нормы и регуляция поведения. М.: Наука, 1978, с. 154. Отмечается, что волевая регуляция деятельности выступает не обязательно как личностная саморегуляция; деятельность осуществляется психологически различными путями (см.: А б у л ь х а и о в а-С л а в с к а я Н. А. Указ. работа, с. 272).

20 См.: Ломов Б. Ф. Общение и социальная регуляция. – В кн.: Психологические проблемы социальной регуляции поведения. М., 1976, с- 81 н сл.

21 См.: Психологическая теория коллектива. М.: Педагогика, 1979, с. 95.

22 См.: Б у е в а Л. П Деятельность как объект социальной психологии.–

Методологические проблемы социальной психологии. М.: Наука, 1975, с. 61< Справедлив вывод В. Н- Кудрявцева о том, что коллективное решение принимается на основании поведения конкретных лиц. (См.: Правовое поведение..., с. 210)._

23 См.: Емельянов 10. П. Руководство коллективом как проблема социальной психологии. М, 1971, с. 24.

24 См-: Социальная психология личности. М.: Наука, 1979, с. 242.

25 Коллектив и' личность. М.: Наука, 1975, с. 56, 85.

28 См.: Петровский А. В., Ш п а л и н с к н й В. В. Указ. работа с. 69.

27 М а р к с К. и Э и г е л ь с Ф. Соч., т. 37, с. 396.

28 См.: Коллектив и личность, с. 89, 95.

29 См.: Социальная психология. История. Теория. Эмпирические исследования. Л., Изд-во ЛГУ, 1979, с. 135, 182, 184.

30 См.: Давидович В. Е. Проблемы человеческой свободы, с. 201.

31 См.: Шпаньский Я. Элементарные понятия социологии. М.: Прогресс, 1969, с. 136; Петров И. И. Указ. моногр., с. 164.

32 Орловский И. П. Место и роль трудового коллектива в системе трудовых отношений. – Сов. госуд. и право, 1979, № 4, с. 67.

33 См.: Трудовые коллективы в системе советской социалистической демократии. М.: Юрид. лит., 1979, с. 119, 139, 143 и сл.

34 См.: Масленников В. А. Правовой статус трудового коллектива. – Сов. госуд. и право, 1979, № 1, с. 41. Любопытно мнение В. П. Мозолна о необходимости решать проблему «очеловечивания» фигуры юридического лица. (См.: XXVI съезд КПСС и развитие гражданского права. – Сов. госуд. и право, 1982, № 5, с. 29).

35 См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1978, с. 57.

36 См.: Петров И. Н. Указ. моногр., с. 111; Его же. Автореф. докт. дисс., с. 28.

37 См.: Якушев В. С. Юридическая личность государственного предприятия. Свердловск, 1973, с. 226.

38 См.: Петров И. Н. Указ. моногр., с. 113, 114.

39 См.: Андреев В. К. Специальная правоспособность юридического лица – правовая форма отражения общественного разделения труда. – В кн.: Вопросы развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. Калинин, изд. Госуни-та, 1980, с. 22, 23.

40 См.: Рутман А. И. Правосубъектность государственного промышленного объединения. – Правоведение, 1974, № 6, с. 447.

41 См.: Андреев В. К. Механизм осуществления правоспособности юридического лица, с. 49, 50. Правильно считает О. Н. Садилов, что действия представителя – работника юридического лица – это действия самого юридического лица. (См.: Некоторые положения теории советского гражданского права. – Сов. госуд. и право, 1966, № 9, с. 16). Представитель, осуществляя трудовую функцию и выражая свою волю, одновременно выражает волю юридического лица. Здесь происходит взаимно трансформация воли.

42 См.: Андреев В. К., там же, с. 55.

43 См.: Рабинович Ф. Л. Воля предприятия в договоре. – Сов. госуд. и право, 1973, № 10, с. 55.

44 См.: Прошина М. Г. Стимулирующая функция гражданско-правовых санкций. Минск: Наука и техника, 1977, с. 16–19, 21–24. На хозяйственный интерес предприятия в формировании воли обращает внимание В. С. Якушев. (Указ. работа, с. 224–225).

45 См.: Прошина М. Г., там же, с. 26.

46 См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права, с. 108.

47 См.: Прошина М. Г. Указ. работа, с. 30–33.

48 См.: Смирнов В. Т. Обоснование деликатной ответственности юридических лиц. – В кн.: Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962, с. 271, 272.

49 См.: Пронина М. Г. – Указ. работа, с. 35, 36, 40.

50 См.: Матвеев Г. К. – Основания... ответственности, с. 42, 43.

51 См.: Мусин В. А. Волевые акты государственного предприятия и проблема сущности юридического лица. – Правоведение, 1963, № 1, с. 63.

52 См.: там же, с- 65, 66.

53 См.: Якушев В. С. Указ. работа, с. 229.

54 Черепанов Б. Б. Указ. работа, с. 48.

55 См.: Якушев В. С. Указ. работа, с. 230–231-

58 См.: Агарков М. М. К вопросу о договорной ответственности. – В кн.: Вопросы советского гражданского права. М.: Изд-во АН СССР 1915 с. 131, 142.

57 См.: Малейн Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях- М.: Наука, 1968, с. 57–59.

58 См., например: Грибанов В. П. Ответственность сторон за недопоставку по договору поставки. – В кн.: Вопросы советского гражданского права в практике суда и арбитража. М.: Изд-во МГУ, 1959, с. 373–374; см.: Его же. Ответственность сторон по договору поставки. М.: (Госюрпздат, 1962, с. 44; Масевич М. Г. Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета'. Алма-Ата, 1964, с. 294 и сл-

59 См.: Рабинович ф. Л. Вина как основание договорной ответственности предприятия. М.: Юрид. лит., 1975, с. 20, 32.

60 См.: там же, с. 31.

61 См.: Малейн Н. С. Имущественная ответственность.-., с. 66.

62 См.: Якушев В. С. Указ. работа, с. 237. На противоречивость в отношении вины органа и работников обратил внимание В. А. Тархов. (См.: Ответственность по советскому гражданскому праву, с. 78).

63 См.: Антимонов Б. С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М.: Юрид. лит., 1962, с. 79–81.

64 См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права, с. 207.

65 См.: Матвеев Г. К. Основания..., ответственности, с. 210, 213, 214, 217.

66 См.: там же, с. 231.

67 См.: там же, с. 237. О различных видах отклонения поведения в коллективе см.: Психологические механизмы регуляции социального поведения. М.: Наука, 1979, с. 52 и сл.

68 См.: Матвеев Г. К. Психологический аспект вины советских юридических лиц, г 47.

69 См.: Шор Л.М. .Совершенствование договорно-правовых отношений в сфере материально-технического снабжения. – Сов. госуд. и право. 1973, .V» 1, с. 49; см. также: 70 Мамутов В. К-, О в с п е и к о В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность- Киев, 1971, с. 38 и др.

70 См.: Матвеев Г. К. В защиту принципа виновной ответственности в отношениях между хозорганами. – Сов. юстиция, 1973, JM? 15, с. 16; Рабинович Ф. Л. Указ. моногр., с. 38–42; Гуревич Г. С. Санкции за нарушение планово-договорных обязательств в народном хозяйстве. Минск, 1976, с. 115; Тарновская Е. А. Эффективность правового регулирования материально-технического снабжения. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976, с. 80–81; Калмыков Ю. Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов, 1976, с. 130–132 п ДР.

71 См.: Путинский Б. И. Применение принципа вины при регулировании хозяйственной деятельности. – Сов. госуд. и право, 1979, № 10, с. 64–66.

72 Там же, с. 67; см. также: Путинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. М.: Юрид. лит., 1980, с. 30.

73 См.: Абрамов Н. А. О вине хозяйственных организаций при нарушении договорных обязательств. – Сов. госуд. и право, 1982, № 1, с. 37–42. В. Н. Кудрявцев отмечает, что в целом нельзя вину юридического лица конструировать по аналогии с психологической виной индивида; в этом, по его мнению, прав Б. И. Путинский (см.: Правовое поведение..., с. 211). В данном смысле мы согласны с Б. И. Путинским, но вина юридического лица в любом случае остается категорией психологической.

74 См.: Рабинович Ф. Л. Указ. моногр., с. 55. На такой позиции стоит и В. Т. Смирнов (см.: Указ. работа, с. 272).

75 См.: Маленко Н. С. Имущественная ответственность..., с. 52.

76 См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права, с. 202–209.

77 Халфица Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве, с. 79.

78 См.: Матвеев Г. К. Основания... ответственности, с. 224.

79 См.: Ио польский В. Ответственность организации за вред, причиненный по вине работников. – Сов. юстиция, 1965, № 6, с. 20.

80 См.: Ойгепзхт В. А. Проблема ответственности юридических лиц в советском гражданском праве. – Сб. работ кафедры гражданского права и процесса, 1970, Душанбе, 1971, с. 67 и сл. На это обратили внимание и Г. К. Матвеев (Основания... ответственности, с. 233), и В. А. Тархов, указавший на то, что речь должна идти не о времени, а о деятельности. (Указ. моногр., с. 77).

81 Правильно отмечает Т. И. Илларионова (см.: Правосубъектные предпосылки ответственности..., с. 123, 124), что неправомерные действия, которые совершены работниками в связи с исполнением обязанностей, являются волеизъявлением юридического лица и влекут ответственность последнего.

82 См., например: Бюллетень Верховного Суда СССР, 1966, № 2, 1967, № 1.

83 См.: Ярошенко К. Б. Специальные основания деликтной ответственности юридических лиц. – В кн.: Ученые записки ВНИИСЗ, вып. 28, М., 1973, с. 172–175, 179–184.

84 См.: Бычкова Г. П. Об ответственности организаций за вред, причинный по вине их работников. – Тр. Иркутского ун-та. (Проблемы гражданского права и процесса). Иркутск, 1970, с. 155-

85 См.: Научно-практический комментарий арбитражной практики, № 4, М.г Юрид. лит., 1971, с. 141.

86 См.: М а л е и и Н. С. Имущественная ответственность..., с. 67.

87 См.: там же, с. 68, 69.

88 См.: Калмыков 10. Х. Хозрасчет промышленного предприятия (правовые вопросы). М.: Юрнд. лит-, 1972, с. 114–115.

89 См.: Матвеев Г. К- Основания..., ответственности, с. 241.

90См., например: Ойгензихт В. А- Некоторые вопросы теории ответственности' гаранта. – В сб.: Актуальные проблемы государственного строительства и укрепления социалистической законности в Таджикской ССР. Душанбе, 1973, с. 205–218. Даже признание коллективной вины не означает применения коллективной ответственности; отвечает обычно юридическое лицо. (См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение..-, с. 212).

91См.: Ярошенко К. Б. Специальные случаи ответственности..., с. 10. В некоторых случаях она допускает два обязательства: по ст. 88 и 90 Основ-

92 См • Красавчиков О. А. Возмещение вреда..., с. 195; Май да ник Л. А., Сергеева Н. 10. Указ. работа, с- 72, 73; Белякова А. М. Имущественная ответственность за причинение вреда, с. 77 и др.

93 См • Белякова А. М. Возмещение вреда, причинного источником..., с 37, 38. "Май да ник Л. А., Сергеева Н- Ю. Указ. работа, с. 74.

94 См.: Якушев В. С. Указ. работа, с. 237.

ГЛАВА 9

1 Матвеев Г. К- Основания гражданско правовой ответственности, с. 174..

2 См.: Т а р х о в В. А. Указ. моногр., с. 72.

3 Как указывает И. Лекшас, вина - это конкретный психологический, мотивационный процесс (см.: указ. работа, с. 17–24).

4 См.: Курс советского уголовного права, т. 2, с. 276–279; см. также: Шар городский М. Д. Буржуазное уголовное законодательство и право. М.: Госюрпздат, 1961, с. 41 и др.

5 Изложение и критику этих взглядов см.: М а и ь к о в с к и й Б. С. Указ. работа, с. 83–84 и сл.; Тихонов К. Ф. Субъективная сторона преступления, -с. 9; Сергеева Т. Л. Вопросы виновности и вины в практике Верховного Суда СССР по уголовным делам. М.; Л., Изд-во АН СССР, 1950, с. 101-

6 Критику этих взглядов см.: указ. Курс советского уголовного права, с. 280–286; Д е м п д о в 10. А. Социальная цйнность и оценка в уголовном праве, с. 105–109; Тихонов К- Ф. Указ. моногр., с. 26–27.

7 См.: Т а р х о в В- А. Указ. моногр., с. 74.

8 См. по этому вопросу: Б р а й н н н Я. М. Указ. работа, с. 66.

9 См.: указ. Курс советского уголовного права, с. 266.

10 См.: Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве, с. 128, 129, 130.

11 См.: Угрехелпдзе М- Г. Проблема неосторожной вины..., с. 21–24.

12 См.: Ляс Н. В. Проблема вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях. Л.: Изд-во ЛГУ, 1977, с. 50.

13' См.: Матвеев Г. К- Вина в советском гражданском праве, с. 129.

14 См.: Илларионова Т. И. Соотношение субъективных и объективных оснований гражданско-правовой ответственности. – В кн.: Гражданско-правовая охрана интересов личности. Свердловск, 1977, с. 105–106.

15 См.: там же, с. 108. Автор включает волевые моменты в определение вины и в другой своей работе. (См.: Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер, с. 34).

16 Б. Я- Петелин считает, что основной функцией вины как юридически значимой формы психического отношения являются прогнозирование и регуляция преступного поведения в период его исполнения (см.: Вина как обстоятельство, подлежащее доказыванию по делу. – Советское государство и право, 1981, № 11, с. 82).

17 См.: Илларионова Т. И. Соотношение субъективных..., с. 110.

18 См.: Тархов В. А. О юридической ответственности. Саратов, 1978, с. 30.

19 Дагель П. С. Проблемы вины в советском уголовном праве. – Учен. записки, вып. 21, ч. I. Владивосток, 1968, с. 32, 33. Иногда даже говорят об «отношении воли» (см.: Демидов Ю. А- Умысел и его виды по советскому уголовному праву. – Автореф. канд. дис., М., 1964, с. 9) или о «волевом отношении» (см.: Рарог А. И. Общая теория вины в уголовном праве. М., 1980, с. 12, 39), или «об отношении сознания и воли к последствиям» (см.: Самолуи И. Д. Определенный и неопределенный умысел. – Сов. госуд. и право, 1966, № 7, с. 113).

20 См.: Мясичев В. Н. Личность и неврозы. Изд-во ЛГУ, 1960, с. 98, 120, 150.

21 Там же, с. 218, 219.

22 См.: Братусь С. Н. Юридические лица., с. 67.

23 См.: А и т и м о и о в Б. С. Указ. работа, с. 90.

24 См.: Полячек Ф. Состав преступления по чехословацкому уголовному праву. М.: Иностран. лит., 1960, с- 216, 99. Правильно утверждение, что при анализе вины должны рассматриваться объективированные психические факты сознательно-волевого управления поведением. (См.: Петелин Б. Я. Указ. работа, с. 82).

25 См.: Матвеев Г. К. Основания..., ответственности, с- 178, 182.

26 См.: Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве, с. 142.

27 См.: Сергеева Т. Л. Указ. работа, с. 93. В свое время М- Чельцов вообще исключал волевой элемент, необоснованно утверждая, что наказывают не за противоправное направление воли, а за интеллектуальный недостаток {см.: Спорные вопросы учения о преступлении. – Соц. законность, 1947, № 4, с. 9).

- 28 См.: Дагель П. С. Содержание, форма и сущность вины в советском уголовном праве. – Правоведение, 1969, Лгг 1, с. 79.
- 29 См.-. Демидов 10. А. Социальная ценность и оценка..., с. 103.
- 30 См.: Сергеева Т. Л. Указ. работа, с. 97.
- 31 См.: Дагель П. С. Содержание, форма и сущность вины..., с. 81.
- 32 См.: там же, с. 88.
- 33 См-: Дагель П. С., Котов Д. П. Указ. работа, с. 83. 'i4
- 34См., например: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 137.
- 35 См.: Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. М.: Юрпд. лит., 1972, с. 91.
- 36 См-: Дагель П. С. Проблемы вина в советском уголовном праве, с. 36; Дагель П. С., Котов Д. П. Указ. работа, с. 37–48.
- 37 См.: Макашвили В. Г. Понятие умысла в уголовном праве. – Тбилиси: Изд-во АН ГрузССР, 1966, № 6, с. 65-67-
- 38 См.: (Гринберг М. С. Советское уголовное право (ч. Особенная). Учебное пособие. Свердловск, 1974, с. 108.
- 39 См.: Никифоров Б. С. Об умысле по действующему уголовному законодательству. – Сов. гос. и право, 1965, № 6, с. 29-
- 40 См.: Бюллетень Верховного Суда РСФСР, 1980, № 4, с. 7.
- 41 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 143–146.
- 42 См.: Курс советского уголовного права, т. 2, с. 290, 291.
- 43 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 146–149.
- 44 См.: Саврасов Л. Мотив в убийстве. – Пролетарская революция и право. 1918, № 8, 9–10, с. 45.
- 45 См.: Рубинштейн С- Л. Основы общей психологии, с. 518, 519. «
- 46 См.: Гегель. Соч., т. VII. М.; Л., 1934, с. 144.
- 47 См.: Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии, с. 519.
- 48 См.: Марксистская этика, с. 157-
- 49 См.: Волков Б. С. Проблема воли и... ответственность, с. 10–12.
- 50 См.: там же, с. 23, 25, 53. 51
- 51 См.: Гегель. Философия права, с. 32, 33. '52
- 52 См--. Волков Б. С. Проблема воли и... ответственность, с. 34.
- 53 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 168, 169.
- 54 См.: Шахматов В. П. Указ. работа, с. 188.
- 55 Для определения форм вины законодатель берет то основное, что характеризует отношение психики к объективной стороне (см.: Тихонов К. Ф. Указ. работа, с. 86)-
- 56 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 188, 189.
- 57 Лившиц В. Я. К вопросу о понятии эвентуального умысла. – Сов. госуд. и право, 1947, № 7, с. 41.
- 58 См.: А и а ш к и и а Г. Э. О формах умысла при посягательстве на безопасность СССР. – Сов. госуд. и право, 1964, № 5. с. 81.
- 59 См.: П о з и ы ш е в С. В. Указ. работа, с. 271–272. Со
- 60 См.: там же, с. 277–279.

61 См.: Макашвили В- Г. Волевой и эвентуальный элементы умысла. – Сов. госуд. н право, 1966, №7, с. 104.

62 См.: Кудрявцев В. Н. Взаимосвязь элементов преступления. – В кн.: Вопросы борьбы с преступностью, вып. 25. М: Юрид. лит., 1976, с. 56–57. ез

63 См.: Никифоров Б- С. Указ. работа, с. 33.

64 См.: М а к а ш в и л и В. Г. Волевой н эвентуальный элементы..., с. 105,

65 См.: Дагель П. С., К о т о в Д. П. Указ. работа, с. 100, 105.

66 См-: В а с и л е ц В. Урок бракоделам. – Правда, 1980, 16 января.

67 См.: Лекшас И. Указ. работа, с. 60. Ученый полагает, что в «виновном отношении» воля образуется в результате составления плана и виС.ра решения по его осуществлению (см. там же, с. 22).

68 Любопытно мнение о том, что прямое намерение действовать для достижения результата бывает и при его нежелании, – по необходимости, а поэтому одобряется (СМ.: Knautli Katherine. Zur hedeuntung des Unrcclilsbcwuptsein fiir der Vorsatz im Zivilrecht. Inaugural – Dussertation,. Koln, 1977, S. 6). Значит, и одобрение может выступать как элемент воли.

69 См.: Ма каш в и л и В. Г. Волевси н эвентуальный элементы умысла, с. 106.

70 См.: Н и к н ф о р о в В. С- Применение общего определения умысла к нормам особенной части УК. – Сов. госуд. п право, 1966, № 7, с. 113, 115.

71 См.: Макашвили В. Г. Понятие умысла..., с. 81.

72 Крпгер Г. Определение формы вины- – Сов. юстиция, 1979, К» 20 с. 4.

73См.: Дагель П. Дискуссия не закончена. – Сов. юстиция, 1980, 22, с. 29–30 и др.

74В данном случае можно говорить об особом виде неосторожности – квалифицированной или о ее различной степени (см.: Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве, с. 119).

75 См.: М а т в е е в >Г. К- Основания..., ответственности, с. 255, 256.

76 См.: Илларионова Т. И. Значение форм вины в дифференциации гражданско-правовых санкции. – Сов. госуд. и право, 1978, № 8, с. 129, 130.

77 См.: Г р П н б е р г М. С. Советское уголовное право, с. 92-

78 Лив ши ц В. Указ. работа, с. 42.

79 Утевский Б. С. Указ. работа, с. 256.

80 См. там же, с. 257.

81 См. там же, с. 260, 261. Отрицает безразличие и А. И. Рарог (см.: Указ. раб., с. 41).

82 Кстати, в словарях «допущение» понимается как предположение, но даже если принимать во внимание второе значение этого слова («счесть возможным»), то все равно оно ближе к осознанию возможности возникновения, чем к согласию на такую возможность. Правда, есть еще одно этимологическое значение этого понятия, на которое указывает В. Я. Лившиц. (Указ. работа, с. 36), ссылаясь на «Толковый словарь» В. Даля (т.. I): разрешать, дозволять, не мешать. Но если вдуматься, то эти значения, сами

по себе – без других элементов не характеризуют волевой процесс. Больше того, «дозволять», «разрешать» можно и при желании, и при отсутствии его, и при безразличии. Именно это и характеризует (не составляет, а лишь характеризует) волевой элемент.

83 См.: Тихонов К- Ф. К вопросу о разграничении форм виновности в советском уголовном праве. – Правоведение, 1963, № 3, с. 85.

84 См.: Гринберг М. С. Советское уголовное право, с. 91. Автор дискусирует с нашей позицией, изложенной в статье «Аспекты соотношения вины и риска» (Сов. госуд. и право, 1973, № 10).

85 См.: Дагель П. С., Котов Д. П- Указ. работа, с. 107. Положительно относится к критерию «безразличие» Л. А. Лунц. (См.: Указ. работа, с. 320). Вопрос о безразличии как волевым элементе эвентуального умысла не новый. Его касались дореволюционный криминалист Н. С. Таганцев, ряд советских ученых.

86 См.: Макашвили В- Г. Волевой и эвентуальный элементы умысла, с. 109.

87 Рарог А. И. Умысел в формальных преступлениях, при приготовлении, покушении и соучастии – Сов. госуд. и право, 1977, № 1, с. 66. Кстати, Б. С. Никифоров полагает, что в формальных преступлениях субъект относится не к действию, а к его социальному характеру, при этом нужно различать интеллектуальный и волевой элементы, что исключает утверждение: «сознает, тем самым желает». (См.: Об умысле по действующему уголовному законодатель- *ству, с. 35). Не со всем в этом замечании можно согласиться, но вывод о волевом элементе в принципе правильный.

88 Правильно отмечает Е- А. Андрусенко, что отсутствие указания о составе преступления не дает оснований для неопределения всех признаков умысла, в том числе и для снятия вопроса о волевом моменте. (См.: Об особенностях умысла в формальных составах преступлений против общественного порядка. – В сб.: Теория и практика борьбы с правонарушениями, вып. I, Душанбе, 1981, с. 17).

89 См.: Д а г е л ь П. С., К о т о в Д. П. Указ. работа, с. 104.

90 Кстати, П- С. Дагель в другой работе указывает, что допущение – предвидение последствий без расчета на их предотвращение (см.: Проблемы вины..., с. 89, 90) – это тоже не волевая характеристика.

91 См.: Макашвили В. Г. Волевой элемент эвентуального умысла, с. 108.

92 См.: Злоб ни Г. А., Никифоров Б. С. Указ- работа, с. 89, 91, 92

93 См., например: Р а р о г А. И. Указ. статья, с. 67–68.

94 Этот вопрос в юридической литературе также дискуссионен. Отрицатель- лую позицию к косвенному умыслу при соучастии занимает А. И. Рарог (см.: Указ- статья, с. 69–71).

95 См.: Указ. Курс советского уголовного права, с. 306.

96 См.: Л и в ш и ц В. Я. Указ. работа, с. 37.

97 См.: там же, с. 40.

98 См.: Ойгепзнхт В. А. Проблема риска.-; Аспекты соотношения вины и риска и др.

99 См.: Харитонов Е. О. Указ. работа, с. 68–69.

100 Отнесение допущения к интеллектуальному моменту признает и С. Н. Братусь (см.: Юридическая ответственность и законность, с. 172).

101 См.: Гринберг М- С. Преступная самонадеянность, с. 71–72; Его же. Преступления против общественной безопасности, с. 107 и сл. ,

102 См.: Макашвили В. Г. Волевой элемент..., с. 111.

103 См.: Шар городе кий М. Д. Преступления против жизни и здоровья, с. 160–170.

104 См.: З л о б и п Г- А., Никифоров Б. С. Указ. работа, с. 76.

105 См.: Самолюк И. Д. Указ. работа, с. 124.

106 См.: Указ. Курс советского уголовного права, с. 309–310.

107 См.: Злобпп Г. А., Никифоров Б. С. Указ. работа, с. 97.

108 См.: Матвеев Г. К. Основания..., ответственности, с- 268–269.

109 См.: Ф е л ь д ш т е н п Г. С. Учение о формах виновности в уголовном праве. М., 1902, с. 85. Критику этих взглядов дает Г. К- Матвеев. (См.: Вина в советском гражданском праве, с- 270 и др.).

110 Критику этого утверждения см.: А и т и м о и о в Б. С. Указ. работа, с. 93.

111 См.: Механизм преступного поведения, с. 204–205.

112 См.: Флншиц Е. А. Обязательства из причинения вреда..., с. 81.

113 См.: Указ. Курс советского уголовного права, с. 312–313.

114 См.: Угрехелндзе М. Г. Указ. работа, с. 51–52.

115 См.: Матвеев Г. К. Основания..., ответственности, с. 271–273.

116 См.: Самощеико И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М.: Юрпд. лит., 1963, с. 152. Кстати, недопустимо отождествлять неосторожность с халатностью – небрежным выполнением порученного (см.: Советское гражданское право, ч. I. Киев: Веща школа, 1977, с. 460).

117 См.: Л я с с И. В. Указ. работа, с. 103.

118 См.: Дагель П. С. Содержание, форма и сущность вины..., с- 85; Его же: Проблемы вины..., с. 113; Дагель П. С., Котов Д. П. Указ. работа, с. 126; Макашвили В- Г. Уголовная ответственное гь..., с. 19.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	3
ВВЕДЕНИЕ	5
Глава 1. ПОНЯТИЕ ВОЛИ	9
§ 1. Концепции и аспекты воли	9
2. Воля, как единый оегулятпвпый процсс	15
Глава 2. ДЕТЕРМИНАЦИЯ И' СОДЕРЖАНИЕ ВОЛИ	25
§ 1. Потребности, интересы, установка	25
§ 2. Мотивация и мотивы	36

	§ 3. Элементы волевого процесса	41
	Глава 3. СВОБОДА ВОЛИ	48
	§ 1. Философские концепции свободы воли	48
	§ 2. Свобода воли и свобода выбора	64
83	Глава 4. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВОЛЯ	
	§ 1. Воля, возведенная в закон	83
	§ 2. Воля в правоотношении	92
97	Глава 5. ВОЛЕСПОСОБНОСТЬ	
	§ 1. Невменяемость и аффект	98
	§ 2. Деликто- и делкволеспособность	104
110	Глава 6. ВОЛЯ – СОГЛАШЕНИЕ	
	§ 1. Конкретные волевые отношения	110
	§ 2. Согласованная воля	118
132	Глава 7. ВОЛЯ – ВЫБОР	
	§ 1. Волевое содержание риска	133
	§ 2. Выбор действия	141
151	Глава 8. КОЛЛЕКТИВНАЯ ВОЛЯ .	
	§ 1. Образование воли юридического ли	151
	§ 2. Вина и воля предприятия .	161
171	Глава 9. ВОЛЯ КАК ЭЛЕМЕНТ ВИНЫ	
	§ 1. Интеллектуально-волевое содержание	171
	§ 2. Волевой элемент умышленной вины	181
	§3. Волевой элемент неосторожности	195
207	Глава 10. ПОРОК ВОЛИ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЯ	
216	ПРИМЕЧАНИЯ	

*Печатается по постановлению
Редакционно-издательского совета
Академии наук Таджикской ССР*

Виктор Аркадьевич ОПГЕНЗИХТ
ВОЛЯ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ
(Очерки теории, философии и психологии права)

Ответственный редактор
Соли Ашурович РАДЖАБО В

Редактор издательства Т. М. Любимейко,
Технический редактор В. И. Щемелинина.
Художник Р. Абдуразаков.
Корректоры Н. М. Григорьян, Э. М. Абасьева.

ИБ № 1029

Сдано в набор 23.02.1983 г. Подписано в печать 17.05.1983 г. КЛ 03313.
Формат 60X84i/i6- Печать высокая. Гарнитура «Литературная». Усл. печ.л.
14,88. Усл. краск.-огт. 15,067. Уч.-изд. л. 19,0. Тир. 2300. Зак. 366. Цена 2 руб.
S0 кон.

Издательство и типография «Донпш», Душанбе, 29, ул. Айнп, 121, корп.
2.

119 И. Лекшас называет самонадеянность «сознательной неосторожностью». (См.,: Указ. работа, с. 70).

120 См.: Макашвилн В. Г. Уголовная ответственность за неосторожность, с. 35, 38, 39.

121 См.: Гринберг М. С. Советское уголовное право..-, с .106.

122 См.: УгрехелидзеМ. Г. Указ. работа ,с. 49.

123 См.: Макашвилн В. Г. Уголовная ответственность за неосторожность, с. 25. Говоря о специфике механизма неосторожных преступлений, в том числе и в экстремальной ситуации, указывают на особое соотношение факторов, находящихся под контролем волн, и на дефекты решения (см.: Механизм преступного поведения, с. 187, 191, 195) -

124 См.: У г р е х е л н д з е М. Г. Указ. работа, с. 50, 51, 52.

:125 Д а г е л ь П. С., К о т о в Д. П. Указ. работа, с. 129, 139.

126 См.: Макашвилн В. Г. Уголовная ответственность за неосторожность, с- 20.

127 См.; Макашвилн В. Г. О разграничении эвентуального умысла и самонадеянности, с. 166.

128 См.: Волков Б. С. Проблема воли н уголовная ответственность, с. 19. Признает наличие воли при бездействии и Т. В. Церегелц (см.: Причинная связь в уголовном праве. Тбилиси, 1957, с. 191).

129 См.: Дагель П. С., К о т о в Д. П. Указ. работа, с. 169. Признает расчет волевым элементом А. И. Рарог (см.: Указ. моногр., с. 66).

130 См.: Левитов Н. Д. Указ. работа, с. 169.

131 См.: Макашвилн В. Г. Уголовная ответственность за неосторожность, с- 44–46, 54, 90.

132 Изложение взглядов по этому поводу см.: М а н ь к о в с к и й Б. С. Указ. работа, с. 57 и ел-

133 См.: Антимонов Б. С. Указ. работа, с. 94. Против нигилистического отношения к воле при неосторожности выступает и Г. К. Матвеев. (См.: Основания..., ответственности, с. 270).

134 См-: Д а г е л ь П. С., К о т о в Д. П. Указ. раб., с. 142.

135 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 279.

- 136 См.: Кудрявцев В. Н. Взаимосвязь элементов преступления, с. 56.
- 137 См.: Указ. Курс советского уголовного права, с. 317, 318.
- 138 Об иной направленности волн при небрежности говорит и И. Лекшас. (См.: Указ- раб., с. 33).
- 139 См.: Дагель П. С. Неосторожность..., с. 39–40.
- 140 См.: Матвеев Г. К. Основания..., ответственности, с. 272.
- 141 См.: Механизм преступного поведения, с. 203.
- 142 См.: Дагель П. С., Котов Д. П. Указ. раб., с. 143, 144.
- 143 См.: Волков Б. С. Проблема волн и уголовная ответственность, с. 37. Правильно отмечает В. Н. Кудрявцев, что при небрежности сохраняется у субъекта возможность контролировать свое поведение. При этом автор указывает на потенциальный контроль сознания. (См.: Правовое поведение..., с. 88).
- 144 См.: Угрехелидзе М.- Г. Указ. работа, с. 53, 54.
- 145 См.: Дагель П. С. Содержание, форма и сущность вины..., с. 84.
- 146 См.: Шлифер Б. Г. Некоторые спорные вопросы договорной ответственности по советскому гражданскому праву. – Сов. госуд. п право, 1956, Ш 9, с. 115.
- 147 См.: Волков Б. С. Проблема воли и... ответственность, с. 40, 45.
- 148 См.: Утевский Б. С. Указ. работа, с. 279.
- 149 См.: Трахтеров В. С. Вменяемость по советскому уголовному праву. Харьков, 1966, с. 8.
- 150 См.: Угрехелидзе М. Г. Указ. раб., с -41. 43, 45, 48.
- 151 См.: Дагель П. С. Неосторожность..., с. 37.
- 152 Энгельс Ф. Людвиг Фейербах и конец классической немецкой философии, 1945, с. 36.
- 153 См.: Макашвили В.- Г. Уголовная ответственность за неосторожность, с. 129.
- 154 Немобилизация психических усилий на предвидение последствий при наличии сознательного выбора поведения – так характеризуют волевой характер деяния при неосторожности В. Е. Квашне и Ш. Д. Махмудов (см.: Ответственность за неосторожность. Душанбе: Ирфои, 1975, с. 19).

Г Л А В А 10

- 1 См.: Шахматов В. П. Указ. работа, с. 29.
- 2 См.: там же, с. 31.
- 3 Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. I, с. 14.
- 4 См.: Заиковская С. В. Существенное заблуждение в сделке в советском гражданском праве. Автореф. канд. дне. М., 1950, с. 7.
- 5 См.: Рабинович Н.- В. Указ. работа, с. 7–8.
- 6 Прав В. П. Шахматов в том, что считаться с волей нужно, если она может быть распознана. (См.: Основные проблемы теории сделки по советскому гражданскому праву. – Автореф. канд. дне. Свердловск, 1951, с. 8–9).

7 Маркс К., Энгельс Ф. К критике гегелевской философии права. Соч., т. I, с. 414 и ел-

8 См.: Шахматов В. П. Указ. моногр., с. 46–51.

9 См.: там же, с. 69.

10 Условно этот принцип можно назвать: соответствие «волеу решения», «волеу измерения».

11 См.: Рабинович Н. В. Указ. работа, с. 7.

12 Там же, с. 63.

13 См.: Рабинович Н. В. Указ. работа, с. 62.

14 См.: там же, с. 8–9.

15 Аналогичное положение возникает и при заключении так называемых фиктивных браков. (См.: Королев Ю. А. Семья, государство, общество. Мл Юрпд. лнт., 1971, с. 69).

16 Н о в и ц к и й И. Б. Указ. работа, с. 103.

17 См.: там же, с. 108.

18 См.: Рабинович Н. В. Указ. работа, с. 67.

19 См.: Н о в и ц к и й И. Б. Указ. работа, с. 105.

20 Р о з е н ф е л ь д Я. Э. Последствия оспоримых сделок. – В кн.: Проблемы совершенствования гражданско-и уголовно-правового законодательства.- в свете решения XXV съезда КПСС и новой Конституции СССР. Вильнюс, 1979, с. 77.

21 См.: Р а б и н о в и ч Н. В. Указ. работа, с. 85.

22 См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран. М.: Высшая школа, 1980, с. 185.

23 См.: Годэмэ Е. Указ. работа, с- 80.

24 См.: Саватье Р. Указ. работа, с. 189.

25 См.: И о в и ц к и н И. Б. Указ. работа, с. 113.

26 См.: Рабинович Н. В. Указ. работа, с. 71.

27 См.: там же.

28 См.: Годэмэ Е. Указ. работа, с. 75–77.

29 См.: Ойзерман Т. И. Проблемы историко-философской науки, с. 330–

МИНИСТЕРСТВО ВЫСШЕГО И СРЕДНЕГО СПЕЦИАЛЬНОГО
ОБРАЗОВАНИЯ ТАДЖИКСКОЙ ССР
ТАДЖИКСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ им. В. И.
ЛЕНИНА

В. А. ОЙГЕНЗИХТ

Н И Т И П И Ч Н Ы Е
ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В
ГРАЖДАНСКОМ
ПРАВЕ

Учебное пособие

Душанбе
1984

Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Учеб. пособие. - Душанбе, 1984, 128 с.

Рассматривается понятие нетипичных договорных отношений, недостаточно исследованное в юридической литературе, раскрывается их значение, место в гражданском праве, показывается связь с типичными договорными институтами. В частности, раскрываются специфические особенности договоров по оказанию услуг личного характера, акцессорные отношения хранения, фактические договоры найма, перевозки, в сфере связи, кредитно-расчетных отношений, при неосновательном приобретении имущества и т.п. Учебное пособие имеет целью углубление знаний студентов, получение дополнительных сведений по теоретическим и практическим вопросам при изучении курса гражданского права и отдельных спецкурсов хозяйственно-правовой специализации для написания курсовых и дипломных работ.

Предназначено для студентов юридических специальностей, аспирантов.

Отв. редактор - доктор юридических наук, профессор Усманов О.

Рецензенты: академик АН Таджикской ССР, доктор юридических наук,
профессор Раджабов С.А.

кандидат юридических наук Клеандров М.И.

© Таджикский госуниверситет, 1984.

Виктор Аркадьевич Ойгензихт
НЕТИПИЧНЫЕ ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ
ПРАВЕ

ВВЕДЕНИЕ

Перед гражданско-правовой наукой в настоящее время поставлены важные теоретические и практические задачи. Это требует дальнейших научных разработок, углубленного и всестороннего изучения гражданско-правовых отношений в учебном процессе в юридических вузах и факультетах с целью подготовки специалистов широкой эрудиции, хорошо разбирающихся в сложных проблемах гражданского права.

Среди разнообразных гражданско-правовых отношений имеются такие, которые отличаются от типичных договоров. Отличие это вызвано специфичностью признаков. Данный аспект договорных отношении крайне недостаточно рассмотрен в научной и учебной литературе. В то же время целый ряд нетипичных договоров входит во многие разделы курса "Советское гражданское право", включается в разделы спецкурсов хозяйственно-правовой специализации при рассмотрении вопросов неимущественных отношении, расчетно-кредитных отношении, хранения, найма, бытовых услуг и т.п. Признание нетипичных договорных институтов в гражданском праве, их правильное понимание позволяет расширить сферу гражданско-правового регулирования, и тем самым улучшить защиту имущественных и неимущественных интересов советских граждан. Особое место в пособии отводится хозяйственным договорам с отклонением в их оформлении, при особом волеизъявлении сторон, при возложении исполнения на третьи лица.

Важность указанных отношении приводит к постановке в юридической литературе вопроса о расширении круга договорных типов в гражданском законодательстве, совершенствовании правовых норм. Правильно отмечается и то, что, несмотря на большое число нетипичных правовых институтов в гражданском праве, их юридическая квалификация вызывает немалые трудности и осложняет правильное решение возникающих вопросов на практике.¹

Все изложенное и предопределило, с целью углубления и расширении знаний студентов, издание указанного учебного пособия, в котором, помимо общих положений, раскрытия понятия и значения нетипичных договорных институтов, рассматривается целый ряд конкретных нетипичных договорных отношении, затрагиваются различные дискуссионные вопросы теории гражданского права.

¹ См.: Садиков О.Н. Нетипичные институты в советском гражданском праве. - Советское государство и право, 1979, № 2, с.39.

1. ПОНЯТИЕ НЕТИПИЧНЫХ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИИ

В юридической литературе отмечается, что в гражданском праве есть институты, выходящие за рамки типичных, закрепленных в гражданском законодательстве. Такие институты, сохраняя определенное сходство с типичным, отличаются большой спецификой, что предопределяет особенности в их правовом регулировании.¹ Как справедливо отмечает О.Н.Садилов, отдельные институты содержат необычные "или даже аномальные элементы", иногда относящиеся к другим отраслям права. Несомненно, во многих типичных отношениях могут в той или иной мере проявляться некоторые особенности, не укладывающиеся в обычные рамки. Вопрос заключается в степени аномалии. Нельзя не учитывать и того, что при регулировании большинства отношений гражданское право взаимодействует с другими отраслями права, составляя соответствующую комплексную структуру¹. Определенным своеобразием отличаются и смешанные договоры,

Смешанный - это такой договор, который порождает различные обязательства, входящие в состав нескольких урегулированных законом типовых договорных отношений². В то же время отрицается признание договора смешанным, если имеется лишь уточнение обязанности (например, хранение картофеля и переборка его хранителем, поскольку переборка уточняет обязанность по хранению). Считается, что к смешанному договору применяются в соответствующих случаях и соответствующих частях нормы, установленные для типичных договоров³. С этим вопросом необходимо разобраться.

Прежде всего, нельзя путать договор как тип (вид) договорных отношений, имеющий свои юридические признаки, в-том числе свой объект, с договором - документом, в котором оформляются отношения между субъектами. Действительно, на практике нередко можно встретить конгломерированные (именно конгломерированные, а не смешанные - с механическим соединением разнородных частей) договоры, в которых с целью функционального удобства в одном документе по существу оформляются два или несколько различных договоров.

В примерах, приведенных И.Б.Новицким, имеются совершенно очевидные конгломерированные договоры, особенно если разнородные обязательства принимаются одной стороной, например, обеспечение трестом столовых питания и, кроме того, охраны заводских помещений. Но такой

¹ Об этом не раз говорилось в юридической литературе. В последнее время на специфичность и нетипичность ряда отношений в гражданском праве вновь обращено внимание. Мы имеем в виду не только нашу статью "Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений" ("Советское государство и право, 1978, №3, с.44-52), но и указанную статью О. Н. Садилова, с.32-39.

¹ См.: Мозолин В.П. Развитие советского гражданского права на современном этапе. - В кн.: СССР-Австрия: проблемы гражданского и семейного права. М.,1983, с.11,12.

² Н. И. Клелн определяет смешанный договор, как единое обязательство, в котором соединяются черты разного вида договоров (см.: Организация договорно-хозяйственных связей. М.; Юрид. лит., 1976, с.98.

³ См.: Човицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: юрид. лит., 1950, о.102, 103.

договор, по которому одна сторона предоставляет вещь в собственность, а другая вместо денежного эквивалента принимает на себя обязанность выполнить определенную работу действительно можно отнести к разряду смешанных договоров, ибо здесь мы сталкиваемся с единым договором, в котором только своеобразным образом определена встречная обязанность. Но и в таком случае эти обязательства конгломерированны, разнородны. Между указанными договорами есть и еще одно сходство - на совершение этих разнородных, но сосуществующих вместе договорных обязательств направлены возникшие правоотношения. Кроме того, эти обязательства возникают не просто фактически, а юридически по прямому волеизъявлению сторон. Вывод ученого абсолютно правилен: к разнородным обязательствам (уточним: составляющих объект конгломерированного договора) применяются в основном нормы соответствующих видов договоров - комплекующих его частей. Но в числе примеров И.Б.Новицкого указаны договоры с домами отдыха и санаториями. Представляется, что ученый не совсем точен. Это самостоятельный договор, в котором часть отдельных обязательств сливается в одно целое.

Такой договор в отличие от конгломерированного может быть назван интегрированным. Объект такого договора единый, в комплексное понятие предоставления отдыха (оздоровления) входит и обеспечение местом для проживания, и обеспечение пищей (часто специального характера), и обеспечение лечения (в санаториях), и предоставление ряда других услуг (пляжных, развлекательных и т.п.). Все это интегрируется в один комплексный объект. В таких договорах исключается применение норм, относящихся не к данному интегрированному договору.

Действительно, если в первоначальных примерах, при необеспечении, скажем, тротом общественного питания обязательства по сохранности ценностей завода вполне применимы нормы об ответственности, вытекающие из договора хранения, у то в договоре с домом отдыха (санаторием) нарушение правил социалистического общежития в отведенном помещении или окончание срока путевки, или недостатки в питании не влекут за собой применение норм договора найма или купли-продажи. Ответственность возлагается не на основании норм указанных договоров, а на основании норм (правил), регулирующих в целом данный интегрированный договор по его превалирующему юридическому признаку. Это относится ко многим договорам. В одних это определено или непосредственно вытекает из самого понятия договора (например, в указанном выше договоре, в договорах перевозки грузов, в которых перевозка интегрирована с хранением; в договоре купли-продажи с рассрочкой платежа - интеграция кредита, в ряде кредитно-расчетных отношений и т.п.). В других договорах - это включается в содержание договора прямым соглашением сторон, как в примере И.Б.Новицкого о переборке картофеля в договоре хранения или на основании нормы, в качестве одного из условий договора (хранение бывшим собственником, не

переданной вещи при отсутствии просрочки, хранение материалов заказчика подрядчиком и т.п.).

С.Н.Садиков отрицает то, что обосновываемый нами интегрированный договор имеет смешанный характер. Если нельзя такие договоры отнести к существующему типу договоров, то налицо новый договор, который требует нового названия, а пока регулирования общими положениями обязательственного права или, в порядке аналогии закона, правилами, относящимися к близкому договору¹. Но, по существу, ученый лишь подтверждает нашу позицию: интегрированный договор, приобретая новые качества, признается смешанным договором, содержащим элементы составляющих его договоров. Такой договор должен считаться новым договором, требующим специального регулирования, что, конечно, не исключает применения в отдельных случаях (как исключение) аналогии закона. Кстати, О.Н.Садиков определенно и совершенно правильно высказывается за расширение номенклатуры договоров и общих положений обязательственного права².

Для юридической характеристики договора не безразличен тот факт, что какая-либо обязанность является лишь одним из условий договора (обычно дополнительным обязательством), или она включается в качестве составной части самого объекта договора. Дело здесь, несомненно, в степени интеграции. Эта разница в степени может иногда проявляться в том, что, например, за отдельные услуги, если они, конечно, оказываются самим субъектом, берется дополнительная плата и в некоторых других особенностях. Нужно учесть, что в приведенных примерах интегрированный и конгломерированный договоры объединяет наличие прямого волеизъявления субъектов на принятие как основных, так и дополнительных, как отдельных, так и слитных различных по своей договорной природе обязательств. В некоторых, в том числе и в интегрированных, договорах могут появляться такого рода акцессорные отношения, которые выходят за рамки данного договора и не соединяются с ним интеграционной связью, даже если они возникают между одними и теми же субъектами. К этим отношениям не только могут, а иногда и должны применяться в полном объеме или за некоторыми исключениями нормы соответствующих договоров. Правильнее сказать, что в этих случаях стороны вступают в новые

¹ См.: Садиков О.Н. Указ. раб., с.36.

² В советском гражданском праве есть немало договоров, признанных самостоятельными, в которых интегрируются различные отношения в их совокупности (например, выполнение работ, оказание услуг, элементы авторских отношений в договоре на проектирование для капитального строительства (См.: Кархия А.А. Гражданско-правовое регулирование договорных отношений в проектировании для капитального строительства. Автореф. дис.канд. юр. наук. М.,1983). На отмеченную в указанной выше статье возможность широкой дифференциации правового регулирования указывает С.В. Ноленина (См.: Теоретические проблемы системы советского законодательства. М.,Наука,1979,с.172). Интеграция сельскохозяйственного производства и отраслей промышленности, перерабатывающих сельхозпродукцию, агропромышленное кооперирование вызвали к жизни появление смешанного интегрированного договора агропоставки, который, в силу приобретенных новых качеств и особенностей, должен считаться самостоятельной разновидностью хозяйственного договора (См.: Лурье С.М., Козырь М.И

самостоятельные правоотношения. С заключением таких самостоятельных договоров мы встречаемся в ряде случаев: при сдаче вещей на хранение (в гостиницах, театрах и т.п.), при сдаче пассажиром багажа, иногда при аренде инвентаря, получении книг, например, в библиотеке санатория и в тому подобных случаях. Самостоятельное регулирование обычно применяется при причинении вреда жизни и здоровью субъекта в период действия договора. Отнесение указанных и аналогичных правоотношений только к условиям данного договора, а не к самостоятельным правоотношениям нельзя признать правомерным. Эти отношения полностью самостоятельны, хотя и имеют определенную связь с данным договором, они не просто отдельные условия, а самостоятельные правоотношения со своим объектом и другими элементами, полностью отлитыми от данного договора и регулируемые другими нормами. Более того, эти отношения обычно и самостоятельно оформляются.

Таким образом, можно сделать вывод, что допустимость применения норм других договоров к данным обязательствам зависит, во-первых, от степени акцессорности и, во-вторых, от степени интеграции: чем меньше акцессорность и степень интеграции, тем больше возможность (переходящая иногда в необходимость) для дуалистического или даже иного правового регулирования. Так, до сих пор шла речь об обязательствах, которые, несмотря на всю их необычность, определены и оформлены (что очень важно) по обоюдному согласию сторон, при согласованности их обоюдною юли. Это соответствует установившемуся понятию договора, как сделки, в которой совпадает волеизъявление, сделки, содержащей выражение юли двух сторон¹.

Договорные отношения сельскохозяйственных предприятий в СССР (Теория и практика). М., Наука, 1974, с.165-1§2; См. также Мозоншн В.П. Указ. раб., с.21. Смешанном новым договором должен быть признан договор на организацию материально-технического снабжения, хотя это и вызывает споры.

Необходимость в договоре волевого момента подчеркивается большинством ученых, ибо без обоюдного волевого акта нет договора². Волевой момент является основным в соглашении; необходимо выражение в договоре воли сторон³.

Оставляя в стороне вопрос о содержании воли в договоре, о соотношении воли и соглашения⁴, о границах воли, мы считаем

¹ Новицкий и.Б., Дунц Л.А. Указ, раб., с.95.

²См. Гавзе Ф.и. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: ирид. лит., 1972, с.62.

³См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1954, с 51

⁴См.: Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе: Дониш, 1983, с.121.

необходимым подчеркнуть, что вопрос о воле в договоре нельзя сводить к согласованию всех или максимального числа условий; воля может выражаться нередко в даче согласия на принятие, применение, распространение тех или иных условий и обязательств. Важное значение придается волеизъявлению, которое необходимо для того, чтобы с волей можно было связывать правоту последствия, чтобы она имела юридическое значение. Воля может быть выражена письменно и устно, а иногда - в установленных законом случаях и другим способом, при котором презюмируется положительное либо отрицательное изъявление воли. Иногда воля выражается путем совершения действий, которые по смыслу дают основание полагать о наличии волевого решения, например, путем фактического исполнения договора без прямого выражения согласия на его заключение¹.

Когда воля выражена в той форме, которая предусмотрена или допустима в правовой норме, не вызывает сомнения наличие договорных отношений между субъектами. Сложнее обстоит дело тогда, когда воля их выражена в отношении определенных конкретных обязательств, а фактически возникают другие, либо действие основного, согласованного между сторонами обязательства, порождает попутно действие акцессорного обязательства, по поводу которого согласования между сторонами не было. Здесь мы сталкиваемся с вопросом о том, является ли волеизъявление на принятие основного обязательства, на заключение договора одновременно и волеизъявлением на все сопутствующие обязательства и в какой мере эти обязательства, особенно те, которые, как мы указали, носят самостоятельный характер, должны быть признаны типичным, а не нетипичным договором.

Напрашивается вывод, что коль скоро контрагенты согласились заключить данный договор, то признается, что они выразили согласие подчиниться условиям, которые в силу закона распространяются на соответствующие договорные отношения. Это правовая презумпция, исходящая из косвенного выражения воли. Данная презумпция является частным видом презумпции правомерности вступления в сделку, которая прежде всего означает предположение свободы волеизъявления; заключивший сделку предполагается действовавшим разумно². Как волевой акт сделка предполагает, что юридические последствия, на которые она направлена, соответствуют воле сторон. Особое место в этой презумпции занимает оценка поведения, свидетельствующая о выражении воли сторон. Как всякая презумпция, и эта может быть опровергнута в исключительных случаях. В частности, данная презумпция предполагает знание правовых норм, условий, которые на их основании признаются согласованными сторонами, хотя и формально не отражены в договоре. Субъективным

¹См.: Новицкий и.Б. Сделки. Исковая давность. М.: Госюриздат, 1954, с.20,21.

² См. : Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Автореф. канд. дисс. Свердловск, 1969, с.14; См. также: Ойгензихт В.А. Понятие гражданско-правовой презумпции. - Советское государство и право, 1975, № Ю.с.29; его же: Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1976, с.56-61.

условием применения ответственности в случае невыполнения указанных обычных условий является риск субъекта¹. Презумпция согласованной воли - это материально-правовая презумпция, являющаяся основанием для установления факта заключения договора с учетом всех обычных условий, не включенных в текст самого договора. Она представляет собой следствие из вывода о высокой степени вероятности существования этого факта, его очевидности, коль скоро субъекта выразили согласие на заключение договора, согласовав между собой, прежде всего, все его существенные условия. Но не означает ли указанная презумпция, что сопутствующие договору правоотношения, носящие самостоятельный характер, являются ничем иным, как обычными, согласованными, хотя и косвенными путем², условиями данного договора и поэтому ошибочно считать их самостоятельными соглашениями, в которые вступают стороны параллельно или в соответствии с основным договором? Однозначно на этот вопрос, видимо, ответить нельзя.

В числе условий, которые указаны в соответствующей правовой норме, есть такие, которые по своему значению и по своим последствиям не могут быть согласованы косвенным путем, а только в результате прямого волеизъявления в установленной форме. Речь идет о существенных условиях. Тем более недопустимо применение презумпции согласованной воли для признания согласования не просто условия, а условий, входящих в объект договора, а также, хотя и дополнительных, но самостоятельных договорных отношений, с комплексом самостоятельных условий как обычных, так и существенных. Так, например, для возникновения прав и обязанностей, для применения ответственности при краткосрочном хранении требуется особое оформление. Из согласия заключить договор купли-продажи с предприятием общественного питания отнюдь не презюмируется согласие на краткосрочное хранение одежды, во всяком случае этого недостаточно, тем более, что указанный дополнительный договор регулируется иными правовыми нормами. Видимо, нельзя признать абсолютно бесспорной довольно распространенную точку зрения на то, что так называемые конклюдентные действия всегда достаточны для признания наличия договора и согласованности воли в отношении существенных условий (конечно, если это не предусмотрено законом). Так, И.Б.Новицкий полагает, что если сделано предложение одной организацией другой о продаже продукции, то оплата счета за отгруженную продукцию в одном случае или выписка счета для оплаты - в другом свидетельствуют о выражении согласия на предложение³. Это несомненно свидетельствует о согласии, но нельзя забывать, что такие договоры должны отличаться определенностью и

¹См.: Ойгензихт В.А. Презумпция знания закона в гражданском праве. - Актуальные вопросы теории и истории права и применения советского законодательства. Душанбе: 1975, с.111-115.

² О.А. Красавчиков отмечает, что не воля выражается косвенно, а наше заключение об этом складывается из определенных (имелись в виду - конклюдентных) действия (См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., Госюриздат, 1958, с.101). Но косвенное волеизъявление и есть тот юридический факт, который и дает основание для предположительного заключения.

³ См: Новицкий И.Б. Указ. раб.,

точностью, заключаться в письменной форме (хотя и в виде принятия заказа или обмена письмами (телеграммами), что банк вправе проверить наличие договора и при его отсутствии не производить оплату счета. Последствием может быть и оспаривание отдельных условий, например, цены.

Итак, для того, чтобы признать наличие основного договора - необходимо прямое согласованное волеизъявление в установленной форме всех существенных условий договора. Для того, чтобы признать наличие акцессорного, но самостоятельного договора, сопутствующего основному договору, связанного с ним так же необходимо прямое волеизъявление субъектов в установленной форме на его заключение, согласование ими существенных условий такого акцессорного договора. Однако гражданское право не только знает, но и в ряде случаев придает правовое значение отношениям аномальным. Не считаться с этим нельзя, но необходимо определить четкие границы этой аномалии, закономерности. С другой стороны, возникает не менее важный вопрос: в какой мере определенная специфика, некоторая непохожесть должны привести к выводу о нетипичности, аномальности возникших правоотношений¹. Мы полагаем, что в этом плане вопросу о воле и волеизъявлении принадлежит наибольшая роль.

Прежде всего нельзя из сказанного выше делать вывод, что косвенным образом выраженная воля, не только в отношении обычных условий, является совсем безразличной для гражданского права и не принимается во внимание. Это относится даже к одностороннему волеизъявлению. В юридической литературе указывается, что и в тех правоотношениях, в которых, на первый взгляд, воля не играет роли, в действительности наличие воли в той или иной форме, во всяком случае одного из участников, несомненно. При этом отмечается, что совсем не обязательно, чтобы воля выражалась всеми участниками, второй участник свою волю выражает в той или иной мере при завязке отношений². Р.О. Халфина все же не отрицает, что при тщательном рассмотрении некоторых случаев, как исключение, возможно удастся установить наличие правоотношения, возникающего независимо от воли участников. Эта проблема в определенной мере перекликается с вопросом о секундарных правах, особенно в незавершенных правоотношениях³.

Большую дискуссию вызывает в правовой литературе вопрос о договорном характере целого ряда правоотношений, в которых само соглашение ограничено императивностью норм, полным регулированием ими отношений, обязательным плановым заданием и т.п. Это принципиальный и сложный вопрос. Прежде всего, при ответе на него нужно

¹ Правильно обращено внимание на то, что синонимом "нормальное" чаще всего выступает "типичное". Отсюда "аномальное" должно означать "нетипичное". Аномальным считается то что является необычным по сравнению с общепринятым типом (см.: Корольков А.А. О диалектике нормы и аномалии.- Современный проблемы материалистической диалектики. М.: Мысль, 1971, с.310,313.)

² См.: Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: юрид. лит., 1974, с.218,219.

³ См.: там же, с231-235.

точно определить, о чем идет речь: только лишь об объеме согласования, о широте его или вообще о всяком отсутствии или чрезмерном минимуме волеизъявления сторон. Особые споры в свое время вызывало наличие договорных отношений по перевозке грузов. Некоторые ученые полагали, что отсутствие свободы воли в выборе контрагента, обязательность вступления в правоотношения, регламентированность его условий лишают возникающее обязательство договорного характера, поскольку воля перевозчика не имеет значения как для создания обязательства, так и для определения контрагентов и условий¹. Аналогичный вывод делался и по поводу отношений по расчетному счету и других². Видимо нет надобности останавливаться на этом вопросе, указывать на само понимание выбора решения, на формирование планового задания, на то, что во всех перечисленных договорах остается широкое поле не только для конкретизации планового задания и способов его выполнения, но и для установления ряда важнейших условий, не определяемых планом. Во всем этом выражается воля участников правоотношений. На этом вопросе подробно останавливаются многие ученые, признающие договорный характер указанных правоотношений и решительным образом критикующие точку зрения его противников³. Таким образом, подавляющее большинство ученых справедливо признает указанные - правоотношения договорными, а сами договоры вполне нормальными, с присущей им спецификой и особенностями.

Некоторые ученые видят наличие договорного характера отношений там, где о договоре вопрос не возникает. Иногда это касается не самих правоотношений, а их последствий. На такой позиции стоит В.В.Васькин в отношении правовой природы убытков⁴. К числу отношений, тяготеющих к договорным, имеющих много общего с плановыми договорами, он относит и такие, которые возникают при передаче на основании административного акта предприятия, сооружений, зданий, оборудования. Против признания этих отношений договорными, как не относящихся к обычной хозяйственной деятельности, в которых отсутствует воля и инициатива юридических лиц и право выбора, - выступает Ф.И. Гавзе⁵. В.В.Васькин признает договорной ответственность при нарушении гражданско-правовых обязанностей, вытекающих из плана перевозок, например за неподачу транспортных средств и груза. В данном случае отсутствуют (если, конечно, не заключался договор, как, например, при постоянных перевозках автомобильным транспортом) договорные отношения между сторонами, обязательство

¹ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юриздат, 1940, с.131.

² См.: Дозорцев А.В. Некоторые вопросы договорного регулирования отношения по поставке. – Научные записки института внешней торговли. М.: 1955, с.147. Малейн Н.С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. М.:Наука, 1964, с.34.

³ См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве, с.158 и далее. Ее же: Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве. М., АН СССР, 1963, с.П7-П8; Гавзе Ф.И. Указ. раб., с.62-84.

⁴ См.: Васькин В.В. Правовая природа убытков в договорных имущественных отношениях. - Хозяйство, право, управление. Вып.1. Саратов,1974, с.75 и сл.

⁵ См.: Гавзе Ф.И. Указ. раб., с.75.

возникает из другого основания, поэтому нет никаких данных называть эту гражданско-правовую ответственность договорной. Автор ссылается также на ответственность гостиниц и других аналогичных учреждений по ст.429 ГК РСФСР (ст.425 ИК Тадж. ССР) за несохранность вещей, указывая при этом, что хотя договор хранения здесь не заключается, но ответственность на основании прямого указания закона наступает договорная. Это верно, но основания такой ответственности в другом, о чем будет сказано ниже. И совсем уж необоснованна ссылка на договорный характер отношений и ответственности по ст.403 ГК КЖР (ст.396 ГК Тадж. ССР), указывающей на обязанности наследников поверенного. Никакого ни косвенного, ни прямого их согласия на вступление в договорные отношения из обязанности, предусмотренной ст.403 ГК, не вытекает.

Итак, как указано выше, для признания типичных, договорных отношений, решающим является согласованная воля сторон. Из дискуссии Р.О. Халфиной с Е.А. Флейшц о договорной и бездоговорной поставке можно сделать вывод, что Р.О. Халфина признает обычными договорные отношения, которые возникают фактически, без оформления договора, только тогда, когда они основываются на плановом задании или другом обязательном для сторон акте. В этом случае и конклюдентные действия приводят к возникновению договорных отношений, хотя и отличных от тех, которые возникают при предварительном заключении договора¹. Выше мы уже дали оценку таким конклюдентным действиям, да и сама Р.О. Халфина, указывая на расширение ныне возможностей для оформления договора поставки, совершенно правильно утверждает, что договоры должны быть облечены в соответствующую форму, установленную законом. Конечно, презумпция, основывающаяся на конклюдентных действиях, более убедительна, чем презумпция, основанная на косвенном волеизъявлении, но, видимо, права и Е.А. Флейшц, полагающая, что в этом случае стирается грань между договорной и бездоговорной поставкой². Знака равенства между такого рода поставками делать нельзя, как нельзя отсутствующий договор превращать в типичный договор только на основании конклюдентно выраженной воли. Последствия таких отношений должны быть не одинаковыми, иначе будет легализировано нарушение правовой нормы.

Но если признать допустимым в случаях совершения конклюдентных действий наличие согласованности волеизъявления, то уж никак нельзя допустить признание такого косвенного волеизъявления, как презюмированного вывода из факта вступления в другое правоотношение. И уж совсем исключается возможность признания типичным договором такой договор, который возник в результате указанного выше косвенного или даже одностороннего волеизъявления, не оформленный в установленном порядке

¹См.: Халфина Р.О. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве, с.118.

²См.: Флейшц Е.А. Договор поставки. Отдельные виды обязательств. М.: Юриздат, 1954, с.42-43. Кстати, Р.О. Халфина о возможности отступления от формы заключения договора говорит как об особом исключении (см.: Значение и сущность договора. ... , с.236).

и не основанный на плановом задании или другом обязывающем положении. Сами по себе норма или план при наличии лишь косвенного, презюмированного волеизъявления не создают типичных договорных отношений, тем более не создает их косвенное волеизъявление при отсутствии обязывающего к заключению договора основания. Но следует ли отсюда вывод, что при этих условиях возникшие правомерные отношения не являются правовыми, а если они по своей природе, по своему характеру соответствуют какому-либо договору - не являются договорными? Право не может оставить такие отношения не только без защиты, но и без регулирования. Это не в интересах гражданского оборота и обеспечения правопорядка. Необходимость применения не просто аналогии, но и прямого распространения соответствующих норм очевидна. Иначе возникает много неразрешенных вопросов, создающих немалые трудности в судебной и арбитражной практике. Юридическим основанием признания таких отношений договорными правоотношениями является признание в советском гражданском праве наличия нетипичных договоров, признания указанных договоров в качестве одного из оснований возникновения обязательств. Именно такой вывод вытекает de lege ferenda из анализа данных правоотношений.

В теории права к подобным договорам нередко относили квазидоговор. Квази-договор (как бы договор) известен давно в гражданском праве, но, видимо, не следует опасаться его возрождения на принципиально новой основе. Правила юридической техники нужно рассматривать как элемент общей культуры. Здесь возможна значительная степень преемственности. Это относится к юридической терминологии, где наблюдается наибольшая степень заимствования¹. Этот вывод имеет прямое отношение к термину "квази-договор", но понятие этого договора, его сущность, сфера его применения не имеют ничего общего с тем, что признавалось и сейчас еще кое-где признается за квази-договор.

В буржуазном праве к группе квази-контрактов относятся такие, которые по разным причинам рассматриваются так, как если бы они вытекали из договоров. Например, оплата по ошибке несуществующего долга, отказ от возврата долга. Сюда же относятся и обязанность, вытекающая из подтверждения счета, долги, причитающиеся на основании акта парламента, из уплаты денег по требованию ответчика или из того, что ответчик неправомерно получил деньги под видом исполнения своих публичных обязанностей. Перечень квази-контрактов считают не определенным и неудовлетворительным. В английском праве широко применяется доктрина о неосновательном обогащении, которое признается по существу принципом, на котором основывается квази-контракт². Достаточно широко в буржуазном праве применяется это понятие к отношениям, возникающим при ведении чужих дел без поручения и к

¹См.: Бабаев В.К. О преемственности между социалистическим и прошлыми типами права. - Советское государство и право, 1975, № 12, с.106.

² См.: Дженко Э. Англиское право. М.: юрид. лит., 1947

представительству без полномочий. Тот, кто взял на себя эту обязанность должен действовать так, как если бы был договор поручения, при этом во главу угла ставится выгода субъекта. Нужно сказать, что в буржуазном, да и в римском праве не было по существу создано какой-либо теории квази-договоров и фактически принадлежность тех или иных отношений к квази-контрактам лишь декларировалась¹. К тому же эта категория сводилась только к требованию уплаты (возврата) долга.

Буржуазное законодательство не указывает в каких случаях применяются квази-контракта. Во французском гражданском кодексе дается, правда, определение такому договору, как дозволенного действия, порождающего обязательство, аналогичное договору, но не вытекающее из соглашения воли, т.е. действия, совершенного исключительно по побуждению человека, из которого вытекает либо взаимное обязательство сторон, либо обязательство перед третьим лицом (ст.1371). К условиям возникновения квази-контрактов относят исключение формы договора и отсутствие согласия воли. Делается даже вывод, что, если квази-контракт приводит к возникновению обязательства против лица, которое не действовало для образования квази-контракта, то отсутствует даже требование в отношении дееспособности, так как обязательство возникает независимо от акта воли, правда, этот вывод сопровождается рядом сомнений и оговорок. Как указывает Е. Годэма, общим элементом квази-контрактов является возникновение обязательства вследствие выгода, доставленной третьему лицу².

Многообразие гражданско-правовых отношений, совершенствование и детализация их регламентации, принципиально иное их содержание в советском гражданском праве не допускают такого подхода к этой категории, но в то же время нельзя по указанным выше причинам игнорировать необходимость оценки фактически складывающихся отношений, их договорную природу. Но, конечно, не на основании критерия выгоды. Принципиально новый подход к категории нетипичного договора заключается в признании не отсутствия согласованности воли, а, наоборот, признания их согласованности, хотя и выводятся на основании презумпции, поскольку прямое волеизъявление отсутствует. Это приводит и к неоформленности отношений, к некоторой усеченности их правового регулирования. Эта презумпция согласованности воли - главная в рассматриваемой теории, хотя отдельные правоотношения и в этом смысле отличаются некоторой особенностью.

Особое место в данной проблеме занимает такое правовое средство регулирования хозяйственных отношений, каким является фикция. На это

¹ В римском праве полагали, что коль скоро должник не заключил с кредитором контракта и не совершил деликта, - его обязательство возникло *quasi ex contractu* (см.: Барон Ю. Система римского гражданского права, кн. 1У. Обязательственное право. СПб., 1910, с.12).

² См.: Годзма Е. Общая теория обязательств. М.: Юриздат, 1948, с.285-289, 304, 305.

справедливо обратил внимание Б.И.Путинский. Он приводит два примера заключения договоров, приравняемых по правовым последствиям к типичным договорам: 1) признание наличия договора в соответствии с решением арбитража по иску заинтересованной стороны при отсутствии волеизъявления другой стороны и 2) принятие сторонами при соответствующих условиях наряда к исполнению¹. Во втором случае можно, конечно, говорить о том, что имеется в установленной форме согласие на возникновение договорного отношения, которое позволяет усмотреть косвенное согласие на распространение всех условий договора, причем, даже в случае молчания стороны в течение десяти дней, а точнее - презюмировать такое согласие. Даже, если признать (а это именно так) такое оформление хозяйственных связей - соглашением сторон, договором, что вызывает все же дискуссию в юридической литературе,² то очевидна специфика такого соглашения, (оферта исходит не от другой стороны, отказ покупателя от принятия наряда, как правило, не требует согласия поставщика и т.п.). И все же в данном случае признается не аномалия, а обычный договор поставки с полным комплексом правового регулирования, что дает основания для вывода сделанного Б.И.Путинским.

Нетипичные договоры в гражданском праве чрезвычайно разнообразны. Они имеют более широкое понятие, чем квази-договоры. В них иногда даже наличествует прямое выражение воли, хотя По-существу они, в силу различных причин, не могут быть отнесены к регламентированным типичным договорам.

Нетипичный договор является обычно фактическим отношением, в большинстве случаев он не оформляется в надлежащем порядке. К таким правоотношениям относятся и такие, в которых резко ослаблен гражданско-правовой характер или допущено смещение различных самостоятельных отношений. В некоторых нетипичных договорах отсутствует определенность отношения, отдельные договоры такого рода применяются к основному не гражданско-правовому или имеющему лишь гражданско-правовые элементы отношению.

Характеристика указанных договоров, раскрытие их специфики будет дана в следующих разделах. Но уже сейчас можно отметить, что к признакам нетипичности договорных отношений, действующих, конечно, далеко не всегда в полном или даже частичном комплекте, с нашей точки зрения, относятся:

А. Особый характер выражения воли: косвенным путем, путем совершения конклюдентных действий, одностороннего волеизъявления, последующего выражения воли или даже вопреки воле одной из сторон.

¹См.: Путинский Б.И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. М.: Юрид. лит., 1980, с.31.

² Анализ дискуссии см. : Договор поставки продукции социалистических предприятий. Иркутск, 1974, с.Ш-117.

Б. Фактическое возникновение правоотношения без соответствующего их оформления.

В. Сходность в различной степени возникшего правоотношения с соответствующим типичным договором, урегулированным в гражданском законодательстве.

Г. Комплексность элементов разных правоотношений. Д. Отсутствие определенности возникновения отношения, в том числе ретроактивный характер возникновения - после определения субъекта.

Е. Акцессорность (дополнительность, побочность) отношений.

Ж. Ослабленность. "гражданско-правового характера отношений (вклинение в них административных и других отношений; наличие лишь элементов основного гражданско-правового отношения).

З. Применение возникших гражданско-правовых отношений к негражданским правоотношениям.

И. Несоответствие обычному понятию договорных отношений; необычность, неправильность структуры договора.

Трудно дать общее определение, таким договорам ввиду чрезвычайного их разнообразия и специфики, но все же нетипичными следует признать договоры, возникающие из фактических отношений, в которых воля участников по существенным условиям, в том числе и связаного с ними в виде самостоятельного и по существу неинтегрированного договора, выражена косвенным путем, неконкретно или в неустановленной форме, путем одностороннего волеизъявления, либо вопреки подлинной воле¹; договоры с "ослабленным" гражданско-правовым характером, с элементами гражданско-правовых отношений. Иными словами - это фактические отношения с особым образом выраженной волей участников при особом проявлении других элементов договора.

В теории аномалий существует понятие "адаптивная норма". При этом противоречия между нормой и аномалиями разрешаются и путем включения аномалий в сложившуюся адаптивную норму, и путем того, что аномалии являются материалом для смены указанной нормы на качественно новую². Нетипичные договоры "адаптируются" в существующих типичных договорах до тех пор, пока накопление специфических признаков не приводит к созданию самостоятельного договора. "Адаптация" же выражается в том, что они, коль скоро отсутствуют специальные нормы, выступают в качестве подвидов типичных договоров со специфичным (зачастую неполным) их применением, либо образуют формирования, не имеющих пока аналога в действующем гражданском кодексе и регулируемых в особом порядке.

¹ Например, договор, заключенный под влиянием неправомерного поведения (обмана насилия и т.п.), но не оспоренный потерпевшей стороной. А.А. Пушкан полагает, что правомерность сделки должна означать дозволенность действий в качестве нормального способа проявления дееспособности, но и он не исключает квалификацию некоторых недействительных сделок как правонарушений (С м.: Советское гражданское право, ч.1. Киев: Виша школа, 1977, с.171).

² См.: Корольков А.А. Указ. раб., с.319.

2. «КОНКЛЮДЕНТНЫЕ» И «ТРАНЗИТНЫЕ» ДОГОВОРЫ

Как мы указали, к нетипичным договорам необходимо отнести такие договоры, которые возникли фактически, не были оформлены в надлежащем порядке (если согласно правовой нормы такое неоформление не приводит к признанию договора недействительный- ст.45 ГК РСФСР, ст.44 ГК Тадж. ССР) и о заключении которых, о согласованности воле свидетельствуют конклюдентные действия, создающие презумпцию согласованности воле. Это могут быть обоюдные или только дополняющие действия, они могут заключаться и в оформлении документов, не позволяющих, однако признать их заменяющими договор, т.е. по существу в тех случаях, когда налицо и прямое выражение воли, но не признаваемое таковым ввиду не облечения в должную форму (отсюда, например, требование письменных документов для договора займа на сумму свыше 50 руб.). Возникшие в результате таких действий отношения нельзя признать нетипично-договорными, если форма сделки не была установлена (ч.2 ст.42 ГК РСФСР; ч.4,ст.41 ГК Тадж. ССР). В остальных случаях наличие презумпции согласованности воле, т.е. презумпции о наличии важнейшего элемента договора (например, в отношении сделок, оформленных в соответствии со ст.44 ГК РСФСР, ст.43 ГК Тадж. ССР) позволяет признать отношения конклюдентно-договорными и не лишать их правовой защиты, а применять (с определенными ограничениями) нормы, регулирующие соответствующий договор. Представляется, что только таким образом можно провести грань между договорными и недоговорными, но признаваемыми правом, отношениями. Конечно, конклюдентные действия должны дать основание презюмировать согласованность существенных условий, без которых договор не может быть признан заключенным. Однако особенность рассматриваемых договоров как раз и заключается в том, что они не тождественны по условиям возникновения типичному договору. Уже это одно позволяет сделать вывод, что как раз такие отношения, в которых отдельные условия не согласованы даже косвенным путем, и дают основание для признания этих отношений нетипичными, но, конечно, если только отсутствие согласования таких условий не является недопустимым. Так, несогласование повышенной цены должно означать применение установленных цен и только с учетом этого конклюдентный договор может быть признан¹. Таким образом, в конклюдентных договорах имеется ограничение прежде всего в полноте регулирования и правовой защиты. Следствием отсутствия презумпции согласованности воле в отношении отдельных условий является то, что в этой части отношения приводятся в соответствие с каким-либо положением, либо, если это возможно, исключаются. Конечно, часто можно сделать вывод

¹Как отмечает И.Б.Новицкий, в практике нередки случаи, когда договор купли-продажи или поставки, содержащий незаконное определение цены или иного элемента, оставляется в силе с приведением недействительной части сделки в соответствие законом (см. Указ. раб., с.71).

о косвенном согласовании: раз есть основания предполагать согласованность воли на вступление в сделку, то есть основания предположить согласованность и в отношении других условий, но это допустимо лишь, когда имеется соответствующая норма или положение². И еще очень важная особенность - к такому договору, поскольку он не оформлен в установленном порядке, хотя это и не делает его недействительным, не должны применяться в полной мере нормы, об имущественной ответственности, в частности неустойка, взыскание недополученных доходов. Вот в этом и есть существенное различие между типичным и нетипичным договором. Иначе, действительно, будет права Е.А. Флейшиц о том, что грань между договорной и недоговорной поставкой стирается; иначе - будут исключены отрицательные последствия для сторон, не оформивших должным образом свои отношения. Несомненно, что здесь мы встречаемся с риском субъектов, которые будут лишены возможности возместить понесенный ущерб. Этот вывод расширяет ранее высказанную нами точку зрения о риске субъектов при ненадлежащем оформлении договора³. Нельзя оправдывать несоблюдение формы сделки, санкционированное несоблюдение требуемой законом формы - серьезный подрыв авторитета самой нормы закона, что принципиально недопустимо⁴. Исходя из этого, мы полагаем, что нельзя сохранять абсолютную действительность неоформленных в установленном порядке договоров, как это принято считать в правовой литературе⁵, но нельзя и полностью исключать наличие в подобных случаях правоотношений. Талую сделку целесообразно, по нашему мнению, признавать нетипичной со всеми вытекающими из этого отрицательными последствиями для сторон. Если же закон связывает соблюдение формы с действительностью договора (например, соблюдение нотариальной формы), то признание таких отношений нетипичным договором исключается.

X X X

Ст.171 ГК РСФСР (ст.172 ГК Тадж. ССР) предусматривает возможность возложения исполнения обязательства, возникшего из договора, на третье

² Уже это свидетельствует о том, что подобные договоры ничего общего не имеют с широко распространенными в буржуазном праве "договорами присоединения". Но дело не только в этом. "Договоры присоединения" - диктат монополистов. Вторая сторона лишена возможности что-либо обсуждать, что-либо изменить, а возможность отказаться от вступления в договор лишь формально-юридическая, поскольку действует экономическая зависимость (См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран./Под ред. В. П. Мозолина, М.И.Кулагина. - М.: Высшая школа, 1980, с.166). В таком договоре волеизъявление не соответствует подлинной воле стороны, но, несмотря на это договор признается действительным, вполне правомерным, он не может быть оспорен. В советском праве подобное положение исключено. В настоящее время даже буржуазное государство, видя несправедливость "договоров присоединения; внесло некоторые коррективы в договорное право (См.: Кулагин М.И. Защита интересов потребителей в гражданском праве капиталистических стран. - В кн.: Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания граждан. М., Изд-во АН СССР, 1983, с.39).

³См.: Ойгензихт В.А. Проблема риска в советском гражданском праве. Автореф. докт. дио. М., 1974, с.32.

⁴ См.: Новицкий И.Б. Указ.раб., с.62.

⁵ См.: там же, с.60; Рабинович Н.В. Недействительность следок и ее последствия. Л., изд. ЛГУ, 1960, с.77.

лицо. В этих случаях могут возникнуть нетипичные договорные отношения. Речь идет о таких отношениях, которые возникают между третьим . лицом и контрагентом по договору, которому производится исполнение. В отдельных случаях практика идет по пути признания наличия прямых обязательственных отношений между грузоотправителем и грузополучателем, даже при отсутствии договора.

На несостоятельность попыток найти в этих случаях какие-то договорные связи указал С.Н. Братусь, отметивший, что арбитражи обычно не ставят вопрос о юридических основаниях⁶. Внедоговорный характер указанных отношений признает М.И.Брагинский, указывая, что такие обязательства существуют вместе с договорными обязательствами поставщика и покупателя⁷. Подробно анализирует вопрос об основаниях ответственности изготовителя, не являющегося поставщиком по договору, Е.М.Яковлева⁸, Дело в том, что законодателем установлена прямая ответственность изготовителя недоброкачественной продукции, как и его ответственность за недостачу. Но обосновывается это часто процессуальными соображениями. Е.М. Яковлева справедливо отмечает, что нельзя признать ответственность изготовителя в этом случае регрессной, ибо на него возлагаются различные обязанности, а не только уплата штрафа и возмещение убытков: принятие брака, устранение на месте дефектов. Это предполагает непосредственные обязательственные отношения, которые сейчас признаются многими учеными⁹. Е.М.Яковлева правильно предполагает, что из фактического состава, с которым связывается возникновение обязательства между изготовителем и получателем продукции, нельзя исключать договор между поставщиком и покупателем, что нельзя сводить содержание возникших отношений только к ответственности. Она полагает, что указанное обязательство возникает в результате сложного фактического состава: договора между поставщиком и покупателем, договора (административной подчиненности) изготовителя с поставщиком, отгрузки продукции¹⁰.

Все это верно, но не ясно, как все эти три элемента при их соединении дают основание для возникновения новых непосредственных отношений. Представляется, что ответить на этот вопрос может лишь признание этих отношений нетипичными, основанными на презумпции согласованности воли и волеизъявления, как следствия из косвенного выражения этой воли субъектами в других договорных отношениях. Такое косвенное согласие на транзитную отгрузку выражает покупатель по договору с поставщиком, в котором порядок поставки определен, а возможно, и получатель через договор между ним и покупателем. Воля грузоотправителя на отгрузку

⁶См.: Братусь С.Н., Лунц Л.А. Вопросы хозяйственного договора. М.: Юриздат, 1954, с.122-23.

⁷ См.: Брагинский М.И. Структура договорных связей и ответственность участников яря поставках транзитом. М.: Изд. ВИЩ, 1960, с.89, 90, 101, 103.

⁸См.; Яковлева Е.М. Вопросы качества продукции в договоре поставки. Душанбе: Ирфон, 1963, с.117-130.

⁹См. там же, с.120-121.

¹⁰См. там же, с.122-124.

выражена прямо в его договоре с поставщиком. Если между ними отсутствует договор, а имеется административная подчиненность, то грузоотправитель принимает на себя просто обязанности или часть обязанностей поставщика в качестве его составной (подчиненной) единицы, хотя в современных условиях желательно, чтобы и такие отношения были оформлены. Таким образом грузоотправитель и грузополучатель (покупатель) находятся в непосредственно неоформленном договором отношениях, но на его совершение ими через другие (опосредствующие данные) отношения выражена воля. Это позволяет признать указанные отношения основанными на нетипичном договоре. Именно такой договор, с нашей точки зрения, наилучшим образом объясняет юридическую природу этих отношений, подводит теоретическую базу под фактически вкладываемые отношения, объясняет применение непосредственной ответственности¹¹. Именно такой договор объясняет недопустимость (не с точки зрения процессуальной) применения такими субъектами ответственности в полном объеме, возложения всех обязанностей, например, по договору поставки. Часть этих «обязанностей» остается за пределами основного договора, да и ответственность прямая наступает за недостачу, отгрузку недоброкачественной продукции и в некоторых других случаях.

Ряд цивилистов считает, что нет препятствий к более широкому применению мер прямой ответственности, что именно в таком случае будет ответственность за собственную вину¹². Есть в этом, безусловно, логика. Данный нетипичный договор отличается от предыдущего тем, что предыдущий связан с недоговорной поставкой, с неоформлением договора, когда это было необходимо, а данные "транзитные" отношения и не должны специально оформляться. Поэтому и нет принципиальных возражений против применения прямой ответственности в более широком плане, когда это возможно и целесообразно. Но как раз именно учет возможности и целесообразности, а также ряд других соображений (размер ответственности, недопустимость отстранения поставщика от контроля и т.п.) все же не позволяют всегда, во всех случаях применить прямую ответственность по указанному договору, что и свидетельствует о его вспомогательном характере, хотя особенно в рассматриваемых отношениях чрезвычайно важных и значимых. В.К. Райхер писал, что именно в такого рода отношениях и оказалась "постепенно пробитой, под наиболее упорным давлением потребностей хозяйственной практики, первая брешь в традиционной догме гражданского права, не допускающей исков,

¹¹ О.Н.Садиков полагает, что в данном случае имеет место нестандартное правовое явление - нетипичным институт гражданского права, но по причине сочетания двух условий ответственности - вины и причинения (См.: Ответственность за действия третьих лиц в гражданском праве. - Сов. госуд. и право, 1982, № 8, с.19). Но нетипичность проявляется в договорной связи, а не в условиях ответственности, да и сочетаются здесь не вина и причинение (последнее вообще не выступает как условие ответственности), а вина и риск - риск гаранта.

¹²См.: Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М.: Наука, 1968, с.143-152.

вытекающих из неисполнения договорного обязательства между сторонами, не связанными между собой договором"¹³.

3. НЕТИПИЧНЫЕ ДОГОВОРЫ ПО ОКАЗАНИЮ УСЛУГ ЛИЧНОГО ХАРАКТЕРА

Конституционные права советских граждан на пользование достижениями культуры, на охрану здоровья (статьи 46 и 42 Конституции СССР) реализуются и в гражданско-правовых отношениях. Эти отношения носят договорный характер, хотя они во многом специфичны. В круг указанных отношений включаются разнообразные отношения по оказанию услуг с приматом личного характера, хотя и не исключаящих имущественного содержания. Услуги относятся не только к сфере материально-бытовых, но есть и такие личные услуги, которые не носят материальный характер а связаны с развитием физических и интеллектуальных способностей человека. Их оказывают органы народного образования, здравоохранения, предприятия искусств¹. Однако гражданско-правовой, а тем более договорный характер многих этих отношений далеко не бесспорен, тем более, что в большинстве случаев такого рода договоры в гражданском законодательстве не предусмотрены.

Широко распространен взгляд на административно-правовую природу отношения между гражданами и социально-культурными учреждениями². Автор, правда, признает, что многие отношения в данной области принципиально отличаются от типичных административных отношений; они возникают не в процессе осуществления государственной власти, не с аппаратом управления, на граждан возлагается мало обязанностей, в них отсутствует признак власти-подчинения³. Таким образом представители административного права признают нетипичность указанных отношений в рамках данной отрасли. Но с таким же основанием можно эти отношения признать нетипичными в пределах другой отрасли, в частности гражданского права. В.И.Новоселов, кстати, не исключает того, что многие из этих отношений урегулированы нормами других отраслей права и, прежде всего, гражданского, но почему-то к ним он относит лишь имущественные (возмездные и безвозмездные) отношения.

Н.С.Малеин обратил внимание на то, что целый ряд отношений (по пользованию радио, телевидением, со зрелищными предприятиями, детскими садами и др.) должны признаваться гражданско-правовыми: они носят договорный личный или имущественный характер, возникают между

¹³Райхер В.К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. Д.: Изд.ЛГУ, 1958, с.242. Необходимо иметь в виду, что оптимальным является заключение договоров непосредственно между предприятиями-изготовителями и потребителями. (См.: Путинский Б.И. Договор поставки и план реализации. М.: Юрид. лит., 1975, с.67), но это не всегда возможно.

¹См.: Кабалкин А.Ю. Сфера обслуживания: гражданско - правовое регулирование. М.: Наука, 1972, с.38,39.

² Новоселов В.И. Правовое положение граждан в отраслях государственного управления. Саратов: 1977, с.87.

³ См. там же, с.58-59.

юридически равными субъектами, т.е. по предмету и методу относятся и гражданскому праву⁴. Несомненно, в указанной области существуют и административные отношения, основанные, например, на обязанности получения обязательного образования, лечения некоторых болезней⁵. На административной обязанности осуществления государственной функции социально-культурного обслуживания граждан, реализации их соответствующих прав основано возникновение договорных отношений между юридически равными субъектами, т.е. гражданско-правовых отношений.

Не вызывает сомнения наличие гражданско-правового договора в отношении пользования услугами библиотек. Эти отношения регулируются гл.29 ИК РСФСР (гл.28 ГК Тадж. ССР). Однако, несмотря на то, что книги представляют собой определенную материальную ценность, основное содержание этого договора все же удовлетворение личных потребностей, реализация права советских граждан на пользование достижениями культуры. Эта особенность данного договора, в котором несомненно сочетаются личные отношения и имущественные с приматом отношения личных, требует его особого регулирования, конкретизации многих отношений, расширения обязанностей библиотек по удовлетворению интересов читателей. Библиотечное обслуживание не всегда сопровождается и полной передачей книг в сферу читателя. Нужно отметить, что эти отношения по своей природе близки к отношениям, возникающим между посетителями выставок, музеев с учреждениями культуры, независимо от того, что они не содержат элемента передачи, не носят характера пользования, хотя и могут быть возмездными, повлечь применение имущественной ответственности. Подобные отношения возникают по взаимной воле сторон и носят договорный характер. Они подлежат гражданско-правовому регулированию, с учетом всей их специфичности.

Небезынтересно проанализировать характер отношений, возникающих между гражданами и зрелищными предприятиями. Это возмездные, (коллективно-возмездные) отношения, возникшие в результате волеизъявления сторон на основании публичной оферты зрелищного предприятия и оформления конкретного обязательства путем купли-продажи билета. Приобретение билета порождает ряд прав и обязанностей сторон, составляющих содержание данного договора: право зрителя занять определенное место в зале (на трибуне стадиона), посмотреть в определенный день и час конкретное представление (состязание); встречные обязанности возникают и у предприятия: оно обязано по требованию зрителя вернуть стоимость билета при срыве представления или замене его. Комплекс обязанностей, связанных с режимом поведения во время

⁴ См.: Гражданско-правовое положение личности в СССР. М.: Наука, 1975, с.33, 34.

⁵ О параллельных, перемежающихся отношениях в области административного и гражданского права см.: Ойгензихт В.А. Обязательства, возникающие в результате спасения жизни и имущества советских граждан. - Цивилистические проблемы правового статуса личности в социалистическом обществе. Саратов: 1982 с.66.

спектакля, возлагается и на зрителя, в том числе и отрицательные последствия за просрочку явки. Таким образом налицо возникшие по воле сторон гражданско-правовые отношения, в которых, правда, отсутствует весь комплекс прав и обязанностей сторон (нет, например, оговоренного права замены исполнителя ответственности предприятия за качество показа и т.п.)⁶, но и в ряде других договоров также отсутствуют отдельные права и обязанности. Кроме того легальное признание договорного характера этих отношений потребует расширения их правовой регламентации, в том числе, возможно, и включения ответственности перед зрителями за виновный срыв представления, за явную "халтуру", которая еще, к сожалению, имеет место. В данном случае мы встречаемся с неурегулированными в гражданском праве⁷, специфическими отношениями, не относящимися ни к одному из существующих видов договорных обязательств. Для зрелищного предприятия,- это отношения имущественные: оно несет расхода, эксплуатирует свое имущество, получает за все это определенную компенсацию; здесь есть и элементы договора найма и других договоров. Для второй стороны имущественный характер этих отношений ограничивается стоимостью билета. Взамен эта сторона получает другое - то, на что, собственно говоря, и направлено данное отношение: удовлетворение духовных, эстетических интересов. Сочетание личных и имущественных отношений при примате личных отношений в таком договоре несомненно.

Гражданское право регулирует такого рода отношения. Включение личных отношений в предмет гражданского права объясняется по-разному. Так, В.Ф.Яковлев⁸ «читает, что предметом гражданского права могут быть такие личные отношения, которые характеризуются своеобразным состоянием "присвоенности", принадлежности" личных благ определенному лицу, в силу чего они сходны с отношениями собственности и требуют аналогичных правовых приемов⁷. С первого взгляда может показаться, что указанные личные блага не имеют такой "присвоенности", неотделимости от личности и поэтому не могут быть включены в предмет регулирования гражданского права⁸. Однако это не так. Правильно утверждается, что искусство не простое украшение нашей жизни, а необходимая ее составная часть. В нашем обществе красота все шире входит в жизнь человека, становится ее неотъемлемой частью, внутренней потребностью, в человеке таятся разные для каждого эстетические потребности и интересы⁹.

⁶Наша позиция в отношении подобных незавершенных, а следовательно, нетипичных институтов в принципе поддержана О.Н. Садиковым (См. указ. статью - Сов. госуд. и право, 1979, № 2, с.39). Правда, объяснение О.Н. Садиковым их наличия вызывает возражение со стороны Ю.Х.Калмыкова, полагающего, что незавершенные договорные формы в гражданском праве объясняются отсутствием их детальной регламентации (см.: Гражданско-правовое положение личности в условиях развитого социализма. - В кн.: Цивилистические проблемы правового статуса лично; тп...с.4).

⁷Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск: 1972, с.47-50.

⁸Ранее мы придерживались именно такой позиции (см. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. - Сов. государство и право, 1978, Л 3, с.44;.

⁹См.: Рюриков Б. Коммунизм, культура, искусство. М.: Сов. писат., 1964, с.40.

Следовательно, человеку присуще эстетическое чувство¹⁰, оно порождает разнообразные эстетические интересы. Марксистско-ленинская эстетика исходит из того, что, выступая в качестве общественной необходимости, эти интересы присущи каждому отдельному человеку, определяясь уровнем его развития и уровнем развития его эстетического чувства. Эстетические чувства и потребности принадлежат личности, выражают ее способность к эстетическому восприятию и изменению мира¹¹. Все изложенное позволяет признать обоснованным мнение о принадлежности указанных отношений к гражданско-правовым отношениям.

И все же специфика этих отношений достаточно очевидна. Она заключается не только в указанном выше сочетании личных

и имущественных отношений, что, конечно, главное и является определяющим для выделения этих отношений в самостоятельную группу, но также иногда и в косвенном выражении воли, что означает признание в этом случае фактических отношений; специфичным являются и одновременность исполнения всех заключенных на данное представление договоров, и усеченность прав и обязанностей сторон, ограниченность ответственности, и коллективно-возмездный их характер, и т.п. В этих отношениях имеется некоторая аналогия с договором подряда» сходство с которым определяется и тем, что в качестве его объекте может быть деятельность¹². Очевидно, конечно, что не все нормы договора подряда могут быть в данных случаях применены. Больше того, эти нормы вообще применимы далеко не ко всем отношениям по оказанию личных услуг, отношениям с приматом личного содержания. Эти отношения в высшей степени не однородны, как не однородны отношения, предметом которых является творческая деятельность. В договорах обслуживания граждан, предусмотренных гражданским правом, в качестве контрагенте выступает специализированная социалистическая организация, основная цель деятельности которой - удовлетворение материальных и культурных потребностей населения¹³. Эти договоры относятся к числу односторонне-плановых, обязанность организации заключить договор носит административно-правовой характер. Культурные потребности могут носить как имущественный, так и личный характер, хотя связь имущественных культурных потребностей с эстетическими, духовными запросами несомненно.

Не вызывает сомнения регулирование договором подряда отношений граждан о таких предприятиях бытового обслуживания, как

¹⁰См.: Зись А. Искусство и эстетика. М.: Искусство, 1975, с.97.

¹¹См.: Лукин Ю.А., Скаторщиков В.К. Основы марксистско-ленинской эстетики. М.: Высшая школа, 1977, с.27, 28.

¹²Особое мнение по этому поводу у Р.О. Халфиной. (См.: Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1975, с.83).

¹³См.: Гражданско-правовое положение личности, с.83.84.

парикмахерские¹⁴». Но ведь и содержанием этих договоров является совершение действий, направленных в определенной мере на удовлетворение эстетических потребностей гражданине, однако эти потребности носят овеществленный, а не духовный, интеллектуальный характер, не находятся в эмоциональной сфере: это имущественные отношения с использованием товарно-денежной формы. Раскрытию содержания договоров по оказанию личных услуг посвятил специальную статью ученый из ГДР А. Peisike¹⁵, подчеркнувший их нематериальный и особо индивидуальный характер. Автор обращает внимание на чрезвычайно широкую палитру таких отношений, включающих и услуги по обучению танцам и языку, и по личному уходу, и даже адвокатскую деятельность. Но и эти личные услуги решительным образом отличаются от зрелищных и других аналогичных отношений. От них отличается, например, договор с музыкантами для участия в свадебном торжестве. Это обычный договор подряда, хотя и связан с творчеством, с эмоциональным воздействием, правда, другого свойства. В нем полностью корреспондируются права и обязанности сторон, осуществляется индивидуальное, а не общее исполнение, существует всесторонняя ответственность, при этом возмездность не носит коллективный характер. В договорах со зрелищными предприятиями затраты распределяются на всех зрителей и часто не одного, а нескольких представлений, что фактически лишает каждый из таких договоров подлинной эквивалентности. Правда, коллективная возмездность существует и в некоторых договорах перевозки пассажиров, но она всегда одноразова и носит компенсационный характер. Компенсация расходов учитывает не только в ряде случаев удобства пассажиров, но и дифференцируется в зависимости от дальности расстояния, от расходов, падающих на каждого пассажира. Такого рода договоры являются договорами имущественными.

№ полагаем, что "зрелищные договоры" и иные договоры, в которых на социалистическую организацию возлагается обязанность осуществить комплекс действия, направленных на удовлетворение духовных и эстетических потребностей, с учетом их характера, направленности и специфичности (нетипичности), должны быть выделены в самостоятельную группу и специально урегулированы в гражданском законодательстве.

Особое, промежуточное место в ряде договоров по оказанию личных услуг занимают договоры родителей с дошкольными детскими учреждениями. Они возмездны (правда, большую часть расходов принимает государство), содержат комплекс взаимных прав и обязанностей, но содержанием этих договоров является надзор, а главное - воспитание детей, т.е. личные отношения. Эти личные отношения тесно связаны с имущественными и подлежат гражданско-правовому регулированию. Видимо, есть необходимость и им найти место в гражданском законодательстве, как и другим аналогичным отношениям.

¹⁴См.: Суховерхий В.И. Гражданско-правовое регулирование отношений по здравоохранению. - Советское государство и право, 1975, № 6, с.106.

¹⁵См.: Perslke A. Pereonllche Dlenstleietungen - Neue Ju- stiz , 1974, N:23, S. 706.

Х Х Х

Дискуссионным в советском праве является вопрос об отраслевой принадлежности отношений пациентов с медицинскими учреждениями.

Многие юристы полагают, что такие личные блага как жизнь и здоровье охраняются лишь "в виде возмещения имущественного вреда, связанного с вредом личным"¹⁶. Некоторые ученые утверждают, что такие отношения попадают в сферу, регулируемую гражданским правом, но только в тех случаях, когда допущено ненадлежащее исполнение этих отношений, когда причинен вред, т.е. придерживаются не договорного, а деликтного характера таких отношений, считая, что лишь деликт порождает гражданско-правовые обязательства¹⁷. В.И.Новоселов высказывает мнение, что отношения граждан с лечебными учреждениями регламентируются нормами и административного и гражданского права, причем последнего - лишь в отношении оплаты процедур и лекарств, возмещения расходов лечебного учреждения с преступников. Автор при этом говорит и об административных отношениях гражданина с медицинским персоналом учреждения здравоохранения¹⁸.

Этот вопрос дискуссировался и в юридической печати зарубежных социалистических стран в основном в плане отношений пациент-врач. Так, Ф. Ляйденталь отвергает мнение о наличии в данном случае сделки пациента о врачом об услугах прежде всего по той причине, что доверие в таких отношениях относится не к конкретному врачу, а вообще к медицине, что обязанность вылечить у врача отсутствует, что существующая узкая специализация говорит скорее об отношениях не с врачом, а с медицинским учреждением¹⁹. Это, конечно, верно. В прошлом некоторые юристы считали, что действия врача по безвозмездному лечению относились к договору уполномочия (*mandat'u*), иначе - к договору поручения. Как отмечала Е.А. Флейшиц, ответственность врача, например, по французскому праву за жизнь больного в результате небрежной операции из деликтной превратилась в договорную²⁰. Таким образом проблема договорного характера указанных отношений не новая проблема в цивилистической литературе, она затрагивалась в свое время и нами²¹. Решительным сторонником гражданско - правовых отношений между пациентом и лечебным учреждением является В.Л.Суховерхий. Автор правильно утверждает, что здоровье, как имя и честь, считается личным благом, неразрывно связанным с личностью их носителя. Больше того, автор считает, что здоровье человека, как личное благо, тесно

¹⁶ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве, . с.497.

¹⁷См.: Ярошенко К.Б. Имущественная ответственность лечебных учреждений за вред, причиненный их работниками. - Вопросы государства и права, вып.2. Минск; 1970, с.247.

¹⁸ См.: Новоселов В.И. Указ. раб., с.58,59.

¹⁹ См. : Lindenthal F. Zum zivilrechtlichen Charakter des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient Neue Jurist, 1967. №.19. с.596,597.

²⁰ См.: Советское гражданское право в период великой Отечественной войны, 4.1, М.: Госюриздат, 1948, с.135.

²¹См.: В.А. Ойгензихт. Проблема риска в советском гражданском праве. Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук, с.24.

связано с имущественными отношениями, ибо состояние здоровья зачастую определяет трудоспособность человека и поэтому в силу ст.1 Основ гражданского законодательства отношения по поводу здоровья должны быть предметом гражданско-правового регулирования. В.Л. Суховерхий отмечает, что вполне очевиден гражданско-правовой характер таких отношений с косметическими, зубоврачебными и стоматологическими кабинетами. Но и в других случаях налицо юридическое равенство сторон, их относительная автономия и самостоятельность, вариантность форм поведения, наличие инициативы и усмотрения граждан; лишь в отдельных случаях меры лечения и профилактики приобретают обязательный, т.е. административно-правовой характер²². Согласие больных (их родителей, опекунов) требуется при применении новых методов лечения, в отношении недееспособных лиц, хирургических операций²³. Отрицает административный характер этих отношений в связи с тем, что указания врача не носят для больного властного характера и А.Н. Савицкая²⁴.

В.Л. Суховерхий, несмотря на специфику указанных отношений, приходит к выводу, что они являются гражданско-правовыми, обязательством по оказанию услуг медицинского характера, в силу которого у сторон возникает ряд взаимных обязанностей, невыполнение которых влечет иногда прекращение отношений. Автор считает, что такие отношения строятся на договорных началах и на таких же началах должна строиться ответственность лечебных учреждений. Гражданско-правовой характер, по мнению ученого, составляют отношения по донорству и трансплантации²⁵. В свое время мы из тех же соображений, что и В.Д. Суховерхий, указывали на наличие во взаимоотношениях больницы с пациентом элементов гражданско-правовых договорных (как бы договорных) отношений. Видимо, следует согласиться с В.Л. Суховерхим о признании в подобных случаях не только элементов, но и в целом гражданско-правовых отношений. Объектом этих отношений является не здоровье человека, а оказание услуг, направленных на сохранение здоровья. Эти отношения возникают как из административной обязанности медицинского учреждения, так и из волеизъявления пациента или его близких, причем в целом ряде случаев отношения сторон строятся на их взаимном соглашении по поводу тех или иных способов лечения и т.п. Иногда, хотя и очень редко, они бывают возмездными. Но и многие другие гражданско-правовые отношения частично возникают из административно-правового акта, многие гражданско-правовые отношения бывают безвозмездными.

²² См.: Суховерхий В.Л. Указ. раб., с.105, 106.

²³ См. ст.34,35 и 36 и др. Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении (Юрид. лит., М.,1971, с.80). См. также Малгин Н.С. Право на медицинский эксперимент. - советское государство и право, 1975, № II, с.38.

²⁴ См.: Савицкая А.Н. Гражданская ответственность советских лечебных учреждений за вред, причиненный неправильным лечением. - Учен. зап. Львовского госуниверситета, т. XXXVIII, вып. 3, 1956, с.145,146. Автор не придерживается и гражданско-правового характера этих отношений, относя их к особым техническим действиям, что убедительно опровергается В.Л.Суховерхим.

²⁵ См.: Суховерхий В.Л., Указ. раб., с.108, 109.

Представляется, что эти отношения носят все же нетипичный характер. На это прежде всего указывает их особая специфика, которую отмечает В.Л.Суховерхий²⁶. Решающим для указанного вывода является особенность в возникновении отношений. И дело здесь, конечно, не в том, что обязанность медицинского учреждения является обязанностью общего характера, не являющейся основанием для возникновения конкретного правоотношения и не в самом факте основанной на законе обязанности, которая существует в целом ряде гражданско-правовых отношений, а в том, что, в отличие от многих таких отношений, они не влекут за собой никакого взаимного соглашения сторон, в котором бы по воле сторон уточнялись их будущие взаимоотношения, как это происходит во многих договорах. Здесь нет ни уточнения объема и предмета, ни конкретизации порядка исполнения и т.п. В будущем формы медицинской помощи могут уточняться и нередко уточняются. Может появиться и встречное волеизъявление со стороны медицинского учреждения на применение отдельных средств лечения, но возникновение этих отношений является односторонне волевым.

Видимо, целесообразно включить в гражданское законодательство специальную норму, относящуюся к этим отношениям, сделав в ней ссылку ж на функциональный комплексный законодательный акт - Основы законодательства о здравоохранении. В этой норме следовало бы указать и об ответственности при оказании помощи больному²⁷. В настоящее время нет, как нам кажется, оснований для применения договорной ответственности к этим отношениям. Право знает деликт из договора, но знает и *lex specialis*. Закон может устранить договорную ответственность в пользу деликтной. Поэтому в подобных случаях следует руководствоваться ст.445 ГК РСФСР (441 ГК Тадж. ССР). Но эти отношения, как и отношения по поводу удовлетворения духовных интересов подлежат специальному урегулированию в законе²⁸.

Убедительно аргументирует отнесение отношений по оказанию медицинской помощи гражданам поликлиниками, больницами, санаториями к гражданскому праву Н.С.Малеин в монографии, посвященной правам личности в СССР. Автор дает характеристику правам и обязанностям сторон, высказывается за совершенствование правового регулирования указанных отношений²⁹. Однако, обращая внимание на их специфику, он не приходит к

²⁶ См.: Суховерхий В.Л., Указ. раб., с.107,108.

²⁷Этот наш вывод, как и отнесение наиболее типичных медицинских услуг к гражданскому, а не к административному праву, отвергается А.Ю. Кабалкиным (См.: Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. М.: Наука,1980,с.27). Автор при этом ссылается на то, что органы управления здравоохранения определяют конкретное лечебное учреждение по категориям, месту жительства граждан, а также из обязанности пациента выполнять предписания врача. Предопределенность субъектов характерна для хозяйственных и некоторых других договоров, а обязательность предписаний врача не превращает эти отношения в отношения власти и подчинения. При этом нарушение многих договорных обязанностей может привести к расторжению договора.

²⁸См.: Малеин Н.С. Тенденции развития гражданского права. - Советское государство и право, 1978, ft I, с.45-47.

²⁹ См.: Малеин Н.С. Гражданский закон и правда. личности в СССР. М.; Юрид. лит., 1981, с.186, 187, 188. Высказываясь за специальное урегулирование личных неимущественных отношений. О.А. Красавчиков (см.: Охрана интересов личности и Свод законов советского государства. - Гражданско-правовая охрана

выводу об их нетипичном характере, который должен быть признан в ряде право отношения, дав дополнительное обоснование необходимости их гражданско-правового регулирования.

4. НЕТИПИЧНЫЕ ОТНОШЕНИЯ ПО КРЕДИТУ И РАСЧЕТАМ

Гражданско-правовой договор займа является кредитованием в частом виде. Но довольно часто кредит предоставляется в результате заключения других гражданско-правовых договоров. Так, допустима отсрочка исполнения встречного обязательства по договорам купли-продажи, мены, найма и т.п. Долговому требованию, которое включается как эквивалент в указанные договоры, стремятся иногда придать самостоятельное значение. Иногда же отрицается наличие в подобных ситуациях кредитных правоотношений.

Э.Г.Полонский полагает, что признание существования кредита во всех случаях, когда получение эквивалента отдалено некоторым промежутком времени, приводит к приданию кредиту всеобъемлющего характера, ибо очень часто передача ценностей и оказание услуг предшествуют оплате денег. Время расчетов - это только техника оплаты. Автор считает, что там, где речь идет не о возврате ценностей, переданных специально в кредит, а о получении эквивалента за эти ценности имеют место соответствующие расчетные правоотношения¹. Пробив такого разграничения кредитных и расчетных правоотношений в юридической литературе выдвинуто возражение. Оно заключается прежде всего в том, что погашение кредита и есть вид денежных расчетов и это, в частности, проявляется при возмездности кредита². Я.А. Куник полагает, что уплата денег является вторичной, вспомогательной функцией любого возмездного правоотношения, независимо от хронологической последовательности ее осуществления. Кредитное правоотношение, по его мнению, возникает лишь тогда, когда оно носит самостоятельный характер, когда целью правоотношения является предоставление ценностей с условием их возврата, а в тех случаях, когда между передачей ценностей и их эквивалированием образуется разрыв во времени, отношение обладает кредитными элементами, не превращаясь в кредитное³. Однако передача ценностей с условием их возврата составляет содержание ряда договоров, например, договора имущественного найма. Сомнителен и такой критерий для определения кредитных отношений, как сохранение собственности в экономическом смысле за субъектом, передавшим ценности, в возникновение собственности в юридическом смысле у субъекта, эти ценности принявшего. Исходя из

личности в СССР. Свердловск: 1977, с.31-33) некоторые из указанных нами отношения вообще относит к личным неимущественным.

¹ См.:Компанец Е.С., Полонский Э.Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М.: юрид. лит.: 1967, с.71, 72.

²См.: Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М.: Экономика, 1970, с.12.

³ См. там же, с.14.

этого должно быть признано кредитное правоотношение при иррегулярном хранении.

Представляется, что понимание кредита только как передачи стоимости во временное пользование не совсем оправданно. Но, безусловно, правильным является вывод о том, что самостоятельность кредитного правоотношения зависит от цели этого правоотношения, а цель должна заключаться именно в оказании кредитной услуги, выражающейся в неэквивалентной денежной или товарной временной помощи, включающей в себя не только пользование этими ценностями, но и в полное распоряжение ими. Существующая в ряде случаев возмездность таких отношений не превращает их в эквивалентные. В ряде случаев трудно определить (если, конечно, исходить из позиции обоих субъектов), какая цель превалирует в правоотношении, например, купли-продажи: продать или купить вещь, т.е. получить вещь или деньги. Расчеты за переданные ценности, оплата их являются одним из элементов конкретного договора, пусть даже в качестве акцессорной обязанности. Основанием возникновения этой обязанности является само заключение договора, она неразрывно связана с ним, возникает в силу прямого волеизъявления сторон. Предоставление эквивалента не является самостоятельным договором, а входит в качестве элемента в содержание конкретных договоров.

Субъекты могут предусмотреть кредитные права и обязанности как при заключении самого договора (например, договора купли-продажи с рассрочкой платежа), так и новируя свои взаимоотношения, оформив в последующем долг в заемное обязательство. Во втором случае возникает новое обязательство, а неоплаченная стоимость вещи считается уже предметом договора займа. В первом случае рассрочка платежа включена в основное обязательство, договор поэтому и называется куплей-продажей в кредит. Фактически здесь имеет место соединение (интеграция) двух договоров – купли-продажи и займа, причем займ не представляет собой только способ расчетов. Он составляет одну из целей (правда, не главную) возникающих правоотношений, фактически исполнение по купле-продаже прекращается передачей вещи, означающей переход к покупателю, права собственности, а остается только заемное, т.е. кредитное обязательство, причем за кредит уплачиваются проценты. Ненадлежащее (в смысле срока) исполнение заемного обязательства (двукратная просрочка платежей) влечет за собой досрочное прекращение только этого обязательства. Таким образом в обоих указанных случаях отношения по кредиту являются договорными.

Что же касается фактически возникающих кредитных отношений, вызванных разрывом во времени между передачей ценностей и расчетом за них в связи с выраженной сторонами волей на установление определенного порядка расчетов, то эти отношения, конечно, не носят самостоятельный характер, но они и не являются только расчетными. Какая бы юридическая платформа под них не подводилась фактическое предоставление кредита бесспорно, ибо ценности переходят в хозяйственную сферу плательщика, их стоимость определенное время сохраняется в его обороте. Аналогичное

положение встречается и в договорах на оказание услуг. Фактически здесь налицо самый настоящий кредит, а не только его элементы. Но дело в том, что кредитный договор в данном случае не заключается, а стороны косвенным образом выражают свою волю. Такого рода кредитные отношения, сложившиеся фактически, носят акцессорный характер по отношению к самому обязательству и не входят в его содержание. Поэтому правильнее считать, что эти отношения по кредиту являются нетипично (аномально) - договорными.

X X X

Операция по вкладу в сберегательную кассу включает в себя по существу два договора: о хранении денежных средств и займа для второй стороны. В юридической литературе, однако, наличие в

данном случае заемного обязательства отрицается, как отрицается и наличие отношений по иррегулярному хранению, главным образом в силу того, что право собственности якобы сохраняется за вкладчиком⁴. Приверженцы абсолютно самостоятельной природы этого договора все же относят его к сфере кредитных отношений⁵, т.е. к заемным операциям. Специфичность и самостоятельность этого договора отрицать нельзя, но, определяя его юридическую природу, недопустимо забывать все цели этого договора и, прежде всего, цель, преследуемую вкладчиком, по инициативе которого он заключается, и которому принадлежат права. Это цель обеспечения сохранности денежных средств, их накопление. Кредитное учреждение, обеспечивая удовлетворение потребностей вкладчиков, преследует и другую цель, возложенную на него государством, - обеспечить аккумуляцию денежных средств для их использования в интересах народного хозяйства. Сознательно идет на оказание таким образом помощи государству и вкладчик. Все это и предопределяет специфику данного договора, его самостоятельность.

Нужно отличать "сохранность", как обеспечение целостности от "хранения", включающего в себя совершение определенных фактических действий. Однако услуга, которую преследует вкладчик неизбежно связана с модифицированным договором иррегулярного хранения, хотя при "сохранности" имеются лишь элементы этого договора. В данном случае на сохранности находятся деньги, а не вещи, определенные родовыми признаками, вознаграждается не хранитель, а другая сторона, но основное - это то, что сохранность обеспечивается главным образом не путем фактического хранения вещей, даже с правом их замены, а юридическим закреплением вклада определенной суммы, полным распоряжением этими средствами, в том числе и по безналичным операциям, и выдачей вкладчику наличных денег по его требованию. Но сохранность средств не может быть все же обеспечена без их хранения. Необходимый резерв кассовой наличности постоянно хранится в сберегательных кассах. Эти отношения по

⁴ См.: Советское гражданское право, т.2, М.: Юрид. лит., 1965, с.270, 271.

⁵ См.: Советское гражданское право. М.: Высш. шк., т.2,1973, с.278.

хранена» складываются фактически, по косвенному волеизъявлению сторон, а отсюда - нетипичны, но они настолько интегрированы с договором в целом, что не имеют никакого самостоятельного значения для взаимоотношений сторон.

Представляется, что этот договор кредитных услуг так же нельзя отождествлять с договором займа, как его нельзя отождествлять с договором хранения. Прежде всего не совпадает содержание договора займа и денежного вклада. Согласно договору займа требование кредитора относится к требованию возврата денег, а основная обязанность заемщика - в погашении долга. По договору денежного вклада основное право кредитора - требовать сохранность денег, т.е. оказания услуги, и как следствие - возврата сохраненных денег. Правда, в ряде случаев преследуется и цель накопления соответствующих процентов, чего, кстати, нет в договоре займа. Соответствующим образом изменяется и обязанность должника; нет и совпадения по предмету. Отнесение договора денежного вклада к самостоятельному договору кредитных услуг предопределено и тем, что эти услуги не сводятся только к обеспечению сохранности вклада (завещательное распоряжение, распоряжения о перечислении вклада, производство различных платежей), т.е. наличием правоотношений, выходящих как за рамки договора займа, так и за рамки договора хранения. Именно это привело А.Н. Самцову к выводу о самостоятельности данного договора⁶. В качестве субъекта договора денежного вклада могут выступать несовершеннолетние, тогда как по договору займа это полностью исключено. Вклад может быть и на предъявителя. Различаются в той или иной степени многие другие условия этих договоров.

В то же время, заключая договор денежного вклада, т.е. юридически оформляя именно этот договор, вкладчик вступает одновременно и в правоотношения займа, передавая деньги в собственность другой стороне, предоставляя ей право распоряжаться этими деньгами. Эти отношения следует рассматривать в качестве акцессорных, что уже само по себе предопределяет специфический характер рассматриваемого договора, вносит черты аномальности, неоднородности, хотя они и предопределяют отнесение данного договора к займоподобным. Кредитные учреждения выполняют и указания вкладчика по передаче вклада третьим лицам. Чем бы мы ни признавали такое распоряжение (в том числе и договором в пользу третьего лица), оно и другие указанные услуги свидетельствуют о наличии между вкладчиком и кредитным учреждением фактических акцессорных правоотношений, вытекающих из заключенного договора денежного вклада. Хотя они не превращают весь договор денежного вклада в договор нетипичный, а лишь позволяют с учетом всей специфики признать его

⁶ См.: Указ. учебн. Советское гражданское право, 1965, с.271. Наличие разнородных элементов нередко приводит к самостоятельности договора. К такому выводу, например, пришел В.С. Анохин в отношении обязательства гарантийного отпуска продукции, в котором, по его мнению, своеобразно сочетаются элементы поставки и займа (См.: Договор, на организацию материально-технического снабжения потребителей. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М.: 1982, с.9).

самостоятельным интегрированным договором,- сами по себе эти акцессорные правоотношения нетипичного, аномального характера. Здесь налицо отношения, соответствующие договору поручения. Не составляя содержание основного договора, они не являются обязательными, в большинстве случаев не возникают и урегулированы специальными нормами. Но по всей вероятности, следует, за определенными изъятиями, признать возможным применение и норм соответствующих типичных договоров, в частности об ответственности (независимо от вины), поскольку в специальных нормах такой вопрос не урегулирован.

X X X

- Особого внимания заслуживает проблема выяснения правовой природы договора банковской ссуды.

Споры в юридической литературе по этому вопросу обычно сводятся к признанию либо гражданско-правового, либо административно-правового характера возникающих отношений. Конечно, дело здесь не столько в административном порядке защиты этих отношений, ибо не только в этом случае гражданско-правовые отношения защищаются в административном порядке. Дело и не в комплексности регулирования, ибо регулирование, исходя из функциональных соображений, может быть комплексным. Нельзя отрицать того, что банк осуществляет контрольные функции, выполняя которые он выступает как орган управления, но это не дает ему права при наличии необходимых предпосылок отказать в кредитовании. Банк контролирует и расходование ссуды, имея право на досрочное ее взыскание; административными признаются и другие действия банка. Но и среди сторонников гражданско-правовой природы данных отношений нет единодушия. Есть мнение, что это договор займа, хотя и специфичный, многие же считают этот договор самостоятельным договором⁷. Что же касается административно-правовых отношений, то, полагают, что они находятся за границей гражданско-правового договора, хотя, как указано, комплексное регулирование иногда признается⁸, но при этом справедливо отрицается комплексность самого договора⁹.

И все же нельзя не видеть в административной связи сторон, в контрольных функциях банке несомненных особенностей в регулировании этих отношений, определенных элементов метода власти и подчинения ("подконтрольности"), известной утраты в них признака юридического равенства. На этом моменте останавливается Э.Г.Полонский, очи тающий, что нужно четко разграничивать гражданско и финансово-правовые кредитные отношения. Он полагает, что отсутствие административного подчинения влечет за собой регулирование кредитных и расчетных отношений гражданским правом, что, однако, не исключает применения к тем отношениям, в которых банк выступает в качестве государственного

⁷См.: Куник Я.А. Указ. раб., с.117.

⁸См.: Гуревич И.С. Очерки советского банковского права. Изд. ЛГУ, 1959, с.54.

⁹См.: Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М.: Экономика, 1976, с.81.

контролирующего органа, норм финансового права. Однако и те и другие правоотношения порождаются одними и теми же действиями, т.е. в процессе кредитования возникают между банком и хозяйственной организацией и имущественные, и "организационно-имущественные" отношения. По мнению Э.Г. Полонского, они не однородны и в рамки одной отрасли права не укладываются¹⁰. Нужно согласиться с выводом автора о том, что банк в процессе кредитования выступает и как хозяйствующий субъект гражданского права, и как орган государственного управления. Он полагает, что в процессе осуществления одной кредитной сделки возникают, следовательно, и договорные отношения, и отношения, в которых те же субъекты занимают неравноправное положение, но эти отношения не сливаются друг с другом, не превращаются в различные элементы одного правоотношения, а представляют собой комплексный правовой институт¹¹. Анализ указанных отношений приводит нас к выводу, что эти отношения являются гражданско-правовыми¹². Ни у кого не вызывает сомнения наличие таких отношений в ряде обязательств, регулируемых гражданским правом. Не может быть сомнения в том, что имущественные отношения, возникающие в связи с предоставлением банком ссуда, должна быть отнесены к одному из видов гражданско-правовых обязательств. Предопределенность одного из субъектов и другие признаки отличают его от договора займа, но не исключают отнесение его вообще к заемным обязательствам. Однако это обязательство сложнее, чем обычное заемное обязательство. Оно включает в себя комплекс отношений по предоставлению денежных сумм (дача разрешения на выдачу кредита, открытие ссудного счета), само заемное обязательство, заключающееся в погашении денежных сумм, а также обязательство по надлежащему использованию ссуды, связанное с осуществлением контроля за этим использованием. В это сложное гражданско-правовое заемное обязательство вклиниваются административно-правовые (финансовые) отношения, они не изменяют гражданско-правовой природы основных отношений, не превращают данное обязательство в комплексное (речь не идет о законодательстве, регулирующем эти отношения), но приносят такую специфику, которая в определенной мере ставит под сомнение обычный договорный характер этих отношений, ибо не может быть подлинного договора там, где есть отношения властно-контрольные, где поколеблен принцип юридического равенства сторон. Нельзя же считать, что субъект в одно и то же время является равным с другим субъектом и неравным с ним в юридическом смысле. Банк всегда остается банком - хозяйственно-управленческим органом, тем более, когда он выполняет свои основные обязанности, входящие в его функции и как

¹⁰Компанец Е.С..Полонский Э.Г.Указ.раб.,с.76-78.

¹¹См. там же, с.84,85.

¹²Этот вывод подтверждается предоставлением ряда ссуд по кредитным соглашениям (см. Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле,1976, с.89).

хозяйственного органа, и как органа управления, органа контролирующего. Разрыв здесь невозможен, он будет явно искусственным.

Договорное отношение возникает с момента согласия на выдачу осуды, открытия счета или, как иногда полагают, с момента самой выдачи средств. Важно здесь то, что гражданско-правовой договор считается заключенным в определенный момент уже существующего кредитного отношения. Но возникнув, договор не перестает быть договором¹³. Тем не менее, наряду с обязательством из договора займа (возврат ссуды), здесь возникают и другие отношения (обязательство целевого и правильного расходования полученных средств, право осуществления контроля и досрочно- "о взыскания ссуды у другой стороны при нарушении ее использования). Эти отношения не укладываются в договор займа, по которому средства переходят в собственность (оперативное управление), некоторые из них приближаются по своей юридической конструкции к договору имущественного найма, но, конечно, ни о каком найме здесь не может быть и речи, прежде всего из- за различия предмета; вклиниваются сюда и административные отношения.

Правильнее эти отношения считать особым видом договора иррегулярного пользования денежными средствами, подчиненного особым правилам правового регулирования. Этот договор нетипичного характера возникает из договора займа как акцессорный, превращая доге вор банковской ссуды в специфичный, самостоятельный вид заемного обязательства, хотя данный договор, как единое целое, не приобретает аномальный характер, но сохраняет большую спою специфику, вызванную, в частности, нетипичным характером некоторых его составных частей.

X X X

В связи с изложенным необходимо остановиться и на правовой природе договора банковского счета, которая вызывает споры¹⁴. Ведь и в этом обязательстве банк, с одной стороны, является участником гражданско-правовых отношений, а с другой, - выполняет административные, контрольные функции.

В юридической литературе высказано мнение, что в этом договоре объединены два самостоятельных договора: займа-хранения и поручения. Но ведь и при отсутствии денег договор действует, хотя ничего не хранится и не дается никаких распоряжений. Внесение денег, расчеты - это исполнение

¹³Сторонником договорных отношении является и И.С.Гуревич (См. Правовые проблемы расчетных и кредитных отношений. Автореф. докт. дио., Л.: 1972, с.16; его же: Новое в правоотношениях банка в хозорганами. - Правоведение,1975,№ 2,с.81-85). Автор при этом осылается на введение кредитных соглашений. Но и И.С.Гуревич подчеркивает, что договор банковской ссуда нельзя рассматривать в качестве "обычных гражданско-правовых договоров" по причине "двуединой" природы банка, выступающего и в качестве органа управления. Нельзя не отметить, что в некоторых случаях гражданские права реализуются и с помощью прав административных (см., например, Макаров О.В. Обязательства по капитальному строительству с участием меж- хозяйственных строительных организаций. Автореф. дисс... канд. юрид. наук, Саратов, 1983, с.7,8).

¹⁴См.: Калмыков Ю.Х. О юридической природе расчетных правоотношении. - Хозяйство, право, управление, вып.1, Саратов, 1974, с.43,44.

данного договора, которое реализуется через самостоятельные договоры¹⁵. Существует мнение, что в данном случае не возникает вообще договорных отношений, они основываются непосредственно на законе, поскольку никакой свободы в установлении обязательства и в определении его содержания для сторон нет¹⁶. Отрицает договорный характер этих отношений Б.Ф.Кузьмин, полагающим, что основанием возникновения расчетных отношений служит состав фактов, предусмотренных законом, хотя он в принципе за расширение в этих отношениях договорных начал¹⁷. Ученые, опровергающие такие взгляды, справедливо отмечают, что для возникновения комплекса отношений с банком одного требования закона недостаточно. Однако ошибочно утверждение, что существующие типовые договоры не могут быть изменены и дополнены соглашением¹⁸. При этом ссылаются на железнодорожную перевозку, но при заключении договора железнодорожной перевозки стороны согласовывают между собой целый ряд вопросов, конкретизирующих их взаимоотношения. Это уже не вызывает дискуссию в правовой литературе. Обязательность возникновения правоотношений не является доводом для отрицания их договорного характера, для признания их целиком отношениями власти-подчинения. В юридической литературе правильно указывается также и на несовпадение договора расчетного счета с иррегулярным хранением¹⁹. Следует добавить, что при хранении, даже иррегулярном, вещи, хотя и не те же самые, должны сохраняться в наличии; в данном случае предметом отношений являются безналичные средства, их сохранность носит юридическим, а не фактический характер, позволяя банку регулировать оборот наличных денег. В этом есть сходство с займом, но займ реальный и обычно односторонний договор. Поручение также не охватывает этих отношений, ибо оно лишь совершается на базе расчетного счета. При договоре хранения пользование предметом хранения исключено, по договору расчетного счета оно должно осуществляться; по договору займа деньги переходят в собственность, что исключается для безналичных поступлений по договору расчетного счета²⁰.

Все эти высказывания не лишены оснований. Вместе с тем они, как и позиция, заключающаяся в том, что договор банковского счета самостоятельный договор, включающий в себя обязанность хранения средств и наряду с другими способами исполняемый путем совершения новых,

¹⁵См.: Шкундин З.И. О юридической природе расчетного счета. - Советское госуд. и право, 1950, Л 5, с.37-45. За договорную основу расчетного счета высказывается Л.В. Бричко (См.: Законодательство о расчетах в народном хозяйстве СССР. М.: Юрид. лит., 1977, с.69).

¹⁶См.: Малейн Н.С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. М.: Наука, 1964, о.33,34; Коряков В.П. Юридическая природа кредитно-расчетных отношении в СССР. - учен. зап. вып.1, 1960, с.37-42; Мажин Н.С., Кузьмин .Ф. Правовые проблемы кредитования и расчета»в народном хозяйстве. - Проблемы хозяйственного права. М. ,1970,с.37.

¹⁷См.: Кузьмин В.Ф. Кредитные и расчетные правоотношения в промышленности. М.: Юрид.лит.,1975, с.137.

¹⁸См.: Компанеев Е.С., Полонский Э.Г. Указ.раб., с.205-207.

¹⁹См. там же, с.210

²⁰См.: Куник Я.А. Указ.раб., 1970, с.204.

самостоятельных сделок, - нуждаются в уточнении. Конечно, недопустимо признавать договорными отношения в том случае, когда стороны даже в малой степени не свободны в конкретизации своих отношений, когда они лишь формально выполняют предписание закона. В этом случае договор теряет свой главный признак - признак соглашения. И все же отношения, вытекающие из расчетного счета, строятся на волеизъявлении сторон об открытии конкретного счета, о совершении конкретных расчетных операций. Но здесь необычные договорные отношения. Характер волеизъявления сторон особый; отношения носят комплексный характер. Договор банковского счета это не договор хранения или займа-хранения. Между договором хранения и этим договором, как отмечено, слишком много существенных различий. Это договор банковских услуг, включающих в себя и элементы хранения, и элементы займа, и элементы поручения. Ошибочно полагать, что поручения - лишь исполнение данного договора²¹. Поручения хозорганов банку по производству различных расчетных операций - это прежде всего непосредственное содержание указанного договора, поэтому никаким новым отношением они не являются. Они являются ингредиентом данного договора, входят в комплекс услуг. В этот комплекс входит и обеспечение сохранности средств путем их сосредоточения на счете в банке, но оно необходимо для осуществления расчетов, поэтому исполнение не сводится только к самим расчетам - поручениям. Самостоятельный договор банковского счета является основанием и для возникновения фактических отношений хранения, иногда сопутствующих юридической сохранности средств, а также отношений по займу. Как было отмечено, эти отношения существенно отличаются от соответствующих договоров, носят акцессорный характер и должны быть признаны отношениями нетипичными, аномального характера.

X X X

Государственное страхование не является кредитным правоотношением. Его основная цель элиминирование, компенсация имущественных потерь, причиняемых стихийными бедствиями и несчастными случаями, но страхование обеспечивает также и предохранение имущества от гибели, за счет поступающих средств осуществляются превентивные мероприятия. У советского государственного страхования имеется еще одна важная цель - способствовать дальнейшему росту производительных сил, развитию народного хозяйства²². Свободные средства госстраха направляются через разнообразные каналы на финансирование народного хозяйства. Таким образом одновременно с основными обязательствами фактически возникают и отношения кредитные - займ определенной части денежных средств с целью использования их свободного остатка в государственных интересах. В качестве саемщика здесь выступает государство. Поскольку эти отношения

²¹См.: Компанец Е.С. Полонский Э.Г. Указ.раб., с.222.

²²См.: Коньшин Ф.В. Государственное страхование в СССР.М.: Госфиниздат,1949, с.17,19.

возникают фактически, по волеизъявлению, выраженному сторонами при заключении основного договора, - это нетипично-договорные отношения займа при страховании. Кстати, мнение о том, что денежные средства становятся государственной собственностью разделяются не всеми²³, хотя внесенные средства не возвращаются страхователю, если страховой случай не наступил. И все же подавляющая часть поступающих страховых платежей зачисляется в страховой фонд и предназначается для выплаты страхового возмещения²⁴, поэтому по поводу этих средств можно говорить о займе лишь в отношении их свободного остатка. Что же касается той-части средств, которая направляется на финансирование предупредительных мероприятий, то здесь нет отношений займа. Эти суммы находятся за пределами договора, они не поступают страховщику, а являются долей участия страхователей в проведении предупредительных мероприятий.

5. НЕТИПИЧНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ ПО УСЛУГАМ СВЯЗИ

Наиболее распространенная в юридической литературе точка зрения на услуги, оказываемые органами связи. - это признание этих отношений договором почтовой экспедиции¹. Этот договор, как полагают, обеспечивает клиентуре широкую возможность пересылать и получать, минуя транспортные органы, почтовую корреспонденцию. При этом договор экспедиции должен быть признан не только тогда, когда осуществляется распространение периодической печати, ибо отправка посылки или письма означает, что субъект вступает в договорные отношения с почтой, принимающей на себя обязанность доставки их адресату². Е.Д. Шешенин отмечает, что договор почтовой экспедиции, правда, имеет место только в том случае, когда органы связи вступают от своего имени в отношения с перевозчиком, а если они доставляют отправления своим транспортом, то налицо договор почтовой доставки³. Иногда идут еще дальше и вообще отрицают экспедиционные правоотношения органов связи с клиентами, указывая при этом, что в случаях привлечения транспортных организаций для доставки почтовой корреспонденции наблюдается лишь кажущееся сходство. Отсюда признается самостоятельность договора почтовой пересылки. Таким образом ученые расходятся во взглядах по поводу юридической природы этого договора, признав его своеобразие,

²³См.: Яковлев В. Государственное страхование имущества колхозов. Кишинев: Изд. Картя Молдовеняскэ,1971,с.17~18. Следует признать, что позиция В.Н.Яковлева достаточно убедительна и более соответствует признанию нетипичного займа. ибо государство одновременно не может быть и собственником и заемщиком.

²⁴ См. там же, с.12.

¹ См.: Тарасов М.А. Правовые вопросы организации связи Советского Союза, изд. Рост.ун-та, I 960, с.Ю; Г.П.Чуб. Договор о предоставлении услуг почтовой и телеграфной связи. - Вестник МГУ, 1962, № 3, с.44; Е.М. Ворожейкин. Обязательство по транспортно-экспедиционному обслуживанию. М.: Юрид. лит., 1957, с.105.

²См.: Советское гражданское право, т.2, 1965, с.206, 207.

³См.: Советское гражданское право, т.2, М.: Высшая школа, 1973, с.236. Автор отмечает разнообразие договоров на услуги связи (с.235).

необычность. Отмечается, что юридическое своеобразие этого договора заключается в том, что перед клиентом несет ответственность не транспортная организация, а сам экспедитор, указывается на то, что в отдельных случаях клиент не несет никаких обязанностей (при отправлении письма), поэтому этот договор не всегда имеет двусторонний характер, не всегда отвечает общепринятому понятию двустороннего договора⁴. Е.Д. Шешенин отмечает не только устную форму путем совершения конклюдентных действий при пересылке простых писем, но и ряд других особенностей, так, например, он указывает, что по поводу подписных изданий заключается двойной договор экспедиции. Отмечаются также особенности ответственности применяется только при наличии документов о заключении договора)⁵ указывается на вспомогательный характер операции при перевозке, на посреднический характер отношений и т.п. А.И. Хаснутдинов полагает, что отнесение этих отношений к договору экспедиции недопустимо прежде всего потому, что они не обладают всеми признаками такого договора, нельзя понимать и вступление предприятий связи в отношения с транспортными органами в силу поручения, иначе нужно было бы признать наличие двух поглощающих друг друга обязательств не приемлемы и выводы о применении к этим отношениям норм договора комиссии и транспортных правил⁶. Н.Ф.Лопатина выступает также за самостоятельность указанных правоотношений, указывая, что, в отличие от договора экспедиции, предприятия связи обычно сами перевозят корреспонденцию в специальном вагоне или с сопровождающими. По ее мнению, и договор в отношении распространения и доставки периодических изданий является самостоятельным договором⁷.

С этими выводами в принципе следует согласиться, но с определенными уточнениями. Представляется, что услуги органами связи действительно осуществляются по ряду различных договоров. Так, определенным своеобразием, с включением элементов договора подряда и имущественного найма, отличается договор на обслуживание телефонной связью при постоянном пользовании телефоном, эти элементы в таком договоре интегрированы, нет никаких намеков на экспедицию при обслуживании разовой телефонной связью и связью телеграфной. Они самостоятельные договоры⁸. Так, например, согласно ст.63 и 64 Устава связи Союза СССР

⁴См.: Советское гражданское право, т.2, 1965, с.207; Гражданское право, т.2. М.: Юрид.лит., 1970, с.291.

⁵См. Указ.учебник, с.236,237.

⁶См.: Хаснутдинов А.И. О соотношении договора экспедиции и договора на пересылку почтовой и телеграфной корреспонденции. - Правоведение, 1973, Л 3, с.107,108.

⁷ См.: Лопатина Н.Ф. О правовой природе договоров по предоставлению услуг почтовой и телеграфной связи. - Проблемы государства и права, вып.10.М. АН СССР, 1975, с.147-151. Самостоятельность такого договора признается З.С.Котляровой (См.: Гражданско-правовое регулирование отношений органов связи с клиентурой по пересылке почтовых отправлений. Авторе. канд. дис., Л., 1975, с.7, и сл. На этой позиции стоит и А.Ю. Ка- балкин (см.: Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания, с.230).

⁸Лопатина Н.Ф. Категорически возражает против отнесения договоров по оказанию услуг связи к договору экспедиции (см.: Правовые формы регулирования отношений между гражданами и предприятиями связи. - В кн.: Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания граждан. М.: Изд-во АН СССР, 1983, с.166).

целый ряд прав предоставляется отправителю и адресату (аннулирование телеграммы, запросы о ней, дача разных распоряжений). Таким образом договор обслуживания телеграфной связью выступает как самостоятельный гражданско-правовой договор, который заключается отправителем телеграммы и предприятием связи. Адресат же является третьим лицом, в этом договоре. Но можно ли утверждать, что это договор в пользу третьего лица? Далеко не всегда телеграмма дается именно в пользу этого лица. Возможно, что это договор о вручении исполнения третьему лицу, аналогично мнению в отношении грузополучателя. Поскольку адресат вступает в правоотношения с другими участниками договора, имеет определенные права, представляется, что в данном случае имеется все же договор в пользу третьего лица,

которое, как правило, в той или иной мере заинтересовано или должна быть заинтересована в телеграфной информации. Но не это главное. Ст.167 ГК РСФСР (168 ГК Тадж. ССР) и само понятие "в пользу третьего лица" имеют в виду не содержание, не мотив договора, а его направленность, его назначение, исполнение не самому контрагенту, а другому субъекту, в данном случае - адресату. Видимо, нет оснований для иной оценки договоров на доставку посылок, заказной и ценной корреспонденции, денежных переводов. Это вытекает из ст.53,54,55 и некоторых других статей Устава связи СССР. Указанные договоры с участием третьих лиц характеризуются перенесением на адресата прав по основному договору. И все же волеизъявление в этом договоре не всегда взаимное, хотя примат взаимности очевиден.

Ст.54 и ст.64 Устава связи свидетельствуют об отношениях непосредственно между потенциальными адресатами и предприятиями связи безотносительно к конкретной отправке и безотносительно к участию в этом отношении отправителя. Так, адресат вправе распорядиться о хранении отправлений до 2-х месяцев, о досылке или переадресовке их, о доставке писем, идущих до востребования, о выдаче писем другим лицам и т.п. Это уже совсем иной "договор обслуживания почтовой и телеграфной связью, он направлен на оказание услуг, хотя и реализуется в возникающих конкретных договорах на отправку конкретной корреспонденции. Эти отношения не ограничиваются лишь указанными правами адресата, они значительно шире и направлены на обеспечение доставки различной корреспонденции, извещений о поступлении корреспонденции, т.е. определяют особенности будущих договорных отношений, связанных с вручением писем, телеграмм и т.п. Но эти отношения, носящие договорный характер, никак не оформляются, они безвозмездны в подавляющем большинстве (возможна доплата писем в соответствии со ст.49 Устава), во многих случаях воля сторон в отношении ряда условий выражена косвенно, но самая главная специфика этих отношений - установление взаимоотношений на случай возникновения конкретного договора. В таких отношениях имеется некоторое сходство с условной сделкой с отлагательным условием, с договором о заключении в будущем конкретных договоров (навигационного

и т.п.). Но в таких договорах на организацию перевозок указывают ориентировочные данные, они основаны на планах. Кроме того, такой транспортный договор оформляется надлежащим образом и вполне определен, хотя и не связан до поры до времени с конкретным представлением груза и перевозочных средств. В условных сделках юридическая сила сделки поставлена в зависимость от какого-то будущего события⁹.

В отношениях органов связи с клиентами-адресатами будущим (а, возможно, уже настоящим) является не какое-то событие, а сам договор; отношения, о которых идет речь, связаны не с одним каким-либо конкретным договором, а с неопределенным количеством возможных договоров. Все это предопределяет автономию данных отношений, но в то же время и позволяет сделать вывод об отсутствии в них характера обычного договора, т.е. о наличии лишь нетипичных договорных отношений услуг - на обслуживание получателей корреспонденции предприятиями связи. Они могут быть трансформированы в конкретный договор на доставку той или иной корреспонденции, ибо предприятие связи должно будет соблюдать при выдаче корреспонденции ряд заранее определенных условия, а права адресата приобретут конкретный характер. Но после исполнения договора доставки корреспонденции, договор обслуживания продолжает действовать в ожидании новых конкретных договоров.

Договорные отношения возникают и при отправке простой почты. Очевидно своеобразие, необычность этих отношений. Но нельзя в них отрицать договорный характер, коль скоро отсутствует определенность. Эти отношения сходны с отношениями покупателя, обращающегося к услугам торгового автомата¹⁰. Установка почтового ящика предприятием связи означает публичную оферту на совершение ряда договоров (о указании времени выемки почты), отправитель письма оплачивает его доставку о помощью знаков почтовой оплаты (ст.33 Устава). В последующем на простой корреспонденции проставляются штемпели с указанием населенных пунктов и дат, производится доставка этих писем в соответствии со ст.45 и 46 Устава связи. О том, что между сторонами возникают и в этом случае правоотношения, свидетельствует в частности ст.53 Устава связи, согласно которой отправитель до выдачи любого почтового отправления адресату вправе истребовать почтовое отправление обратно, переадресовать его и т.п. По высказанным выше соображениям, данные отношения носят гражданско-правовой, а не административно-правовой характер. И все же их нельзя считать договорными в полном смысле этого понятия, даже не потому что воля предприятия связи выражена косвенным образом. Прежде всего, никакой ответственности органы связи за такую корреспонденцию не несут, ибо исключена определенность в ее принятии. Торговый автомат имеет

⁹См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность, с.45.

¹⁰См.: Дьвович С.Я. Охрана интересов покупателей. М.: Юрид. лит., 1966, с.200-204.

механизм возврата оплаченных денег, если товар не будет отпущен; в конце концов покупатель вправе обратиться к обслуживающему его предприятию или работнику, зафиксировать неисправность автомата или отсутствие в нем товара и потребовать возмещения денег. При таких обстоятельствах обоснованность требований покупателя презюмируется. Исполнение обязательства здесь не имеет по существу разрывов во времени. Все это исключается при отправке простой корреспонденции. И именно неопределенность, инфинитивность отношений, особенно в их завязке позволяет считать их нетипичными, "аномально"-договорными.

Недопустимо смешивать отношения между издательствами и предприятиями связи с отношениями между предприятиями связи и подписчиками. Но первые не сводятся только к экспедированию. Согласно ст.79 Устава связи в эти отношения, оформленные договором (ст.81 Устава)! входит распространение, экспедирование, пересылке и доставка периодических изданий, причем распространение заключается как в оформлении подписки, так и в реализации через специализированную сеть. Можно говорить, что при распространении путем подписки имеет место заключение о подписчиком договора распространения с доставкой на дом, аналогичный договору купли-продажи с обязательством доставки на дом. Но, вступая в такой договор от собственного имени, предприятия связи заключают его в интересах издательств, выполняют услуги для них, освобождая сами издательства от необходимости заниматься распространением периодических изданий. Таким образом, понятие "распространение" включает в себя услуги в отношении издательства, куплю-продажу в отношении подписчика. Что, касается договора экспедиции, то он тесно связан с перевозкой - предшествует или завершает ее, экспедирование связано с отправкой, получением грузов, доставкой их клиенту, но оно не включает в себя заключение договоров купли-продажи. Основная цель услуг, оказываемых издательством, - это распространение изданий, поэтому этот договор может быть определен как договор распространения периодических изданий, юридическим источником которого выступает специальное положение.

Доставка изданий подписчику является элементом реализации изданий, но может (при иногородней доставке) и влечь за собой необходимость вступления в правоотношение с транспортными органами, т.е. выполнение органами связи функции экспедирования. Эти функции вытекают из обязательства доставки, основаны на косвенном выражении обоюдной воли сторон при заключении сделки на реализацию (распространение) периодических изданий с подписчиком, не подлежат особому оформлению, отличаются определенной спецификой и должны быть признаны нетипичными договорными отношениями экспедиции. Таким образом, различные отношения между органами связи и издательствами, органами связи и подписчиками переплетаются по существу в единые договорные отношения по распространению периодических изданий: заключение договора купли-продажи (распространения в узком смысле) с подписчиком в

интересах издателя - получение изданий от издательств - доставка изданий подписчику. При этом нетипичными являются сопутствующие доставке отношения экспедиции. Такие же отношения возникают и при доставке почтовой корреспонденции, посылок, бандеролей в другой населенный пункт, которые вытекают из договора почтовой доставки.

6. НЕТИПИЧНЫЕ «ИМПЕРАТИВНЫЕ» ДОГОВОРЫ

В юридической литературе дискутируется вопрос о правовой природе отношений, которые по своему характеру соответствуют гражданско-правовым, но возникают независимо от волеизъявления сторон. Совершенно правильно отмечается, что в хозяйственных договорах, в договорах, заключение которых основано на государственном плане, воля государства сочетается с волей предприятия¹. Но дело не только в этом. Совершенно очевидна широкая самостоятельность сторон при заключении таких договоров, даже при детальной регламентации условий в некоторых нормативных актах. Многие же условия не predeterminedены в законе, в плановом или административном акте и подлежат взаимному согласованию.

В литературе появилась также теория административного договора, неприемлемость которой показана А.Ю.Кабаякиным². Но автор все же не исключает того, что завязка отношений по обслуживанию граждан социалистическими организациями уходит корнями в административно-правовой характер этих договоров³. Административная обязанность относится только к обязанности вступления в указанные договоры, сами же договоры заключаются на основе прямого обоюдного волеизъявления сторон, в них конкретизируются многие вопросы будущих отношений, их гражданско-правовой характер не должен вызывать сомнения. Но иногда отношения между субъектами возникают вне связи с волеизъявлением сторон. Примером таких отношений является обязательное страхование колхозного и некоторого другого имущества. В литературе идет дискуссия об отнесении такого страхования к той или иной отрасли права, хотя большинство ученых, несмотря на отсутствие волеизъявления сторон, считает обязательное страхование гражданско-правовым институтом⁴. Высказывается справедливое мнение о необходимости и при обязательном страховании заключать договор⁵, в котором бы конкретизировались условия, права и обязанности сторон.

¹См.: Кутафин О.Е. Плановая деятельность социалистического государства. Государственно-правовой аспект. М.: Юрид. лит., 1980, с.97; Гавзе Ф.И., Социалистический гражданско-правовой договор, с.74, 75.

²См.: Кабалкин А.Ю. Сфера обслуживания: гражданско-правовое регулирование, с.56 и сл.

³См. там же, с.68.

⁴См.: Граве К.А., Лунц Л.А. Страхование. • М.: Госюриздат, 1960, с.25. Анализ точек зрения по этому поводу дается в статье Ш. Менглиева - К вопросу о правовой природе страхования. - Сборник работ аспирантов, вып.2, Душанбе, 1972, с.75-81.

⁵См.: Яковлев В.Н. Указ. раб., с.169; Ш. Менглиев. Правовое регулирование страхования имущества организаций потребительской кооперации. Автореф. канд. дис.. Ташкент, 1975, с.9.

Но даже в таких отношениях нельзя исключить волеизъявление сторон в отношении отдельных условий: конкретных видов имущества, его объема, размера посевов, количества животных, размера страховых платежей и т.д.⁶ А это означает, что такого рода отношения мало чем отличаются, например, от обязательства перевозки, в которых имеется инициатива сторон в предоставлении грузов, транспорта, оплате тарифа. И все же возможность конкретизации отношений по усмотрению сторон позволяет сделать вывод о наличии при обязательном страховании не просто обязательства, возникшего непосредственно из закона, а о договорных, хотя и нетипичных отношениях, возникших из закона. Предлагаемую конкретизацию отношений сторон, видимо, лучше всего осуществить в рамках такого договора страхования.

X X X

Особое место в обязательственных правоотношениях занимают обязательства по тарообороту. Эти отношения подробно исследованы нами в специальных работах⁷. Правоотношения, вытекающие из тарооборота не совсем обычны, они не укладываются в привычные рамки существующих договоров. В ряде случаев тара не возвращается поставщику, а сдается тарособирающей организации и тогда возникает сложное по своему составу правоотношение.

Высказывалось мнение, что тара представляет собой своеобразный объект договора найма⁸. Указывается, что возмездность договора найма в этом случае обеспечивает разница между ценами тары, отпускаемой с товарами и приемными ценами возвращаемой тары. Однако авторы при этом все же склонны считать, что обязательство возврата (сдачи) держаной тары имеет существенные черты обязательства поставки. Иногда приходят к такому же выводу в отношении инвентарной тары, указывая, что в этом случае, между поставщиком и потребителем возникают обязательства, вытекающие из отношений по возмездной аренде инвентарной тары и в силу договора аренды потребитель продукции (наниматель) обязан по окончании срока аренды вернуть эту тару поставщику (арендодателю)⁹. На некоторые виды тары, которое могут являться предметом договора имущественного найма, указывает и М.Г.Пронина, однако по смыслу ее высказываний можно сделать вывод, что она имеет в виду лишь свободную тару¹⁰. О договоре имущественного найма инвентарной тары говорит

⁶См.: Менглиев Ш., там же.

⁷См., например, Ойгензихт В.А. Правовое регулирование тарооборота в народном хозяйстве СССР. Душанбе: Ирфон, 1966.

⁸См.: Буго Ю.И., Берляяд Г.С. Правовые вопросы возврата тары в народном хозяйстве. М.: Госюриздат, 1962, с.13.

⁹См.: Донде Я.А., Фрейдман З.М., Чирков Г.И. Хозяйственный договор и его роль в снабжении народного хозяйства СССР. М.: Госюриздат, 1953, с.186.

¹⁰См.: Пронина М. Г. Договор имущественного найма между социалистическими организациями. Автореф. канд. диссерт. Минск, 1964, с.8.

М.И.Брагинский¹¹ Большинство же авторов считают тару объектом договора поставки¹².

Тара с продукцией и тара освобожденная от продукции - это составные элементы одного процесса, они входят в один кругооборот. Но может Сыть сдача тары тарообирающим организациям - это самостоятельный договор, отделенный от основного договора? На такой позиции стоят Ю.И.Буго и Г.С. Берлянд, которые утверждают, что возврат (сдача) держаний тары тарообирающим организациям есть самостоятельное обязательство¹³. Но ведь обязательство по сдаче тары тарособирающей организации возникает только в силу того, что тара эта была получена от поставщика по договору поставки (контрактации). Эта тара также, в известном смысле, возвращается поставщику для осуществления дальнейшей поставки, только такой возврат не непосредственный, как, например по инвентарной таре. В целях определенного удобства для производства данного поставщика планируется поступление к нему тары и от других источников, а освобождаемая тара покупателем может и не попасть к тому же поставщику, но все равно она через тарособирающие организации направляется в производство. В цитированной выше монографии мы в свое время пришли к выводу, что в данном случае можно говорить не о самостоятельном договоре на сдачу освобожденной тары между таросдатиком и тарособирающей организацией, а о продолжении действия основного договора, который заключен в пользу третьего лица - тарособирающей организации. Правда, налицо не совсем обычный договор в пользу третьего лица, ибо третье лицо по такому договору в силу существующего нормативного акта не вправе отказаться от приема предмета обязательства. Однако сделанный нами вывод нельзя признать абсолютно бесспорным, он может быть поколеблен, исходя из концепции нетипичных договоров.

К.А.Граве не считает, что на сдачу возвратной тары между сторонами существуют вообще гражданско-правовые отношения, он полагает, что, поскольку в отношении такой тары обязанность ее сдачи вытекает из непосредственного предписания закона, отношения в этом случае носят административно-правовой характер¹⁴. Но отнюдь не наличие закона определяет правовое различие этих отношений. Возврат многих видов тары основан на нормативных актах, не исключаящих в то же время договор. Суть этих отношений одна, различие лишь в субъектах. Поэтому все обязательства по возврату тары являются гражданско-правовыми отношениями. Соглашение о возврате тары можно назвать дополнительным обязательством в основном договоре, сопутствующим главному

¹¹См.: Брагинский М.И. Структура договорных связей и ответственность участников при поставках транзитом. М.: ВШИ,1960, с.121.

¹²См.: Приблуда А.С. Понятие и особенности хозяйственного договора,- Вопросы правового регулирования народного хозяйства М.: Госюриздат,1962,с.51 и др.; Халфина Р.О. Праювое регулирование поставки продукции в народами, хозяйстве.М.: Изд. АН СССР, 1963, с.182, и др.

¹³См.: Буго Ю.И., Берлянд Г.С. Указ. раб., с.12.

¹⁴См.: Граве К.А. Вопросы возврата деревянной тары. М.: Гос- торгиздат, 1958, с.81,82.

обязательству сторон в этом договоре и непосредственно связанному с главным обязательствам.

Конечно, сходство обязательств по тарообороту с договором имущественного найма имеется. Тара (главным образом тара возвращаемая поставщиком) лишь временно находится у покупателя, оставаясь собственностью (в оперативном управлении) поставщик. Но сходство здесь только внешнее. И не потому, что предметом этого договора являются лишь вещи индивидуально-определенные, что можно применить лишь к узкому кругу инвентарной тары, и не потому, что этот договор является возмездным, а далеко не по всем видам тары, и меньше всего по инвентарном, образуется какая-то разница в оплате возвращаемой тары, не потому также, -что тара не в полном объёме возвращается поставщику. Дело в том, что при временном найме имущества имеется в виду получение самого этого имущества для пользования нанимателем. В данном на случае сама по себе тара не передается, она лишь получается с продукцией не в пользование покупателя, а только на время нахождения в ней ценностей. Несомненно тара делает возможным хранение ценностей, но ведь обычно они без этой тары вообще не могут находиться. Таким образом, очевидно, что покупатель не нанимает у поставщика тару во временное пользование с целью извлечения из нее полезных свойств и поэтому о договоре имущественного найма, в данном случае, не может Суть речи.

Болгарский юрист Христо Коджейков приходит к выводу, что неинвентарная тара продается вместе с товаром и переходит в собственность или оперативное управление покупателя¹⁵, поэтому при возврате этой тары возникают совершенно новые, самостоятельные отношения. Автор называет этот самостоятельный договор договором на поставку (продажу) упаковки. В отношении инвентарной тары Христо Коджейков придерживается иного мнения считая, что эта тара не продается, а передается во временное пользование другим предприятиям. Автор полагает, что неинвентарная упаковка движется полная (с товаром) по договору поставки, пустая (освобожденная)-по договору на возврат упаковки Условия исполнения обязательств по отношению инвентарной тары устанавливаются в договоре поставки, следовательно, в этом случае нет никакого заключения договора по таре, а имеется только прибавление к товарному договору - условия договора поставки относятся на покупателя и по возврату тары¹⁶.

Действительно, обязательства по возврату тары связаны с договором поставки и являются дополнением к этому и к некоторым другим договорам. Тарооборот вытекает из основного договора, ибо, говоря о тарообороте, мы говорим о таре, как о предмете обязательства, полученной по основному договору и подлежащем возврату даже, тогда, когда основной договор предусматривает возврат тары третьим лицам. Поэтому совершенно

¹⁵См.: Коджейков Х. Договоры за движение-то на амбалажи държавно. София: Наука и искусство, 1963, с.301.

¹⁶См. там же, с.51-55.

очевидно, что многие вопросы возврата тары предусматриваются еще в самом основном договоре и это неизбежно, так как такой договор нераздельно связан с дополнительным. Нет никакого сомнения и в том, что тара, до тех пор пока ценности не приняты покупателем, не может быть выделена из обычного договора, и полностью регулируется этим договором, ибо очевидно, что, предусматривая, например, поставку доброкачественных изделий, имеется в виду и их надлежащая упаковка. Однако мы не можем признать, что обязательства по возврату инвентарной тары полностью отождествляются с обязательствами договора поставки.

То, что инвентарная тара передается поставщиком не в собственность (оперативное управление) покупателя доказывает прежде всего различие этих обязательств. Кстати, нельзя согласиться с тем мнением, что инвентарная тара передается в обычное пользование. Выше мы указали, что это особый вид пользования. Во владении у покупателя до освобождения от содержимого находится и тара неинвентарная, подлежащая возврату контрагенту (например, мягкая тара) и тара, подлежащая сдаче тарособирающим организациям, так как и ею покупатель не может свободно распоряжаться, за исключением случаев, специально предусмотренных в нормативных актах. Отсюда очевидно, что обязательства сторон по возврату тары ни в коем случае не тождественны обязательствам по основному договору, они лишь дополняют этот договор. Мы полагаем, что при возврате всех видов тары налицо особый вид дополнительного обязательства, связанного с основным договором - обязательство на возврат (сдачу) тары или обязательство тарооборота, согласно которому одна сторона - таросдатчик обязуется возвратить (сдать) в установленные сроки и в надлежащем состоянии временно находившуюся у него освобожденную тару, поступившую с продукцией по основному договору, другой стороне - тарополучателю (поставщику по договору поставки или производителю товара, либо тарособирающей или другой организации в соответствии с существующими положениями) в целях повторного использования этой тары, а тарополучатель обязан принять тару в установленный срок и оплатить (вернуть) таросдатчику стоимость этой тары, исходя из прейскурантных или залоговых цен, установленных соответствующим положением. В основе этого обязательства лежит плановое задание, целью обязательства является повторное или многократное использование тары в народном хозяйстве. Обязательство может быть возмездным и безвозмездным. Возмездность его обычно выражается в виде разницы в стоимости возвращаемой тары или особых скидок на амортизацию тары. Обязательства сторон регулируются инструкциями и другими специальными нормативными актами, нормативными актами, регулирующими вопросы поставки и других договоров; они согласуются между сторонами, как при заключении основного договора, так и в специальных договорах и соглашениях. Обязательство тарооборота можно было бы с полным правом считать одним из самостоятельных и специфичных видов договоров - договором на возврат (сдачу) тары - договором тарооборота. Описываемое

обязательство не идентично договору поставки тары таросдатчиком тарополучателю. По договору поставки поставляется свободная новая, изготовленная тара или тара, поставляемая тарособирающими организациями различным предприятиям. Ряд специфических особенностей позволяет сделать вывод о бесспорной автономии обязательства тарооборота.

В настоящее время мы считаем необходимым несколько уточнить и частично даже изменить свою позицию. Полагаем, что в договоре поставки или в других договорах лишь прямо или косвенно выражается воля сторон на возникновение обязательства по возврату тары. Именно это, а также все специфические особенности данного обязательства и отсутствие (как это в большинстве случаев имеет место) специального соглашения о сдаче тары, дает возможность утверждать о -наличии особого нетипичного договорного обязательства, которое является дополнительным к основному договору. Что касается обязательства по сдаче тары тарособирающей организации, то это обязательство также является нетипично-договорным. Оно возникает независимо от волеизъявления сторон - из нормативного акта и все же его конкретизация происходит с участием таросдатчика при заключении им основного договора (поставки и др.), более того, можно о полном правом утверждать, что здесь имеет место односторонне-волевое обязательство, ибо заключение основного договора, даже основанного на плане, является волевым, а именно этот договор, заключенный по волеизъявлению таросдатчика, предопределяет его взаимоотношения с тарособирающей организацией.

7. НЕТИПИЧНЫЕ ОТНОШЕНИЯ ИЗ ФАКТИЧЕСКОГО ВЛАДЕНИЯ

В юридической литературе общепризнано внедоговорная сущность виндикационного иска. В то же время обращается внимание на то, что этот иск существенным образом отличается от иска из деликта по своей цели и по своему содержанию¹. Отсюда делается вывод, что и требования о возврате доходов и о возмещении убытков основываются на особом фактическом составе, предусмотренном специальной нормой - в прошлом ст.59, а теперь ст.155 ГК РСФСР (ст.138 ГК Таджикской ССР). Д.М. Генкин, однако полагает, что в том случае, когда имущество не существует в натуре или не индивидуализировано, стоимость имущества взыскивается на основании иска из неосновательного обогащения². Фактический владелец обязан возместить ущерб, причиненный имуществу, а также доходы за минусом расходов. Недалеко не всегда можно говорить о неосновательном приобретении, либо о доходах при незаконном владении, даже о доходах, полученных от использования вещи в обороте, хотя такой владелец пользовался имуществом ему не принадлежащим и вещи претерпевали естественную амортизацию. Возможно, что и отсутствие имущества у собственника привело к определенным затратам. Такого рода компенсация в ст.155 (138) ГК не

¹ См.: Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М.: Госюриздат, 1961, с.188,189

² См.: Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М.: Госюриздат, 1961, с.190.

предусмотрена, но это не означает, что исключается требование о взыскании убытков при незаконном удержании вещи. Если незаконным владением причиняется вред, он должен быть возмещен в полном объеме, согласно ст.ст.444, 457 и 219 ГК РСФСР (ст.ст.440,452,187 ГК Тадж. ССР), т.е. с учетом и недополученных доходов. Нельзя считать, что ст.155 (138) ГК исключает применение общих норм, она лишь оказывает на последствия, не предусмотренные в общих нормах, опрос о допустимости конкуренции исков и о переходе от договорного иска к виндикационному в достаточной степени проанализирован Ю.К. Толстым³. Мы все же полагаем, что видоизменение, трансформация требований не может быть исключена, но, конечно, не по причине отсутствия доказательств. Дело здесь не в конкуренции, а в необходимости применения соответствующего иска, исключающего применение другого. Прав Ю.К.Толстой, исключая конкуренцию вещного и договорного исков, если имеется нарушение договора - в этом случае требование должно вытекать только из договора⁴. Правильно отмечалось, что коль скоро в норме не содержалось требования об ответственности за повреждение имущества, то следовало руководствоваться нормами о причинении вреда⁵, в необходимых случаях соединяя различные иски с целью максимальной защиты интересов собственника⁶.

Исходя из этих соображений, можно допустить *de lege ferenda* сверх требований, указанных в ст.155 III РСФСР (ст. 138 ГК Таджикской ССР), требования о взыскании стоимости за фактическое пользование имуществом. Это требование носит ретроактивный характер, ибо конкретные отношения возникают тогда, когда определяются субъекты. В отношении недобросовестного владельца такое требование начинается с момента завладения, в отношении добросовестного - о того момента, когда он узнал или должен был узнать о незаконном владении. Такого рода требование должно подчиняться правилам о сроках исковой давности. Указанные отношения должны быть признаны нетипично договорными. Такая юридическая конструкция позволяет применить многие нормы гл.27 И РСФСР (гл.26 ПС Таджикской ССР), прежде всего в той их части, в какой возникающие вопросы не урегулированы ст.155 (138) И, что направлено к максимальной защите интересов собственников и возлагает в полной мере обязанности на недобросовестных владельцев. Аналогично должен быть решен вопрос при незаконном удержании находки, пригильного скота и т.п.

X X X

Особого внимания заслуживает вопрос об отношениях, возникающих в тех случаях,- когда виндигирование имущества невозможно Высказывается мнение, что добросовестный приобретатель становится собственником имущества, воли по закону его истребование исключено. Однако вряд ли

³ См.: Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Изд.ЛГУ, 1955, с.105 и сл.

⁴ См.: там же, с.113

⁵ См.: Генкин Д.М. Указ.раб., с.191.

⁶ См. там же, с.198.

здесь имеет место приобретение права собственности, по всей вероятности в данном случае следует признать не подлежащее отмене добросовестное владение. Иначе решается вопрос о задавленном имуществе. В этом случае нужно исходить из презумпции права государственной собственности.

В советской юридической литературе в свое время многие авторы высказывались за введение института приобретательской давности, за презумпцию права собственности в пользу владельца. Подробно этот вопрос проанализирован Ю.К.Толстым, который высказывался за введение в советском праве приобретательской давности в интересах беститульных владельцев и в целях ликвидации неопределенности в правовом положении этого имущества⁷. Автор не исключал возможности получения задавленного имущества государством, если оно будет в этом заинтересовано⁸. Не лишне заметить, что во многих случаях обязанность возврата имущества, полученного по договору во временное пользование, на хранение и т.п., лежит на владельце. Эта обязанность должна исполняться независимо от активности собственника, если, конечно, в договоре не предусмотрено было иное или собственник препятствовал возврату имущества, но тогда речь должна уже идти об акте деликрии (отказе от собственности). Возможна также ситуация, при которой владелец просто был лишен возможности вовремя вернуть имущество. Б.Б.Черепяхин полагает, что с истечением срока исковой давности субъект не теряет права собственности на вещь, а только лишается права на судебную защиту в исковом порядке, не исключаяющей возможность получить вещь иным путем⁹. Модифицирует эту точку зрения И.Б.Новицкий, связывая переход права собственности задавленного имущества к государству с видом имущества и с необходимостью в отдельных случаях специального постановления органа власти¹⁰.

Несмотря на предложения ученых, в действующем законодательстве приобретательская давность не установлена¹¹. Но это отнюдь не должно означать, что по истечении срока исковой давности на виндицирование имущества на это имущество сохраняется право собственности у бывшего собственника. В таком случае возникает презумпция государственной собственности. Однако совершенно правильно отмечается, что право собственности на задавленное имущество не переходит к государству автоматически, что оно далеко не всегда заинтересовано в этом. Речь идет не о предположении принадлежности имущества, а о предположении

⁷ См.: Толстой Ю.К. Указ.раб., с.194.

⁸ В настоящее время Ю.К.Толстой отрицает презумпцию государственной собственности, которой в свое время придавал материально-правовое значение. – Правоведения 176, № I, с.88. (Анатолий Васильевич Венедиктов /1887-1959/).

⁹Черепяхин Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения.- Советское государство и право,1940,№ 4, с.53.

¹⁰См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность, с.160.

¹¹Можно говорить о приобретательской давности в случае оставления безнадзорного скота у колхоза после истечения срока на его истребование (ст.147 ГК РСФСР, ст.154 ГК Тадж.ССР). Правда, в этом случае скот передается (без права отказа в его принятии) по распоряжению органа власти и содержится колхозом; такое содержание не может быть безраздельно временным.

приобретения права на это имущество, в возникновении в будущем права государственной собственности. Определенный интерес представляет и судьба имущества, в свое время описанного и учтенного по уголовному делу, но не принятого по каком-либо причине кредитором. Видимо в *см случае, когда имущество не будет взыскателем принято в установленный срок для исполнения, следует презюмировать приобретение права собственности на это имущество государством¹². И все же остается открытым вопрос о правовом положении задавленного имущества до перехода его к государству¹³. Следует, вероятно, признать, что указанная выше презумпция, независимо от акта принятия имущества государством означает, что до момента приобретения последним права собственности недопустимо распоряжение (в установленных видах и пределах) имуществом со стороны владельца без соответствующего разрешения государственных органов. Такое положение, например установлено в отношении оформления сделок на передачу строений, право собственности на которые отсутствует. Гражданско-правовые отношения между государством (в лице соответствующего местного органа) и владельцем задавленного имущества не возникают лишь с того момента, когда состоится акт принятия этого имущества государством. По нашему мнению, и здесь имеют место фактические, нетипично-договорные гражданско-правовые отношения имущественного найма. Но в отличие от тех, которые возникают между собственником и фактическим владельцем, о которых шла речь выше, эти отношения могут и не возникнуть, в том числе в отношении недобросовестного владельца, поскольку государство вправе не принять имущество в свою собственность. Основанием возникновения таких отношений является указанная выше презумпция. Так же, как и при рассмотренных ранее отношениях, недобросовестный владелец, в том числе и по своей вине удержавший у себя имущество титульный владелец, должен считаться находившимся в фактических отношениях имущественного найма с момента истечения срока исковой давности на истребование имущества собственником, а добросовестный владелец с того момента, когда узнал или должен был узнать о неправомерности владения, но так же после истечения указанного срока до момента принятия имущества государством. Таким образом и в данном случае фактические договорные отношения носят ретроактивный характер. В этом фактическом - нетипичном договоре, как и в первом случае, воля фактического нанимателя направлена на владение и пользование имуществом, воля фактического займодателя, конечно, не была направлена на сдачу имущества в наем, но он мог решить вопрос иным образом. Признание ретроактивного фактически - договорного отношения имущественного найма дает основание на взыскание арендной платы в

¹²См.: Ойгензихт В.А. Неотвратимость взыскания ущерба по делам о хищениях социалистической собственности. - Вопросы уголовного права, прокурорского надзора, криминалистики и криминологии. Сб.3-4, Душанбе, 1971, с.103-106.

¹³См. Генкин Д.М. Указ. раб., с.211.

пределах сроке исковой давности (или всего срока, если факт такого владения скрывался и не мог быть установлен соответствующими органами), с зачетом расходов на содержание и ремонт имущества.

Х Х Х

Фактическое владение происходит и в том случае, если передача вещи произведена без надлежащего, установленного законом оформления. Так, например, согласно ст.239 И РСФСР (ст. 234 ГК Тадж. ССР) договор купли-продажи жилого дома в городе или поселке городского типа должен быть нотариально удостоверен, в случае если хотя бы одной из сторон является гражданин, и зарегистрирован в исполнительном комитете Совета народов депутатов. На практике встречаются иногда случаи, когда купля-продажа дома не оформляется в надлежащем порядке, а следовательно, признается недействительной, но фактические отношения владения сохраняются подчас длительный период. Тем не менее, нет оснований для признания в данных ситуациях нетипичных отношений найма, ибо в ненадлежащем оформлении договора повинны обе стороны. Даже в случае-уклонения от оформления договора, депущенного дней сторонней.)И обращения второй стороны в суд в соответствии со ст.47 ГК РСФСР (ст.45 ГК Тадж. ССР), нет оснований для признания временных отношений найма, поскольку в этом случае ставится вопрос о признании состоявшейся сделки действительной, т.е. о придании с момента совершения юридической силы фактическим отношениям.

8. НЕТИПИЧНЫЙ ДОГОВОР ХРАНЕНИЯ КАК ДОПОЛНИТЕЛЬНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО К НЕГРАЖДАНСКИМ ПРАВООТНОШЕНИЯМ

К числу таких отношений необходимо прежде всего отнести два отношения: 1) рабочих и служащих с предприятиями и учреждениями и 2) учащихся с учебными заведениями. Судебная практика в отношении вещей рабочих и служащих исходит из того, что их хранение должно подчиняться нормам гражданского права¹. Правда, отсутствует единство в применении этих норм, что вызывает, естественно, необходимость определенной унификации практики на базе правильной теоретической оценки этих отношений.

Прав П.Р. Стависский, утверждая, что ст.429 ГК РСФСР (ст. 425 ГК Тадж. ССР), как и ст.433 Ш РСФСР (ст.429 ГК Тадж. ССР) не имеют отношения к хранению вещей рабочих и служащих по месту их работы, не заключается, как правило, и специального договора хранения вещей. Но вряд ли убедителен его главный вывод - указанные отношения не относятся к гражданско-правовым они являются элементом трудового правоотношения². Этот вывод ученый мотивирует тем, что в учреждениях, перечисленных в от. 429 (425) ГК, граждане находятся непродолжительное время и проживают по определенным основаниям в отведенных им помещениях, где хранятся вещи.

¹ См.: Стависский П. Договор хранения или трудовые отношения? Советская юстиция, 1974, №18, с.22.

² См.: Стависский П. Договор хранения или трудовые отношения? Советская юстиция, 1974, №18, с.22.

С этой точки зрения предприятия и организации по отношению к рабочим и служащим не могут считаться такими учреждениями. Нельзя считать и то, что в подобных случаях оказываются услуги. Но, во-первых, факт, проживания отсутствует в ряде учреждений, включаемых в от.429 (425) Ш, во вторых, вряд ли можно отрицать, что обеспечение сохранения личных вещей сотрудников - это не услуга со стороны предприятия или учреждения. Действительно, вещи хранятся здесь более или менее длительный период, но разве время определяет отроль правового регулирования?³ П.Р. Стависский полагает, что в основе таких отношений в рассматриваемом случае лежит трудовой договор, необходимость обеспечения надлежащих условия труда. К тому же он присоединяется к мнению, что в подобных случаях нет особого соглашения хранения или деликтной ответственности и необходимо руководствоваться основным трудовым договором включающим в себя сохранность имущества в качестве одного из его элементов⁴. Более того, автор предлагает возложить на администрацию еще одну обязанность, вытекающую из трудовых отношений, обеспечение охраны личных транспортных средств работников.

Прежде всего очевидно, что в отношения, регулируемые определенной отраслью права, иногда вклиниваются отношения, регулируемые другой отраслью права и в этом нет ничего противозестественного. Так, супруги между собой могут заключать гражданско-правовые сделки, наследовать имущество и т.п. Рабочие и служащие, студенты и учащиеся нередко вступают с предприятием (учебным заведением) в обыкновенные гражданско-правовые от ношения. Это и купля-продажа учебников и трудов институтов, и путевок за полную стоимость, иногда и некоторых товаров, это и оплачиваемый проезд на работу и с работы на транспорте пред приятия, т.е. заключение договора перевозки, это и вступление в договор жилищного найма в ведомственных домах и т.д. и т.п. Немало оказывается предприятием (учреждением) различных услуг рабочим и служащим, направленных на обеспечение надлежащих условий труда, но не имеющих никакого отношения к регулированию нормами трудового права. Верно, что услуги могут быть предусмотрены в коллективном договоре и направлены к созданию нормальных условий труда, но к трудовому договору, к трудовым отношениям подобное обслуживание отнести нельзя. Например, обязательность медицинских осмотров подростков установлена в КЗ0Т"е, но вряд ли само проведение этих осмотров должно подчиняться нормам трудового законодательства. Нет запрещения и на заключение администрацией с рабочими и служащими гражданско-правовых договоров (договор артиста с театром на амортизацию костюма, договор на выполнение не относящийся к роду деятельности работы в нерабочее время и т.п.).

³В детских садах, например, подобные отношения нередко носят не менее длительный характер.

⁴См.: Стависский П. Указ раб., с.23. Позиция П. Стависского находит поддержку у некоторых ученых (см.: Стависский П. Проблемы материальной ответственности субъектов трудового правоотношения. Автореф. докт. диссерт. Харьков, 1982, с.30.

При заключении трудового договора обязанность администрации по хранению личных вещей работника, его транспорта не предусмотрена, не имеет отношения это хранение и к нормам, относящимся к охране труда. Никаких юридических оснований для отнесения этих отношений к трудовым нет. Наоборот, налицо совершенно независимые от трудовых отношения юридически равных (в этих отношениях) субъектов, содержанием которых является комплекс (именно комплекс) гражданские прав и обязанностей по хранению. Эти права и обязанности, эти отношения, не имеющие связи с трудовой деятельностью, являются гражданско-правовыми, хотя и возникают между субъектами трудового договора. При сдаче вещей в гардеробы с оформлением такой сдачи выдачей жетона имеет место заключение договора хранения между предприятием (учреждением) и сотрудником. Но П.Р. Стависский совершенно прав, указывая, что зачастую сдача на хранение не происходит, а администрация отводит специальные места для хранения, обеспечивая общий надзор с помощью дежурных, вахтеров и т.п. Учитывая отсутствие в данном случае не только надлежащего оформления договора (даже в устной форме), но и отсутствие, как правило, фактической сдачи вещей на хранение, следует прийти к выводу, что здесь имеет место не заключение договора хранения, а наличие фактического договора хранения, т.е. аномального, нетипичного договора. Воля сторон на установление этих договорных отношений выражена косвенным образом - путем заключения трудового (коллективного) договора. Заключение трудового (коллективного) договора, необходимость его выполнения и фактического оставления вещей, необходимость создания условий для рабочих и служащих говорят не о включении хранения вещей в трудовой договор, а о том, что он (либо коллективный) является юридическим основанием для признания наличия фактического договора хранения, что именно в трудовом договоре косвенным образом выражена воля, сторон на обеспечение хранения вещей рабочих и служащих. Изложенная наша позиция об аномальности подобных отношений признана плодотворной В.Д.Шаховым. Он полагает, что такого рода отношения являются договорными, но не входят в содержание трудового договора. Сделанный нами вывод, по его мнению, имеет практическое значение, позволяя найти правильный выход из такой, например, ситуации, когда возникает вопрос о лишении места для ребенка в детском саду, поскольку условие о предоставлении ребенку места не должно считаться входившим в содержание трудового договора с его матерью. Данный вывод находит, по мнению автора, подтверждение в законодательстве и в практике⁵. На эти отношения должны распространяться нормы гл.37 И РСФСР (38 И Тадж. ССР), в том числе и нормы о пределах и условиях ответственности. В данном случае применима и ст.429 (425) ГК в отношении имущества, специально не сданного на хранение. Не должно смущать то, что это имущество не всегда находится в помещениях,

⁵ См.: Шахов В.Д. Соотношение понятие "трудовой договор" и "трудовое правоотношение". - Советское государство и право, 1980, № 6, с.135.

отведенных самим рабочим и служащим. Тем более повышается ответственность за него. Ведь нередко в учреждениях обслуживания вещи граждан выбивают из их непосредственной сферы. Все зависит от конкретных условий и принятого порядка. Например, вполне допустимо, что верхняя одежда в общежитии оставляется в общем коридоре или в секционном коридоре на 2-3 комнаты. Что касается хранения личного транспорта, то оно должно осуществляться по самостоятельному договору.

Отсутствует общий гражданско-правовой договор и между учащимися и учебным заведением, а тем более между школьниками (их родителями, опекунами) и школой. Имущественных отношений здесь нет, отсутствуют и те личные отношения, которые относятся к области регулирования гражданского права. Но при отсутствии сдачи вещей учащихся в специальные гардеробы с оформлением договора хранения⁶, фактические отношения по поводе этих вещей должны признаваться нетипичным договором хранения. Мы не видим никаких оснований для освобождения учебных заведений от ответственности за вещи учащихся, если они находились в установленных местах и в установленное время. К сожалению в специальных правилах это должным образом не отражено.

9. ТРАНСФОРМИРОВАННЫЙ НЕТИПИЧНЫЙ ДОГОВОР ПРИ ПРОСРОЧКЕ

Одним из распространенных случаев возникновения нетипичных договоров является трансформирование в них основных договоров при ненадлежащем исполнении. Одним из часто встречающихся нарушений является просрочка в принятии исполненного по договору. На определенном период между сторонами фактически возникают иногда ноше юридические отношения. Происходит трансформация существовавшего договора в новый, но, поскольку последний договор возникает не по прямому волеизъявлению обеих сторон, по инициативе лишь одной без какого-либо юридического оформления, на основании волеизъявления сторон на заключение основного договора и принятия его условий, - речь в данном случае должна идти о фактических, нетипичных договорных отношениях. Наиболее часто здесь возникает нетипичный договор хранения при просрочке кредитора. Трансформирование в новый договор объясняется прежде всего тем, что По-существу цель а новного договора фактически выполнена со стороны должника, и не его вина в незавершенный договора. Данный нетипичный договор должен отвечать интересам исправной стороны, хотя с первого взгляда может показаться, что он для нее является *privilegium odiosum* . Конечно, сохранность предмета должна быть обеспечена, даже если произошла просрочка кредитора, тем более, что эта просрочка не всегда вызвана его виной; нельзя освобождать должника от принятия всех мер по

⁶Кстати, нет оснований для непризнания несовершеннолетних в любом возрасте субъектами краткосрочных договоров хранения.

обеспечению сохранности ценностей. Но, во-первых, к кредитору нередко применяется ответственность, он возмещает возможные убытки, во-вторых, он обязан оплачивать хранение по установленным ставкам (тарифам), а в-третьих, ответственность хранителя в этом случае ослаблена, она с самого начала действия договора, с момента трансформирования определяется ч.2 ст.427 ГК (ст.422 | ГК Тадж. ССР), т.е. предусмотрена только при наличии умысла 1 грубей неосторожности, а риск случайной гибели "лежит" на просрочившей стороне. Не имеет значения, что данная норма относится к просрочке самого договора хранения. Здесь вполне применима аналогия, ибо происходит не заключение нового договора, а трансформация в него существовавших ранее отношений; факт просрочки в получении вещи остается и в трансформированном правоотношении, а определенные особенности, в том числе и некоторые отклонения от общего порядка, как раз характерны для нетипичных договоров. Нужно иметь в виду, что трансформированные отношения, превращаясь фактически в новый вид договора, временно прерывающий действие первоначального договора, подчиняются не только правилам договора хранения, но и правилам соответствующего договора, который имел место до возникновения новых отношений (в вопросе срока, некоторых обязанностей хранителя и т.п.). Так, из содержания ст.366 ГК РСФСР следует, что при неявке заказчика в установленный срок за получением вещи, она должна быть сохранена подрядчиком в течение шести месяцев¹. В течение этого срока отношения по договору подряда трансформируются в нетипичные отношения хранения, вызванные к жизни не только нормой, но прежде всего косвенным волеизъявлением сторон, заключивших договор подряда. Норма договора подряда определяют срок хранения, необходимость двукратного предупреждения до прекращения этого договора, а ст.363 ИВ РСФСР (ст.361 ГК Тадж. ССР) говорит о риске случайной гибели при просрочке, т.е. в период хранения. Многие другие важные вопросы, в том числе условия и размер ответственности, регулируются нормами, относящимися к типичному договору хранения. В правовой литературе период после просрочки правильно понимается как срок хранения². В правилах приема и выдачи заказов, видимо, должна указываться сумма, которая с виновного заказчика подлежит взысканию за период хранения. Хранение, во всяком случае в течение всего периода и при наличии вины заказчика в просрочке, не должно быть безвозмездным. Видимо (это относится и к другим договорам), необходимо и указание на "ослабление" ответственности подрядчика. Детализированы условия такого договора хранения при просрочке грузополучателя в обязательствах перевозки. Так, согласно» Правилам хранения грузов (ст.62 УЖД СССР) установлены предельные сроки хранения и вывоза прибывших грузов грузополучателями со станции назначения,

¹В некоторых ГК этот срок изменяется и зависит, например, от того из чьих материалов была изготовлена вещь (см.: ст.363 ПС Таджикской ССР).

²См.: Сеницкая М.Е. Защита интересов граждан по договору бытового подряда. М.: Юрид. лит., 1973, с.31.

оплата (сверх суточного хранения) особого сбора, передача грузов при хранении свыше установленных предельных сроков другим организациям по соответствующему указанию³. Таким образом, данные Правила регламентируют срок хранения, порядок его прекращения, возмездность хранения. Все же другие вопросы должны регулироваться нормами договора хранения. Согласно ст.136 УВД СССР максимальный срок хранения пребывающего багажа 30 дней, за хранение его взимается особая плата, по истечении 30 дней багаж передается для реализации торгующим организациям. И в данном случае имеет место трансформация договора перевозки багажа в фактический договор хранения. Четко определяется наличие в подобных ситуациях правоотношения по хранению в ст.157 КТМ, в которой указывается, что, если получатель отказался от груза или не востребовал его, то перевозчик, уведомив отправителя, вправе сдать груз на хранение в склад или иное место за счет и на риск отправителя, а по истечении двух месяцев продать груз (багаж реализуется по истечении 3-х месяцев). В качестве поклажедателя в таких отношениях выступает грузоотправитель.

Авторы Комментария к Уставу автомобильного транспорта РСФСР считают, что хранение прибывших грузов до момента их выдачи грузополучателю осуществляется не на основании другого договора, а в соответствии с договором перевозки, ибо пока груз не выдан получателю, договор перевозки считается не исполненным и заключения каких-либо дополнительных соглашений не требуется, в отличие от принятия на перевозчика временного хранения по соглашению с контрагентом⁴. Такое же мнение высказано и в Научно-практическом Комментарии к Уставу железных дорог СССР⁵. Авторы комментариев правы в том, что не требуется какого-либо соглашения о хранении, эти отношения связаны с договором перевозки и вытекают из него, но нельзя согласиться с тем, что данные отношения являются только отношениями по перевозке. Хранение груза не связано с основным содержанием договора перевозки, с основной его функцией. Транспортировка груза, при которой должна обеспечиваться его сохранность завершена. В данном случае фактически имеет место трансформирование договора перевозки в нетипичный договор хранения, хотя договор перевозки еще не исполнен. Ведь нельзя же считать, что лишь в случае оформления с согласия перевозчика временного хранения (до 15 суток), таковое не будет вытекать из договора перевозки. Разве все дело в оформлении, а не в существе? Кстати, наличие самостоятельного договора хранения не прекратится даже в том случае, если грузополучатель по истечении 15 суток по своей вине не получит груз, он только заплатит штраф. О том, что должно быть признано и при неоформленном хранением

³ См.: Правила перевозок грузов. М., Транспорт, 1967, с.116.

⁴ См.: Быков А.Г., Половикчик Д.И., Савичев Г.П. Комментарии к Уставу автомобильного транспорта РСФСР. М.: Юрид. лит., 1973, с.134.

⁵ См.: Научно-практический комментарий. М.: Юрид.лит.,1966, с.99 (Автор раздела Г.Б. Астановский).

просрочке наличие отношений по хранению, свидетельствует не только характер возникших отношений, но и необходимость по многим важнейшим вопросам руководствоваться нормами гл.37 ГК РСФСР (гл.38 ГК Тадж. ССР).

Согласно ст.420 ГК РСФСР (ст.416 ГК Тадж. ССР) в том случае, если комитент не распорядился в месячный срок своим имуществом, в случае отказа комиссионера от исполнения поручения и предупреждения об этом комитента, комиссионер может за счет комитента сдать имущество на хранение или продать его. Значит не исключено, что имущество может быть оставлено у комиссионера, но уже на условиях нетипичного договора хранения, при этом договор комиссии уже не сохраняет силу. Если право собственности или право оперативного управления перешло к покупателю ранее передачи вещи, то это создает ситуацию, при которой продавец обязан сохранить вещь, не допуская ее ухудшения. Возникающее в данном случае обязательство хранения не является самостоятельным обязательством. Обе стороны изъявили согласие на такое исполнение договора, к тому же не допущено никакого от него отклонения. Но если допускается задержка (необоснованный отказ) в приеме купленной вещи, то наступает просрочка. В таких случаях следует признать наличие нетипичного договора хранения по инициативе продавца, с взиманием помимо убытков, платы за хранение и с распространением условий договора хранения, в том числе и ослабленной ответственности согласно ч.2, ст.427 (429) ГК. Исключением из этого положения является купля-продажа жилого дома. Поскольку дом остается в хозяйственной сфере продавца в данном случае возникает нетипичный договор не хранения, а охраны.

В п.93 Положения о поставках товаров народного потребления и в п.96 Положения о поставках продукции производственно-технического назначения⁶ предусматривается право поставщика на взыскание стоимости невыбранной в срок продукции (товаров), если их выборка возложена на покупателя, либо, если покупатель необоснованно откажется от их получения при централизованной доставке. При этом поставщик должен доказать наличие у него такой продукции (товаров). В данном случае возникает фактическое хранение имущества по прямому волеизъявлению поставщика и косвенному волеизъявлению покупателя, согласившегося на установление срока выборки и допустившего просрочку. Коль скоро поставщик сохраняет это имущество, он несет определенные издержки и обязан обеспечить сохранность его, т.е. возникает нетипичный договор хранения. Однако такой договор должен считаться возникшим лишь с момента взыскания стоимости товаров (продукции) или решения арбитража о взыскании стоимости. И дело здесь не в моменте перехода права собственности, хотя М.Г. Масевич придерживается мнения о том, что решение арбитража о взыскании стоимости невыбранной продукции

⁶См. также: Либерман Ф.И. Укрепление расчетной дисциплины при поставках. М.: Юрид. лит., 1967, с.45.

означает, что к покупателю перешло право оперативного управления⁷, а в том, что до этого момента поставщик может и не реализовать свое право, а значит нельзя говорить о том, что осуществлялось хранение.

В последнем и некоторых других случаях осуществляемое хранение отличается от типичного договора хранения помимо всего прочего и такой особенностью, что хранится имущество, не перешедшее еще в собственность (оперативное управление) просрочившей его получение стороны. В данном случае получается хранение собственного имущества. Объяснимо ли это? В случаях хранения имущества перевозчиком и комиссионером, собственником являются грузополучатель и комитент, в случаях хранения имущества подрядчиком и продавцом речь идет о вещах индивидуально-определенных и происходит смещение момента передачи вещи. Этим объясняется и особое правило о риске случайной гибели вещи⁸. Что же касается несвоевременно выбранных товаров (продукции) покупателем, то нельзя считать, что здесь всегда происходит смещение момента перехода права собственности. Взыскание стоимости установлено с единственной целью - побуждения к исполнению договора. Поставщик может заменить товары (продукцию) и даже передать их другому покупателю, он остается собственником заменимых предметов. В юридической литературе признается, что в договоре хранения таких вещей (иррегулярное, обезличенное хранение) хранитель должен считаться собственником имущества. Тем более это не исключено в нетипичном договоре. Данное хранение аналогично "ответственному хранению", о котором речь пойдет ниже.

Просрочка исполнения может привести и к трансформированию договора имущественного найма в нетипичные договорные отношения имущественного найма. Так, например, при фактическом пользовании имуществом после истечения срока договора, в качестве последствий его нарушения, если существовал договор бытового проката или договор имущественного найма между юридическими лицами, такие отношения следует признать нетипичным договором найма, поскольку согласно ст.279 ГК РСФСР (ст.277 ГК Тадж. ССР) их нельзя признать договором найма на неопределенный срок. Но до возврата имущества (обязанность возврата лежит на нанимателе) было бы неправильным освободить его, например, от оплаты арендной платы. Поскольку же основной договор найма действовать уже не может, эти отношения должны быть признаны нетипично-договорными. Здесь неприменим вывод о недействительности сделки, поскольку никакой сделки не заключается, а ранее существовавшая возникла правомерно. Речь идет лишь о трансформировании существовавших отношений по вине одной стороны - нанимателя, просрочившего возврат имущества. Если проявлена и воля наймодателя, то такие отношения будут просто недействительными. Недопустимо существование их и тогда, когда наймодателя не принимает мер к истребованию указанного имущества.

⁷ См.: Масевич М.Г. Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. Алма-Ата, 1964, с.185.

⁸ В свое время мы предлагали уточнить ст.138 ГК РСФСР (ст.144 ГК Тадж. ССР). См.: Указ. раб., с.242.

X X X

Нетипичные договорные отношения возникают не только при просрочке, но и при досрочном исполнении, если использование продукции находится в зависимости от наступления срока. Необходимо отметить, что досрочная отгрузка, произведенная с согласия покупателя, не влечет за собой обязательства по хранению, поскольку эта продукция подлежит оплате. Исключения составляют случаи такой отгрузки в соответствии с договором без немедленной оплаты - после наступления срока для использования продукции в соответствии с нарядами. Такое обязательство по хранению носит нетипичный характер, а волеизъявление сторон выражается при определении условий поставки. Ответственность хранителя в данном случае определяется и ст.425 ГК РСФСР (ст.420 ГК РСФСР), но в случае использования продукции до выставления счета, он подлежал безусловной оплате. Целесообразно было бы в подобных случаях предусмотреть и немедленную оплату при использовании продукции о применении ответственности за просрочку платежа.

Примерно аналогичная ситуация может создаваться при транзитных поставках, при отгрузке по разнарядке покупателя - оптовой базы. С выдачей наряда или с наступлением срока действия фонда, после оплаты (акцепта) счета происходит передача продукции с хранения во исполнение договора поставки, обязательство по хранению прекращается. Такого рода конструкция этих отношений была выдвинута нами в свое время в обоснование того, что будущий покупатель (нынешний получатель - хранитель) принимает на себя случайные потери. В данной конструкции, как представляется ныне, имеется определенная неточность. Нельзя считать, что между получателем и покупателем имеются самостоятельные отношения по хранению, они носят зависимый характер от связывающего их договора поставки и являются нетипичными договорами. На получателя-хранителя относятся и случайные потери⁹. Правда, существует и другая точка зрения¹⁰ но коль скоро отгрузка получателю производится по договору поставки, в исполнение которого вклиниваются нетипичные отношения по хранению, поскольку этот получатель в будущем будет распоряжаться данной продукцией на праве собственности (оперативного управления), риск случайной гибели должен быть "отнесен" на него.

Вряд ли можно согласиться с авторами Комментария к поставке товаров народного потребления, указавшими на то, что в случае досрочной поставки без согласия покупателя допускается альтернатива: принять на хранение или предложить поставщику распорядиться товаром, или задержать оплату до наступления срока поставки¹¹. Полной альтернативы здесь нет, поскольку хранение не исключает, а, наоборот, предполагает задержку оплаты и возможность распорядиться товаром. В любом случае отношения по такому

⁹См.: Риск случайной гибели вещи и невозможности исполнения обязательства, с.230.

¹⁰См.: Масевич М.Г. Указ. раб., с.165, 166.

¹¹ См.: Комментарий. М.: Экономика, 1973, с.101.

хранению носят нетипично-договорный характер. Нормы гл.37 (38) ГК должны применяться с учетом того, что такое хранение является необходимым следствием примененной к поставщику своего рода санкции и поэтому ответственность за целостность и сохранность ценностей должна быть ослаблена, как об этом указано выше.

10. НЕТИПИЧНЫЕ ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ ПО ОТВЕТСТВЕННОМУ ХРАНЕНИЮ

Ответственное хранение происходит прежде всего в случае отказа покупателя от акцепта платежного требования. Основанием к возникновению ответственного хранения является и распоряжение поставщика о принятии на такое хранение в случае систематической задержки расчетов или оплаты оборудования и машин по причине финансового контроля. Правильно отмечается, что любое хранение ответственное, а указанный термин лишь определяет особенность основания возникновения этих отношений¹.

В цивилистической литературе полагают, что эти отношения возникают в соответствии с правовой нормой. В первом случае ответственное хранение основано на Постановлении СНК СССР от 17 августа 1931 г.² и банковской инструкции № 2, во втором случае, оно вытекает из, Постановления Совета Министров СССР от 21 мая 1969 г. № 368³, статей 65 и 61 Положений о поставках продукции и товаров. Ответственное хранение возникает и в случаях безакцептного списания оплаченной стоимости забракованной продукции или товара, поставленного с нарушением ассортимента, а также в тех случаях, когда покупатель, оплативший счет и пропустивший срок для безакцептного описания, возбуждает спор о возврате оплаченной суммы. Нужно различать отказ от акцепта при отклонении от условий договора, от отказа при отсутствии между сторонами какой-либо договорной связи. Это позволяет определить носит ли хранение договорный характер или внедоговорный и вытекает непосредственно из закона в силу ст.433 ГК РСФСР (429 ГК Тадж. ССР). Таковую дифференциацию проводят ученые при решении вопроса о моменте перехода права собственности при акцептной форме расчетов⁴. Вряд ли, однако, можно согласиться с бытующим иногда мнением о том, что отклонение от условий договора исключает возникновение обязательственных отношений⁵ или считается бездоговорным⁶. Справедливо отмечается, что не исключено и добросовестное заблуждение поставщика⁷. Вполне допустимо, что

¹ Куник Я.А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М.: Экономика, 1970, с.223.

² См.: СССР, 1931. №53, ст.343.

³ См.: Куник Я.А. Указ.раб., 0.223.

⁴ См. статью автора. Расчеты за продукцию и переход права собственности. - Учен. зап. экономич. фак-та Таджикского госуниверситета, вып.6. Душанбе, 1973, с.195 и далее.

⁵ См.: Карасс А.А. Единство государственной социалистической собственности и правосубъектность государственных предприятий и хозорганов. - Советское государство и право, 1952, №2. 0.37.

⁶ См.: Либерман Ф.Х. Расчетная дисциплина при поставках. М.: 1 юрид. лит., 1974, с.160,163.

⁷ См.: Крылова З.Г. О моменте перехода права собственности (права оперативного управления) по договору поставки. - Вопросы советского государства и права. Иркутск, 1967, с.13.

покупатель, даже при отклонении поставщика от условия договора, примет и ненаказанные и досрочно отгруженные, и подлежащие уценке товары. Конечно, принятие недоброкачественной продукции недопустимо, но ведь отказ по этому основанию еще не означает его обоснованности, он может не найти поддержку в арбитраже⁸.

Необходимо прийти к выводу, что в том случае, когда отгрузке произведена без юридического основания, без наличия связывающего сторон договора, то до решения вопроса о судьбе этой продукции (возврата ее поставщику, выражения воли покупателя на ее принятие и т.п.) обязанность покупателя по ответственному хранению основана исключительно на законе и правила договора хранения на них распространяются в силу ст.433 (429) ГК. При отклонении от условий договора нет никаких оснований считать, что обязательственные отношения отсутствуют⁹. С момента сдачи транспортной организации для доставки продукции, отгруженной в соответствии с договором, даже при отклонении от его условий, собственником презюмируется покупатель. Отклонения, допущенные поставщиком, это вопрос о надлежащем или ненадлежащем исполнении договора, окончательное решение которого далеко не всегда предоставляется только покупателю. Указанная презумпция опровержима, но до ее опровержения собственником (речь, естественно, идет и о праве оперативного управления) предполагается покупатель, а договорные отношения действующими. И хотя при правомерности отказа от права собственности (оперативного управления) презумпция считается опровергнутой с момента отказа, нельзя считать, что в этом случае ответственное хранение происходит помимо воли сторон, то - есть непосредственно из закона. Воля сторон на трансформированные отношения хранения выражается косвенным образом в самом договоре, который предусматривает эти последствия как ответственность за отклонение от договора. Но такие последствия, являющиеся отрицательными для поставщика, строго регламентированы в правовых нормах, они могут обернуться отрицательными и для покупателя в случае нарушения режима ответственного хранения. Таким образом ответственное хранение, регулируемое указанными нормативными актами и ГК, в случае нарушения основного договора возникает из факта отказа от оплаты. Однако эти фактические отношения возникают не безучастно к волеизъявлению обеих сторон, хотя воля поставщика, на возникновение отношений по хранению, как указано, выражена косвенным, образом. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что, такого рода ответственное хранение является нетипично-договорным, трансформированным из основного договора, возникающим из факта отказа от оплаты.

⁸См.: Жгунова А.В. О правовой природе правомочий поставщика после отгрузки продукции покупателю. - Проблемы гражданского права и процесса. Иркутск,1970, с.36,37.

⁹ Поэтому вряд ли правилен вывод о том, что ответственное хранение всегда возникает лишь в силу закона (см.: Клеин К.И., Петров И.Н. Комментарий к Положениям о поставках продукции и товаров. М.: юрид.лит.,1978, с.156).

Нетипичный договор ответственного хранения наступает при безакцептном списании ранее оплаченных товаров при снижении их качества или отступления от заказа¹⁰. Такие фактические отношения могут возникнуть и при невозможности исполнить основной договор на предусмотренных в нем условиях. Например, при снижении рыночных цен создается невозможность выполнения договора комиссии на продажу сельскохозяйственных продуктов в отношении цены. В период ожидания комиссионером

ответа от комитента, возникает фактические, нетипичные договорные отношения по ответственному хранению.

Во всех случаях, когда по указанию покупателя груз направляется в адрес другой организации, он поступает на ответственное хранение грузополучателя. В данном случае ответственное хранение следует понимать в том смысле, что его режим может быть применен, если покупатель откажется от оплаты. Это правило распространялось и на тот случай, когда грузополучатель акцептует счет покупателя до того, как этот покупатель акцептует счет поставщика на тот же самый груз. Однако в последующем покупателю не запрещалось использовать груз до оплаты, но без права в будущем на отказ.

Может лишить права распоряжения неоплаченным грузом и банк, устанавливая в таких случаях режим ответственного хранения до оплаты. Но это хранение не носит нетипично-договорный характер, ибо оно не вытекает из отношений по конкретному договору. Такое ответственное хранение применяется к предприятиям, переведенным на особый режим кредитования, систематически накапливающих сверхнормативные запасы, допускающие задержки платежей. В данном случае хранение основывается непосредственно на нормативном акте. Нет по тем же основаниям нетипичного договора ответственного хранения в случае распоряжения поставщика при задержке оплаты машин и оборудования по мотивам финансового контроля со стороны банка. В данных случаях различно не только основание возникновения, но и причина применения подобной меры, цель ее применения. Нельзя ставить в одинаковое положение покупателя, который хранит продукцию в силу нетипичного договора ввиду нарушения поставщиком основного договора, и покупателя, хранящего продукцию до оплаты в силу того, что к нему применена санкция как к неаккуратному плательщику, плохо работающему предприятию. Видимо, правомерно поставить вопрос о дифференциации ответственного хранения, о применении различных санкций. Во всяком случае ответственность за недостачу или повреждение ценностей при нетипичном договорном хранении или даже хранении в силу закона, но в связи с нарушениями поставщика может, например, применяться при наличии умысла или грубой неосторожности покупателя. В случае передачи поставщиком покупателю (плательщику) на ответственное хранение продукции при систематических задержках

¹⁰ См.: Либерман Ф.Х. Укрепление расчетной дисциплины при поставках, с.101.

платежей и уклонении со оплаты должно быть признано возникновение нетипичного договора, трансформированного из основного договора поставки по косвенному волеизъявлению принявшего на себя обязанности покупателя. В данном случае он является нарушителем, поэтому указанные выше ограничения неприменимы. Нельзя не подчеркнуть, что введение режима ответственного хранения связывалось прежде всего с неоплатой принятого груза. Нетипично-договорный характер возникающих отношений во многих случаях ответственного хранения позволяет распространить также на эти отношения и ст.426 ГК ВССР (ст.421 ГК Тадж. ССР); он означает, что изменение цен, случайные потери относятся на собственника продукции, он дает юридические основания для применения ослабления ответственности за сохранение целостности грузов, если, как было указано, ответственное хранение вызвано отклонением от условий основного договора не по вине хранителя.

В особом положении находятся взаимоотношения по ответственному хранению, которые в качестве акцессорных условий включены в основной договор, например, сдача оборудования заказчиком подрядчику по договору подряда на капитальное строительство (п.24,25 и др. Правил о договорах подряда). С одной стороны,- это условие основного договора, но, с другой стороны, оно приводит к самостоятельным договорным отношениям, не оформляемым в отдельный договор, а фактически возникающих по воле сторон, выраженной при заключении от основного договора, т.е. в какой-то мере, носящих нетипичный характер.

II. АКЦЕССОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ХРАНЕНИЯ

В юридической литературе считается общепризнанным, что обязательство по хранению существует в ряде договоров, не являющихся договорами хранения, как акцессорное обязательство по отношению к этим договорам. Правда, по-разному определяют основания возникновения этого дополнительного обязательства.

Полагают, что обязанность сохранить имущество контрагента возлагается в других договорах в виде дополнительной обязанности в соответствии с законом (сохранение вверенного имущества подрядчиком, комиссионером; хранение грузов и багажа при перевозке на основании соответствующих норм ГК и норм транспортного законодательства). Обязанность же сохранить имущество, не сданное на хранение, проживающих в гостиницах, санаториях, домах отдыха и общежитиях признается так же недоговорной, как и возникающие в силу закона обязательства хранения находки, безнадзорного скота и т.д.¹. Существует и иное мнение по поводу возникновения этого дополнительного обязательства. Так, Е.Д. Шешенин считает, что непосредственно из закона возникают не все указанные обязательства, а например, такие как при

¹См.: Антонова Л.А. Договор хранения - глава в учебнике Советское гражданское право, т.2. М.: Юрид. лит., 1965, с.310, 311.

передаче нотариусом наследственного имущества одному из присутствующих наследников или постороннему лицу в связи с охраной наследства; при передаче имущества, на которое наложен арест, для обеспечения иска, при передаче находки, безнадзорного скота и в других аналогичных случаях. Что же касается обязанности сохранения имущества по договорам найма, подряда, перевозки, экспедиции и т.п., то эта обязанность, по мнению Е.Д. Шешенина, вытекает из этих договоров, т.е. является договорной. Обязанность хранения имущества в гостиницах, домах отдыха, санаториях, общежитиях вытекает из других правовых отношений, по которым указанные организации обязаны предоставлять комплекс услуг, и из характера обслуживания. Однако все эти виды обязательства хранения Е.Д. Шешенин потому-то объединил под одной общей рубрикой "Бездоговорное хранение"². В следующем издании учебника указанные случаи хранения именуется уже хранением, вытекающим из иных гражданско-правовых договоров и "в силу закона"³. Полагают также, что обязанность, предусмотренная в ст.429 И РСФСР (ст.425 ГК Тадж. ССР), возникает в силу сложного юридического состава - на основании закона и наличия правового акта (путевки, ордера на занятие площади в общежитии, соглашения о занятии номера в гостинице и др.)⁴. В некоторых случаях, конечно, существуют особые правила (например, хранение в лам-бардах), но нередко таких правил нет, либо они не дают ответ на все возникающие вопросы.

Необходимо прежде всего четко определить в каких случаях обязательство по хранению основано только на законе. Для этого нужно установить следующее: 1) имеется ли специальная правовая норма, возлагающая обязанность хранения; 2) отсутствует ли волеизъявление сторон; 3) определяет ли правовая норма условия хранения, распространяет ли она на данное хранение какие-либо правила, в том числе, относящиеся к договору хранения. Ст.429 (425) ГК определяет лишь последствия несохранности вещей в гостиницах, общежитиях и т.п. учреждениях, не указывая на основания возникновения отношений с этими организациями. Но совершенно очевидно, что, помещаясь в главе, посвященной договору хранения, она не может быть внедоговорной, как это трактуют некоторые цивилисты, а должна относиться к правоотношению, возникшему из договора. Однако отсутствие прямого соглашения между сторонами о принятии вещей на хранение вызывает различные суждения по поводу оснований указанных отношений и, прежде всего, по поводу оснований применения ответственности за несохранность вещей со стороны указанных организаций.

В прошлом эта проблема связывалась с обязанностью *custodia* (охрана). Принявший эту обязанность должен был лично охранять вещь и отвечал даже за чужую вину (кражу, повреждение вещи другими), не отвечал он

²См.: главу 43 в учебнике Советское гражданское право, т.2, М., Высшая школа, 1969, с.352, 353.

³Автор главы О.А.Красавчиков (см. указ. учебн. М., 1973, с.307, (

⁴См.: Гражданское право, т.2, М., Юрид.лит., 1970, с.382.

лишь за *vis maior*, к которому относилось, например, насильственное похищение. Считалось, что основание такой ответственности содержится в требованиях гражданского оборота, в том, что должник не являлся личностью изолированной, а находился в особых отношениях к различным другим лицам (члены семьи, служащие и другие), принимавший участие в пользовании предметом долга и в его хранении; поэтому он должен отвечать за этих третьих лиц⁵. Правда, считалось, что домовладыка и хозяин предприятия за убытки, причиненные их домочадцами и служащими, отвечают лишь за собственную, пусть косвенную вину. Должник отвечал за лиц, услугами которых он пользовался для выполнения своего обязательства⁶. Ответственность была за пропажу и порчу ручного багажа, носильных вещей и съестных припасов -всех вещей, которые внесены были на корабль или в гостиницу, кроме денег и драгоценностей, за вещи при пассажирах, но не на пассажирах. В основе ответственности *ex recepto* лежала фактическая передача - "*salvum fore receptere* даже без всякого оформления - достаточен только переход вещей в хозяйственную сферу должника. Ответственность наступала не за свои ошибки, а за своих служащих. Необходимость особого оформления сдачи вещей отрицалась. Совершенно очевидно, что принципы буржуазного права в договоре хранения (основном или дополнительном - безразлично) неприменимы в советском гражданском обороте⁷.

Ст.429 ГК РСФСР (ст.425 ГК Тадж. ССР) посвящена ответственности гостиниц, домов отдыха, общежитий и подобных им организаций за имущество, которое не было сдано им на хранение, в том числе и за имущество, находящееся в местах общего пользования. Эти организации несут ответственность и за простой случай, т.е. за действия своих служащих и даже за других проживающих и посетителей, причем, за действия виновные и совершенные без вины, если они привели к утрате или порче имущества граждан. Освобождают от ответственности эти организации только обстоятельства непреодолимой силы⁸ и в определенных случаях просрочка в приятии имущества сдана им его. Такая повышенная ответственность должна быть объяснена тем, что одной из целей деятельности этих организаций является охрана вещей клиентов, что входит, безусловно, в комплекс оказываемых им услуг⁹.

⁵ См.: Барон Ю. Система римского гражданского права. Кн.1У. СПб., 1910, с.79-80.

⁶ См.: Дернбург Г.Пандекты. Обязательственное право. М., 1911, с.101-103.

⁷ См.: Брагинский М.И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву. - Труды ВЮЗИ. Т.1, М., 1961, с.83.

⁸ См.: Советское гражданское право, т.2. М.: Госюриздат,1965, с.311. М.М. Агарков, говоря об этих случаях хранения, упоминает выражение "гарантия сохранности (См.Обязательство по советскому праву. - Учен.труды ВЮЗИ, вып. 3 М., 1940, с.80

⁹ Согласно ст.233 ГК УССР организация отвечает за вред, причиненный по вине лиц, на которых было возложено выполнение услуг. В свое время мы сделали вывод о том, что указанные организации - хранители являются гарантами по поводу обеспечения сохранности вещей. (См.: Некоторые вопросы ответственности гаранта. - Актуальные проблемы государственного строительства и укрепления социалистической законности в Таджикской ССР. Душанбе, 1973, с.209).

В юридической литературе справедливо указывается, что применение в данном случае ответственности независимо от вины вытекает из сущности обязанности этих организаций, хотя они и не относятся и профессиональным хранителям¹⁰. Но ведь а ст.427 ГК РСФСР говорит о повышенной ответственности, если хранение является лишь одной из целей деятельности организации¹¹. Совершенно очевидно, что одной из целей деятельности гостиниц и аналогичных организаций является хранение вещей, проживающих в отведенных для них помещениях, что, конечно, должно найти отражение в соответствующих положениях, а отсюда и повышенная их ответственность. И все же не все цивилисты с этим согласны¹². Кстати, в ряде инструкций и правил необоснованно снижается ответственность вопреки ст.429 ГК, на что справедливо указывает З. Цыбуленко.

Из правовой нормы, однако, не ясно - следует ли понимать цель "хранение" буквально или более широко - создание необходимых условий для проживания, работы обслуживания, отдыха и т.п. Если для отдельных организации (скажем, для гостиниц) вывод о хранении как одной из целей деятельности более очевиден, то в отношении ряда других организации такой вывод сделать не так просто. Если даже признать, как это указано в ГК Таджикской ССР, что признаком "профессионального хранителя" является осуществление операций по хранению в силу своей деятельности, то для полной ясности необходимо сделать одно добавление: или для обеспечения таковой". Применение повышенной ответственности во всех указанных случаях при необеспечении надлежащего хранения соответствует прежде всего интересам граждан преимущественно в сфере обслуживания. В то же время в соответствии со ст.224 (194) ГК следует учитывать вину самого "клиента" и, видимо, членов его семьи, а иногда а некоторых других лиц (например, гостей нанимателя в гостинице) при решении вопроса об ответственности хранителя.

При анализе ст.429 ГК РСФСР (ст.425 ГК Тадж. ССР) дискуссию вызывают два вопроса: 1) что понимается под "и тому подобными предприятиями" и 2) относится ли данная норма только к имуществу граждан, находящемуся в отведенных им помещениях или находящемуся и в других помещениях. Ответить на эти вопросы важно, поскольку речь идет о случаях отсутствия специальных договоров хранения, т.е. о нетипичных отношениях, о признании фактического договора хранения¹³ на основании косвенным образом выраженной воли в другом договоре, например, при пользовании различного рода бытовыми услугами. Ведь от этого зависит и

¹⁰ См.: Гражданское право БССР, т.2. Минск. Изд.ЕГ7,1977,с.287.

¹¹ В отличие от этого, ст.422 ГК Таджикской ССР указывает на организацию, осуществляющую в силу своей деятельности операции по хранению.

¹²См.: Цыбуленко З.И. Совершенствование законодательства об ответственности хранителей имущества. - Хозяйство, право, управление, Саратов,1974,с.115; Мирошникова Н. Ответственность хранителя имущества. - Советская юстиция,1976,№ 8, с.22.

¹³З.И. Цыбуленко подтверждает наше мнение о том, что ст.429 ПС РСФСР не содержит ответа на многие вопросы, возникающие в фактических отношениях по хранению (см. Обязательства хранения в советском гражданском праве. Саретов,1980,с.32).

применение ст.427 (422) ГК к таким организациям. Можно спорить до бесконечности о том, какие организации имеет в виду ст.429 (425) ГК, что понимается под местом нахождения имущества. Ясно, однако, что редакция ст.429 (425) ГК на эти вопросы не дает точного ответа. Нельзя ведь считать, что парикмахерская или баня - организации, подобные общежитию или санаторию. В то же время очевидно, что ст.429 ГК направлена на обеспечение сохранности имущества граждан в тех случаях, когда хранение носит аксессуарный характер, когда оно необходимо для обеспечения обслуживания граждан. Еще более очевидно расширительное толкование второго условия. Помещение отводится гражданам не обязательно для проживания, но и для получения соответствующих услуг¹⁴. Неслучайно, что в указанных вопросах практике выходит за пределы редакции нормы. Следовательно, норма нуждается в совершенствовании, в изменении, уточнении редакции, чтобы исключить противоречивые толкования, излишнюю дискуссию и наилучшим образом обеспечить интересы советских граждан в сфере обслуживания.

Трудности встречает и применение ст.423 ГК РСЗСР (ст.419 ГК Тадж. ССР) в тех случаях, когда нарушается по вине организаций порядок оформления краткосрочного хранения в гардеробах. Иногда даже при приеме вещей на хранение жетоны не выдаются, тем более они отсутствуют нередко в тех случаях, когда в гардеробах нет специального работника, принимающего вещи, т.е. когда возникают нетипичные договорные отношения хранения. Видимо, нельзя считать незаключенным договор хранения в данной ситуации (отсутствия или невыдачи жетона) и лишать возможности подтверждения наличия договора при помощи других доказательств, в том числе и свидетельских. Вызывает сомнение правильность отнесения отношений по хранению вещей в автоматических камерах к договору имущественного найма¹⁵. Гражданин заинтересован не в найме камеры, а в хранении своих вещей (возможна выдача жетона на занятие соответствующего места), а организации должны обеспечить охрану помещения, в которых находятся автоматические камеры хранения. По всей вероятности, наряду с уточнением редакции ст.429 (425) ГК, необходимо уточнить и ст.423 (419) ГК в отношении неоформленного краткосрочного хранения.

В прошлом иногда возникало мнение о наличии в данных случаях квази-отношения. Однако преобладающая точка зрения об отсутствии договорных отношений приводила к тому, что ответственность судохозяев и хозяев

¹⁴Некоторые автор широко трактуют данную норму, включая сюда все бытовые услуги см.: Тархов В.А. Материальная ответственность предприятия бытового обслуживания перед заказчиком. - В кн.: бытовое обслуживание населения, правовые вопросы. М.,1968,с.187; Цыбуленко З.И. Указ. моногр., с.33 и сл.; Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов,1976, с.157).Существует идионцепция ограничительная, связывающая применение данной норм лишь с фактом проживания (см.: Суслов М.И. Договор хранения имущества граждан по советскому социалистическому гражданскому праву. Автореф. канд. дис., Л.,1976, с.15).

¹⁵См.: Разд.15.

гостиниц обосновывалась даже квази-деликтом¹⁶. Очевидно, что причинение вреда не является лишь уделом правонарушения-деликта. Причинение вреда вполне может иметь место и в договорных отношениях (хранения, комиссии, поручения и т.п.). Но одно дело причинение вреда, а другое - возникновение обязательства только из факта такого причинения. При наличии договора, если отсутствует специальная норма, как, например, ст.385 ГК РСФСР (ст.377 ГК Тадж. ССР), основанием ответственности является договор, а не факт причинения вреда. Ответственность указанных организаций не должна строиться на квази-деликте, поскольку обязательство сохранения вещей принято по воле указанных организаций, выраженной, правда, как мы отметили, косвенным образом. Гостиница вступает с нанимателем-клиентом в договор найма. Условия этого договора не могут исключить нахождение вещей нанимателя в номере и временное оставление там вещей. Именно с этой целью устанавливается наблюдение дежурными за номерами, сдача ключей и т.п., хотя, конечно, гостиница принимает на себя, в целях создания удобств для посетителей, особый риск сохранности вещей в многоместных номерах и общежитиях. В целях "сокращения этого риска" предусматривается сдача вещей в камеры хранения, т.е. заключение специальных договоров хранения, но незаключение таких договоров совсем не означает, что договорная обязанность по хранению у гостиниц отсутствует. Такая обязанность, не оформленная специальным договором, но основанная на косвенном волеизъявлении, выраженном при заключении договора найма, свидетельствует о наличии нетипичного договора. Этот нетипичный - акцессорный договор подчиняется нормам договора хранения и специальным правилам проживания в гостиницах. Но ответственность гостиниц (общежитий) расширена. Это выражается в том, что согласно ст.429 (425) ГК и при наличии объявления о сдаче вещей по специальному договору хранения, даже, если это вытекает из правил, и наниматель "виновен" в невыполнении этих правил, за несохранность вещей отвечает наймодатель. Субъективным основанием такси повышенной ответственности при отсутствии вины является риск гаранта, объективным основанием является невыполнение договора - не договора найма, который такую обязанность не предусматривает, а нетипичного договора хранения¹⁷.

Если вызывает споры природа отношений между пациентом и лечебным учреждением, то правовая природа отношений между гражданами и такими учреждениями, как санатории и дома отдыха сомнений не должна вызывать. Во-первых, пользование этими учреждениями эквивалентно-возмездное, оформляется оно договором (путевкой); во-вторых, в комплекс обязанностей таких организаций входит целый ряд обязанностей чисто имущественного характера и, в-третьих, даже обязанности по лечению и созданию условий по

¹⁶См.: Чиларж К.Ф. Учебник институций-римского права. М., 1906, с.247.

¹⁷ Н.Мкрошников (указ. статья) отрицает договорное начало ответственности указанных организаций. Но именно признание договора позволяет руководствоваться не только ст.429 (425) ГК, а распространить на эти отношения общие нормы договора хранения, в т.ч. ч.1, ст.427 (422) ГК.

отдыху тесно связаны с имущественными отношениями .поскольку направлены к восстановлению трудового потенциала, возможности трудиться и получать за это материальное вознаграждение. Таким образом, это особого рода правоотношения по оздоровлению и отдыху человека - особого вида гражданско-правовой договор обслуживания, услуг. Элементом данного договора является предоставление отдыхающим помещения для проживания, однако нельзя сказать, что здесь возникают нетипичные отношения найма, иначе следовало бы признать наличие нетипично-договорных отношений купли-продажи, поскольку отдыхающие пользуются столовыми. На оказание указанных услуг волеизъявление сторон выражается не косвенно, а прямо, они входят в комплекс этих услуг, являются элементом, содержанием самого договора¹⁸. На этот характерный признак данного договора - множество отдельных услуг, которые между собой связаны в единую совокупность, указывает немецкий ученый Э. Эспиг¹⁹. Но этого нельзя сказать о хранении вещей отдыхающих. Принятие вещей в камеру хранения является дополнительным договором, оформляемым в надлежащем порядке. Такого рода дополнительные договоры заключаются в домах отдыха и санаториях, как например, договор безвозмездного найма книг в библиотеке, прокат инвентаря и т.п. и они не входят в содержание основного договора, не являются его элементами. В отношении же хранения вещей отдыхающих в отведенных для них помещениях возникают фактические отношения хранения, которые с учетом косвенного волеизъявления сторон должны быть признаны нетипично-договорными, аналогично таким же отношениям с гостиницами, общежитиями.

НЕТИПИЧНЫЕ ФАКТИЧЕСКИ СКЛАДЫВАЮЩИЕСЯ ОТНОШЕНИЯ

В практике имеет место заключение сделок найма вместо хранения (сдача в аренду холодильных камер при фактической сдаче товаров на хранение). Иногда целью такого оформления является освобождение от ответственности. Такого рода договоры имущественного найма с вклинением дополнительных услуг встречаются и в других случаях. Их рассматривают как договоры хранения. Исходят фактических отношении хранения, основываясь на ч.2 ст.53 ГК РСФСР, (ст.51 ГК Тадж. ССР)г т.е. производится демаскирование притворной сделки¹.

Совершенно очевидно, что при намеренном согласованном сторонами ином выражении воли, чем то, которое в действительности имелось в виду, при маскировке подлинных отношений - налицо притворность сделки². Таковую притворную сделку характеризуют общая цель, согласованность, намерение одной сделкой прикрыть другую. Часто - это сделки в обход

¹⁸На применение ответственности при нарушении указанных услуг справедливо указывает С.Н. Братусь (см.: Об усилении и расширении судебной защиты прав граждан. - Правоведение,

¹⁹ См.: Espig E. Dienstleistungen auf Gebiet von Reise und Erholung Neue Justiz, 1974, № 23, S. 707.

¹ См. : Коган Ю. Регулирование отношении по хранению товаров в торговле. М.: Экономика, 1970, с.20,21.

² См.: Новицкий И.Е. Сделки. Исковая давность, 125.

закона, хотя бывает прикрытие и дозволенной сделки³, что не изменяет последствий. Возникает вопрос - можно ли считать сделку притворной, если отсутствовало согласованное намерение, цель прикрыть другую сделку? Изменяет ли это последствия? Нет, не изменяет, но основанием для применения правил другой сделки, условий другого договора не может быть притворность сделки. Такая ситуация возникает обычно тогда, когда стороны ошибочно определяют свои договорные отношения иначе, чем следовало. Часто это связано, со сходностью или даже переплетением различных правоотношений. Возникают фактически иные правоотношения, чем те, которые были юридически оформлены. Однако нельзя утверждать, что воля сторон была направлена только на фактические, а не на оформленные правоотношения. Подразумевая другие отношения, стороны по своей воле заключают даяний договор, предполагая, что именно он отвечает их подлинным намерениям. Такую сделку нельзя считать притворной, ее, однако, можно считать заключенной с существенным заблуждением, но лишь в отношении оформления сделки, а не ее существа. Возникшее правоотношение, как полагают, признается недействительным и, при наличии согласия обеих сторон, на его место автоматически вступает в силу то правоотношение, которое на самом деле желали стороны⁴.

Но если такого согласия не последует - это не должно привести к расторжению сделки. Фактические отношения должны быть легализованы, поскольку они, независимо от ошибочности оформления, по существу являются договорными, хотя и нетипично-договорными, поскольку в волеизъявлении подлинная воля сторон выражена косвенным образом. Так, заключая договор аренды с включением в него дополнительных услуг по хранению ценностей или с возложением на арендодателя обязанности поддержания определенного температурного режима для сохранности находящихся в арендованном помещении товаров и в других аналогичных случаях, если не было согласованного намерения заключить притворную сделку, стороны по существу находились в фактических договорных отношениях хранения, тем более, если имело место переплетение различных договорных отношений. С особого рода таким переплетением мы встречаемся при определении договорной природы аренды строительных машин с обслуживающим персоналом, аренды нежилых помещений о условием технического их обслуживания персоналом наймодателя и, наконец, аренды средств перевозки с персоналом перевозчика (договор тайм-чартер и другие). Правовая природа договора аренды транспортных средств с персоналом дискутируется в литературе. М.Г.Пронина не отрицает того, что эти договоры связаны с договорами перевозки, но сохраняют при этом свое самостоятельное значение, имеют иное экономическое и юридическое содержание, чем договор перевозки и поэтому должны считаться договорами аренды. На основании анализа договора фрахтования судна на время о

³См.: Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л.: Изд.ЛГУ, 1960, с.88.

⁴См.: Новицкий И.Б. Указ.раб., с.111, 112,

укомплектованным экипажем автор доказывает, что такой договор отвечает всем условиям договора имущественного найма⁵. Однако в литературе высказано и противоположное мнение, согласно которому исключается аренда при предоставлении имущества с обслуживающим персоналом, но допустимость предоставления этих средств не только для перевозки, осуществление перевозки не сдавшим судно, а получившим означает, что, хотя эти договоры подчиняются специальным правилам транспортного законодательства, они должны быть признаны особым договором, не укладываемым в рамки ни договора перевозки, ни договора имущественного найма. В данном случае мы встречаемся с категорией нетипичных договоров, которые сопутствуют основному договору. При передаче в аренду строительных машин с обслуживающим персоналом на арендодателя возлагается технический уход, ремонт и ответственность за невыполнение или ненадлежащее выполнение этих работ. Техническое наблюдение за коммуникациями и их обслуживание в арендуемых нежилых помещениях зачастую возлагается также на арендодателя. В обоих этих случаях заключается договор имущественного найма, но стороны косвенно выражают свою волю на производство указанных работ, которые фактически осуществляются. В тех случаях, когда указанные выше договоры оформлены как договор аренды, налицо сопутствующие договорные отношения подряда. Договор тайм-чартер подчиняется нормам транспортного законодательства, поэтому есть даже мнение, что коммерческая эксплуатация зафрахтованного судна приводит к выводу: тайм-чартер - разновидность договора перевозки⁶. Во всяком случае ясно одно: основной договор, который оформляют стороны при тайм-чартер и аналогичных сделках - это договор, заключаемый в соответствии с нормами КТМ, т.е. вполне самостоятельный договор фрахтования судна на время с экипажем, хотя в нем и используются термины "аренда", "арендатор". Фактически же в данном случае складываются другие правоотношения, в соответствии с косвенно выраженной волей сторон при заключении договора фрахтования. Это аномальный договор перевозки с элементами имущественного найма (с распространением в неурегулированных вопросах норм гл.27 ГК КЖР (гл.26 ГК Тадж. ССР). Наличие экипажа не позволяет признать в данном случае заключение такого договора, который предусматривает найм имущества и эксплуатацию его собственными силами, более того, это свидетельствует о сохранении за перевозчиком своеобразного владения, но специфика присуща нетипичным договорам. В этом и проявляется их отличие от основного договора.

⁵См.: Пронина М.Г. Имущественный наем в отношениях между социалистическими организациями. Минск: "Наука и техника, 1969, о.40-44.

⁶См.: Кейлин А.Д. Советское морское право. М.: Водтрансиздат, 1954, с.214-225; Тарасов М.А. Роль чартера в морской перевозке грузов. - Учен. зап. Ростовского- на- Дону 17, т.68, вып.7, 1957, с.147-149.

13. НЕТИПИЧНЫЕ ОТНОШЕНИЯ ЖИЛИЩНОГО НАЙМА

Право нанимателя и членов его семьи принято считать правом на жилое помещение. Это право в отношении нанимателя скрепляется двусторонним договором жилищного найма в соответствии со ст.26 Основ жилищного законодательства. Что же касается членов семьи, то с ними никакого договора не заключается и их отношения с наймодателем основываются на указанном договоре в котором наниматель действует как фактический представитель членов семьи¹. И все же полагаем, что этот договор недостаточно характеризует существо возникающих отношений между членами семьи и наймодателем, ибо они носят не производный, а самостоятельный характер, включают в себя не только права, но и обязанности, самостоятельную ответственность. Члены семьи имеют равное с нанимателем право на вселение и проживание в жилом помещении. Законом устанавливается и солидарная ответственность членов семьи по обязательствам из этого договора². У членов семьи есть право на "раздел"жилплощади. Требуется согласие членов семьи на заключение нанимателем договора поднайма, их согласие необходимо при решении вопроса на вселение временных жильцов, причем ряд вопросов о таких жильцах они могут решать самостоятельно. Согласие членов семьи обязательно при обмене жилплощадью, при переустройстве. В ряде случаев члены семьи нанимателя сохраняют право на жилплощадь при утрате такого права нанимателем. Виновные члены семьи, создающие невозможность проживания с ними, подлежат выселению, независимо от сохранения права на жилплощадь за нанимателем. Перечень прав, обязанностей и случаев ответственности членов семьи этим не исчерпывается, и хотя здесь можно говорить о том, что это содержание договора жилищного найма-правомерна, на наш взгляд, постановка вопроса и о том, что члены семьи нанимателя находятся в нетипичных договорных отношениях о наймодателем, даже если они и вытекают из договора, заключенного нанимателем по поручению членов семьи. Прежде всего такое поручение вытекает из семейного соглашения, а при отсутствии соглашения договор заключается с тем членом семьи, на имя которого открыт лицевой счет, что, однако, не отражается на правах и обязанностях членов его семьи. В ведомственных же домах договор заключается без всякого соглашения между членами семьи с лицом, получившим квартиру в связи с работой, и только при его отсутствии с другим членом семьи, имеющим письменную доверенность. В самом типовом договоре речь идет исключительно об отношениях с нанимателем и лишь в одном месте упоминается о солидарной ответственности только тех членов семьи, которые имеют самостоятельный заработок. С вселенными в последующем в качестве членов семьи может быть заключено соглашение об

¹См.: Ойгензихт В.А. Субъекты жилищных отношений. - Основы советского жилищного законодательства.Свердловск,1981,с.74.

²См.: Толстой Ю.К. Советское жилищное право. Л.: ЛГУ,1967, с.61.

ограничении пользования жилым помещением. Кстати, и в ст.26 Основ говорится о равных правах и ответственности членов семьи, но в качестве субъекта заключаемого договора указывается только наниматель. Все изложенное позволяет все же считать членов семьи участниками нетипичных договорных отношений. Их согласие на возникновение таких отношений выражается и при оформленном согласии на включение в ордер, во вселении в квартиру, и при презюмированном согласии на подписание нанимателем договора³.

Права членов семьи, несмотря на равенство, указанное 1 в законе, прав и обязанностей не совпадают в полном объеме с полномочиями нанимателя по отношению к наймодателю (например, 1- только он ставит вопрос о переселении при наличии излишков, хотя и с согласия и т.п.). В этом как раз и состоит особенность фактического (аномального) договора. Однако конструкция такого договора дает основания применить к членам семьи нормы, относящиеся к договору жилищного найма, даже в ряде тех случаев, когда специальной ссылки на них не делается. Это относится, например, к обязанности вносить квартплату, причем такая обязанность далеко не всегда выступает в качестве солидарной ответственности⁴.

Особого внимания заслуживает вопрос о правовом характере тех отношений, которые возникают между нанимателем и бывшим членом его семьи, если он продолжает проживать в том же помещении. Речь прежде всего идет о бывшем супруге. Ю.К.Толстой отмечает, что граждане, которые приобрели право пользования жилым помещением в доме личного собственника в качестве члена семьи, это право сохраняют, даже если они и перестали быть членом семьи, однако при продаже дома (не при наследовании или дарении) такие лица могут быть новым собственником выселены без предоставления другого помещения⁵. Подобный вопрос не возникает в домах местных Советов или в ведомственных домах, поскольку члены семьи в них состоят в нетипичных договорных отношениях непосредственно с наймодателем⁶. Мы полагаем, что право бывшего члена семьи на жилплощадь в доме личного собственника с того момента, когда он перестал быть членом семьи, трансформируется в фактический-нетипичный договор жилищного найма⁷. Это соответствует новым отношениям таких лиц, соответствует и их косвенно выраженной воле. Правда, если о бывшем

³ Ю.Г.Васин считает, что договор с членами семьи отсутствует, а имеется их участие на стороне нанимателя в уже существующем правоотношении (см.: Вопросы советского жилищного права. Алма-Ата, 1963, с.74). У членов семьи, как указано, могут быть и самостоятельные отношения с наймодателем, они вправе заключить с ним и самостоятельный договор.

⁴Нельзя не отметить, что Ю.Г. Басин (оп. Указ. раб., о.86,87) обращает внимание на то, что вступление члена семьи в жилищное правоотношение является "особой формой приобретения прав и обязанностей по воле других лиц, несвойственна иным видам гражданских правоотношений" С ним согласна и Н.М.Ершова (см.: Вопросы семьи в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1977, 0.137).

⁵См.: Толстой Ю.К. Советское жилищное законодательство. Л., ЛГУ, 1974, 0.65. В данном случае не имеется ввиду наличие общей собственности.

⁶Не возникают нетипичные отношения и в кооперативных квартирах, если бывший член семьи имеет долю на паи как собственник .

⁷ См. ст. 137 ЖК Тадж. ССР.

супругом проживают общие с наймодателем дети, то эти отношения не могут быть договорными, ибо право детей на жилплощадь - право членов семьи. Такая конструкция отвечает фактическим отношениям, складывающимся в подобных случаях. Более того, она позволяет иначе подойти к вопросу о праве на выселение бывших членов семьи при купле-продаже дома. Как наниматель по нетипичному договору, такое лицо и в этом случае должно сохранять право на проживание, иначе бывший член семьи оказывается в худшем положении, чем обычный наниматель, что ничем не оправдывается. Практика идет по пути признания бывших членов семьи нанимателями. Так, например, судебные органы Таджикской ССР в 1980 году отклонили иск Х. (матери бывшего мужа) к И. о выселении в связи с длительным отсутствием, признав отсутствие И. по уважительным причинам. И все же недопустимо ограничение прав собственника, в том числе и выступающего в роли покупателя. При определенных ситуациях (например, нуждаемости) их права должны быть защищены.

Необходимо подвести юридическую базу и под такого рода фактические отношения жилищного найма, которые складываются при самоуправном занятии жилплощади или при аннулировании ордера. Было бы недопустимым освобождать самоуправно вселившееся лицо от обязанности оплачивать квартплату, коммунальные услуги и от других обязанностей до момента его выселения. Но возложение этих обязанностей не основано на правомерном договоре. Такие фактические отношения не должны признаваться, как мы в свое время считали нетипично-договорными, возникшими по воле одной стороны, вопреки воле другой, даже при условии возложения на "нанимателя" только обязанностей. В данном случае имеет место неосновательное сбережение⁸, а при порче имущества - причинение вреда.

14. УЧАСТНИКИ НЕТИПИЧНЫХ ОТНОШЕНИЙ ПЕРЕВОЗКИ

Многие годы на страницах юридической печати идет дискуссия по вопросу о правовой природе грузополучателя. Отстаиваемые учеными точки зрения можно сгруппировать следующим образом: 1) грузополучатель является третьим лицом в договоре между грузоотправителем и перевозчиком, некоторые заключают договор в его пользу; 2) грузоотправитель и грузополучатель являются одной стороной; 3) грузополучатель является особой стороной в договоре или самостоятельной

⁸К такому выводу пришел М.М. Агарков, приведя пример с занятием помещения, принадлежащего другому лицу (см.: Гражданское право, т.1, М.: 1944, с.353). Но в данном примере нет приобретения за счет другого лица в смысле расходов по содержанию помещения, поскольку не было их утраты, о чем как раз и говорит М.М. Агарков. Утрата произойдет для наймодателя. Если же помещение будет по какой-либо причине закреплено за вселившимся до этого момента должен быть признан нетипичней - фактический найм, аналогично оспоримой неправомерно, заключенно!»! сделке.

стороной в трехстороннем договоре перевозки; 4) это договор о вручении исполнения третьему лицу.

Приверженцы взгляда на грузополучателя как на третью сторону утверждают, что грузополучатель, не участвуя в заключении договора, приобретает права по этому договору. Но грузополучатель приобретает не только права, но и несет перед перевозчиком определенные обязанности. Считают, однако, что правовая норма не запрещает принятие на себя третьим лицом по договору и обязанностей¹. Указывается, что в транспортном законодательстве далеко не всегда придается юридическое значение согласию это относится и к случаям, когда к получателю прибывает ненаказанная продукция. Когда грузополучателя и грузоотправителя связывает, например, договор поставки², считается, что он дает согласие на свое участие в договоре, но, когда никакой другой связи нет, он не участник договора, а его обязанность принять груз основывается непосредственно на правовой норме. К этому добавляется, что в момент заключения договора возникают для грузополучателя только права, а обязанности лишь с прибытием груза на станцию назначения; они возникают вне связи с выражением им согласия принять груз, а с проявлением принципа реального исполнения обязательств³. Тем не менее, наличие обязанностей у третьей стороны, а не только прав, лишает эту концепцию достаточной убедительности, ибо ст.167 (168) ГК имеет в виду лишь исполнение договора в пользу третьего лица возложение обязанностей на третье лицо предусмотрено другой нормой. Кстати, договорный характер перевозок ныне не вызывает сомнения и установлен в законе, а это означает, что и принятие груза является одним из аспектов этого договора, тем более, что в ст.373 ГК РСФСР (от.370 ГК Тадж. ССР) речь идет не только о доставке груза, но и о выдаче его. Значит акт выдачи груза, а следовательно, и его принятие входят в круг договорных отношений.

Но в то же время и вторая точка зрения о единой стороне грузоотправитель-грузополучатель лишена убедительности. Совершенно очевидно, что обязанности их различны и отдельные. Как правило, они не связаны между собой административно подчиненностью или специальным договором о возложении друг на друга исполнения и являются самостоятельными юридическими лицами.

Последняя точка зрения⁴ не приемлема, так как она оставляет грузополучателя вообще за границей договора перевозки. Приверженцы первой точки зрения обычно не спорят со сторонниками третьей точки зрения, считая, что конструкция третьего лица не отрицает

¹См.: Смирнов В.Т., Правовые проблемы перевозки грузов. - В кн.: Смирнов В.Т., Яковлева В.Ф. Правовые проблемы перевозки и материально-технического снабжения. Д.: Изд-во ЛГУ, 1978, с.162.

²См.: Шварц Х.И. Правовое регулирование перевозок на автомобильном транспорте. М.: Юрид. лит., 1966, с.29.

³См.: Устав железных дорог Союза ССР. Комментарий. М.: Юрид. лит. 1966, с.59. (Автор раздела Г.Б. Астановский).

⁴См.: Савичев Г.П. Правовое регулирование воздушных перевозок грузов. - В кн.: М.А. Аллахвердов и Г.П.Савичев. Договоры о перевозках грузов. М.: Юридич. лит., 1967, о.114.

самостоятельности грузополучателя, но полагают, что дело заключается не в самостоятельности, а в необходимости установить основания вступления грузополучателя в обязательство перевозки. Действительно, нельзя, как это делают приверженцы указанием позиции, просто утверждать, что грузополучатель становится самостоятельной стороной лишь потому, что он приобретает определенные права и несет конкретные обязанности⁵. Против признания договора перевозку многосторонним договором выступает Б.Т.Смирнов, мотивирующий свою позицию тем, что волеизъявления субъектов в таком договоре должны носить не встречный, а совпадающий характер, направленный на достижение одной цели, их права и обязанности должны быть одинаковыми⁶. Цели грузополучателя и грузоотправителя совпадают, права и обязанности, естественно, нет. Но должны ли они во всех случаях совпадать? Из правовой нормы такой вывод не следует. В литературе указывается на то, что при множественности лиц в обязательстве при едином основании имеют место отдельные правоотношения, обязательства отдельных должников не всегда совпадают. Так, например, одни могут быть обеспечены неустойкой, поручительством, другие нет. Самостоятельный характер, например, солидарных обязательств приводит к тому, что все они имеют "свою собственную судьбу" и т.д.⁷

Договор перевозки и отличается прежде всего тем, что в нем участвуют не две, а три стороны, что транспортная организация как должник несет обязанности и перед грузополучателем. В этом типичность этого договора, но в этом и его специфичность, тем более, что грузополучатель выступает не только как кредитор, но и как должник. Прежде всего, указанная специфичность договорных отношений, проявляемая и в том случае, если грузополучателя признать третьим лицом в данном договоре, специфичность обусловленная и другими нетипичными (фактическими) отношениями, позволяет утверждать о своеобразном субъектном составе этих обязательств, в частности о необычной правовой природе грузополучателя, сочетающего в себе положение вступающей в договорные отношения стороны и третьего лица, а точнее - выступающего как особая сторона договора перевозки, главным образом - на его определенной стадии, трансформирующейся в самостоятельный фактический договор.

Особый интерес представляет и определение субъектов договора перевозки со стороны перевозчика с учетом их договорных связей.

Существует мнение, что предприятие станции отправления выступает как единое предприятие от своего имени и от имени всех предприятий перевозчика, участвующих в конкретной перевозке. Но при такой конструкции вторая сторона должна была бы обладать правами и

⁵ См.: Ничков К.К. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву. М.: 1958, с.144,145. Существует мнение, что грузополучатель, не являясь стороной договора, вступает в обязательство в силу перехода на него права собственности или права оперативного управления.

⁶ См.: Смирнов В.Т. - Указ.раб.,сЛ64.

⁷ См.: Новицкий И.П., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве.

обязанностями по отношению к каждому предприятию, тогда, как у них возникают правовые отношения только о предприятиями пункта отправления и пункта назначения и только иногда (например, при переадресовке) о промежуточными предприятиями. К тому же к ответственности можно привлечь лишь предприятия пунктов отправления и назначения. Этими же мотивами опровергается конструкция солидарности обязательств о множественностью лиц или наличие долевых обязательств всех предприятий перевозчика. Полагают, что в договорных отношениях о клиентами состоят оба транспортных предприятия: пункта отправления и пункта назначения. При этом считают, что предприятие пункта назначения уполномочивает на заключение договора от его имени транспортное предприятие пункта отправления. Промежуточные предприятия, как правило, в правоотношения о клиентурой не вступают, поэтому они не являются участниками этого договора, однако на них возлагается исполнение обязательства перевозки в соответствии со ст.171 ГК РСФСР (ст.172 ГК Тадж. ССР). Против этого возражают, считая что возложения исполнения на третьи лица не может быть, поскольку прямые и прямые смешанные перевозки без промежуточных предприятий вообще не осуществимы, нет и воли должника на такое возложение. В настоящее время данный вопрос подробно исследовал М.С. Орданский. Автор отрицательно относится к мнению о том, что единым предприятием по осуществлению процесса перевозки должна быть признана в целом система предприятий железнодорожного транспорта с учетом того, что товарной нужно считать законченную продукцию, поэтому дорога, участвующая в прямой перевозке, предприятием якобы признаваться не должна⁸. М.С. Орданский является сторонником конструкции реализации перевозки начальной и конечной дорогой при участии самостоятельных промежуточных дорог. Автор обращает внимание на сложный характер дороги в качестве юридического лица. Она выступает в гражданском обороте в качестве единого предприятия, хотя входящие в нее предприятия, например, станции тоже являются юридическими лицами, но в договорные отношения вступает дорога, осуществляя правоспособность и входящих в нее предприятий, причем последние заключают договор перевозки от ее имени, как стороны договора⁹. Как видим, и в пределах одной дороги не все так просто, тем более сложна проблема разграничения правосубъектности между участниками процесса перевозок - разными транспортными предприятиями - дорогами. Не лишена уязвимых мест концепция - двух частников со стороны перевозчика. Это прежде всего относится к выводу о наличии договорных отношений о конечным предприятием, выводу, который основан на том, что якобы это предприятие уполномочивает первоначальное транспортное предприятие заключать договор от его имени. Здесь выдается желаемое за действительное. Мы допускаем, что такое возможно, более того, даже считаем, что между всеми предприятиями, участвующими в перевозках,

⁸См.: Орданский М.С. Правовые проблемы железнодорожного транспорта СССР. Изд-во Саратовского университета, 1981, с.129, 131.

⁹См. там же; с.134, 135, 136.

должны заключаться внутрисистемные договоры. Но коль скоро этого нет, основанием для заключения договоров не может стать логическое умозаключение. Аналогичным образом должна быть оценена конструкция, согласно которой субъектами правоотношений по договору перевозки являются и промежуточные дороги. Их правовое участие объясняется рядом авторов представительством дороги отправления или возложением исполнения. Придерживаясь концепции всех дорог-участников договора, М.С. Орданский очи тает, что их правосубъективность просто обусловлена возникшим обязательством по договору перевозки, заключенным дорогой отправления. Это обязательство распространяется на всех участников перевозочного процесса¹⁰.

Концепция нетипичного фактического договора позволяет взглянуть на решение многих указанных проблем с несколько иных позиций. Прежде всего о самой согласии на заключение договора от имени грузополучателя. Вряд ли можно считать, что само по себе наличие договора поставки или купли-продажи, или контрактами между грузоотправителем и грузополучателем должно быть расценено как согласие на заключение конкретного договора перевозки в пользу грузополучателя. Это означало бы, что грузополучатель дает согласие и на ненужные ему отгрузки, произведение с отклонением от условий договора. Правильнее считать, что при заключении договора поставки (купи-продажи, контрактации), в котором определен порядок поставки путем отправки грузов с помощью перевозчика, одновременно заключается нетипичный договор поручения, которым грузополучатель уполномочивает грузоотправителя (например, поставщика) совершить от его имени юридическое действие - заключение договора с перевозчиком. Выражение воли грузополучателя очевидно из самого факта определения способа доставки. Такая конструкция позволяет полностью распространить на взаимоотношения сторон нормы главы 35 ГК РСЗСР и Тадж. ССР. Эта конструкция позволяет сделать, например, такой интересный вывод. В качестве полномочий поверенного выступает его договор с доверителем-покупателем - грузополучателем. Выход за пределы договора в смысле нарушения качества, ассортимента и т.п. отклонений аналогичен отступлению от указаний доверителя и за эти отступления несет ответственность поверенный-поставщик (продавец). Груз должен быть принят грузополучателем, который все убытки вправе взыскать с грузоотправителя. Наоборот, отгрузка в адрес получателя не фигурирующего в договоре предмета является отступлением от полномочий, которые адресованы третьим лицам, обязанным их проверять, не допуская такой отгрузки. Перевозчик должен проверить основание отгрузки и отказать в заключении договора в том случае, если основания к отгрузке нет. Практическое значение такого вывода трудно переоценить. Действительно, почему, например, перевозчик обязан проверить состояние тары и не

¹⁰См. там же, с.140-142.

допустить под страхом ответственности отгрузки в ненадлежащей таре, а правомерность (основание) самой отгрузки он проверять не должен? Правда, в интересах освобождения подвижного состава, закон устанавливает в этих случаях обязанность разгрузки транспорта и принятия груза¹¹. Таким образом, заключенная сделка от имени доверителя-покупателя вне пределов полномочий, т.е. без оснований на отгрузку может быть одобрена в будущем, либо признается недействительной, хотя и о условии принятия груза. Однако сама по себе сделка не может считаться не заключенной, поэтому беспредметна постановка вопроса об отсутствии вообще договора с грузополучателем на ненаказанный груз. Конструкция нетипичного договора поручения позволяет ответить на вопрос - какой договор заключает грузоотправитель от имени и по поручению грузополучателя. Грузоотправитель помимо заключения от своего имени договора перевозки с перевозчиком заключает с тем же перевозчиком самостоятельный нетипичный договор от имени грузополучателя. Его нетипичность обусловлена в первую очередь нетипичным основанием заключения договора.

Согласно ст.373 ГК ГСЗСР (370 ГК Тадж. ССР) транспортная организация обязуется доставить вверенный ей груз в пункт назначения и выдать его получателю, а отправитель оплатить за перевозку плату. Нужно иметь в виду, что, как правило, обязанность поставщика, который и является обычно отправителем, перед покупателем заканчивается сдачей груза для отправки перевозчику, т. оформлением договора перевозки, если отсутствует обязанность доставки груза. Это, в частности, предусматривается п.п."а" и. 35 Положения о поставках продукции производственно-технического назначения и п.п."а" в. 31 Положения о поставках товаров на родного потребления. Итак, в большинстве случаев обязательство по доставке груза возникает не между грузоотправителем и перевозчиком, а новым собственником этого груза (владельцем на праве оперативного управления) с момента заключения договора

перевозки грузополучателем. Кстати, конструкция участия в заключении договора грузополучателя в качестве стороны цементирует и аргументацию положения ст.136 ГК ГСЯСР (ст.141 ГК Тадж. ССР) о моменте передачи вещей.

Следует обратить внимание, что в договоре перевозки разделены обязанности перевозчика на две части: доставка груза и выдача его. Что касается доставки, то эта обязанность вытекает" из самого договора, в котором (в накладной, коносаменте) определены пункт назначения, получатель и т.п.реквизиты. Поскольку в заключении этого договора участвуют и грузоотправитель а грузополучатель, то, следовательно, эта обязанность перевозчика возникает перед ними. Именно поэтому грузоотправитель, даже если он сдачей груза для отправки освобождается от

¹¹См.: Смирнов В.Т. Права и обязанности участников договора грузовой перевозки. Л.: Изд.ЛГУ, 1969, с.102, 103.

своей обязанности перед покупателем (грузополучателем), праве в случае утрата, т.е. недоставки груза, предъявить претензию к перевозчику согласно, например, п."а", ст.169 У1Д СССР. Правда, на практике, как правило, претензии по поводу утраты предъявляет грузополучатель, который как собственник заинтересован в возмещении ущерба. Что же касается выдачи груза, то эта обязанность перевозчика возникает только перед грузополучателем, прежде всего потому, что функции участников договора различные, грузоотправитель уже отношения к грузу не имеет и на него не возлагается встречной обязанности принять груз, даже в том случае, если грузополучатель его не примет. В ст.373 (370) ГК так и указано, что на перевозчика возлагается обязанность выдать груз получателю. Таким образом договорные отношения на получение груза возникают между перевозчиком и получателем. Кстати, требования к перевозчику о нарушениях, установленных при выдаче груза, возникают только у получателя (см.например, п.п."б", "в" и "г" ст.169 УВД СССР). Но если на доставку груза договор заключается между тремя участниками - с одной стороны грузоотправителем от своего имени и им же от имени и по поручению грузополучателя, а с другой стороны первоначальным перевозчиком (транспортным предприятием пункта отправления), то на выдачу груза такой договор с первоначальным перевозчиком не заключается. В этом договоре не предусмотрены условия выдачи груза, кроме указания получателя. Нельзя считать, что такие условия автоматически возникают из факта заключения договора на доставку груза, или императивно устанавливаются в транспортном законодательстве. Грузополучатель вправе конкретизировать порядок выдачи груза по согласованию с транспортным предприятием пункта назначения. В частности, он может иногда получить груз без проверки, а может потребовать его выдачи по весу полностью или частично, он может проверить груз путем фактического взвешивания или способом, которым количество было определено при отправке, стороны уточняют место разгрузки, участие перевозчика в сдаче груза по качеству, могут решить и ряд других вопросов. Более того, при определенных условиях грузополучатель вправе отказаться от получения груза. Значит договор о выдаче груза - это самостоятельный договор о конечном предприятии перевозчика. Однако в нем участвует уже не грузоотправитель, а грузополучатель и возникает он не в момент отправки груза, а в момент его доставки. Этот договор конструируется фактически, не оформляется в письменном виде. Основанием для признания его наличия являются заключение грузополучателем договора на отправку груза, в котором выражается его воля на принятие этого груза и возложение исполнения обязательства первоначальным перевозчиком на все последующие звенья, участвующие в данной перевозке. Такое возложение предусмотрено соответствующими правилами, административной и оперативной связью транспортных организаций и само по себе приобретает характер нетипичных договорных отношений с нетипичной множественностью участников. При

этом транспортные предприятия выступают как единый перевозчик, ибо без такого оперативного единства процесс перевозки немыслим.

Исполнение возлагается и на предприятие пункта назначения, которое никаких поручений предприятию пункта отправления по поводу заключения от своего имени договора не дает, а в силу возложенного на него исполнения и необходимости при этом конкретизировать и частично согласовать такое исполнение (по выдаче груза) с получателем вступает с последним в фактические договорные отношения по выдаче-получению груза. Такой договор должен быть признан нетипичным договором перевозки не только в силу неформальности отношений, особого волеизъявления, но и поскольку он регулирует лишь часть перевозочного процесса.

15. НЕТИПИЧНЫЕ ДОГОВОРЫ ПРИ ПЕРЕВОЗКЕ БАГАЖА И РУЧНОЙ КЛАДИ

Из договора перевозки пассажира следует, что на перевозчик на возлагается обязанность доставить в пункт назначения пассажира, а также доставить и выдать в пункте назначения багаж в случае его сдачи пассажиром (ст.374 ГК РСФСР, ст.371 ГК Тадж. ССР). Если объектом этого договора является багаж, сданный пассажиром перевозчику, то в отношении этого багажа не возникает между пассажиром и перевозчиком каких-либо самостоятельных правоотношений по сохранности багажа. Сохранность багажа, обязанность его доставить и выдать целым и неповрежденным входят в обязанность перевозки в качестве ее составного элемента. И хотя перевозка багажа осуществляется по специальному соглашению, зависящему от договора перевозки пассажира¹, этот дополнительный договор является также договором перевозки, а не каким-либо другим договором. Аналогичным может быть и договор на перевозку грузобагажа². Багаж перевозится отдельно от пассажира, как правило, в отдельных помещениях. Пассажир имеет право и на перевозку носильных вещей и ручной клади (легко переносимых предметов, по размерам помещающихся в вагонах на специально предназначенных для них местах). Это понятие ручной клади отличается от ее понятия в договоре воздушной перевозки пассажиров. Иногда здесь исходят от веса, иногда из утилитарного свойства предметов. По мнению Л. Наборщиковой,- это вещи пассажира весом до 5 кг., находящиеся под его наблюдением и ответственностью³. Ручная кладь пассажира на железной дороге может быть больше по весу и по объему. Но признак "нахождения под наблюдением пассажира" сохраняется. Специального соглашения на перевозку ручной клади обычно не требуется,

¹См.: Комментарий к Уставу железных дорог СССР. М.: Юрид. лит., 1966, с.196.

² А.Ю. Кабалкин (См.: Гражданско-правовой разговор в сфере обслуживания, с.210) различает эти договоры, но в рамках обязательств перевозки, хотя и отрицает дополнительный характер отношения по перевозке багажа.

³См.: Наборщикова Л. Некоторые вопросы совершенствования законодательства о перевозке пассажиров и багажа воздушным перевозчиком. - В кн.: Актуальные вопросы теории и истории права и применения законодательства, Душанбе, 1975, с.118.

иногда разрешение на ее перевозку фиксируется выдачей бирки. Хранение ручной клади в специальных камерах направлено на обслуживание как пассажиров, так и не пассажиров, т.е. более широкого круга субъектов не в период их передвижения, и непосредственного отношения к обязанности перевозки (доставки) не имеет. Независимо от того, что порядок такого хранения устанавливается в уставах (кодексах) и в правилах перевозки, - этот договор является договором хранения, подчиненный также нормам, регулирующим данный договор. В данном случае несомненно заключение самостоятельного договора хранения ручной клади, причем вполне возможно, что он заключается еще до заключения договора перевозки. Именно это является основанием того, что такого рода хранение ручной клади производится не в соответствии с договором перевозки, а в соответствии с договором хранения⁴. Ручная кладь в период перевозки находится, как правило, вне договорного регулирования и в отношении ее, как и носильных вещей пассажира, не заключается никакого особого соглашения. Нельзя считать кладь принадлежностью пассажира, тем более, что ее наличие совсем не обязательно. Однако некоторые вопросы, относящиеся к ручной клади, вытекают из договора перевозки. Так, например, ст.128 УЖД предусматривает право провоза бесплатно ручной клади не свыше 36 кг и дополнительно в пригородных поездах за плату до 50 кг, причем мелкие вещи даже не входят в эту кладь. Перевозчик обязан создать условия для перевозки ручной клади в специальных помещениях⁵. Но это еще не дает основания для вывода о том, что ручная кладь входит в предмет договора перевозки, даже если она следует с пассажиром. Нет здесь и нетипичного договора перевозки, поскольку ни прямо, ни косвенно, ни в письменное, ни в устной форме нет соглашения о сдаче клади для перевозки и доставки перевозчику; она находится в сфере контроля самого пассажира, даже если и частично (например, в пригородных поездах) оплачена. В ст.165 УВД СССР предусмотрено, что забота о целостности и сохранности ручной клади, которая перевозится пассажиром с собой, лежит на обязанности пассажира. Здесь особенно подчеркивается то, что указанные вещи перевозятся пассажиром "с собой" и не сдаются перевозчику ни для доставки, ни для хранения; обязанность же пассажира перед самим собой не носит юридического характера⁶.

⁴В Инструкции по эксплуатации автоматических камер хранения, в специальном разъяснении Верховного суда СССР высказана точка зрения о том, что в данном случае имеет место договор найма (камеры). В то же время в юридической литературе (см.: Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм, с.155,156; Кабалкин А.Д. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания, с.189,190; Цыбуленко З.И. Обязательства хранения в советском гражданском праве, с.61-64) и др. справедливо критикуется такая позиция и, исходя из цели договора и других мотивов, обосновывается наличие в данном случае договора хранения с возложением ответственности на транспортную организацию - хранителя при пропаже вещей. Однако особый характер данного договора, наличие в нем элементов отношения имущественного найма, специфике волеизъявления позволяют признать его нетипичным договором хранения. По всей видимости, хранение в данном случае с объявленной ценностью и ответственность за таковую исключается.

⁵См.: Комментарии к УЖД, с.200.

⁶См.: Указ. Комментарий, с.254.

Нужно, однако, отметить, что при автомобильных перевозках имеют место случаи перевозки вместе с пассажиром не только ручной клади, но и багажа, оплаченного багажным билетом. Перевозка такого багажа признается договорной - по дополнительному договору перевозки⁷ и за сохранность этого багажа, не взирая на то, что он не сдан перевозчику, последний несет ответственность в соответствии с правилами договора перевозки. В настоящее время в большинстве случаев этот багаж помещается в специальные багажные отделения, т.е. выбывает из сферы пассажира. Таким образом, следует при перевозках на автотранспорте различать багаж и ручную кладь, хотя бы и те и другие вещи перевозились вместе с пассажиром, поскольку за ручную кладь, как правило, ответственности не наступает⁸.

Несколько по-особому выглядит норма об ответственности перевозчика за утрату, недостачу или повреждение ручной клади, изложенная в ст.176 КТМ Союза ССР. Хотя в ст.167 не указано, что ручная кладь включается в предмет договора перевозки пассажира в отличие от багажа, но установление ответственности перевозчика при его вине в любой форме позволяет сделать вывод о наличии здесь нетипичного договора морской перевозки ручной клади. Волеизъявление сторон проявляется в заключении имя договора перевозки пассажира, в разрешении на провоз клади и в допуске пассажира с ней, в создании условий для ее перевозки, сохранности и т.п., хотя сдачи этих вещей перевозчику и оформления специального договора не было. Поскольку такой договор охватывает не какой-то частный период в ходе перевозки, а весь процесс перевозки и не связан только с хранением вещей, а предполагает прежде всего их доставку в сохранности в пункт назначения - он является нетипичным договором перевозки, а не хранения. Аналогичное положение установлено и при воздушных перевозках.

В случае аварии или крушения поезда и повреждения ручной клади к перевозчику применяется ответственность, которая объясняется тем, что она возникает не на основании договора перевозки пассажира, а из факта причинения вреда⁹. Любое причинение вреда грузу, багажу, пассажиру - это ответственность договорная, вытекающая из нарушения договора перевозки. И хотя на случаи причинения смерти или повреждения здоровья пассажира распространяются правила главы 40 (41) ИК, эта ответственность не деликтная, а лишь применение специальных норм (*lex specialis*). В отношении же ручной клади договор перевозки отсутствует, поэтому пассажиру причиняется внедоговорный вред. Ручная кладь в данном случае выходит из-под контроля пассажира, а следовательно, он освобождается от обязанности перед самим собой, возникающая же деликтная обязанность перевозчика уже носит юридический характер.

⁷См.: Шварц Х.И. Указ. раб., с.187.

⁸См.: Быков А.Г., Половинчик Д.И., Савичев Г.П. Комментарий к Уставу автомобильного транспорта РСФСР, с.233.

⁹ См.: Указ Комментарий к УЖД, с.255.

Но выйти из сферы контроля пассажира ручная кладь, его личные вещи могут и в других случаях. К таким случаям относятся: оставление ручной клади в автобусах при выходе пассажиров на ночлег, если не было требования о взятии этих вещей; оставление их на стоянках самолетов в аэропортах по расписанию и в случаях вынужденной задержки¹⁰ и т.п. Даже при осуществлении перевозок пассажиров железнодорожным транспортом такая ситуация возникает, если пассажиры уходят, например, из купе и обращаются к проводнику с просьбой закрыть его. Следует, видимо, обсудить и возможность признания такой ситуации в ночное время, когда наблюдение за вещами должно осуществляться дежурным проводником. В указанных случаях возникает нетипичным договор хранения между перевозчиком и пассажиром на основании как выражения воли на заключение договора перевозки, так и непосредственно на оставление вещей под сохранность работников перевозчика, хотя волеизъявления на заключение договора хранения не было. Может возникнуть вопрос - не является ли это договором перевозки? Но ответ на него должен последовать отрицательный, поскольку ручная кладь и верхняя одежда не включаются в предмет договора перевозки. Там же, где в отношении них имеется нетипичный договор перевозки, он относится к тем случаям, когда эти вещи фактически находятся у перевозчика с целью их доставки, а не хранения в течение определенного срока. Возможно, что здесь мы сталкиваемся не с договором хранения, а с договором охраны, но и для такого вывода нет оснований главным образом потому, что при охране ценности находятся не в сфере охраняющего. В данном же случае они находятся в помещении перевозчика, он обязан в таких ситуациях лишь обеспечить сохранность вещей. Эти ситуации не отличаются в принципе от хранения вещей в гостиницах и аналогичных учреждениях, поскольку. Как мы указали, и там нетипичный договор действует, когда вещи выходят из сферы оперативного управления и контроля проживающего, когда он лишен возможности осуществлять за ними надзор.

При перевозке пассажиров транспортные органы обязаны осуществлять обязательное их страхование. Они вступают с пассажирами при этом в особые договорные отношения. Дело в том, что страхование осуществляется не транспортными организациями, а Госстрахом, но сбор взимается одновременно с продажей билета кассой транспортной организации, вступающей тем самым в правоотношения в интересах (этот термин здесь не очень точен) третьего лица. Данное страхование обязательно, но оно вытекает из согласия субъекта стать участником договора перевозки - стать пассажиром.

¹⁰Набрщикова Л. (См. указ. работу, с.118) указывает на необходимость решения вопроса со ответственности при помещении ручной клади и верхней одежды в специальных отсеках самолетов, поскольку пассажир практически лишается возможности наблюдать за этими вещами. При воздушных перевозках в отношении таких вещей фактически заключается нетипичный договор перевозки. Это подтверждается и тем, что в Правилах таких перевозок говорится лишь об освобождении перевозчика от ответственности за ручную кладь, находящуюся при пассажире и то при отсутствии вины перевозчика.

16. НЕТИПИЧНОЕ ДОГОВОРНОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

Ведение дел (управление чужими делами; без поручения и представительство без полномочий - *negotiorum gestio* называлось квазиконтрактом в римском праве: тот, кто без поручения ведет дела другого, тот отвечает перед ним на основании самого 'факта заведования делом на подобие договора поручения за должное исполнение предпринятого дела". При этом независимо от отсутствия ей годы устанавливалась ответственность за *culpa levis*, т.е. и за незначительное невнимание, необладание обычной рачительностью. В свою очередь *gestor* вправе независимо от благоприятности результата, если действительно были предприняты действия в интересах *dominus'a* на возмещение издержек¹. Ведение чужих дел в буржуазном праве трактуется достаточно широко, однако, его нужно отличать от молчаливого поручения и от действий вопреки воле. Обязательства ведущего дело без поручения подобны обязательствам поверенного. Что касается обязательств хозяина, то они сходны с обязательствами доверителя, но включают в себя дополнительные условия: одобрение связывает независимо от пользы ведения дела, с момента одобрения хозяин приравнивается к доверителю (одобрение приравнивается к поручению), но если имеется выгода (даже она потом будет случайно утрачена), то одобрение не имеет значения, в том числе и в отношении третьих лиц. В этом отличительные особенности данного квази-договора². Вообще нужно сказать, что буржуазные цивилисты подчеркивают при ведении чужих дел без поручения необходимость руководствоваться очевидной выгодой и вероятными намерениями хозяина³, указывают на то, что над исполнителем всегда давит риск одобрения⁴.

Советское гражданское право принимает во внимание не выгоду, а необходимость и целесообразность предпринимаемых без поручения действий. Особое значение этот вопрос приобрел в период Великой Отечественной войны. Забота о сохранении имущества, о детях - вот, что принималось во внимание при признании правомерности предпринятых действий и возложении обязанности возместить расходы⁵.

Ведение чужих дел без поручения в особый институт выделено лишь в ГК некоторых союзных республик (например, гл.36 ГК Тадж. ССР). В числе действий в чужих интересах могут быть и юридические действия, например, заключение договора. Если договор выполнен и лицо, в чьих интересах он заключен, оставляет за собою все полученное по такому договору, оно обязано возместить произведенные расходы. В других случаях установлены определенные границы вмешательства в дела другого: необходимость

¹См.: Чиларж К.Ф. Учебник институций римского права. М.,1906, с.225.

²См.: Годэмэ Е. Указ. раб., с.290-293.

³См.: Самонд и Вильяме. Основы договорного права. М.: Иностр. лит., с.161, 209,1051,1055.

⁴См.: Тктгрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев,1922,с.89,344,345.

предотвращения угрозы, невозможность самостоятельной защиты своих интересов, невозможность получения полномочий. В советской цивилистической литературе прямо не говорится о квази - договорном характере этих отношений, но отмечается, что при точном соблюдении указанных условий предпринимающий такие действия фактически действует как представитель, поэтому к таким отношениям предъявляются требования, аналогичные представительству. Есть, конечно, особенности. Так, если гестор вел чужое дело, принимая его за свое, он вправе лишь ставить вопрос о возврате неосновательно полученного, но не об убытках⁶, гестор перед доминусом вообще отвечает за ущерб лишь при умысле и грубой небрежности. Ограничивается размер возмещения расходов стоимостью имущества (ст.397 ГК Тадж. ССР) и т.п.

Представительство без полномочий лишь в случае последующего одобрения создает, изменяет и прекращает права и обязанности для представляемого (ст.63 ГК РЗ<ЮР). Если нет полномочий, то отсутствуют и отношения по представительству; это относится и к случаям превышения правомочий. Заключенный неуполномоченным лицом договор не может породить последствий представительства, как не состоявшаяся сделка⁷. Так, например, заготконтора Ленинского раипотребсоюза Тадж. ССР выдала доверенность своему работнику на участие в проверке качества отгруженной продукции в адрес Новосибирского горкоопторга, а он подписал договор на ее возврат без проверки качества и рассортировки.

Совершение сделки без полномочий юридически не безразлично, оно связывает одного из контрагентов, предполагающего последующее одобрение, после которого возникают такие же последствия, как и при представительстве. Аналогичная ситуация складывается и при ведении чужих дел без поручения. В.А. Рясенцев указывая, что римские юристы признавали в этом институте квази-контракт, видя в нем сходство с мандатом, что квази-контрактом объяснялась его юридическая природа и позднее⁸, - не придерживается этой конструкции, однако, по- существу, ее не опровергает. Учений оспаривает присвоение данному институту названия "фактическое представительство", которое использовалось в русской цивилистической литературе, по тем соображениям, что представительство является замещением лица в гражданских правоотношениях, в данном же случае имеется не фактическое представительство, а фактический представитель и то лишь тогда, когда он совершает сделки, а не осуществляет самостоятельно определенные действия⁹. В.А. Рясенцев признает оближение после одобрения гестора ведения чуждого дела без поручения с договором поручения, но с рядом особенностей¹⁰. Но в том. то и

⁶См.: Рясенцев В.А. Ведение чужого дела без поручения. Учен. зап. МГУ, вып.116, кн.2, М., 1946, с.110,113.

⁷См.: Рясенцев В.А. Деятельность от имени другого лица без полномочий (представительство без полномочий).- Учен.записки ВШИ, вш .5, М., 1958, с.81,-88.

⁸ См.: Рясенцев В.А.Ведение чужого дела без поручения.с.104.

⁹ См.: Рясенцев В.А. Ведение чужого дела без поручения, с.115, 116.

¹⁰См. там же, с.117.

дело, что квази-договор, а точнее - нетипичный договор и является таковым в связи с тем, что обладает определенными особенностями. Они могут быть меньшими (при одобрении) и большими в других случаях ведения чужих дел. И хотя в законодательстве (см., например, ч.4, ст.398 Ш Тадж. ССР) указывается, что к одобренному ведению без поручения чужих дел применяются правила договора поручения, нельзя такой договор считать типичным как потому, что он возник в необычном порядке, так и потому, что к отношениям до одобрения применяются иногда другие правила, например, в случае, если не удалось сохранить имущественный интерес. Все изложенное позволяет утверждать о наличии нетипично-договорных отношений представительства. Об этом говорят и некоторые специфические особенности этих отношений, и отсутствие договора (соглашения) в любой форме его заключения. Косвенное выражение воли имеется в тех случаях, когда возникает титульное представительство, но затем правомочия превышаются. Здесь есть выражение воли выборе представителя. Воля самого представителя и ведущего чужое дело без поручения выражается в его намерении вести дело для другого или таким образом представлять его интересы. Имеется и воля контрагента представителя на вступление в сделку, независимо от отсутствия полномочий. Наконец, следует считать, что при соблюдении вышеуказанных условий должно презюмироваться одобрение действий представителя и ведущего чужое дело без поручения, об этом говорит и то, что последующее одобрение делает сделку действительной с момента ее заключения. Указанная презумпция последующего одобрения позволяет утверждать о том, что подобные действия носят договорный характер, хотя обычного договорного представительства здесь все же нет. Для представителя эти отношения прекращаются в случае неодобрения, причем прекращение имеет обратную силу. Что касается лица, в чьих интересах велось без поручения чужое дело, то само по себе наличие условия допустимости ведения чужого дела свидетельствует о возникновении нетипично-договорных отношений, основанных на презумпции одобрения. К такого рода договорам должны относиться фактически складывающиеся отношения, трансформирующиеся из других договоров. Так, например, согласно ст.409 ГК ГСССР (ст.405 ГК Тадж. ССР) комиссионер вправе доказать, что продажа товара по цене, ниже назначенной комитентом, была вынужденной и предупредила еще большие убытки. Советское гражданское право не может относить к квази-договорам ведение опеки, ибо ни о каком даже косвенном выражении воли опекаемым, ни о каком договорном характере этих отношений не может быть и речи. Здесь складываются совершенно иного характера отношения¹¹.

¹¹ См.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора...с.72-74.

17. НЕТИПИЧНО-ДОГОВОРНЫЕ ОТНОШЕНИЯ ПРИ НЕОСНОВАТЕЛЬНОМ ПРИОБРЕТЕНИИ ИЛИ СБЕРЕЖЕНИИ ИМУЩЕСТВА

Институт неосновательного обогащения имеет довольно широкое распространение в гражданском обороте капиталистических государств, что, естественно, определяет его место и в гражданском праве. Это и понятно. Защита частной собственности - с одной стороны, распространение фиктивных сделок и различного рода договорных махинаций - с другой, желание противопоставить неосновательное обогащение основательному, вынуждают буржуазную юриспруденцию постоянно обращаться к этой правовой категории¹.

Довольно часто эта категория относилась цивилистами к квази-контрактам, именно к контрактам, а не к квази-деликтам. Интересно проследить аргументацию отнесения этой категории к квази-контрактам. *Condictio sine causa* имели целью пресечения не основанного на праве приобретения, якобы происшедшего в законной форме, не отвечающего "материальной и этической справедливости, являющегося непреднамеренным следствием перехода имущества в состав другого лица. Различали: ошибочную оплату несуществующего долга, передачу имущества, в ожидании предусмотренного договором результата, когда он не поступает (например, приданое, если брак не состоится); ошибочное предположение получения в дар. К этим кондикциям относили и оплату, неодобряемую правом, а также передачу чего-либо ради будущего безнравственного поступка на стороне получателя. Считалось, что отсутствие соглашения не позволяет признать совершенным займ или дарение, возникает лишь право требования внесенной суммы. Перечисленные случаи являлись фактами, которые порождали обязательства, подобные контрактам². Аналогию договору видит и Е. Годзмэ при платеже недолжного (оплата несуществовавшего долга). Он отмечает, что данный платеж (как бы займ) совершается по титулу, т.е. связан с исполнением предыдущего обязательства. Обязательными условиями являются отсутствие долга и предположение ошибки платящего (если платит, зная, что долганет, то это просто проявление щедрости - презумпция разумной воли). Иск возникает в силу квази-контракта. От платежа недолжного отличают неосновательное обогащение - *quasi contracts* без прямого указания закона, встречающийся в том случае, когда имущество увеличилось незаконно за счет другого. Е. Годэмэ считает, что в данном случае возмещение ограничивается лишь размером обогащения, поэтому теория ответственности не применима⁴. Договорный характер неосновательного обогащения признает и английская практика, применяя это обязательство при

¹Рясенцев В.А. Обязательства из так называемого неосновательного обогащения. - Учен.записки МГУ, вып.144,кн.3. М., Изд.МГУ, 1949, с.85-88.

² См.: Чиларж К.Ф. Указ. раб., с.225.227,228.

⁴См.: Б. Годзме. Указ. раб., с.293-298.

неисполнении своих обязанностей одной из сторон двустороннего договора, однако ни самостоятельного института, ни даже самостоятельного термина она не выработала, называя все же эти обязательства квази-договорными⁵.

В русском дореволюционном гражданском праве также достаточно широко применялись обязательства из неправомерного обогащения. Особенно это касалось различного вида платежей при отсутствии долга и обратных требований ввиду несостоявшихся сделок⁶. Для признания требования из неосновательного обогащения необходимо было отсутствие или отпадение действительного основания, правомерность получения (иначе деликт)⁷ возможно было незаконное обогащение и по договору (большая, чем положено оплата); Определенные правовые проблемы стояли и перед советскими юристами. Этому институту уделялось внимание еще в двадцатые годы. При наличии умысла или неосторожности полученное не преемстве подлежало возврату, а возмещался вред, причиненный деликтом - правонарушением. Что же касалось получения недолжного по соглашению, то считалось, что в основании его возврата лежит существенное заблуждение⁸. М.М. Агарков обратил внимание на то, что в отношении вещей, определенных родовыми признаками, в отдельных случаях может идти речь о неосновательном обогащении, как раньше называлось это обязательство. Но автор полагал, что данный институт не связан только с внедоговорными отношениями. Он считал, что основанием для возврата полученного является цель, которую преследует увеличение или сбережение имущества за счет другого⁹. Одним из центральных вопросов этого института является вопрос о противоправности поведения субъектов. Е.А. Флейшиц считала, что действия получившего имущество могут (быть и правомерными и противоправными. В последнем случае противоправность не должна быть связана с виной и если воспользовавшегося неправомерно чужим имуществом нельзя упрекнуть, например, в неосторожности, к нему не может быть применено требование из причинения вреда. Е.А. Флейшиц отвергает теорию цели М.М. Агаркова, считая, что достаточным основанием обогащения является несоответствие обогащения содержанию сделки или правовой нормы¹⁰.

Ставится в литературе и весьма дискуссионный вопрос о допустимости или о недопустимости конкуренции исков. Ю.Х.Калмыков считает, что при наличии вины в причинении внедоговорного вреда возможно предъявление

⁵ См. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М., Юрич. лит., 1949, с.453.

⁶См.: Розенблюм В. Иски из неправомерного обогащения в практике сената. Юридический вестник, 1899, т.1, с.288, 290

⁷ПетражицкиА Л.И. Иски о незаконном обогащении. - Вестник права, 1900, № 1, с.30,31; Л 3, с.23, 24,31. Беляцкий С.А. частное право в основных принципах. Каунас, 1928,с.557, 558,559.

⁸См.: Нарбут Н.Об обязательствах, возникающих вследствие неосновательного обогащения. - Рабочий суд, 1924, № 6-7,с.29- 34..

⁹См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. - Ученые труды ВИЮН. вып.3, М..Госюриздат,1940,о.157, 158.

¹⁰См.: Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М.: Госюриздат,1951,с.204,216.

только иска из причинения вреда¹¹. Наоборот, В.И. Кофман и М.С. Орданский допускают конкуренцию исков из неосновательного приобретения (сбережения) и из причинения вреда¹². Нет еще четкого разграничения этого обязательства с договорными обязательствами. Некоторые авторы относят получение излишних платежей по договору, излишнюю оплату счета, необоснованный отказ от акцепта, перебор провозных платежей и т.п. случаи к неосновательному приобретению имущества против этого возражают другие авторы.

Причинение вреда - это умаление блага в результате вторжения в имущественную сферу потерпевшего и выражающееся в уменьшении или повреждении его имущества, в неполучении им доходов и в производстве вынужденных и неизбежных расходов. Неосновательное приобретение или сбережение имущества - это вне- договорное или выходящее за рамки договора недолжное получение или сохранение материальных благ за счет другого.

Примеров последнего немало: должник ошибочно передает имущество (оказывает услугу) другому лицу; должник, исполняя обязанность, ошибочно передал вещи высшего качества вместо низшего, получив стоимость по низшему качеству; должник допустил переплату по счету лицо производит вторичную оплату уже оплаченного имущества лицо, оплатившее штраф, было освобождено компетентным органом от его уплаты, произведена оплата не полученного товара, не подлежащего поставке по договору и т.п. Эти и другие примеры позволяют прийти к выводу, что не все они носят внедоговорный характер (передача вещей высшего качества вместо низшего, переплата по счету и т.п.). Если, например, допущено нарушение ассортимента, то требование о возврате ошибочно оплаченного вытекает, безусловно, и договора. Другое дело, если товар, предназначавшийся одной организации и оплаченный ею, ошибочно был завезен в другую организацию и последней использован. Здесь, несомненно получение товара произошло не в связи с исполнением договора данному контрагенту. Совершенно очевидно, что при ненадлежащем исполнении договора в широком смысле слова можно говорить о неосновательном приобретении или сбережении. При этом обязательство по возврату является одним из элементов договорной ответственности, как и само получение недолжного является одним из элементов ненадлежащего исполнения. Особое место в анализе данной категории занимает случай вторичной оплаты, в том числе и необоснованного взыскания денег. Получение вторичной оплаты за одно и то же есть не что иное как неосновательное приобретение и в том случае, когда отношения сторон определяются договором, поскольку это действие выходит за рамки договора (в соответствии с договором произведена первоначальная оплата). Выходит за рамки договора и ошибочная отгрузка вообще не

¹¹См.: Калмыков Ю. Возмещение вреда, причиненного имуществу. Издание Саратовского университета, 1965, с.10, II.

¹² См.: Советское гражданское право, т.2. М.: Высшая школа, 1969, с.438.

предназначенной продукции. В то же время взыскание денег (вторично по договору, т.е. вне его рамок или вообще без договора) является причинением вреда - действием, уменьшающим имущество потерпевшего. Таким образом и причинение вреда, и неосновательное приобретение или сбережение имущества могут иметь место как при отсутствии договора, так и при его наличии; вопрос только в том, - возникают ли в этих случаях из указанных фактов обязательства по возврату полученного или по возмещению вреда. Более того, получение недолжного самим приобретателем иногда происходит в результате причинения вреда. Это и приводит некоторых ученых к выводу о возможности конкуренции исков. Но условия возникновения обязательств из указанных выше фактов, юридические основания их возникновения различны и можно провести четкую грань между ними. И дело не в пассивности или активности, в противоправности или правомерности и в т.п. признаках, а, прежде всего, в наличии или в отсутствии вины в любой ее форме, как верно в свое время отметила Е.А. Флейшиц. Если вред в виде приобретения или сбережения имущества одним субъектом за счет другого причинен виновно, возникает обязательство из причинения вреда - обязательство внедоговорное, предусматривающее не только возмещение, но и взыскание в полной мере убытков. Если же получение (сбережение) имущества без оснований за счет другого произошло без вины причинителя, то может возникнуть только обязательство из неосновательного приобретения или сбережения имущества, т.е. требование о возврате полученного или его стоимости¹³.

Фирма "Масис" отгрузила в адрес торговой базы Таджикпотребсоюза, с которой находилась в договорных отношениях, контейнер трикотажных изделий на сумму 17 тысяч рублей. В транспортных документах был указан данный получатель. Контейнер был получен, а товар реализован. Как выяснилось в дальнейшем, он предназначался другой организации, которая и оплатила его стоимость. Эти изделия вообще не предусматривались в договоре с фактическим получателем. Произошло неосновательное приобретение имущества при отсутствии вины, поскольку получателем была указана торговая база, а наличие договора позволяло допустить ошибку поставщика в отношении ассортимента.

Таким образом возможность избрания той или иной категории для предъявления потерпевшим требования о взыскании денежной суммы ставится в зависимость от факта наличия или отсутствия вины у причинившей вред и получившей недолжное стороны. Отсутствие вины позволяет предъявить только иск из неосновательного приобретения имущества, который не дает возможность взыскать убытки, а лишь оплаченную сумму. Наоборот, умысел или небрежность, например, при необоснованном взыскании денег, не только позволяет, но даже

¹³См.: Рясенцев В.А. Указ. раб., с.92. В дальнейшем ученый стал придерживаться иного мнения - данное обязательство возникает при отсутствии лишь вины в форме умысла (критику этой позиции см.: Чернышев В.И. Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества. Ярославль, 1977, с.59

предусматривает предъявление требования, основанного на обязательстве из причинения вреда, а наличие действий противоправных говорит об ответственности. Такая ситуация возникает при хищении, неправомерном завладении имуществом и в т.п. случаях, причем при приобретении в результате действий, заведомо противных интересам государства и общества, имущество взыскивается в доход государства¹⁴. С момента, когда стало известно о неосновательном получении имущества, задержка его возврата уже является задержкой виновной (если нет оснований для другого вывода). Это означает, что субъект должен будет возместить и возникшие после этого момента в полном объеме убытки.

Мнение большинства ученых, вопреки приводимых ими же примеров, сводится к тому, что эта обязанность распространяется только на внедоговорные отношения, даже если имеется определенное соприкосновение с договором. Однако очевидна ошибочность подобного вывода, ибо многие случаи далеко не всегда могут быть отделены от договорных отношений и отнесены лишь к соприкосновению с договором. И хотя, безусловно, не договор является основанием для приобретения или сбережения, но их возникновение причинно обусловлено именно наличием договора. В разделах ГК, относящихся к договорным отношениям, нет общей нормы, предусматривающей возврат излишне полученного или недоданного при отсутствии вины, а отдельные нормы особенной части не компенсируют отсутствие такой общей нормы. Лишь в отношении недействительных сделок этот вопрос детально регламентирован, например, в ст.57 ГК РСФСР (ст.55 Ш Тадж. ССР). Однако в установлении общей нормы нет никакой надобности, поскольку ее в полной мере заменяет ст.473 ИК РСЗСР (ст.468 ГК Тадж. ССР), применяемая к договорным и к внедоговорным отношениям при наличии происшедшего не по вине причинителя факта получения им недолжного без правовых оснований за счет другого¹⁵. Этот факт (а не договор) порождает возникновение обязательства по возврату полученного (сбереженного). Кстати сама редакция ч.1 ст.473 Ш РСФСР (ст.468 ИК Тадж. ССР) ("... без установленных законом или сделкой оснований...") позволяет утверждать, что законодатель имеет в виду приобретение или сбережение имущества и в силу договорных отношений, хотя сверх или вопреки предусмотренного сделкой, но отклонение от договора говорит лишь о его ненадлежащем исполнении, а не о действиях внедоговорных, если, конечно,

¹⁴В.А.Рясенцев (там же, с.99) справедливо высказал сомнения в отношении включения в данную категорию ст.402 ГК РСФСР, которая имеет иную правовую природу, но в новом ГК изменения не произошло.

¹⁵Следует признать ошибочным мнение Н.Погосяна о том, что получение избыточных денег генподрядчиком за счет завышения объема фактически выполненных работ в отношениях по капитальному строительству, является иллюстрацией неосновательного приобретения, хотя это лишний раз свидетельствует о связи этого института с договором. (См. Регрессные требования и обязательства, возникающие из неосновательного приобретения или сбережения имущества. - Советская юстиция, 1975, Л 14, с.17).

эти действия можно совместить с данным договором, если они причинно обусловлены им, не противоречат его смыслу и характеру¹⁶.

При анализе данной категории возникает важный вопрос о "переходе исков", о "видоизменении требований". Речь идет о доходах, если получивший имущество, при наличии возможности к возврату, продолжает его удерживать, о чем мы уже сказали. Таким образом, факт неосновательного приобретения может привести к возникновению сначала одного, а затем другого обязательства, поскольку такое "превращение" связано с признаком разделяющим эти обязательства - виной. Требование о возврате недолжного при договорных отношениях может быть соединено при аналогичных обстоятельствах с требованием, вытекающим из ст.219 ГК РСФСР (ст.187 ГК Тадж. ССР). Существует мнение о возможности перехода виндикационного иска в обязательственное требование о возврате стоимости имущества, которого у владельца не оказалось, на основании ст.473 (468) ГК. Однако вряд ли допустимо предъявление такого требования к возмездно приобретенному имуществу добросовестному приобретателю, иначе риск последнего чрезвычайно велик, т.к. у него нет сбережения имущества за счет другого. Возникает вопрос и об освобождении от компенсации за неосновательно приобретенное имущество, если оно случайно погибнет. ГК не знает подобного ограничения. Представляется, что случайная гибель вещи должна освобождать от компенсационной обязанности. Другое Дело, если приобретателю о том известно о неосновательности приобретения и имелась возможность возврата, этого момента он превращается в допустившего просрочку в возврате и отвечает за вред. Целесообразно в гл.40 ГК РСФСР (гл.41 ГК Тадж. ССР) иметь специальную статью об ответственности за неосновательное приобретение, выразившееся в причинении вреда в результате действий, заведомо противных интересам социалистического государства и общества (кражи, хищения, запрещенный промысел и т.п.). Таким образом, обязательство из неосновательного приобретения или сбережения имущества представляет собой обязанность вернуть неоснователь но полученные или сбереженные без вины за счет другого материальные блага, поскольку их возврат иным путем, обеспечивающим максимальные интересы потерпевшего, с точки зрения юридических оснований, невозможен.

Противником концепции вины при возникновении обязательств из неосновательного приобретения или сбережения имущества является Ю.К.Толстой. Он полагает, что критерием разграничения деликтного и кондиционного исков является образование имущественной выгоды, ибо иной критерий не вытекает из закона¹⁷. Ю.К.Толстой подтверждает эту свою

¹⁶ В.А. Рахмилович обратил внимание на то, что неприменение к договорным отношениям внедоговорных норм основано на частном установлении, а не на регламентированном положении (См.: О возмещении вреда, причиненного актами управления - Правоведение, 1972, № 5, с.67). Закон также распространяет деликтную ответственность на причинение вреда по договору перевозки.

¹⁷См.: Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. ИвдЛГУ, 1955, с.106. Позиция

точку зрения и в последующем, полагая, что деликтный иск применяется, если нет оснований для применения иска кондикционного¹⁸, т.е. по-существу придает субсидиарный характер деликтному требованию. К мнению Ю.К.Толстого присоединяется и Н.А. Руденченко, считающая, что возникновение указанных обязательств связано с самим фактом неосновательного приобретения или сбережения имущества¹⁹, и именно данный факт разграничивает этот вид обязательств от обязательств, возникающих вследствие причинения вреда²⁰ Н.А. Руденченко ссылается на то, что неосновательное приобретение нередко возникает и при наличии умысла, что и не отрицается нами. Но нужно вновь подчеркнуть: нельзя путать факт неосновательного приобретения или сбережения имущества с обязательством, возникающим из такого факта. В.Т.Смирнов и А.А.Собчак, отрицая для этих обязательств значение вины, а лишь факт неосновательности приобретения и применимость других исков, считают данное требование резервным способом восстановления имущественных прав²¹. Если встать на позицию, отстаиваемую указанными учеными, то потерпевший по вине причинителя будет зачастую лишен возможности возместить в полной мере убытки, причем не спасает в этом случае и ч.5 ст.473ПС КЖР (ст.469 ГК Тадж. ССР), на которую ссылается Ю.К.Толстой, поскольку она ограничивает взыскание только доходами и определенным временем. Что же касается учета вины потерпевшего, то, во-первых, его вина нередко парализует вину причинителя, во-вторых, во избежание чрезмерного риска потерпевшего, учет его вины вообще невозможен (норма, поэтому, подлежит уточнению), а в-третьих, в таких случаях есть полная возможность использовать и кумуляцию исков, о которой говорит Ю.К.Толстой, но в обоснование противоположной позиции. Тем не менее нельзя не отдать должного логичности доводов автора. Позиция Ю.К.Толстого была подвергнута критике, исходя из недостаточности предложенного им критерия. Речь идет о точке зрения С. Донцова, который отрицает возможность применения "универсального" признака для разграничения указанных обязательств²². С.Е.Донцов полагает, что необходимо исходить из комплекса критериев: 1) увеличение имущества у приобретателя с

¹⁸ Толстой Ю.К. (Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества. - Вестник ЛГУ, № 5,1973, вып.1, с.139-141) считает, что важнейшее значение имеет факт имущественной выгоды. А.А. Шамшов (См.: Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества. Саратов,1975, с.23)-сам факт неосновательного приобретения, хотя нельзя игнорировать и психическое отношение к этому факту (См.: его же: Неосновательное приобретение (сбережение) имущества и нетрудовой доход . Саратов: Изд-во университета, 1981, с.31,32).

¹⁹См.: Н.А. Руденченко. Обязательства, возникающие из неосновательного приобретения или сбережения имущества. Автореф. канд. дис. М., 1974, с.7.

²⁰См. там же, с.19. А.А. Шамшов считает, что разграничение этих обязательств зависит от цели: возмещение ущерба и изъятие неосновательно полученного (См.: Обязательства из неосновательного приобретения или сбережения имущества с.32 и сл.). Но ведь и во втором случае нельзя исключать восстановительно-компенсационной цели у потерпевшего.

²¹См.: Смирнов В.Т.Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. - Учебн. пособие. Л.: Изд-во ЛГУ,1983, с.119-122.

²²См.:С.Е.Донцов. Обязательства из неосновательного приобретения имущества и обязательства из причинения вреда. - Советское государство и право, 1974, № 12, с.105,106.

одновременным уменьшением его у другого лица, 2) отсутствие вины или наличие неосторожной вины, 3) меньшая степень противоправности; особым критерий вводится им в отношении ч.4 ст.473 (468) ГК²³. Вряд ли вообще можно говорить о степени противоправности, что же касается первого критерия, то против него можно выставить те же возражения, которые уже выставлялись - увеличение имущества (уменьшение его у другого лица) не исключает причинения вреда, которое, конечно, связано с неосновательным приобретением, что, как было указано, приводит к возникновению обязательства вследствие причинения вреда, если имеется вина причинителя в любой ее форме²⁴.

Как мы видим, в теоретических разработках этого института советскими цивилистами даже не упоминается его квази-договорный характер, а В.А. Рясенцев указал на искусственность этой конструкции, однако в обоснование такого утверждения никаких доводов не привел²⁵. Связь неосновательного приобретения с договорными отношениями позволяет несколько иначе взглянуть на этот вопрос. Больше того, юридически обоснованно в подобных ситуациях, т.е. только при приобретении (сбережении).связанном с договором, признавать не договорный, а именно квази-договорный характер этих отношений, поскольку они возникают в односторонне-волевом порядке, выходят из рамок основного договора²⁶, трансформируя этот договор в новый фактический договор-В нетипичный как бы договор, чаще всего займа. Косвенным образом воля второй стороны выражена в заключении, в результате свободной воли, основного договора. Применение в таком случае отношений займа не только позволяет теоретически обосновать возникновение данного обязательства, но и воспользоваться его нормами (об ответственности при просрочке и т.п.). Однако отсутствие прямого договора не дает, видимо, оснований применить его в полном объеме (например, в отношении формы договора). В этих отношениях отсутствуют элемента квази-деликта, деликтный характер их правильно отрицается, хотя и признается наличие противоправности²⁷. Но совершенно очевидно, что даже при отсутствии связи неосновательного приобретения с договором, о деликте нельзя говорить, коль скоро само обязательство возникает при отсутствии вины. Ничего общего сделанный вывод не имеет с теорией квази-контрактов, к которым относились далеко не всегда случаи приобретения (сбережения),

²³Подробно данный вопрос рассматривает С.Е.Донцов в своей новой работе: Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности. М., Юрид. лит., 1980, 48-70. На учет в данном случае совокупности критериев высказывается и Ю.Х.Калмыков (См.: Имущественные права советских граждан. Саратов. Изд-во ун-тета, 1979, с.124).

²⁴На отсутствие вины, как на отличительный признак этих обязательств указывает и В.А.Тархов (см.: Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973, с.442). Такого же мнения придерживается и В.И.Чернышев (см. указ. раб., с.101).

²⁵См.: В.А. Рясенцев. Обязательства из так называемого неосновательного обогащения, с.87.

²⁶Речь идет о неосновательном приобретении, не являющимся ненадлежащим поведением в существующем правоотношении, о котором говорит Н.А. Руденченко (Указ. автореф., с.21), как о договорном обязательстве.

²⁷См.: В.А. Рясенцев. Обязательства из так называемого... с.91. Н.А. Руденченко. Указ. автореф., 0.5.

связанные о отклонением от договора. Дело, конечно, не в форме, а в существе отношений, в которой несомненно принципиальное различие. Но вопрос касается и формы. "Как бы договор" в предлагаемой конструкции выступает в качестве разновидности нетипичного договора, специфических фактически сложившихся гражданско-правовых отношений. К ст.473 (468) ГК они отношения не имеют. Кстати, недоговорная конструкция по сравнению с "как быдоговорной в указанных случаях никаких преимуществ как в теоретическом, так и в практическом плане не имеет. Может возникнуть опасение, что предлагаемая теоретическая конструкция изменяет коренным образом основание возникновения обязательства по возврату полученного. Однако специфика данного вида нетепличного договора заключается в том, что именно факт неосновательного приобретения или сбережения имущества является основанием для возникновения талого договора по врату полученного или сбереженного. Таким образом указанный нетипичный договор является юридическим выражением обязательства, основанного на факте неосновательного и поэтому недопустимого увеличения имущества за счет другого в связи с отклонением от договора. Но . такое обязательство не возникает только из факта, как это утверждает Н.А. Руденченко. И обязательство вследствие причинения вреда возникает не из одного факта причинения, а вследствие совершенного деликта - правонарушения. В данном же олечае невиновное получение имущества и денежных средств (или их сбережение) позволяет сделать вывод об их фактическом позаимствовании (хотя, естественно, такой цели не было), что и порождает обязательство по их возврату.

18. КЛАССИФИКАЦИЯ НЕТИПИЧНЫХ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Классифицировать нетипичные договоры чрезвычайно сложно. Это вызвано не только их большим разнообразием, но и тем, что нередко в них соединяются различные признаки, которые в совокупности делают их лишь частично сходными друг о другом. Это приводит к определенной громоздкости классификации. Но, видимо, максимальная дифференциация просто необходима, ибо без нее нельзя точно определить место каждого договора и перейти от такой дифференциации к соответствующей унификации.

До сих пор № объединяли нетипичные договор) преимущественно по группам и видам регулируемых ими правоотношений. Но классификация может быть произведена и по признакам нетипичности. При этом № учитываем замечание О.Н. Садикова¹ в отношении усложнения названий нетипичны договоров, данных нами при постановке вопроса о существовании, понятии и разновидностях нетипичных договоров². К категории нетипичных договоров относятся некоторые договоры по

¹См.: Садилов О.Н. Нетипичные институты в советском граждан- сном праве, с.39.

² См.: Указ. статья – Советское государства и право. 1978, №3, с.50

оказанию отдельных услуг личного характера. Среди них есть и такие, в которых соединяются не только различные вида договоров, но, больше того, отношения гражданско-правовые и не гражданско-правовые, однако в своей корреляции, в синтезе они превращаются в гражданско-правовое отношение и подлежат гражданско-правовому регулированию. Но это не просто коррелятивные договоры, в них соединяются разнородные отношения. К числу таких договоров прежде всего относится "зрелищный договор", в котором соединены отношения имущественные и личные отношения по удовлетворению эстетических интересов. Но разнородность их неединственный признак нетипичности. Зрелищный договор, коль скоро он не выделен в самостоятельный вид, подлежит регулированию нормами, относящимися к договору подряда, хотя и с определенными ограничениями, главным образом в вопросе ответственности. К такого рода договорам относятся и договоры родителей с детскими учреждениями, поскольку они направлены не для достижения имущественной цели. Направленность этих отношений - воспитание детей,- т.е. услуги такого личного характера, которые находятся за пределами предмета гражданско-правового регулирования. Но в этом договоре имущественный элемент проявляется более рельефно.

Отношения между администрацией и работником по хранению вещей работников, обычно предусматриваемые в коллективном договоре, являются гражданско-правовыми. Если эти отношения юридически не оформлены, то поскольку обоюдная воля сторон выражается косвенно в трудовом (коллективном) договоре, они "вклиниваются" в отношения негражданские. Такой договор следует признать нетипичным. Назовем его "парадоговором". Аналогичные отношения возникают и между учащимися и учебными заведениями по поводу неоформленного хранения вещей. В них несомненно сходство с соответствующим видом типичного договора, поэтому и применено греческое слово "рага", обозначающее близость, сходство. "Парадоговоры" - наиболее распространенный вид нетипичных договоров, сходных по своему содержанию и структуре с соответствующими гражданско-правовыми договорами. Всех их объединяет наличие косвенно выраженной воли. В большинстве случаев такие договоры не оформляются. Эти два момента и позволяют их отнести к нетипичным договорам. Но все же их различает друг от друга определенная специфика, а также степень близости с типичным договором. Так, большие структурные и другие отклонения приводят к тому, что наиболее отдаленным от соответствующего договора является "квази (как бы) договор". Для характеристики нетипичного договора признак близости к соответствующему договору очень важен, ибо он позволяет применить конкретные правовые нормы и, в сочетании с другими критериями (при наличии их), определить полноту распространения этих норм.

К числу нетипичных договоров необходимо отнести и такие, которые в настоящее время являются лишь относительно-договорными (или, как говорит О.Н.Садиков, незавершенными). Поэтому они объединяются в

группу релятивных договоров (relatives относительный). Эта группа весьма многочисленна. Особое место в числе таких договоров принадлежит отношениям пациентов с медицинскими учреждениями. Эти отношения между юридически равными субъектами иногда даже возмездны, но, как правило, односторонне-волевые, ибо обязанность медицинского учреждения носит общий характер, она основана на законе. После завязки этих отношений, не только возможно, но зачастую и происходит их уточнение и встречное волеизъявление. В отличие от предыдущих договоров - такой договор, который в силу указанных его особенностей является также нетипичным, не носит разнородного характера. В нем имеется прямое волеизъявление, нередко последующее, т.е. частично ретроактивное, двустороннее согласие, надлежащее оформление, хотя очевидно сходство и с негражданинами правоотношениями. Эта последняя черта сближает данный договор с некоторыми предыдущими. С учетом всех указанных специфических особенностей указанный вид договора, видимо, следует классифицировать как относительный - релятивный, незавершенного характера.

Некоторые правоотношения возникают вне связи с волеизъявлением сторон. К числу таких отношений относится обязательное страхование. Очевидным будет в таком договоре примат обязательности, императивности. Но их имущественный характер, участие в них юридически равных субъектов не позволяет сделать вывод об иной их отраслевой принадлежности. К ним относятся и некоторые правоотношения по сдаче тары. Они гражданско-правые, а не административно-правовые, как иногда считали. В то же время обязательства по тарообороту носят акцессорный характер к основному договору, неразрывно связаны с ним, но не являются конгломерированными, а вполне самостоятельными, автономными правоотношением (договором тарооборота). Если сдача тары происходит без специального заключения договора, то возникает лишь подобие договору тарооборота. Особым разнообразием отличаются нетипичные договоры в расчетно-кредитных отношениях. Во многие из них вклиниваются отношения административные - наличие контрольных функций у одной из них - банка. Это предопределяет известную утрату признака юридического

равенства сторон, хотя лишь "известную" утрату, поскольку они полностью не поднимаются до отношений административной подчиненности. Это сложное обязательство, включающее в себя комплекс отношений. Вклинивающиеся в них отношения административные не изменяют их гражданско-правовой природы, но приносят определенную, ярко выраженную специфику. Специфика этих отношений заключается не только в этом, что свидетельствует об их релятивности. Во многих указанных отношениях очевиден комплексный-ассоциативный (сочетательный) характер, поэтому данные договоры следует признать релятивными ассоциативными договорами.

Внимания заслуживают с точки зрения их нетипичного характера правоотношения по услугам связи. Во многих случаях эти разнообразна

договоры носят интегральный характер. В них присутствуют элементы других договоров (экспедиции, перевозки, комиссии, поручения и т.п.) в неразрывной связи. Но в некоторых случаях отдельные договоры об услугах связи как основные, так и сопутствующие нетипичны. Среди них прежде всего нужно отметить такие, когда адресат вступает с организациями связи в отношения по доставке ему корреспонденции, при отправке простой корреспонденции при помощи почтового ящика - публичной аферты. За нарушение последних отношений обычно не применяется ответственность.

К числу нетипичных договоров относятся и договоры о третьими лицами. Их три вида. Первый вид - существующие параллельно с договором между основными контрагентами ("транзитные" договоры). Природу таких отношений лучше всего объясняет нетипичный договор, согласно специфики которого к его субъектам не всегда применяется в полном объеме прямая ответственность, хотя за применение полной ответственности, поскольку возникшие отношения вполне правомерны и достаточно определенно выражены как договорные, высказываются в настоящее время многие ученые. Вторым видом договоров с третьим лицом является договор грузополучателя с конечным предприятием перевозчика. Основанием его существования является наличие договора на отправку груза и возложение исполнения первоначальным переводчиком на все последующие звенья. Этот договор регулирует лишь часть перевозочного процесса. С третьим видом этих договоров мы встречаемся при оказании услуг учреждениями связи. Заключение договоров на отправку корреспонденции и посылок переносит нередко права на третьих лиц - адресатов. Такой договор в пользу третьего лица также носит аномальный характер. Он имеет примат обоюдного (хотя и не всегда) волеизъявления (с учетом интереса адресата). В "конклюдентном" договоре воля субъектов выражена наиболее рельефно - в результате совершения конклюдентных действий (приема продукции, ее оплаты и т.п.). Нетипичность этому договору придает отсутствие оформления - аформальный характер. И это существенно. Такого рода договоры не должны лишаться правовой защиты, но правовое регулирование применяется к ним с определенными ограничениями. Существуют аформальные договоры, заключенные в иной форме, чем это требует закон. Понимание таких отношений нетипичными объясняет фактическое их признание и в то же время ограничения в правовой защите.

Целую группу составляют нетипичные трансформированные договоры. Это, прежде всего, возникающие из фактического владения, причем ретроактивно (например, с момента установления владельца). Конструкция нетипичного трансформированного ретроактивного договора дает возможность применить в определенной мере норма договора найма. Правомерна постановка вопроса и о наличии трансформированного договора найма из факта заведенного владения между государственными органами и незаконными владельцами в случае принятия этого имущества (речь, конечно, идет не о любом имуществе) государством в лице соответствующих органов. Распространенным случаем возникновения нетипичных

трансформированных отношений являются договоры при допущении просрочки в принятии исполненного. Эти отношения действуют обычно временно, они не оформляются, воля в них выражена косвенным или односторонне прямым образом, поскольку заключен основной договор. Это позволяет говорить о трансформированном пара-договоре. Чаще всего такой договор близок к договору хранения, но иногда он и близок к договору найма. Аномальности этого договора проявляется не только с точки зрения его формы, но и с точки зрения его содержания. Так, ответственность применима только за умысел и грубую неосторожность, применяется и специальное регулирование в определенной части и т.п. Косвенным образом выражается воля сторон на возникновение ответственного хранения при отклонении от условий основного договора в самом этом договоре, а поставщик, допустивший неправильную поставку, осознает возникновение отношений по ответственному хранению. Но эти отношения специально не оформляются, а возникают из факта нарушения и факта отказа от приемки продукции и ее оплаты. Этот трансформированный договор также является парадоговором хранения с распространением на него как специальных норм по ответственному хранению, так и норм договора хранения с ослаблением ответственности (кроме случаев использования продукции). Трансформированный парадоговор найма возникает между собственником дома и бывшим членом его семьи (супругом), который продолжает проживать в этом доме.

Большую группу нетипичных договоров составляют договоры близкие (сходные) с типичным договором. К ним следует отнести ДОГОВОРОМ займа в основном договоре денежного вклада. Следует признать такими договорами и акцессорные отношения по хранению в гостиницах, санаториях и других аналогичных учреждениях. Условия основного договора (найма, договора оздоровления и отдыха) предусматривают предоставление помещения и безусловно не могут исключить нахождение в этом помещении вещей. Выражение воли этих организаций на хранение указанных вещей очевидно, как и граждан, оставляющих эти вещи. Но дело в том, что вещи могут быть и не оставлены, а сданы, например, в камеру хранения, унесены с собой и т.п. Поэтому и нет конкретного волеизъявления на возникновение отношения по хранению вещей, оно выражается косвенным образом при заключении основного договора в случае наступления факта - оставления вещей в отведенном помещении. Наибольшее место и в этой группе занимают парадоговоры, как, например, договор на распространение периодических изданий. Такие же отношения вытекают и из договора почтовой доставки - при доставке различного рода отправок в другой населенный пункт, ответственное хранение в силу отгрузки без согласия получателя. Со стороны грузоотправителя имеется прямое волеизъявление на отгрузку, но, обычно, косвенное на возникновение отношений по хранению. Это отношение вклинивается в основной договор и не оформляется соответствующим образом, если не считать извещения получателя. Аналогичные договорные отношения возникают вообще во всех случаях ответственного хранения, в

том числе и когда такое хранение вызвано нарушением условий договора со стороны контрагента. Само собой разумеется, что ответственность хранителя должна быть ослаблена. Парадоговорные отношения возникают и при просрочке принятия исполнения, но в подобных случаях они характеризуют трансформированный договор, хотя трансформация основного договора, как правило, происходит именно в парадоговор. Парадоговоры кредита возникают в связи с разрывом во времени между передачей ценностей и расчетом за них. Это фактические отношения займа - акцессорные и нетипичные, ибо на них воля выражена косвенно, а сам договор не оформлен. При аренде транспортных и других средств (например, строительных машин) с обслуживающим персоналом в основном договоре найма возникает парадоговор подряда. Наоборот, в договоре фрахтования судна с экипажем мы встречаем парадоговор (с элементами найма) в соответствии с косвенно выраженным волей сторон в основном договоре.

Само по себе наличие договора поставки или какого-нибудь другого договора между грузоотправителем и грузополучателем не должно расцениваться как согласие на заключение договора перевозки в пользу грузополучателя, тем более, что встречаются случаи неправильной отгрузки, с отклонением от указанных договоров. Однако в этих договорах несомненно присутствует согласие на их исполнение путем отгрузки, а значит налицо косвенное выражение воли на заключение от имени грузополучателя договора перевозки. Такое косвенное выражение воли означает дачу поручения на заключение указанного договора, что позволяет сделать вывод о наличии в данном случае парадоговора поручения. В некоторых видах перевозки установлена ответственность перевозчика за целостность ручной клади. Волеизъявление сторон об этом выражается в заключении договора перевозки пассажира, в допуске его с ручной кладью. Эти отношения охватывают весь процесс перевозки, поэтому в данном случае следует признать наличие парадоговора перевозки (это относится прежде всего к морской). В процессе перевозки может возникнуть и парадоговор хранения между перевозчиком и пассажиром на основании выраженной воли в договоре перевозки и воли на оставление вещей под сохранность. Парадоговорными являются и отношения с членами семьи в договоре найма жилого помещения. Важным с практической точки зрения является признание нетипичного договора при фактическом, не оформленном найме помещения, но такого рода отношения в большей степени отдалены от типичного договора, поэтому они являются лишь подобными ему (конформными). К этой группе относятся "как бы договоры" (квази-договоры). В юридической литературе в качестве квази-контракта признавалось ведение дел без поручения и представительство без полномочий. Действительно, при соблюдении определенных условий предпринимающий ведение чужих дел фактически действует как представитель. При выходе из полномочий налицо действия вопреки воле, но все же можно утверждать, что воля доверителя выражена была в выборе представителя, фактическое действие вопреки воле позволяет признать

наличие квази-договора. При ведении чужих дел без поручения так же возникает как бы представительство, поскольку воля доверителя вообще отсутствует. Квази-договор в этих случаях признается лишь при наличии условий, позволяющих вести чужие дела и основывается на презумпции последующего одобрения. Выше нами обосновывается связь неосновательного приобретения или сбережения имущества не только с внедоговорными, во и с договорными отношениями, что позволяет сделать вывод о наличии и квази-договорных отношений с учетом односторонне-волевого их возникновения и выхода из рамок основного договора. Этот квази-договор латентно существует в виде элемента данного обязательства, позволяя дополнить не только теоретический аспект требования о возврате средств (ценностей), но и усилить практическую его действенность. Его признание может быть объяснено исключительно разрабатываемой советской теорией нетипичных договорных отношений.

Итак, исходя из нетипичных признаков, можно дать следующий перечень таким договорам:

- I. Договоры разнородные;
- II. Релятивные (относительные) и неправильные договоры;
- III. Договоры с третьими лицами, в том числе "транзитные" договоры.
- IV. Конклюдентные договоры;
- V. Анормальные договоры;
- VI. Трансформированные договоры;
- VII. Договоры близкие (сходные), в том числе парадоговоре, конформные и квази (как бы) договоры.

X X X

Наличие в советском праве нетипичных договорных отношении реальным факт. Это требует их глубокого изучения, разработки теории нетипичных правоотношений, совершенствования законодательства и практики его применения. Это требует и включения указанных договоров в учебную программу, раскрытия их содержания, их специфики при подготовке специалистов.

19. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ДЛЯ СТУДЕНТОВ

Данное Учебное пособие преследует цель дополнить знания студентов по ряду разделов курса гражданского права. Поэтому оно предполагает освоение студентами таких разделов гражданского права как общее учение о договорах, договоры поставки, хранения, перевозки, комиссии, имущественного найма, жилищного найма, институтов неосновательного приобретения или сбережения и представительства. Учебное пособие даст возможность углубить знания по указанным разделам, изучить указанные договоры и институты в особом аспекте, получать всестороннее представление о них. Студенты должны пользоваться данным пособием в сочетании с основной учебной литературой, а на семинарских занятиях

давать ответы на приведенные ниже контрольные вопросы. При этом очень важно проводить сравнение нетипичных отношений с соответствующими типичными договорами, что позволит выявить встречающиеся в практике специфику и аномалии. Учебное пособие может быть и в аналогичном плане использовано в спецкурсах. Кроме того оно может быть основной базой для самостоятельных спецкурсов и спецсеминаров: "Нетипичные договоры в гражданском праве", "Правоотношения по оказанию бытовых услуг гражданам", "Личные правоотношения, связанные с имущественными" и пр.

Новый аспект гражданских правоотношений позволяет по указанным договорам подготовить различные сообщения, доклады, курсовые и дипломные работы. Примерная их тематика приводится ниже. При этом, однако, нужно иметь в виду, то, что студенты должны широко использовать имеющуюся литературу по соответствующим договорам и институтам, практику. Давая анализ практическим примером, необходимо суметь выявить их специфику, их особенности, позволяющие применить конструкцию нетипичных отношений.

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

1. Каково значение нетипичных договорных отношений?
2. Дать понятие и виды смешанных договоров.
3. Как выражается воля в договоре?
Что означает "косвенное" волеизъявление?
5. В чем заключалась суть дискуссии о наличии или отсутствии договора в некоторых правоотношениях?
6. В чем суть буржуазных концепции квази-контрактов?
7. Дайте понятие нетипичных договорных отношений.
8. Дать характеристику признаков нетипичности.
9. Каково влияние формы на действительность договора?
10. Как понимать фактический - "конклюдентный" договор?
11. Какова взаимосвязь изготовитель-получатель?
12. В чем суть так называемого "транзитного договора"?
13. В чем заключается спор между цивилистической и административной концепциями на отношения граждан с социально-культурными учреждениями?
14. Каковы отношения между гражданами и зрелищными предприятиями?
15. Какова отраслевая принадлежность отношений по медицинскому обслуживанию граждан?
16. В каких случаях мы встречаемся с элементом кредита в гражданских правоотношениях?
17. В чем заключается нетипичность в правовой природе отношений по вкладу в сберкассу?
18. В чем проявляется специфика в договоре банковской ссуды?
19. В чем особенности договора банковского счета?
20. Возникают ли нетипичные отношения при страховании?
21. В чем специфика отношения по услугам связи?
22. Какие возникают фактические договоры с предприятиями связи?
23. В чем заключается юридическая природа тарооборота?
24. Дайте понятие нетипичного договора на возврат (сдачу) тары и объясните в чем проявляется его нетипичный характер.
25. Каковы возможности взыскания средств за пользование имуществом, находящимся в фактическом владении, при виндицировании вещи.
26. Какова судьба заданного имущества?
27. В чем суть дискуссии о приобретательской давности и о презумпции государственной собственности?
28. Какова отраслевая принадлежность правоотношений по хранению вещей рабочих и служащих?
29. Каковы связи просрочки получения вещей и их хранения?
30. Возникает ли нетипичное хранение при просрочке получения груза?
31. Есть ли связь досрочного исполнения договора с фактическим хранением продукции?

32. Какие организации, по какому принципу включаются в ст.429 ГК КЖР (ст.425 ГК Тадж. ССР) ?
33. Какое основание ответственности указанных организаций за пропажу вещей?
34. В чем суть дискуссии о повышенной или обычной ответственности указанных организаций?
35. Дайте характеристику правоотношению по оздоровлению и отдыху человеку.
36. Охарактеризуйте последствия несоответствия фактических отношений подлинным намерениям субъекта.
37. Какова природа отношений наймодателя о членами семьи нанятого? Каковы фактические отношения жилищного найма с бывшим членом семьи?
38. В чем суть дискуссии о правовом положении грузополучателя?
39. Как применяется конструкция нетипичных отношений к правовому положению грузополучателя?
40. Каково место промежуточных предприятий перевозчика в договоре перевозки?
41. В чем суть нетипичных отношений хранения багажа и ручной клади?
42. В чем заключается нетипичное представительство?
43. Дайте теоретическое обоснование конструкции как бы договора.
44. В чем суть договорного и внедоговорного неосновательного приобретения имущества?
45. В чем заключается разграничение обязательств из неосновательного приобретения и из причинения вреда?
46. Приведите основную классификацию нетипичных договоров.

ТЕМАТИКА докладов, рефератов, курсовых работ

1. Смешанные договоры в гражданском праве.
2. Договор как волевой акт сторон.
3. Понятие и признаки нетипичных договоров в гражданском праве.
4. Оформление договора и его действительность.
5. Возложение исполнения на 3-е лицо.
6. Изготовитель продукции и его правовое положение.
7. Договоры услуг с приматом личного характера.
8. Правоотношения между гражданами и медицинскими учреждениями.
9. Кредитный элемент в гражданских правоотношениях.
10. Договорные отношения по вкладу в сберегательную каосу.
11. Специфические особенности договора банковской осуди.
12. Договор банковского счета и его особенности,
13. Нетипичные договоры по отправке - вручению почтовой корреспонденции.
14. Понятие тарооборота и его характеристика.

15. Фактическое владение.
16. Ответственное хранение.
17. Отношения по хранению имущества, просроченного получением.
18. Ответственность гостиниц, домов отдыха и других аналогичных организаций за несохранность вещей.
19. Правоотношения с членом семьи нанимателя.
20. Правовое положение грузополучателя.
21. Ведение чужих дел без поручения.
22. Неосновательное приобретение в рамках договора.

ТЕМАТИКА дипломных работ

1. Специфические особенности в регулировании отдельных гражданских правоотношений.
2. Договоры с возложением исполнения на третье лицо и договоры в пользу третьего лица.
3. Договоры по оказанию услуг личного характера.
4. Личные правоотношения в гражданском праве, связанные с имуществом.
5. Сущность и специфика отношений по кредиту и расчетам.
6. Нетипичные отношения по хранению.
7. Акцессорные обязательства хранения.
8. Участники договора перевозки.
9. Ведение дел без поручения как нетипичное договорное представительство.
10. Неосновательное приобретение или сбережение имущества.

СОДЕРЖАНИЕ

В в е д е н и е

1. Понятие нетипичных договорных отношений - - - - -
2. "Конклюдентные" и "транзитные" договоры - - - - -
3. Нетипичные договоры по оказанию услуг личного характера - -
4. Нетипичные отношения по кредиту и расчетам - - - - -
5. Нетипичные правоотношения по услугам связи - - - - -
6. Нетипичные "императивные" договоры - - - - -
7. Нетипичные отношения из фактического владения - - - - -
8. Нетипичный договор хранения как дополнительное
обязательство к негражданским правоотношениям - - - - -
9. Трансформированный нетипичный договор при просрочке - - - - -
10. Нетипичные договорные отношения по ответственному
хранению - - - - -
11. Акцессорные обязательства хранения - - - - -
12. Нетипичные фактически складывающиеся отношения - - - - -
13. Нетипичные отношения жилищного найма - - - - -
14. Участники нетипичных отношений перевозки - - - - -
15. Нетипичные договоры при перевозке багажа и ручной клади-
16. Нетипичное договорное, представительство- - - - -
17. Нетипично-договорные отношения при неосновательном
приобретении или сбережении имущества - - - - -
18. Классификация нетипичных договорных отношений- - - - -
19. Методические рекомендации для студентов- - - - -

Подписано в печать 6/11-1984 г. КЛ 02671
Заказ 44. Тираж 500. Печ.д.ф.60x84/16-8
Уч.-изд.л. 5. Цена 75 коп.
Ротапринт ТТУ. Душанбе, ул. Лахути, 2.

МИНИСТЕРСТВО НАРОДНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
ТАДЖИКСКОЙ ССР

ТАДЖИКСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
им. В. И. ЛЕНИНА

В. А. ОЙГЕНЗИХТ

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЛИЦО И ТРУДОВОЙ
КОЛЛЕКТИВ: СУЩНОСТЬ. ПОВЕДЕНИЕ.
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

(Учебное пособие)

ДУШАНБЕ–1988

УДК: 347.19+347.51+331.1

ОЙГЕНЗИХТ В.А. Юридическое лицо и трудовой коллектив:
Сущность. Поведение. Ответственность.
Учеб, пособие. – Душанбе, 1988. 116с.

В работе анализируются теоретические концепции соотношения понятий: предприятие, юридическое лицо, трудовой коллектив, администрация. В ней раскрывается сущность этих категорий, подвергаются критике антисубстративные конструкции юридического лица. Анализируются механизм поведения предприятия, условия и понятие ответственности юридического лица, феномен его вины.

Учеб, пособие написано с учетом Закона о государственном предприятии (объединении), теоретически обосновывается расширение прав юридического лица, подразделений объединения, трудовых коллективов.

Для студентов юридических и экономических факультетов, научных работников, преподавателей и всех интересующихся современными теоретическими проблемами советского гражданского и трудового права.

Рецензенты: академик АН Тадж ССР, доктор юридических наук,
профессор С.А. Раджабов; доктор юридических
наук, профессор О. У. Усманов.

Отв. редактор: доктор юридических наук М. И. Клеандров

© Таджикский госуниверситет, 1988

ВВЕДЕНИЕ

С 1 января 1988 г. вошел в силу Закон о государственном предприятии (объединении). В Законе—одном из основных актов перестройки радикальным образом расширяются права предприятий и их трудовых коллективов, в то же время предусматривается усиление их ответственности. Этот Закон (М.: Изд-во «Известия» 1987) определяет правовое положение основного производственного звена, он предусматривает демократизацию управления, активизацию человеческой личности [5.—С. 55]. Демократизация означает, что решение многих вопросов передается нижестоящим звеньям, трудовым коллективам. Говоря об огромной роли трудового коллектива М. С. Горбачев отметил, что необходимо увеличить круг проблем, по которым решения трудового коллектива являются окончательными, осуществление предприятиями своих прав, внедрение хозрасчета приобретают реальное содержание только при возрастании активности человека [3.- С. 59].

Закон о государственном предприятии дал ответ на многие дискутировавшиеся проблемы, в том числе и о правовом положении предприятий, объединений, их структурных единиц, трудового коллектива, о существовании юридическое лица и т. п. Но вместе с тем этот Закон перед теорией права выдвинул новые проблемы]. Многие спорные положения в настоящее время обострились, требуют осмысления, решения. Одной из таких проблем является соотношение предприятия и трудового коллектива, допустимость их отождествления. В Законе такого отождествления нет. Различие между ними проводится в ряде высказываний государственных и партийных деятелей. Так, например, можно сослаться на слова М. С. Горбачева о том, что ныне разработка планов «будет начинаться с предприятий, с трудовых коллективов» [4.—С. 88]. Но, несмотря на это, в теоретических работах, в некоторых нормативных актах, в периодической печати существует путаница, смешение понятий. В этом необходимо разобраться, как разобраться с отдельными положениями существующих взглядов на юридическое лицо, на само понятие этой категории, на человеческий субстрат юридического лица. Нужно, наконец, понять является ли юридическое лицо субъектом правоотношений или чем-то иным. Должна быть дана и теоретическая конструкция расширению прав структурных единиц.

Много неясных положений в понимании поведения предприятия, соотношения воли членов трудового коллектива с волей всего трудового коллектива, с волей предприятия. Очень важным является правильный подход к пониманию ответственности юридических лиц. Но в этом вопросе много противоречивых суждений, коллизионных взглядов на вину юридического лица, на условия применения к нему ответственности. Все изложенное предопределило обращение автора к этим, связанным в клубок, острым и спорным проблемам.

Работа носит теоретический характер. Не все выводы, естественно, можно будет принять за окончательное и бесспорное решение, за истину в

высшей инстанции. Право на мнение—это особая заслуга современного периода гласности и развивающейся демократии. Именно так автор и просит рассматривать данное исследование.

Но эта работа преследует прежде всего учебную цель. В условиях обновления и постоянно меняющегося законодательства, коренной его перестройки, возникновения новых проблем в период радикальных изменений экономики необходимо оказать помощь студентам как юридического, так и экономического профиля в овладении знаниями на современном уровне, тем более, что учебная литература не успевает за происходящими изменениями. Но и это не самое главное. Важно дать студентам глубокие теоретические знания при изучении основных и специальных курсов. Правильно отмечается, что гражданское право—сложная отрасль знаний по содержанию и своеобразию проблем, которые должен изучить студент. Недопустимо становиться на позицию упрощенства, уклонения от сложностей, от острых проблем. Мы должны нацеливать студентов на будущее. Перестройка высшей школы требует привития студентам творческого подхода к изучению предметов, к решению практических задач. Внимание должно быть сосредоточено на раскрытии фундаментальных проблем науки, основных ее категорий в динамическом развитии, на методологии. Нужно направлять усилия не на простую информацию о законодательстве, а на базе этой информации—на изучение права, теоретических положений [35.—С. 67–70], глубокое знание которых позволит более свободно ориентироваться в практике. На углубление теоретических знаний, привитие интереса к творческому освоению предмета и направлена данная работа. Поэтому она носит не только научно-исследовательский характер, но прежде всего является пособием для глубокого изучения сложных правовых проблем, для выработки навыков исследовательской деятельности, аргументирования позиции, ведения дискуссий, что особенно важно для будущего юриста.

1. СУЩНОСТЬ

Долгое время пытались найти людской субстрат юридического лица, тех конкретных людей, которые стоят за этим лицом, причем вопрос о его сущности нередко излишне теоретизировался, хотя признать правильным нигилистическое отношение к данной проблеме нельзя [135.–С. 30–31]. Полагают, что следует учитывать при выявлении сущности юридического лица весь комплекс связей, в том числе между органом, коллективом и отдельными членами организации. При этом обращается внимание на необходимость более глубокого осмысления роли трудового коллектива, который стоит за фигурой юридического лица [135.–С. 32–33]. К этой теории вновь обращаются ученые с позиции нового законодательства, хотя у нее, как указывалось, немало противников и, прежде всего, субстративной концепций. Нельзя не отметить правильного подхода к пониманию сущности юридического лица тех ученых, которые считают, что ошибочным является ограничение понимания его сути только как системы существенных связей, как организации, обладающей совокупностью признаков и отрицание необходимости дальнейшего исследования с точки зрения цивилистической науки. Правильно то, что сегодня следует признать: за фигурой юридического лица стоит новый социальный организм–трудовой коллектив (135.–С. 33–34). Нельзя не отметить и того, что указывается на перспективность исследования «коллективизации» юридического лица, показанной в некоторых работах. Если рассматривать трудовой коллектив исключительно как субстрат юридического лица, то всякие сомнения отпадают. Но в том-то и дело, что трудовой коллектив не ограничивается ролью субстрата. Более того, он не сливается с самим юридическим лицом, а, выступая в качестве его субстрата и определяя его поведение, является в то же время субъектом права, в частности–трудового (в целом или в составных его частях–рабочих и служащих, коллективов предприятий). Означает ли это, что цивилистическое исследование субстрата юридического лица бесперспективно? Прежде всего поведение юридического лица, определяемое трудовым коллективом, результат такого поведения–это проблемы цивилистические. Кроме того в настоящее время индивидуализация исследования, одноотраслевой замкнутый подход далеко не всегда результативны, да и просто возможны. Необходимы комплексные исследования, на стыке различных отраслей права, да и не только права. Именно такой характер исследования позволяет раскрыть сущность категории юридического лица. Кстати, справедливо указывается на то, что проблема коллективного субстрата юридического лица–теория коллектива не замыкается только в плане гражданского права [132.–С. 195].

Признание трудового коллектива самостоятельным субъектом, отличным от самого предприятия существовало в юридической литературе, но встретило критику. Так, Р. О. Халфина в качестве возражений указывает на единство предприятия как юридического лица, на то, что трудовой коллектив формируется и действует в неразрывной связи с функциями

предприятия, вне которого нет трудового коллектива. Но и само предприятие не может существовать без трудового коллектива. Коллектив всегда выступает как коллектив данного предприятия и сформирован на выполнение его задач [132.–С. 196]. Против указанного единства, конечно, возражений нет, предприятие немислимо без трудового коллектива, как и данный трудовой коллектив вне данного предприятия. Материальным субстратом юридического лица являются его рабочие и служащие. И все же, когда речь идет о них или даже в целом о коллективе как о субъектах права и о юридическом лице как о субъекте права они выступают в разных качествах, в разных сферах—субъектами обычно различных правовых отраслей. Но это отнюдь не означает отсутствия единства, отрыва коллектива от предприятия, противопоставления их. В этом смысле абсолютно правильно утверждение: юридическое лицо—это коллектив, объединенный им. Такое утверждение правильно прежде всего потому, что в качестве юридического лица всегда выступает предприятие, объединение, организация. Это непосредственно вытекает из ст. 11 Основ гражданского законодательства и не требует дополнительных доказательств. Непременным же условием производства, без которого оно невозможно, является личный фактор, т. е. работники предприятия [148.–С. 23] или, как ныне принято,—человеческий фактор. Поэтому не вызывает сомнения то, что в качестве юридического лица выступает обладающее определенными признаками предприятие как организованный коллектив рабочих и служащих [28.–С. 59]. Как отмечает В. С. Якушев, с одной стороны, работник является контрагентом предприятия, заключая с ним трудовой договор, с другой стороны, факт заключения договора приводит к тому, что этот работник становится элементом самого предприятия и его деятельность в ходе выполнения обязанностей становится деятельностью самого предприятия (исполнение обязательств предприятием и т. п.) [148.–С. 25]. Против этого нет никаких возражений. Действительно, рабочие и служащие выступают контрагентами предприятий, /г. е. самостоятельными (а в некоторых случаях—коллективными) субъектами трудовых отношений. Видимо, бесмысленно считать их находящихся в правоотношениях с самими собой. Включаясь в предприятие в качестве его элемента, рабочие и служащие включаются в деятельность предприятия, в его производительные силы, но это отнюдь не означает, что рабочие и служащие становятся элементом юридического лица как субъекта гражданского права. Работники предприятия, трудовой коллектив в качестве составной и неотъемлемой части предприятия выступают и как особая его часть—самостоятельный субъект трудовых отношений. Но вот, что важно. Рабочие и служащие, трудовой коллектив являются элементом предприятия, объединения, организации, структурных подразделений, определяющим их поведение, в том числе и как юридических лиц в гражданских правоотношениях. Это важнейшая функция трудового коллектива.

В. С. Якушев прямо ставит вопрос: следует ли считать коллектив предприятия самостоятельным образованием, нужно ли признавать то, что коллектив и само предприятие разные категории? Проведенный им анализ

экономической литературы шестидесятых–начала семидесятых годов приводит к выводу о наличии противоречивых концепций. Одни авторы утверждали о различных интересах предприятия и коллектива, другие стояли на позиции отождествления коллектива и предприятия. Разграничивали эти категории и некоторые юристы, хотя и указывали на то, что коллектив стоит за предприятием. В. С. Якушев решительно присоединяется к точке зрения о сохранении самостоятельности вещественного и личного факторов. Обосновывается самостоятельность коллектива прежде всего особыми интересами. Автор прав, несомненно, в том, что трудовой коллектив сохраняет свою самостоятельность, несмотря на то, что выступает в качестве органической части предприятия. Оба явления имеют свой статус [148–С. 26–30]. «Коллектив предприятия и предприятие–разные явления» [148.–С. 235]. Как следует из Закона о трудовых коллективах, функции трудового коллектива¹ выходят за рамки предприятия. Уже это одно говорит не в пользу отождествления этих категорий. Не вдаваясь в проблему представительства коллектива, поскольку и администрация представляет трудовой коллектив, следует согласиться с тем, что она не представляет коллектив» в экономических связях, к тому же она является частью коллектива. Поэтому недопустима подмена предприятия категорией коллектива.

Выше мы с пониманием отнеслись к высказыванию основоположника «теории коллектива» А. В. Венедиктова о том, что юридическое лицо, как особый вид предприятия представляет собой организованный трудовой коллектив. Но такое понимание юридического лица, на наш взгляд, отнюдь не означает отождествления предприятия с коллективом, хотя подобный вывод все же в какой-то мере напрашивается из указанного высказывания. Поэтому оно вызвало упрек тех ученых (Б. Б. Черепяхин, В. С. Якушев и др.), которые, признавая человека в юридическом лице, выступают решительно против отождествления юридического лица с людским составом. : Правильно ли высказывание А. В. Венедиктова о том, что коллектив рабочих и служащих участвует в гражданском обороте через признание за госорганом прав юридического лица? [28.–С. 670]. Несомненно, ибо понимать его совсем не обязательно следует так, что сами рабочие и служащие непосредственно участвуют в гражданском обороте (в отдельных случаях это не исключается). Коллектив, естественно, не только связан с гражданским оборотом своего предприятия, заинтересован в нем, на этот оборот направлена деятельность коллектива,¹ причем соответствующие работники в осуществление этого оборота совершают определенные фактические и юридические действия. Но из этого высказывания все же следует вывод о непосредственном участии в качестве субъекта возникающих правоотношений юридического лица. А. В. Венедиктов полагал, что рабочие и служащие госпредприятий (госучреждений) не имеют прав на имущество и не участвуют в осуществлении правомочий по распоряжению им, в том числе и в смысле совершения гражданско-правовых сделок. Критикуя этот вывод, как не обладающий достаточной ясностью, С. Н. Братусь указывает на то, что А. В.

Венедиктов признает правомочие по распоряжению за руководителем госпредприятия от имени последнего. Отсюда сделан вывод о том, что если руководитель действует как орган юридического лица, то правомочие принадлежит юридическому лицу или иначе—организованному коллективу рабочих и служащих. Данный вывод признается недостаточно аргументированным [24,—С. 107]. Но он все-таки подтверждает различие между трудовым коллективом и госпредприятием. Не изменяет этого положения и связь: орган юридического лица— юридическое лицо—коллектив. Орган не может быть отождествлен с коллективом, который не противостоит администрации, а составляет с ней единое целое. Можно, конечно, утверждать то, что действия органа являются действиями самого юридического лица, хотя вряд ли такое утверждение приемлемо, но, какие бы мы ни делали логические связи отождествление органа, т. е. части коллектива со всем коллективом логический нонсенс.

Подвергался критике также вывод, защищаемый сторонниками «теории коллектива», о возможности коллектива в разных общественных отношениях выступать в разных лицах: как общественная и как государственная организации, что фактически «удваивает» коллектив. Был сделан вывод о том, что коллектив выступает на наших предприятиях только как общественная организация, даже если понимать его в виде особой организации, не состоящей из членов. В противном случае получается, что коллектив сам с собой должен заключать коллективный договор на предприятии, сам с собой разрешать трудовые споры [126.—С.—67—69]. Ю. К. Толстой решительно возражает против неотделимости коллектива от госоргана, против признания его носителем юридической личности госоргана. В качестве слабых сторон такого подхода ученый называет его несовместимость с принципом единоначалия, с осуществлением правомочия распоряжения в сфере обращения. К этому он добавляет и то, что владение и пользование имуществом осуществляется отдельными работниками, получившими его для осуществления своей деятельности, а не коллективом. При этом институт юридического лица воздействует не на поведение коллектива как такового, а на поведение каждого работника, как стороны в трудовом договоре [126.—С. 69—73]. В указанных рассуждениях справедливо то, что коллектив не должен отождествляться с юридическим лицом. Но, руководствуясь новым законодательством о трудовых коллективах, об их роли и функциях, недопустимо сведение коллектива только к общественной организации. Трудовой коллектив—это и отдельные работники, и коллективы структурных подразделений, и коллектив предприятия в целом. Он наделен различными полномочиями, даже выходящими за рамки предприятия, он определяет поведение и администрации, и самого юридического лица. Администрация также является частью трудового коллектива, выполняющей определенные функции. Неотождествление коллектива с юридическим лицом отнюдь не противоречит субстративному пониманию последнего. Не превращает юридическое лицо в исключительно передаточный механизм во взаимоотношениях с третьими лицами. Дело в том, что это разграничение

происходит в пределах гражданских правоотношений, а поведение субъекта этих отношений предприятия – юридического лица целиком и полностью определяется трудовым коллективом в узком и широком его понимании. Собственно говоря и теория директора отождествляет юридическое лицо с его органом в лице конкретных членов коллектива–администрации. Особую позицию в рассматриваемом вопросе занял Б. Б. Черепяхин, который примыкает фактически к теории коллектива, хотя и отрицает вообще субстрат юридического лица. Но он признает, что деятельность предприятия воплощается в действиях работников, с которыми связывается дееспособность юридических лиц (138–С. 43–50]. Вместе с тем автор полагает, что «теория коллектива» фактически заменила понятие «юридическое лицо» понятием «коллектив». Опасение подобного отождествления можно понять и оно иногда проявляется, например, в понимании вины, но, как указано выше, из самого понятия юридического лица, даваемого представителями этой теории, такое отождествление прямо не вытекает.

«Теория социальной реальности» в понимании юридического лица не отождествляет его с коллективом, но при этом «выплескивается и ребенок», ибо эта теория вообще отрицает какой-либо субстрат, а по существу–человеческий фактор в юридическом лице. Это характеризует высказывания С. И. Вильнянского и Д. М. Генкина [113–С. 111, 116]. С. И. Вильнянский признавал бесплодность попыток в постановке вопроса о существовании человека за фигурой юридического лица [114–С. 116]. Но эти авторы так и не дали ответа на вопрос: что это за социальная реальность, что ее характеризует. Более того, не отождествляя юридическое лицо с коллективом, приверженцы данной конструкции фактически противопоставляли их. В этой теории встречаются и противоречия, например, высказывание о том, что волю организации выражают живые люди. Но вот, кто формирует волю организации, остается неизвестным, к тому же воля заключается в психическом регулировании поведения, а такого рода регулирование присуще только лицу, обладающему психикой, т. е. человеку, коллективу людей.

В последние годы активную антисубстративную позицию о сущности юридического лица занял О. А. Красавчиков, поддержавший «теорию социальной реальности». Мы уже отмечали отношение к этой нигилистической концепции саратовских цивилистов. В дополнение к сказанному отметим, что О. А. Красавчиков обвинил приверженцев «теории коллектива» в том, что объявленный ими субстрат–коллектив, стоящий якобы «за» юридическим лицом «оказывается на теоретической авансцене в роли юридического лица». По его мнению, никакой «предлог» не освобождает от раскрытия сущности данной категории, ибо никаких оснований для отождествления организации с коллективом нет. К тому же нельзя замещать общественные отношения людей самими людьми, субстрат должен быть в социальных связях. [52.–С. 48–49]. О. А. Красавчиков считает, что правильному определению юридического лица способствовало

бы как раскрытие существа социальной реальности представителями этой концепции, так и определение понятия «коллектива» представителями последней концепции. Он полагает, что из ст. 11 Основ вытекает признание в качестве юридического лица организации, сущность которой не сумма индивидов, а связи и отношения, в которых люди находятся, объединяясь в «структурно и функционально дифференцированное социальное целое» [52.–С. 50–52]. Совершенно непонятно, на каком основании следует понимать организацию, указанную в ст. 11 Основ, не как определенное социальное образование, а как систему связей между чем-то. Ни грамматическое, ни логическое толкования к такому выводу не приводят. В этой статье говорится: «Юридическими лицами признаются организации, которые обладают обособленным имуществом...» и т. д. А затем прямо перечисляются организации–юридические лица. О каких связях здесь идет речь? Связи не могут обладать имуществом, приобретать права и нести обязанности, быть предприятиями и другими образованиями. Что же касается связей и отношений в указанных образованиях, в том числе и между членами трудовых коллективов, то они несомненны. Система взаимосвязей, безусловно, присуща юридическому лицу. О. А. Красавчиков и в последующем ссылается на то, что законодатель сознательно не воспринял субстративные теории юридического лица и определяет его сущность «через категорию организации», как социальную реальность, как систему взаимосвязей. Он высказывается против каких-либо попыток очеловечивания юридического лица, считая, что трудовой коллектив–это только один из компонентов политической системы [53.–С. 17, 20]. О произвольном толковании ст. 11 Основ мы уже говорили. Не убеждает понимание трудового коллектива, его функций. Правда, правильно обращается внимание на ошибочность отклонения от цивилистического подхода к категории юридического лица. В этом смысле мы согласны с автором о недопустимости его отождествления с суммой индивидов, с трудовым коллективом. Здесь уязвимый момент «теории коллектива», которая, действительно не воспринята законодателем, как это не пытаются, вопреки О. А. Красавчикову, доказать некоторые ученые. Не лишне заметить, что ни о какой сумме отдельных личностей нет речи и в «теории коллектива». Представители этой концепции понимают, что в юридическом лице имеется социал:но- организованный коллектив, в нем нет простой суммы прав людей, составляющих людской субстрат. Права и обязанности организации отличаются от прав и обязанностей ее работников, членов коллектива. [119.–С. 67–68]. Совершенно правильно ставится вопрос о необходимости рассмотрения проблемы соотношения фигуры юридического лица с трудовым коллективом. Как будто бы этим снимается отождествление коллектива с юридическим лицом, но несколько ниже указывается на то, что часть функций трудового коллектива связана с его деятельностью как юридического лица, [119.–С. 68–69], с чем трудно согласиться.

То, что ст. 8 Конституции СССР дала новый импульс субстративной конструкции юридического лица не должно вызвать сомнений, тем более,

что Закон о трудовых коллективах 1983 года конкретизировал широкие полномочия коллектива в решении принципиальных производственных вопросов, а значит и вопросов деятельности юридических лиц. В еще большей степени это закреплено в Законе о государственном предприятии (объединении) и выразится в обновленном Законе о трудовых , коллективах, об этом было сказано и на XXVII съезде КПСС. Поэтому нет возражений против включения в ст. 11 Основ упоминания о людском субстрате [76.–С. 113], хотя вряд ли такое упоминание само по себе способно решить возникшие споры, в том числе и в отношении ответственности юридических лиц. Но это отнюдь не означает, как правильно отметил Е. А. Суханов, что категория юридического лица уже исчерпала себя, а невозможность осуществления новых задач с помощью «традиционного цивилистического инструментария» является поводом к развитию теории. Это относится к категории юридического лица, к проведению новых исследований данной конструкции, ее сущности, поскольку некоторые положения, в том числе и сформировавшиеся на базе «теории коллектива», не всегда оправдывают себя в современных условиях [147.–С. 67–68]. В. К. Андреев высказывается о необходимости значительной доработки теории коллектива для обоснования правосубъектности хозяйственного органа. Автор оставляет за юридическим лицом признание его исторической правовой формы, из которой возник хозяйственный орган, при этом указывается на противоречие в нормах, поскольку участники правоотношений могут быть и не юридическими лицами [17.–С. 17, 23, 25]. Против того никто не возражает, хотя, согласно Закону о государственном предприятии (объединении), участие в гражданских, в хозяйственных отношениях обусловлено признанием предприятия (об исключении будет сказано ниже) юридическим лицом. Справедливо обращено внимание на взаимодействие гражданского и трудового права, на то, что исполнение хозяйственных договоров связано с трудовыми усилиями работников, существует и обратная связь. Необходимо отказаться от гипертрофирования барьеров, стоящих на пути кооперации отраслей права, чрезмерной поляризации регулируемых отношений [101–С. 73–74; 86, С. 19–20]. Это позволит правильно подойти и к пониманию сущности юридического лица, отбросив в сторону существующие предубеждения в возможности межотраслевого пересечения в одной юридической категории. Нельзя не заметить, А. В. Венедиктов рассматривал юридическое лицо в качестве формы организации хозяйственно-трудовой деятельности коллектива, выполняющего возложенные на него задачи [28.–С. 657, 659]. Таким образом для раскрытия сущности юридического лица он обращался и к трудовым отношениям. При этом весьма сомнительно то, что под людским субстратом понимался какой-либо другой коллектив, кроме рабочих и служащих, хотя рядом с ним и упоминался коллектив действительных собственников. Всенародный коллектив, если его признавать собственником закрепленного за государственным юридическим лицом имущества, не субстрат этого лица. Прав, конечно, В. А. Рахмилович в том, что необходимо точно определить те признаки, которые должны раскрыть

понятие субстрата юридического лица. Выдвигаемые же признаки чрезвычайно разнообразны: 1) люди, в интересах которых действует юридическое лицо; 2) люди, поведение которых организуется и регулируется этим лицом; 3) люди, действия которых признаются действиями самого юридического лица или воля которых признается его волей [103.–С. 111]. Но В. А. Рахмилович предпринял попытку прежде всего опровергнуть необходимость субстрата для юридического лица: всякий правовой институт направлен на регулирование отношений людей и обеспечивает чьи-то интересы. При этом он не отрицает того, что предприятие—это коллектив работников плюс имущественная масса и неимущественные блага. В таком виде исключается отождествление предприятия с трудовым коллективом. Автор отрицает соответствие реальному положению вещей утверждение А. В. Венедиктова о том, что нет двух правовых понятий: государственное юридическое лицо и коллектив его работников, они не отделимы друг от друга [103.–С. 112]. В этом В. А. Рахмилович прав, а вывод А. В. Венедиктова несколько спорный [29.–С. 91–92]. Но выдвигается тезис: существует предприятие и его юридическое лицо, иначе предприятие и юридическое лицо не одно и то же [103.–С. 113]. Конечно, не все предприятия юридические лица, необходим комплекс известных признаков, но все же следует говорить о предприятии—юридическом лице, а не юридическом лице предприятия. В этом качестве юридическое лицо выступает не как предприятие, обладающее определенными признаками, а как сам признак предприятия. Автор так и считает юридическое лицо—формой (одной из правовых форм), опосредствующей деятельность госоргана, причем обращенной к другим участникам общественных отношений, а не к его коллективу. Последний момент правильный: как юридическое лицо го- орган (предприятие) выступает субъектом внешних—гражданско-правовых отношений. В. А. Рахмилович не исключает косвенного воздействия института юридического лица на коллектив, аналогично воздействию на него хозяйственного договора, причем в цепи воздействия Данный институт признается весьма отдаленным. Прежде всего нужно сказать о том, что юридическое лицо и хозяйственный договор несопоставимые вещи. Не касаясь вопроса о степени воздействия юридического лица на деятельность коллектива, отметим, что главное все же в воздействии трудового коллектива, определяющем поведение юридического лица. О механизме этого воздействия будет сказано особо. В. А. Рахмилович прав в том, что пользование предметами из состава имущества юридического лица не является их субъективным правомочием пользования, а вытекает из трудового правоотношения. Правомочия любых работников (кроме органа юридического лица), как отмечает автор, не совпадают с правомочиями самого юридического лица, иначе были бы бессмыслица, дублирование, дезорганизация [103.–С. 114]. Но это лишь подтверждает вывод о нетождественности юридического лица и трудового коллектива (кстати, и органа), но отнюдь не об отсутствии субстрата юридического лица. В. А. Рахмилович все же признает, что наряду с

физическими лицами участвуют в гражданском обороте специальные социальные образования. (организации) [103.–С. 115]. Таким образом юридическое лицо—это не только форма, но это реальное образование, которое сопоставляется с индивидуальными субъектами.

В юридической литературе встречаются мнения, согласно которым предприятие имеет не только экономические, но и юридические критерии или только юридические или экономико-юридические. Но утверждают и о том, что предприятие—категория экономическая; в зависимости от ряда условий формы предприятий могут быть различными, в том числе и форма самостоятельного предприятия. Анализирует эти точки зрения, признавая при этом предприятие прежде всего как экономическую категорию, В. Н. Гайворонский. В предприятии происходит соединение рабочей силы со средствами производства, оно организация, осуществляющая производство. Но этой экономической категории свойственно быть субъектом права. Автор полагает, что наделение предприятия правами юридического лица является средством законодательного закрепления экономической обособленности [32.—С. 5–9]. В чем несомненно прав В. А. Рахмилович, так это в том, что необходимо изучение не только одной стороны указанных социальных образований (организаций)—их юридической личности, а проведение комплексного исследования, в том числе и круга людей, чья воля играет решающую роль в деятельности организации. Более того, указывается даже на волю и деятельность тех лиц, которые признаются волей и деятельностью организации [103.–С. 116]. Правильно ставя вопрос о комплексном, широком подходе, автор возражает против ограничения поисков, как он называет, «мифического» людского субстрата. Действительно, искать субстрат, к которому можно было бы отнести права, принадлежащие в соответствии с законом юридическому лицу, бессмысленно, потому, что его нет, его, как утверждает В. А. Рахмилович, попросту не существует, не только людям принадлежат гражданские права. Вместо ту манного субстрата нужно обратиться к исследованиям органа юридического лица, представительства, а понятие субстрата не представляет ни познавательной, ни практической ценности [103.–С. 117–118]. Не существует субстрата, который имел бы те же права, что и само юридическое лицо. Но существует трудовой коллектив, без которого немислимо социальное образование – организация, предприятие, который определяет деятельность юридического лица, не отождествляясь с ним и не имея тех же прав. Не только людям предоставляются права, но их реализация, их осуществление, выполнение обязанностей не может происходить без людей. Нужны, бесспорно нужны социологические исследования. Более того, необходимы и психологические исследования, в том числе и человека (пусть не «за»), но «в» юридическом лице. Практическое же значение исследования проблемы: трудовой коллектив—юридическое лицо трудно переоценить, учитывая современную оценку роли человеческого фактора.

В советской цивилистике в свое время существовали нигилистические концепции, игнорировавшие людской субстрат юридического лица,

отличавшиеся, если так можно выразиться, «техническим» подходом к нему. Можно сослаться, например, на работу О. Н. Ландкофа, в которой он понимает юридическое лицо как юридическую технику для удобства оборота [56.–С. 33–35]. Юридическое лицо признавалось «безличностным субъектом» (31.–С. 13). В последнее время в цивилистической науке появилось учение о правовых средствах. Обосновывающий концепцию правовых средств в хозяйственных отношениях Б. И. Путинский полагает, что юридическое лицо представляет собой средство или иначе–признак, наделение которым предоставляет социалистической организации возможность самостоятельно участвовать в гражданском обороте [97.–С. 161]. При этом автор считает, что юридическое лицо, как признак, не должно отождествляться ни с самой организацией, «как устойчивым структурным образованием, ни с трудовым коллективом», а поэтому автор выступает против поисков людского субстрата, против предложений «очеловечивания» юридического лица'. Б. И. Путинский делает вывод о том, что нет связи между характером обязанностей работников и наделением организации гражданской правосубъектностью, между последней и жизнедеятельностью коллектива. Изменение статуса организации ничего не изменяет в трудовом коллективе [97.–С. 162]. Нельзя не отметить правильного вывода автора о том, что юридическое лицо не должно отождествляться с трудовым коллективом, а последний не является организацией. И все же представляется неточным признание средством самого юридического лица. Поддерживая в принципе концепцию Б. И. Путинского, мы полагаем, что средством является все же не юридическое лицо, а в качестве средств выступают те признаки, которыми наделяются предприятия и организации, и в силу которых они становятся юридическими лицами–субъектами гражданского права. В. С. Якушев также признает юридическое лицо средством, правовым оформлением, способом фиксации социального образования как субъекта права. Правда, уточняя данный подход, автор указывает на то, что юридическое лицо–это гражданско-правовой образ деятельности конкретного социального образования; социальное образование выступает в образе юридического лица [101.–С. 115]. Это уже иной смысл, фактически признается, что мы имеем дело не просто с каким-то способом, формой, а с субъектом определенного свойства, т. е. субъектом–социальным образованием (кстати, это свидетельствует о признании человеческого субстрата), облаченным в соответствующий образ, форму. Правда, такой правильный вывод выдерживается не всегда. Так, например, автор указывает, что категория юридического лица фиксирует имущественную обособленность и самостоятельность организации, придавая тем самым ей свойства субъекта права [101.–С. 116]. Повторяем, ст. 11 Основ гражданского законодательства говорит о том, что юридическими лицами признаются предприятия и организации, что субъектом гражданского права выступает юридическое лицо. Юридическое лицо–это не только правосубъектность, а прежде всего субъект– участник правоотношений, такой же участник как гражданин. Справедливо указание на то, что по К. Марксу, понятие

юридического лица, тождественно понятию субъекта права [36.–С. 22]. Несомненно, средство – признаки не может отождествляться с самой организацией, правильно и то, что характер обязанностей работников, коллектива не совпадает с правосубъектностью организации. Изменение статуса организации в принципе не изменяет положение коллектива, его права и обязанности, хотя некоторые функции, правомочия отдельных членов коллектива (в частности, администрации) и изменяются. В силу изложенного вряд ли средство–признаки является аргументом против людского субстрата юридического лица как особого вида предприятий и организаций, которые в силу наделения определенными признаками становятся субъектами правоотношений.

Необходимо разобраться в понимании трудового коллектива, является ли он самостоятельным образованием или не может быть отделен от понятия предприятия (организации) и, тем самым, от понятия юридического лица. На это, в частности, обратил внимание С. Н. Братусь при обсуждении Закона о государственном предприятии. Причем автор считает эти понятия нераздельными [116.–С. 49]. Необходимо обратиться к позиции по данному вопросу представителей науки трудового права. В свое время Н. Г. Александров понимал предприятие с двух сторон: как юридическое лицо и как совокупность физических лиц, выполняющих трудовые функции [9.–С. 200–201]. Впоследствии он коллектив рабочих и служащих считал элементом предприятия, наряду с администрацией и имуществом в оперативном управлении [134.–С. 19]. Противоречивый подход к пониманию предприятия обнаруживается и у Г. В. Муцинова. С одной стороны, он говорит о предприятии как о коллективе работников, с другой, – о предприятии как хозяйствующем субъекте и о его (подчеркнуто нами.–В. О.) коллективе как об объединении производителей, в-третьих, об администрации предприятия и коллективе работников (внутренних отношениях) и, в-четвертых, о производственном коллективе и его работниках [134.–С. 66]. В то же время им подчеркиваются даже различные интересы (которые, правда, сближаются) у предприятия как хозяйственного органа и у производственного коллектива [134.–С. 67]. Таким образом коллектив не отождествляется с предприятием, но признается его элементом. Этих элементов три в предприятии как субъекте трудового правоотношения: имущественный (предприятие–государственный орган, наделенный имуществом), организационный (предприятие–самостоятельная, организованная единица), социальный (предприятие–трудоу коллектив). В этом смысле трудовой коллектив стал участником трудовых отношений в соответствии с концепцией коллективно-трудовых отношений. И все же в современных условиях, как справедливо отмечает В. В. Егоров, отождествление предприятия и трудового коллектива как субъекта трудового правоотношения недопустимо [39.–С. 98]. Кстати, и в таком нормативном акте как Положение о социалистическом государственном предприятии указывалось на то, что деятельность предприятия осуществляется силами его коллектива. Это значило то, что существует предприятие и есть его трудовой коллектив, т. е. они не

отождествляются друг с другом. И. Снигирева, признавая трудовой коллектив совокупным людским субстратом предприятия, говорит о нем как о социальном образовании особого рода, различает направленность и содержание прав и обязанностей предприятия и трудового коллектива, причем предприятие наделяется правами для участия в хозяйственном обороте, а коллектив для обеспечения участия трудящихся в управлении производством (наверное, и в самом производстве—В. О.) [ПО.—С. 47]. В трудовых отношениях и в настоящее время с коллективом не отождествляется не только само предприятие, но и его администрация. Так, В. В. Егоров указывает на взаимоотношения администрации предприятия во главе с директором и трудового коллектива. Автор анализирует при этом весьма интересную ситуацию, связанную с формированием коллективом руководящих работников предприятия. Возникает вопрос: с кем такой руководящий работник вступает в правоотношения? Он отвечает на него так: в прошлом трудовую правосубъектность предприятия осуществлял директор, теперь же при тесной увязке интересов предприятия с интересами его трудового коллектива последний выступает в качестве субъекта управления, обладающего функцией представительства. Отдельные же кадровые вопросы в отношении конкретных работников продолжает решать директор. Таким образом трудовой коллектив становится самостоятельным субъектом трудового правоотношения [39.—С. 100–101]. Такой подход позволяет сделать вывод о том, что в трудовом правоотношении в качестве субъектов выступают рабочие и служащие— с одной стороны, и субъекты—представители: администрация и трудовой коллектив—с другой. Обратимся к тому как сами оценивают это положение специалисты в области трудового права. Как видим, в качестве одного из субъектов трудового правоотношения признается предприятие, причем любое. При этом при возникновении правоотношения считают, что трудовой договор заключается не с предприятием как сложным явлением, как с совокупностью работников, а с администрацией, выступающей от имени предприятия. Однако в процессе труда все работники, в том числе и администрация составляют единый коллектив. Институт представительства (администрация от имени предприятия) вряд ли способен разрешить противоречие, заключающееся в том, что предприятие—совокупность работников, вступает в юридические отношения с самой этой совокупностью или ее составными частями.

Обращалось внимание на две стороны предприятия и в такой трактовке: имущественный комплекс (администрация) и коллектив рабочих, причем последний представляет профсоюзная организация. В трудовом праве предприятия выступают якобы в обоих комплексах. Отсюда делается вывод о том, что в качестве субъекта выступает не предприятие, а администрация, работники и профсоюзная организация (связи: работник— администрация, работник—ФЗМК [59.—С. 168– 169]. В этом плане нельзя не обратиться к высказываниям О. В. Смирнова, рассматривающего коллективные подрячные отношения. Автор полагает, что при коллективном подряде на уровне предприятия существуют две стороны: коллектив предприятия и

администрация вышестоящего структурного подразделения, объединения, управления, треста. При этом подрядный коллектив объединяет весь персонал и возглавляется его руководителем [109.–С. 55–56]. Таким коллективом может быть и коллектив предприятия, являющегося юридическим лицом, но от такого же юридического лица–вышестоящей организации выступает в качестве стороны администрация. Безусловно, им не может быть коллектив вышестоящей организации, но почему все же не сама организация, а ее администрация? Кстати, такая ситуация возникает и внутри подрядного коллектива. О. В. Смирнов правильно полагает, что нужно различать два правоотношения: трудовое правоотношение членов бригады с предприятием и организационно управленческое правоотношение (по организации и управлению трудом, также справедливо относящееся к трудовому праву) коллектива бригады с администрацией [109.–С. 57]. Вот только почему стороной второго правоотношения в отличие от первого выступает администрация остается непонятным. Но мы позволим себе на проблеме стороны «администрация» или «предприятие» остановиться позднее.

И все же трудовой договор раскрывается обычно через соглашение между трудящимся и предприятием [122.–С. 23–24]. Но вот, что понимается под предприятием не всегда ясно. Можно встретить высказывания об отождествлении предприятия с трудовым коллективом. Так, например, указывается на то, что производственная (ныне–структурная) единица представляет собой «обособленный трудовой коллектив» [93.–С. 93]. В то же время тут же указывается и на то, что эти единицы формируют трудовой коллектив. Конечно, вполне возможно и самоформирование трудового коллектива. Справедливо при этом отмечается то, что гражданский оборот и трудовые отношения разные явления общественной жизни, поэтому трудовая правосубъектность не укладывается в правосубъектность, определяемую гражданским правом [93.–С. 94–95]. Содержание трудовой правосубъектности проявляется во взаимоотношениях внутри трудового коллектива, указывает Б. Ф. Хрусталева. Но вот продолжение этого утверждения («...независимо от того, признан ли он юридическим лицом или нет») [93.–С. 58] не может быть принято. Трудовой коллектив юридическим лицом не признается.

Несмотря на существующие споры, администрацию нередко включают в качестве структурного элемента в трудовой коллектив, считают ее органической составной частью коллектива, хотя и с двойственной природой и с особыми самостоятельными функциями [130.–С. 21]. Это предопределяет сложность взаимосвязей в трудовом коллективе. Высказывается иногда и такое весьма оригинальное суждение: предприятие как «производственно-трудовой коллектив» должно различаться от предприятия–юридического лица, предприятия хозяйственного органа [123.–С. 66]. В подобном случае не отождествляется с юридическим лицом не только коллектив, но и предприятие как самостоятельное юридическое понятие в производственных

отношениях. Но в этом качестве все же коллектив сливается с такого рода предприятием. Получается два самостоятельных субъекта–предприятия.

Действительно, часто понятия «трудовой коллектив» и «предприятие» употребляются как синонимы, ибо трудно представить работника в отрыве от материальной основы, где он действует. Тесное их единство создает, конечно, трудности для выделения коллектива из оболочки трудовой организации. Но нельзя не видеть и различия этих понятий, вытекающего из того, что трудовой коллектив участвует в управлении государственными и общественными делами и в то же время– в управлении делами своего предприятия [30.–С. 28– 29]. Трудовой коллектив–совокупность совместно работающих в рамках хозяйственной единицы. Члены этого объединения связаны не только совместным трудом, но и участием в государственных и общественных делах [130.–С. 35–36]. В таком понимании не может быть отождествления предприятия и его трудового коллектива. Существует мнение, согласно которому трудовой коллектив выступает в качестве единого субъекта права, как единое целое, хотя по своему составу он не однороден [93.–С. 54]. Цельный и неделимый коллектив легче отождествлять с предприятием, но дело в том, что трудовой коллектив может выступать и как единое целое, но из него могут быть выделены и отдельные функциональные звенья, коллективы подразделений, администрация, а в более широком понимании– и отдельные работники. Несомненно справедливо признание того, что сущность трудовой правосубъектности можно раскрыть лишь в связи с деятельностью трудового коллектива [93.–С. 66]. Без этой деятельности, без обращения к правомочиям коллектива обойтись нельзя. Но одно дело сущность правосубъектности, а другое– отождествление предприятия с коллективом. Достаточно четко проявляется различие между предприятием и его трудовым коллективом, когда раскрываются установленные их права и обязанности. Они не совпадают. Многие из них выполняет предприятие в лице администрации. Права коллектива по Закону о трудовых коллективах принадлежат ему, и Закон обязывает учитывать их предприятие и стоящую во главе его администрацию. Но этого мало. Анализ нормативных актов свидетельствует и о наличии прав у подразделений предприятия, у составных частей и тех предприятий, (объединений, которые стали юридическими лицами. Это предопределяет возможность признания их субъектами трудового права [93.–С. 91], причем не обязательно в качестве участника трудового договора– трудовые правоотношения разнообразны. Нельзя согласиться с отождествлением подразделения предприятия с его трудовым коллективом, однако такое мнение существует: если производственная единица представляет собой обособленный трудовой коллектив, то, осуществляя функцию приема на работу, она действует в интересах этого коллектива [93.–С. 93]. Если быть точным–в интересах самого себя или иначе–коллектив вступает в своих интересах в отношения с членами этого же коллектива. Так и непонятно, кто же с кем вступает в отношения или это абсолютно безразлично по причине тождественности субъектов?

Предприятие является носителем не только гражданских, но и трудовых (и не только трудовых) прав и обязанностей, оно обладает административной правосубъектностью для участия - в отношениях со структурными подразделениями, что обеспечивает производственно-хозяйственную деятельность трудового коллектива [112.-С. 78]. С иных позиций рассматривают отношения по вертикали представители хозяйственного права [125.-С. 83]. Таким образом все же признается, что подразделения предприятия и само предприятие, в том числе юридическое лицо, обладают административной правосубъектностью, они обладают, как отмечено выше, и трудовой правосубъектностью в различных по объему и характеру правоотношениях с трудовыми коллективами и их составными частями. В. А. Рахмилович. отрицает возможность самостоятельного выступления производственных единиц внутри комбината, правда, как отмечает автор в качестве юридического лица или так называемого «внутрихозяйственного юридического лица», «квазюридического лица» и г. п. (102.-С. 85-86]. Все верно с точки зрения гражданской правосубъектности, но означает ли это, что с исключением из сферы товарно-денежных отношений, при отсутствии экономического признака такое подразделение вообще перестает быть предприятием, пусть не в абсолютном его понимании, и как подразделение предприятия – юридического лица может участвовать только в отношениях неправового характера [102.-С. 87]. Правда, в дальнейшем автор признает правовое положение производственной единицы в рамках административного права, хотя; субъектом считает администрацию единицы. Что же касается правосубъектности единицы в трудовых отношениях, то ее В. А. Рахмилович вообще не затрагивает. Таким образом наличие лишь неправовых отношений самим автором опровергается. Отрицает «полуюридические» лица, специфические субъекты Р. О. Халфина [133.-С. 15]. О. Н. Садиков признает эти единицы незавершенным институтом [104-а. С. 37-38].

В дискуссии: существует ли предприятие вне юридического лица, до всей видимости, следует отдать предпочтение отрицательной позиции, если речь идет о самостоятельном предприятии. Правда, есть мнение, отрицающее правовые признаки предприятия, признающее последнее не правовой, а экономической категорией [51.-С. 10]. Но у предприятия, помимо экономического признака, есть организационно-правовой-участие в обороте в качестве юридического лица [111.-С. 81]. Существует понимание предприятия и в широком плане: торговое предприятие, предприятие бытового обслуживания и т. п. С этим нельзя не считаться. Не все такие предприятия юридические лица, как далеко не все учреждения и организации. Но дело не в этом. Нас в данном случае интересует то, что отдельные подразделения юридического лица как субъекта гражданского права и в то же время субъекта трудового права и права административного могут быть участниками двух последних правоотношений, являясь при этом элементами юридического лица, его составными частями (например, структурная единица по отношению к производственному объединению).

Субъектами гражданского права эти части в прошлом не признавались [111.—С. 91]. При этом отмечалось, что некоторые вили правоспособности, в том числе трудовая, значительно шире у производственных единиц, чем у других внутренних звеньев [111.—С. 93]. В качестве субъекта административного права признается коллективный субъект-предприятие, причем предприятие при этом понимается как определенный трудовой коллектив [111.—С. 104], т. е. опять происходит отождествление этих категорий. Одновременно субъектами административного права признаются и структурные подразделения предприятия [111.—С. 114–115].

Сохраняют ли бывшие предприятия—юридические лица после того, как они стали производственными единицами какую-либо самостоятельность в области трудового права? Такой вопрос ставил Б. Ф. Хрусталеv и отвечал на него положительно, перечисляя различные права производственных единиц. Эти права во многом совпадают с правами самостоятельного предприятия, правда прием и увольнение работников осуществляются от имени объединения. Все это свидетельствует о наличии у производственной (ныне структурной) единицы трудовой правосубъектности [136.—С. 79–82] и о том, что она выступает в некоторых случаях в качестве субъекта трудовых отношений. Автор считает, что производственная единица сохраняет за собой признаки, присущие полноправному субъекту трудового права, но это все же не исключает постановку вопроса о необходимости полного комплекта признаков для признания производственной единицы субъектом трудового правоотношения. И все же прав Б. Л. Хрусталеv, защищая позицию о признании производственной единицы полноправным субъектом трудового права, поскольку она самостоятельно принимает и увольняет, обладает дисциплинарной властью, выплачивает зарплату, имеет свой трудовой распорядок; в ней есть общественные организации с самостоятельными правами, представляющими ее трудовой коллектив. Автор делает вывод и о том, что, осуществляя прием на работу от имени объединения, производственная единица реализует собственную трудовую правосубъектность, обладая всеми правами, составляющими содержание трудового правоотношения—отношения между его субъектами [136.—С. 83–86]. Б. Л. Хрусталеv при этом отмечает несовпадение понимания трудовой правосубъектности и гражданско-правовой, прежде всего из-за несовпадения представительства (прием на работу осуществляет от имени объединения, но в интересах и для производственной единицы), а также из-за распределения компетенции в области трудовых прав между объединением и производственной единицей [136.—С. 88, 91]. Что касается других подразделений предприятия, то, коль скоро они не обладают правом приема, увольнения, правом применения поощрений и наказаний, они не могут признаваться обладающими трудовой правосубъектностью. Свою точку зрения автор аргументирует тем, что цех, участок не принимают юридического акта о зачислении на работу, а также тем, что цех, участок, бригада не могут отвечать по принятым обязательствам перед рабочими и служащими, являются лишь частью трудового коллектива с ограниченным

кругом прав и обязанностей в области труда [136.–С. 95–99]. В современных условиях такая позиция выглядит неубедительной. Трудовой коллектив, любого звена объединения приобретает широкие правомочия, вплоть до выборов руководителей. Значительно расширены функции самих подразделений как таковых, а не только как коллектива работников. В качестве подразделения предприятия выступает и бригада. У строительной бригады возникают с трестом своеобразные отношения. Между ними заключается договор, за производственной бригадой закрепляется имущество. Полагают, что эти отношения содержат элементы, которые должны даже регулироваться нормами хозяйственного законодательства (определение в договоре объемов, сроков, фронта работ, материально-технического обеспечения и т. п.) [45.–С. 84–86]. Представители науки хозяйственного права опровергают административно-правовой характер этих отношений, ссылаясь на то, что административное право исключает возможность субординационных договоров. По этой причине эти отношения признают комплексными, а именно: хозяйственно-трудовыми. Ссылаются на то, что указанный договор отличается от трудового договора тем, что его субъектом выступают не отдельные члены бригады, а коллективное образование. В то же время здесь налицо и элементы трудовых отношений – каждый член бригады является их участником [139.–С. 193]. Т. М. Гандилов более категоричен: хозрасчетные отношения между предприятием и бригадой – внутривладельческие правоотношения, основанные на внутривладельческом договоре, т. е. они являются хозяйственно-правовыми ([33.–С. 196]. Такую же позицию занимает В. Андреев, говоря о хозяйственно-правовой ответственности перед бригадой за непредставление сырья, материалов и т. п., хотя ныне эта ответственность регулируется нормами трудового права. Это же, по его мнению, относится и к ответственности бригады (уменьшение коллективного заработка, поощрений, возмещение потерь предприятия) [16.–С. 41]. Нельзя не согласиться с тем, что взаимная ответственность должна быть усовершенствованна, но это может быть произведено и в рамках трудового права. Именно такая отраслевая принадлежность бригады признается многими учеными [18.–С. 35]. В нашу задачу не входит анализ внутривладельческих отношений или отношений административных. Но очевидно то, что внутренние подразделения юридического лица – предприятия (объединения), не выступая (кроме структурных единиц) самостоятельно в гражданском обороте, т. е. не являясь субъектами гражданского права, наряду с самим юридическим лицом могут выступать участниками тех или иных юридических отношений и, прежде всего, трудовых. В большей мере это относится к структурным единицам, крупным цехам. Они принимают на работу с оформлением приемной запиской начальника цеха, осуществляют переводы внутри цеха, увольняют рабочих по собственному желанию, поощряют работников цеха, лишают их поощрений, в соответствии с правилами внутреннего распорядка применяют дисциплинарные взыскания, возлагают материальную ответственность [47.–С. 270]. В то же время во многих случаях сами

подразделения не выступают в качестве участников трудовых правоотношений, но их трудовые коллективы вступают в таковые непосредственно с юридическим лицом (его органом). Возникает вопрос: существуют ли подразделения, части трудового коллектива объединения, предприятия или это единый трудовой коллектив. Признание самостоятельности трудовых коллективов подразделений явится дополнительным аргументом против отождествления юридического лица с его коллективом. Вряд ли, однако, можно согласиться с тем, что цеховой коллектив наделен правами юридического лица [106.–С. 10]. Кстати, далеко не все авторы, даже признающие определение государственной организации как коллектива, соглашались с признанием этого коллектива субъектом право-юридическим лицом [75.–С. 148]. Трудовой коллектив понимают как социальную общность людей, связанных совместным трудом. Трудовой коллектив выступает и в качестве субъекта трудового права. Эти отношения предлагается называть коллективно-трудовыми. В них включается локальное нормотворчество, осуществление контроля и т. п. [87.– С. 64–69]. Такая трактовка означает то, что трудовой коллектив—это единый субъект, общность всех работников, хотя из этой общности нередко исключается администрация, с которой вступает в отношения представитель коллектива—совет, профком. Подобная точка зрения достаточно распространена. Нет никакого сомнения в том, что в таком качестве трудовой коллектив юридического лица является субъектом трудового права и вступает в трудовые отношения или непосредственно или через орган его представляющий с юридическим лицом. Ныне признание коллективов самостоятельным субъектом трудового права находит широкую поддержку [109.–С. 57; 41.–С. 132– 142]. Это лишний раз убеждает нас в неприемлемости отождествления трудового коллектива с самим юридическим лицом (предприятием, учреждением) или понимание его как одной из частей такого лица. Если с этим согласиться, то придется признать, что юридическое лицо (предприятие, учреждение) в трудовых отношениях вступает в отношения с самим собой или со своей частью.

Оспаривая отождествление /трудового коллектива с производственным объединением, предприятием, учреждением, А. И. Цепин в то же время понимает такой коллектив как общество равных, как социальную общность равноправных граждан, возникающую на основе трудовой связи, как социальный организм трудовой организации вне связи с должностным положением [137.–С. 46–47]. Важным представляется признание структуры трудового коллектива соответствующей структуре предприятия (объединения),—трудовые коллективы производственных единиц, бригад и т. п. Особенно отчетливо это проявляется при бригадной форме организации труда, при которой индивидуальная работа фактически становится частью общей, единой работы [137.–С. 48]. Вывод о наличии помимо общего субъекта—трудового коллектива также структурных субъектов – трудовых коллективов основан на Законе о трудовых коллективах, т. е. имеет непосредственную правовую базу, а не исключительно теоретические

суждения. Таким образом коллективный субъект не совпадает с субъектом–предприятием, но оба имеют общий и структурное виды. Коллективность как общность должна быть сохранена, по всей видимости, на первичном уровне (бригада, звено, и т. д.). Но ведь и индивидуальная работа представляет, как отмечено, часть общей, вливаясь в единую работу. В современных условиях работа вне коллектива фактически немыслима. В этом смысле мы полагаем, что трудовой коллектив должен пониматься в различных аспектах: 1) как общий субъект–коллектив всего объединения (предприятия, учреждения и т. д.); 2) как коллектив структурных подразделений–структурные субъекты трудовых коллективов; 3) как отдельные рабочие и служащие, являющиеся самостоятельными субъектами трудового права. Они могут вступать и в другие отношения с предприятием, например, в гражданско-правовые по хранению, жилищному найму, хотя некоторые ученые в области трудового права и возражают против нашей позиции [121.–С. 155–157]. В единстве работников образуется трудовой коллектив подразделения и одновременно предприятия (объединения)–юридического лица. В таких аспектах мы и рассматриваем трудовой коллектив, но, конечно, как особый субъект права он может быть лишь в коллективной форме. Отсюда и понимание трудового коллектива как совокупности людей, объединенных, наряду с другими задачами, кооперацией труда.

В. К. Андреев, указывая на то, что трудовой коллектив не сливается с самим предприятием, допускает такое слияние на уровне подразделения, в частности бригады, хотя и говорит о слиянии полномочий. Автор также признает в качестве трудового коллектива исключительно коллектив, допуская лишь учет коллективного интереса, наличие исключительно коллективной воли [15.–С. 40, 38]. И все же, на наш взгляд, нельзя понимать коллектив, как некую безликую массу: трудовой коллектив–это только коллектив без индивидуальных участников. Трудовой коллектив–это, прежде всего отдельные рабочие и служащие со своими функциями и личным участием в общем производстве. Но одновременно это и коллектив, объединяющий на уровне подразделений и предприятия отдельных лиц, выступающий не только в индивидуальных, но и в коллективных отношениях, т. е. и как коллективный субъект различных отношений. В противном случае теряется весь смысл в понимании человеческого фактора, Коллектив не заполняет фигуру отдельной личности. Кстати, и ответственность предприятия нередко наступает в результате нарушения, допускаемого лишь одним работником. Недопустимо поверхностное толкование сущности социалистической коллективности, что позволяет снять ответственность коллектива за каждого индивида или приводит к отождествлению общественного с личным. Конечно, общественное становится глубоко личным, но нельзя забывать о том, что социалистическая коллективность заключается не просто в объединении людей, в наличии общих интересов, но и в том, что ее высшей целью является создание условий для раскрытия индивидуальности каждого. Должны соединяться интересы коллектива и отдельной личности. Нельзя рассчитывать исключительно на усилия

коллектива, взятого безотносительно к каждому его члену, к самостоятельности и ответственности каждого [128].

-Трудовые коллективы включают в себя коллективы структурных подразделений—обособленные, с самостоятельными функциями в трудовом процессе звенья. [66.—С. 40—41]. Правда, различают структурные части, возглавляемые представителями администрации, и первичные части (бригады, звенья). Отличают понятия «трудовая организация» (предприятие, учреждение) и «трудовой коллектив». Часто эти понятия считают синонимами, ибо нельзя говорить о предприятии, не видя в нем работников. Нельзя видеть трудовой коллектив из оболочки трудовой организации, в которой он действует, нельзя оторвать средства производства от тех, кто трудится на их же базе. И все же предприятие—экономико-правовая категория, трудовой коллектив—социально-политическая [66.—С. 42—43]. Нас в данном случае интересуют правовые аспекты обеих категорий. В прошлом трудовой коллектив признавался действующим исключительно в рамках юридического лица, В Законе же о трудовых коллективах 1983 г. права предприятия и трудового коллектива не совпадают, во многих нормативных актах —различие между ними четко проводится. Отсюда ясно, что нет неразрывной связи трудового коллектива с предприятием, неправильно определять их соотношение как части и целого. В. К. Андреев отрицательно относится к мнению о том, что трудовой коллектив включается в число субъектов хозяйственных отношений {14.—С. 39—40}. В то же время замечание автора о неточности ряда нормативных актов в связи со смешением в них адресатов выполнения планов и повышения эффективности производства (14.—С. 41), представляется ошибочным. Адресатом плановых заданий, конечно, является предприятие (объединение), но таким же адресатом, с точки зрения необходимости приложения усилия, улучшения работы, выступает и трудовой коллектив. Обращение к ним. тем более руководящего партийного органа вполне оправданно. Справедливо обращено внимание на то, что коллективы бригад образуются в составе единого трудового коллектива, но бригада занимает особое место, поскольку она как внутреннее подразделение по полномочиям не отличается от полномочий ее трудового коллектива {14.—С. 43}. Коллективное образование как правовая категория понимается нередко в качестве организации, основанной на юридической связи ее членов, работников. Таким субъектом принято считать социалистическую организацию—сторону трудового договора. Обычно субъект трудового права отождествляется со стороной такого договора, хотя в трудовых отношениях участвуют иногда и не стороны трудового договора. Но нельзя исключить из числа субъектов трудового права структурные подразделения.

Некоторые ученые считают, что коллектив предприятия (объединения), как правило, в конечном счете выступает в качестве субъекта. Оспаривая эту позицию, В. М. Луганцев одновременно отмечает то, что уровень самостоятельности указывает лишь на объем трудовой правосубъектности, а не вообще на таковую. Коллективы структурных подразделений должны

считаться субъектами трудового права, поскольку им присущи признаки, связанные со способностью поддерживать производственные связи с работниками в процессе их трудовой деятельности. На подразделения распространено действие Закона о трудовых коллективах, их коллективы и администрация наделены определенными правами и обязанностями. Коллективные субъекты—это не только трудовые коллективы. Так, к первым относят как организации и их структурные подразделения, так и коллективы этих подразделений [61.—С. 63—66.] Признание коллективных субъектов, не исключает наличия индивидуальных субъектов внутри коллективов, но дает возможность опровергнуть аргументы, выдвинутые против признания хозрасчетной бригады субъектом трудового права. Справедливо замечание В. К. Андреева о том, что трудовой коллектив не является юридическим лицом. В. К. Андреев прямо не говорит о коллективе как о субстрате, считая его основой юридического лица, оказывающей влияние на последнего в качестве особых правосубъектных формирований [15.—С. 40]. В то же время в одной из работ В. К. Андреев более определенно высказывается по поводу понимания им субъекта—хозоргана и юридического лица, называя их коллективными субъектами, субъектами коллективного права. Он полагает недопустимым юридические понятия, применяемые к гражданину, распространять и на коллективные субъекты, выступает за специфичность субъективного права коллективного субъекта [13.—С. 68]. Не появляются ли противоречия в позиции В. К. Андреева? Не означает ли такой подход (не говоря уже о других его аспектах) слиянием юридического лица с трудовым коллективом?

Трудовой коллектив считают управляющей подсистемой предприятия, управляемой же подсистемой являются основные и оборотные фонды предприятия, которые переданы трудовому коллективу государством на праве оперативного управления. В системе же трудового коллектива управляющей подсистемой выступает администрация и руководство общественных организаций [74.—С. 56]. И хотя здесь трудовой коллектив не отождествляется с предприятием, он выступает в качестве субъекта гражданского права—субъектом права оперативного управления. Несколько раньше тот же автор считал, что фонды поощрения являются собственностью трудового коллектива—новой формой социалистической собственности [145.—С. 239]. Конструкцию права собственности трудового коллектива поддерживает в отношении фондов экономического стимулирования и В. С. Тимескова [54.— С. 113]. Конечно, трудовой коллектив является частью общенародного коллектива, но все же субъектом имущественного права в данном случае должно признаваться предприятие (объединение), а вот указание на то, что управление этим имуществом осуществляется трудовым коллективом является правильным, он должен чувствовать себя его хозяином. В некоторых случаях указывают на организующую роль трудового коллектива в гражданских отношениях, например в сфере отношений по поставке, но при этом стороной этого договора он не называется [143.—С. 68].

Эта проблема заслуживает особого внимания. В экономической литературе около двадцати лет назад стали появляться утверждения о том, что государственные предприятия, являются не субъектами права оперативного управления, а субъектами права собственности в отношении имущества, которое находится в их распоряжении. Это так называемая концепция «расщепленной собственности» [70.–С. 5–11; 141.–С. 102– 105]. В последнее время за отказ от права оперативного управления высказываются и некоторые юристы. Полагают, что государственные предприятия должны как хозяева отождествляться с собственниками [22– а.– С. 54; 116-а–С. 57; 149.–С. 19]. признаваться носителями права государственной собственности в цивилистическом понимании, при этом теория расщепленной собственности отвергается. [98. – С. 62]. Но существует и признание предприятий оперативным собственником, не опасаясь разделенной собственности. [54.–С. 112.– 113]. В Законе о госпредприятии право оперативного управления не названо, но в нем и не указано на право собственности предприятия. В п. 2 ст. I говорится об обладании предприятием обособленной частью общенародной собственности. В свое время взгляды юристов против права оперативного управления встречали критику в правовой литературе [30.–С. 125], причем иногда эти высказывания (речь идет о позиций Н. В. Гайворонского) касались не предприятия, а работающего на нем трудового коллектива, хотя последний и не признавался собственником. Какого-то различия между общенародной собственностью и собственностью государственной обычно не проводилось. И коллективы, и предприятия упоминались в качестве элементов одной системы. Совсем недавно в научной литературе высказан новый подход–обосновывается различие между общенародной и государственной собственностью (71.–с. 13–16; 72.–С. 33–37]. Мы не будем касаться существа данной проблемы, давать ей оценку. Несомненно предстоит серьезное, глубокое и всестороннее ее изучение. Отметим лишь, что согласно данной концепции государство, с одной стороны, представляет весь народ, в том числе и как собственника средств производства, а с другой стороны, оно выступает как самостоятельная организация. Причем собственником выступает общество, но не его представитель–государство. Государство не является собственником предприятий, не отвечает по их долгам. Оно выступает лишь собственником выделенной части общенародной собственности на имущество, необходимое для выполнения специфических государственных функций. Из такого разделения вытекает и еще один очень важный для нашего исследования вывод: общенародная собственность делегируется тем трудовым коллективам, которые фактически ее используют в своей деятельности. Право первичной собственности принадлежит всему народу, а частичное право на имущество предприятий их трудовым коллективам–вторичным собственникам своего предприятия. Допустим, что такая теоретическая конструкция имеет право на существование, хотя в Законе о госпредприятии коллектив называется не юридическим собственником, а полноправным хозяином на предприятии. В

этом случае трудовой коллектив должен быть признан субъектом гражданско-правовых, в том числе хозяйственных, отношений. И тогда возникает вопрос о признании или не признании его или его Совета юридическим лицом. Вполне допустимо, что представлять трудовой коллектив–собственника (конечно, коллектив в целом) в гражданском обороте будет предприятие, но тогда предприятие, для признания его юридическим лицом, должно иметь иной признак: обособленным имуществом обладает его трудовой коллектив. Но это допущение. А реальность вот в чем. Жизнь пошла по пути передачи государством предприятий во владение трудовых коллективов. «Все смешалось в доме Облонских». Необходимо, очень необходимо в этом разобраться. 26 февраля 1988 г. газете «Известия» появилась заметка М. Крушинского, в которой сообщалось о том, что арендный подряд сделал дальнейший шаг. Бутовский комбинат строительных материалов Московской области находился в весьма плачевном состоянии (убытки, устаревшее оборудование, непригодные цехи и т. п.). Коллектив этого комбината решил арендовать завод у государства. Автор считает, что аренда у государства основных производственных фондов дополняет и развивает определенную модель хозрасчета, предусмотренную Законом о госпредприятии. Государство почему-то выступает в лице вышестоящей по отношению к предприятию хозяйственной организации, на аренду заключается договор, в котором предусматриваются взаимные обязанности государства и трудового коллектива. Во временное владение коллектива переданы основные фонды до 1995 года. Жизнь подтвердит правильность такого решения, но ясно одно: основные фонды передаются именно коллективу, а не самому предприятию, которое владело ими на праве оперативного управления, коллектив не является их собственником, иначе ему не нужна была бы аренда. Смущает, конечно, то, что от имени государства действует никем не уполномоченная вышестоящая организация. С точки зрения юридической это не объяснимо. Наверное следовало принять по просьбе коллектива акт государственного органа о лишении права на управление имуществом предприятия и о передаче этого имущества на арендных началах трудовому коллективу; В настоящее же время не ясно какое у кого право. Итак, жизнь сама распорядилась: трудовой коллектив без превращения в юридическое лицо становится субъектом гражданского права, не отождествляясь при этом с предприятием. Вот как все сложно. Конечно, это совсем не означает, что приняв в аренду имущество, трудовой коллектив будет непосредственно участвовать в обороте. В гражданских, в том числе в хозяйственных, отношениях вполне возможно участие предприятия по уполномочию коллектива. Только сомнительно остается ли оно юридическим лицом–без имущества. Возможно и остается, но при особых признаках, о чем сказано выше. Получает распространение передача в аренду коллективам убыточных предприятий общественного питания. Они становятся субъектами гражданского права. Их даже именуют в прессе «совладельцами социалистической собственности» (Известия, 30 апреля 1988 г.). Следует подумать и о категории «временное юридическое лицо» в таких случаях. Так

или иначе, но субъектом гражданского права может все же быть и не юридическое лицо, о чем уже сказано применительно к структурной единице.

Опираясь на теорию коллектива, утверждают о двуединстве трудового коллектива. Оно якобы выражается в том, что коллектив олицетворяет гражданскую правосубъектность, поскольку каждый работник выступает как частица самого правосубъектного коллектива, но в то же время он остается и субъектом трудовых правоотношений [140.–С. 101]. И все же каждый работник является субъектом именно трудовых правоотношений. Но роль работников, трудового коллектива в реализации других правоотношений проявляется в рамках правоотношений трудовых. Это относится и к органу юридического лица. В определенных случаях работники предприятия и, как указано выше, трудовые коллективы' становятся субъектами гражданского права, но это происходит за рамками трудовых правоотношений, вне этих отношений, хотя и работники, и трудовые коллективы в целом остаются одновременно субъектами трудовых правоотношений.

Нельзя не отметить того, что в Законе о государственном предприятии (объединении), хотя некоторые ученые и не видят различия между предприятием и трудовым коллективом, это различие проводится достаточно четко. Так, например, в п. 2 ст. 1 сказано, что на предприятии трудовой коллектив использует как хозяин общенародную собственность; в п. 3 той же статьи указано, что требования потребителя обязательны для предприятия, их полное удовлетворение–высший смысл и норма деятельности трудового коллектива; в п. 3, ст. 2 говорится о том, что трудовой коллектив является полноправным хозяином на предприятии; в п. 5, ст. 3 указано на то, что предприятие действует с согласия трудового коллектива и т. п.

Трудовой коллектив определяют как объединение работников, осуществляющих совместную трудовую деятельность в государственном предприятии, общественной или кооперативной организации и обладающих необходимыми полномочиями в различных сферах (55.–С. 25]. Таким образом предприятие и трудовой коллектив–не совпадающие понятия. Но может быть они совпадут тогда, когда трудовой коллектив будет наделен средствами производства? Во всяком случае В. М. Кузнецов приходит к такому выводу, считая, что трудовой коллектив, «наделенный средствами производства, образует единое целое–производственное объединение, предприятие» [55.–С. 31]. С этим нельзя согласиться. Положение не меняется от того наделен или нет коллектив средствами производства, да и наделается ими не коллектив как таковой, а предприятие. В ст. 1 Закона о государственном предприятии (объединении) указывается на предприятие как на обладателя имуществом. В то же время трудовым коллективом предприятия осуществляется использование как хозяином имущества, при этом создается личная заинтересованность каждого работника в хозяйственном использовании общенародной собственности.

К сожалению, нечеткость некоторых норм позволяет делать вывод об отождествлении предприятия и трудового коллектива. Этим можно

объяснить встречающееся порой такое отождествление в печати. При обсуждении проекта Закона о государственном предприятии на такую нечеткость норм было обращено внимание: хозрасчетный доход коллектива и т. п. [57], хотя трудовой коллектив и предприятие—это не одно и то же. Коль скоро затронут акт, определяющий положение предприятия, хотелось бы напомнить, что еще в Положении о социалистическом государственном производственном предприятии (ст. 2) говорилось о предприятии и закрепленном в его оперативном управлении имуществе и о коллективе предприятия (47—С. 4]. Предприятие выступает в единстве двух систем: организационно-технической и социально-экономической. Это подтверждает нетождественность предприятия и трудового коллектива.

Что же касается той острой дискуссии, которой мы коснулись выше,—о соотношении предприятия как такового со своими подразделениями, то Закон о государственном предприятии (объединении) дает основания для поддержания иной конструкции: эти взаимоотношения являются ничем иным как реализацией юридическим лицом своих прав, как одной из форм права распоряжения. Это право гражданское, а не какое-либо иное. В ст. 5 Закона предусматривается, что структурная единица в пределах, предоставленных ей законодательством и объединением, осуществляет право распоряжения имуществом, заключения договоров. Такое право было и ранее (146.—С. 207]. Но Закон в этом вопросе пошел дальше. При этом единице может быть предоставлено право быть субъектом гражданского права, заключать от своего имени хозяйственные договоры. Это означает, что структурные единицы в соответствии с делегированным им правом юридическим лицом становятся участниками гражданских правоотношений и не только в качестве представителя. Признавал производственную единицу субъектом гражданского права Б. И. Пугинский (118.—С. 172]. Значит между определенными подразделениями и юридическим лицом могут возникнуть и гражданские правоотношения—реализация права юридического лица, делегирование некоторых своих прав. Институт юридического лица—гражданско-правовой, поэтому и осуществление его прав происходит в рамках гражданского права. Но это внутренние гражданско-правовые отношения, как не парадоксально звучит подобное утверждение. Новые ситуации, новые подходы требуют отхода от стереотипов, признания и внутренних, и имущественно-организационных, и ряда других нетипичных отношений—гражданско-правовыми. Кстати, свои коррективы в этот вопрос вносит и развитие кооперации—возможность создавать внутри предприятий кооперативные цехи, кооперативы внутри колхозов. Это будут юридические лица внутри юридических лиц.

Нельзя не отметить того, что структурная единица признается субъектом гражданско-правовых отношений при осуществлении социально-культурной деятельности. Существует мнение о необходимости в данном случае децентрализованного подхода, причем объясняется это взаимодействием структурной единицы с местными Советами. На практике структурная единица выступает как самостоятельный субъект права, что проявляется и в

долевом участии в строительстве, и в других случаях (144.–С. 134–136]. Теоретически это обосновывается конструкцией сложного юридического лица. Такой конструкции придерживаются и некоторые другие ученые. Так, М. С. Орданский считает, что система транспортных предприятий–железная дорога выступает в гражданском обороте в качестве сложного юридического лица, что позволяет и самой дороге, и другим транспортным предприятиям, которые являются юридическими лицами, участвовать в имущественных отношениях. Но только железная дорога пользуется правом быть субъектом договора перевозки, другие предприятия такой договор от собственного имени заключать не могут. {88.–С. 99]. Таким образом автор считает, что гражданской правосубъектностью пользуются хотя и разные, но юридические лица.

В. С. Якушев правильно отмечает, что нельзя игнорировать деятельность производственных единиц в сфере гражданских отношений. Он полагает, что объединения, имеющие в своем составе производственные единицы, являются сложными юридическими лицами. Единица же, не будучи юридическим лицом, в некоторых видах деятельности приобретает самостоятельность становится субъектом гражданского права. К таким видам деятельности относятся не основные сферы [101.–С. 133–134]. При этом автор совершенно справедливо указывает на возможность передачи–делегирования единице некоторых прав, принадлежащих объединению [101–С. 130]. На делегирование полномочий указывает и Л. Ф. Милькова, но она говорит о делегировании полномочий органа руководителям структурных подразделений [73.–С. 18]. Правильно указывается на возможность передачи структурной единице объединением практически всех полномочий, принадлежащих последнему, кроме тех, которые ему переданы вышестоящим органом. В то же время единицы могут быть участниками отношений товарного оборота от своего имени в пределах реализации их прав на закрепленное за ними имущество, но и снижать пределы прав единицы, ниже предусмотренных Законом о госпредприятии, недоспустимо [43.–С. 20]. Те права, которые предоставлены структурным единицам, должны быть устойчивы и обеспечены [40.–С. 174].

Выше мы уже коснулись вопроса о соотношении администрации с самим предприятием. Но администрация выступает и частью трудового коллектива. Такой же частью, таким же подразделением трудового коллектива выступает совет этого коллектива. Кстати, в совет входят и представители администрации, как облеченная определенными полномочиями часть трудового коллектива и вместе с другими лицами образует этот орган трудового коллектива. Как же в этом плане рассматривать администрацию? Это один из самых сложных вопросов, уже только потому, что руководитель объединения (предприятия) рассматривался в качестве его органа (48.–С. 29]. В Законе о государственном предприятии (объединении) руководитель не назван органом юридического лица, но на администрацию возлагается организация руководства деятельностью юридического лица. Такой подход позволяет правильно оценить место

администрации во главе с руководителем, признав их облеченными определенными полномочиями представителями коллектива. Вряд ли изменится положение и об органе. Руководитель в государственном предприятии им, видимо, остается. Выйти из сложной ситуации не так просто. Обратимся к разрешению трудовых споров или к заключению коллективных договоров. В последнем случае администрация выступает стороной, тогда как другой стороной выступает профсоюзная организация, но в качестве представителя рабочих и служащих. Правда, точка зрения о том, что профсоюзный комитет является органом коллектива, оспаривалась еще до создания советов, поскольку комитет-орган первичной профсоюзной организации, хотя именно ему по закону предоставлены полномочия представлять рабочих и служащих и при реализации этих полномочий вступать в отношения с администрацией [87.–С. 65, 67]. Конечно, администрацию не отождествляют с предприятием, говоря о правах предприятия и его администрации, как не отождествляют трудовой коллектив с профсоюзной организацией [14.–С. 39]. Нельзя не согласиться с тем, что трудовой коллектив разделяется на две основные части: работников, осуществляющих функции производства, и работников, осуществляющих функции управления. Администрация является, как указывает В. А. Масленников, неотъемлемой составной частью предприятия, без которой нельзя себе представить трудовой коллектив [66.– С. 41]. Что это: противоречие, в которое впадает автор? С одной стороны, администрация часть предприятия, а с другой, – часть коллектива. Никакого противоречия здесь нет. Коллектив – это тоже часть предприятия, в том числе и выступающего как юридическое лицо, осуществляющая трудовую деятельность. Администрация как часть коллектива (даже избираемая им в установленных случаях) является частью предприятия. Администрация – обособленная часть коллектива, которая в силу возложенных на нее полномочий вступает от лица предприятия как субъекта правоотношения в правоотношения с членами коллектива. Давний спор о том, кто является стороной в трудовых отношениях: администрация или предприятие должен решаться не однозначно. И дело здесь не в том может или не может целое вступать в отношения со своей частью, ведь не исключены, как мы указали, отношения предприятия с подразделениями. Функционально полномочия по заключению трудового договора и его реализации возложены на администрацию. Волеизъявление предприятия осуществляется через администрацию. В то же время субъектом права признается предприятие, вступающее в правоотношения с гражданином, т. е. в качестве субъекта конкретного правоотношения [136.–С. 30–34]. Администрация не является каким-то самостоятельным образованием вне трудового коллектива и поэтому не может быть субъектом правоотношения, таковым является предприятие в целом. Администрация же выступает персонифицированным субъектом управления предприятия [136.–С. 66–67]. Но управление предприятием не сводится исключительно к административной деятельности, оно включает в себя и функции в области трудовых

отношений. Выполняя их, администрация и выступает в качестве стороны в трудовом договоре, действуя от своего имени как субъект управления предприятием, но в то же время выражая волю предприятия— субъекта трудового правоотношения. В некоторых правоотношениях, например, в коллективном договоре, содержанием которого является реализация взаимных прав и обязанностей администрации и рабочих (служащих) в лице соответствующей общественной организации, субъектами выступают как эта организация, так и администрация. Интересно то, что функция общественной организации в данном случае не только в представительстве, но и в организации выполнения коллективного договора. Субъектом выступает и трудовой коллектив. При этом администрация не исключается, вопреки высказываемому мнению [66,—С. 43], из органов трудового коллектива. Она, как и все члены трудового коллектива в определенной мере пользуется результатами!»! исполнения такого договора (например, в части социально-бытовой). На администрацию распространяется трудовое законодательство. Администрация как особая категория лиц входит в состав коллектива [110.—С. 47]. Поскольку деятельность этой группы связана с распорядительными функциями, то юридические последствия осуществления этих функций возникают и для отдельных членов коллектива и для всего коллектива. Но администрация не высший орган по отношению к коллективу, а часть его самого, только функции в коллективе распределены по-разному [136.—С. 64]. Мы не можем согласиться с Б. А. Венгеровым в том, что в трудовом отношении руководитель не входит в состав трудового коллектива и является представителем государства (администрацией) [27.—С. 55]. Тогда и выбирать, наверное, руководителей коллективом не следует. Не случайно в Законе о трудовых коллективах указано, что администрация представляет коллектив; представители администрации избираются в состав совета трудового коллектива.

Как указано выше, администрация, выступая участником правоотношения, не отождествляется с субъектом трудового правоотношения. Субъектом является предприятие—коллективный субъект, включающий и администрацию. Очень важно то, что администрация не только сторона, заключающая договор, но и исполняющая его, т. е. она не просто юридический представитель, а функциональный участник правоотношения. И все же, вопреки общетеоретическому понятию, она как участник не является исключительным субъектом правоотношения, возникающего внутри коллективного субъекта, между его составными частями. У этих частей своя особая направленность, связанная с направленностью деятельности субъекта в целом и определяющая ее. Конечно, мы вполне сознаем явную противоречивость в таком подходе. Участник не совпадает с понятием «субъект права» [132.—С. 115]. И все же в таком противоречии заключается суть данной проблемы, оно неизбежно, диалектично, иначе мы впадем еще в большее противоречие. Поэтому будем придерживаться терминологии Р. О. Халфиной и называть администрацию «участником правоотношения». В литературе по трудовому праву указанное

выше противоречие усугубляется еще и тем, что иногда «предприятие» как участник правоотношения противопоставляется администрации. Ранее мы уже высказывали сомнение в уместности такого различия: трудовое правоотношение членов бригады с предприятием и организационно-управленческое отношение коллектива бригады с администрацией [109.–С. 57]. Полагаем, что для такого разделения нет оснований. И предприятие, и администрация выступают как субъекты, т. е. на одной стороне правоотношения выступают два субъекта в различных аспектах единого правоотношения, причем участником–стороной является один из них–тот, на кого конкретно возложены трудо-управленческие, трудо-организационные функции. Эта конструкция подлежит еще теоретическому осмыслению, но есть же, например конструкция сложного юридического лица. Сложный субъект есть, как мы полагаем, и в трудовых правоотношениях. Следует отметить, что Н. Г. Александров различал имущественную правосубъектность предприятия и организационную–администрации в трудовых право-отношениях [[9.–С. 206–212]. В трудовом коллективе, как и в предприятии в целом возникает сложная система связей. В нее включаются и органы коллектива (совет, общественные организации). Эти органы находятся в соответствующих взаимоотношениях с администрацией, причем в некоторые из них представители администрации входят. Но правильно то, что деятельность коллектива, как правило, скоординирована [66-С. 42 43].

Итак, в понятие «предприятие» включается комплекс средств производства, обслуживаемый совокупностью работников-трудовым коллективом. Включают в него и нематериальные блага. В понятие «трудовой коллектив» входит совокупность, включающая и администрацию, и органы трудового коллектива. Позволим все это изобразить схематично. Связи действительно сложные. Через администрацию коллектив связан с предприятием в целом. Связаны с предприятием его подразделения, с коллективом предприятия коллективы подразделений. Рабочие и служащие подразделений через свои органы связаны с администрацией и тем самым с предприятием. Связаны рабочие и служащие непосредственно с администрацией предприятия.

1,2-средства производства, имущественные фонды

3.-5-Рабочие и служащие;

6,-8-органы трудового коллектива и общественные организации

9,-11-администрация

12-17-подразделения

На предложенной схеме мы и видим это сложное переплетение связей. При всем этом схема остается условной–все особенности, многообразие и противоречия связей в ней охватить трудно.

Таким образом нельзя утверждать, что трудовой коллектив не является субстратом предприятия, в том числе и обладающего признаками юридического лица, но все дело в том как понимать этот субстрат, как понимать положение трудового коллектива. Следует согласиться с тем, что «теория коллектива», правильная для своего времени, не может быть

безоговорочно принята сегодня. В настоящее время видны ее недостатки и одни из них—отождествление предприятия и трудового коллектива, который должен быть признан, как правило, субъектом трудового правоотношения [38.—С. 172— 173]. Этот коллектив в целом, его подразделения, рабочие и служащие, выступая именно в качестве субъектов трудовых правоотношений (мы не касаемся здесь колхозных и кооперативно-членских отношений), в таком качестве должным образом организованные, входят в предприятие и объединение, в том числе являющиеся юридическими лицами, но не отождествляются с ними. Они определяют, направляют деятельность юридического лица как субъекта гражданского права, субъекта хозяйственных отношений. Именно в этом и заключается сущность, его природа, его внутренняя устойчивая сторона. Но на современном этапе появляются новые тенденции, новые проявления трудового коллектива. Жизнь идет вперед и не учитывать это нельзя.

II. ПОВЕДЕНИЕ

Выше нами обоснована недопустимость отождествления предприятия, юридического лица с трудовым коллективом, с рабочими и служащими, с его людским субстратом. Утверждают, что на место юридического лица нельзя ставить коллектив, в противном случае он не может выступать как самостоятельный носитель прав [138.–С. 41]. Это утверждение означает, что следует говорить о поведении не рабочих и служащих, не об их поступках, о выполнении обязанностей не ими, а юридическим лицом. Но каких обязанностей, какого поведения? О поведении и обязанностях гражданско-правового характера, о выполнении хозяйственных договоров, допущении нарушений при их исполнении, отгрузки брака и т. п. Рабочие и служащие, трудовой коллектив в такого рода отношениях не состоят (будем пока считать так). Но, с точки зрения не юридической в гражданско-правовом смысле, а с точки зрения фактической и юридической в смысле трудового права нарушения допускают рабочие и служащие, свои трудовые обязанности выполняют или не выполняют они и именно это поведение рабочих и служащих формирует поведение юридического лица. При этом его поведение складывается из комплекса поступков рабочих и служащих, включающих и упущения администрации в подборе людей, воспитании, контроле и т. п. Так может быть все же поведение работников, трудового коллектива—есть поведение юридического лица, предприятия, тем более, что обосновывается наличие у него людского субстрата? На этот вопрос нельзя ответить положительно прежде всего потому, что сферы этого поведения различны—работники действуют в сфере трудовых отношений. Но не только поэтому. Поведение членов трудового коллектива многогранно. Это сложный процесс взаимодействия активного и пассивного, как правило, многих участников прежде всего трудовых отношений. Такое взаимодействие в конечном итоге формирует поведение юридического лица уже в другой сфере отношений.

Выполняя соответствующие функции в производственной и организационной деятельности предприятия, члены трудового коллектива тем самым сами по себе или воздействуя на других работников, либо воспринимая их воздействие, формируют, определяют деятельность предприятия как юридического лица в товарно-денежных отношениях, в том числе и в реализации договоров, в исполнении договорных и других обязанностей. Влияние на деятельность других функционально различно, определяется той ролью, которая отведена в процессе производства и управления. Совсем не обязательно, чтобы действовал весь трудовой коллектив, поведение отдельных работников, включая и администрацию, не трансформируется в поведение всего трудового коллектива. Тем не менее, поведение даже отдельных лиц, в соответствии с их функциональной ролью, может сформировать поведение юридического лица. Так, допустивший брак работник, даже если не учитывать бездействие других лиц, приводит к поставке брака юридическим лицом, т. е. к ненадлежащему исполнению этим лицом своих договорных обязанностей. Нередко действия руководителя,

выполняющего свои обязанности, трансформируются в поведение юридического лица, они определяют его поведение. При этом деятельность руководителя не отождествляется с деятельностью юридического лица, она направлена на выполнение определенной функции в комплексе функциональной деятельности коллектива. Ошибочен вывод об отождествлении действий органа объединения с действиями самого юридического лица [104.–С. 44]. Индивид, включенный в коллективный субъект «кооперативной деятельности», выполняет конкретные операции, осуществляет индивидуальное поведение, а сама коллективная деятельность не образуется в результате простой суммы индивидуальных деятельностей. Взаимодействие их значительно сложнее. Так, например, неправильное поведение руководителя должно вызвать отрицательную реакцию коллектива, который может и должен вмешаться и направить деятельность предприятия в нужном направлении. В условиях групповой деятельности существуют «отношения ответственной зависимости». Это сложная система связей в коллективе, она проявляется во взаимном возложении ответственности (в позитивном ее смысле) за результаты работы [99.–С. 95]. Проще решается проблема связи: рабочие и служащие–юридическое лицо при правомерной, позитивной деятельности. Все члены коллектива выполняют свои функции, совершают конкретные действия и из них складывается деятельность коллектива и поведение предприятия–юридического лица. Индивид участвует в деятельности социальной группы [120.–С. 242], в общем труде, в общей организации труда. Коллектив объединяет людей на принципах подчиненности, ответственности, согласованности [46.–С. 66]. Но, повторяем, деятельность отдельных рабочих и служащих не становится всегда деятельностью всего коллектива, хотя указанный выше принцип, несомненно, означает, что деятельные связи между членами коллектива существуют и нередко достаточно тесные и разнообразные. Но для поведения юридического лица совсем не обязательна связь: работник–трудовой коллектив–юридическое лицо. Достаточно, как мы указали, двухзвенная связь.

Следует заметить, что в отношении трудового коллектива в настоящее время наметилась особая тенденция: считать таким коллективом не любую общность людей, работающих совместно, а лишь высокоорганизованные группы, сплоченные, с высоким уровнем интеграции, с коллективисткой направленностью. Не сразу группа людей (бригада и т. п.) становится коллективом в этом смысле слова. Коллектив–это организованная группа, в которой существует общность целей, задач деятельности [90.–С. 68–69]. Несмотря на то, что в настоящее время на предприятиях¹ создаются условия для формирования именно такого коллектива (создание советов, расширение их прав и т. п.), видимо, все же нельзя утверждать, что в рамках всего предприятия, а не его подразделений (например, бригады) возникает такой высокий уровень интеграции, хотя в условиях подлинного хозрасчета повышается роль общности целей и задач. В определенном смысле именно поэтому мы не можем говорить о непосредственной связи поведения

отдельных лиц и групп с поведением всего коллектива. Такое утверждение было бы фикцией. А ведь, поскольку речь идет о деятельности юридического лица, имеется в виду не коллектив подразделения или группы, а трудовой коллектив в целом. Само собой разумеется, что деятельность рабочих и служащих предприятия не может рассматриваться вне социального окружения, вне группы, вне общности, вне коллектива, к которому они принадлежат. Очень важно групповое взаимодействие. Общепсихологическое понимание предметной деятельности включает в нее и коллективную деятельность [91.–С. 83–84]. Поэтому, несомненно, нельзя видеть формирование поведения юридического лица, исключительно основываясь на поведении отдельных работников. Робинзонады на современных предприятиях не бывает. Деятельность одного члена коллектива связана с деятельностью, а, если она негативная, нередко с бездеятельностью, других лиц. Но, повторяем, далеко не всегда даже с большинством членов трудового коллектива. Иное дело – правомерная деятельность, в которой все в принципе решают общие задачи и цели с учетом своей функциональной роли, хотя и в этом случае могут быть противоречия интересов. И вообще не всегда есть непосредственные общие связи. Даже в правомерной деятельности должен в первую очередь учитываться «узкий» коллектив, в котором эффективно товарищеское взаимное воздействие. Такая эффективность в большом коллективе практически далеко не всегда возможна [100.–С. 58]. Нельзя проходить мимо, нельзя не учитывать связи и отношения участников процесса деятельности, в рамках которых происходит воздействие людей друг на друга. Это очень важно и тогда, когда результат может быть достигнут только объединенными усилиями [6.–С. II, 13]. Именно признание коллективного элемента в трудовом правоотношении позволило с юридической стороны признать рабочего и служащего не только работником, но и участником управления производством. «Труд работника в социалистическом обществе, – пишут С. Д» Иванов и Р. З. Лившиц, – это сочетание производственной и организационной деятельности» [41.–С. 136]. Именно такой подход к деятельности членов трудового коллектива позволяет обосновать формирование этой деятельностью поведения юридического лица.

В правовой литературе влияние поведения отдельных работников и групп трудового коллектива на поведение предприятия обычно связывается с виной, тем более, что вина конкретного работника отождествляется часто с виной юридического лица. Вопрос о вине и о правомерности такого отождествления будет рассмотрен в следующей главе. Сейчас же нас интересует то, насколько поведение конкретных работников повлияло на результат деятельности юридического лица. И не в плане условий ответственности, а в плане формирования поведения, хотя, несомненно, поведение отдельных рабочих и служащих в негативном плане (а мы сейчас обращаемся именно к такому поведению) выступает в качестве причинной связи – как одного из условий применения ответственности к Юридическому

лицу. Влияние поведения работников на негативную деятельность юридических лиц показана в правовой литературе, хотя, как мы указали, объективное поведение ошибочно связывается с категорией вины. В то же время нельзя не отметить, например, правильное утверждение Н. С. Малеина о том, что действия органа порождают соответствующие права и обязанности юридического лица. Правильно и то, что следует говорить не о вине органа, а о виновных действиях [62.–С. 54]. Но главное в этом случае все же не вина, а действия. Именно действия членов трудового коллектива, в том числе и органа определяют действия юридического лица, формируют с учетом поведения других работников или даже без такового, его поведение. Вина – это уже характеристика этих действий. Н. С. Малеин указывает на такие служебные действия руководителя, как подписание незаконной сделки, ненадлежащий выбор работника, несоответствующий надзор за ним. Но вот вывод о том, что нарушение требования по воспитанию кадров и по контролю за ними означает ненадлежащую организацию работы и в этом проявляется вина предприятия – не приемлем [62.–С. 54]. И дело не только в том: организация деятельности юридического лица или сама эта деятельность. Главное – это то, что не вина должностных или других лиц предприятия определяет его вину, а осуществление ими деятельности, функциональных действий определяет поведение предприятия, юридического лица. Правильно отвергает Н. С. Малеин признание рабочих и служащих третьими, чужими лицами по отношению к предприятию. Из служебных действий работников, утверждает автор, как раз и возникает деятельность юридического лица. Это правильное утверждение. Но ведь возникновение не идентично отождествлению деятельности, а ведь автор несколькими строчками выше говорит о том, что деятельность рабочих и служащих представляет собой деятельность юридического лица [62.–С. 56]. Отождествления не может быть, как мы указали, из-за разных сфер деятельности: трудовые отношения и гражданско-правовые. А вот образование, т. е. формирование деятельности – это правильно. Как правильно то, что производственная и иная хозяйственная деятельность осуществляется силами коллектива, каждым работником, что из промежуточных и частных задач и операций складывается выполнение общих задач. Но нельзя согласиться с тем, что «действия одного работника или внутреннего звена представляют собой действия всего коллектива» [62.–С. 57]. И дело здесь уже не в разных сферах деятельности, а в том, что это просто не соответствует действительности. Ведь правильно говорится о том, что коллектив не обезличенная масса. Зачем же тогда обезличивать деятельность отдельных работников? Деятельность предприятия может формироваться и в результате деятельности отдельных работников, и в результате деятельности части или всего коллектива. Возникает вопрос: не должен ли быть различным подход к деятельности предприятия как юридического лица в гражданском обороте и к деятельности предприятия в производственной сфере? И если это так, то не будет ли такой вывод означать явного противоречия: в одном случае деятельность коллектива,

работников только формирует, в другом отождествляется? И как такое противоречие возможно в рамках одного и того же предприятия? И надо ли что-то формировать, если уже сформировано, т. е. есть производственная деятельность самого предприятия, а значит и любая его же (самого предприятия) деятельность? Это серьезный вопрос. Попытаемся в нем разобраться.

Во-первых, для того, чтобы говорить об отождествлении действий в любой сфере, необходимо отождествление субъектов деятельности. Если такого совпадения нет, то тождество алогично. Действительно, распространено мнение о том, что предприятие (юридическое лицо)—это организованный соответствующим образом коллектив. Но так ли это? Выше мы убедились, что такое определение предприятия недостаточно и что предприятие—это не просто коллектив. Предприятие осуществляет свою деятельность силами коллектива [47.—С. 4]. Такое положение не изменяется и сегодня. Так, в Законе о государственном предприятии (объединении) в п. 2 ст. 1 сказано о том, что на государственном предприятии трудовой коллектив как хозяин создает и приумножает народное богатство, обеспечивает сочетание интересов общества, коллектива и каждого работника. Совместная трудовая деятельность объединенных в трудовой коллектив работников осуществляется на предприятии, где происходит взаимодействие людей и средств производства. Предприятие образуется путем наделения трудового коллектива средствами производства [55.—С. 25, 31]. Таким образом трудовой коллектив действует на предприятии, а не является самим предприятием. Значит и производственная деятельность коллектива—это не есть производственная деятельность предприятия. Можно утверждать, что деятельность коллектива формирует такую же деятельность предприятия. Деятельность трудового коллектива—сложное единство различных связей и отношений. У этой деятельности есть техническая сторона (определенные способы соединения производителей со средствами производства), но у деятельности коллектива есть организационная и социально-экономическая стороны [55.—С. 31]. Одна лишь техническая сторона не определяет деятельность предприятия. Тем более, если учитывать определение этой деятельности во многих случаях не всем коллективом. Техническая деятельность рабочих и служащих—это только труд, его методы и приемы. Производственная деятельность предприятия—это создание материального продукта, куда входит и труд по его созданию. В производственную деятельность включается и организационная деятельность определенной части коллектива. Вот поэтому тождества нет, а есть формирование трудовой деятельностью коллектива и его звеньев производственной деятельности предприятия.

Во-вторых, должна ли производственная деятельность предприятия отрываться от сбытовой сферы, от юридической, договорной сферы по реализации произведенной продукции? На этот вопрос следует ответить отрицательно. Собственно говоря, подобный вопрос вряд ли возникает при осуществлении, например, такой хозяйственной деятельности, как перевозка

грузов, при капитальном строительстве. Почему же он возникает при поставке? Ведь производство осуществляется не само по себе, не ради производства, а ради реализации изготовленной продукции в соответствии с государственными заказами и договорами. В том же пункте Закона о государственном предприятии сказано, что предприятие «производит и реализует продукцию, выполняет работы и оказывает услуги в соответствии с планом и договорами». Кстати, договор поставки определяется как договор, в силу которого «организация– поставщик обязуется изготавливать (заготавливать) и передавать определенную продукцию в собственность или оперативное управление организации–покупателя...» (37.–С. 45]. И хотя не все согласны с включением в этот договор производства продукции, но очевидно, что производство осуществляется для реализации, неразрывно связано с ней, поэтому вряд ли правильно отделять производственную деятельность в хозяйственных отношениях от гражданско-правовой сферы деятельности юридического лица. Таким образом мы приходим к выводу: в любом случае, когда речь идет о деятельности предприятия, юридического лица – эта- деятельность формируется, определяется деятельностью трудового коллектива и его составных звеньев при осуществлении трудовых, в том числе производственно-технических и организационных функций в рамках трудовых отношений. Повторяем, эти деятельности не отождествляются, трудовая (и конечно социальная) деятельность определяет поведение предприятия, юридического лица. Но тысячу раз прав Н. С. Малеин и другие ученые, отрицающие то, что в данном случае имеют место действия третьих лиц или «чужие» действия [63.–С. 169]. Трудовой коллектив–это коллектив предприятия, его основная часть, его стержень, и именно через рабочих и служащих, через трудовой коллектив «осуществляется вся деятельность юридических лиц как правомерная, так и противоправная», они ее определяют.

Отмечается, что от качества выполнения работниками служебных обязанностей, от их умения, опыта, добросовестности зависит (именно «зависит») надлежащее исполнение хозорганом обязательств. Ненадлежащее поведение работников приводит (автор употребляет слова «складывается», «образуется», но не слово «означает») к ненадлежащей деятельности предприятия. И хотя отсюда совсем не следует, что вина работника–это вина предприятия [62.–С. 58], никакой связи, как мы увидим в следующей главе, здесь нет. (она не может быть), –указание на связь действий, конечно, правильная. Н. С. Малеин делает важный вывод: «действия отдельных работников, выполняющих свои служебные обязанности, образуют (опять не «составляют», а «образуют» В. О.) деятельность юридического лица как единого целого» [62.–С. 59]. Таким образом, автор подтверждает, что даже деятельность одного работника приводит к деятельности всего предприятия. Он затрагивает и очень важный вопрос о границах формирования деятельности предприятия, считая (и это не только его мнение), что специальная компетенция хозоргана ограничивает его деятельность и устанавливает пределы деятельности, обязанности работников, а значит выход

за эти пределы, действия вне служебных обязанностей не тождественны деятельности работника [62.–С. 59]. Исходя из обосновываемой нами конструкции возникает вопрос: формирует ли такая деятельность поведение юридического лица? Этот вопрос остается в силе и при расширении прав, специальная правосубъектность не должна отменяться и в любом случае возможны действия, противоречащие закону, С. Н. Братусь связывает ответ на данный вопрос, при рассмотрении деятельности органа юридического лица, с субъективным моментом: должен был или нет контрагент знать о полномочиях органа при заключении сделки [24.–С. 208–209]. Но, во-первых, вопрос не сводится только к заключению сделки и только к органу юридического лица, а во-вторых, дело не в проявлении бдительности со стороны контрагента (в этом С. Н. Братусь, конечно, прав), а в принципиальном положении: являются ли действия органа и любого члена коллектива, выходящие за пределы компетенции, действиями юридического лица? Вопрос об ответственности важный, но он самостоятельный вопрос.

Н. С. Малеин полагает, что действиями предприятия становятся такие служебные действия работника, которые были направлены на исполнение порученной работы, даже если они и отклонялись от указаний администрации. Но если работник действовал в корыстных личных интересах, то такие действия нельзя признавать служебными [62.–С. 62]. Этот вывод вызывает сомнения. В то же время справедливо отрицание действий предприятия в тех случаях, когда действия работника не вытекают по своему содержанию из его положения в качестве рабочего или служащего данного предприятия, т. е. те противоправные действия, которые не связаны с исполнением служебных обязанностей. Но ведь такая связь может быть и при преследовании личной цели? В. Т. Смирнов и А. А. Собчак, придерживаясь конструкции: действия работника–есть действия организации, считают, что такими действиями должны признаваться служебные действия работника, которые он мог совершить в качестве работника, причем это относится и к правонарушениям [108.–С. 84]. Правильный вывод. Если неправомерное действие работника становится возможным именно в силу осуществления им (ненадлежащего осуществления) служебной деятельности, то и такое поведение определяет поведение предприятия [78.–С. 75, 77].

Правильно то, что на предприятии существует связь и взаимная согласованность компетенций и служебных обязанностей. Деятельность каждого связана с деятельностью других и всего коллектива, существует взаимовлияние. Действия могут быть остановлены, изменены. Поэтому поведение предприятия становится таковым в силу действий или бездействий многих. Здесь нет простой арифметической суммы отдельных изолированных действий работников [62.–С. 64–65]. И это правильно. В то же время Н. С. Малеин вынужден при определении вины отказаться от своего же обобщения и говорить только о ненадлежащем исполнении обязанностей отдельными работниками [62.–С. 68].

Б. С. Антимонов отметил не совпадение отраслей права при учете вины. Но при этом он говорит не о вине, а о поведении. Автор полагает, что учитывать вину должно трудовое право, а гражданское учитывает деятельность организации как отдельного субъекта. Нужно установить не только поведение данного работника, но и выявить могли ли другие предотвратить отрицательный результат. Так, например, ссылка на замену контингента не была принята ибо организация технологического процесса и подбор кадров лежат на поставщике (точнее—на определенных его работниках) [19,—С. 77–79].

Ф. Л. Рабинович, как не старался уйти от отождествления поведения с виной, от объективизации вины, критикуя за это Н. С. Малеина, сделать это не сумел. И хотя он утверждает о формировании (что, несомненно, правильно) воли коллективного субъекта его работниками, рекомендует для этого доказывать вину конкретных лиц [100—С. 65]. Автор говорит о формах вины, приводя примеры поведения со стороны отдельных работников предприятий, которые были расценены как деятельность предприятия, его поведение. Так, руководители Киевского сеточно-электродного завода продали без нарядов 170 тыс. кв. м металлической сетки и 700 т электродов при невыполнении договоров с другими потребителями. Руководители металлургических заводов совершают самоуправные действия по израсходованию ресурсов. Руководящие должностные лица избрали путь—перевыполнения заданий по производству материальных изделий с целью перекрытия невыполнения поставки по другой номенклатуре, работники отделов сбыта допускают недогруз, с целью получения премии работники идут на нарушения качества. Работники объединения допускали случаи отгрузки недоброкачественной сырой резины, ОТК не обнаружил недостатки в продукции в процессе контроля. Руководители завода отказались от оплаты счета с целью использования чужих средств, работники поставщика допустили хищение ценностей, в результате чего ~ произошла недостача со стороны юридического лица [100.—С. 79– 85].

* * *

Необходимо разобраться в одной принципиальной проблеме—в механизме формирования поведения юридического лица. Этот механизм связывается с образованием воли предприятия, с формированием этой воли, с трансформированием воли органа, отдельных работников в волю предприятия. Одновременно возникает вопрос и о формировании воли трудового коллектива, о соотношении воли трудового коллектива с волей отдельных работников и с волей юридического лица. Нужно сказать, что многие ученые, понимая волю как целенаправленность, как желание и стремление или, во всяком случае, как что-то близкое к этим понятиям, связывая нередко (хотя и не всегда) волю с виной, а поэтому с ответственностью, главным образом были заняты лишь выяснением вопроса чья же воля означает (иногда все же «определяет», «формирует») волю предприятия, юридического лица. Правда, даже те авторы, которые указывали на волю органа, не исключали деятельность коллектива,

утверждая, например, что волеизъявление органа предполагает деятельность всего коллектива по подготовке акта волеизъявления. Н. С. Малеин, исходя из защищаемой им концепции «отождествления», полагает, что воля юридического лица не может быть иной, чем воля коллектива (руководителя и работников). Эта воля проявляется в процессе производства, в котором занят весь коллектив, в заключении руководителем договоров, при котором выражается мнение коллектива и свое собственное как участника коллектива, а также воля государства [62.– С. 50]. Автор не допускает возможности направления воли коллектива на совершение противоправных действий, считая, что коллективная воля не сводится к механической сумме индивидуальных волей, а представляет собой новое качество. Воля юридического лица, как утверждает автор, – это организованная общественная воля коллектива. В то же время порочная воля как элемент вины работника не характеризует воли всего коллектива, но образует вину юридического лица, выражаясь в служебных действиях работника [62.–С. 66–69]. Из этих рассуждений следует, что Н. С. Малеин различает формирование воли коллектива: при правомерном поведении – это организованная воля всех, при неправомерном – это воля только отдельных нарушителей. Если в первом случае воля коллектива означает и волю предприятия, то во втором случае воля работников не становится волей предприятия, но приводит к виновным действиям юридического лица. Против несогласованности волей участников коллектива при правонарушении выступает В. А. Тархов, ссылаясь на решение коллегиального органа [124.–С. 78]. В рамках органа, малых коллективов такое согласование, конечно, возможно.

И. Н. Петров отмечает различные варианты воли юридического лица (отождествление воли): коллективная воля, воля органа или представителя, воля отдельных работников (членов). Первый случай бывает при объективном выражении воли вовне. В гражданско-правовых отношениях, по мнению автора, заключение и исполнение договоров осуществляется отдельными работниками и санкции коллектива не требуется [89.–С. 111]. С этим сегодня согласиться нельзя с учетом расширения прав трудовых коллективов и их органов.

Второй вид воли юридического лица (воля органа) имеет значение, как пишет И. Н. Петров, при установлении или изменении договорных отношений (внешнее выражение). Таким образом в гражданском праве воля органа юридического лица и воля его представителя (в установленных пределах) считаются, по мнению автора, волей юридического лица. Обращаясь к соотношению воли юридического лица и его членов (работников) применительно к правонарушениям, И. Н. Петров указывает на серьезные противоречия в конструкции отождествления. Одно из таких противоречий он усматривает в том, что отождествление виновного поведения неизбежно приводит к отождествлению воли. Автор поэтому делает категоричный вывод: волевые действия юридического лица совершаются его органом, иначе любой работник будет признан носителем его воли. Более того, автор не считает возможным волю отдельного

работника отождествлять с волей коллектива. Он резюмирует свой подход к воле следующим образом: воля юридического лица выражается только его органом [89.–С. 113–115]. Но ведь это не ответ на вопрос. Остается не ясным, что же это за феномен «воля юридического лица», как она образуется. Ведь получается, что юридическое лицо имеет свою волю, а она лишь выражается его органом. Не хотел ли автор сказать иначе о том, что воля предприятия выражается как воля органа. Но тогда, как же быть с правонарушением, которое, выполняя трудовые обязанности, совершают работники?

Ю. К. Толстой отрицает то, что коллектив, как субстрат юридического лица, определяет содержание воли руководителя предприятия в гражданско-правовой сфере. Одним из аргументов автора является и такой: юридическое лицо воздействует не на поведение коллектива рабочих и служащих, а на поведение каждого работника, как стороны в трудовом договоре, заключенном юридическим лицом [126.–С. 70–73]. Здесь важно обращение к трудовым отношениям, но в современных условиях необходим учет и коллектива.

В. С. Якушев также обращается к трудовым правоотношениям. Не касаясь вопросов воли, он указывает на психические процессы образования деятельности предприятия. Автор прав, отмечая, что не только психические процессы определяют его поведение, существует еще сложная сеть общественных связей. Но прав он и в том (и мы сейчас на это прежде всего обращаем внимание), что «функционирование предприятия имеет в своей первооснове труд каждого работника в отдельности» [148.–С. 236]. Конечно, деятельность предприятия не определяется суммированием поведения или психических процессов. Она формируется в результате деятельности отдельных работников в их связях и отношениях, их волевого регулирования, включая и коллективистские связи в современных условиях. В этом комплексе связей несомненно проявляется как поведение, так и регулирование этого поведения со стороны органа юридического лица (например, его бездействие, пассивное регулирование). Совершенно правильно утверждая о проявлении деятельности предприятия через выполнение работниками трудовых обязанностей, урегулированных нормами трудового права, а первооснову его неправомерного поведения считая трудовые правонарушения, В. С. Якушев полагает, что обращение в этих случаях к органу предприятия происходит с позиции юридической личности предприятия [148.–С. 237]. т. е. с точки зрения гражданско-правовой. Но орган юридического лица выступает в двойном качестве, причем в данном случае как выполняющая определенные трудовые функции часть трудового коллектива.

В свое время В. Т. Смирнов возражал против отождествления нарушений со стороны отдельных работников с неправомерной деятельностью юридических лиц, но и не допускал проявления упречной воли всего коллектива в поведении конкретного работника [107.–С. 270–274]. Последнее замечание во многом правильное, даже с учетом расширения роли коллектива, поскольку действительно далеко не всегда происходит согласование воли всех или большинства (прежде всего в деликтных

отношения). С этим положением не согласен Г. К. Матвеев, сославшись на случаи информированности коллектива о фактах правонарушений, на недопустимость отрыва коллектива от отдельных работников, игнорирования соотношения личности и коллектива [68.–С. 239–241]. Автор исходит из различия индивидуальной и коллективной воли, индивидуальных и коллективных действий. Как полагает Г. К. Матвеев, воля и действия юридического лица состоят из воли и действий его- членов (участников) и органов, но не сводятся механически к простой сумме их воли и действий, хотя и складываются из индивидуальных волевых действий. Это организованная деятельность в новом качестве. Автор имеет в виду ту волю, которую не всегда могут мобилизовать на выполнение поставленных задач [68.–С. 217]. Интерес представляет выяснение автором вопроса, чьи действия должны рассматриваться в качестве действий юридического лица. Отвечая на этот вопрос, Г. К- Матвеев указывает прежде всего на то, что орган юридического лица, совершая от его имени определенные действия, выражает волю этого лица, но орган имеет и свою собственную волю, обусловленную волей юридического лица, не сводимую к ней, проявляется собственное творчество. При этом выход органа за пределы компетенции (правомочий) исключает ответственность юридического лица [68.–С. 222–224]. Оценка последнего вывода нами дана выше, применительно к деятельности любого работника, связанной с осуществлением (надлежащим или ненадлежащим) своих обязанностей. По первому же вопросу следует отметить, что прежде всего нужно определить формирование воли юридического лица, а не наоборот–формирование воли органа через волю юридического лица. По всей видимости, правильней связывать в! таком плане волю органа (и совершенно прав автор в том, что она сохраняется) с формирующей и определяющей ее волей коллектива, поскольку волеизъявление предприятием осуществляется через волю органа. Обращаясь к поведению представителей юридического лица, Г. К- Матвеев оспаривает конструкцию М. М. Агаркова об ответственности за чужую вину, считая, что, действия представителей в пределах полномочий являются действиями самого юридического лица, как «продолжение» деятельности органа, администрации. При этом автор широко понимает категорию «представитель», фактически связывая ее с различными работниками предприятия, выполняющими свои трудовые функции. Г. К. Матвеев считает: действия юридического лица (включая и противоправные) признаются исходящими от лиц, которые организуют его деятельность и входят в его состав, от порочной воли всех этих лиц. Кстати, автор говорит о фактических действиях, а не о воле: директор дал распоряжение, продавец отпускает товар, нет недостатков в выборе и контроле. В рассуждениях автора есть несомненно правильные положения. Так, например, справедливо указывается на то, что действия рабочих и служащих должны находиться в связи с осуществлением служебных обязанностей, только тогда они относятся к деятельности юридического лица [68.–С. 225, 230–233]. Вопрос только в том, как понимать эту связь. Из приведенного примера следует

действительно отсутствие какой-либо связи: пьяная драка направленных на работу лиц. Эта драка не произошла из-за того, что рабочие работали в данном предприятии и не из-за того, что они выехали на сплав леса. Но не будет ли «отсутствие связи» пониматься расширительно? Правильно указание на то, что представитель является самостоятельным субъектом. Кстати, это относится и к такому представителю, которым является структурная единица объединения, даже в тех случаях, когда она заключает договоры от имени объединения. Поэтому и до Закона о государственном предприятии такие единицы выступали как субъекты права и именно гражданского права, к которому относится институт такого представительства. Служебное же представительство работников осуществляется в рамках трудовых отношений. Правильна ссылка на действия работников, на их порочную волю, даже на то, что не всегда есть взаимная связь индивидуальных- провинностей. Но мы не можем принять конструкцию «тождества», разделяемую автором, признание им действий юридического лица как таких, которые исходят от указанных работников. Не о тождестве, а о формировании нужно говорить. Не касаясь других аргументов, сошлемся здесь лишь на такой. Работники предприятия одновременно могут совершать и противоправные и, как правило, правомерные действия. Если все их считать действиями самого предприятия, его порочной и непорочной волей, то, как прикажете понимать волю и действия самого этого предприятия? Как какой-то конгломерат? Как какую-то смесь? В том-то и дело, что поведение предприятия формируется, определяется. Механизм же формирования заключается в воле.

В. Т. Смирнов и А. А. Собчак, дискуссия с Г. К. Матвеевым, прежде всего не согласны с тем, что юридическое лицо он связывает не с индивидуальными усилиями, а с коллективом при неправомерной деятельности. Авторы полагают, что исполнение договорной обязанности юридического лица «растворяется» в коллективе (во всем или в значительной его части). Такое же «растворение» существует и при нарушении договора. А при внедоговорном нарушении происходит иное: допускает нарушение индивид, в его действиях выражается функция коллектива, поэтому такие действия индивида принимает как свои коллектив и несет за них ответственность [108.—С. 83, 85]. Конечно, коллектив вправе принять на себя ответственность, как это сейчас имеет место в бригадах, но весьма спорно отождествление действий индивида, даже не с действиями предприятия (с чем мы тоже не согласны), а с действиями всего коллектива. Это еще в большей степени проявляется при деликте, который хотя и связан с выполняемыми функциями, но далеко не всегда с поведением других членов коллектива. Коллективистско-структурный Подход характеризует позицию В. К. Андреева. Понимая волю как сознательную целеустремленность хозяйственного органа на выполнение определенных действий, он полагает, что содержание коллективного права и обязанности хозяйственного органа невозможны без актов руководства, подразделений и самого трудового коллектива. При этом формируемо отличающиеся, разные мотивы

деятельности, встречаются и аномальные устремления. Но в целом превалирующее регулирование принципиально, позволяет говорить о единстве волевого регулирования. В то же время предприятие может совершить конкретные действия и не в результате превалирующего регулирования, не в результате единой воли. В частности, такая коллизия возникает при отклонении от правомерного поведения. Указывается на возможность возникновения субъективных прав у производственного объединения в результате исполнения трудовых функций одним или несколькими работниками также тогда, когда действия не всех работников направлены на осуществление прав и исполнение обязанностей объединением [13.–С. 71]. Прав К. Э. Торган в том что объективные условия не однозначно детерминируют интересы в коллективе и уровень их осознанности различен. Этот уровень и определяет волю и деятельность структурных групп. При этом обращается внимание на трудности в подходе формирования субъективных интересов производственного объединения, аналогично трудностям формирования воли юридического лица [129.– С. 30]. Эти трудности видны из уже изложенного разночтения при подходе к соотношению воли индивида– коллектива–органа, к коллективистскому пониманию воли.

Позволим себе сослаться еще на некоторые взгляды. А. В. Мицкевич, как и некоторые другие ученые, в свое время занимал антиколлективистскую позицию, утверждая, что воля коллектива не выражается в договорных отношениях предприятия, она не определяет единоличных действий органа. Личный состав государственного юридического лица, по мнению автора, не выступает как выразитель его воли. Воля коллектива находит непосредственное юридическое выражение в правах и обязанностях общественных организаций, через них коллектив участвует в управлении производством [75.–С. 147–149]. Расширение непосредственной демократии предприятий, радикальное изменение роли трудовых коллективов, формы управления, введение выборности, обязательности решений советов трудовых коллективов по многим вопросам, демократизация всех сторон нашей жизни опровергают такой вывод. Но А. В. Мицкевич сделал свой вывод в период фактического принижения роли трудового коллектива, даже его участие через общественные организации подчас носило формальный характер. Тем более не всегда подкреплялись фактическим положением дел высказывания о значимости коллективной воли. И все же в теории гражданского, да и не только гражданского права пробивала дорогу, утверждалась концепция, заключающаяся в том, что деятельность юридического лица связывается с деятельностью коллектива, что без коллектива эта деятельность определяться не может, И все же нужно разобраться в защищаемом положении: деятельность юридического лица, складывающаяся из волевых актов отдельных работников, вовне выступает как деятельность единого организованного коллектива [25.–С. 189–191]. Несомненно прав С. Н. Братусь в том, что существуют различные формы участия коллектива, что не все сделки могут предварительно одобряться,

хотя желательно дальнейшее расширение демократии в сфере хозяйствования, участия трудящихся в управлении производством. Но все это относится к правомерным действиям, к заключению хозяйственных договоров. Правильно указывалось на то, что недопустимо пренебрегать мнением трудового коллектива, что необходимо наделить его решающими полномочиями [60.–С. 29, 31]. Это реализовано в п. 2 ст. 7 Закона о государственном предприятии (объединении): «Решения совета трудового коллектива, принятые в пределах его полномочий и в соответствии с законодательством, обязательны для администрации и членов коллектива».

Изложение различных позиций по данному вопросу требует обращения и к точке зрения, отрицающей широкий подход к коллективной воле. Мы имеем в виду точку зрения Н. А. Абрамова. Свой вывод он строит на примере допущения ошибки экспедитором при отгрузке продукции. Автор полагает, что нельзя ставить знака равенства между ущербной волей отдельных лиц и волей всего коллектива, во многих случаях коллективу ничего не известно. [8.–С. 36–37].

Закономерности образования воли юридического лица требуют изучения, причем, несомненно, что эта воля отличается от воли его отдельных работников. Методологическая ошибка допускается в тех случаях, когда не видят различия при образовании правомерной воли и неправомерной воли, как элемента вины [26.–С. 64]. Ние и выражение воли существенным образом отличается от воли индивидуального субъекта. Воля хозяйственного органа как коллективного субъекта (именно так его понимает автор) формируется и выражается не через волевые поступки отдельных работников (это трудовое и колхозное право), а посредством действий руководства, внутренних подразделений, структурных единиц, а иногда и всего коллектива. Опровергается им и позиция С. Н. Братуся (воля органа юридического лица), поскольку воля органа не может быть сведена к действиям единоличного руководителя, а коллективная воля не может быть волей только органа [17.–С. 95–97]. Содержание воли коллектива хозяйственного органа–юридического лица определяется целями и задачами, поставленными перед ним. Деятельность коллектива, предприятия, объединения «должна быть согласована путем выражения воли либо всеми (большинством) членами данного коллектива, дирекцией, должностными лицами, либо подразделениями хозоргана». Отметим прежде всего то, что С. Н. Братусь имел в виду совсем другой орган. Но дело не в этом. Воля вообще не может быть сведена ни к каким действиям. Не совсем понятно в каком качестве включаются подразделения: то ли как целое, то ли их руководители, то ли их коллективы. И как все же быть, если была воля, был поступок отдельных работников (групп), а не всего (большинства) коллектива и не подразделений предприятия? Мы не отрицаем того, что воля и поведение рабочих и служащих относятся к области трудового права. Кстати, воля трудовых коллективов тоже из этой области. Не противоречит этим отношениям и социально-психологический аспект [83.–С. 154]. Но все дело в том, что трудовые отношения не выступают аргументом против

определяемой сущности и поведения юридического лица, как это полагает В. К. Андреев, а лишь отвергают конструкцию «тождества». Бесспорно, в современных условиях укрепляется единство коллективной воли, расширяется ее значение в формировании воли органа, воли предприятия, но это отнюдь не позволяет отбросить в сторону индивидуальную волю, индивидуальное поведение, индивидуальную вину, индивидуальную ответственность. Коллективная воля создает возможности для пресечения проявления порочной индивидуальной воли, а не условия для круговой поруки. В свое время В. К. Андреев подходил к данной проблеме несколько иначе, считая, что вырабатывать и выражать волю юридического лица могут лишь определенные работники, весь коллектив участвует в исполнении этой воли [12.–С. 55]. Такое противопоставление в сегодняшних условиях неприемлемо. Уровни формирования и исполнения различны. В условиях подлинного хозрасчета и самоуправления заключение хозяйственных договоров недопустимо без участия коллектива, без учета его мнения, поэтому нельзя исключить волю коллектива при формировании воли руководителя. Права М. Г. Пронина в том, что в сфере гражданского оборота воля руководителя предопределяется волей коллектива. В актах органа выражается воля его и коллектива, указывает автор. Это в правомерных действиях юридического лица. Но и в неправомерных его действиях следует исходить из сущности юридического лица, из регуляции его поведения. Первоначальным моментом выступает поведение (автор говорит о вине) конкретных работников, но происходит перерастание с учетом взаимосвязи и взаимозависимости трудовых функций, происходит взаимообусловленность воли, возможна нейтрализация последствий неправомерных действий отдельных лиц, необходимо активное, целенаправленное поведение работников [94.–С. 31–38]. В то же время автор указывает на то, что коллективная воля не обязательно должна быть выражена всем коллективом или большинством его членов. Коллективная воля, как и коллективный интерес—это не только «всеобщее», но и взаимная зависимость индивидов. Такая воля формируется в совместном поведении людей, в условиях социальной общности. Воля юридического лица—коллективная воля возникает в процессе взаимодействия индивидуальных волей, в том числе и руководителей [94.–С. 29, 30, 38].

Прежде всего для правильного разрешения данной проблемы необходим правильный подход к самому понятию «воля». Ошибкой многих является отсутствие четкого подхода к этому понятию либо принятие неправильной конструкции воли. В настоящей работе нет надобности подробно рассматривать данный вопрос, исследованный нами в целом ряде других работ [83.–С. 9–47]. Воля имеет индивидуально-психологический и социальный аспекты. Причем индивидуальная воля— явление социальное, а социальная воля остается волей реальной человеческой личности. Воля заключается в процессе психической регуляции и в этой регуляции ее конструкция едина, хотя содержание может быть различным. Существует единство индивидуального и коллективного аспектов, т. е. социально-

волевое регулирование [85.–С. 100]. И все же, безусловно, справедливо утверждение С. С. Алексеева о том, что в каком бы смысле слово «воля» не употреблялось, оно всегда обозначает психологический процесс, процесс, происходящий в психике людей» [10.–С. 27]. В этом плане весьма странным выглядит замечание о том, что при исследовании нами воли последняя понимается только как психологическое понятие, психологический процесс – а следовало раскрыть и ее социальный аспект в качестве объективного волевого общественного отношения, существование воли в волевом отношении, объяснить наличие субъектов с изъянами воли, объяснить, наконец, само право в качестве волевого феномена [36.–С. 22–23]. Мы еще раз подтверждаем, что психологическая суть воли остается всегда, в любом ее аспекте. Недопустимо отождествлять волю с ее объективным выражением, реализацией в объективном волевом общественном отношении, как недопустимо смешивать объективизацию воли с ее социальным аспектом. О воли в понимании права, об изъянах воли, о ее объективизации в определенной мере говорилось в указанной монографии. Но допускаем, что недостаточно и возможно не всегда четко. Несомненно и то, что воля–категория многоаспектная, укоренились (и не могут быть отброшены) различные подходы к ней. Так, например, особого рассмотрения действительно заслуживает социально-волевой аспект воли, в последующем мы уделили внимание этико-психологическому аспекту воли. Право продукт воли, но оно и воздействует на нее. Вне волевых актов и их исполнения право теряет свой смысл. Но при всем при том психолого-правовой аспект воли определяется как регуляция поведения. Необходимо различать волевой психологический процесс и волеизъявление. Психолого-правовой аспект воли означает, что она выступает и в качестве нормативного регулятора поведения, и в качестве субъективного регулятора, направляющего поведение вопреки потребностям и интересам или в соответствии с ними, с учетом или нет нормативных предписаний, убеждений и нравственных требований. Он заключается в таком социально-психологическом регулировании, которое приводит к выбору имеющего правовые последствия варианту поведения. Процесс регуляции включает социальные моменты, но по своей сути – он психологический, а его свойства – сознание, усилия, направленные на не-обходимый выбор и на его реализацию в объективном действии [85.–С. 104–107]).

Поведение юридического лица формируется через коллективную волю. Но коллективную волю не следует сводить к воле всех, на что указала М. Г. Пронина и о чем указывалось выше. При этом главным образом речь идет о формировании негативного поведения юридического лица. Нельзя отрицать того, что отдельные работники, регулируя свое поведение на достижение отрицательного результата, формируют в конце концов и волю других, регулируя поведение в определенном направлении. Но, конечно, не всего коллектива. Как мы указали ранее, под трудовым коллективом не всегда следует понимать единое целое. В определенном плане он может пониматься и как коллектив групп. Указанное формирование воли отдельными лицами

обычно касается воли отдельных групп, частей коллектива. Тех, которые безмолствуют, покрывают, не контролируют, а следовательно, избирают предложенный вариант решения, поведения. Например, в бригаде допущен брак, но члены бригады промолчали, ОТК его пропустил, администрация не контролировала технологический процесс, соответствующие службы отгрузили продукцию. Это объективное поведение работников предприятия психологически регулировалось, направлялось. Оно было волевым. Все в разной степени осознавали свое поведение, поэтому не о вине всех причастных лиц, тем. более в одинаковых ее формах, можно говорить, но поведение психически регулировалось, воля привела к волеизъявлению, т. е. к объективным волевым действиям не только внутри предприятия, но и вовне. Волеизъявление совершенно самим предприятием в виде ненадлежащего исполнения договора–поставки недоброкачественной продукции. Г. К- Матвеев указывает на то, что нередко нарушения совершаются на виду, к ним даже привыкают коллективы, но и тогда, когда нарушают единицы, их нельзя изолировать от коллектива, проблема коллективной воли не снимается [68.–С. 239]. Следует некоторым образом пересмотреть занимавшуюся нами позицию [83.–С. 159–160]. скорее уточнить ее. О воле предприятия можно говорить только в смысле воли коллектива. Нельзя психический процесс отрывать от людей. Позднее мы подчеркнули то, что воля связана с человеком, ибо только человек может осуществлять психическое регулирование, определять цель, выбирать, решать. Люди функционально направляют осуществляемую ими деятельность. И все же упоминалась «воля юридического лица» как социально психологическая категория, хотя это регулирование определяется, как указывалось, волей трудового коллектива, членов коллектива. В последующем говорилось о коллективной воле, определяющей (и это правильно) деятельность юридического лица, она подчинена единству цели, сотрудничеству, координации и руководству. Указывалось и на то, что коллективная регуляция– сложная и комплексная регуляция, что каждый член коллектива в формировании его воли играет определенную роль [84.–С. 85]. В коллективе существуют различные связи, без которых нет коллектива, его воли, его деятельности. Не всегда решающее значение придается регуляции органа. Деятельность юридического лица определяется функциональным регулированием деятельности рабочих и служащих, групп. Взаимосвязи в регуляционном процессе приводят и к проявлению воли органа. Поведение юридического лица определяется доминирующей функциональной волей, доминирующее психическое регулирование приводит и к совершению юридического акта, и к правонарушению [83.–С.159].

В. А. Мусин отличал «общую волю коллектива» (сторона воли каждого члена коллектива, очищенная от всего индивидуального) от «воли всех». Общая воля не совокупность волей, но она едина [77.–С. 63]. И все же она не всегда едина, а индивидуально-личностное при образовании такой воли не может быть исключено. В процессе регуляции несомненны взаимосвязи

между членами коллектива, группами, администрацией, а коллективное осознание бывает далеко не всегда. Таким образом вина коллектива и воля коллектива понятия не тождественные, причем и в том случае, когда такая воля привела к неправомерному действию [83.–Г. 165]. Действие предприятия нередко осуществляется в определенном направлении, как следствие регуляции даже одного лица–члена коллектива. И все же нельзя не заметить, что вред причиняется, договор нарушается не без участия хотя бы части коллектива. Даже если противоправный поступок совершил орган, в сегодняшних условиях нельзя исключить коллективное регулирование, в том числе и на избрание данного руководителя. С точки зрения регуляционного процесса не столь важен всеобщий характер, количество участников. Важно то, что их воля приводит к конкретному действию–к волеизъявлению, к реализации в объективном поступке юридическим лицом воли коллектива, его членов и групп. Волевой процесс широко связан с деятельностью предприятия. Кооперация работников создает единство их в качестве производительного совокупного организма [1.–С. 343]. Члены коллектива решают многие вопросы и не только те, которые входят в их прямые функции. Еще больше они могут сделать при совместной деятельности в рамках трудового коллектива, особенно в современных условиях демократизации. Одной из сторон демократизации выступает «коллективизация», расширение функций трудового коллектива и прежде всего–различных аспектов его регуляционной деятельности, его воли в определении, в формировании объективного поведения, волеизъявления юридического лица. В указанной выше работе саратовских цивилистов, со ссылкой на нашу работу о воле признаются перспективными исследования «коллективизации» юридического лица [135.–С. 34]. Воспользовавшись этой рекомендацией, мы, несмотря на позитивную оценку рассмотрения воли юридического лица как коллективной воли, критически оценивая отдельные положения этой конструкции, приходим в выводу, что о воле юридического лица можно говорить только в смысле воли людей, осуществляющих психический регуляционный процесс. Даже если сводить волю к целенаправленности, к желанию, она все равно выступает как психологическая категория, связанная с людьми. Конечно, при отождествлении трудового коллектива и даже любого работника с предприятием неудобства в употребляемой терминологии снимаются: воля коллектива, воля работника–есть воля предприятия. Но мы старались доказать, что такого отождествления быть не может. Отдельные рабочие и служащие во взаимодействии с трудовым коллективом, с администрацией формируют, определяют правомерные действия юридического лица. Их воля выступает регулятором таких действий. Отдельные работники во взаимодействии (активном и пассивном) с другими работниками, т. е., как правило, лишь в частичных коллективистских связях определяют и неправомерные действия юридического лица. И эти действия формируются в результате волевого регуляционного процесса. Ю. К. Толстой полагает, что администрация не выступает за пределами коллектива, административно-

управленческий персонал распоряжается имуществом госоргана, выполняя свои трудовые обязанности. Но эти акты распоряжения, будучи актами самого госоргана, в одних случаях выступают как административные, в других (при обращении вовне) как гражданско-правовые) [127.–С. 53].

При заключении правомерных сделок, при выборе партнера воля руководителя должна соответствовать воле трудового коллектива, таким образом коллективная воля в этом случае определяет волю органа, во взаимодействии этих волей и формируются действия предприятия по совершению объективизированного акта–сделки и т. п. Конечно, принцип единоначалия на предприятии действует, поэтому во многих случаях интересы трудового коллектива лишь детерминируют волевое регулирование органа, но и в этом проявляется регуляция. Строгий подход к понятиям, к терминологии не позволяет говорить о «воле юридического лица», о «воле предприятия», а только об их волеизъявлении, т. е. о реализации воли (психического регулирования) коллектива, органа, а иногда групп и членов коллектива в действиях предприятия, в том числе и юридического лица. Иными словами–воля трудового коллектива в широком и узком его понимании формирует, определяет поведение юридического лица, реализуется (изъявляется) в его объективных действиях, в том числе и гражданско-правовых актах, в гражданско-правовых отношениях. Но и после объективизации воля трудового коллектива регулирует поведение: сдерживает, останавливает, корректирует, изменяет, укрепляет и т. п. Это постоянный процесс. В то же время действия юридического лица, выступающие как волеизъявление–реализация воли, являются объективными и несомненно волевыми действиями.

III. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Проблема ответственности прежде всего затрагивает проблему условий ее применения. По отношению к юридическому лицу, к трудовому коллективу последняя наиболее остра, противоречива, дискуссионна. Сталкиваются между собой объективный и субъективный подход, особые конструкции и необычные категории, традиционное отождествление понятий, низвергающий устойчивый нигилизм и новые концепции. Во всей этой мишуре взглядов, позиций, конструкций необходимо разобраться для того чтобы дать ответ прежде всего на следующие вопросы: кто является виновным субъектом и кто является субъектом ответственности.

Подход ученых к субъективному условию ответственности юридического лица не однозначен. История учения о вине предприятия знает и явную объективизацию, вплоть до признания необходимости применения ответственности по принципу причинения. При этом подвергается критике точка зрения В. С. Тадевосяна о том, что возможно установление вины предприятия без выявления конкретных виновников [7.–С. 19]. В отказе от субъективного условия ответственности, в возможности применения ответственности лишь при отклонении от установленного поведения В. С. Тадевосян не одинок. Таковую позицию занял Л. М. Шор, который вообще

считает неправильным придерживаться принципа вины, что, по его мнению, ведет к изысканию оправдательных причин [142.–С. 48–49]. Есть и сторонники механического применения ответственности предприятия, независимо от вины с целью компенсации [64.–С. 38]. По этому пути нередко, к сожалению, идет и практика [100.–С. 41–42]. Придерживалась концепции объективизации вины П. Д. Каминская. Она полагала, что вина имеется тогда, когда должник мог исполнить обязательство, но не исполнил или тогда, когда из-за зависящих от должника обстоятельств он не МОГ исполнить обязательство [44.–С. 93]. Эта точка зрения подвергнута критике. О. Н. Садиковым [115.–С. 138]. В определенной мере в прошлом связывал вину поставщика с непринятием соответствующих мер и с неиспользованием реальных возможностей В. П. Грибанов [34.– С. 373]. Правда, в последующем – в учебнике «Гражданское право» объективные действия уже понимались им основанием для раскрытия сути вины предприятия: поскольку правонарушение юридического лица – результат ненадлежащего исполнения его работниками своих обязанностей, то и вина предприятия отождествляется с виной работников. Вообще говоря, сведение вины поставщика к объективным действиям (выпуск брака и другие нарушения) вытекает из правовых норм. Об этом говорит М. Г. Масевич, не отвергающая такой подход [65.–С. 294]. Совершенно правильно оспаривает такую позицию Ф. Л. Рабинович, ссылаясь на ст. 37 Основ гражданского законодательства [100.–С. 50]. Нередко объективное поведение, понимаемое как вина предприятия, связывается и с особыми критериями, образцами должного, т. е., видимо, невиновного поведения. С. М. Корнеев, не исключая субъективный момент в характеристике вины при нарушении договорных обязательств, но соединяющий его с объективным моментом «преодоление обстоятельств», обращает внимание на указанный выше критерий: осмотрительности, заботливости передового предприятия. При этом он говорит о необходимости учета различных обстоятельств (уровень развития общественных отношений, обстановка и т. п.), что в современных условиях чрезвычайно сложно, поэтому выявление вины с учетом объективного, абстрактного критерия снижает эффективность ответственности. Но автор предлагает введение перечней обстоятельств, которые «для данного рода должников признаются непреодолимыми, т. е. исключают вину и, следовательно, ответственность должника», как это имеет место в транспортном законодательстве и в некоторых других нормативных актах. Автор перечисляет ряд таких обстоятельств, которые могли бы, по его мнению, быть включенными в перечни [50.–С. 34–38]. Предлагая перечни невинности, автор фактически признает объективный подход в понимании вины. Об этом говорит и его вывод: непреодолимость исключает вину. По всей видимости, все же ответственность. Вряд ли перечни могут охватить все возможные обстоятельства, вряд ли они во всех случаях свидетельствуют об отсутствии вины и, как следствие этого, возможности в свое время предотвратить возникновение подобных обстоятельств и их последствий. Идея С. М.

Корнеева, на наш взгляд, плодотворна и заслуживает внимания, но только не как свидетельство невинности, а как указание на обстоятельства, позволяющие презюмировать невинность должника. Такая презумпция может быть опровергнута. Именно так следует оценивать и существующие перечни в транспортном законодательстве и в некоторых других нормативных актах [82.–С. 157–176].

Сторонником принципа учета вины юридического лица является Б. И. Пугинский. Но анализ арбитражной практики приводит его к выводу о непригодности психологической характеристики к пониманию вины предприятия. Одним из аргументов этого, по мнению автора (в чем он безусловно, прав), является отсутствие единодушия коллектива к правонарушению [95.–С. 64–67; 96.–С. 30]. Прав автор в бесплодности попыток отождествить вину организации с виной работника, понимаемой как психологическая категория. Это приводит его к признанию вины организации как несовершения определенных объективных действий: неприменения необходимых усилий, неиспользования прав и возможностей, т. е. к присоединению к указанным выше концепциям вины юридического лица. Мы уже имели возможность высказаться по поводу подхода Б. И. Пугинского к пониманию вины [83.–С. 164–165]). Нет надобности возвращаться к этому вопросу, тем более, что спорной представляется позиция многих юристов.

Особое (место в анализе данной проблемы должно быть отведено исследованиям последнего времени Ю. Г. Басина и, прежде всего, его статье «Субъективный фактор в основании гражданско-правовой ответственности за нарушение хозяйственной дисциплины» [22.–С. 66–78].

Обращает на себя внимание то, что Ю. Г. Басин аргументированно и убедительно доказывает необходимость обязательного учета субъективного фактора. Даже соглашаясь с концепцией Б. И. Пугинского в отношении вины юридического лица, он не может не указать на недопустимость недооценки субъективных элементов, вины, в том числе в ее поведенческой трактовке. Автор считает, что в любом случае вина сохраняет качества субъективного основания ответственности и включает в себя психологический элемент. Но все дело в том, что Ю. Г. Басин противопоставляет интеллектуальный и волевой элементы в том смысле, что первый из них он относит к области психологической, а второй к области поведенческой. Споры нет, для оценки поведения важен не чисто психологический момент, а его объективизация в конкретном поведении, обусловленном этим моментом. Поэтому правильно то, что при применении ответственности практика основывается не просто на вине, а на виновном поведении. Но что означает такое поведение? Оно как раз и означает неиспользование возможностей для исполнения обязательств или использование этих возможностей в других целях. Это виновное, противоправное поведение. Иными словами: субъект должен был предпринять какие-то шаги, но не сделал этого, хотя имел все возможности (противоправность), он осознавал наличие возможностей, то, что не использует их (интеллектуальный элемент вины). Но- этого мало: он

психически регулировал, направлял в указанном направлении свое поведение, или не регулировал, не направлял (волевой элемент вины). В том-то и дело, что регулирование поведения, т. е. воля—это не само поведение, а психическое регулирование, т. е. категория субъективная. Ю. Г. Басиным допускается объективизация вины, ее широкая трактовка, включающая и противоправное поведение, и даже причинную связь. Такое широкое понимание допускает практика, нормы, наука. Но это отнюдь не означает, что вина охватывает все другие условия ответственности, что они перестают быть условиями, что субъективное поглощается объективным. Нужно правильно (с точки зрения обоих элементов) понимать вину. Теория права знает попытки отделить вину от виновности, знает и объективное понимание вины, которое зашло в тупик при необходимости дать критерии, ориентиры такого поведения: а кто мог бы использовать и другие возможности? Рачительный хозяин, добросовестный руководитель и т. п.? На кого ориентироваться, ведь речь идет не просто о невыполнении чего-то, а все же о вине?

Это тем более удивительно, потому, что Ю. Г. Басин очень тонко и правильно подходит к пониманию риска, обосновывая его субъективную суть. Автор совершенно справедливо указывает на то, что стимулирует надлежащее поведение только сознательное поведение, поэтому только осознанный выбор, осознанное регулирование способно привести к необходимому результату, но оно же может привести и к результату отрицательному, как в силу объективных обстоятельств, которые осознаются, но не зависят от субъекта, так и в силу того, что они осознаются или могут осознаваться, но сознательно неправильно (с точки зрения правомерности) психически регулируются или не регулируются в нужном направлении, в том числе и в результате проявленной пассивности в осознании и оценке необходимого регулирования. Такой вывод должен следовать из правильной посылки Ю. Г. Басина, но сам автор вину в целом ряде случаев, в том числе юридического лица, понимает все же иначе. Несомненно, разумный риск связан с осознанием, с выбором варианта поведения, рассчитанного на успех, но не исключающего неудачу. Ю. Г. Басин очень тонко аргументирует вывод о субъективности риска: законом установлено действие риска в тех пределах, в которых рискующий субъект властен над собой, может управлять своим поведением. Автор признает субъективный риск основанием безвиной ответственности за нарушение хозяйственно-договорной дисциплины. Более того, такая ответственность справедливо признается им гарантийной ответственностью. По всей видимости, правильно и то, что последствия связываются не с конкретным предвидением неожиданного неблагоприятного, случайного результата, а с возможностью предвидения такого результата при осуществлении соответствующей хозяйственной деятельности. Вряд ли критерий стимулирования исполнительности должен лечь в основу признания или отрицания вины. Следует присоединиться к выводу Ю. Г. Басина о большой стимулирующей роли гарантийной

ответственности, основанной на субъективном риске, теорию которого развил и углубил автор.

В другой своей работе Ю. Г. Басин указывает на то, что стимулирующая функция ответственности выполнима только в том случае, если ее применение как возможное и, более того, как неотвратимое будет субъективно восприниматься потенциальным нарушителем. По мнению автора, наиболее точным и полным «такой ракурс психического отношения к собственной деятельности охватывается концепцией субъективного риска». В принципе автор присоединяется к пониманию нами этой категории, добавляя осознание субъектом необходимости применения мер предотвращения последствий и несения расходов по их компенсации. Ю. Г. Басин отмечает, что правовое понимание риска в таком смысле соответствует общепринятому (сознательный выбор варианта, связанного с возможными лишениями). При этом автор различает общепользительный риск, риск собственных потерь, риск возмещения чужих материальных потерь. К последнему приближается производственно-хозяйственный риск предприятий, выступающий субъективной предпосылкой безвиновной ответственности в хозяйственных правоотношениях и ведущий к обоснованию применения ответственности в тех случаях, когда нерадивые хозяйственники стремятся уйти от таковой, ссылаясь на вину других [20.–С. 74–75]. В свое время субъективная конструкция риска, выдвинутая в 1971 году [79.–С. 67–71; 80.–С. 209–210], была поддержана С. Н. Братусем, который считает, что не только вина является субъективным началом для гражданско-правовой ответственности и что трактовка риска как субъективного основания (допущение «вероятностных» оснований, влекущих отрицательные последствия) является убедительным объяснением природы безвиновной ответственности [25.–С. 178]. Ныне этой конструкции придерживаются многие. С. Н. Братусь полагает, что о такой ответственности, связанной с риском, следует говорить и при ответственности за действия третьих лиц, на которых возложено исполнение, в том числе и в кооперированных поставках. Сложные хозяйственные связи вызывают необходимость обосновывать ответственность не только на принципе вины. Более того, автор делает вывод, что безвиновная ответственность, рассматривавшаяся как принимаемая гарантия, обеспечивающая удовлетворение требований кредитора, по существу основывалась на принятии риска [25.–С. 183, 184, 188, 196].

Как субъективную категорию понимал риск в области договорных хозяйственных отношений и Ф. Л. Рабинович, считая его «определенной формой отношения субъекта к своему поведению и его результатам». Автор не связывал риск с неисполнением договоров, а лишь с его обоснованностью, оправданностью [100.–С. 92–93]. Но ведь это уже другой его аспект. Кстати, неисполнение договоров касается третьих лиц. Что же касается полемики с автором в отношении «виновного» риска, то она во многом объясняется тем что в свое время из определение риска, в том числе и указанного, не был включен волевой момент. Это было сделано в последующем [83.–С. 192]. Не

разделяет мнения о наличии дополнительной формы вины Н. С. Малеин [63.–С. 162–163]. Но это его мнение. Таким же его мнением является и понимание косвенного умысла и самонадеянности (с включением в нее элемента риска), которое разделяется не всеми учеными, в том числе криминалистами. Так, например, при косвенном умысле скорее всего главное не в допущении, а в безразличии, при самонадеянности главное не в риске (тогда ведь это не разновидность неоторожности), а в ошибочной уверенности в положительном исходе. Но дело не в этом частном случае. Н. С. Малеин признает самостоятельное юридическое значение категории риска в качестве антипода вины, но только при ее отсутствии, как и при отсутствии противоправности. Автор соглашается с тем, что риск–категория вероятностная и означает возможность наступления или ненаступления неблагоприятных последствий. Он исключает вину, но в то же время и правомерное создание опасности при организации общественно полезных действий. Риск всегда предполагает предвидение вредных последствий при единственно возможном средстве достижения цели. Автор разделяет риск на три вида: риск кредитора–локализация убытков; риск должника–возмещение убытков; разделение риска–метод страхования. Н. С. Малеин так и не высказывается о том является ли риск субъективной или объективной категорией. То он говорит о нем как о создании опасности, то как о возможности последствий, их вероятности. Но главное в его позиции–это необходимость разграничения ответственности и риска, поскольку ответственность всегда отрицательная общественная оценка поведения, что должно исключаться при риске, связанным с безупречным поведением. При смешении этих понятий теряется эффект правового регулирования. Риск имеет только компенсационную, а не превентивную роль, поэтому он должен быть связан с возмещением действительного ущерба, что не всегда следует из правовых норм. Автор считает, что недопустимо обеспечивать интересы одного невиновного субъекта за счет другого невиновного, поэтому более правильным явилось бы введение страхования, сочетая его с виновной ответственностью [63.–С. 163–168]. Мы не считаем уместным в данной работе вновь обосновывать субъективную концепцию риска. Обратим внимание лишь на некоторые моменты, позволяющие усомниться в бесспорности позиции Н. С. Малеина. Основное противоречие, как мы полагаем, заключается в том, что он, признавая риск антиподом вины и обосновывая с помощью примеров и логических рассуждений именно это, в дальнейшем противопоставляет риск не вине, а ответственности. Ни с точки зрения логики, ни с точки зрения методологии такой поворот неприемлем. Более того, автор понимает ответственность как реакцию на правонарушение [63.–С. 130]. В таком качестве она никак не может противопоставляться возможности наступления или ненаступления отрицательных последствий. Можно, конечно, не признавать применение ответственности на началах риска. Подобный подход обычно обосновывается отсутствием противоправности при риске, но ведь противоправность категория объективная, она не зависит от определения возможности наступления

последствий, от оценки вероятности их наступления и даже от наступления самих этих последствий. Применение или неприменение ответственности к субъекту зависит от других условий. Выше обосновано такое применение с учетом риска. В качестве примеров был выдвинут один из самых распространенных случаев—применение ответственности к невиновному контрагенту по договору (при вине третьих лиц, исполнителей). Н. С. Малеин данную ситуацию не обсуждает. При риске существует соответствующая реакция, иная чем при вине. Отрицательно оценивает общество не всякое возложение обязанности возместить вред, а вызванное виной. Подчеркиваем, не обусловленное ответственностью, а вызванное виновным поведением. Опровергается точка зрения об отсутствии при риске стимулирования, превенции. Это убедительно доказал Ю. Г. Басин применительно к гарантийной ответственности, основанной на субъективном риске, на производственно-хозяйственном риске, при котором осознается необходимость предотвращения вредных последствий и такие действия должны фактически осуществляться. При риске конкретный случай нарушения может быть и не предвиден (это субъект вправе доказать), но возможность таких случаев, связанная с данным видом хозяйственной деятельности, предвидима для занимающихся ею. Правонарушение, как таковое, допускается. В этом упречность. Риск позволяет стимулировать предприимчивость. На наш взгляд, правильным является сочетание гарантийной и виновной ответственности, но она должна быть различной по своим последствиям. Необходима дифференциация не только между видами ответственности, но и в зависимости от формы и степени вины. И хотя Ю. Г. Басин прав в том, что нередко виновная ответственность стимулирует сбор доказательств невиновности, но повод для этого дает именно объективизация вины: собираются доказательства того, что субъект не мог сделать, что кто-то не сделал, не отгрузил и т. п.

Почему риск признается категорией субъективной, вина граждан тоже субъективной, вина в уголовном праве субъективной, наконец, даже вина юридических лиц в отношениях, связанных с запретом—тоже субъективной? Кстати, ныне признается субъективный риск в ходе расследования уголовных дел [23.—С. 61–62]. А вот при нарушениях, вытекающих из выполнения принятых обязанностей, вина должна пониматься иначе? Мотивируется это активностью и пассивностью нарушителя [22.—С. 69]. Для соблюдения запретов не требуется активность, правомерность здесь состоит лишь в осознании предмета воздерживания, а вина в недостаточной пассивности. При исполнении обязанности необходима активность, выработка волевого решения. Такая вина, выражающаяся в волевой устремленности, присуща хозяйственным отношениям. Таковы доводы Ю. Г. Басина. В логичности и убедительности их отказать нельзя. Но дело в том, что о вине возникает вопрос не при соблюдении запретов, а при их несоблюдении, при нарушении запретов, т. е. при проявлении активности. В этом случае выразятся не только интеллектуальный момент, но и волевой—регулирование поведения. Запретить, конечно, можно бездействие, но и в

этом случае проявление бездействия, не означает отсутствия воли—психического регулирования поведения. По- существу (аналогичным образом выражается вина и при исполнении обязанностей, но только наоборот: запрещается бездействие, но оно совершается в определенной мере. Говорить о бездействии здесь можно условно—совершаются возможные и необходимые действия или совершаются не те действия. Как видим, о пассивности скорее идет речь во втором случае: не сделал того, что имел возможность и должен был сделать. Все это свидетельствует о том, что противопоставлять вину в том или ином случае не следует, хотя специфика и имеет место.

Говоря о процедуре разрешения споров по реализации права на защиту и правильно понимая это право как материальное, В. К- Андреев указывает на то, что традиционная оценка вины в этих спорах оказывается неприемлемой. Эта оценка, по его мнению, должна строиться исходя из конкретных действий коллектива, что не соответствует ст. 37 Основ гражданского законодательства. По его мнению [13.—С. 77], одинаковое регламентирование вины единичного и коллективного субъекта противоречит нормам арбитражного процесса и является тормозом в развитии понятия ответственности. С таким выводом можно согласиться лишь в части необходимости иного подхода в понимании вины коллективного субъекта. Но не потому, что иной подход противоречит нормам арбитражного процесса, который должен ориентироваться на материальное право. Кстати, в своих инструктивных письмах неоднократно арбитражные органы ссылались именно на ст. 37 Основ гражданского законодательства. Да и нет тормоза в развитии понятия ответственности. Существует ряд конструкций ответственности, ряд различных подходов. И пусть существуют. Идет полезная дискуссия без каких-либо тормозов. Можно говорить о тормозе в применении ответственности, но она применяется, хотя и недостаточно, но не из-за того, что вину индивидуального субъекта отождествляют с виной субъекта коллективного, а в какой-то мере потому, что вообще неправильно подходят к условиям ответственности юридических лиц. Это приводит к неполному судебному разбирательству, и к тому, что взыскание ущерба с виновного работника стало делом чрезвычайно редким. Что же касается необходимости при выяснении вины исходить из конкретных действий коллектива, то происходит то же смещение понятий: конкретные действия есть конкретные действия. Они могут свидетельствовать о противоправности поступка или о том, что выступают в качестве необходимой связи с наступившим результатом. Попытку найти компромисс и, более того, ориентироваться на единство объективного и субъективного, предпринял ранее Ф. Л. Рабинович. Автор не сомневается в том, что вина заключается в психическом отношении к противоправному поступку и его вредным последствиям, но его добавление: «отношение выражается в сознательно-волевых умышленных или неосторожных действиях (бездействии)» [100,—С. 20, 32], вряд ли позволяет раскрыть суть вины. Конечно, отношение воплощается в действиях, вина проявляется в поведении виновного субъекта.

Но такое поведение не вина, а ее реализация. Если допустить, что в качестве условия применения ответственности должно применяться виновное поведение, а не вина, то, во-первых, все равно необходимо будет раскрыть суть вины, а, во-вторых, виновное поведение вполне соответствует соединению двух условий ответственности: вины и противоправности, поскольку последняя имеет в виду именно действие (бездействие).

Даже Г. К. Матвеев в прошлом считал, что применительно к договорным обязательствам вина заключается в противоправном нарушении обязательств, но затем решительно встал на субъективную концепцию, считая, что нельзя объективное смешивать с субъективным (противоправное действие не определяет вину) [67.–С. 175]. Нельзя смешивать психическое отношение с противоправным отношением, которое не может не соответствовать требованиям права [117.–С. 520]. Противоправными могут быть только действия, хотя, конечно, и мысли могут быть противоправными, но такие мысли не выступают в качестве условия ответственности. Элемент противоправности есть в вине, но смысл заложен другой: отношение к своему противоправному поведению, психическое регулирование, в результате которого совершается противоправное действие.

В свое время Б. С. Антимонов сетовал на то, что вина юридических лиц в науке гражданского права почти не разработана. Он указывал на то, что в прошлом ст. 118 ГК РСФСР давала основания сделать вывод о связи вины юридических лиц с возможностью предотвращения неисполнения обязательств, но и ст. 37 Основ позволяет считать виновной обязанную организацию, если она не предотвратила невозможность исполнения взятого обязательства. Из этого, по мнению автора, следует отсутствие принципиальной разницы между виной гражданина и юридического лица [19.–С. 75–76]. Но ведь в ст. 37 Основ о вине говорится иначе: умысел или неосторожность, т. е. как о субъективной категории. Непредотвращение невозможности исполнения должно заключаться в непредвидении того, что можно было и следовало предвидеть, в безразличии к предвиденному, в неправильном психическом регулировании поведения. Несомненно, все это вызывает невозможность предотвращения неисполнения, но не сводится к самой невозможности, к самому непредотвращению. В то же время Б. С. Антимонов совершенно правильно считал, что нельзя не видеть различия при применении понятия умысел и неосторожность к отдельному гражданину и к юридическому лицу, т. е. задолго до современных высказываний (Б. И. Путинский и др.) на такое различие обращалось внимание, но все дело в том, что Б. С. Антимонов это различие видел не в понятии вины, а в природе юридического лица. Исходя из известного положения, заключающегося в том, что вина юридического лица всегда является виной людей–работников или членов юридического лица, которое отстаивал С. Н. Братусь [24.–С. 211] и, признавая применение к вине юридического лица субъективных признаков (умысел, неосторожность и т. д.), Б. С. Антимонов в то же время не выводил вину юридического лица ни из вины отдельных работников, ни из суммы, полученной от сложения виновных поступков даже всех работников

юридического лица. Особенность автор видел в воздействии деятельности одних работников на деятельность других, в своеобразном взаимодействии, которое приводит к результату и которое нельзя признать суммой поведения [19.–С. 77]. Как видим, Б. С. Антимонов все время сбивался с категории вины на поведение, на деятельность, тем самым он особенность видел не в вине, а в поведении, в том числе виновном, т. е. фактически уходил от чисто субъективной характеристики вины, но в то же время он взаимодействие объективных действий отдельных работников связывал, говоря о вине, с их субъективным отношением к этим действиям, ибо имел в виду не просто поведение, а виновное поведение, виновные действия. И все же, провозглашая связь вины во всех случаях с умыслом и неосторожностью, автор, ориентируясь на арбитражную практику, явно склоняется к вине как к объективной категории: перевозчик виноват, т. к. допустил перевозку в неисправных контейнерах, не произвела дорога осмотр и ремонт и т. д. Но и говоря о вине работников, обращается внимание на возможность работников прийти на помощь другим, вовремя заметить неполадки, добиться их устранения [19.–С. 78–79]. Разницы фактически нет, по Б. С. Антимонов, противореча сам себе, указывает в дальнейшем на вину человека как на возможность предвидения, а на вину организации как на упущение работников. Ссылки юридического лица на невозможность предвидения чрезвычайно сужаются. И все же автор утверждает, что противоправность и вина характеризуют различные основания ответственности. Но это утверждение не подкрепляется изложенным подходом автора к данной проблеме. Таким образом и в этой трактовке действия, хотя и называются виной, на самом деле таковой не являются, а лишь определяются виной. Кстати, указывая на вину каждого отдельного работника, Б. С. Антимонов также говорит о виновном поведении. Отсюда очевидно, что автор специфику вины юридического лица видит не в самом поведении (здесь различия нет), а именно во взаимодействии, считая вину юридического лица особой разновидностью гражданской вины. Б. С. Антимонов высказывает интересную мысль: вина с каждого отдельного работника в отношении своей организации не снимается (наверное все же вина сниматься не может В. О.), поскольку виновное поведение одного работника может быть усилено, ослаблено, парализовано поведением другого работника. И далее: «Учет этой вины и определение ее последствий—задача трудового права. Гражданское же право учитывает деятельность организации как отдельного субъекта права» [19.–С. 77]. Нельзя не согласиться с автором в том, что вина и виновное поведение работников—это область трудовых отношений, поскольку допускается нарушение в выполнении трудовых обязанностей;

В. С. Якушев Г "придерживаясь теории коллектива, хотя и обоснованно признавая коллектив предприятия и само предприятие разными явлениями, считает, что в деятельности предприятия происходит сложный интеллектуальный процесс, в нем проявляется комплекс объективных и субъективных факторов. Автор за основу конструирования вины предприятия берет психическое отношение к своим поступкам и их

последствиям каждого работника, но не считает возможным сводить вину предприятия к вине работников. Одних психических процессов, по мнению В. С. Якушева, недостаточно, необходимы социальные факторы: 'не только вина одного работника, который не организовал должным образом работу (хотя в этом заключена причина нарушения), но и наличие других факторов (необеспеченность сырьем, отсутствие контроля). Вина конкретных работников трансформируется, сливается, формируясь и выливаясь в вину предприятия [148.–С. 235–236]. От ориентации на психическое отношение вроде ничего не остается, ибо и в этом случае за основу берутся объективные факторы. Но в том-то и дело, что В. С. Якушев считает обязательным в конструировании вины предприятия учитывать роль органа юридического лица. И вот эта роль проявляется в его психическом отношении к противоправному действию (бездействию). На уровне органа замыкается сложное переплетение субъективного и формируется вина предприятия как сочетание действий работника и поведения (речь идет об отношении В. О.) лиц, составляющих орган. Автор, таким образом, полагает, что вина предприятия качественно новое явление и не отождествляется с виной отдельных работников, а формируется «с учетом поведения не только работника, но и органа» [148.–С. 237]. Если не придавать значения проявляющемуся противоречию в характеристике вины: субъективный подход и объективизация (поведение), то можно рассматривать концепцию В. С. Якушева как особую концепцию вины юридического лица, суть которой в обязательном сочетании вины работника и органа предприятия. Но абстрагироваться от указанного выше противоречия все же нельзя, поэтому следует признать, что автор соединяет объективный и субъективный моменты, но, как и Б. С. Антимонов, не только предприятия, но и отдельного работника. В. С. Якушев правильно обращает внимание на то, что деятельность предприятия проявляется через выполнение работниками трудовых функций, отсюда вывод: вина предприятия в первооснове имеет трудовые правонарушения. Автор отрицает непосредственную связь между трудовым правонарушением и гражданской виной предприятия. Дело в том, что к трудовому правонарушению присоединяется субъективное отношение к этому правонарушению руководителя предприятия с позиции юридической личности предприятия [148.–С. 237]. Последний вывод требует разъяснения. Разве руководитель предприятия не действует в пределах возложенных на него функций в рамках трудового правоотношения? Тем более в современных условиях выборности. Руководитель, действуя и (на что правильно обратил внимание В. С. Якушев) оценивая поведение работников, осознавая характер этого поведения и его последствия, психически регулируя свое поведение не на пресечение противоправного, виновного поведения работников, не на предотвращение вредных последствий, –осуществляет трудовую функцию ненадлежащим образом. В указанном осознании и регулировании поведения заключается вина руководителя как члена трудового коллектива, выполняющего в пределах трудового правоотношения соответствующие функции и допустившего трудовое правонарушение,

влекущее последствия для юридического лица. Кстати, вполне возможно и для руководителя в соответствии с нормами трудового права.

Правильно понимает вину как субъективное основание ответственности Н. С. Малеин, причем он обращает внимание на то, что понятие вины юридического лица зависит от точки зрения на само понятие юридического лица. Не все одинаково отвечают на вопрос: чьи действия, в том числе противоправные и виновные, признаются действиями юридического лица. У автора не вызывает сомнения то, что вина руководителя—это собственная вина юридического лица. При этом, однако, он все же указывает на действия—виновные служебные действия (неправильный подбор кадров, ненадлежащий контроль, плохая организация деятельности и т. п.). Но Н. С. Малеин, как и С. Н. Братусь, обращает внимание на то, что вина юридического лица не только в организации деятельности, но и в самом ненадлежащем осуществлении этой деятельности со стороны должностных лиц. Вина этих лиц выступает как собственная вина юридического лица (62.—С. 53—55]. С. Н. Братусь подчеркивает то, что виновные действия могут относиться к любому работнику. В то же время нельзя не отметить правильного утверждения С. Н. Братуся: необходимым условием ответственности является вина исполнителя, предпосылкой такой ответственности являются виновные действия работника в связи с осуществлением возложенных на него обязанностей. Правильно то, что работник не противопоставляется юридическому лицу, но вызывает сомнение то, что он при этом не является отличным от него субъектом. Правильно то, что ответственность юридического лица наступает за свои действия [24.—С. 211—212], хотя, видимо, не всегда служебные действия могут соответствовать задачам юридического лица. Нет возражений и против признания виновных действий предпосылкой ответственности юридического лица. С. Н. Братусь не говорит прямо о том, что вина работника отождествляется с виной юридического лица, хотя и не признает в данном случае работника в качестве самостоятельного субъекта. Более категоричен Н. С. Малеин. Он решительно отрицает допустимость признания ответственности юридического лица за вину своего работника ответственностью за чужую вину. Основным мотивом автора тот же: деятельность работников представляет собой деятельность юридического лица. Правильно указав, что виновные действия работника влекут ответственность юридического лица, он тут же делает вывод: вина работника—это собственная вина юридического лица, даже виновные действия в выборе. Логика рассуждения автора такова: 1) деятельность работников образует деятельность предприятия; 2) их ненадлежащая деятельность может привести к ненадлежащему исполнению обязательств предприятием; 3) виновное поведение работников означает то, что виновато в неисполнении предприятие; 4) вина работников—это вина предприятия, а вина предприятия—это вина работников, являющихся субстратом юридического лица. При этом Н. С. Малеин считает, что выход работника за пределы своих обязанностей приводит к тому, что вина этого работника не может влечь за собой вину хозоргана и его ответственность (62.—С. 56—59]. В

отношении ответственности такой вывод возможен, но вот вопрос о вине вообще спорный. Если же выводить вину из деятельности, то можно говорить только о деятельности, входящей в исполнение служебных обязанностей. Но ведь Н. С. Малейн понимает, несмотря на превалирование поведенческого подхода, вину юридического лица как умысел и неосторожность, хотя противореча своей же позиции, он указывает, что вину юридического лица «следует рассматривать как совокупность неправомερных действий звеньев предприятия или отдельных исполнителей». И тут же: вина—это провинность лиц, составляющих юридическое лицо, она качественно отлична от своих слагаемых, ее содержание—порочная воля и сознание участников коллектива, а не отдельных индивидуумов вне коллектива [62.—С. 70, 66]. По всей видимости, эти противоречия в объективном и субъективном подходе к вине юридического лица и привели к тому, что вина работника может подразделяться на вину служебную и другую вину—за рамками служебных обязанностей, причем только первая вина становится виной предприятия. Вина—это отношение к противоправному поведению, психическое регулирование в этом направлении своего поведения, а противоправность не знает ведомственной принадлежности. Противоправность всегда противоправность и связанная с ней вина всегда вина. Но ответственность юридического лица не основывается только на этих условиях. Должна быть еще связь поведения с исполнением служебных обязанностей, с чем мы уже разбирались. Заметим, что деятельность субъекта, его воля и вина не совпадающие понятия.

Н. С. Малейн убежден в том, что вина юридического лица, как и вина гражданина, может быть только психическим отношением человека к своим противоправным действиям и к возможным последствиям этих действий. В то же время он не отождествляет вину юридического лица и вину гражданина, указывая на то, что первая связана с организацией коллективного труда, с поведением других работников, которые, несмотря на вину отдельных лиц, предотвратили отрицательные последствия или не сделали этого. Вина предприятия—вина работников, служебные обязанности которых взаимно связаны. Н. С. Малейн указывает на существование трудовых отношений, на нарушение трудовых обязанностей, но перед третьими лицами деятельность юридического лица проявляется как обезличенная деятельность его работников [62.—С. 63 —66, 69—70]. Отсюда и ответственность юридического лица. Ответственность, но не вина, которая, на наш взгляд, обезличенной быть не может.

Особый подход к вине юридического лица у И. Н. Петрова. Опираясь на позицию М. М. Агаркова, он полагает, что юридическое лицо несет ответственность за действия своих работников при исполнении служебных обязанностей как результат вины при выборе и надзоре, поскольку недопустимо считать при вине одного работника виновным весь коллектив. К тому же невозможно, например, признать, что умысел работника означает умысел коллектива. Автор против смешения вины работника с виной

юридического лица, против подмены конкретного виновника коллективным «виновником». Поскольку И. Н. Петров считает, что воля юридического лица выражается исключительно его органом, он убежден в понимании вины юридического лица как вины его органа за необеспечение надлежащей организации деятельности юридического лица. При этом автор правильно отмечает то, что указанная конструкция не отрывает работника от юридического лица, тем более, что отношения работника и юридического лица выходят за пределы гражданского права [89.–С. 114–116]. Но правильно ли считать вину органа виной юридического лица? Почему следует выделять определенных работников? Разве только с учетом их ведущих функций? Не означает ли это принижение роли трудового коллектива, его членов? С таким же успехом можно сегодня говорить о вине трудового коллектива за неправильный выбор руководителя, хотя, наверное, в определенном смысле и так можно сказать. Ф. Л. Рабинович правильно считает ошибочным мнение о возникновении правонарушения только по вине органа юридического лица. Им приводятся примеры, из которых следует ненадлежащее исполнение обязанностей рабочими, мастерами, складскими работниками, теми, на кого возложен контроль и др. Особенно это проявляется при поставке недоброкачественной продукции. Автор не ограничивается лишь указанием на исполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей работниками, а указывает на неосторожное или умышленное поведение работников. Он полагает, что для установления вины предприятия в нарушении договоров необходимо установить конкретных работников, формирующих волю предприятия [100.–С. 25, 28, 29, 30]. По всей вероятности, этим нельзя ограничиваться, следует устанавливать вину этих работников (хотя бы презюмировать ее). Означает ли это признание вины предприятия– другой вопрос. Но субъективный подход к вине предприятия Л. Ф. Рабиновича серьезным образом колеблется, поскольку волевой элемент вины он понимает в объективном плане: порок воли работников выражается, например, в заключении заведомо невыполнимого договора, в неисполнении договорных условий. Причем не спасает указание на умышленное или неосторожное неисполнение [100.–С. 55].

В. А. Тархов справедливо отвергает смешение вины с причинной связью и с противоправностью. Наличие противоправности еще не свидетельствует о вине. Автор отрицательно относится и к установлению каких-либо масштабов требований нормального поведения, считая такой объективный подход упрощенным. Оцениваться должна не деятельность, а психическое отношение к своему поведению, способность предвидения и реагирования, поэтому требования должны быть конкретными в каждом случае. В то же время признается, что вина юридического лица находит выражение в вине отдельных лиц, хотя деятельность юридического лица осуществляется не одним работником, но недосмотр и упущения одного должны восполняться действиями других членов коллектива. Отсюда невиновность исполнителя еще не означает невиновности юридического лица [124.–С. 78, 82, 83, 87]. О вине юридического лица как вине его работников говорят В. Т. Смирнов и А.

А. Собчак. Свой вывод они аргументируют проявлением деятельности организации в форме действий ее работников (индивидуальных или коллективных). Авторы не считают, что вина предприятия качественно отличается от вины работников, становится особой виной. Они полагают, что постановка вопроса об отличии коллективной воли от воли индивидуальной допустима лишь при правомерной деятельности предприятия. Такая деятельность требует коллективную волю, но противоправный поступок— всегда отклонение от нормы поведения. При этом авторы ссылаются на социальное содержание вины—отрицательное отношение к другим интересам, которое может быть только со стороны отдельных лиц. Совершенно правильно сделан вывод о том, что есть понятия и явления, о которых можно говорить только применительно к человеку. Таким понятием, по мнению авторов, является вина как психическое отношение правонарушителя, причем такая постановка отнюдь не снимает проблему вины юридического лица. Авторы полагают, что никакой трансформации в особую вину не происходит. Признание особой вины юридического лица привело бы к необходимости помимо вины конкретного работника устанавливать что-то еще, какой-то дополнительный компонент для трансформации, что вело бы к обезличке и безответственности, так как можно было бы, при установлении вины отдельного лица, отрицать вину предприятия, его психическое отношение. Все это дает основания, исходя из теории коллектива, к признанию того, что нет качественного отличия вины работника от вины юридического лица [108.—С. 82–87].

Против особой вины юридического лица выступает и П. А. Варул. Автор полагает, что вину конкретных работников установить трудно, но, независимо от того установлена вина конкретного работника или нет, вина юридического лица должна быть признана. На определение вины юридического лица это не* влияет [26.—С. 64–65].

Но ведь в таком случае можно как раз и говорить об особой вине юридического лица, которая не зависит от вины работников предприятия? Если нет психического отношения, психического регулирования людей, рабочих и служащих, то значит достаточно установить факт нарушения? Вина каких-то работников, должна быть установлена. Этого требует норма. Вина, конечно, может презюмироваться, но для опровержения такой презумпции нужно будет доказать отсутствие вины конкретных лиц. Если это отрицать, то всегда придется признавать особую вину предприятия. П. Варул отрицает объективизацию вины юридического лица, при этом он полагает, что указания на объективные обстоятельства свидетельствуют лишь о моментах, имеющих особое значение при установлении вины, которая должна устанавливаться по объективным и субъективным критериям, взятым в их взаимосвязи [26.—С. 66–67]. Но все же «мог» и «должен был» сделать лежит не в плоскости вины, если только не говорить о ее связи с противоправностью.

Все изложенное позволяет сделать следующий вывод: какую бы позицию не занимали ученые по вопросу о понимании вины предприятия,

юридической лица, они вынуждены говорить об особенностях этой вины. Эти особенности заключаются либо в объективизации вины—отказе от понимания вины как субъективной категории, либо в отождествлении этой вины с виной отдельных лиц (администрации или работников), распространяя ее на все предприятие, причем даже тогда, когда установить такую вину не представляется возможным, либо в виновных действиях работника и т. п. Но иногда идут дальше и вообще отказываются от вины как условия ответственности юридического лица [142,—С. 49; 64.—С. 38]. Все это происходит потому, что не находится удовлетворительного «ключа» для применения психологической категории вины к предприятию. Нелишне заметить, что вина работников проявляется в сфере трудовых отношений. Еще большие сложности бывают, когда возникает проблема вины коллектива, а также при применении ответственности за так называемую «чужую вину».

Всегда ли в допущении юридическим лицом правонарушения имеется вина лишь отдельных работников? Спрашивает М. Г. Пронина. И продолжает: может быть вина отдельных-лиц перерастает в вину всех, всего коллектива? Автор полагает, что вначале существует вина отдельных работников, но взаимосвязи трудовых функций приводят к перерастанию индивидуальной вины в вину коллектива, в цепь виновных действий членов коллектива. Коллектив объединен единым групповым интересом, исполнение обязательств обеспечивается усилиями всего коллектива, активностью всех [94.— С. 36–38]. Это все так, но ведь вина психологическая категория, что не отрицает и автор. Но если она обезличена, поскольку конкретного виновника не всегда можно выявить, как можно говорить о психическом отношении и регулировании? Да и не приведет ли такой подход, к несправедливости, к круговой поруке, ибо за спиной добросовестных работников окажутся нарушители? Вообще признание безусловной вины всех членов коллектива, если кто-то нарушает свои трудовые обязанности, в высшей степени сомнительно.

Г. К. Матвеев не исключает коллективную вину. Он указывает на то, что нередко правонарушения совершаются на виду у всех, когда коллектив с ними мирится, к ним привыкает. Поиски конкретных виновников привели бы к безответственности, тем более, что нельзя, по мнению автора, рассматривать поведение работника изолированно от деятельности коллектива [68,—С. 239–240]. Это правильно. Но поведение, деятельность и вина понятия разные. Ссылка на социальную психологию: сознательно может действовать не только отдельный человек, но и коллектив [69,—С. 16], опять-таки не говорит еще о вине. В этих случаях исключается регресс, что ведет к безответственности.

В. Т. Смирнов и А. А. Собчак, вопреки высказанному мнению, полагают что об отрицательном отношении правонарушителя к интересам общества можно говорить только применительно к отдельным лицам, ибо целый коллектив не может проявлять такое отношение. Авторы обосновывают вину коллектива в договорном правоотношении следующим образом:

обязательство возложено на юридическое лицо, выполнение этого обязательства возложено на коллектив, поэтому и нарушение «растворяется» в коллективе, что приводит к трудностям в установлении провинностей отдельных лиц (каждый на своем посту допустил какую-то провинность). Это и позволяет абстрагироваться от вины каждого и говорить о вине коллектива [108.–С. 84–85]. Не ясно почему в поведении работника выражается функция только коллектива, а не юридического лица? Даже, если индивид выражает функцию коллектива– это еще не дает оснований для распространения его индивидуальной вины на вину всего коллектива.

Н. С. Малейн, ссылаясь на существующее понятие предприятия, как на организованный коллектив, все же, говоря о вине, указывает на вину работников и вину предприятия, не упоминая о вине коллектива в целом. Вина юридического лица, по его мнению, –это вина людей, членов коллектива. Такая вина является ничем иным, как психическим отношением, субъективной категорией. В последующем автор при анализе особенностей вины предприятия уже говорит о неправомерных действиях, о провинности лиц, составляющих юридическое лицо, а не отдельных индивидуумов, вне связи с коллективом, но все равно он отрицает возможность отождествления вины юридического лица с виной всех работников, а вину отдельных работников–с виной всех членов коллектива. Именно такое отождествление привело бы к безответственности и обезличению Специфика вины юридического лица в том, что ее обычно образует виновное поведение нескольких членов коллектива [62.–С. 59, 63, 66–69]. Позицию Н. С. Малейна в отношении вины всего коллектива следует признать правильной, но она противоречит логике его предыдущих суждений: если предприятие–это коллектив и если вина члена коллектива–это вина предприятия, то вина предприятия должна означать вину коллектива. Об этом говорит и И. Н. Петров: подмена конкретного виновника «виновником» коллективным приводит к тому, что нарушитель остается ненаказанным, а сфера воздействия механизма ответственности юридического лица ограничивается [89.–С. 114].

Отрицая отождествление юридического лица с коллективом его работников, Ф. Л. Рабинович отвергает равнозначность понятий вины предприятия и вины его коллектива. Он полагает, что вина предприятия – это вина тех должностных лиц, которые формируют его волю в заключении и исполнении договора. Применение мер коллективной ответственности к предприятию еще не означает виновности всех членов коллектива, причем вину он понимает в юридическом смысле (умысел и неосторожность). Коллектив, утверждает автор, как правило, вообще не может быть виновным. Таковыми могут быть отдельные работники и должностные лица, но на коллектив падают отрицательные последствия–общественное воздействие, хотя и не исключается персональная ответственность. На коллектив возлагаются последствия за недостаточное воспитательное воздействие, они выступают в качестве мер стимулирования и тесно связаны с виной [100.–С. 55, 58].

Отрицательную позицию в признании вины юридического лица виной всего коллектива занимает Н. А. Абрамов [8.–С. 36–37]. Прав С. Н. Братусь, подчеркивая то, что «необходимым условием ответственности юридического лица является вина конкретного исполнителя», виновные действия или упущения работника, хотя автор и опирается на теорию коллектива, считая работника не противостоящим юридическому лицу, не отличным от него субъектом права [24.–С. 211].

На наш взгляд, необходимо проводить четкое различие между виной и волей коллектива. Но если говорить о вине предприятия, то в таком случае получается, что предприятие виновно, а коллектив, стоящий «за» этим предприятием, невиновен. Прежде всего, еще раз отметим, что воля предприятия, во-первых, может и не быть элементом вины, а во-вторых, она может и не совпадать с волей коллектива, даже если и является элементом вины. К этому следует добавить, что и вина отдельного работника не означает ни ее всеобщности, ни наличия интеллектуального элемента вины у юридического лица. Ранее мы указали на признание вины юридического лица при доминировании неиндивидуального предвидения и осознания [83.С. 168]. Но этот вывод требует перепроверки с учетом углубления исследования данной проблемы. Но и в тот момент нами было высказано сомнение, основанное на том утверждении, что вина работника не всегда приводит к признанию вины юридического лица. Кроме того, в ч. 3 ст. 88, в ст. 90 Основ о такой вине вообще не говорится. Эти сомнения, как мы указали, связаны и с ответственностью за «чужую вину».

В принципе правильный подход В. Т. Смирнова и А. А. Собчака, приводящий к отрицанию возможности признания вины всего или даже большей части коллектива, вызывает замечание не только в том смысле, что он противоречит теории коллектива, которой придерживаются авторы, но и приводит к признанию ответственности за чужую вину (за вину отдельных работников, поскольку предприятие—это коллектив). Не думаю, что ответственность за «чужую» вину преодолена, она в виде определенной гарантийной ответственности существует, но нельзя не заметить и того, что рабочие и служащие не чужие для предприятия. Они не отождествляются с ним, но формируют его поведение. Как мы указали, участие коллектива в регулятивном (волевом) процессе достаточно велико, но о вине, с учетом ее интеллектуального компонента, этого сказать нельзя. Хотя, конечно, виновными бывают далеко не отдельные единицы. В соответствующей форме (чаще как небрежность) бывают виновны и другие члены коллектива. «Виновный круг» иногда достаточно широк, в него включаются и те, кто виновен лишь в моральном плане. Говорить об ответственности за «чужую» вину в аналогичной ситуации нельзя. Но и конструкция: вина индивида—вина коллектива—вина предприятия не может быть поддержана. И Н. С. Малейн правильно указывает на недопустимость в данном случае ответственности за вину третьих лиц или «чужую вину». Он вообще считает, что такой вины быть не может, это нонсенс. Вина—собственное психическое отношение, а субъект правонарушения и ответственности—одно

и то же лицо [63.–С. 169]. Отсюда следует вывод автора: вина юридического лица—это вина его работников, почему-то подкрепленный ссылкой на ст. 88 Основ гражданского законодательства, в которой об этом ничего не сказано. Н. С. Малеин, как весьма объективный ученый, ссылался на случаи, когда субъекты нарушения и ответственности не совпадают: коллективная материальная ответственность бригады в трудовом праве, целый ряд случаев ответственности родителей или заменяющих их лиц в административном и в гражданском праве. Часто это действительно ответственность за собственную вину, хотя автор обращает внимание на трудно объяснимое положение: ответственность родителей (попечителей) за достигших пятнадцатилетнего возраста субсидиарная (если не достает средств у причинителя), а не солидарная. Но есть еще ответственность нарушителя, субсидиарная ответственность юридических лиц за свои структурные единицы (новая тенденция), а главное—ответственность юридических лиц за своих виновных контрагентов, при кооперированных поставках, генерального подрядчика и т. п. Это реальность, а возвращение к спору о «цепочке» вряд ли уместно. Автор за прямую ответственность. Есть доводы pro и contra, но сложность хозяйственных связей не дает возможности перейти на прямую ответственность. Не обращаясь к аргументам той и другой позиции, отметим лишь несколько частных моментов: 1) как быть с презумпцией вины? 2) переплетение хозяйственных связей приводит и к усложнению причинной связи, нередко происходит «соучастие» ряда членов цепочки; 3) пока существует ограниченная ответственность, например, перевозчика, выходить на его прямую ответственность не-возможно; 4) следует максимально поощрять активность основного контрагента, это очень важно.

В последнее время особое внимание такой ответственности уделил Ю. Г. Басин, указав на широкое применение ее в хозяйственных правоотношениях—ответственность, независимую от вины. Автор правильно отрицает в подобных случаях применение ответственности, построенной на принципе вины «чужой» или собственной. Договорный контрагент не виноват, отвечающий за «чужую» вину отвечает невиновно. Даже, если признать в данном случае особый прием юридической техники, все равно контрагент отвечает без вины [20.– С. 71–72]. Но безвиновная ответственность лишена механизма стимулирования. Основание такой ответственности все же есть. Таким субъективным основанием автор признает субъективный риск, поддерживая его конструкцию, выдвинутую в советском праве. Выше мы уже указали на высказывания по этому поводу Ю. Г. Басина. Его подход к данной категории является дальнейшим углублением советской теории риска, проблемы которого занимали и занимают внимание многих ученых, стоящих порой и на различных позициях. Ю. Г. Басин утверждает, что установленная в правовых нормах безвиновная ответственность, опирающаяся на субъективный риск, является гарантийной ответственностью, вытекающей из закона или договора. Должник

гарантирует надлежащее исполнение, принимая на себя гарантийную ответственность за исполнение ненадлежащее [20.–С. 74].

В свое время мы уже ссылались в подобных ситуациях на ответственность гаранта и на риск гаранта. Но риск гаранта понимается нами несколько иначе. Он проявляется тогда, когда исключается регресс, например, при ограниченной материальной ответственности на остаток суммы. В то же время указывалось и на то, что юридическое лицо является гарантом полного возмещения вреда. Нужно отметить, что риск гаранта в хозяйственных отношениях означает и допущение невиновным субъектом невозмещения взысканных с него сумм [81.–С. 206, 208, 215–217]. Риск гаранта понимался нами и в качестве одного из условий ответственности юридического лица, в том числе и субъективным условием за действия подчиненных работников [82.– С. 153, 155]. Эта конструкция сегодня подлежит переосмыслению, с учетом того, что субъективное отношение должно прежде всего связываться с людьми. Это означает необходимость разобраться в том, кто же выступает в качестве гаранта.

До последнего времени не вызывала сомнения необходимость для применения гражданско-правовой ответственности такого объективного условия каким является причинная связь. Такое сомнение высказал Ю. Г. Басин в отношении взыскания неустойки. Подход Ю. Г. Басина к данному вопросу чрезвычайно интересен. Автор полагает, что данное условие необходимо только для связи: правонарушение–вред. Значит такие условия, как наличие вреда и причинная связь применимы только в случаях деликтной ответственности и взыскания ущерба, вызванного нарушением договоров. Конечно, нельзя расширительно толковать убытки, ссылаясь на то, что любое нарушение приводит к ним, что применение неустойки имеет в виду и возмещение убытков, а ее повышение в свое время преследовало и такую цель, причем не случайно при взыскании убытков примененная неустойка исключается (зачетная неустойка). Ю. Г. Басин убедительно доказывает, что, поскольку при взыскании неустойки не требуется установление убытков, излишней оказывается и причинная связь. Но может быть, как утверждают, это условие все же относится к связи: нарушение–ответственность? Ю. Г. Басин правильно обратил внимание на то, что такая связь просто излишняя, ибо правонарушение уже совершено и если какая-то причинная связь была, то она могла учитываться до правонарушения, включалась в само правонарушение. То, что причинной ответственности является правонарушение очевидно само собой. Значит речь должна идти о факторах, предшествовавших правонарушению, т. е. выяснения причины самого нарушения. Иными словами, указывает Ю. Г. Басин, в таком виде данное условие не определяет ответственность должника за то, что он причиняет своими неправомерными действиями, а за то, что к ним привело в хозяйственной сфере нарушителя [21.–С. 85–86]. В качестве аргумента выдвигается и такой довод: доказывать причинную связь должен потерпевший, как и доказывать убытки, а это чрезвычайно трудно. Вот здесь мы должны возразить автору. Такой вывод делается из-за неточности

правовых норм, которые говорят только о презумпции вины нарушителя. Совершенно очевидно, что вина в указанном случае понимается в широком плане и включает в себя и другие условия ответственности (кроме наличия вреда). Не требует доказывания факт включения в решения арбитражей и судов при ссылках на отсутствие вины указания о независимых причинах. Это вытекает и из анализа Б. И. Путинским арбитражной практики по выявлению вины: оценка зависящих от должника обстоятельств, приложение им усилий [97.–С. 151]. На смешение вины с другими условиями указывал В. А. Тархов [124.–С. 79]. В правовой литературе и в правовых нормах термин «вина» многозначен. Им пользуются не только для характеристики субъективного элемента (умысел, неосторожность), но и для определения противоправного поступка в целом [105.–С. 87–89]. В таком широком плане (непринятие всех мер) понимала вину в договорных отношениях и Р. О. Халфина [131.–С. 256] и, как указано выше, и другие ученые. Это, однако, свидетельствует не столько о необходимости особой трактовки вины, сколько о том, что не исключается ее широкое понимание, включающее и другие условия. Правильно это или нет—другой вопрос. Наверное, все же вещи (особенно в таком тонком вопросе как условия ответственности) нужно называть своими именами. Но отсюда следует, что о презумпции, в том числе и о ее процессуальном аспекте (субъекте доказывания) нужно говорить также в широком плане. Таким образом следует вывод, что в тех случаях, когда упоминается о том, что должник должен доказать отсутствие своей вины, имеется в виду необходимость доказывания им отсутствия и причинной связи, и противоправности. Презумпции тождественны, но они должны быть расчленены [82.–С. 132–133]. Представляется, что причинная связь должна определяться не только в одном звене. Это относится и к вине. Ответственность следует за осознанный выбор противоправного поведения, за волевое противоправное действие, определяемое психическим—волевым регулированием этого поведения. Вина предшествует противоправному поведению, хотя, конечно, психическое регулирование как элемент вины, не прекращается и после совершения поступка. Это один из аргументов в пользу того, что субъективное условие ответственности находится в сфере формирования правонарушения, т. е. связано с теми, кто формирует такое поведение—с трудовым коллективом, рабочими, служащими, администрацией. Но в формировании поведения, в том числе и правонарушения должна находиться и причинная связь, что не исключает, конечно, причинной связи между самим поведением (правонарушением) и результатом. Ю. Г. Басин несомненно прав, отрицая необходимость причинной связи как условия ответственности между невыполнением договора (правонарушением) и самой ответственностью. Но поскольку невыполнение договора, договорных обязанностей предприятием, юридическим лицом происходит не само по себе, а формируется волей—психической регуляцией трудового коллектива, рабочих, служащих, администрации, то представляется, что причинная связь необходима для установления самого правонарушения. Ведь не вызывает сомнения

необходимость для установления правонарушения выявление вины. И, как мы указали, вины людей. Вот и для причинной связи как элемента правонарушения нужно установить связь между поведением людей и результатом такого поведения—нарушением. Это вовсе не установление причины правонарушения, а самого правонарушения. В этом суть вопроса, как нам представляется.

Ю. Г. Басин отнюдь не отрицает эти связи но относит их (и совершенно правильно) к сфере трудовых (иногда—административных) правоотношений. Рассматриваются они как причины неисполнения. Но ведь это не просто причина. Неправильные действия работника формируют неправильное действие предприятия. Поведение в сфере трудовых отношений определяет поведение в межхозяйственных отношениях. Разрывать эти связи на отдельные этапы нельзя и при раскрытии сути причинной связи. Без учета человеческого фактора нельзя понять ни действий предприятия, ни его ответственности. Сферы правоотношений различные, но связи неразрывные. Но возможно правильнее считать, что действия работников являются не причиной действия предприятия, а самими этими действиями? По поводу конструкции «отождествления» мы уже имели возможность высказаться. В то же время следует считать, что действия работников формируют, определяют действие предприятия. Но они одновременно выступают как причинная связь правонарушения и в этом качестве являются объективным условием применения ответственности. Придерживаясь концепции необходимых и случайных связей, можно утверждать, что неправильные действия работников, бесконтрольность администрации, пассивность трудового коллектива (соответствующей части его) с необходимостью привели к правонарушению, допущенному предприятием, за что и следует ответственность. Правильно опровергая высказывания по поводу утверждения в гражданском праве презумпции невиновности (кстати, не только применительно к процессуальной ее стороне—доказыванию), Ю. Г. Басин отрицательно относится к идее дифференциации ответственности в зависимости от характеристики вины. Но отказ от такой дифференциации ведет к нарушению справедливости, к уравниловке и прежде всего при применении ответственности в виде неустойки. Но и убытки могут взыскиваться в ограниченном или полном объеме. Вина не может быть вне формы, поэтому при презюмировании вины, она презюмируется в определенной форме. Скорее всего—в наиболее вероятной. Но вполне логично и другое решение: презюмируется вина как таковая, форма вины должна быть установлена. Если она окажется не установленной, то следует вывод только о простой небрежности и как следствие—применение 'минимальной ответственности. Можно, конечно, спорить является ли взыскание в бюджет за грубые нарушения договорной дисциплины (т. е. гражданско-правового договора) гражданско-правовой или административной ответственностью, но нельзя не отметить, что ныне все они включаются в единую экономическую ответственность. И это в любом

случае обеспечивает их единство, даже при вполне возможной дифференциации.

Несмотря на дискуссию по отдельным вопросам, нельзя не отметить оригинальность суждений Ю. Г. Басина и несомненный вклад, который он внес в разработку теории ответственности за хозяйственные правонарушения в серии статей, посвященных данной проблеме. Именно неординарность подхода и вызвала желание вступить в дискуссию. Само собой разумеется, что и традиционные взгляды на условия ответственности предприятия являются весьма спорными, что, кстати, следует из ранее высказанных соображений.

Итак, что же составляет условия применения ответственности к юридическому лицу? Можно ли считать, что такая ответственность применяется к трудовому коллективу? Ответом на эти вопросы мы завершим настоящее исследование. Как правильно отметил Г. К. Матвеев, нельзя отрывать деликтную ответственность юридического лица от договорной [68.—С. 240]. Из этого положения—единого понятия и сути (при всей специфике) ответственности мы и исходим при определении условий применения ответственности к юридическому лицу. Применительно к условиям договорной ответственности лишь ст. 37 Основ гражданского законодательства указывает на необходимость учета вины лица, не исполнившего обязательство либо исполнившего его ненадлежащим образом. Ничего в отношении организации здесь не сказано. Наоборот, в ст. 88 Основ, когда речь идет об ответственности за причинение вреда, совершенно четко определено, что организация обязана возместить вред, причиненный по вине ее работников при исполнении ими своих обязанностей. Но ведь о вреде может стоять вопрос в обоих видах ответственности. Никаких оснований для противопоставления нет. В обоих случаях допущено правонарушение. Это позволяет за основу взять все же более конкретную из указанных норм, прямо относящуюся к ответственности юридического лица, т. е. положения ст. 88 Основ (ст. 445 ГК РСФСР, ст. 441 ГК Таджикской ССР). По всей видимости, должна быть общая норма об условиях ответственности юридического лица и, скорее всего, в самостоятельной главе, посвященной ответственности.

Выше мы пришли к выводу о том, что о воле, о вине, риске следует говорить только в сфере трудовых отношений, применительно к работникам предприятия, к коллективу, к администрации как особой категории работников, но, выступая в таком качестве, эти субъективные категории определяют, формируют соответствующее противоправное, виновное поведение юридического лица. Происходит волеизъявление в объективное действие. Такое действие совершает предприятие, в том числе и являющееся юридическим лицом, в силу чего это предприятие за противоправное, волевое, виновное действие—правонарушение несет ответственность. Таким образом условиями применения ответственности к юридическому лицу, а в случаях указанных ранее—к структурной единице, являются: их противоправное поведение, обусловленное виной рабочих, служащих,

администрации, а также причинная связь между поведением этих работников и сформированным комплексным правонарушением – волеизъявлением, т. е., объективным противоправным поведением предприятия, нарушившего договор или причинившего вред.

Может возникнуть вопрос о том, что в данном случае существует безвиновная ответственность юридического лица (структурной единицы). Но это не так. Ст. 88 Основ, которую следует применить в целом к ответственности юридического лица, тем более, что как деликтная, так и договорная ответственности зиждятся на деятельности рабочих и служащих, предусматривает применение ответственности к юридическому лицу только (и не иначе!) как при наличии вины его работников (в широком и узком понимании). В вине работников и заложен прежде всего принцип применения ответственности к юридическому лицу (структурной единице) за вину. Не о вине юридического лица говорится в этой норме, а только о применении к нему ответственности. Условно и, видимо, оправданно с точки зрения привычной и употребляемой в правовых нормах терминологии, можно говорить о вине юридического лица (структурной единицы), но теоретически такую вину как условие ответственности, установленное в норме, следует пони - мать исключительно как вину работников. Правильно обращается в юридической литературе внимание на то, что при возрастании роли трудовых коллективов, они становятся ответственными за деятельность предприятий и объединений в плане сочетания и реализации интересов государства и интересов рабочих и служащих [И. –С. 18]. При этом никакой трансформации-, никакого отождествления этой вины с виной предприятия нет. Из этого следует важный практический вывод: недостаточно абстрактное установление правоприменительными органами правонарушения, наличия возможностей и т. п. Должна быть установлена ими вина конкретных работников, должностных лиц, в том числе и прежде всего в субъективном плане. Это лишний раз доказывает несостоятельность антисубстративных конструкций юридического лица. Если не будет доказано отсутствие вины (эта вина в широком ее понимании презюмируется) работников при выполнении ими трудовых обязанностей, применение ответственности к юридическому лицу должно быть исключено. При этом нужно учитывать вину различных работников, характер их вины, форму истепень.. На дифференциацию вины при применении ответственности указывает В. И. Ленин [2. –С. 157]. Только при таком условии арбитражным решениям можно будет придать преюдиционную силу, обеспечить доведение ответственности до конкретных виновников (84. –С. 89]. Нельзя не отметить и того, что по ст. 457 ГК РСФСР (452 ГК Тадж. ССР) полную ответственность несет лицо, ответственное за вред. Но ведь далеко не всегда (даже с учетом изменения материальной ответственности) юридическое лицо сможет возместить понесенный им ущерб, поскольку ограниченная ответственность рабочих и служащих в трудовом законодательстве существует. Именно поэтому (допущение невозможности полного регресса) мы ввели в свое время в качестве дополнительного условия ответственности

риск–риск гаранта (юридического лица). В пользу риска говорит и то, что при применении ответственности по нормам трудового права вина не презюмируется (как при применении ответственности к предприятию), а устанавливается. Но ведь в рассматриваемой ситуации речь идет не о безвиновной ответственности, а о виновной, что само по себе исключает риск. Кроме того, как мы отметили выше, риск–категория субъективная, поэтому он также относится к людям–к работникам. Но риск выступает условием ответственности в тех случаях, когда отсутствует вина, например, в некоторых случаях причинения вреда источником повышенной опасности (отсутствие вины работника, управляющего источником).

В ст. 88 Основ предусматривается и еще одно условие применения ответственности к юридическому лицу: причинение вреда работниками при исполнении ими своих служебных обязанностей. Следует обратить внимание на то, что правовая норма (ст. 445 ГК РСФСР, 441 ГК Тадж. ССР) указывает «при исполнении» а не «во исполнение». Значит, если вред причинен при исполнении, но даже вопреки возложенным обязанностям, ответственность юридического лица должна наступить. Другое дело, если действия причинившего вред работника не находятся в причинной связи с исполнением им служебных обязанностей. Если стать на иную позицию, то при многих случаях противоправного виновного поведения работников на производстве нельзя будет возлагать ответственность на предприятие. Несомненно, правильно и то, что главное здесь не «при исполнении», а «в связи с исполнением», т. е. ответственность юридического лица должна быть связана с такими действиями работника, которые находятся в непосредственной связи с деятельностью организации и они могли быть совершены только в силу выполнения трудовой функции, даже ее ненадлежащего выполнения. Как полагает В. Попельский ответственность предприятия ограничивается выполнением работы, которая была поручена работнику, выполнением им той работы, на которую он был принят [[92.–С. 20]. Работники одной из железнодорожных станций в Таджикистане, используя свое служебное положение, расхищали грузы. Одни из них узнавали о содержимом вагонов, другие отгоняли на дальние пути намеченные вагоны, третьи искусно снимали пломбы. Все это не только совершалось при исполнении обязанностей, но и было связано с их исполнением, иначе не было возможности совершить преступление. Преступники осуждены, но перед потерпевшими ответило юридическое лицо, работниками которого являлись осужденные. Это положение относится и к договорным отношениям. Если придерживаться понятия «при исполнении», то это значительно расширяет ответственность юридического лица: лишь бы было совершено в период исполнения трудовых обязанностей. Если понятие сузить: «во исполнение», то это не только сузит ответственность, но и сведет ее на нет, ибо противоправный поступок не может быть совершен «во исполнение». Пониматься указанное требование должно только так: «в связи с исполнением». Это, кстати, предусмотрено в ст. 91 Основ. Правильно считать, что юридическое лицо отвечает в связи с

ненадлежащим исполнением работниками своих обязанностей, т. е. оно отвечает и за преступное поведение работников, администрации, если такое поведение связано с их работой и только они в связи с такой связью могли его совершить. Попутно возникает и такой вопрос. В ст. 91 Основ (ст. 460 ГК РСФСР, ст. 455 ГК Тадж. ССР) предусмотрена ответственность организации за вред, причиненный работнику, если вред этот возник по вине организации. Возможно этим опровергается наше утверждение о том, что вину нужно понимать как вину работника, а не юридического лица. Мы полагаем, что в данном случае явная неточность нормы. Если оставить все как есть, а это лишь возможно при конструкции «отождествления»: вина работника есть вина предприятия, то получается, что, с одной стороны, вина работника – есть вина предприятия, а с другой, что вина работника – есть вина потерпевшего. Вина последнего учитывается. Значит в данном случае будет совпадение субъектов, а это очевидное противоречие. Не о вине предприятия, а о вине администрации следует в данном случае говорить.

Ответственность несет непосредственно юридическое лицо (структурная единица), а не трудовой коллектив, но коллективность такой ответственности проявляется в зарплате коллектива [42. –С. 114–115], в фондах поощрения. Последние предлагается рассматривать как имущество трудового коллектива, что позволяет решить проблему его реальной имущественной ответственности. Ущерб, нанесенный предприятию, должен быть возмещен. Указывается на то, что сумма ущерба может превысить долю виновных лиц (особенно при ограниченной ответственности – В. О.), тогда предлагается распространить ответственность на остальных членов трудового коллектива подразделения (например, бригады), а затем и предприятия [74. –С. 59–61]. Вот в этом и должна будет проявиться ответственность трудового коллектива. Но это не непосредственная ответственность. Непосредственно – в гражданско-правовой сфере несет ответственность юридическое лицо. Но как арендатор средств производства коллектив, конечно, несет ответственность. Наконец, коллектив предприятия становится гарантом имущественной ответственности своих членов [74. –С. 61]. В определенной мере в данном случае ответственность трудового коллектива наступает и при отсутствии вины (сокращение фонда поощрения), но при взыскании ущерба о безвиновной ответственности вопрос не стоит, даже бригадная ответственность строится на принципе вины. В настоящее время получает распространение новая, необычная форма ответственности, даже не учитывающая вину, но имеющая большое стимулирующее и воспитательное значение. Речь идет о коллективной бригадной ответственности, устанавливаемой по инициативе самой бригады [49. –С. 166–169]. Эта ответственность касается материальных стимулов.

* * *

Таковы отдельные вопросы сложной и дискуссионной проблемы о правовой природе, поведении и ответственности юридического лица, о соотношении юридического лица и трудового коллектива. Правильное теоретическое понимание этих вопросов позволит улучшить практику

повысить эффективность стимулирования правомерного поведения, восстановить справедливость в рассматриваемых отношениях. Предпринята попытка не только проанализировать сложные теоретические проблемы, увлечь читателя в лабиринты острых дискуссий, но и решить ряд труднорешаемых теоретических вопросов, решить их в полемике, в творческом споре. При этом мы сохраняем глубокое уважение к мнению коллег, имеющих право на собственную позицию, и отнюдь не тешим себя надеждой, что споры по этим проблемам прекратятся

Наоборот, «принимая огонь на себя», будем рады продолжению научной дискуссии. И если мы вместе даже лишь продвинемся к решению этих трудных и важных вопросов, следовало «обнажать шпаги». «Париж стоит мессы!»

* * *

Несколько методических рекомендаций. Изучение данной работы возможно только после освоения студентами теоретических положений гражданского и трудового права. Пособие поможет углубить знания в вопросах о субъектах, о понятии юридического лица, коллективных субъектах трудового права и других. Очень важно глубокое изучение института ответственности, являющегося фундаментальным понятием правовой науки [58. –С. 118]. Пособие предназначается и для таких спецкурсов, как «Ответственность за нарушение хозяйственных договоров», «Деликтные обязательства», «Трудовой договор», «Субъекты хозяйственных отношений», «Хозяйственное право», «Правовые вопросы перестройки» и др. Важным является использование пособия для организации дискуссий, диспутов, для индивидуальной работы со студентами. Диспуты могут быть проведены по темам: «Вина предприятия», «Поведение предприятия», «Предприятие и трудовой коллектив». Для индивидуальной работы студентам предлагается изучить соответствующую литературу, разобраться в теоретических проблемах: в соотношении понятий предприятия и трудового коллектива, в субъектах гражданского и трудового права, в дискуссии о субстрате юридического лица, в понимании вины предприятия как вины работника, в воле юридического лица, в субъективном и объективном подходе к вине юридического лица, в категории риска и ответственности за «чужую вину», в причинной связи как условии ответственности юридического лица и др. На такие же темы могут быть написаны курсовые работы, студенческие доклады. Три раздела пособия могут выступать как самостоятельные темы дипломных работ. Список литературных источников, среди которых много новых, позволяет подготовить по ним рефераты и сообщения. Углубленное изучение вопросов ответственности необходимо также студентам экономических специальностей. Комплексное рассмотрение проблем предприятия и трудового коллектива на современном уровне дает возможность создать теоретический семинар, а также организовать самостоятельную творческую работу студентов. Все это несомненно должно не только оказать помощь студентам в освоении новых материалов,

нормативных положений, в изучении важных проблем, но и поможет в подготовке грамотных, творчески мыслящих специалистов.

Итак, мои молодые коллеги! В путь! В увлекательное путешествие в мир науки, на раскрытие тайн «Бермудского треугольника» остросюжетных теоретических ситуаций! В спорах не только рождается истина, но и оттачивается мысль, формируется ищущий, думающий студент, закаляется бойцовский характер будущих юристов.

ПРИМЕЧАНИЯ

(Использованная литература)

1. Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 23.
2. Ленин В. И. Поли. собр. соч., т. 45.
3. Материалы XXVII съезда КПСС. –М.: Политиздат, 1986
4. Горбачев М. С. Перестройка и новое мышление для нашей страны и для всего мира. –М.: Политиздат, 1987.
5. Коммунист–1987. –№ 10.
6. Абдульханова–Славская К. А. Деятельность и психология личности. М.: Наука, 1980.
7. Абова Т. Е. Тадевосян В. С. Разрешение хозяйственных споров. –М.: Юрид. лит. 1968,
8. Абрамов И. А. О вине хозяйственных организаций при нарушении договорных обязательств // Советское государство и право, –1982, –№ 1.
9. Александров Н. Г. Трудовое правоотношение. –М., 1948.
10. Алексеев С. С. Общая теория социалистического права (Курс лекций)–Свердловск: 1963.
11. Алексеев С. С., Мозолин В. П., Яковлев В. П. Правое обеспечение целостной системы управления народным хозяйством СССР // Советское государство и право. – 1987. –№ 2.
12. Андреев В. К. Механизм осуществления правоспособности юридического лица // Материальное право и процессуальные средства его защиты. –Калинин, 1981.
13. Андреев В. К. Осуществление и защита хозяйственных прав производственного объединения // Хозяйственный механизм и право. –Сб. трудов. –Устинов, 1985.
14. Андреев В. К. Исполнение Закона о трудовых коллективах на государственном предприятии // Советское государство и право, – 1985, –№ 12.
15. Андреев В. К. Правосубъектность хозяйственных органов // Автореферат дис... док. юрид. наук. –М., 1986.
16. Андреев В. К. Ответственность в условиях бригадного подряда // Хозяйство и право. –6/86.
17. Андреев В. К. Правосубъектность хозяйственных органов: Сущность и реализация. –М.: Наука, 1986.
18. Андреева Л. А., Медведев О. М. Особенности и правовая природа договора бригадного подряда в строительстве // Правоведение– 1988. –№ 1.
19. Антимонов Б. С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. –М.: Юрид. лит., 1962.
20. Басин Ю- Г. Гражданско-правовая ответственность в хозяйственных отношениях // Известия АН Казахской ССР. Серия общественных наук. – 1984, --№ 4.
21. Басин Ю. Г. Основания гражданско-правовой ответственности за хозяйственные нарушения. –Известия АН Каз. ССР. Сер. общественных наук–1986. –№ 1.

22. Басин Ю. Г. Субъективный фактор в основании гражданско-правовой ответственности за нарушение хозяйственной дисциплины // Актуальные проблемы гражданского права. – Свердловск, 1986.

22-а. Басин Ю. Г. Правовая модель полного хозяйственного расчета // Сов. госуд. и право, 1988, № 4.

23. Бедняков Д. Н. Выступление на конференции «Перестройка в правовой системе, юридической науке, практике». –Звенигород, май, 1987 // Советское госуд. и право. –1987. –№ 12.

24. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. –М.: Юрид. лит., 1950.

25. Братусь С. И. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). –М.: Юрид. лит., 1976.

26. Варул П. Методологические проблемы исследования гражданско-правовой ответственности. – Таллин: Эсти раамат, 1986.

27. Венгеров А. Б. Выступление за круглым столом-Выборность руководящих работников предприятий, учреждений, организаций // Советское государство и право. –1988. –№ 1. ,

29. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. –М.–Л.: Изд. АН СССР, 1948.

29. Венедиктов А. В. О государственных юридических лицах в СССР // Вестник ЛГУ. Обществен, науки. Вып. 1. –1955. –№ 3.

30. Виткявичюс П. П. Гражданская правосубъектность советского государства. –Вильнюс: Минтис, 1978.

31. Волфсон Ф. И. Гражданское право, –М.: Юрид. изд-во НКЮ, 1929.

32. Гайворонский В. Н. Правое регулирование производственно-хозяйственной деятельности предприятий и объединений // Учебное пособие. –Харьков, 1986.

33. Гандилов Т. М. Хозрасчет в капитальном строительстве (Правовые аспекты). –М.: Наука, 1986.

34. Грибанов В. П. Ответственность сторон за недопоставку по договору поставки // Вопросы советского гражданского права в практике суда и арбитража. –М.: Изд-во МГУ, 1959.

35. Грибанов В. П. О перестройке преподавания курса гражданского права // Правоведение. – 1988. –№ 1.

36. Договор в народном хозяйстве (Вопросы общей теории).– ‘ Алма-Ата: Наука, 1987.

37. Договор поставки // Учебное пособие. –Иркутск, 1973.

38. Егоров В. В. Развитие коллективистских начал и вопросы теории трудового правоотношения // XXVII съезд КПСС и правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма. –М, 1987.

39. Егоров В. В. Расширение коллективистских начал–характерная черта современного развития социалистических трудовых отношений // Советское государство и право. – 1987, № 1.

40. Заменгоф З. М. Правовой режим материальных и финансовых ресурсов в хозяйственных системах. –М.: Наука, 1987.

41. Иванов С. А., Лившиц Р. З. Личность в советском трудовом праве. – М.: Наука, 1982.
42. Калмыков Ю. Х. Хозрасчет промышленного предприятия (Правовые вопросы). – М.: Юрид. лит., 1972.
43. Калмыков Ю. Х., Горбунов Н. Структура объединения и Ж предприятия II Хозяйство и право. – 12/87.
44. Каминская П. Д. Основание ответственности по договорным обязательствам // Вопросы гражданского права. – М.: Изд-во МГУ, 1957.
45. Клеандров М. И. Проблемы защиты имущественных прав и хозрасчетных интересов производственных бригад // Правовые проблемы хозрасчета в условиях концентрации и специализации производства. – Куйбышев, 1986.
46. Коллектив и личность. – М.: Наука, 1975.
47. Комментарий к Положению о социалистическом государственном производственном предприятии. – М.: Юрид. лит., 1968.
48. Комментарий к Положению о производственном объединении (комбинате). – М.: Юрид. лит., 1979.
49. Корельский В. М. Все начинается с дисциплины. – М.: Мысль, 1985.
50. Корнеев С. М. О повышении эффективности правового регулирования гражданско-правовой ответственности за виновное нарушение обязательств между социалистическими организациями // Правовое обеспечение договорной и трудовой дисциплины. Тезисы докладов научной конференции. – Вильнюс, 1984.
51. Кравцов А. К. План и право. – Воронеж, 1976.
52. Красавчиков О. А. Сущность юридического лица // Советское государство и право. – 1976. – Ха 1.
53. Красавчиков О. А. XXVI съезд партии и дальнейшее развитие Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик II XXVI съезд КПСС и проблемы советского гражданского права. – Межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск, 1982.
54. Кротов М. В. Обсуждение новой работы по гражданскому праву // Правоведение – 1988. – № 1.
55. Кузнецов В. М. Производственный коллектив: содержание и формы экономической деятельности. – М.: Политиздат, 1985.
56. Ландкоф О. Н. Субъекты права (лица). – М., 1928.
57. Лаптев В., Заменгоф З. Юридический механизм хозяйствования // Известия, 24 февраля 1987 г.
58. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву, – М.: МГУ, 1981.
59. Лившиц Р. З. Коллектив предприятия, ФЗМК и трудовое правоотношение // Хозяйственная реформа и трудовое право. – М.: Наука, 1970.
- 60/. Лившиц Р. З. Закон о трудовых коллективах и проблемы его реализации // Советское госуд. и право. – 1986. – № 3.

61. Луганцев В. М. Коллективные субъекты трудового права // Советское государство и право— 1984. —№ 4.
62. Малеин Н. С, Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. —М.: Наука, 1968.
63. Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. —М.: Юрид. лит., 1985.
64. Мамутов В. К., Овсиенко В. В., Юдин В. Я. Предприятие и материальная ответственность. —Киев, 1971.
65. Масевич М. Г. Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. —Алма-Ата, 1964.
66. Масленников В. А. Правовой статус трудового коллектива // Советское государство и право. — 1979. —№ 1.
67. Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. — Киев, 1955.
68. Матвеев Г. К. Основания гражданскоправовой ответственности. —М.: Юрид. лит., 1970.
69. Матвеев Г. К. В защиту принципа ответственности в отношениях между хозорганами // Советская юстиция— 1973. —№15.
70. Медведев А. В. Предприятие в социалистической хозяйственной системе. —М., 1969.
71. Мересте У. Теория собственности и совершенствование хозяйственного механизма // Коммунист Эстонии. —1987. —№ 5.
72. Мересте У. Теория собственности и хозрасчет // Коммунист Эстонии. —1987. —№ 6.
73. Милькова Л. Ф. Органы юридического лица // Автореф. дис... канд. юрид. наук. —Свердловск, 1986.
74. Михайлов Б. Н. Имущественные интересы трудового коллектива // Советское государство и право. —1986. —№ 5.
75. Мицкевич А. В. Субъекты советского права. —М.: Юрид. лит., 1962.
76. Мозолин В. П. Формирование гражданского права развитого социализма // XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса—М., 1982.
77. Мусин В. А. Волевые акты государственного предприятия и проблема сущности юридического лица // Правоведение. —1963. — № 1.
78. Ойгензихт В. А. Проблема ответственности юридических лиц в советском гражданском праве // Сб. работ кафедры гражданского права и процесса. 1970.—Душанбе, 1971.
79. Ойгензихт В. А. Категория «риска» в советском гражданском праве // Правоведение. —1971. —№ 5.
80. Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве. — Душанбе: Ирфон, 1972.
81. Ойгензихт В. А. Некоторые вопросы теории ответственности гаранта // Актуальные проблемы государственного строительства и укрепления социалистической законности в Таджикской ССР. — Душабне, 1973.
82. Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. — Душанбе: Ирфон, 1976.

83. Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). – Душанбе: Дониш, 1983.

84. Ойгензихт В. А. Антисубстративные конструкции юридического лица и его ответственность // О роли юридической ответственности в условиях ускорения социально-экономического развития. – Труды по правоведению. – Тарту, 1987.

85. Ойгензихт В. А. Мораль и право (Взаимодействие. Регулирование. Поступок). – Душанбе: Ирфон, 1987.

86. Ойгензихт В. А. Роль человеческого фактора в перестройке хозяйственного механизма, в ускорении социально-экономического развития страны // XXVII съезд КПСС и правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма. – М., 1987.

87. Орловский Ю. П. Место и роль трудового коллектива в системе трудовых отношений // Советское государство и право. – 1979. – № 4.

88. Орданский М. С. Правовые проблемы железнодорожного транспорта СССР. – Саратов: Изд-во университета, 1981.

89. Петров И. Н. Ответственность хозорганов за нарушения обязательств. – М.: Юрид. лит., 1974.

90. Петровский А. В., Шпалинский В. В. Социальная-психология коллектива. – М.: Просвещение, 1978.

91. Петровский А. В. Личность. Деятельность. Коллектив. – М.: Политиздат, 1982.

92. Попельский В. Ответственность организации за вред, причиненный по вине работников // Советская юстиция. – 1965. – № 6.

93. Проблемы правового регулирования труда в развитом социалистическом обществе. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1984.

94. Пронина М. Г. Стимулирующая функция гражданско-правовых санкций. – Минск: Наука и техника, 1977.

95. Пугинский Б. И. Применение принципа вины при регулировании хозяйственной деятельности // Советское государство и право. – 1979. – № 10.

96. Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. – М.: Юрид. лит., 1980.

97. Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М.: Юрид. лит., 1984.

98. Пушкин А. А., Пушкина А. И. К вопросу о гражданско-правовой концепции государственной социалистической собственности // XXVII съезд КПСС и правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма. – М., 1987.

99. Психологическая теория коллектива, – М.: Педагогика, 1979.

100. Рабинович Ф. Л. Вина как основные договорной ответственности предприятия. – М.: Юрид. лит. 1975.

101. Развитие советского гражданского права на современном этапе. – М.: Наука, 1986.

102. Рахмилович В. А. Правовые формы хозяйственного расчета в промышленных объединениях. – М.: Юрид. лит., 1977.

103. Рахмилович В. А. О так называемом субстрате юридического лица (К вопросу о путях изучения юридического лица) // Проблемы совершенствования советского законодательства. –Труды ВНИИСЗ–29,–М., 1984.
104. Рутман Л. М. Правосубъектность государственного промышленного объединения // Правоведение. –1974,–№ 6.
- 104-а. Садилов О. И. Нетипичные институты в советском гражданском праве // Советское госуд. и право. –1979. № 2.
105. Самощенко И. С. Фарукшин А4. Х. Ответственность по советскому законодательству М.: Юрид. лит. 1971.
106. Симонян Р. Х. Управление производственным коллективом цеха. –М.: Экономика, 1978.
107. Смирнов В. Т. Об основании деликтной ответственности юридических лиц // Проблемы гражданского и административного права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1962.
108. Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. –Л.: ЛГУ, 1983.
109. Смирнов О. В. Концепция ускорения и совершенствование трудового законодательства // Советское госуд. и право. –1987, № 9.
110. Снигирева И. Правовое положение трудового коллектива // Хозяйство и право. – 1987. –№ 7.
111. Собчак А. А. Правовые проблемы хозрасчета. –Л.: Изд-во ЛГУ, 1980.
112. Собчак А. А. Хозрасчет и правосубъектность // Советское государство и право. –1981. –№ 2.
113. Советское государство и право. –1954. № 8 (Отчет о дискуссии по юридическому лицу).
114. Советское государство и право. –1955. –№ 8.
115. Советское государство и право. –1959. –№ 3.
116. Советское государство и право. –1987. –№ 5.
- 116-а Сов. госуд. и право–1988. –№5 (Круглый стол: Право государственной (общенародной) собственности в период перестройки).
117. Советское гражданское право. Т. I. М.: Юрид. лит. –1965.
118. Советское гражданское право. Т. I. М.: Юрид. лит., 1979.
119. Советское гражданское право. Субъекты гражданского права / Под редакцией С. Н. Братуся. –М.: Юрид. лит., 1984,
120. Социальная психология личности. М.: Наука, 1979.
121. Ставиский П. Р. Материальная ответственность предприятия в трудовых отношениях.–Киев-Одесса: Вища школа, 1987.
122. Ставцева А. И., Хохрякова О. С. Трудовой договор. –М.: Юрид. лит., 1983.
123. Тарасова В. А. Понятие предприятия как производственно-трудового коллектива // Вестник МГУ. Серия IX. Право. – 1966, –№ 7.
124. Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. –Саратов: Изд-во университета, 1973.

125. Теоретические проблемы хозяйственного права. –М., 1975.
126. Толстой Ю. К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. –Л.: Изд-во ЛГУ, 1955.
127. Толстой Ю. К. Социалистическая собственность и оперативное управление // Проблемы гражданского права. –Л.: Изд-во ЛГУ, 1987.
128. Толстых В. Социалистическая коллективность и индивидуальность // Правда. –20 марта 1987 г.
129. Торган К. Э. Имущественные интересы производственного объединения. Гражданско-правовой аспект. –Рига: Зинетне, 1982,
130. Трудовые коллективы в системе советской социалистической демократии. –М.: Юрид. лит., 1979.
131. Халфина Р. О. Правовое регулирование поставки продукции в народном хозяйстве СССР. –М.: Изд-во АН СССР, 1964.
132. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. –М.: Юрид. лит., 1974.
133. Халфина Р. О. Государственное предприятие–юридическое лицо, субъект права оперативного управления // Советское госуд. и право. – 1983.– № 4.
134. Хозяйственная реформа, труд и право. –М.: Изд-во МГУ, 1969.
135. Хозяйственный механизм и гражданское право / Под ред. Ю. Х. Калмыкова. –Саратов: Изд-во университета, 1986.
136. Хрусталева Б. Ф. Государственное предприятие–субъект трудового права. –М.: Юрид. лит., 1970.
137. Цепин А. И. Трудовой коллектив как субъект трудового права // Советское государство и право. –1981. –№ 8.
138. Черепашин Б. Б. Волеобразование и волеизъявление юридического лица // Правоведение, 1958, № 2.
139. Черноморец А. Е. Хозрасчет в капитальном строительстве на основе межхозяйственной кооперации (Правовой аспект) – Красноярск: Изд-во университета, 1985.
140. Шенгелия Р. В. Гражданская правосубъектность советского государства в кредитных отношениях. –Тбилиси: Изд-во университета, 1984.
141. Шкредов В. П. Экономика и право. –М., 1967.
142. Шор Л. М. Совершенствование договорно-правовых отношений в сфере материально-технического снабжения // Сов. гос. и право. –1973. –№ 1.
143. Шохина Т. С. Договор поставки в условиях совершенствования хозяйственного механизма и экономического эксперимента. – М.: Изд-во ВЮЗИ, 1986.
144. Щекочихина Е. П. Проблемы гражданской правосубъектности производственных объединений в промышленности. Дисс... канд. юрид. наук. –Свердловск: 1987.
145. Экономико-правовые проблемы совершенствования хозяйственного механизма. – М., 1984.
146. Эффективность законодательства о производственном объединении в промышленности –М.: Наука, 1981.

Д47. Эффективность гражданского законодательства (актуальные Вопросы). –М.: Изд-во МГУ, 1984.

148. Якушев В. С. Юридическая личность государственного производственного предприятия. –Свердловск, 1973.

149. Явич Л. С. Экономика, право и управление (общетеоретические вопросы). // Советск, госуд. и право. –1988. –№ 5.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ

1. СУЩНОСТЬ
 - II. ПОВЕДЕНИЕ
 - III. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ
- Примечания

Виктор Аркадьевич ОЙГЕНЗИХТ
Юридическое лицо и трудовой коллектив:
Сущность. Поведение. Ответственность.

Подписано в печать 23.05.88г. Формат 84X1081/32. Бумага тип. №2.
Заказ 867. КЛ 04861. Тираж 700. Объем 3,75. Цена 1 р. 10 коп.

Редактор изд. группы Л. А. Соболева
Межвузовская типография при ТГУ им. В. И. Ленина
г. Душанбе, уд. Лахути, 2

В.А. ОЙГЕНЗИХТ

**АЛЬТЕРНАТИВА
В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ**

ДУШАНБЕ «ИРФОН» 1991

ББК 67.99(2)3
О 11

Редактор А. Руденко

Ойгензихт В. А.

Альтернатива в гражданском праве – Душанбе: Ирфон, 1991.

Книга посвящена современным проблемам права. В ней через призму альтернативного подхода, выбора вариантов поведения рассматривается гражданское законодательство, в том числе новые нормативные акты, его проблемы и перспективы, особенно вопросы договорных отношений, их исполнения и ответственности в условиях рыночной экономики. В то же время в книге уделено внимание теоретическим проблемам, в том числе теории гражданского права в современных условиях.

Для юристов, экономистов, студентов и аспирантов юридических вузов, ученых в области права и экономики, а также для всех, интересующихся теорией, практикой и современными проблемами советского права.

© «Ирфон», 1991.

ПРЕДИСЛОВИЕ

В наше время плюрализм, альтернатива стали модными словами, но это не только дань моде – это необходимый признак демократизации. Нельзя считать демократичным отсутствие выбора, сопоставления, возможности решать. Должны быть варианты. Только тогда будет свобода, а не административно-командный императив. Но дело не только в демократизации. Возможность обдуманного выбора позволяет избрать наиболее оптимальный путь и в экономике, и в других областях. Так, например, сегодня признано разнообразие форм собственности, необходимость равноправия их субъектов. При этом нужны такие законы, – как сказал Президент страны, – «реализация которых позволила бы свободно решать, делать выбор в том, что касается и форм собственности, и методов хозяйствования...»¹. Это особенно важно в переходе к рыночной экономике. «Именно свобода выбора является основой личной свободы людей, фундаментом раскрытия творческого потенциала личности»².

В данной работе «а основании действующего, в том числе нового, законодательства рассматриваются возможности использования выбора и альтернатив, определяемых в правовых нормах, проблемы совершенствования в этом направлении законодательства с учетом отказа от чрезмерной зарегулированности особенно в хозяйственных отношениях. Особое место в свободе партнеров, в возможности по обоюдному волеизъявлению определить те или иные условия занимает договор, значительно возрастает его роль в рыночных отношениях. В книге исследуются различные обязательства и; юридические категории через призму альтернативы и альтернативности³. Такой подход позволяет раскрыть новые грани правового регулирования, выйти «а решение практических вопросов, опираясь на рассмотренный аспект теории гражданского права. Нельзя при этом не вспомнить слова -известного австрийского физика Людвиг Балцмана: «Нет ничего более практичного, чем хорошая теория...».

Автор понимает, что раскрыты им далеко не все проблемы альтернативности, не все его выводы будут восприняты однозначно. И в этом проявляется плюрализм. Наука не может развиваться без различных взглядов, позиций, конструкций. Мы за альтернативы.

Глава 1. ПОПРОБУЕМ РАЗОБРАТЬСЯ

Термин «альтернатива» в широком масштабе вошел в нашу повседневную жизнь с началом перестройки. Он применяется в различных аспектах. Но всегда ли в него вкладывается правильное содержание? Попробуем в этом разобраться, обратившись (и это вполне естественно, учитывая тему работы) к праву и, прежде всего, к гражданскому праву. Пусть не покажутся наши рассуждения слишком сложными и академичными. Серьезные вопросы не допускают поверхностного подхода, очень уж часто, в том числе и в праве, мы пренебрегали теорией, уступая место демагогическим утверждениям, принимаем за истину и простоту изложения. Серьезные вещи требуют серьезного подхода. Итак, обратимся к этимологии. Она должна помочь, если не разобраться в сути исследуемых категорий, то хотя бы сориентироваться, как-то определиться в подходах.

В латинском языке альтернатива – *alternare* означает чередоваться, таким же образом она определяется во французском языке – *alternative* и в ряде других языков. Иными словами – это возможности, исключаящие друг друга.

Тот же смысл фактически вкладывается в понятие дизъюнктивный (*disjunctivus*) – разделительный. В теории права существует понятие альтернативное обязательство, в качестве его синонима употребляется обязательство разделительное. В логике есть понятие «дизъюнктивное суждение» («А есть или Б, или В, или Г»),

Производные понятия от «альтернативы» определенным образом изменяют толкование первоначального понятия, хотя суть и смысл его, естественно, остается. Так, понятие «альтернативный» трактуется как допускающий одну из двух или нескольких возможностей. Здесь уже не возможность, исключаящая другую, а допущение разных возможностей. Отсюда – альтернативность – это допущение возможностей. И все же единства в толковании этих понятий нет. Так, например, альтернативу понимают как необходимость выбора одного из двух (или нескольких) возможных решений. Такое определение слишком уж ограничивает понятие, к тому же оно императивно, исключаящее иной вариант, – «необходимость», а не «возможность», что также превращает его в чрезвычайно узкую категорию. От «альтернативности», «альтернативного» как понятий отличают понятия «факультативность», «факультативный». Так, последнее понимают как возможный, необязательный, предоставляемый на выбор или даже от случая к случаю, дополнительный. Как видим, между указанными понятиями много сходства. Ведь возможность и необязательность действия связанные понятия: раз действие лишь возможно, значит оно не обязательно, а если оно необязательно, то значит только- лишь возможно. И в том и в другом случае присутствует выбор. И все же различие в приведенных определениях есть: необязательность при альтернативности относится лишь к возможности выбора, по само действие должно быть совершено в одном из

вариантов, при факультативности – оно -может быть и не совершено. Таким образом, необязательность в первом случае относительна, во втором абсолютна. В праве различают альтернативные и факультативные обязательства. Так, полагают, что при альтернативном обязательстве существует несколько предметов исполнения, из которых должник вправе выбрать один, а в факультативном предмет единственный, но он может быть заменен другим. Отсюда при гибели предмета альтернативного обязательства (одного из нескольких) сохраняется сила обязательства в отношении остальных, а вот с гибелью предмета факультативного обязательства оно прекращается. Конечно, ситуации, связанные с гибелью предмета, многообразнее и сложнее, но дело не только в этом. Принятое в праве различие в сути указанных обязательств не соответствует их этимологическому пониманию. В обоих понятиях существуют варианты, присутствует выбор, поэтому вряд ли можно утверждать о единственности предмета при факультативности – вариабельность исключает единственность. Все дело в том, что нельзя сводить эти обязательства только к предмету, нужно исходить из возможности совершения действий, исполнения обязательств, в том числе, конечно, и по передаче того или иного предмета, возможности замены предмета или сути самого действия. Важным является то, что юридическое обязательство не может быть необязательным вообще, в принципе. Необязательность возможна лишь в вариабельности, но не в самом обязательстве, иначе это условная сделка, которая может и не состояться. Речь идет не об исполнении. Именно поэтому в теории права уже давно разделительное или альтернативное обязательство «понимается как обязательство, по которому должник обязан исполнить одно из нескольких определенных действий»². Таково же требование к обязательству, называемому факультативным. Есть, несомненно, специфика, но это лишь видовое различие, а по существу как то, так и другое обязательство альтернативное. Суть его заключается в праве, в возможности выбора, в вариабельности действий, направленных на исполнение этого обязательства. Но это по поводу самих обязательств, если же рассматривать отдельные обязанности, отдельные условия, то тем более невозможно проводить черту между альтернативными и факультативными условиями, если только последние не относить к числу исключительно дополнительных и случайных. Как видим, в прошлом такое разграничение делалось в правовой науке не всегда, поскольку альтернатива относилась, как указано, не обязательно к предмету, а прежде всего к действию. Интересно вникнуть в суть аргументации теоретиков, отрицающих принципиальную общность (не исключаются особенности) альтернативных и факультативных обязательств. Так, полагали, что при альтернативном обязательстве предполагается несколько предметов: один наряду с другим – кумулятивно с выбором сторон в момент исполнения обязательства «При факультативном обязательстве предмет долга – единственная вещь, но есть право платежа, который освобождает от передачи предмета. Объяснение таково: вещь составляет предмет долга *in obligatione* (в содержании обязательства), а платеж – *in*

facilitate solutionis т. е. вне содержания обязательства. Поскольку *in obligatione* была лишь одна вещь (в отличие от альтернативного обязательства), то с ее гибелью прекращается обязательство³. В комментарии к Французскому гражданскому кодексу (Кодексу Наполеона) по поводу альтернативных обязательств говорится о том, что слово «chose» означает в этом случае не только «вещь», но и «действие»⁴. Это дает основание считать, что и платеж включается в содержание обязательства *in obligatione* как возможный его предмет. Отсюда следует, что факультативность не противостоит альтернативности, что при всей специфике обязательств, относящихся к особому факультативному виду, суть их в выборе действия – в альтернативности. Если же рассматривать не обязательство, а отдельные обязанности, отдельные условия, отдельные действия, то несомненно, что там, где происходит выбор варианта, выбор между вещью и действием, то мы сталкиваемся с исключаящей друг друга возможностью, т.е. альтернативой. Указывают на то, что в альтернативном обязательстве обязанность связывается не с определенным действием, а с правом выбора заранее указанных действий. При этом альтернативность категорически исключает какую-либо предопределенность выбора того или иного варианта, связь с наступлением или не наступлением какого-либо условия. Только свободный выбор означает альтернативность⁵. В то же время при альтернативности подлежащие выбору действия всегда определены, существуют их конкретные рамки уже в момент возникновения обязательства, но это относительная конкретность, относительная определенность, относящиеся к нескольким действиям в пределах абсолютно определенных и конкретизированных рамок (границ) возможностей. Позволяет ли альтернатива говорить о единстве предмета? Конечно, в конце концов – в итоге выбора он будет единственным, при возникновении обязательства существует не множественность предмета, а многовариантность, приводящая в конце концов к единственному предмету. Считают, что предмет в альтернативном обязательстве всегда один, но до выбора он не вполне определенный. Предмет здесь определимый, но еще не определенный. Наверное, можно утверждать, что имеется единый альтернативный предмет, но именно в этой альтернативности суть вариабельности, множественности обязанностей, условий, предмета. Можно, конечно, считать, что в такого рода обязательствах есть два уровня предмета:

1) альтернативный, вариабельный, определяемый и

2) определенный, конкретизированный, выбранный. При этом в таких обязательствах происходит свободная конкретизация предмета. Но мы должны всегда помнить о том, что альтернативность не сводится исключительно к альтернативным обязательствам. Она может быть и до возникновения правоотношения, например, в нормативном предписании. В этом случае второй уровень – конкретизация предмета, условия происходит при возникновении обязательства.

Рассматривая альтернативность в обязательстве нельзя не обратиться к так называемым «родовым обязательствам». В них содержание не имеет

конкретной определенности, а характеризуется групповым предметом, родом, неиндивидуализированным предметом. Но относительная конкретизация и здесь имеет место (число, мера, вес и т. п.), также как и двухуровневая определенность, ибо в конечном итоге произойдет абсолютная конкретизация – отделение предмета исполнения, выделение его из рода, индивидуализация. Это будет второй уровень определенности, который относится и к конкретизации действия. Как правильно указывается в литературе, если предмет определен родовыми признаками, если он «генерический», то должник вправе действовать альтернативно, предложив любой предмет, которому присущи определенные родовые признаки, т. е. в этом случае предметом долга является одна из вещей определенной категории, которая заранее неизвестна. При этом отрицается возможность присвоения вещам категории родовых, ибо вещь всегда конкретна, а по степени определенности нужно различать обязательства б. Как видим, и в данной ситуации мы встречаемся с альтернативностью. Таким образом обязательства, содержанием которых выступает относительная, а точнее – родовая определенность, предусматривают выбор, наличие вариантов, возможностей, т. е. должны признаваться альтернативными. Такие обязательства, как и альтернативные, считают определенными, а не определенными. Альтернативность здесь имеет тоже определенные границы, хотя они могут быть шире или уже, при возникновении обязательства, что определяет рамки выбора. Нельзя не заметить, что конкретизация предмета обязательства может произойти и не в момент выбора, а в момент индивидуализации - отделения от общей массы, т. е. даже при возникновении обязательства, но тогда оно будет индивидуальным, хотя предмет определен родовыми признаками. Поскольку эти признаки относятся к конкретной части рода – это уже не родовое обязательство, альтернативность в его содержании отсутствует.

Сходство между родовыми и альтернативными обязательствами несомненно признается, по они все же не отождествляются. Так, признается у них обоих наличие одного единственного обязательства в результате выбора. При этом содержание обязательства установлено шире, чем то, которое должно быть исполнено. В обоих случаях существует лишь определенность, но не полная определенность. Правда, в дальнейшем относительная определенность отпадает, происходит конкретизация. Называются и другие совпадения. И все же указывают на различия, на их неоднотипность. Различаются цели. В альтернативном обязательстве у стороны, которой предоставлено право выбирать, есть возможность избрать желаемое, соответствующее интересам. При родовом обязательстве выбор предмета (действия) не имеет значения, что вообще приводит к замене выбора на простое выделение, отделение. Указывается и на то, что при альтернативном обязательстве определенность выше, чем при родовом, больше степень связанности стороны, меньше число возможностей выбора, однако значение выбора больше. При альтернативном обязательстве отмечается и меньшая связь между собой предметов выбора⁷. И все же при

всех особенностях в обоих обязательствах есть главный общий признак – их вариабельность, возможность и необходимость выбора, первоначальная относительная определенность (неконкретность в пределах определенных границ). Незаинтересованный выбор – все равно выбор, отделение или выделение – также, несомненно, выбор. Иными словами оба обязательства альтернативны, они устанавливают необходимость выбора одного из вариантов, одной из возможностей. Поэтому мы полагаем, что различие этих двух обязательств следует видеть в качестве видовых различий в альтернативном: обязательстве. Альтернативное обязательство – обобщающее, в него входят и родовое и узкоальтернативное, которое лучше всего назвать «разделительным обязательством». Конечно, существуют особенности, но главное в них, конструктивное, их фундамент, основа – это альтернативность, выбор, определимость, трансформируемая в определенность в результате выбора. Но, повторяем, альтернативность – это не только специальные обязательства. Теоретически важно рассмотреть категорию «альтернатива» сквозь призму диспозитивности. Речь идет о нормах, условиях, об альтернативных правах и обязанностях. Характерной чертой гражданского права признается диспозитивность, понимаемая как способность осуществлять правосубъектность по своему усмотрению, приобретая гражданские права и обязанности, распоряжаясь ими, определяя в известных пределах их содержание.

Несомненно правильно указание на то, что право- как мера возможного поведения включает в себя альтернативу. Широкий диапазон выбора предоставляет гражданская правоспособность, однако наделение правом и 'наделение диспозитивностью не совпадают⁸. Диспозитивность – это не только выбор в осуществлении права, но выбор способов реализации права, его содержания, последствий при нарушении и т. п. Диспозитивность – общая характеристика правового положения субъектов. И в этом смысле она проявляется в альтернативности. Особенно это очевидно в настоящее время, когда утвердилась новая демократическая формула: разрешено все, что не запрещено законом. Но диспозитивность определяется соответствующими рамками. Именно рамки создают относительную определенность, которая обычно сводится к альтернативности. Если диспозитивность основана на альтернативе, то она должна признаваться «альтернативной диспозитивностью», если же альтернативных вариантов нет, они не определены, не ограничивают диспозитивность, то такая диспозитивность признается «неограниченной» или «безальтернативной». В широком плане, при любом выборе существует альтернатива, поэтому название «безальтернативная диспозитивность» условно. Этим мы лишь подчеркиваем то, что такая альтернативность, не ограниченная даже запретом, даже необходимостью выходит за рамки нашего исследования – это альтернативность в столь широком плане, что основанием ее уже не выступает подлинная свобода. Итак, рамки диспозитивности определяются альтернативностью – определенными или определяемыми альтернативами.

С позиции объективного права диспозитивность выражается в нормах гражданского права. Эти нормы, как полагают, устанавливают вариант поведения, не исключая возможность выбора и иного варианта. Такое понимание диспозитивных норм представляется правильным. Именно в возможности того или иного варианта поведения, а не в ориентации на возможную неопределенность выбора и заключается альтернативность диспозитивности гражданско-правовых норм. В отличие от императивных норм, исключающих отступление от них, диспозитивные нормы предоставляют альтернативу: право выбора между предписанным вариантом поведения и возможностью иного регулирования в пределах законных средств. Альтернатива прежде всего в этих двух вариантах: предписание и иное регулирование. Но «иной вариант» ограничен не только законностью средств, но и соглашением, договоренностью сторон. Если же такой договоренности не будет, то действует другой альтернативный вариант, определенный в правовой норме. Автономное положение субъектов утрачивается при отсутствии свободного волеизъявления и предписываемый вариант становится обязательным⁹. В связи с этим возникает очень интересный вопрос: существует ли возможность урегулирования спора по поводу предоставляемого права сторонам решить по соглашению (договору) вопрос иначе, чем в предписываемом варианте диспозитивной нормы. Нам представляется, что суд или арбитраж должны добиваться консенсуса, если же он не достигнут, то устанавливаемый принудительно порядок будет уже новым императивом, кроме того, который предусмотрен в правовой норме. Конечно, можно считать, что раз иной вариант может быть установлен в договоре, а арбитражное решение по преддоговорному спору выступает в качестве инструмента договорного установления здесь нет нового императива, но, полагаем, что альтернатива предписанию диспозитивной нормы допустима только в отношении обоюдного волеизъявления, соглашения сторон, а не в отношении одностороннего установления правоприменительного органа. Вопрос этот дискуссионный. Допускаем, что в диспозитивной норме могла быть предусмотрена еще одна альтернатива: иной порядок, установленный в соответствии с решением суда (арбитража). Смысл такого дополнения диспозитивных норм был бы целесообразен, если бы роль нормативного предписания сводилась бы к регулированию на случай договорного пробела. Нам все же представляется, что смысл диспозитивной нормы заключается в двух моментах: автономии (свободе) обеих сторон в определении поведения и в необходимости установления именно такого, т. е. определенного порядка, если предоставленной свободой выбора воспользоваться не удалось. В зависимости от характера нормативных предписаний определяются условия договора. Наряду с императивно-определенными существуют диспозитивно-определенные. Последние в определенной норме виде включаются в договор, если стороны не предусмотрели изменение условий. Но не только такие условия основаны на альтернативе. Существуют индивидуальные условия, которые в ряде случаев ориентируются на схему предписываемых условий. Соглашением сторон

может быть определен выбор содержания таких условий из нормативных вариантов¹⁰. Альтернативный характер присущ в ряде случаев и рекомендательным нормам.

Проблема альтернативности связана с саморегулированием поведения, с волевым психическим процессом. Принятие решения всегда альтернативно ибо, как минимум, есть два варианта: действовать или не действовать, но выбор может наталкиваться на множество альтернатив. Еще в большей степени проявляется альтернативность в ситуации неопределенности, риска. Даже в определении риска включаются альтернативы. Так, например, он иногда (хотя мы с таким подходом не согласны) понимается как вероятность ошибки или успеха выбора в ситуации с несколькими альтернативами. Во всяком случае в рискованной ситуации существует необходимость выбора альтернативы, причем отказ от выбора тоже альтернатива¹¹.

Глава 2. АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ НОРМЫ

Нормы права обладают определенной сущностью, имеют содержание и форму. Развитие советского права предопределяет новые подходы к классификации правовых норм, вводит новые по характеру нормативные предписания, поэтому теория классификации норм права должна предпринимать изменения. Пока в этой теории нет такого вида как «альтернативные нормы». Мы не исключаем того, что они могли бы дополнить принятое подразделение «по методу правового регулирования», поскольку существующие нормы, в которых есть право выбора вариантов поведения, а не, скажем, рекомендация или прямой императив, дают для этого основания. Такой подход возможен, тем более, что одна и та же норма в зависимости от критериев может классифицироваться различно. В данном случае важно, что понимать под методом правового регулирования? В правовой литературе под содержанием методов правового регулирования понимают способы воздействия на поведение субъектов: властно – побудительный, определяющий строго обязательное поведение; автономный, оставляющий простор для волеизъявления; поощрительный, стимулирующий желаемое поведение для государства и общества и рекомендательный, предлагающий наиболее приемлемый вариант поведения. Не трудно заметить, что в данном случае довольно широкий разброс видов норм. И тем не менее, их объединяет воля законодателя, который избирает тот или иной способ государственного регулирования. Но из этого раздела классификации могут быть перенесены в другую классификационную плоскость нормы, определяющие вариативность не самого поведения, а установления условий. Иначе – нормы, содержащие альтернативные варианты условий, которые должны быть еще определены в договоре по волеизъявлению сторон. Можно ли считать, что это подразделение по методу правового регулирования? Вполне. Но это особый подвид, сюда не могут, например, включаться императивные нормы. Вполне возможен и другой подход – выделение норм в самостоятельную группу – по признаку свободного (альтернативного) установления условий по волеизъявлению сторон. Сюда должны быть включены диспозитивные и рекомендательные нормы. Правда, между ними есть существенное различие, да и альтернативность диспозитивных норм не беспредельна, договорная свобода сторон ограничена обоюдным волеизъявлением. Но ведь и в рекомендательных нормах необходимо волеизъявление. И все же, конечно, широкий подход к альтернативности позволяет, как мы указали, включить в альтернативные и диспозитивные нормы. Такой подход с позиций сегодняшнего дня считаем правильным. Более того, полагаем, что альтернативность диспозитивных норм должна расширяться, о чем скажем несколько позже. Следует еще раз подчеркнуть, что альтернатива в этих нормах относится к возможности договорного установления, что отличает их от норм, в которых на стороны

непосредственно возлагаются альтернативные права и обязанности (альтернативные обязательства).

Диспозитивность—правовая категория, в которой заложена правовая свобода выбора вариантов поведения в границах закона.

Под диспозитивностью в гражданском праве понимается основанная на правовых нормах юридическая свобода (возможность) субъектов гражданских правоотношений по своему усмотрению осуществлять правоспособность и свои субъективные права. Диспозитивностью нельзя обладать вне закона. Подчеркивается очень важный признак диспозитивности—способность выбора в определенных пределах вариантов поведения, свобода усмотрения². Важно учитывать и конкретный выбор по установлению условий будущих отношений. Указывается и «а наличие альтернативы у субъекта: управомоченное лицо может не воспользоваться этой мерой возможности. Диспозитивные нормы устанавливают вариант, но оставляют право на иной выбор, причем, по высказанному мнению, такая диспозитивность существует и в императивных нормах, в частности в виде указания на конкретизацию, дополнение³. Альтернатива заключается и в возможности выбора различных вариантов, устанавливаемых в договоре. Конечно, диспозитивность есть и в императивных нормах, но нет в них альтернативности, а это подтверждает различие в классификации. Как отмечают, в содержании договора заключается и мера правовой свободы, и мера правового принуждения, поскольку придание ему юридической значимости соглашение субъектов превращает в средство выражения как частной, так и общей воли, интересов сторон и общего интереса. В договоре реализуется социальная необходимость во взаимном ограничении свободы усмотрения сторон, сочетание свободного и инициативного изъявления воли участников с государственным понуждением⁴. И это правильно. Можно, наверное, все же уточнить о какой границе закона идет речь в понимании диспозитивности. Прежде всего укажем на то, что свободу сторон определяет закон. Но он, как правило, не определяет границы альтернатив. Закон определяет другую границу – волеизъявление сторон. В противном случае свобода прекращается. Правда, в целом ряде случаев очерчивается граница альтернатив. Например, в статьях 6 ГК РСФСР и, Таджикской ССР, определяющих перечень форм защиты гражданских прав, которые могут быть включены в договор. Может быть по воле сторон установлена форма сделок в пределах форм, определенных законом (ст. ст. 42 ГК РСФСР, ст. 41 ГК Тадж ССР). Стороны вправе в пределах, установленных гл. 17 ГК РСФСР (гл. 18 ГК Тадж ССР) определить в договоре способ обеспечения исполнения обязательства. Здесь есть проблема расширения альтернатив, указанных в ст. 186 ГК РСФСР (ст. 204 ГК Тадж ССР). Норма эта, как и предыдущие, вряд ли относится к диспозитивным в полном смысле этого понятия. Их, по всей видимости, следует отнести к самостоятельной разновидности: ограниченно-диспозитивные нормы, т. е. альтернативы в них определены. Могли быть отнесены к ограниченно-диспозитивным и нормы, в которых какой-либо стороне предоставлен выбор установленных альтернатив, если конкретная

альтернатива определяется в договоре. Но это не так, поскольку в таких нормах (например, ст. 243 ГК РСФСР и Тадж ССР, 246 ГК РСФСР и 236 ГК Тадж ССР и др.), о которых речь идет ниже, установлено право выбора для конкретной стороны.

Диспозитивные нормы несомненно предписывают вариант поведения, но в то же время предоставляют субъектам возможность иным образом урегулировать, отношения, т. е. предусмотреть и иные условия в договоре. Указывают на то, что диспозитивность определяется словами в правовой норме: «если иное не предусмотрено (не установлено) законом или договором»⁵. Представляется такое утверждение не совсем точным. Если иное предусмотрено законом, то ни о какой автономии, ни о каких альтернативах речи быть не может – в законе условие должно быть конкретным, определенным. Оно, конечно, может быть в будущем определено иначе, но все равно будет конкретным. А вот указание на договор свидетельствует о праве устанавливать иное по усмотрению сторон, как, например, в ст. 138 ГК РСФСР, в ст. 144 ГК. Тадж ССР («Риск случайной гибели»). Но обычно в норме делается ссылка на закон и договор, которые могут иначе определить условие (например, в ст. 139 ГК РСФСР (ст.ст. 145, 147 ГК Тадж ССР) о вещах и плодах, в ст. 173 (174) о сроке исполнения, в ст. 193, 196, 198 ГК РСФСР (207, 211 ГК Тадж ССР) о залоге, поэтому такие нормы все же диспозитивны, но лишь в том смысле, что иное может быть определено и в договоре. Поскольку при отсутствии договоренности действуют императивно определенное условие. Иногда отрицается особый характер таких норм. Но как бы мы не подходили к характеру данных норм – с точки зрения их императивности или диспозитивности, нельзя не видеть альтернативности в их содержании, возможности иного выбора. Но нужно четко понимать альтернативность, а значит и диспозитивность. Так, например, ст. 278 ГК РСФСР (276 ГК Тадж ССР) – заключение договора имущественного найма без указания срока не содержит диспозитивности и альтернативы, хотя, конечно, отдаленно возможно говорить об альтернативе – сразу заключить договор без указания срока или заключить срочный договор и не прекратить его действие по истечении срока.

Особое место занимает эта проблема в хозяйственном договоре. Сегодня к этой проблеме должны быть новые подходы. Это прежде всего относится к соотношению императивности и диспозитивности в правовом регулировании.

Нельзя сказать, что в правовом регулировании вообще отсутствовала тенденция расширения диспозитивных норм. Особенно в договоре поставки не только постоянно расширялось число таких норм, но даже было установлено право отказа от заключения договора. В последнее время расширилось число договорных условий, которые переданы на усмотрение контрагентов, взамен императивного регулирования в законодательстве. Но это, как правильно отмечается, лишь начальный этап в развитии договорного механизмаб. 2 – 1941

Справедливости ради следует отметить, что и ранее ставился вопрос о необходимости расширения диспозитивных норм за счет императивных в отношениях с участием социалистических организаций, поскольку императивные нормы сковывают волю сторон. Высказаны были и опасения по этому поводу, поскольку императивные нормы позволяют учитывать интересы государства. Но правильно считают, что диспозитивные нормы могут лучше учесть конкретные условия, выбрать более правильный вариант для осуществления государственного интереса⁷. Несомненно, что диспозитивные нормы, предоставляющие выбор альтернативных вариантов, позволяют в большей мере выразить самостоятельность предприятий, учесть их реальные возможности и потребности, что способствует ускорению экономического и социального развития, осуществлению подлинного хозрасчета, учесть интересы в договорах. Видимо, нет надобности перечислять уже существующие диспозитивные нормы, гораздо важнее, обратить внимание на то, что в современных условиях определенные нормы должны быть, на наш взгляд, пересмотрены и носить не императивный, а диспозитивный характер. При этом следует иметь в виду, что диспозитивность должна исключить «облегченные» согласования⁸. Самое важное – это, как указано выше, провозглашение правила: дозволяется то, что не противоречит законодательству. В этом главное содержание диспозитивности, возможность широкого самостоятельного принятия решений, не противоречащих правовой норме, а значит и возможность согласования необходимых условий в заключаемых договорах.

Может возникнуть вопрос о целесообразности вообще детального законодательного регламентирования отношений по поставке, коль скоро установленный порядок в большинстве случаев может быть изменен в договоре. Возможно следует в перспективе упростить правовое регулирование поставки, указав в положениях, что такие-то и такие-то вопросы согласовываются сторонами в договоре? Если оставить так называемые ограниченно-диспозитивные нормы (или как их иногда называют «диспозитивно-определенные»), то может получиться фактически отказ от свободного волеизъявления: одна из сторон желает отступить от порядка, указанного в норме, например, в отношении способа получения продукции. Вторая сторона против этого возражает. В таком случае действует те согласованный порядок, а императивно установленный. Но ведь речь идет именно об обоюдном согласовании. Вопрос этот чрезвычайно сложный. Можно, конечно, обоюдное согласование ограничить существенными условиями, все же остальные устанавливаются в ограниченно-диспозитивном плане, т. е. при отсутствии обоюдного согласия действует порядок, предусмотренный в норме. Но и это было бы ограничением свободы волеизъявления сторон. Должно быть согласование всех условий сторонами, возможно и с помощью арбитража (суда). Только помощи⁹. Но это не означает, что все условия следует включать в договор. Поэтому предложение об ограничении положений о поставках только существенными условиями вряд ли приемлемо. Отсутствие в договоре

отступления от ограниченно-диспозитивных¹ норм, должно означать согласие на их принятие.

Достаточно (хотя и не в полной мере) широкое применение альтернативного выбора при установлении договорных условий имеется в диспозитивных, а следовательно, «альтернативных» нормах. Их нужно сегодня – в условиях перехода к рынку расширять. Но существующий в них императив позволяет сделать вывод о том, что наибольшую демократичность и свободу предоставляют другие альтернативные нормы.

В перспективе многие нормативные предписания должны приобрести, на наш взгляд, рекомендательный характер. Должны быть сняты шоры с договорных отношений и прежде всего в регулируемой рыночной экономике. Но моделировать поведение необходимо, должны быть рекомендации. В этом (правильней сказать «и в этом») цель регулирования. Сомнения по поводу нормативности рекомендаций должны быть рассеяны. В условиях демократизации правового регулирования, расширения самостоятельности, договорного установления значение рекомендаций, с выработкой наиболее оптимальных, рациональных условий, должно занять важное место в правовой сфере.

В рекомендательной норме выражена государственная воля, желательность определенной модели поведения. Нормативный характер рекомендательных норм признается в правовой литературе¹⁰. Правда, вряд ли правильно считать, что государство рекомендательной нормой обязывает использовать самостоятельность наиболее рациональным способом. О такой обязанности нельзя говорить, ибо в противном случае рекомендательная норма лишается своей сути. В свое время в юридической литературе было выражено мнение о том, что рекомендательные нормы могут считаться правовыми в том случае, если они опираются на государственно-принудительную охрану, иначе они занимают место за пределами системы права¹¹. С таким категоричным выводом нельзя согласиться. Если установлена принуждение за невыполнение нормы, вообще нельзя говорить об их рекомендательности. Далекое не все правовые нормы обеспечены принуждением, а в последнее время в хозяйственных отношениях проявляется это еще в большей степени. Но дело в том, что на основании рекомендательной нормы, часто изложенной в альтернативном варианте, обычно возникает конкретное договорное условие, которое в принципе обеспечивается принуждением. Вот это главное. Нельзя игнорировать радикальные изменения, происходящие в правовом регулировании в современных условиях, в том числе и в отношении принуждения. Обязательность рекомендательной нормы – в обязательном ее рассмотрении. Есть, правда, рекомендательные нормы с обязывающим содержанием, выступающие как совет и как: приказ¹². Но, на наш взгляд – это уже не рекомендации, а «демократизированный» императив. Он допустим, если в норму включаются альтернативы. Что касается принуждения, то оно может последовать, если» рекомендательной нормой пренебрегли и это привело к отрицательным последствиям. Нельзя, конечно, отрицать того, что

для предприятий обязанность рачительно вести хозяйство существует, но она не в рекомендательной норме.

Модель поведения как демократичная норма не может быть не вариабельной. Как правило, должны быть варианты условий, альтернативы. Но на основании таких рекомендательных норм, принятых субъектами, и включенных в договор, как правило, возникают не альтернативные обязательства (обязанности), поскольку избирается какой-либо один вариант. Ныне широко применяется особый вид рекомендательных норм, в которых нет модели вариантов, а предоставляется право на установление в договоре определенных положений. Таким образом рекомендательные нормы можно разделить на моделирующие и не моделирующие поведение. Возможно более точным будет отделение последних от рекомендательных норм в самостоятельную разновидность – допускающие нормы¹³. Могут существовать и диспозитивно-рекомендательные нормы. Например, об установлении срока исполнения в договоре поставки. Но здесь скорее не рекомендации, а требования, причем без определения в норме варианта на случай отсутствия соглашения. Поэтому отступление от них позволяет передать спор в арбитраж, что исключается в рекомендательных нормах.

Возникает и такой вопрос: по какому пути в условиях рыночной экономики должно пойти хозяйственное законодательство. Практика ряда стран показывает, что по пути установления широкой регулятивной свободы. Мы полагаем, что правовое регулирование несомненно должно быть, но, во-первых, главным образом относиться к важнейшим, принципиальным положениям, а во-вторых, во многом не устанавливать, а моделировать, рекомендовать, т. е. в принципе должен быть отказ от зарегулированности. Основным регулятором должен быть договор с законодательным обеспечением его свободы и конкуренции. Но многие ориентируются на диспозитивные нормы, негативно относятся к взглядам на то, что расширение договорной свободы в современных экономических условиях должно привести к сужению правового регулирования хозяйственных договоров. Полагают, что должно быть не количественное, а качественное изменение регулирования, уменьшение императивных норм и расширение норм диспозитивных и факультативных¹⁴. Мы тоже за качественное изменение регулирования, несомненно, за расширение всех альтернативных норм, в том числе и диспозитивных. И все же, как мы указали выше, диспозитивная норма таит в себе опасность императива, поскольку, к сожалению, соглашение сегодня еще далеко не всегда реально. Поэтому мы и полагаем, что должны широко внедряться рекомендательные нормы в сочетании с высокой организацией заключения договоров негосударственными профессиональными посредниками, внедрения ситсемы государственного стимулирования, убеждения субъектов хозяйственных отношений в целесообразности и экономической необходимости принятия рекомендаций.

Глава 3. ВЫБОР АЛЬТЕРНАТИВЫ И АЛЬТЕРНАТИВА ВЫБОРА

Выше мы касались категории определенности и связи ее с альтернативой, но лишь в смысле результата выбора и определенности самих альтернатив. Сейчас, же необходимо рассмотреть проблему определенности под другим углом зрения: существует ли при альтернативности определенность самого выбора, иначе—определенность выбора соответствующего альтернативного варианта? Однозначного ответа на этот вопрос нет. Но прежде чем все же попытаться на него ответить вспомним о подходе к определенности, вероятности при выборе. Принятие альтернативного решения, выбор возможного варианта всегда проблематичен. Но в одной ситуации оценка негативных и позитивных моментов при выборе варианта покоится на неопределенности или на малой определенности, т. е. на вероятности. В другой же ситуации варианты достаточно определены, выбор строится не на вероятности и все же полностью проблема сомнений не устранена, ну, хотя бы в оценке полезности, выгодности, эффективности, оптимальности. Какой сделать шаг? Ну, а если последствия до конца еще не ясны? Иными словами, неопределенность в какой-то мере присутствует всегда при наличии альтернатив, хотя и может быть минимальной.

Оговоримся сразу. Речь идет не об объективной определенности или неопределенности, а о знании о них, т. е. о субъективной определенности, субъективной вероятности. Иными словами, предвосхищаются определенные последствия, основываясь на опыте и имеющейся информации о ситуации. Гипотезы строятся на знании и предположении, что и определяет выбор. Таким образом вероятность определяется только на уровне процесса познания. Нередко приходится принимать решения, которые не гарантируют успех, а лишь дают надежду на него. Собственно говоря, теория вероятности построена на альтернативах – на теории множеств. Еще классические исследователи теории вероятности связывали вероятность со знанием и умозаключением в условиях неполной информации. Но в то же время вероятность понимается и как мера уверенности. В рамках классической версии вероятность определялась как равновозможность или равновероятность. Равновозможность строится на принципе недостаточного основания, т. е. на одинаковой неопределенности. Вероятность здесь связана с уровнем информации имеющейся у субъекта. Иначе – вероятность принадлежит уму, поскольку наше знание соединено с нашим незнанием, которые мы и оцениваем¹. Оценка дает основание для принятия оптимального решения, но для определения оптимальности необходим соответствующий уровень знания. Конечно, в научных исследованиях мы прибегаем к помощи вероятности – статистических методов ибо человеческий ум не в состоянии осуществить бесконечное число актов выбора². В обыденных условиях при выборе следует полагаться на знания,

на опыт, а также на интуицию и здравый смысл. Кстати, и здравому смыслу, и математической интуиции не противоречит аксиома выбора во всяком множестве³. Итак, субъективная вероятность – это степень уверенности человека. Но это уже психологическая категория. Психология, опираясь на другие науки, в том числе на математику, разработала теоретические подходы принятия решений, выбора. К ним относятся: теория принятия рациональных решений и психологическая теория принятия решений. Очень важно дать ответ на то, что значит поступать рационально, каким образом отличить оптимальное решение от ошибочного. Ответ на это чрезвычайно труден, хотя предлагается и упорядочение последовательности предпочитаемых альтернатив, и максимизация, т. е. принятие наилучшей альтернативы, и т. д. Оптимальность решения зависит от информированности в данных обстоятельствах. Процессы принятия решения сложные. В них и оценка последствий альтернатив, и другие стадии предрешения, и собственно решение, в котором происходит выбор альтернатив. Эти процессы интериоризованные, образующие цепь мыслительных операций. Они включают и моменты случайности, и оценку степени риска, планов на успех, и возможности неудачи⁴. Очень важным, как полагают, является выделение субъективной рациональности, в которой ведущим выступает субъективное представление. В связи с этим оптимальной является та альтернатива, которая максимизирует целевую функцию на множестве альтернатив. При этом действительная рациональность опирается на наличие верной информации. Для оценки последствий выбора важным является полезность. Она зависит в оценке той или иной альтернативы от состояния субъекта (от структуры целей), которая может модифицироваться. Оценка полезности чрезвычайно сложная проблема. Существуют различные методы определения полезности, но очень важным является обладание интеллектуальной компетентностью. В" числе способов оценки полезности имеется и альтернативная стратегия, приписывающая наибольший вес определенным факторам, т. е. допускающая избирательность⁵. Мы, естественно, лишь обращаем внимание на сложность и широкую палитру методов, способов, путей при выборе решений при различных альтернативах. В нашу задачу не входит их раскрытие. Совершенно очевидно, что оценка полезности альтернатив, их последствий зависит, от различных факторов. Но существуют ситуации, в которых отсутствует какая-либо информация об альтернативах. Здесь мы сталкиваемся с субъективной вероятностью, с неопределенностью. Она может быть случайной, но может быть связана с деятельностью человека. В этой ситуации существенное значение придается учету риска, его оценке, роли риска в выборе альтернативы. Риск может оказывать главное влияние на такой выбор. Более того, он является одной из черт альтернативы. Многие полагают, что величина риска выступает одним из главных факторов в принятии решения, что при выборе важным является степень риска, присущая данной альтернативе, учет его оптимальной величины, большей или меньшей рискованности альтернатив, величины выигрыша п риска. Риск

признается неотъемлемой чертой человеческой деятельности. Отсюда важность его познания. Выдвигались в психологии различные теории риска, связанные с прогнозированием поведения людей, с выбором альтернативы: аддитивного риска и ожидаемого риска. Это теории восприятия риска, позволяющие, например, только предвидеть поведение, а не оценивать риск. Нельзя не отметить, что при выборе рискованной альтернативы оказывают нередко влияние нерешительность и изменчивость решений, связанные с трудностью в оценке полезности альтернатив, их привлекательности или при явной одинаковости рискованных альтернатив⁶. В современном обществе возникает немало рискованных и опасных ситуаций, многие из которых в той или иной мере связаны с выбором рискованной альтернативы, в том числе и имеющих непосредственное отношение к гражданскому праву. Считаем нужным еще раз обратить внимание на субъективную характеристику риска, которая заключается в альтернативном выборе, в принятии решения, в оценке и предпочтении в ситуации неопределенности той или иной рискованной альтернативы. В этом суть риска, его главная черта. Можно обратиться к многочисленным ситуациям, связанным с риском (поведение экспериментатора, врача, идущего на вынужденную операцию с непредсказуемым исходом, решение изыскателя и т. д. и т. п.)⁷, т. е. к ситуациям, опосредующим нередко возникновение гражданско-правовых отношений. Во всех этих и аналогичных случаях риск обращен к субъекту – к его субъективному выбору альтернатив, оценке последствий. Риск непосредственно связан с сознательно-волевой деятельностью человека. Риск возможен в ситуации полной или относительной неопределенности, причем именно тогда, когда существуют альтернативы выбора. Важно то, что возможные последствия известны, но их наступление не безусловно. Конечно, наступление или ненаступление тех или иных последствий подчинено объективным закономерностям и в этом смысле рискованное поведение объективно. Выбор ведет к объективному рискованному поступку, что позволяет признавать риск и в объективном плане, но только тогда, когда мы эту категорию рассматриваем в широком плане, включая само действие. Если же мы риск будем рассматривать в узком плане, без его объективизации,⁸ то он предстает исключительно субъективной категорией, связанной с выбором альтернативы, с принятием решения. Человек, преодолевая ограниченность информации по поводу оценки альтернатив, осуществляет выбор. Он рискует именно в этот момент, т. е. риск – в решении о выборе определенной альтернативы поведения. В неопределенную ситуацию вводится риск⁸. Это соотношение: неопределенность и риск. Таким образом субъективная оценка того, что может произойти при выборе конкретной альтернативы всегда присутствует в понимании риска, даже если отвергается его субъективная природа. Не случайно риск определяется как могущие наступить убытки, вероятность, допущение, предвидение, осознание возможных последствий, угроза, опасность, и т. д. Во всех этих критериях риска несомненно присутствует оценка субъекта возможностей, последствий, пусть и объективных, но

оцениваемых, осознаваемых, допускаемых, что предопределяет его субъективный выбор той или иной альтернативы. Если выбор альтернативы основан на определенных данных о последствиях – нет риска. Конечно, риск может создать опасность, но и опасность вызывает нередко выбор рискованной альтернативы. Таящиеся объективные возможности обычно сами по себе к каким-либо последствиям не приводят (кроме отдельных случаев). К ним приводит, ускоряет их наступление, подталкивает, провоцирует поведение субъекта, которое может быть рискованным в силу выбора (субъективного акта) рискованной альтернативы конкретного поведения. Безусловно, выбор поведения и само поведение взаимосвязаны, взаимообусловлены. В этом смысле следует говорить об объективно-субъективной природе риска⁹. Волевой процесс при риске характеризуется выбором и принятием решения с учетом рискованных альтернатив – допущения неудачи, нежелательных последствий и лишь вероятности позитивных последствий. В осознании и выборе альтернативы в неопределенной ситуации, т. е. в субъективном моменте – главный критерий риска. В то же время наличие альтернатив, их оценка в момент выбора основаны на имеющихся объективных данных, а сам риск реализуется, а значит объективизируется в реальном волевом акте.

Развивая советскую теорию риска А. П. Альгин подчеркивает его противоречивую природу, проявляющуюся в столкновении объективных рискованных действиях с их субъективной оценкой. При этом указывается на то, что другими людьми поведение может быть оценено не как рискованное. Но в случае выбора не рискованной, осторожной альтернативы нет вообще риска. Риск возникает только тогда, когда самооценка и решение соответствуют истинности предпринятого шага. Значит важна объективность осознания, соответствие выбора альтернативы рискованной ситуации. Но это не изменяет природы риска. Правильно подчеркивается, что свойством риска является альтернативность, т. е. он предполагает необходимость выбора из возможных вариантов. Отсутствие возможности выбора исключает риск. При этом альтернативность обладает различной степенью сложности. Чертой риска правильно называется и неопределенность применительно к выбору альтернатив. Риск – это способ «снятия» неопределенности. Но неопределенность ожидаемых последствий остается, хотя неопределенность в смысле уже сделанного шага «снимается». Сам автор допускает правомерность как объективной, так и субъективной концепций риска, применительно к конкретным ситуациям и поступкам. В то же время он выказывает за предпочтительность концепции риска, сочетающей объективный и субъективный подходы. Но о риске автор говорит как о деятельности в условиях неопределенности и в ситуации неизбежного выбора, а деятельность включает в себя объективную и субъективную стороны. Субъективная сторона в выборе альтернатив, в расчете вероятности их исхода. Но риск существует независимо от того осознают ли его наличие или игнорируют его; сам процесс рискованной деятельности объективно обладает определенной вероятностью наступления (и наступления)

события¹⁰. Все это правильно и на это мы обращали внимание. И все же... Несомненно существует принцип единства сознания и деятельности. Единства, но не тождества. Существует психическая деятельность и нужно ее отличать от деятельности вообще. Психическая деятельность специфична как функция, выступающая в качестве регулятора п. Конечно, деятельность – это сложный процесс переплетения внешнего и внутреннего, субъективного и объективного, но абстрагируясь от этого переплетения, сознавая его неизбежность, мы все же можем утверждать на определенном отрезке примат психического моделирования поведения, объективной деятельности, а значит выбора решения, определенной альтернативы по отношению к объективному действию, к деятельности, основанной на этом выборе. Это имеет непосредственное отношение к пониманию риска. Существует ли риск независимо от его осознания? Если риск – это неопределенность, опасность, возможность каких-то последствий, то несомненно. А если это лишь выбор определенной альтернативы и ее оценка? Конечно, мы не только допускаем возможность и отрицательных последствий, но мы и регулируем в направлении избранной альтернативы свое поведение. Более того, мы не просто регулируем, но и действуем в соответствии с этой регуляцией. И вот здесь, если была выбрана действительно рискованная альтернатива, придут в движение реальные опасности, которые могут (опять только могут, иначе нет рискованного действия) привести к тому результату, которого мы опасались.

Подход к риску, к содержанию рационального и оптимального выбора альтернатив в управленческой практике вполне проецируется и к гражданско-правовым отношениям и, прежде всего, в сфере хозяйственных обязательств. Так, например, расширение самостоятельности предприятий, возможность вступать в отношения, не запрещенные законом, наконец, договорная свобода в условиях рыночной экономики делают ставку на выбор альтернатив с рациональным риском. При этом правильно критикуется пассивная деятельность, при которой идут на риск не в расчете на получение большей прибыли, а для того, чтобы уменьшить потери или избежать их. Это объясняется привычкой не проявлять несанкционированных инициатив и отдавать предпочтение из множества альтернатив проверенным в прошлом вариантам. Критике подвергается и ориентация не только на минимальный, но и на максимальный риск как авантюрный¹². Безусловно, риск в хозяйственных отношениях не только связан с полной неопределенностью последствий, он может быть и в учете прибыли, т. е. достижения более высокого результата, стремления превзойти цели, сделать даже большее, чем ожидалось. Выбираются, конечно, не риски, а варианты поведения, альтернативы. Должен быть ориентир на риск рациональный, т. е. обоснованный. Необходимо, однако, ответить на вопрос: какая из выбранных альтернатив в рискованной ситуации будет рациональна, т. е. означать «рациональный риск»? Категория «рациональное» сложная и многозначная. Правильно отмечается, что рационально действие, к которому относятся решение и выбор (нас интересует именно это), если адекватно используются «знание объективного состояния дел, условий происходящего действия,

основных, главных свойств, закономерностей явления, процесса, по отношению к которым осуществляется выбор». При решении вероятностных задач в условиях неопределенности, случайности «с известными вероятностями распределения, субъект «вторгается» в зону риска». Рискованная деятельность может быть как рациональной, так и не рациональной, а «обоснованный риск является составной частью рациональной человеческой деятельности в условиях неопределенности». Рациональным будет такой риск, который содержится «в выбранном в условиях неопределенности оптимальном решении (действии, поступке)». Как видим, все сводится к выбору, т. е. субъективному акту. Обращаются к элементам, составляющим содержание оптимального варианта решения. Так, оптимальным при риске признается решение, обеспечивающее минимальные затраты для достижения необходимого результата – принцип «минимизации затрат». Оптимальность выбора альтернативы зависит также от времени, затрачиваемого на выбор. Здесь недопустимы ни затяжка, ни поспешность, ибо вредно не только замедление, но и преждевременность, когда отсутствует полнота информации и не все до конца учтено, т. е. увеличивается риск принятия решения. Важен учет интересов, кроме того, определение оптимальности альтернативы при наличии неопределенности должно учитывать ее воздействие на будущие решения, например, экономическую и экологическую обстановку. Можно указать на изменение спроса, усиление конкуренции, возможные трудности в реализации договора, изменение цены и т. п. Нельзя делать ставку лишь на сиюминутную выгоду. Недопустимо при выбранной в ситуации риска альтернативе не оценивать с позиции вероятности не только достижения ожидаемого результата, но и возможного отклонения. Оптимальность означает оценку «вероятности риска». В иных случаях риск выбранной альтернативы будет необоснованным, не оптимальным, без учета реальности, которая должна присутствовать даже в рискованной ситуации 13.

Нужно, наверное, отметить, что указанная ситуация в гражданском праве может возникнуть, как мы указали, при осуществлении творческой деятельности, но критерии рационализации, конечно, должны быть другими. Другими они должны быть и при спасении имущества, во многом иными – при деятельности источника повышенной опасности и в ряде других случаев. Об альтернативах в этих ситуациях при выборе правового решения будет сказано ниже. Но на одном вопросе, применительно к риску в хозяйственных отношениях, следует остановиться. А. П. Альгин правильно обращает внимание на необходимость активизации хозяйственного риска, на действие сегодня формулы: «Рискует тот, кто не рискует». При этом он указывает на риск, связанный с возможными действиями соперника по производству. Это очень важно в условиях перехода на рыночную экономику. В качестве примера приводится уменьшение в свое время спроса на автомобиль «Москвич» по той причине, что завод в г. Тольятти стал выпускать более комфортабельные модели, а предприятие, выпускавшее «Москвич», рисковало, не став на путь модернизации производства и. Но риск ли это?

Конечно, можно было бы рассчитывать, как случилось позже, на резкое повышение спроса из-за появления денежных возможностей у населения (определенной его части). Но вряд ли в момент спада спроса была такая ситуация или информация о ней. Значит был не риск, а поведение в достаточно определенной ситуации. Нельзя бесхозяйственность, научно-техническое отставание признавать риском. Это скорее вина, а не риск. Нельзя говорить о риске и в тех случаях, когда создается нереальная, неопределенная ситуация на предприятии в результате необоснованных действий вышестоящих органов, ведомств. Нельзя выполнять такие задания, их следует оспорить, взыскать убытки. А коммерческий риск в условиях рыночной экономики безусловно будет, он необходим, его нужно учитывать, нормативно закрепить, разработать методiku его обоснованности, оптимизации. Такой риск, конечно, не авантюрный, а обоснованный – позитивен. Нужно согласиться с тем, что необходима в хозяйственных отношениях (несомненно и в правоотношениях) вариантность, альтернативность мышления, в том числе и в локальном риске при принятии конкретных хозяйственных решений 15.

Итак, выбор альтернативы – ключевой акт поступка. Выбирать нужно с учетом целесообразности, в том числе и полезности результата.

Проблема выбора является одной из вечных человеческих проблем. В выборе не только решимость, но и сомнения, колебания. Они предшествуют усилиям, характеризующих решимость 16. Тождественны или нет выбор и решение? Считается, что решение представляет собой интеллектуальную фазу выбора. В процедуре решения осуществляется выбор альтернатив. Решение венчает выбор. Конечно, в широком плане выбор воплощается в поступке. Но и при таком подходе должно быть решение, основанное на выборе. Представляется, что следует говорить о процедуре выбора, а не о процедуре решения. В этой процедуре интеллектуальные моменты, сознание, безусловно, участвуют, но сам выбор в конце концов, решение принимаются в силу регулирования, основанного на сознании, а не в силу сознания. В этом и заключается воля, регулятивный процесс, свойством которого является сознание.

Регуляция и «саморегуляция» находятся в неразрывной взаимосвязи и составляют единый механизм. Обращается внимание на специфику саморегулирования – ее избирательность, зависящую от воли личности, выбирающей определенную альтернативу. Механизм такой регуляции – в выработке программы на базе выбора целей и средств их реализации, а также оценки. Даже, если понимать «волю личности» только в смысле выбора, что фактически приводит к признанию ее регулятивной функции, нельзя считать, что избирательность в психологическом процессе регулирования (при «саморегулировании») обусловлена такой волей. Необходима подлинная свобода выбора. Этот выбор детерминирован морально-правовым регулированием, которое определяет модель поведения. Поэта детерминация не ограничивает свободу. Свободная личность сама направляет свое поведение, свою деятельность 17.

Свободное регулирование поведения, свободный выбор альтернативы являются несомненно проявлением свободы воли, но не всегда это регулирование основано на истинной свободе воли¹⁸. Поэтому, видимо, не следует утверждать, что свободной волей человек обладает лишь в той мере, в какой он может делать сознательный выбор. И все же без сознательного выбора нет свободы воли. Существует диалектическое единство выбора и ответственности. «Выбор предопределяет ответственность, а ответственность немыслима без выбора». Несомненно должны быть и диапазон возможностей поступка и субъективные возможности для выбора. Речь идет о свободе выбора – психологического акта, в котором играют роль и разум, и волевые качества человека. Выбор и решение последние звенья проектирования, устойчивый компонент программирования поведения. При этом полагают, что сам процесс выбора состоит из двух стадий: 1) определение ценности вариантов и 2) сравнение их между собой. Выбор альтернативы – это волевой акт, в котором происходит, причем нередко, борьба мотивов и после принятия первоначального решения, в процессе осуществления программы, от которой вполне возможен отказ. Первоначальный выбор нуждается в подтверждении, в контроле: отсюда – двойная мотивация. «Борьба мотивов» происходит, конечно, и до принятия решения. Сознание и воля объективизируются в поступок, в поведение согласно выбранной альтернативы.

Регуляционные компоненты, удержание программы в памяти, коррекция требуют психических усилий, которые называются волевыми. Они нужны для осуществления программы¹⁹. Представляется, однако, что усилия прежде всего необходимы для доведения до конца избранного варианта поведения, выбранной альтернативы.

Необходимо еще раз подчеркнуть, что выбор нельзя сводить лишь к психической деятельности, предшествующей действию. Целостным явлением выступает и поступок, в который включаются в единстве такие его элементы как мотивы, цель, средства, деяния, их последствия. Разрыв взаимосвязанных элементов, отделение объективного поступка от его психической регуляции, конечно, недопустимы, тем более, что регуляция бывает не только предшествующая. Поступок потому и поступок, что он связан с человеком, с его психической регуляцией, с присущими ему качествами и свойствами. Они в немалой степени определяют выбор альтернативы.

В заключение еще раз считаем нужным обратить внимание на то, что альтернативный выбор в одинаковой мере необходим при избрании правовой модели, варианта определяемого поведения и при избрании варианта самого поведения как правомерного, так и неправомерного. Жизнь, в том числе ее правовая сфера, неоднозначна. Как правило, мы сталкиваемся с альтернативами и нужно выбирать. В этом выбор альтернативы. А вот как выбирать, чем руководствоваться при выборе – в этом альтернатива самого выбора.

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ ОБЯЗАННОСТИ

Данный вопрос мы рассматриваем исходя из двух принципиальных положений: 1) из единой альтернативной сути альтернативных (разделительных) и факультативных обязательств; 2) изменения характера договора, особенно в условиях рыночных отношений, означающего возможность широкой по взаимному волеизъявлению установленной палитры вариантов поведения, выбора предмета из ряда вариантов и т. п.

В гражданском законодательстве лишь в одной норме прямо указывается об альтернативном обязательстве – в ст. 178 ГК РСФСР и Тадж ССР. Точнее в ней речь идет не об обязательстве, а о любой обязанности. е. о совершении одного из альтернативных действий. Правовая норма предусматривает, что в указанном случае выбор принадлежит должнику, хотя закон, договор или само существо обязательства могут определить иной вариант (например, предоставить право выбора кредитору). И все. Нет ни самого понятия альтернативного обязательства, ни решения вопроса о судьбе обязательства (обязанности), о распределении убытков при невозможности альтернативного исполнения и т. д.

На самом же деле – это очень сложные и тонкие правоотношения. Нужно признать, что в законодательстве и других стран этому виду обязательств не всегда уделяется внимание, но вот во Французском Гражданском кодексе ему посвящено 7 статей. Конечно, нельзя все втиснуть в закон. Это должно компенсироваться научными исследованиями. Но, увы, и их почти нет. Разве, что известная классическая работа об обязательствах

И. Б. Новицкого п Л. А. Лунца, в которой немного затрагивается эта проблема. А вот в прошлом веке была издана прекрасная работа К. Бернштейна «Учение о разделительных обязательствах по римскому праву и новейшим законодательствам», к которой мы уже обращались и к которой мы вынуждены обращаться и сейчас не столько потому, что многие ее положения не утратили значения (хотя и требуют современного подхода), сколько потому, что проведен великолепный глубокий анализ правовых ситуаций. На такую юридическую классику не только можно, но и нужно опираться сегодня. Никакой угрозы нашему праву этот фундаментальный труд не представляет. '

Возникает вопрос: возможно нигилизм (скажем мягче – лаконизм) закона объясняется тем, что в правовых нормах и в правовой практике отсутствуют альтернативные обязательства или альтернативные обязанности? На самом деле – это не так. В ряде норм фигурирует право на совершение определенных действий, а следовательно, и обязанности. К сожалению, таких норм немного, но есть надежда, что их будет значительно больше в условиях демократизации законодательства. Существует, несомненно, и договорная практика, включающая альтернативные действия (например, замену

ассортимента, номенклатуры и т. п.). Нужно сказать, что в условиях рыночных отношений, повышения значения профессионального уровня договоров альтернативные обязательства и обязанности будут расширяться. Свобода субъектов, несомненно, приведет их к широкой вариативности при исполнении прежде всего хозяйственных обязательств, что фактически исключалось при жестком административно-командном планировании.

Данной проблемы мы уже касались и мы к ней еще вернемся, поскольку это чрезвычайно важно в практическом (да и в теоретическом) плане в современных условиях. Сейчас же мы позволим себе совершить небольшой! экскурс по некоторым законодательным актам (к некоторым мы обратимся потом), чтобы убедиться в том, что, несмотря на то, что альтернатива должна быть признана «правовой Золушкой», она все же включается в нормы, т. е. существует закреплённая в них вариативность поведения. И она требует более совершенной правовой регламентации. Так, в ст. 241 ГК РСФСР предусмотрено, что при непредупреждении о правах третьих лиц покупатель вправе требовать уменьшения цены либо расторжения договора и возмещения убытков. В ст. 243 ГК предусматривается право покупателя в том случае, если продавец не передает гражданину вещь, требовать альтернативно: передачи вещи и возмещения убытков, причиненных задержкой, либо отказа от договора и возмещения убытков. В ст. 244 ГК предусмотрена ситуация отказа покупателя от принятия купленной вещи или оплаты ее стоимости. Продавец вправе требовать принятия вещи покупателем и уплаты цены, а также возмещения убытков, либо отказаться от договора и потребовать возмещения убытков.

Одна из основных альтернатив, по которой ведется дискуссия в правовой литературе, включена в ст. 246 ГК, (ст. 4 Основ гражданского законодательства). В ней, как известно, предусмотрено, что покупатель, которому продана вещь ненадлежащего качества, если недостатки не были оговорены, вправе по своему выбору (выбор кредитора) требовать:

либо замены вещи, определенной родовыми признаками, на доброкачественную вещь;

либо уменьшения цены;

либо безвозмездного устранения недостатков или возмещения расходов на их исправление;

либо расторжения договора с возмещением покупателю убытков. Это же отражено в статьях 241, 243, 244, 236 ГК Таджикской ССР. К сожалению, закон дал право ведомственным нормативным актам, ущемляя права покупателя, решать данный вопрос иначе при розничной купле-продаже. Это дань командно-административной системе, на что указывается в правовой литературе¹. Особое положение занимают товары, на которые установлены гарантийные сроки. Дело в том, что в ст. 48 Основ гражданского законодательства не предусмотрено право отказа покупателя по договору поставки от получения недоброкачественной продукции, на поставщика возлагается лишь обязанность замены такой продукции или исправления недостатков. Правда, в ст. 261 ГК РСФСР (ст. 255 ГК Тадж ССР) такой отказ

предусмотрен даже в виде обязанности, хотя и предоставляет возможность альтернативы, если недостатки устранены на месте. Наоборот, в ст. 34 Положения о поставках товаров, в ст. 41 Положения о поставках продукции покупатель не обязан, а вправе отказаться от принятия и оплаты, а если оплата произведена, то потребовать ее возврата. Возможна приемка по договорной цене, реализация на комиссионных началах. Существует и право требовать устранения недостатков или устранить их за счет изготовителя (поставщика). Поскольку условия договора купли-продажи и договора поставки в данном случае (если речь идет о товарах) взаимосвязаны мы рассматриваем данный вопрос в комплексе. По вопросу о праве на отказ от недоброкачественной продукции с гарантийным сроком возникла дискуссия. Некоторые авторы опирались на ст. 48 Основ, не предусматривающую право возврата, некоторые же считали, что это не так, ссылаясь на ч. 2 ст. 47 Основ (поставка продукции более низкого качества, чем предусмотрено стандартами), в которой обязанность отказа есть, на нормы положений о поставках. Существует мнение и о взыскании неполной стоимости продукции, а ее части. Мы полагаем, что право на отказ от получения товаров (продукции) при поставке в случае наличия брака вытекает из ст. 246 ГК РСФСР (ст. 236 ГК ТаджССР), определяющей права граждан – покупателей. Противоречий не должно быть. Они и устраняются. В ныне действующих положениях о поставках появилось даже право одностороннего отказа от исполнения договора со стороны покупателя при поставке товаров (п. 19 Положения) или продукции (п. 24 Положения) с отступлением по качеству от установленных требований. Правильно ставится вопрос о том, что гражданин должен иметь право на отказ от договора без всякой замены товара или предварительного его ремонта. Это право основано на Законе – на ст. 246 (236) ГК, предусматривающей выбор и такой альтернативы. Это логично, поскольку отремонтированная вещь может вызвать недоверие, не всегда на должном уровне производится ремонт. Отказ от такой альтернативы – это ущемление граждан. Однако для товаров установлено общее правило: изделие сначала подлежит гарантийному ремонту, если он, конечно, возможен. Только после соответствующих количеств ремонтов возникает право на обмен или отказ от договора. Правда, есть исключение для целого ряда товаров в основном, технического характера. Они могут обмениваться или ремонтироваться, или возвращаться в магазин по усмотрению покупателя. Это уже прогресс ибо в прошлом: возможность расторжения договора была более ограничена, т. е. допускалось правилами ограничение альтернативного права покупателя при продаже недоброкачественного товара. Ограничивалось право на снижение цены, на исправление по товарам без гарантийного срока². Такое существует и сегодня в виде, как указано выше, общего правила. Так, например, в правилах обмена существует понятие «сложного ремонта», т. е. ремонта (1–2 раза) до обмена, исключается в правилах и право на возмещение убытков, расходов, право требовать снижения цены. Правильно ставится вопрос о полной альтернативе, о предоставлении права выбора всех альтернатив,

предусмотренных ст. 246 (236) ГК,3. И вряд ли следует ограничиваться лишь отказом от многократных ремонтов или отказом от срока на обмен без ремонта, или согласием на повторный ремонт. Должна быть полная альтернативность в правах покупателя на последствия продажи ему недоброкачественного товара. В данной норме могут отпасть альтернативы.

Так, может быть исключен ремонт не только собственными силами, но и изготовителем, может быть исключен обмен ввиду отсутствия соответствующего товара (с учетом отложенного обмена), но, по всей видимости, альтернативы снижения цены возврата товара с отказом от договора должны остаться (нельзя, правда, исключить банкротство торгового предприятия). Полагают, что замена на аналогичную вещь предполагает то, что предметом являются вещи, определенные родовыми признаками, безвозмездное устранение недостатков или возмещение расходов в связи с таким устранением возможны лишь при продаже индивидуально-определенной вещи.⁴ Возникает, однако, вопрос: почему нельзя отремонтировать вещь, которая в момент продажи была определена родовыми признаками? Конечно, находящаяся у покупателя вещь уже отделена и всегда индивидуально-определена, но это относится и к вещи, в отношении которой поставлен вопрос о замене. И тем не менее может возникнуть вопрос о стоимости при возврате товара. Риск в этом случае, отрицательные последствия, если уменьшилась цена, должна «нести» торгующая организация, а более правильно – изготовитель, виновный в изготовлении дефектной продукции, даже если не был произведен гарантийный ремонт. Должна быть выплачена стоимость исходя из цены, существовавшей во время покупки. И все же следует подумать над тем не правильнее ли будет возвращать новую- стоимость, если она ниже. Ведь иначе может возникнуть- неосновательное приобретение⁵. А вот при повышении цены, наверное, следует выплачивать новую цену. Никакого неосновательного приобретения здесь нет, поскольку покупатель лишается возможности приобрести товар по прежней цене. Правда, утверждается, что любое изменение цены не влияет на возвращенную сумму.⁶ Являются ли альтернативы последствиям продажи недоброкачественного товара формой ответственности? По всей видимости, нет, поскольку торгующие организации- изготовители не могут не знать о недостатках товара. Правда, предлагается предусмотреть их ответственность с целью усиления контроля за поступающими товарами⁷. Но есть и другое мнение. Так, считают, что ст. 41 Основ Гражданского законодательства выступает как ответственность, причем полагают, что она должна быть полностью (со всеми альтернативами) применена и к продаже, через комиссионный магазин, оспаривая иную точку зрения на этот счет (например, отказ от права на расторжение договора). Правда, делается уточнение о том, что в качестве ответственности выступает лишь возмещение убытков.⁸ Возникает вопрос о соответствии альтернатив в ст. 41 и в ст. 42 Основ (ст. 246 и 248 ЛК РСФСР, Ст. 236 и 239 ЛК ТаджССР). Полного совпадения нет. Так, в ст. 42 Основ и в ст. 248 (239) ЛК отсутствуют такие альтернативы как возмещение убытков

при расторжении договора, уменьшение цены, возмещение расходов при устранении недостатков. Есть ли здесь противоречие? На наш взгляд, есть. Речь идет о двух альтернативных взаимосвязанных обязательствах. Правда, в ст. 41 Основ и в ст. 246 (236) ГК говорится о праве покупателя на выбор альтернатив, а в ст. 42 Основ и в ст. 248 (239) об альтернативных обязанностях продавца, причем не оговорено, кому принадлежит право выбора. Раз нет оговорки, то действует общее правило, а согласно ст. 178 ГК право выбора предоставляется должнику, т. е. в данном случае – продавцу. Но это нонсенс, это противоречие ст. 41 Основ, поскольку должна быть корреляция между правом покупателя на выбор альтернативы и обязанностью продавца (изготовителя) на удовлетворение этого выбора.⁹ Но возможно в ст. 42 Основ речь идет лишь о гарантийном сроке, при котором не учитывается вина, поэтому набор альтернатив уменьшен. Но и в ст. 41 Основ правильной (в отношении большинства альтернатив) говорить о защите, во всяком случае о применении мер независимо от вины (как впрочем, и о возможной вине изготовителя при гарантийном сроке). Справедливо то, что уменьшение покупной цены и ряд других альтернатив к ответственности не имеет отношения. Не случайно в Гражданских кодексах в отличие от Основ слово «ответственность» не употребляется¹⁰. В то же время, например, устранение недостатков в некоторых нормативных актах включается в раздел ответственности. Все дело в том, что такого рода меры могут заменить собой ответственность по волеизъявлению сторон и даже покупателя. Это очень важно в условиях рыночных отношений. Указывают на то, что в ст. 41 Основ предусмотрен общий порядок исполнения альтернативного обязательства в договорах розничной купли-продажи, поэтому право выбора установлено в ней в полном объеме, но и в ст. 42 нет особого порядка для продажи с гарантией на срок, поэтому этот порядок является общим и право выбора должно быть у покупателя. В тоже время указывается и на то, что в различных договорах розничной купли-продажи могут быть отступления от общего правила и ограничен выбор для покупателя. При этом не считается ущемлением прав покупателя, установление обязанности предварительного ремонта, если будет обеспечено качество и предоставлен комплекс услуг¹¹. Все это так, но все же представляется, что при продаже с гарантийным сроком права покупателя должны быть защищены не в меньшей степени, а в большей, поэтому следует не ограничивать набор альтернатив, а, наоборот, увеличивать его, хотя, конечно, некоторые права должны быть связаны с необходимостью установления вины, в частности в причинении убытков. Что же касается предварительного ремонта, то он не должен носить обязательный характер и может производиться при согласии покупателя (если, конечно, это не моментальное устранение дефекта, ни в коей мере не влияющее на функциональные признаки товара и не означающее продажу вещи ненадлежащего качества).

Альтернативные обязанности установлены и в договоре имущественного найма. Так, ст. 282 ГК РСФСР

(ст. 280 ГК ТаджССР) устанавливает при непредоставлении имущества в пользование по выбору нанимателя: принудительное истребование с применением ответственности (возмещение убытков, вызванных задержкой) либо отказ от договора с применением ответственности (взыскание убытков). Варианты выбора для нанимателя предусмотрены в ст. 284 (281) ГК: неисполнение обязанности со стороны наймодателя по производству капитального ремонта имущества по договору или в силу неотложной необходимости дает право нанимателю самому произвести ремонт и взыскать его стоимость (произвести зачет наемной платы) либо расторгнуть договор, взыскав убытки, причиненные неисполнением.

Альтернативные права и соответствующие обязанности установлены в двух нормах в отношении подряда. Так, в ч. 2 ст. 360 ГК РСФСР (ст. 362 ГК ТаджССР) сказано о том, что в случае, если во время выполнения работы станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, то заказчик вправе назначить соразмерный срок для устранения недостатков. Если это требование не будет выполнено, то возникают альтернативы: либо отказ от договора с возмещением убытков, либо отказ от договора с поручением исправления работы третьему лицу за счет подрядчика. Обращает на себя внимание то, что в таком случае альтернатива заключается в двух вариантах отказа от договора, точнее – в дополнительных мерах такого отказа. Не ясно только о каких убытках идет речь, ведь они еще не могут быть учтены, поскольку пока просрочки нет. По всей видимости, имеются в виду убытки, вызванные отказом от договора или все же будущие убытки. Указывая на особенности в этих альтернативах, полагают, что заказчик вправе отказаться от договора и потребовать возмещения убытков, причем в действующих правилах не предусмотрено почему-то поручение выполнения работы другому лицу за счет подрядчика.

Особого внимания заслуживает ст. 364 Г.К РСФСР (ст. 351 ГК ТаджССР), в которой говорится о правах заказчика в случае нарушения договора со стороны подрядчика. Статья содержит ряд альтернатив. Во-первых, это случай, когда произошло отступление от условий договора, ухудшившее работу или были допущены другие недостатки. У заказчика возникает право выбора следующих альтернатив: 1) безвозмездного исправления недостатков в соразмерный срок; 2) возмещения расходов по исправлению своими средствами (если такое право оговорено); 3) уменьшения вознаграждения за работу. Во-вторых – это дополнительная альтернатива, появляющаяся при наличии существенных недостатков (отступлений) – расторжение договора и (обратите внимание – «и») возмещение убытков. Но если существенные недостатки (отступления) обнаружены в вещи, изготовленной по договору бытового заказа из материала заказчика, то появляется еще одна альтернатива: изготовление другой вещи такого же качества из однородного материала. Как видим, здесь нет подхода к замене исходя из родовых признаков вещи. И это правильно во всех случаях, если замена возможна.

К сожалению, в утвержденных ведомственных правилах бытового обслуживания ограничиваются альтернативы. Так, отмечают, что предусматривалась только обязанность устранения за счет предприятия недостатков и принесение извинения заказчику. Пленум Верховного суда РСФСР еще в 1974 году указал на необходимость судов, руководствоваться ст. 364 ЛК РСФСР (359 ГК ТаджССР) и даже ввел еще одну альтернативу – отказ от получения оставшейся части комплекта, если первоначальная часть приведена в негодность.¹²

Альтернативное обязательство определено в ст. 457 ГК РСФСР и в аналогичной ст. 452 ГК ТаджССР (объем, характер и размер возмещения вреда), но альтернативный выбор (замена вещи, исправление повреждения или возмещение убытков) предоставлено суду, арбитражу или третейскому суду. Нам представляется, что такое право прежде всего должно быть предоставлено кредитору – потерпевшему. Он должен произвести альтернативный выбор, который может быть принят или не принят во внимание (при наличии для этого оснований) правоохранительным органом. Совершенно естественно, что потерпевший от повреждения имущества должен иметь право такого выбора, иначе он не может получить должную защиту.

Мы уже говорили о том, что законодательство ограничивает возможности выбора различных вариантов в поведении субъектов. Это чрезвычайно большой разговор. Можно сослаться на многие нормы, в которые могли быть включены альтернативные права и обязанности. В качестве примера укажем на последствия признания сделок недействительными. Так, например, не попятно, почему при недействительности сделки, совершенной под влиянием заблуждения (ст. 57 ГК РСФСР., ст. 155 ГК ТаджССР) не следует предоставить право субъектам альтернативно решить вопрос либо о возврате в натуре, либо о возмещении стоимости. Это же относится к кредитору по другим оспоримым сделкам – ст. 58 (56) ГК, по сделке не соответствующей закону – ст. 48 (46) ГК и к др. Не лишне обратить внимание на то, что в гражданских отношениях появилась категория «отступного». Так, например, в соответствии с п. 24 Положения о поставках продукции (п. 19 Положения о поставках товаров) покупатель вправе в одностороннем порядке полностью или частично отказаться от предусмотренной договором продукции (товаров) при условии полного возмещения поставщику убытков. В условиях рыночных отношений такая возможность расширится, хотя принципиальное положение – о реальном исполнении сохраняется. Но это значит, что в качестве альтернативы при определенных условиях (пока только при поставке) будет выступать и право покупателя на расторжение договора с возмещением убытков. Это уже широкая альтернатива, свидетельствующая о ее властном вторжении в гражданские отношения.

И еще одно обстоятельство. Утверждается принцип (он, конечно, не должен абсолютизироваться): разрешено все, что не запрещено законодательством, что не противоречит ему. Это значит, что в договоры

могут включаться в качестве альтернативы другие варианты, не предусмотренные правовой нормой, но и не противоречащие ей, не запрещенные законом. Вот и юридическое основание для широкого применения в договорной практике альтернативных обязательств, альтернативных прав и обязанностей, что придает этой практике более динамичный, более гибкий, более раскованный характер.

Глава 5. **TERTIUM NON DAT UR?**

Tertium non datur – третьего не дано. С таким положением мы нередко сталкиваемся в альтернативных обязательствах при изменении альтернативы. Однако всегда ли? Это положение следует понимать так: или сохраняются альтернативы, или альтернативного обязательства нет. Но прежде всего следует разобраться в предмете альтернативного обязательства, в данном случае в том составляет ли его предмет все предусмотренные альтернативы (конечно, не совокупно, а альтернативно) или предметом обязательства является любая альтернатива, конкретно не определенная до момента выбора. Очень важным является решение вопроса кому принадлежит выбор. Если он у должника, то кредитор вправе от него требовать исполнения альтернативно, если же выбор за кредитором, то он может требовать любую альтернативу – и только ее.

Как мы отметили, в нашем законодательстве (ст. 178 ГК) вопрос об исполнении альтернативного обязательства решается альтернативно: если нет иного решения, то оно принадлежит должнику. Но в том же ГК много норм, устанавливающих право выбора кредитора.

Дискуссию вызывает и структура альтернативного обязательства, если считать, что все альтернативы составляют его предмет: является ли оно совокупностью обязательств или единым обязательством. Это давние споры¹, но решение их не утратило своего теоретического и практического значения и сегодня. Необходимость рассмотрения этих и других вопросов приобретает значение в условиях демократизации юридической деятельности. Переход на рыночные отношения значительно расширяет рамки договорной свободы и в тоже время предполагает (как следствие этого) и отказ от чрезмерной законодательной зарегулированности и развернутого договорного регулирования. Это означает возможность (более того, мы полагаем – необходимость в определенных случаях) установления по взаимному волеизъявлению альтернативных обязательств в отношении предоставления различных предметов или совершения различных действий, определения права выбора, что, естественно, исключалось в условиях жесткого планирования сверху и распределения, а также малоразвитых коммерческих отношений с участием граждан.

Итак, остановимся на подходах к решению различных правовых ситуаций.

В практике иногда возникает случай, когда в альтернативном обязательстве оказывается невозможным осуществить исполнение в отношении одной из альтернатив. Нет надобности сейчас останавливаться на различных ситуациях физической, юридической и других видов невозможности исполнения. Может произойти гибель предмета, запрет на исполнение определенных действий, даже хозяйственная нецелесообразность исполнения,² хотя последний вид в альтернативном обязательстве отличается принципиальными особенностями. Можно ли считать прекратившим свое существование *obligatio alternative*, если исполнение одной из альтернатив сделалось невозможным? Если альтернатив несколько, то, безусловно, обязательство остается, но с меньшим веером альтернатив. Если же остается всего одна возможная исполнением альтернатива, то обязательство сохраняет силу в отношении этой альтернативы, но оно уже является не альтернативным. Это касается выбора любого субъекта. Правда, нельзя исключить случай, когда в договоре стороны обусловили выбор как условие существования обязательства. Так, например, субъект оговаривает возможность оплаты деньгами или предоставление соответствующей вещи взамен, причем возможность для пего такого выбора должка быть определена под угрозой сохранения силы договора. Вещь погибает, деньги, на которые субъект рассчитывал, он не получил. Есть все основания считать, что обязательство теряет силу и должен быть восстановлен *status quo*. Субъект договора на реализацию сельхозпродуктов может оговорить в договоре, что в случае неурожая какой-либо продукции она может быть заменена альтернативно в следующем месяце на выбор двумя другими видами, причем с учетом меняющейся конъюнктуры цен возможность выбора должна обязательно быть. Но неурожай постиг и один из альтернативных видов, на другой изменились резко цены. В данном случае не исключена, по нашему мнению, возможность ставить вопрос об освобождении должника от исполнения обязательства. Мы обращаем внимание на это в связи с тем, что в условиях рыночных отношений заключаемые договоры должны быть более продуманными, учитывая возможные ситуации (особенно при заключении их на длительный срок), а не походить на? договоры командно-административного периода, загнанные в «прокрустово ложе» типовой зарегулированности, похожих друг на друга как две капли воды. Автору этих строк приходилось встречаться с фактами, когда формально подписывались размноженные типографским- способом «Типовые договоры», договоры – образцы, да если и заключались хозяйственные договоры, они нередко включали пункты, переписанные из положений» которые и не нужно было включать, а то, что следовало согласовать отсутствовало. Вот и приходилось потом договариваться по телефону: кто, когда, к кому приезжает, как пакует и т. п. Наступает время серьезной коммерческой работы, широких договорных возможностей, а это требует правового профессионализма.

Как быть, если возникает заблуждение, например, в одном из двух альтернативных предметов договора (в отношении одного из двух

альтернативных видов сельскохозяйственной продукции оказалось заблуждение в экологической чистоте), причем выбор предоставлен должнику (если кредитору, то все просто)? В этом случае сложнее, нужно признать недействительным договор в отношении данного вида продукции, т. е. частично, в целом же договор должен быть исполнен, но уже он перестает быть альтернативным. В альтернативном обязательстве может быть установлено, что какие-то или все альтернативы связаны с осуществлением какого-то обстоятельства, т. е. условия. В этих случаях, возможен выбор, например, безусловной альтернативы или условной, но в последнем случае этот выбор может и вообще не реализоваться, если условие не наступит. Возможна и отсрочка выбора до наступления условий. Все это следует определить в договоре. Это же относится к случаям обусловленности каких-то альтернатив установленным сроком.

Развитие договорных отношений несомненно приведет к разнообразию договорных связей. Так, например, кооперирование сбыта продукции трудовыми и фермерскими хозяйствами, малыми предприятиями в условиях рыночных отношений приведет как к созданию сбытовых кооперативов, которые сами будут выступать в качестве субъектов договоров, так и к реализации продукции без создания особой организации. В последнем случае сбыт будет осуществляться на основании многосторонних кооперированных договоров. Многосторонние договоры рекомендуются в капитальном строительстве, используются договоры с участием дольщиков. Но очевидно, что многосторонние договоры будут широко развиваться. В такого рода договорах могут быть в альтернативные обязательства. Кто же из нескольких должников или кредиторов имеет право выбора? В ряде законодательств решение этого вопроса вручалось жребию. Мы только к такой форме решения вопроса начинаем привыкать (я не говорю о спорте). Конечно, нередко установлено судебное решение (арбитражное). Оно более правильное. И все же лучше, чтобы данный вопрос был решен в договоре.

Ошибочно считать, что альтернативное обязательство представляет интерес только для того субъекта, которому предоставлено право выбора и поэтому он вправе в любой момент отказаться от альтернативности, указав например, какой предмет он выбирает. И у кредитора есть в альтернативности интерес, в частности большая гарантия исполнения, например, в случае гибели одного из предметов, невозможности исполнения одной из альтернатив. Ведь в этих случаях обязанности в отношении другого или других предметов (альтернатив) сохраняются. В связи с этим изменение альтернативного обязательства должником необходимо обоюдное волеизъявление. А вот если право выбора у кредитора, то он мог бы отказаться от своего права и в одностороннем порядке, однако правильно и здесь считать, что изменение должно быть согласовано сторонами.

Совершенно очевидно, что альтернативные обязательства должны исполняться целиком в отношении конкретной альтернативы. Исключается возможность исполнить часть одной и часть другой (или части всех

альтернатив) без оговорки об том в договоре. Это не относится к исполнению делимых обязательств по частям, но и этот случай следует оговорить в договоре.

Может возникнуть вопрос: как быть, если ошибочно исполнены несколько альтернатив? Иными словами – остается ли право на возврат неосновательно полученного тоже альтернативным, т. е. вправе ли ошибочно исполнивший выбрать возвращаемые альтернативы или получивший их может остановиться на одной из них? Логика говорит за право выбора исполнившего, но правильно ли это? Ведь получивший мог произвести затраты, да и использовать, например, предмет. А потом известно древнее правило: не заблуждайся. Существует мнение о том, что должна быть принята к исполнению первая по времени исполнения альтернатива. Если же исполнение было одновременным, то право выбора возвратной альтернативы за кредитором. И все же в некоторых законодательствах выбор альтернативы при возврате имеет исполнивший должник. Возврат осуществляется альтернативно по его усмотрению, но с возмещением убытков.³

Особое место занимает проблема просрочки в альтернативных обязательствах и прежде всего те случаи, когда правом выбора обладает кредитор. Просрочка может привести к невозможности исполнения альтернативного обязательства. Просрочка выбора должником не вызывает особых осложнений, сложнее бывают ситуации в тех случаях, когда выбор альтернатив возложен на кредитора. Это вызвано тем, что пока не сделан выбор кредитором нет просрочки передачи предмета исполнения, ибо до выбора кредитором у должника нет: обязанности, так как обязательство не определено. Это так и не так. Ведь возникает вопрос о том, что должник должен предложить кредитору для выбора все альтернативы. Если придерживаться той позиции, что все альтернативы являются предметом обязательства или той, что до выбора нет конкретной обязанности – вывод будет не однозначным. Так, например, гибель предметов в период просрочки, независимо от того, кто выбирает считалась как бы по вине должника. Он возмещает убытки в первом случае в отношении всех альтернатив, во втором – в отношении оставшейся. Выбор кредитора связан с принятием исполнения, но может быть предварительное заявление о выборе. Оно не бесповоротно,⁴ но все же с этого момента уже должен, видимо, исчисляться срок исполнения и может быть определена просрочка.

При выборе должником, если он представит выбранный альтернативный предмет, задержка его приемки означает просрочку исполнения. Если же выбор принадлежит кредитору, то до его выбора нет просрочки, что ухудшает положение должника. Предлагается поэтому установление срока для выбора, с лишением права на выбор при просрочке. Это следовало бы устанавливать в заключаемых договорах. Таким же образом и задержка выбора альтернатив должником может предоставить кредитору право на взыскание убытков, а возможно и лишение должника права выбора. И это требует договорного определения на основании рекомендательных норм. Вряд ли целесообразно решение вопроса этого возлагать в каждом отдельном

случае па суд. Представляется очень действенной инверсия права выбора альтернатив при просрочке, по стороны должны быть свободны в установлении последствий нарушения. Вряд ли справедливо право выбора устанавливать путем нормативного установления, а не путем выбора по взаимному волеизъявлению. В то же время мы не исключаем и существенного расширения нормативного закрепления альтернативных обязательств в ГК, даже путем установления диспозитивной нормы с альтернативными вариантами, хотя полагаем, что исключительно альтернативная (значит рекомендательная) норма была бы (возможно в будущем) более правильной. Это относится не только к данному конкретному вопросу о просрочке. Нельзя, однако, не отметить недопущения упрощения, примитивности в данном вопросе. Так, Минюст СССР и Госарбитраж СССР разработали Примерный договор на поставку продукции по прямым длительным хозяйственным связям, а Минторг СССР Примерный договор на поставку непродовольственных товаров.⁵ Возможно такого рода образцы и нужны, но разве в серьезных коммерческих отношениях в условиях рынка и свободы договоров подобные договоры без рекомендации альтернатив, детализации различных условий решают проблему? Конечно, нет.

По всей видимости, выбирающий кредитор вправе избрать и новую альтернативу – стоимость той вещи, передача которой стала из-за просрочки невозможной. Допустимо и освобождение должника от обязательства, если кредитор не производит в срок выбора, но для реального исполнения (такой принцип все же должен признаваться, несмотря на возможность «отступного») лучше, по наш взгляд, не прекращение обязательства, а инверсия выбора со взысканием убытков. Очевидно, что решение данного вопроса (хотя и не всегда) зависит от того, кто виновен в просрочке и кто виновен в возникновении невозможности исполнения, например, в гибели альтернативного предмета исполнения.⁶

Прежде всего – о влиянии случая, отсутствия вины. Очевидно, что при случайной невозможности исполнения альтернативного обязательства должник освобождается от него. А как быть, если случайно погибнет один из альтернативных предметов? Дело в том, что должник (а речь идет о его праве выбора), заключая договор, делал расчет на свободный выбор, с учетом своих возможно изменяющихся интересов и возможностей. В данной же ситуации должник не по своей воле либо вовсе потеряет право на альтернативное исполнение и выбор, либо уменьшит свои возможности. Мы уже говорили выше о выборе как условии договора. И все же случай, если признать возможность полного освобождения должника от обязательства, «ударит» и по кредитору, который ждет любого исполнения, любой альтернативы. Как же быть? Кому отдать приоритет? Эта проблема выдвинула вопрос о возможной трансформации альтернативы – вместо предмета его стоимость⁷, для должника это (хотя и не всегда) могло быть решением вопроса, а для кредитора? Он согласился на получение альтернативных предметов и вправе получить хотя бы один из них. Зачем

ему стоимость? Так, например, осуществляющее определенные работы предприятие нуждается в каких-то материалах. Оно согласно на варианты, поскольку замена в производстве возможна без влияния на результат, но деньги не заменят материалы. Пусть оставшиеся (оставшуюся) альтернативы – третьего варианта не должно быть, и если выбор не возможен, то передается единственный предмет без выбора. Есть, однако, мнения в поддержку возможной трансформации, мнения вряд ли заслуживающие внимания по высказанной выше причине. Но, повторяем, нужно определять последствия в договоре, если заключен договор с альтернативным обязательством.

Аналогичные коллизии и аналогичные выводы возникают при выборе кредитора. Вряд ли всерьез может быть воспринято предложение о праве кредитора на выбор стоимости погибшего предмета. Выше мы указали на то, что случайная гибель всех предметов альтернативного обязательства прекращает его, но можно было иногда услышать и то, что обязанное лицо, освобождаясь при этом от обязанности передать предмет в договоре купли-продажи, не теряет права требовать от контрагента исполнения его обязанности. Такое положение связывалось с риском. В данном случае риск возлагается на собственника, которым до передачи признается субъект, обязанный передать предмет, поэтому ссылка на право требовать исполнение от другого лица юридически не обоснована. Кстати, в отношении риска случайной гибели (ст. 138 ЛК РСФСР, ст. 144 ГК Тадж-ССР) возможен альтернативный договорный вариант. Вопрос о том прекращает ли действие альтернативного обязательства наступившая случайно частичная невозможность выбора, наверное, все же должен основываться на степени альтернативности, даже если выбор был установлен договором, К. Бернштейн приводит пример немецкого юриста Коха. Куплено 50 овец с условием выбора из стада в 500 овец. Одна овца в стаде погибает. Выбор действительно уменьшается на одну овцу, но остается 499. Это не означает, что такое уменьшение выбора должно привести к прекращению действия обязательства. С этим нельзя не согласиться. Сложнее, конечно, если альтернатив мало, например, две, да еще с оговоркой выбора в договоре. И все же в законодательстве некоторых стран (например; по Code civil Франции) обязательство для должника не прекращается, стоимость не заменяет вещи, а при случайной гибели предметов требовать встречного исполнения нельзя. Но: такое положение не везде. У нас законодательного решения вопроса пока нет, а значит – ставка на договор.

Если в невозможности исполнения альтернативного обязательства повинен должник, он должен быть лишен выгод, в том числе и права на оплату стоимости предмета. Если право выбора принадлежит кредитору, то, по всей видимости, следует допустить трансформацию альтернатив, предоставив право кредитору требовать оплаты стоимости предмета, который не может быть доставлен по вине должника. Возможна и такая ситуация: предмет погиб по вине должника, но остальные предметы (предмет) погибли случайно. При такой ситуации, если выбор за должником,

считалось, что обязательство прекращается, требовать ничего от должника нельзя. Но ведь сам должник своим поведением ухудшил положение кредитора и фактически поставил его перед неисполнимостью обязательства, поэтому юриспруденция пошла по пути взыскания убытков, возмещения вреда. Если выбор у кредитора, то он, по всей видимости, вправе требовать уплаты стоимости предмета. Если произошло наоборот: сначала случай, а потом вина должника, то, если обязательство стало одночленным, наверное, кредитор вправе требовать взыскания убытков, в том числе, возможно, и стоимости предмета, на покупку которого кредитор может понести расходы.

Если погибли все вещи по вине должника при выборе кредитора, то у последнего должно сохраняться право на выбор стоимости любого альтернативного предмета. Если невозможность исполнения произошла по вине кредитора в отношении одной из альтернатив, то обязательство действует в отношении оставшихся, если выбор принадлежит должнику. Он вправе будет уплатить стоимость, например, погибшей вещи. Кредитор должен будет возместить вред. Возможна доплата разницы, с учетом стоимости погибшей вещи. Если выбирает веритель (так назывался кредитор), то обязательство сосредотачивалось на оставшихся альтернативах, а должник вправе был рассчитывать на возмещение убытков. Если вначале невозможность исполнения произошла по вине кредитора, а затем остальные альтернативы стали неисполнимы из-за случая и если выбор на стороне должника, то обязательство прекращается, должник от своей обязанности освобождается, но вправе требовать стоимости вещи, погибшей первоначально или убытка по стоимости более ценной вещи. Если право выбора на стороне кредитора, то погибшая по его вине вещь и составляет исполнение. Если кредитор повинен в невозможности исполнения в последующем, а ранее альтернативы отпали в силу случая, то требования у кредитора нет.

Убытки могут быть взысканы должником, если в невозможности исполнения альтернатив повинен кредитор.

Соответствующим образом решался вопрос, если невозможность исполнения одних альтернатив происходит по вине должника, других – по вине кредитора⁸. Конечно, в законодательстве разных стран все эти вопросы решаются неоднозначно. Для определения их решения у нас необходимо согласование в договоре, о чем мы уже говорили, основанное на соответствующих рекомендациях, для чего мы и даем «доктринальное» толкование этих проблем. А знак вопроса мы поставили в заголовке главы потому, что альтернативы могут как не предоставить третьего решения, так и, наоборот, предоставить его.

Глава 6. СОВМЕСТНЫЙ ВЫБОР, КОМПРОМИСС, КОНСЕНСУС

В большинстве случаев гражданские отношения связаны не только с индивидуальной волевой регуляцией, а с согласованной волей субъектов правоотношения, с согласованным выбором варианта поведения, существующих альтернатив. Соглашение сторон предусматривает как внутренний волевой процесс, так и его внешнее выражение, т. е. различаются воля и волеизъявление. Совпадение воли сторон, их совпадающий выбор-варианта выступает как соглашение.

В каждом случае воли сторон автономны, поскольку выражаются односторонне, хотя и обращены к контрагенту, к другой стороне. Общность воли проявляется в сделке, но фиксируется она не в совпадении психологического выбора, а в объективном волеизъявлении. Оно должно отражать выбор субъектами одной и той же альтернативы, т. е. их согласие¹. Именно возможность- выбора входит в понятие свободного волевого акта.

Следует уточнить то, что совпадение воли нельзя понимать в качестве их тождества. В большинстве своем у субъектов воли не тождественные, а встречные, обоюдные интересы. Это приводит к выбору решения, в результате чего и возникает общий волевой акт.² Психическая регуляция субъектов направляется на создание общего акта. Волеизъявление направляется на получение ответного волеизъявления контрагента. Это и обеспечивает возникновение общего волевого акта, общего согласованного действия на основании избранной одной и той же альтернативы, направленной на достижение встречных, желательных для субъектов результатов.

Интерес представляет проблема совместного волеизъявления субъектов, действующих через представителей. Дело в том, что представитель, действуя в соответствии с полномочиями, выражает свою собственную волю, осуществляет, хотя и продиктованный, но все же свой выбор альтернативы. Считают, правда, что воля представляемого выражается в одобрении выбора представителя, т. е. в последующем. Но, наверное, прежде всего эта воля в выборе представителя, в определении его правомочий. В этот момент происходит «психологическая трансформация», «передача воли». Представитель реализует волю представляемого, восполняет волю последнего, совмещая с ней свою волю. В данном случае происходит совместный выбор альтернативы субъектами правоотношения, но к нему еще присоединяется вспомогательный выбор представителей.

Следует отметить, что даже императивное предписание, императивно установленная модель поведения не означают детерминированности воли субъектов³. Необходимо довести собственную волю до сведения другой стороны, встречная воля должна быть воспринята. Выбор, решение не завершаются их принятием для себя, без доведения до второй стороны, без объективных действий, приводящих к сформированию волевого взаимного

акта; не исключен и «поворот воли». Интерес представляет вопрос о достаточности волеизъявления "в отношении отдельных условий, имеются в виду существенные. Бытует точка зрения, согласно которой согласие по существенным условиям, заключение договора означают согласие сторон подчиниться всем условиям, установленным в правовой норме. Частный вывод из такой конструкции – косвенное выражение воли, на основании чего возникают нетипичные договоры. Считаться с косвенным выражением воли необходимо. Косвенное выражение воли не исключает ее взаимности.⁴ Это относится и к конклюдентным действиям, из которых можно сделать вывод о согласии. Презумпция (предположение) согласия (отсутствие отказа) означает признание взаимного волеизъявления при выборе и в договоре в пользу третьего лица. Следует все же усомниться в признании автоматизма взаимного согласования всех условий, коль скоро заключен договор. Такой вывод приводит к принижению роли взаимного согласия, взаимного выбора альтернатив. Да и вообще можно ли говорить об альтернативах при таком автоматизме? Конечно, нет. Следует лишь однозначное условие, без всякой альтернативности, без всякого обоюдного выбора вариантов.

Общая воля выражается, как сказано, в соглашении сторон. Полагают, что договор проявляется не только как волевое действие сторон, но и как волевое отношение. Очень важно указание на то, что свобода договора определяется не числом возможных вариантов выбора, а именно свободным выбором, основанном на необходимости. Согласованные действия не всегда выражают свободную волю сторон, не исключают того, что субъекты должны быть творческими носителями отношений. Договор – акт произвольный, волевой⁵. Но при административно-командной системе о свободном выборе, о согласованности воли говорить было нельзя.

Демократизация всех сторон нашей жизни и деятельности выдвинула на передний план свободное волеизъявление, отвергающее зарегулирование, диктат, команду. Правильно поставлен вопрос о необходимости введения общего правила: условия договора устанавливаются соглашением сторон, кроме случаев, предусмотренных законом. Необходимость совместного выбора альтернативы, достижения соглашения – важное условие функционирования хозяйственного механизма, поскольку без учета взаимных интересов, взаимной заинтересованности нельзя получить заметных результатов; Нужно добиваться такого взаимного волеизъявления, необходимо научиться достигать консенсуса, согласия на обоюдной основе. Это требует отказа от «конфронтации» в хозяйственных отношениях. Без компромисса, в том числе при заключении и исполнении хозяйственных договоров, особенно в период перехода на рыночные отношения, обойтись трудно. При реалистичном подходе к учету обоюдных интересов нужно, когда это необходимо, пользоваться таким правовым средством. Обращение к нему делается возможным только при расширении свободы предприятий, снятия многих ограничений, установления новой формулы правомерного поведения, отказа от нажима и команды. Именно рынок создает предпосылки для свободного волеизъявления, для поисков приемлемого решения,

действенным средством которых выступает компромисс. Прежде всего, нельзя не обратить внимания на то, что компромисс возникает не просто при согласовании, а при согласовании противоположных позиций. И заключается он в достижении взаимосогласованного решения не в результате чего-то утверждения, признания, а только путем взаимных уступок, путем создания новой альтернативы. Речь, конечно, идет об обоюдных противоположных, но правомерных интересах. Даже в прошлом не отрицалось отсутствие тождества между интересами предприятия и государства, наличие неантагонистических противоречий. Тем более могли возникать противоречия в интересах контрагентов по договору. На другом уровне следует рассматривать наличие хозрасчетных интересов предприятий в условиях перестройки, подлинного хозрасчета, закрепленного в Законе о предприятиях. Но пока еще возможно принудительное решение арбитража, понуждение, установление условий по его усмотрению. Не происходит ли в таком случае инверсия административно-командного метода? В литературе, правда, указывают на то, что, когда договор должен быть обязательно заключен, при разногласиях одна сторона должна в чем-то уступить другой, для того, чтобы было достигнуто согласование, в противном случае следует принудительное заключение договора в арбитражном порядке. В этом, кстати, усматривается признание отсутствия равноправия и самостоятельности сторон⁷. Прежде всего, видимо, применительно к хозяйственным отношениям, следует уточнить понимание компромисса. Он, конечно, не исключает обоюдные уступки, но главным образом заключается! не в уступках, а в занятии реалистической позиции, понимании и уважении интересов и возможностей противоположной стороны, необходимости заключения договора, в новом правовом мышлении. Именно это обеспечивает поиск альтернативы, устраивающей обе стороны. Все чаще в правовых нормах (не говоря уже о расширяющейся в перспективе свободе заключения договоров) в качестве единственной формы установления определенных условий выступает соглашение сторон, обоюдное их компромиссное или бескомпромиссное волеизъявление, обоюдный выбор приемлемой альтернативы.

Обратимся к положениям о поставках. Так, в них предусматривается, что до разрешения разногласий по договору (заказу) поставщик поставляет продукцию (и. 22 Положения о поставках продукции) и товары (и. 18 Положения о поставках товаров) в количестве и номенклатуре (ассортименте), согласованных с покупателем. В это согласование никто вмешиваться не может. Значит единственное средство – это компромисс, который; позволит определить взаимоприемлемую основу. Конечно, реализации этого средства способствует экономический стимул. Но может возникнуть резонный вопрос: как быть, если, например, одна из сторон не идет на компромисс, ведь для второй стороны получается либо отказ от получения (отпуска) продукции или товаров, либо подчинение диктату? И все же иного решения, кроме согласия, быть в данном случае не может. Нужно идти на компромисс на основе свободы, самостоятельности и

инициативы сторон, при исключении монополии. К сожалению, встречаются противоречивые нормы. Так, установлено, что договор может быть изменен или расторгнут только по соглашению сторон, если иное не предусмотрено (п. 24 и п. 19 соответствующих положений), но тут же указывается, что при недостижении соглашения спор может быть разрешен арбитражем. Возможно это правильно в отношении тех договоров, при отказе от заключения которых допускается арбитражное понуждение, но не для всех. Конечно, абсолютизировать какой-то подход нельзя, тем более, что иногда имеется в виду недопустимость односторонних действий, изменяющих договор. Достижение соглашения, нахождение альтернативы, в том числе с учетом компромисса имеется в виду в случаях отсутствия обязательности заключения договора. В условиях рынка должна стимулироваться необходимость заключения таких договоров, т. е. свободная форма заключения будет расширяться, поэтому консенсус и компромисс займут ведущее место в договорной практике. При всей демократичности самой сути этих категорий, нельзя исключать необходимости установления определенной процедуры их осуществления, что облегчит совместный выбор альтернативы. Прежде всего это относится к установлению презумптивного срока согласия, т. е. срока, по истечении которого предложения другой стороны, в том числе компромиссные, при отсутствии возражений, должны считаться принятыми на основании предположения согласия. Ведь существовал в прошлом такой срок для принятия наряда к исполнению. Совершенно правильно отмечалось то, что в п. п. 29 и 24 ранее действовавших положений о поставках предусматривался особый способ установления взаимоотношений сторон⁸.

В соответствии с п. 7 Положения о поставках продукции производственно-технического назначения установлена обязанность удовлетворения заказов потребителей и организаций материально-технического снабжения при определенных условиях (соответствие специализации и профилю, достаточность времени). В п. 8 установлена возможность представления заказов со срочным исполнением, а в п. 28 этого Положения – представление заказов по требованию. В п. 14 Положения предусмотрена возможность установления договорных отношений путем принятия заказа к исполнению. Только в этом последнем случае указан кое-какой регламент: заказ считается принятым, если в течение 20 дней не последует возражений со стороны поставщика. Ни в п. 7, ни в п. 8 никаких сроков для принятия, для возражений не установлено, да и в отношении оформления договорных отношений путем принятия заказа к исполнению в п. 21 указан лишь срок его принятия, а ведь вполне допустим сложный процесс принятия заказа. Так, например, может быть принятие с предложением компромисса, альтернативы, может быть встречный компромисс и т. п. Совсем не обязательно переходить на порядок заключения договоров, тем более, что во многих случаях в отношении нераспределяемой продукции спор не может быть доведен до арбитража. Значит, речь идет не о споре, а о достижении согласия путем компромисса как средства

согласования, как средства совместных поисков альтернатив. Это же относится к п. 17 Положения о поставках товаров народного потребления.

В соответствии с п. п. 47 (39) положений более низкие цены на продукцию (товары), которые перестали пользоваться спросом, могут быть установлены исключительно соглашением сторон. Наконец, стороны в договоре поставки могут при наличии обоюдного согласия предусматривать дополнительные санкции, если они за нарушение этих обязанностей не установлены, а также увеличивать размер установленных санкций (п. п. 71 и 62 положений). Возникает принципиальный вопрос: может ли арбитраж при отсутствии обоюдного согласия вмешаться в спор по установлению дополнительных санкций? С одной стороны, в п. п. 22 и 18 положений предусмотрена возможность арбитражного спора по условиям договора в отношении распределяемой продукции, при поставке по сложившимся хозяйственным связям (к этому следует добавить и при поставке по лимитам потребления). С другой стороны, нормативные акты четко и недвусмысленно определяют, что дополнительные санкции могут устанавливаться «при наличии согласия обеих сторон». К чему это указание, если всем попятно, что любое условие включается в договор по соглашению сторон. А вот если этого соглашения нет, то, на наш взгляд, далеко не любое условие может быть включено в договор, даже если это продукция распределяемая. Те условия, без которых договор не может действовать, т. е. существенные, могут устанавливаться в случае спора на основании решения арбитража (суда) по распределяемой продукции при обязательности заключения договора. Другое дело насколько это демократично, особенно в отношении единоличного решения арбитра, но в такой же мере можно вообще говорить о демократичности распределения, заказа. К этому следует добавить, что пока иначе нельзя будет защитить интересы потребителя и при сложившихся хозяйственных связях, при наличии монополии. Правильный путь – это как демократизация арбитража, так и установление льгот, т. е. стимулов, в том числе налоговых, кредитных. Правда, существует взгляд на то, что соглашение не является атрибутивным свойством плановых договоров, поэтому по существенным условиям не всегда совпадает волеизъявление сторон и они во многом зависят от решения органа, рассматривающего разногласия⁹.

Но в тех случаях, когда условия не носят конструктивный характер, не являются объективно-существенными, на наш взгляд, их включение в договор возможно только при наличии обоюдного согласия, тем более, если это подчеркивается в правовой норме, например, при установлении дополнительной ответственности. Здесь нужен компромисс. Значит, к иному выводу следует прийти тогда, когда правовая норма лишь определяет установление тех или иных условий в договорах, без указания на обязательность обоюдного согласия. Так, например, п. 4 Постановления Совета Министров СССР «Об упорядочении системы экономических (имущественных) санкции, применяемых к предприятиям, объединениям и организациям», предусмотрено, что меры ответственности за нарушение обязательств при строительстве объектов, не включенных в государственный

заказ, определяются в заключенных договорах. Это означает, что в случае спора он может быть разрешен в арбитраже (суде). Это же, например, относится к установлению порядка и формы расчетов при поставке. Кстати, есть разница между указанием на согласованность отдельных условий и на достижение соглашения сторон. В первом случае возможно в случае спора решение арбитража, во втором оно должно быть исключено. Так, например, в п. 31 Правил о договорах подряда на капитальное строительство 1986 г. устанавливается: срок для устранения дефектов, обнаруженных в процессе монтажа при испытании, согласовывается сторонами, а вот устранение дефектов подрядчиком (субподрядчиком) за отдельную плату устанавливается соглашением сторон. И только им.

Принципиальным является вопрос о пределах арбитражного (судебного) вмешательства в спор по установлению диспозитивно-определенных условий. Диспозитивные условия входят, как известно, в договор в редакции нормы, если стороны не избрали иную альтернативу, не предусмотрели иное правило поведения. В Основных условиях регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных, операций предусмотрено, что отношения сторон могут определяться по договоренности комиссий или поставкой во изменение установленного, как правило, порядка. Мы полагаем, что современное требование к обоюдному-волеизъявлению сторон исключает возможность принудительного установления иного порядка нежели определенного в объективно-диспозитивной норме, при отсутствии обоюдного волеизъявления. Если нет соглашения, не выбрана альтернатива, должен императивно, действовать порядок, определенный в норме.

Иногда сами нормы исходят из компромисса, Так, например, установление обязательности заключения договоров с учетом сложившихся хозяйственных связей, а не полной свободы их заключения—это компромисс против альтернативы диктата поставщика¹¹, в еще большей степени это относится к введению лимитов потребления. Да, и установление в таком объеме госзаказов – это тоже компромисс. При утверждении рыночных отношений, как мы указали, должен быть иной подход.

В п. 32 Положения о поставках продукции в порядке компромисса предусмотрена возможность установления исключительных приоритетов отгрузки отдельным получателям в целях удовлетворения первоочередных потребностей. Компромисс присутствует и в некоторых других нормативных положениях.

Итак, компромисс – это поиск альтернативы, средство взаимного выбора субъектов, достижения консенсуса.

Глава 7.

ВОЛЯ В ДОГОВОРЕ И ОГРАНИЧЕНИЕ ВЫБОРА АЛЬТЕРНАТИВ

Проблема альтернативности непосредственно связана не только с вопросами о воле сторон в договоре, о договоре как о соглашении, о договоре как об общем волевом акте сторон, но и об участии в этом акте государственной воли, а отсюда и о свободе воли прежде всего в хозяйственных договорах.

Среди юристов отсутствует идентичный подход к этим вопросам, причем главным образом расхождения касаются соотношения государственной воли в правоотношении и воли участников. Несомненно, то, что правовая норма воздействует на волю участвующих в конкретном отношении субъектов. В то же время регулировать правовым предписанием можно только поведение, по это поведение не может быть вне воли людей. Волевой характер правоотношения, таким образом, определяется и государственной волей, закрепленной в нормах, и волей вступающих в него участников¹. Воля в правоотношении – это и государственная и индивидуальная воля. Вопрос лишь заключается в определении их соотношения. Государственная воля, выраженная в правовой норме, охраняет индивидуальную волю, но она и определяет границы индивидуальной воли. Все дело в том – каковы эти границы. И все же имеются суждения, принижающие или даже отрицающие наличие в правоотношении воли участников. Так, полагают, что государственная воля трансформируется в общественные отношения в виде прав и обязанностей участников этих отношений, хотя и не отрицается избирательность актов участников. Все же ставится вопрос о том, нужно ли дополнять волевое содержание правоотношений индивидуальной волей участников, ссылаясь на соотношение волей? Отдавая должное волевым* актам субъектов, делается вывод, что вне государственной воли никакие права и обязанности не могут носить 1 юридического характера. Воля участников- может отсутствовать, правовое регулирование, может осуществляться вне связи и взаимодействия волей, государственная воля исчерпывает внутреннее волевое содержание правоотношений. Что же касается воли участников, то она, по этому мнению, лишь внешний фактор и не является обязательным условием, не выступает в регулирующей роли. В конце концов такая регулирующая роль, взаимодействие признаются при совпадении, при, воплощении государственной воли в поведении участников². И все же в большинстве случаев правильно понимается определение роли индивидуальной воли. Так, обращается внимание на то, что, даже в тех случаях, когда правоотношение возникает без индивидуальной, воли, его реализация происходит при помощи воли участников³. При этом, конечно, никакой «переработки», «трансформации» нет – государственная воля не исчезает, не растворяется в воле участников. Недопустимо и абсолютизирование индивидуальной воли, отрицание значения государственной воли в ее нормативно- регулирующем

смысле. Правильно указывается на возможность возникновения правоотношения исключительно в силу индивидуальной воли, но в пределах предоставленной законом широкой возможности для выбора альтернатив. Именно в этом – государственная воля. В поведении участников, выражающих государственную I волю, все равно проявляется их воля⁴.

Особое место занимала в свое время воля, которая была выражена в плановом задании. Ныне эта проблема относится к государственному заказу. В юридической литературе в отношении данного аспекта государственной воли высказывалось мнение о превращении государственной воли в собственную волю предприятия в процессе осуществления хозяйственной деятельности, о формировании государственной воли самими предприятиями, о неограниченности волей государства воли и инициативы предприятия, о сочетании государственных интересов и интересов предприятия⁵. Так должно было быть. Но действительность не соответствовала этим абстрактным положениям. Воля предприятия ограничивалась, инициатива сдерживалась многочисленными показателями, ограничителями, а в результате страдали и индивидуальные (предприятий) интересы и государственные. Конечно, нельзя отрицать взаимодействия государственной и индивидуальной воли, в том числе и в хозяйственных договорах. Больше того, утверждение о дополнении индивидуальной волей государственной воли, о конкретизации последней, когда это определено или не воспрещается⁶, нужно понимать сегодня иначе: если предприятие принимает (не оспаривает) госзаказ. Но в любом случае такое взаимодействие должно быть не декларативным, а реальным, опирающимся на подлинный хозрасчет и на истинную юридическую свободу, основанную, прежде всего на экономической необходимости, на сочетании государственных и индивидуальных интересов.

В ряде хозяйственных договоров существует чрезвычайно большая предопределенность прав и обязанностей сторон. Такое положение действует в кредитно-расчетных отношениях, в отношениях по перевозкам и в некоторых других. Это вызвало суждение об отсутствии договорного характера в указанных отношениях. Как видим, чрезмерная императивность приводит к такому выводу. Стоящие на такой позиции считали, что свободное соглашение сторон в виде договора возможно лишь тогда, когда стороны по своей воле решают вопросы вступления в обязательственное правоотношение, выбирают на альтернативной основе контрагента, свободно и альтернативно согласовывают условия, а если воля не имеет значения для обязательственного правоотношения, то договор отсутствует. Считалось, что детальное урегулирование условий в законе – не оставляет места для соглашения. Эта позиция не встретила всеобщей поддержки в свое время. Общеизвестно, что в указанных случаях наличествуют договорные отношения, поскольку таковые признаются при большей или меньшей возможности выбора, в том числе и при завязке, возникновении правоотношения. Но если «положить руку на сердце», то это большая натяжка. Полагают, что государственное регулирование (наличие

закрепленных положений) позволяет действовать со знанием дела, осуществлять свободу воли. И все же с позиции сегодняшнего дня подлинно договорные отношения должны пониматься иначе. Конечно, характер договоров и сегодня, и в перспективе будет различным. Одно дело условия договора при поставке, а другое дело отгрузка по железной дороге. В последнем случае вряд ли есть возможности для широкого согласования условий по усмотрению, участников такой перевозки с учетом необходимости единообразного урегулирования таких отношений.

В свое время в юридической литературе было широко распространено мнение о том, что план, предписываемый в централизованном порядке, ни в коей мере не ограничивает воли субъектов, не означает отсутствия их свободы в выборе альтернатив. Более того, считалось, что план позволяет действовать со знанием дела⁷. Не будем строго судить коллег за такую позицию. Она опиралась на господствовавшую доктрину. Считалось, правда, что договор не может выражать лишь свободу воли самих предприятий безотносительно к государственному плановому регулированию, поэтому формирование воли хозяйственных организаций (а следовательно, и их выбора) определялось планово-регулирующей деятельностью государства⁸. Это соответствовало действительности. Не знание дела, а определение воли планом. Правда, утверждалось о взаимодействии двух начал: планомерности и взаимной воли товаровладельцев, о новых чертах волеизъявления субъектов, о взаимодействии плана и договора, но при этом все же подчеркивалось наличие соглашения сторон, хотя этому соглашению отводилась различная роль. Правильно отвергается волеизъявление сторон как придаток плана, утверждается то, что благодаря взаимному волеизъявлению сторон, общему волевому акту происходит преобразование плана в договор⁹. И хотя такая трансформация не всеми была воспринята с единодушием, но все же в определенной мере значение взаимного волеизъявления было поднято, признано неправильным признание того, что в волеизъявлении сторон лишь повторяется (репетируется) план. Правда, в конкретизации условий волеизъявление сторон не принижалось. Здесь взаимное (встречное) согласование альтернатив, в рамках законодательного установления не подвергалось сомнению. Но именно установления, а таковое всегда носит ограничивающий характер: разрешено все, что разрешено (установлено). Это породило мнение о том, что в ряде случаев (подробная детализация в плане) для соглашения, для воли сторон места не остается. Более того, может быть продиктованное волеизъявление без подлинной воли. Реальность была таковой, что свободного волеизъявления не было, хотя постепенно и в тог рутинный период пробивало себе дорогу право отказа, хотя отказ далеко не всегда строился на взаимном согласии.

В дискуссии с взглядом на договор – лишь как на «шлюз в плановом канале» отстаивалось неразрывное единство плана и волеизъявления сторон, хотя и отвергалась теория трансформации плана в договор и то, что усмотрение сторон может носить абсолютный характер¹⁰. В то же время нельзя не заметить и того, что даже императивное предписание, императивно

установленная модель поведения не означают отсутствия волеизъявления сторон.

И все же при отсутствии нового механизма и сохранении остатков старой системы согласованная воля весьма относительна. Есть, конечно, возможность для выбора согласованных альтернатив, но частных, а не главных. До сих пор еще существует, и, видимо, пока будет существовать допустимость несогласования воли, понуждения к заключению договора. Все это будет, пока не начнется действие рынка. А пока и в новых условиях хозяйствования, при свободном выборе контрагента, если поставщик отказывается от заключения договора вообще при предлагаемых условиях, то свободный выбор вместо блага для предприятия-потребителя может обернуться в диктат предприятия поставщика, особенно поставщика монополиста. В положениях о поставках 1988 г. предусмотрена обязанность изготовителя удовлетворять заказы потребителей, если они соответствуют профилю производства и даны в срок. Нет ли здесь отступления от взаимного волеизъявления и можно ли считать понуждение к заключению договора, арбитражное (судебное) установление определенных условий при возражении одной из сторон императивным регулированием, признанием отсутствия воли сторон (стороны) в договоре? Выше мы назвали это нормативным компромиссом. Но для ответа на поставленный вопрос, кстати весьма важный, нужно обратиться к сути арбитражного процесса. Одним из принципов, этого процесса является принцип непосредственного урегулирования разногласий. Арбитр единолично принимает решение, если стороны не пришли к соглашению, его задача состоит в том, чтобы добиться урегулирования спора непосредственно участниками этого спора, их соглашением п. Из этого следует, что нецелесообразно исключать предъявление исков о понуждении к заключению договора, об отдельных условиях договора и в случаях свободных договорных связей, но только с целью достижения соглашения (речь идет об условиях существенных) с помощью арбитража или суда. Императивное единоличное решение вопреки согласию обеих сторон или даже одной из сторон допустимо лишь тогда, когда возражение участника процесса противоречит закону. Не исключена и чрезвычайная мера сохранения хозяйственных связей как ограничение, конечно, временное, но необходимое при существенном расстройстве этих связей.

Привычка приводит к сомнению в силе экономических методов побуждения к заключению договора. Ведь долгие годы при помощи директивного планирования гарантировались материальное обеспечение и сбыт продукции, осуществлялась адресная дезагрегация показателей и заданий до предприятий. Какова с точки зрения реальности была эта «гарантия» нам хорошо известно. Поэтому и необходимо антимонопольное законодательство, как гарантия, а не ограничения в выборе альтернатив. Существует высказывание, что из «рынка поставщика», рынок должен стать «рынком покупателя». Что ж, в таком утверждении есть резон; спрос должен определять предложение. Спрос и будет выступать надежным средством для

ликвидации монополии, дефицита, заключения договора, улучшения качества, расширения ассортимента. Заранее обещанная гарантия сбыта и обеспечения приводит к благодущию, иждивенчеству, пассивности, созданию сверхнормативных запасов. Поэтому императивное принуждение в указанных выше случаях к заключению хозяйственных договоров должно быть исключено.

В условиях рыночных отношений есть все основания для отказа от ограничения альтернативного выбора партнеров, а следовательно, – от свободного взаимного волеизъявления субъектов по заключению договоров, выбора их условий, выбора вариантов поведения. И не нужно будет ограничение в виде сложившихся связей, а в будущем и значительно сокращен госзаказ или утвердятся его конкурсное принятие. Молено стимулировать желаемый вариант, но только стимулировать, хотя регуляция в начальный период неизбежна. Нельзя не отметить и того, что в ст. 23 нового Закона «О предприятиях в СССР» установлено самопланирование, основой которого выступают спрос и договоры.

Глава 8.

РАЗРЕШЕНО ВСЕ, ЧТО...

Выше было сказано о том, что широкий простор для альтернативных решений, альтернативных действий открывает утверждающееся в советском праве принципиальное положение: разрешено все, что не запрещено законом, что не противоречит законодательству. Это формула правового государства.

В данном случае речь идет о тех границах, которые могут быть установлены на пути выбора вариантов поведения. Прежде всего эта граница заключается в общей правомерности поступка. Какой же поступок, какое поведение следует считать правомерным в общеправовом смысле? Разрешенные? Не запрещенные? Безразличные (перелевантные) для права? Или нужны еще какие-либо критерии?

В свое время указателем поведения людей с точки зрения права признавалась правовая норма¹. Но на самом деле в общем плане, т. е. не затрагивая специальных сфер деятельности, обычно рассматривали не правомерность поведения, а противоправность². Правомерным же считалось поведение, не подпадающее в разряд противоправного. Другое дело – это то, что в ряде случаев противоправными признавались действия, не предусмотренные в соответствующей норме. Если быть точным, то в нормах обычно сочетались и запреты и разрешения. Это дало основание считать правомерными те действия, которые не противоречили велениям или запретам правовой нормы. Но противоправным может быть и неиспользование права и злоупотребление им, т. е. противоправны деяния, отступающие от требуемого государством должного поведения³. В то же время и ранее в понятии противоправности акцент делался на запреты: неправомерными являются действия, которые нарушают выраженные в

нормах права запреты⁴. И все же ориентация при понимании была на реальное содержание норм, а они включают не только запреты, но и предусматривают определенную модель поведения, устанавливают определенные дозволения. Противоправным является и бездействие, которое в правовом смысле выступает не как простая пассивность, а как несовершение действия, которое предписывалось субъекту, вменялось ему в обязанность⁵. Итак, в нормах права существуют не только веления, в них есть и запреты. Пропорции различны в зависимости от отраслей права. Поэтому, когда под правомерным поведением понимают поведение, соответствующее предписаниям (правовой нормы, следует это понимать как соответствие и содержащимся в этой норме запретам. С точки зрения права поведение человека может быть правовым и индифферентным, т. е. неправовым, быть вне правового регулирования. Означает ли это то, что если в норме права нет указания на модель поведения, то возможность такого поведения безразлична для права? Ст. 4 ГК РСФСР и Таджикской ССР в качестве оснований возникновения гражданских правоотношений указывают и на действия, не предусмотренные законом, поэтому (при наличии других признаков) правовым является не только поведение, предусмотренное правовой нормой. С другой стороны, нельзя отождествлять правовое воздействие с незапрещенностью, что преувеличивает правовую регламентацию. В любом случае юридически значимое поведение может быть либо правомерным, либо противоправным. При этом противоправным считается нарушение чужого субъективного права, причем не обязательно виновно, а вот неиспользование такого права отвергается в качестве противоправности. Нарушение субъективного гражданского права происходит в результате неисполнения обязанности. Правомерным поведение признается, если оно осуществляется в сфере социально-правового регулирования и заключается в сознательном выполнении требований норм, в их соблюдении. Правда, такое понимание дополняется тем, что есть в гражданском праве действия, прямо не предусмотренные в норме, но соответствующие общим началам гражданского законодательства⁶. Это важное дополнение, хотя само понимание правомерности ориентируется на выполнение норм, которые, как мы указали, и не ориентируется на запреты, но и не может быть сведено к ориентации на разрешение. Выполнение – это соблюдение и того и другого. Правомерность поведения не очень часто связывается с той сферой, которая непосредственно не укладывается в предписания норм. В последнее время на нее обратили внимание, ибо многое не регламентируется правом. Правомерно или нейтрально такое поведение с точки зрения права? А может быть в этой сфере возможен запрет? Если такое поведение для права нейтрально, как это считают некоторые, то оно лишено государственной защиты. Но это не так, такое поведение подлежит защите, коль скоро оно не нарушает норм права. Такой, несомненно правильный подход, значительно расширяет возможности в гражданско-правовых отношениях, допуская широкий спектр-альтернатив в выборе поведения. Речь идет об охраняемом законом интересе. В

отношении граждан законодательство проводило линию защиты поступков, которые прямо не запрещались правовыми нормами⁷. Это означает, что в данном случае проводился утверждаемый сейчас принцип, который, как мы указали, проявляется и в ст. 4 Основ гражданского законодательства, предусматривая возможность совершения сделок, непредусмотренных законом, по ему не противоречащих. В то же время эти действия, как впрочем и предусмотренные законом, не должны нарушать интересы других лиц, общества, осуществляться в противоречии с назначением этих прав. Таким образом еще до признания указанного принципа в советском гражданском праве в отношении поведения гражданина действовала формула: «Дозволено все, что не запрещено», хотя и с определенными (что, несомненно, правильно) ограничениями. Более того в этом случае действует презумпция правомерности поведения, не запрещенного законом, аналогично презумпциям неопровержения доброгопорядочности участников сделки, добросовестности приобретателя и т. и.⁸. Сложнее решается эта проблема в отношении юридических лиц. Конечно, ст. 4 Основ гражданского законодательства относится в равной мере и к организациям, поэтому деятельность последних может осуществляться не только в соответствии с правовыми нормами, но и с общими принципами права. С точки зрения и тех и других должна оцениваться правомерность поведения или неправомерность, дозволенность и запрещенность, поскольку для народного хозяйства определяются как границы дозволенного, так и направляется его развитие. Отсюда и установление в совокупности запретов, дозволений и предписаний и закрепление общих правовых принципов, которыми должны руководствоваться субъекты хозяйственной деятельности. Если признавать дозволение лишь в рамках разрешенного законом, значит сковывать инициативу, нельзя не ориентироваться на принципы. В свое время правильно было указано на то, что границей правомерного поведения юридического лица в области вступления в сделки, а значит и осуществления деятельности является цель, поставленная перед ним, установленная в его положении или уставе⁹. К сожалению, в после дующем не обратили внимания при разработке некоторых нормативных актов на данное ограничение, а оно было необходимо. Но об этом несколько позже. Указано было и на то, что следует руководствоваться следующим правилом: не все то, что не запрещено, дозволено, но и дозволено не только то, что прямо разрешено законом». Вторая часть этого положения, безусловно, правильная, а вот первая часть требует уточнения, хотя по смыслу и она правильная. Но в таком неопределенном виде данная формула не может работать, она лишь говорит о том, что не всегда все запрещено и все разрешено. В таком виде данное правило даже, не обращает внимания на ограничение по цели деятельности. Именно поэтому оно встретило возражения. Более того, указано было на строгую регламентацию поведения юридического лица в пределах его специальной правосубъектности, на небезбрежность хозяйственной инициативы, на ее нормативные ограничения, на точно установленные дозволения и запреты, на особое качество договорной

свободы. Отсюда был сделан вывод о том, что принцип: «дозволено все, что прямо не запрещено» не пригоден для государственных органов, общественных организаций и их должностных лиц. Вне их компетенции поведение будет либо неправомерным, либо юридически нейтральным. Споры вызывает и понятие «злоупотребление правом» как поведение за пределами правомерности. Нормативность права дает возможность определить правомерное или противоправное поведение субъекта, но вряд ли правильно отрицать нормативность тех норм, которые не обеспечены санкцией¹⁰. Во-первых, есть общая норма о взыскании убытков, во-вторых, существует возможность установить санкцию в договоре, в-третьих, можно установить в договоре другие последствия вместо санкции. Конечно, в ряде случаев нормы непосредственно могут не действовать – требуется принятие соответствующего акта, заключение договора и т. п. Это уже другой вопрос. Очевидно, что и правомерность поведения связана должна быть с конкретизацией или с установлением действия соответствующей нормы. В этом смысле интерес представляет установление моральных требований в качестве критерия поведения. Как правило, их правовое действие отрицается, а нормативность в определении противоправности защищается, т. е. признается проявление ее не только в нарушении правовой нормы. Полагают, что в праве выражается государственная воля, установленный правом масштаб поведения является обязательным для граждан и организаций. Иными словами, правовая природа юридической нормы выражается как властно-обязывающая, в ней в качестве конструктивного элемента существуют субъективные права и юридические обязанности. В тоже время указывается на то, что нормы–принципы, нередко проявляют себя исключительно через другие нормы, конкретизирующие эти общие принципы, хотя для отрицания того, что такие принципы выступают в качестве правовой нормы (не непосредственного действия) оснований нет. В качестве примера приводится ст. 5 Основ Гражданского законодательства, в которой говорится об осуществлении прав и исполнении обязанностей с ориентиром и на моральные нормы. Отсюда признается то, что нормы – принципы устанавливают правила поведения общего, абстрактного характера и это не исключает их признания самостоятельными нормами. И все же деяние становится противоправным из-за нарушения именно нормативного предписания¹¹.

Необходимо ответить на вопрос: можно ли считать, аморальное поведение правомерным? Есть общая норма–ст. 5 Основ Гражданского законодательства, норма – принцип. Ее непосредственное действие отрицается. Согласны. Для признания противоправности, для принуждения, для ответственности. Но для признания) правомерности поступка? Разве формула «все разрешено, что не запрещено законом» означает действительно разрешение всего, в том числе совершения поступков аморальных? Возможно, что такая постановка вопроса некорректна. Наверное, нужно различать правомерность, в широком плане, включая и учет моральных норм, и правомерность в смысле соблюдения правовых норм, как различать

разрешено «вообще все», что не запрещено законом» и разрешено все с точки зрения правового запрета. Это так. И все же ст. 5 Основ – это правовая норма, пусть общего характера, но ей следует подчиняться. Поэтому исполнение обязанностей и осуществление права с отступлением от моральных принципов, на наш взгляд, нельзя считать правомерным. Даже, если нет правового запрета, но нарушается социальная справедливость, права других лиц и т. п.

Правильно ставится вопрос об установлении в законе последствий заключения сделки, не противоречащей правовому акту, но противоречащей нормам морали. Но это вопрос о последствиях, а не о допустимости самого поведения. Полагаем, что не должно быть альтернативы в выборе аморального поведения. Если даже считать такое поведение «правомерным» (только с точки зрения права), то его нельзя считать допустимым, а значит разрешенным¹². Ведь и с точки зрения морали нарушение правовой нормы недопустимо. Следует говорить о морально-правовой регуляции, хотя, конечно, автономно существует правовая регуляция, есть и автономная моральная регуляция, но во многих случаях право и мораль включаются в единый механизм регуляции поведения¹³. Аморальное нельзя считать законным. Это нужно иметь в виду при выборе альтернатив поведения. Близка к данному вопросу проблема целесообразности поступка. Цель и средства не должны противопоставляться. А ведь до сих пор идут споры о том оправдывает ли цель средства. Можно ли оправдать добрую цель плохими средствами, можно ли, наоборот, хорошими средствами оправдать безнравственную цель. Нередко интерпретации этой формулы ведут к оправданию беззакония, особенно в хозяйственных отношениях. Правовая норма может устареть, отстать от жизни. В наш динамичный век мы с этим встречаемся достаточно часто. Но можно ли просто переступить закон, как это, к сожалению, делают не только отдельные, граждане или предприятия, но и более высокие учреждения и органы. Сложная проблема. Но с ней связан вопрос о правомерности поступка. Да, устаревшие законы подчас даже становятся безнравственными, но можно ли под лозунгом борьбы с устаревшими, по действующими нормами, переступить их? Нужен быстрый и действенный механизм отмены таких норм, нужна смелая и принципиальная оценка поведения с учетом такой ситуации, но нельзя в принципе пренебрегать нормами права. Конечно, нормы права должны соответствовать требованиям жизни, экономики. Иначе – трудно разрешаемое противоречие. Что касается цели и средств, то нужно сказать, что цель должна соотноситься со средствами. Цель и средства должны выступать как взаимно необходимые. Самые хорошие средства не превращают в нравственную безнравственную цель, недостойные средства снижают ценность цели. Цель не оправдывает средства, а определяет их. Выбор средств их различных альтернатив должен соответствовать цели. С. С. Алексеев обратил внимание на то, что содержащиеся в праве запреты во многих случаях «пришли» в него из морали, господствовавшей в обществе. Он указывает на то, что право как регулятор поведения прежде всего связано

с дозволениями, т. е. с возможностями, которыми обладают его субъекты и которые свидетельствуют об их свободе и самостоятельности. В то же время обращается внимание и на большую роль запретов, а также позитивных обязанностей. Они и являются определяющими элементами права.

Юридические запреты встречаются в пассивных юридических обязанностях, т. е. в обязанностях воздерживаться от совершения определенных действий. Значит правовой запрет – это юридическая обязанность, которой свойственна однозначность, императив, обеспечение юридическим механизмом, в том числе ответственностью. В то же время содержание запрета – в бездействии, в пассивном поведении, в возможности требования его соблюдения¹⁴. Означает ли запрет пассивное поведение? Нам представляется, что это не совсем так. Пассивность, конечно, имеет место, но в отношении запрещенного поведения. В то же время установление конкретных запретов, наоборот, открывает широкие возможности для активного поведения вне рамок запретов, а ведь за этими рамками значительно больше альтернатив, возможности субъектов шире, чем в рамках прямого дозволения, т. е. разрешительной ориентации. Перечень конкретных дозволений (дозволено все, что разрешено) как раз ограничивает альтернативные возможности субъектов. Возникает вопрос означает ли запрет возложение обязанности не совершать действий того рода и вида, который определен запретительной нормой? Большинство запретов функционирует совместно и взаимодействует с нормами, определяющими права и обязанности субъектов, усиливая гарантию прав. Так, например, невыполнение договора запрещено, является нарушением дисциплины, может привести к применению ответственности. Многие запреты прямо не сформулированы в гражданском законодательстве, но это не означает, что они отсутствуют (например, не причинять вред), хотя, конечно, не следует гипертрофировать запреты, усматривая их во всех нормах. В то же время запрет, естественно, – это воздержание от действий.

Выше мы указали на возможность понимания дозволения как сориентированного на установленное разрешение конкретных альтернатив поведения в правовой норме. Такое понимание дозволения может быть, но оно ошибочно. Понимают дозволение и иначе – как субъективное право на собственное активное поведение. Дозволения могут носить, конечно, управомочивающий характер, но есть нормы дозволяющие поведение, поскольку оно не запрещено. Таким образом принцип «Разрешено все, что не запрещено», закрепленный в правовой норме, выступает как дозволение, опирающееся на установленные запреты. В этом смысле и существует взаимосвязь между дозволением и запретом. И все таки существует и иной подход. Так, полагают, что «предписание» может раскрываться как дозволение и как запрет. Именно эти две разновидности и составляют предписание. Таким образом различается дозволение и запрет, т. е. не считается запрет формой дозволения. Кроме того говорят даже не о запрете, а о требовании, в которое включают запрет и позитивную обязанность требование воздержания от действий (запрещение действовать) и совершения

действия (позитивная обязанность). Обязанность не может быть связана с дозволением, она всегда связана с требованием, а вот наделение правом—это дозволение. Частным случаем требования является запрет — обязанность вести себя должным образом путем воздержания от действия¹⁵. Несомненно логика в таком подходе есть, но смысл, который вкладывается в понятие «дозволение» С. С. Алексеевым, иной, отвергающий предположение о том, что отсутствие ответственности за совершение поступка означает его дозволенность. Утверждается нерасторжимое единство юридических дозволений и запретов, в их диалектическом противоречии. Позитивное обвязывание как способ регулирования предусматривает активное поведение субъекта в смысле совершения предписываемых действий. Такие обязанности существенно отличаются от дозволений и запретов, рассматриваемых в единстве. Существует еще одно понятие — юридические ограничения как не только юридическая невозможность поведения (при запрете), но и как фактически невозможный вариант, поэтому нарушить такое ограничение нельзя. Но отнесение такого ограничения к способу регулирования вызывает критику, основанную на том, что в данном случае имеется в виду не способ, а объем регулирования— более узкий. В то же время правовые ограничения и правовые льготы заслуживают внимания, в том числе и в вопросе выбора альтернатив поведения, да и правомерности самого поведения.

Взаимодействие дозволений и запретов не абсолютно. Отсюда возникает проблема их пределов, сталкивающаяся с конкретным регулированием.

В целом ряде случаев есть запрет, исключаящий возможность какой-либо альтернативы; за его пределами не может быть иного, нет - другого варианта поведения. И, наоборот, есть дозволения, исключаящие какой-либо запрещенный вариант. Причем далее отсутствие запретительных норм еще не означает, что во всех случаях есть дозволение (здесь приходится ориентироваться и на моральные оценки, о чем мы уже говорили). Нельзя понимать и отсутствие дозволенности как обязательное наличие запрета¹⁶. Это очень важный вопрос, особенно остро вставший в связи с введением в наше право принципа о дозволенности того, что не запрещено. Мы уже говорили об этом, касаясь моральных запретов, но вынуждены еще и еще раз возвращаться, учитывая многообразие сторон и подходов к запретам и дозволениям. Это многообразие вновь выводит нас к понятию «незапрещенность»— промежуточной категории между дозволением и запретом. Относят к этой категории обязанности, которые не обеспечены санкциями, считая, что поведение субъекта, не выполняющего их, нельзя считать противоправным, но недопустимо относить его и к правомерному поведению. Не все, что- дозволено полезно и достойно уважения, но к какому-то поведению государство относится терпимо. Если быть- более точным, то речь идет о поведении, не установленном в нормах, но и не запрещенном. Выбор поведения, альтернативы передается па усмотрение лиц. Незапрещение доведения нельзя, по высказанному мнению, считать неправомерным, поскольку оно не нарушает ни юридическую обязанность,

ни правовой запрет¹⁷. Вряд ли правильно полагать, что имелось в виду здесь диспозитивное регулирование, усмотрение субъектов не в этом, а в том, что нет ни предписания, ни запрета, новее же вряд ли любое такое поведение можно считать правомерным. Должны быть и другие критерии правомерности незапрещенного поведения, в том числе, как указано, и моральные, нравственные. Правильно то, что следует исходить и из того должна ли данная сфера отношений быть урегулирована или общественные отношения нуждаются в минимуме регулирования либо вообще не нуждаются в таковом. Отсюда различны подходы к взаимодействию запретов и дозволений. Мы понимаем проявленную озабоченность в отношении гиперболизации запретов, их расширения, но нельзя в то же время не видеть и того, что четкое установление запретов, в свою очередь, расширяет возможность принятия альтернативных решений за их рамками, ибо рамки только разрешенного, как правило, значительно уже. И, наверное, совсем не обязательно указывать в норме о запрете всего иного. Все зависит от того какой в праведействует принцип. С другой стороны, опасения запретов тогда, когда законодательство сориентировано на старый подход, на допущение поведения лишь предусмотренного, зачастую приводит к нежелаемым последствиям, к совершению нежелательных действий.

Фактически мы уже затронули вопрос об общих дозволениях и запретах, к которым относится и принцип как правовое направляющее начало, который, собственно говоря, занимает нас больше всего: разрешено все, что не запрещено. Как отмечается, общие дозволения, в том числе и в сфере хозяйствования обладают прямым юридическим действием, а общие запреты не могут являться непосредственным критерием неправомерного поведения. В отличие от этого, как мы указали, правомерное поведение может быть определено общим образом ибо оно не связано с ответственностью, с ее персонификацией. Считается, что тип регулирования, основанный па принципе «запрещено все, кроме разрешенного», следует назвать не общезапретительным, а разрешительным с акцентом на праве. Тип регулирования, построенный па принципе «дозволено все, кроме запрещенного», следует назвать общедозволнительным¹⁸. Смущает, правда, то, что дозволение и разрешение с точки зрения этимологии понятия тождественные, а разницу (и то весьма условно) усмотреть можно лишь в том, что дозволение шире разрешения, в него входит и то, что не разрешено, но и не запрещено. Так, «дозволение»— означает позволить, разрешить; «разрешение»— дать право на совершение чего-то. С этимологией нельзя не считаться, определяя те или иные правовые понятия. Очень важный вопрос: сфера применения общих дозволений и запретов, общих принципов. Иными словами затрагивают ли они конкретные нормы, тем более, если в них нет полноты дозволений и нечетко выражены запреты. Полагаем, что общий принцип должен касаться и конкретных норм, во всяком случае с точки зрения определения правомерности поведения. Но вот в чем вопрос. Существует ли этот общий принцип? Можно ли считать, что указание о нем в решениях XIX Всесоюзной партийной конференции означает, что принцип

«Разрешено все, что не запрещено» стал общеправовым? Весьма сомнительно. Необходимо закрепление этого или иного правового принципа в правовой норме, в частности в Конституции. Пока этот общий принцип выражен лишь в ряде нормативных актов, хотя и с достаточно широкой сферой деятельности. Прежде, чем перейти к конкретному анализу этого принципа регулируемого поведения применительно к хозяйственным отношениям необходимо затронуть еще один важный вопрос, вокруг которого в последнее время возникла дискуссия. Речь идет о том существует ли в настоящее время специальная правосубъектность юридических лиц или они вольны совершать любые действия, на которые нет запрета. Указывалось на то, что теперь предприятию разрешена любая экономическая деятельность, которая не запрещена. Это означает, по мнению столь широкого подхода к данной проблеме, ослабление традиционного принципа о специальной правоспособности. Смысл его в том, что юридическое лицо могло вступать в юридические отношения лишь в соответствии с целями своей деятельности. В противном случае в соответствии со ст. 50 ГК РСФСР (ст. 48 ГК ТаджССР) сделки как неуставные признавались недействительными¹⁹. Об ослаблении ли специальной правосубъектности идет речь или об отказе от нее? Правильен ли подход, когда ни цели, ни устав (он ведь может определить круг деятельности, расширив его) не препятствуют действиям юридического лица? Не случайно возник вопрос о том, что специальная правосубъектность больше не существует. Правда, указывалось на то, что установленный предприятию профиль существует и основная производственная деятельность должна соответствовать этому профилю, но независимо от своего профиля предприятие может осуществлять несколько видов деятельности, помимо профильной. Ограничения фактически сняты²⁰. Нельзя не согласиться с тем, что в приведенном высказывании специальная правосубъектность не низвергается совсем. Профиль предприятия признается. И все же можно ли считать, что установленный в Законе о госпредприятии принцип, определивший свободу действий предприятия, означал возможность заниматься любой деятельностью, принимать любые решения. Конечно, в правовом государстве недопустимо руководствоваться принципом командно-административной системы: «Дозволено только то, что предусмотрено». Должна быть максимальная свобода, ограниченная только установленными запретами, но среди этих запретов, наверное, должен быть и такой, который запрещал бы предприятиям, кооперативам вступать в любые действия, вопреки своему профилю и не связанные с оказанием содействия своей основной деятельности или решения социальных задач для трудового коллектива или для региона, в котором действует предприятие. Это было очевидно с самого начала, но потребовалось время для того, чтобы такой подход был признан. А пока, отвлекались усилия предприятий, набивались карманы дельцов, безналичные деньги превращались в наличные, заключались сомнительного рода сделки и т. п. Не изменяет такого подхода и курс па рыночные отношения. Ныне вопрос решен в Законе о предприятиях в СССР записано,

что в любом случае хозяйственная деятельность предприятий должна отвечать целям, предусмотренным в уставе²¹. Еще один вопрос. Есть ли разница в формулах: «Разрешено все, что не запрещено законом» и «Разрешено все, что не противоречит законодательству»? Прежде всего о законе и законодательстве. В практике термин «законодательство» понимается чрезвычайно широко, что вряд ли правильно. Мы допускаем необходимость учета не только законов, но, например, постановлений правительства, не говоря уже об Указах Президента. Значит так следует и указать. Иначе под термин «законодательство» подпадают и акты ведомств, инструкции и т. п. На это справедливо указала в письме «О верховенстве закона и стихии подзаконных актов» группа ведущих ученых юристов страны.²² И все же установленный принцип: «Разрешено все, что не запрещено законом» модифицировался. В Законе о государственном предприятии в СССР, в п. 5 ст. 2 было записано: «...предприятия вправе по собственной инициативе принимать решения, если они не противоречат действующему законодательству». Иногда говорят, что здесь нет расхождения. Но это, к сожалению, не так. Законодательство понятие объемное, хотя, конечно, можно и нужно его ограничить или, во всяком случае, конкретно определить, что под этим имеется в виду, ибо сюда включаются и положения о поставках, другие постановления. Терминология должна быть четкой. В п. 3 ст. 5 Закона о кооперации СССР также использовано понятие «действующее законодательство» и добавлен еще «Устав кооператива». В новом Законе о предприятиях в СССР с этим принципом связано несколько норм. В ст. 24 (п. 1) указывается па то, что предприятия свободны в выборе предмета договора, любых условий хозяйственных взаимоотношений, если они не противоречат «Законодательству Союза ССР, союзных и автономных республик». А в и. I ст. 30 о возможности предприятием принимать при осуществлении хозяйственной и иной деятельности «любые решения, не противоречащие действующему законодательству», т. е. та же формулировка, которая была в Законе о госпредприятии. О возможности создания арендных и других предприятий, если это не противоречит законодательным актам, сказано в п. 4 ст. 2 Закона. В п. 3 ст. 1 говорится о том, что предприятие может осуществлять любые виды хозяйственной деятельности, если они не запрещены законодательными актами Союза ССР, союзных и автономных республик и отвечают целям, предусмотренным в уставе предприятия. Значит опять все же не «закон», а «законодательные акты». В п. 4 ст. 10 говорится о различных возможностях распоряжения имуществом в отношении других предприятий (продажа, найм, аренда, списание и т. п.), если иное не предусмотрено законодательными актами и уставами, а в п. 5 той же статьи предусмотрено примерно такое, же распоряжение в отношении граждан, если иное не предусмотрено уставом, а безвозмездная передача, если нет запрета в законодательных актах. О законодательных актах сказано в п. 4 ст. 2, в п. 1 ст. 26 (о ценах). Но, конечно, под этим предусматриваются не только законы, по и Указы Президента, а возможно следует это понимать

вообще в широком плане—и подзаконные акты. Может быть, когда речь идет о деятельности, то следует руководствоваться только законом (Указы Президента). Ведь уже был известный спор в отношении правомочности постановления правительства ограничившего сферу деятельности кооперации. И все же даже конкретный устав решает данный вопрос. Понятие «законодательный акт» шире понятия «закон». Но как бы мы не сетовали па чрезмерную широту, на противоречие сформулированному принципу, приходится считаться пока с тем как это записано самим законодателем, допускающим запреты и не только в законах. И все же, необходима четкость понятий.

И еще один серьезный вопрос. В названных актах встречается наряду с понятием «если не запрещено» также понятие «если не противоречит». Существует ли между ними тождественность? Конечно, при наличии запрета, поведение его игнорирующее, должно признаваться противоречащим законодательству. Но противоречие бывает не только при запрете. Поведение, заключенная сделка, принятое решение могут частично отклоняться от законодательного акта, иначе трактовать его и т. п. Поэтому такая формулировка более широкая, хотя само понятие «противоречие» требует уточнения. Но вот п. 4 ст. 2 о возможности существования арендных и некоторых других предприятий мог быть ориентирован на запрет, а не на «противоречие актам». Это было бы правильно, если, конечно, вкладывать в указанные термины разный смысл. Но может быть данная норма говорит совсем о другом, ведь возможность создания предприятий не связывается с формулировкой «если это- не противоречит актам...», в ней говорится о том, что могут действовать в СССР предприятия, «создание которых не противоречит законодательным актам»? Можно ведь трактовать это и как утверждение так как создание их не противоречит законодательным актам. Но это скорее всего домысел, основанный на не очень- четкой редакции правовых норм в этом и, к сожалению, не только в этом законе. По своему принципиальному подходу к возможному поведению п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 24 (п. 1 ст. 30) нового Закона о предприятиях не совпадают. Не совпадает и. 1 ст. 24 (п. 1 ст. 30) и с и. 4 и 5 ст. 10 Закона, поскольку распоряжение имуществом может четко ограничиваться запретом.

Очень важным является и то, что в н. 3 ст. 1 этого Закона в отношении осуществления хозяйственной деятельности четко определена специальная правосубъектность юридических лиц – деятельность должна отвечать целям, которые предусмотрены в уставе предприятия. Устав, конечно, должен быть демократичным, учитывающим инициативу, самостоятельность предприятий, их интересы и т. п., но ни в коем случае не превращать их в эдаких актеров-трансформаторов, выполняющих любые функции, исполняющих любые роли лишь было бы выгодно, даже частные (не побоимся этого слова) предприятия—трудовые хозяйства, даже малые кооперативы граждан не должны заниматься любой – расплывчатой, не подчиненной цели, не учитывающей и интересы общества, региона деятельности. И еще одна новелла в возможности определения альтернатив

правомерного поведения. Отдельные виды деятельности подчиняются другому принципу, а именно: «Разрешено то, что определено (предусмотрено)». Об этом свидетельствует ч. 2 п. 3 ст. 1 Закона о предприятиях, которая устанавливает, что такими видами по установленному перечню предприятие может заниматься на основании специального разрешения (лицензии).

Несомненно, новый подход к определению прав предприятий в отношении выбора условий хозяйственной деятельности, ориентация на запрет (противоречие), а не на строгую регламентацию значительный шаг к демократизации, к расширению самостоятельности предприятий. Но для этого нужно побороть стереотипы в собственном мышлении, в мышлении тех, кто управляет предприятиями, изменить законодательство. Но, безусловно, альтернативность в деятельности предприятий радикально расширяется, а точнее – утверждается.

Завершая рассмотрение данной проблемы, нельзя не остановиться еще на одном вопросе: действует ли принцип о разрешении абсолютно (кроме, конечно, запретов, противоречий) и для всех? На этот вопрос нужно ответить отрицательно. Мы уже затрагивали его, говоря о моральных требованиях. Но этого мало. Следует согласиться с высказанным мнением о том, что существуют общие требования правового регулирования тех или иных отношений и с ними нельзя не считаться. Так, например, нет прямого запрета в отношении злоупотреблений со стороны предприятий (захвата чужих средств, получения неположенных денег, списания неправильно израсходованных материалов и т. п.), есть нормы, регулирующие расчетные, финансовые отношения предприятия, порядок осуществления владения, пользования, распоряжения имуществом и т. и. Иными словами есть границы дозволенного поведения, определенные системой правового регулирования тех или иных отношений.²³ Конечно, с выводом о том, что всем этим пренебрегать нельзя нужно согласиться. Но именно потому, что иное поведение в данном случае предприятия будет противоречить законодательству в широком смысле этого понятия. Именно противоречить – вот в чем суть вопроса. И специального запрета здесь не нужно, поскольку коль скоро установлен определенный порядок, он означает запрет отступления от него, противоречие ему. Правда, наверное, в общей норме о принципах поведения следует указать об общем запрете на такое поведение. Но положение это не меняет. Другое дело, если не предусмотрен какой-либо порядок в системе норм (нужно, как мы указали, еще четко определить – каких норм, что входит в законодательство), тогда при отсутствии запрета предприятие свободно в своих действиях. Альтернативы поведения таким образом имеют и вышеуказанную границу. Но этим не исчерпываются ограничения применения принципа: «Разрешаю все, что не запрещено законом», который в той или иной модификации устанавливается в советском праве. Прежде всего этот принцип имеет «субъектное ограничение». Не уверены, правомерен ли такой термин, допускаем, что может быть альтернатива. Дело в том, что незапрещенное поведение не

должно затрагивать права и интересы других лиц. Разрешение для одного может столкнуться с разрешением для другого, а это привести может к анархии, произволу, тупику. Так, например, действия соседа по квартире, не имеющие прямого запрета, могут задевать интересы другого жильца, но, в свою очередь, последний может совершать незапрещенные действия, ущемляющие интересы его соседа. Ни к чему хорошему это привести не может. Конечно, обоюдная свобода должна привести к свободному договору, к свободным отношениям, но не к ущемлению прав партнера, к любому произвольному поведению, раз нет запрета. Не может действовать указанный принцип общего дозволения для органов управления, вышестоящих органов в отношении предприятий, иначе каждый будет считать, что ему все разрешено коль скоро нет противоречия законодательству, нет запрета. В этом случае право предприятия может быть сведено «на нет» и вновь восторжествует командно-административная система. Недопустимо распространять такой принцип на властные отношения должностных лиц, в первую очередь с гражданами. Это приведет к произволу, поэтому права этих органов, как и права органов хозяйственного управления, подчиняются разрешительному регулированию, они определяются специальной компетенцией.²⁴

Все сказанное следует учитывать при выборе альтернатив правомерного поведения. Но палитра альтернатив в современных условиях достаточно широка.

Г л а в а 9.

АЛЬТЕРНАТИВЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ СОБСТВЕННОСТИ

Прежде чем говорить об альтернативах собственности, а точнее об альтернативах правовых отношений собственности, необходимо указать на то, что альтернативой товарному производству, рынку может выступать система централизованного административно-командного управления и распределения. Но поскольку возврат к этой системе должен быть исключен, как отвергнутый жизнью, нам не дано альтернативы, кроме товарного производства. Выбор нашим обществом уже сделан. Если же говорить о собственности как таковой, без которой не могут существовать товарно-денежные отношения, то она должна быть многоукладной. Именно многообразие форм и видов собственности присуще -саморегулирующемуся хозяйственному механизму товарно-рыночной экономики. Только такое радикальное преобразование экономики и прежде всего ее основы – собственности соответствует правовому государству. Правильно отмечается – что многообразие собственности порождает многообразие экономических интересов.

Существовал в прошлом догматический подход в возвеличивании государственной собственности, необходимости высокого уровня

обобществления, поскольку другие виды собственности с меньшим уровнем обобществления не могли якобы в должной мере выражать общенародные интересы, хотя они обеспечивали непосредственную связь производителей со средствами производства. И только теперь признано равенство всех видов и форм общественной собственности все они важны для народного хозяйства.¹ Значит существуют альтернативы видов – форм собственности, альтернативы правоотношений собственности. Но есть и альтернативы праву собственности, поскольку не только это право обеспечивает положение участника экономических отношений, среди таких альтернатив важнейшей в современных условиях считают аренду. И все же, при всей правильности такого подхода, полагаем, что аренда во многих случаях должна выступать не как альтернатива праву Собственности, а как альтернатива права собственности, как одна из форм преобразования права собственности, разгосударствление ее, создание особого вида коллективной собственности.² О возможности признания при аренде государственного предприятия именно альтернативы свидетельствует прежде всего наличие права выбора. Так, ст. 16 Основ законодательства об аренде³ предусматривает право трудового коллектива государственного предприятия или структурной единицы объединения образовать самостоятельную организацию арендаторов с целью создания арендного предприятия.

Таким образом, выбор форм осуществления хозяйственной деятельности между полным хозяйственным ведением и арендой принадлежит трудовому коллективу. Может ли последовать отказ в осуществлении права на выбор такой альтернативы? Конечно, может. Собственник или уполномоченное им лицо вправе отказать – в заключении арендного договора, но такой отказ должен быть обоснован, а в случае несогласия с отказом организация арендаторов вправе обратиться в арбитраж, что предусмотрено тем же пунктом Основ. «Камнем преткновения» может стать и регистрация арендного предприятия в местном Совете, по отказ в регистрации может быть обжалован в вышестоящий исполком или в прокуратуру⁴.

Раз есть выбор, гарантированное и защищенное право на него, то значит есть возможность альтернативного подхода.

Нельзя не отметить и того, что ранее переход на арендные отношения допускался только с разрешения вышестоящего органа, в последующем установлена была возможность перехода на арендные условия без такого разрешения и даже право выхода из подчинения органов управления⁵. И хотя об этом не сказано в Основах об аренде и в Законе о предприятиях, но это вытекает из того, что согласия органа управления не требуется, а необоснованный отказ от заключения договора может быть оспорен. Что касается выхода, то об этом свидетельствует радикальное изменение системы управления самоуправление трудового коллектива в соответствии с уставом и прежде всего то, что по Закону о собственности⁶ арендное предприятие включается в коллективную собственность. Предприятия коллективной собственности (кооперативные, акционерные и др.) не могут входить в структуру государственных органов управления, ведающих только

предприятиями, действующими на основе государственной собственности. Существующее иное мнение и иногда практика, на наш взгляд, необоснованны, ибо подчинение в этом случае исключено, хотя не исключены рекомендации, методические советы, определенная координация, но не в форме администрирования. Но может быть в данном случае мы все же встречаемся с альтернативой праву собственности, а не с альтернативой в праве собственности? И тот и другой вывод правомерен. Несомненно, арендное предприятие сохраняет черты государственного предприятия какое-то время, а может быть и всегда арендованное имущество остается в государственной собственности, к арендному предприятию переходят долги бывшего государственного предприятия, его обязанности по госзаказу и хозяйственным договорам, подчинение порядку ценообразования в определенной мере и т. и. Но приобретаются и новые черты в соответствии с уставом и (что очень важно) произведенная продукция, полученные доходы, приобретенное имущество являются не государственной собственностью, а собственностью арендного предприятия. Уже на этой стадии можно утверждать о наличии при аренде предприятия не только альтернативы праву собственности, но и об альтернативе в видах права собственности. При переходе же через аренду полностью от государственной собственности к коллективной (по мере вложения собственных средств и труда),⁷ в том числе в результате выкупа, осуществляется уже именно последняя альтернатива, хотя праву государственной собственности противостоит не арендный вид собственности (собственность арендного предприятия), а собственность коллективного предприятия. В проектах оно именовалось «народным». Возможно – это неправильно, по как-то назвать его все же нужно, ибо коллективными предприятиями являются и арендные, и кооперативные, и другие. В этом плане Закон о собственности следовало бы, наверное, уточнить. Кстати, по логике собственником должен быть арендный коллектив – его организация, а предприятие выступает субъектом реализации права собственности.

Альтернативой праву собственности называется и право оперативного управления. Но можно ли в данном случае говорить об альтернативе? Здесь не место для анализа самого понятия права оперативного управления. По этому вопросу написано чрезвычайно много. Да и роль, отводимая сейчас этому праву (имущество, закрепленное за государственными учреждениями), не столь велика, какой была она до принятия Закона о собственности. Но тем не менее нельзя не отметить, что совсем недавно оценка права оперативного управления в юридической литературе была иной, признавалась необходимость его сохранения в обновленном виде для государственных предприятий.⁸ По всей видимости, и в настоящее время нельзя исключить это право у предприятий коллективных, частных. Все они осуществляют право собственности коллектива или граждан. Но правильнее считать, что у них может быть и право полного хозяйственного ведения.

Были обоснованные выступления против универсализации категории «право оперативного управления», за различные правовые формы

реализации отношений собственности⁹. Право оперативного управления – это производное право от права собственности. Сейчас такой вывод непосредственно вытекает из ст. 26 Закона о собственности, указывающей на то, что имущество, являющееся государственной собственностью, и закрепленное за учреждениями (организациями) находится в их оперативном управлении. Можно сказать, что «оперативное управление» и «право оперативного управления» не идентичные понятия, но ведь основа одна – производность и только управление. Вопрос упирается в то, что понимать под управлением. По смыслу ст. 26 Закона, наверное, только владение и пользование. Но все же, видимо, и какое-то распоряжение. Вряд ли последнее право принадлежит только тем учреждениям, которые могут осуществлять хозяйственную деятельность (п. 2 ст. 26). Кстати, не очень ясно, что означает «самостоятельное распоряжение» доходами и имуществом, приобретенных за их счет. Это, естественно, не собственность, и не полное хозяйственное ведение, а значит – все то же оперативное управление, но с расширенной формой, распоряжения. А может быть – это просто особое «право распоряжения»? Важно то, что имуществом, находящимся в оперативном управлении, субъект наделяется, что это право, его приобретение не зависят от выбора субъекта. А это означает отсутствие какой-либо альтернативы. Итак, право оперативного управления не может быть альтернативой праву собственности. Теперь необходимо обратиться к новому праву – праву полного хозяйственного ведения, введенного Законом о собственности и предусмотренного ст. 24 Закона. Можно ли считать его альтернативой праву собственности? Попробуем разобраться. Вроде ничего не изменяется: тоже имущество, являющееся государственной собственностью, то же закрепление за государственным предприятием, а значит – та же производность, тот же компонент права собственности государствам. Так и не так.

С появлением этой категории пытаются разобраться, что она из себя представляет, не является ли лишь перелицовкой права оперативного управления? Существуют высказывания о необходимости признания собственности госпредприятий¹⁰. Есть мнение о том, что предприятия выполняют функцию осуществления (реализации) права государственной собственности.¹¹ Этот вывод в полной мере относится к соотношению: коллективное предприятие – коллектив. Не все серьезно воспринимают указание ст. 24 Закона о собственности на то, что право полного хозяйственного ведения – это владение, пользование и распоряжение почти не ограниченное и тем самым приближенное к праву собственности, поэтому к нему применяются правила о праве собственности. Ведь ограничение есть – не противоречие закону, отсутствие исключений о применении норм о праве собственности. Изменена, конечно, формула дозволения и регулирования, но ведь и право оперативного управления применялось в рамках закона. И ведь, оно во многих случаях отождествлялось с правом собственности, которое тоже по тем же рамкам не может противоречить закону. Все дело в этих рамках. Каковы они? Не случайно указывалось на то, что можно просто-

расширить рамки права оперативного управления. Значит нужно опираться не только и не столько при раскрытии сути этой категории на расширение рамок распоряжения и пользования и даже не столько на радикальное изменение в планировании, новые условия хозяйствования (с учетом и рыночных отношений, что, конечно, важно), не столько на приравнение регулирования к праву собственности (что является естественным), сколько на наличие такого принципиального положения, как возможность выбора альтернатив. При праве оперативного управления это исключалось. Мы не имеем в виду возможности, установленные недавно действовавшим и действующим новым законодательством. (Закон о госпредприятии и дополнения к нему, законодательство об аренде), а также практикой последнего периода. Это фактически уже была реализация не отживающего права оперативного управления для госпредприятий, а утверждение нового права, нашего законодательное закрепление и носящее общее положение для всех видов собственности.

Итак, право полного хозяйственного ведения допускает альтернативы. Иными словами, возможен выбор госпредприятием, его трудовым коллективом другого пути управления закрепленным государством имущества другого имущественного (вещного) права. Речь идет о возможности выбора вместо права полного хозяйственного ведения госсобственностью коллективной собственности. Мы указывали уже на право создания арендного предприятия с возможностью его выкупа. Это касается и возможности избрания и других путей: кооперативного предприятия, акционерного и т. п. В ст. 5 Закона о предприятиях предусмотрено как общее положение создание предприятия и по решению трудового коллектива в случаях и в порядке, предусмотренном законодательством. Это относится к различным предприятиям коллективной собственности. Так, коллектив государственного предприятия может избрать путь расширения вкладов членов трудового коллектива с целью образования коллективного предприятия, выкупа государственного имущества. Возможна трансформация права полного хозяйственного ведения в право кооперативной собственности. На первых порах допустима аренда кооперативом имущества госпредприятия, в дальнейшем возможен его выкуп. Кооперативы могут создаваться не только в предприятии целиком, по и в отдельных подразделениях. Например, на Калининградском заводе ЖБИ-1 в одном из цехов был создан кооператив «Железобетон». Конечно, здесь возникает много сложностей, в том числе и правового характера: о сохранении трудовых отношений, о ситуации выкупа имущества цеха и т. п. Но исключить и такую альтернативу нельзя, хотя непосредственно из Закона о кооперации это не вытекает (может быть кооператив при предприятии), как не вытекает это прямо и из Закона о предприятиях.

В п. 3 ст. 15 Закона о собственности предусмотрено, что по совместному решению трудового коллектива и уполномоченного на это государственного органа в акционерное общество может быть преобразовано государственное предприятие. Для этого требуется выпуск акций на всю стоимость

имущества. Нельзя не заметить при этом, что держателем акций, причем наибольшего пакета, может быть государство. В настоящее время создан для этого Фонд государственного имущества СССР. Он будет и в союзных республиках. Но даже в этом случае акционерное предприятие будет не просто каким-то смешанным, собственником его должен считаться коллектив – акционерное общество, в котором в качестве члена коллектива выступает и государство.

Аналогичное положение и с приобретением акций гражданами, работающими в данном акционерном обществе. Они не становятся частными собственниками.¹² Конечно, Фонд как владелец акций выражает интересы государства, обеспечивает его имущественные права.¹³ В Положении об акционерном обществе 1927 г. признавалось, что смешанное акционерное общество не становилось государственным, а государственное акционерное общество подчинялось правилам Положения, правда, с некоторыми особенностями. В то же время оно признавалось государственным предприятием. Для этого все акции или не менее 2/3 должны были принадлежать государственным предприятиям или учреждениям.¹⁴ Наше законодательство об акциях и об акционерных обществах¹⁵ такой подход не предусматривает. Более того, оно признает собственником акционерное общество (ст. 15 Положения об акционерных обществах, ст. 15 Закона о собственности), предусматривает ограниченную ответственность (государство не отвечает по долгам общества), коллективное управление. Акции предприятий могут распространяться и среди кооперативов, добровольных обществ. Может, конечно, быть их распространение только Фонду гос. имущества и государственным предприятиям. Тогда возникает государственная коллективная собственность. Этот вид коллективной собственности следует специально предусмотреть в законе. Существует опасность, что и при создании акционерных обществ с участием различных акционеров, в том числе работников предприятий, не произойдет истинной приватизации, если у государства будет сохранен большой пакет акций.¹⁶ И хотя в таком случае собственность все же будет коллективной нужно установить ограничения для приобретения государством, его фондами и предприятиями пакетов акций.¹⁷

В соответствии с п. 3 ст. 14 Закона о собственности предприятия могут быть участниками хозяйственного общества и товарищества, а это не исключает возможности их реорганизации, полного включения в товарищество или в хозяйственное общество, а значит и изменения собственности.

Мы рассмотрели альтернативы права собственности через призму полного хозяйственного ведения. Но многообразие видов коллективной собственности говорит само за себя, свидетельствует о наличии различных альтернатив, о возможности выбора вида собственности, а значит и альтернативного приобретения права собственности. В ст. 31 Закона о предприятиях записано, что государство «обеспечивает предприятию

независимо от форм собственности равные правовые и экономические условия хозяйствования».

Особое место в проблеме альтернативности права собственности занимает собственность граждан. В прошлом – она ограничивалась, причем главным в этом ограничении был ее потребительский характер, использование объекта собственности исключительно для удовлетворения личных потребностей. Не будем касаться дискуссии о частной собственности, о том есть ли она по Закону о собственности, должна ли она быть.¹⁸ Нас интересует лишь вопрос о возможности разнообразного выбора, об ИСТИННОМ разнообразии, о праве на альтернативное решение гражданина в отношении собственности.

В республиканском законодательстве появляется ряд альтернатив в собственности граждан. Так, например называются виды: личная, индивидуальная, частная¹⁹ и другие. Существуют альтернативы и в Союзном Законе. Прежде всего следует ответить на вопрос: является ли альтернативой полному хозяйственному ведению право на приватизацию собственности, т. е. допустим ли свободный выбор в осуществлении имущественных прав на малые предприятия? Это связано с собственностью граждан. В ст. 2 (и. 3) Закона о предприятиях определяется, что законодательством устанавливаются признаки и условия создания малых предприятий, независимо от форм собственности. Значит указанная, альтернатива касается не только права полного хозяйственного ведения, но и права коллективной собственности. Если возникновение малого предприятия связано с выделением из состава действующего предприятия (организации) структурного подразделения (структурной единицы), что происходит по инициативе коллектива этого подразделения, то требуется согласие собственника имущества или уполномоченного им органа. Кстати, это касается не только создания малого предприятия для приватизации, но и для создания, например, кооперативного предприятия. Есть ли в этом случае альтернатива? Ведь выбор ограничен согласием. Но, во-первых, выбор в отношении выделения все же есть между вариантами, другое дело – насколько он свободен. Без выбора не может быть выделения, а значит есть альтернатива, хотя и не абсолютная. Можно ли оспорить отказ от согласия? Прямого указания нет. Можно оспорить отказ от выделения земельного участка, отказ от регистрации, но не отказ собственника (уполномоченного им органа). Правда, в соответствии со ст. 37 Закона о предприятиях реорганизация предприятия, в том числе разделение и выделение, преобразование производятся не только по решению собственника или уполномоченного им органа, но и по решению суда либо арбитража. Что это другой смысл, неточность нормы или возможность оспаривания отказа на согласие? Трудно сказать. Во всяком случае, гарантии должны быть, а значит и право на обращение в данном случае в суд. Но такой вывод допустим только в отношении решения трудового коллектива и то не структурного подразделения, а согласившегося с его просьбой общего собрания (конференции) трудового коллектива предприятия. Что же касается

именно приватизации малого предприятия, то говорить об альтернативе можно лишь в отношении решения трудового коллектива, но не в отношении отдельного лица или отдельных лиц. Они такое решение принимать не могут (речь не идет о постановке вопроса на приобретение) и оспорить отказ не вправе. Правда, возможен, например, вариант, когда небольшой коллектив малого предприятия (например, бытового обслуживания, торговли) решает создать на его базе не кооператив, не арендное предприятие, а приобрести его в долевую собственность в рамках трудового хозяйства. Вот в таком случае можно говорить об альтернативе права собственности существующего малого предприятия. В соответствии с принятым постановлением «О мерах по созданию и развитию малых предприятий» создаваемые предприятия «малого бизнеса» в, результате выделения из действующих предприятий не пользуются льготным налогообложением, на практике согласие на такое выделение дается лишь на нерентабельные производства, с закреплением невыгодных условий в учредительном договоре.²⁰ Вообще же правомерно говорить о том, что право на имущество малых предприятий, на сами эти предприятия должно строиться на альтернативной основе сохраняется право государственной собственности (с правом полного хозяйственного ведения этих предприятий), коллективная собственность и собственность трудового хозяйства (фактически – частная собственность). Как понимать последний вид собственности, что важно для альтернативного подхода? В ст. 8 Закона о собственности сказано о том, что малые предприятия а другое имущество могут находиться в собственности «членов семьи и других лиц, совместно ведущих трудовое хозяйство». Означает ли это, что собственником малого предприятия может быть один гражданин, только семья, семья и другие лица, другие лица без членов семьи? Могут ли трудовые хозяйства объединяться в кооператив, создавать объединения?

Индивидуальная собственность, безусловно, существует, гражданин может заниматься индивидуальной трудовой деятельностью, в соответствии со ст. 7 Закона о собственности иметь в собственности средства производства для ведения трудового хозяйства, по в этой статье в числе объектов права собственности граждан малые предприятия не названы. В ст. 8 Закона исключительно индивидуальная принадлежность трудового хозяйства, в объекте которого могут быть малые предприятия, не предусмотрена. И все же, видимо, нет препятствий для того, чтобы не только семья, по и отдельный гражданин был собственником малого предприятия. Разве что-либо принципиально изменяется, если собственником является не один из членов семьи, а, скажем, 2–3. Ведь в соответствии со ст. 4 Закона в помощь собственник вправе привлекать других граждан на договорных началах. Представляется, что в законодательстве союзных и автономных республик, в соответствии с и. 3 ст. 4 Закона, такой подвид трудового хозяйства, а значит и собственности может быть предусмотрен и являться альтернативой другим аналогичным видам. Особым подвидом может быть и семейное трудовое хозяйство – исключительно в составе членов семьи. Оно заменяет

индивидуальную трудовую деятельность, которую ведут члены семьи и создаваемую в результате такой деятельности собственность. Слово «индивидуальная» здесь вообще не подходило, хотя в литературе употребляется термин «индивидуально-семейные предприятия» в отличие от кооперативных.²¹ Может быть и семейный кооператив, но он приводит к созданию кооперативной собственности и строится на членских отношениях членов семьи. Несколько необычно, но- это так. Необычным может показаться и семейный подвид трудового хозяйства, поскольку имущество этого- хозяйства и произведенная продукция являются общей долевой собственностью. Эта необычность касается, конечно, супружеского трудового хозяйства, но ведь между супругами могут существовать обычные гражданские отношения (купли-продажи, дарения и т. п.). Члены трудового хозяйства—это не просто члены семьи, в том числе и супруги, а участники гражданско-правовых отношений, хозяйственных отношений. Кстати, договором члены семьи (и другие лица) могут установить иной вид общей собственности. И, наверное, супруги в договоре (как это не противоречит семейному законодательству и не звучит странно)²² определяют (хотя и не обязательно) создание общей совместной, а не долевой собственности. В этом случае из семейного подвида трудового хозяйства нужно будет выделить супружеский подвид. В Законе об индивидуальной трудовой деятельности предусмотрена такая деятельность с привлечением членов семьи. Остается ли она, даже при изменении названия? Выше мы сказали, что, видимо, нет. И все же над этим стоит подумать. Ведь есть разница между совместной деятельностью нескольких лиц (пусть и членов семьи) и их деятельностью в трудовом хозяйстве. Только во втором случае возможно приобретение в собственность малого предприятия. Подвидом трудового хозяйства должно быть признано хозяйство, объединяющее членов семьи и других лиц, подвидом может быть трудовое хозяйство, состоящее исключительно из других лиц, не связанных семейными отношениями. Например, группа лиц может иметь в собственности малое предприятие. Правда, есть мнение, что посторонние лица могут создать лишь коллективное предприятие. Но это спорно. Возможен вопрос а есть ли у этих подвидов особенности? Они, естественно, могут быть в обобщении имущества, в представительстве, в уровне договорной закреплённости отношений, в форме общей собственности, в ответственности (например, члены семьи могут отвечать друг за друга) и т. п. Вот сколько альтернатив. Наконец, трудовые хозяйства могут кооперироваться без создания кооператива. Это кооперация в широком смысле слова. Она очень перспективна и выступает как еще одна альтернатива собственности, поскольку при такой кооперации может возникать какая-то общая собственность.

Закон о собственности определил и создание крестьянского хозяйства (ст. 9). В этой правовой норме фактически выделены два вида собственности граждан в области сельскохозяйственного производства крестьянское хозяйство и личное подсобное хозяйство. Эти виды не совпадают друг с

другом, хотя по общему правилу в них обоих возникает общая совместная собственность, правда, законодательными актами республик такое общее правило может быть изменено. Крестьянское хозяйство—это, на наш взгляд, фермерское хозяйство, являющееся основным для крестьянской семьи и выступающее как альтернатива участию этой семьи в колхозном либо совхозном сельскохозяйственном производстве. Возможен, конечно, и вариант образования колхозов в виде кооперирования крестьянских хозяйств, делегирующих осуществление определенных функций колхозным службам.²³ В качестве альтернатив могут выступать и арендные отношения, и другие. Но вернемся к ст. 9 Закона о собственности. Мы понимаем дискуссионность запятой нами позиции, поскольку непосредственно из этой нормы не вытекает допустимость создания крестьянского хозяйства при сохранении членства семьи крестьянина в колхозе или его участия в другом сельскохозяйственном производстве. Но мы полагаем, что в таком случае либо форма участия должна быть именно в качестве крестьянского хозяйства, либо оно должно выступать как подсобное хозяйство, либо, наконец, должен быть его особый подвид, который закреплен в действующем гражданском законодательстве в виде «колхозного двора». В свое время мы поддерживали идею о преобразовании этого двора в единый вид семейно-трудовой собственности в сельском хозяйстве,²⁴ но это отнюдь не означает полного отождествления такой собственности с фермерской. Колхозный двор существующий или преобразованный требует определенной связи с колхозной (возможно и иной) формой сельскохозяйственного производства, т. е. является дополнительной деятельностью и не основным (во всяком случае не единственным) способом создания собственности граждан в сельской местности. Он обладает большой спецификой, особым порядком, установленным в гражданском законодательстве. Не все нормы, регулирующие отношения в колхозном дворе, применимы к фермерскому хозяйству, в котором осуществляется основное, а не дополнительное сельскохозяйственное производство на земле, передаваемой в пожизненное наследуемое владение (в аренду, пользование, в частную собственность). Так, например, деление хозяйства может привести к прекращению его существования, ибо одно дело экономика основного производства, другое дело побочное хозяйство в виде колхозного двора. Владение землей предоставляется не двору-хозяйству, а персонально хозяину-фермеру.

Очень важным аспектом участия гражданина в создании его собственности является предоставляемая Законом о собственности возможность для него внесения денежного или иного вклада в имущество предприятия, организации, в трудовое или крестьянское хозяйство – туда, где работает этот гражданин в соответствии с трудовым договором. Его вклад может принести прибыль, т. е. его собственность возрасти (п., 3 ст. 6 Закона). О возможности избрания такого пути для создания собственности гражданина указано п. в н. 2 ст. 12 Закона (собственность коллективного предприятия), а в ст. 15 указано и о другом пути – приобретение акций. В ст. 25 Закона прямо указано о собственности членов трудового коллектива

государственного предприятия, создаваемой за счет части прибыли предприятия, которая и составляет их вклад. Это принципиальная новелла, радикально повышающая заинтересованность работника в результатах деятельности предприятия. Это еще одна альтернатива в праве собственности. Кстати, по смыслу ст. 25 Закона, поскольку часть прибыли предприятие поступает в распоряжение трудового коллектива и не вся передается работникам, собственником (как это не пытались избежать в Законе) становится трудовой коллектив. Нельзя не заметить, что и в ст. 12 говорится о переходе всего имущества государственного предприятия в собственность трудового коллектива. Нужно еще раз сказать, что коль скоро утверждается коллективная собственность в ее различных видах, то собственником должен признаваться коллектив (трудовой, кооперативный и т. п.), а создаваемые коллективом предприятия должны выступать как субъекты реализации права собственности. Возможно члены коллектива только создатели предприятия (организации) –собственника, но ведь вклады именно этих членов, имущество принадлежит объединенному коллективу. При этом очевидно то, что коллектив и предприятие (организация) понятия не тождественные.²⁵ И вот еще о чем нельзя не сказать: отдельные работники предприятия – собственники вкладов существуют не сами по себе, а составляют единый коллектив – собственников. Поэтому даже, если ориентироваться на п. 3 ст. 21 Закона о предприятиях, в котором говорится о том, что часть чистой прибыли передается в собственность членов трудового коллектива предприятия, нельзя это понимать исключительно персонифицировано члены коллектива – это индивиды и коллектив. Недостаточно убедительно выглядит утверждение о частно-коллективном характере этой собственности, коль скоро существуют вклад или пай, которые можно изъять.²⁶ Коллективная собственность– это собственность на основные производственные фонды, а истребование пая или вклада вытекает из обязательственного права. Ошибочно признание гражданина – собственника малого предприятия (не самого предприятия, а именно его) юридическим лицом.

Итак, собственность граждан, трудовых коллективов, юридических лиц альтернативна. Возможен выбор ее различных видов и подвидов, причем именно в этой альтернативности видится перспектива развития экономики, решения многих экономических и социальных проблем. Без такой альтернативности немыслим был бы переход к рынку. Плюралистическая экономическая система обусловлена многообразием форм собственности.²⁷ Первостепенным является испытание и поиск всех возможных форм, позволяющих наилучшим образом сочетать личные, коллективные и государственные интересы.²⁸

Глава 10.

АЛЬТЕРНАТИВЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ

Способы обеспечения исполнения обязательств известны. Они перечислены в ст. 35 Основ гражданского законодательства, в гл. 17 ГК РСФСР (ст. ст. 186–210), в гл. 18 ГК ТаджССР (ст. ст. 204–222): неустойка, задаток, залог, поручительство, гарантия. Их назначение – прежде всего стимулирование соблюдения договорной дисциплины. В современных условиях следует расширить обеспечительную направленность правовых средств. Как правило, кроме определенных ограничений, о которых будет сказано ниже, выбор указанных средств обеспечения альтернативен и определяется сторонами в договоре.

Положения отдельных договоров, практика, продиктованная насущной необходимостью, пошли дальше положений Основ и ГК по пути расширения обеспечительных средств. Это нашло отражение и в юридической литературе. Прежде всего возник вопрос о допустимости и правильности противопоставления (в смысле обеспечения исполнения обязательств) неустойки всему арсеналу форм юридической ответственности и вообще этому правовому институту как таковому. И ранее понимали под способом обеспечения, который назывался «неустойка», также взыскание убытков, т. е. и другие формы ответственности.¹ Ответственность называют средством, направленным на обеспечение соответствия реального поведения правам и обязанностям. При этом отрицается включение в ответственность последствий, заключающихся в принуждении к исполнению обязанностей, поскольку государственное принуждение направлено только на обеспечение существующей обязанности. Такое принуждение не отрицается, но отрицается его понимание как ответственности. При этом полагают, что применение мер ответственности необходимо лишь тогда, когда восстановление нарушенного положения в натуре невозможно, поэтому права и обязанности сторон должны быть изменены с целью достижения предусмотренного при возникновении правоотношения результата и возмещения ущерба. Установление неустойки или взыскания убытков при неисполнении договорного обязательства направлено на достижение результата и возмещение ущерба неисправным исполнителем. Таким образом, ответственность имеет целью обеспечение приведения реального поведения в соответствие с установленной моделью правоотношения.² Из этого высказывания следует вывод о том, что ответственность, в том числе и в форме взыскания убытков, трактуется в качестве обеспечительного средства, стимула к надлежащему исполнению договоров.³ Понимание ответственности как последствия правонарушения не исключает ее направленности на достижение результата в будущем. Но цель ответственности прежде всего в угрозе ее применения, что как раз и должно обеспечивать достижение конечного результата. Если же угроза не

сработала, то ответственность уже направлена на компенсацию, а не на достижение конечного результата, который не достигнут, хотя договорные отношения обычно на этом не заканчиваются и восполнение с применением ответственности будет.

Средства обеспечения реализации нрав и юридических обязанностей разделяются на различные группы. В число этих групп включаются средства защиты гражданских прав (признание прав, восстановление положения, пресечение нарушения права, принуждение к исполнению в натуре, прекращение или изменение правоотношения). При этом, со ссылкой на установление этих мер в ст. 6 Основ гражданского законодательства, исключается из этой статьи взыскание убытков и неустойки. Но зато относятся к таким средствам виндикационное требование, исправление недостатков, уменьшение вознаграждения, возмещение расходов, замена вещи и т. п.⁴, т. е. и некоторые меры оперативного характера. Конечно, здесь речь идет не об исполнении обязательств, а шире – о реализации прав и обязанностей, о средствах правового обеспечения. Но если говорить об обязанности, то ее реализация заключается именно в исполнении.

В отдельную группу средств обеспечения включаются меры имущественной ответственности. К ним относят возмещение убытков, неустойку, меры конфискационного характера (безвозмездное изъятие имущества и денег в доход государства) и некоторые нетипичные меры ответственности (проценты за пользование чужими средствами, двойная стоимость использованного для своих нужд транспортной организацией груза и т. и.). При этом исключается неустойка из группы мер обеспечения обязательства, предусмотренной ст. 35 Основ гражданского законодательства, называемой группой «специальных средств обеспечения».

Нередко меры оперативного воздействия относят к способам реагирования на нарушения обязательств. Но правильно утверждается то, что они направлены на восстановление положения, не пресечение нарушения.⁵ По шагают, что эти меры направлены на гарантию надлежащего исполнения обязательств.⁶ Несомненно, велика обеспечительная функция оперативных мер и прежде всего не как «способа реагирования на уже совершенное нарушение», а как превентивной меры, позволяющей предупредить неисправность исполнения. Нельзя не сказать и о высоком уровне их альтернативности, поскольку они применяются в одностороннем порядке по усмотрению кредитора, хотя нередко и в пределах предоставленных вариантов. В то же время нельзя, на наш взгляд, исключить в некоторых случаях оперативные меры из мер ответственности, о чем будет сказано ниже.

Правильно отмечается то, что не все меры гражданско-правовой охраны должны трактоваться через категорию ответственности, что существуют особые формы правового понуждения, отличающиеся от государственного принуждения, и что предусмотренный в ст. 6 Основ перечень форм защиты превосходит совокупность мер ответственности. Кстати, оперативные меры в данном случае относят к обеспечительным. Справедливо обращается

внимание на перспективу широкого их использования. При этом и принудительное реальное исполнение обязанности признается способом обеспечения исполнения обязательств.⁷ Правильно отмечается то, что реальное исполнение обязательств должно быть обеспечено возможностью исполнения договора в натуре. Этот принцип закреплен в ст. 36 Основ гражданского законодательства, которая указывает на необходимость такого исполнения, независимо от взыскания неустойки и возмещения убытков.⁸ Несомненно правильно то, что вопрос об исполнении в натуре имеет первостепенное значение ибо восстановление нарушения связано с осуществлением принципа реального исполнения, но там, где субъективные права не могут быть восстановлены, действуют меры защиты также в виде реализации специальных обеспечительных средств, к которым обычно относят неустойку. Обеспечение исполнения наилучшим образом может быть реализовано путем принудительного изъятия неисполненного на основании решения арбитража. Угроза такого изъятия должна способствовать экономии материальных средств.⁹ Конечно, перспектива изъятия в натуре обеспечивает исполнение со стороны должника (побуждает к исполнению). По всей видимости, меры обеспечения исполнения в натуре, учитывая их важность, должны быть выделены в самостоятельный вид обеспечительных мер.

Оперативные санкции отделяют от гражданско-правовой ответственности, считая, что они зачастую выступают лишь как меры организационного порядка.¹⁰ Очевидно, что оперативные меры обеспечивают (стимулируют) исполнение именно гражданско-правовых обязательств. Они включаются в гражданско-правовое принуждение, которое как таковое выступает обеспечительным средством.¹¹ Главное – их обеспечительная роль. Поскольку не все такие санкции достаточно эффективны в плане их превенции, обеспечения, нужны дополнительные меры применения таких санкций, более широкий выбор их применения. Следует сказать, что оперативные меры не всегда стимулируют исполнение со стороны должника, особенно с учетом того, что многие из них применяются независимо от его вины. Но, как это не парадоксально, они не лишены в связи с этим обеспечительной функции и во многих случаях направлены на обеспечение надлежащего исполнения. Это означает необходимость признания оперативных мер в качестве способов обеспечения исполнения обязательств, как мер защиты. Эти меры с учетом высокого уровня их альтернативности имеют безусловную перспективу, особенно? в хозяйственных отношениях, в условиях рыночных отношений, измененного подхода к ответственности. В качестве примера можно указать на право одностороннего расторжения договора при неоднократной поставке- продукции низкого качества.

Способы обеспечения надлежащего исполнения разбивают па две группы: 1) общего обеспечительного характера и 2) специального (специфического) характера. Полагаем, что в первую группу не следовало относить нормы, договор. Речь идет об обеспечении исполнения договора способами, закрепленными в нормах, определяющими порядок, механизм

обеспечения. Зачем же в качестве способа называть сами нормы и договор? К таким средствам относится ответственность, которая стимулирует исполнение обязательств, но ответственность без неустойки.¹² Неустойка относится к специальным способам. Интересно, что это аргументируется ссылкой на правовые нормы, на ст. 36 Основ (главу 19 ГК РСФСР, гл. 16 ГК. ТаджССР). Но ведь в этих нормах в качестве форм ответственности указываются не-только убытки, но и неустойка, хотя, к сожалению, и не очень четко. Так, об этом говорится в п. п. 2 и 3 ст. 36 Основ. О неустойке идет речь в ст. 219 ГК РСФСР (ст. 187 ГК ТаджССР), а также в многочисленных других нормах ГК. и иных нормативных актов, в которых предусматривается ответственность за нарушение конкретных договорных обязательств. Итак, в качестве обеспечительного средства исполнения договорных обязательств выступает не только неустойка, а ответственность в целом. Действительно, разве возможность возмещения убытков не стимулирует исполнение, не обеспечивает его, как и тех потерь, которые могут произойти в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения?

Особую стимулирующую силу ответственности в новых условиях хозяйствования придает ее связь с результатом хозяйственной деятельности, с поощрительными фондами.

В положениях о поставках 1988 г. предусмотрена такая мера, как снижение на 50% санкций при восполнении! недопоставки в следующих периодах. Это весьма стимулирующая мера.

Пока еще по разным причинам в большинстве случаев ответственность за нарушение хозяйственных договоров не используется, поэтому угроза ее применения как средства обеспечения исполнения обязательств весьма эфемерна. Конечно, стимулом применения ответственности станет экономический стимул. Но несомненно, поощрительные меры являются серьезным и весьма перспективным способом, наряду с ответственностью, обеспечения исполнения обязательств. В свое время указывалось на то, что обычно обращалось внимание на меры принуждения, на традиционные способы обеспечения обязательств, а следует обратить внимание и на меры поощрения, которые не только установлены в отдельных нормах, но и должны устанавливаться в договорах.¹³ Справедливо обращалось внимание на то, что следует критически оценить знакомые средства укрепления договорной дисциплины, так как количество нарушений снижается слишком медленно. Важную роль должны играть меры позитивного стимулирования, т. е. перспектива получения определенных благ. Настало время уделить внимание этим мерам, ибо в них большой заряд предупреждения, стимулирования достижения желаемого результата. Это надбавки за Знак качества, за новинки (со знаком «Н»), премиальные средства, надбавки за сверхплановую сельхозпродукцию и т. д.¹⁴ Несомненно, позитивные меры должны расширяться. В то же время цена представляется самостоятельным средством обеспечения надлежащего исполнения, ибо она может носить позитивный и негативный характер. Так, например, поощряется более

высокой ценой поставка товаров улучшенного качества, вполне допустима надбавка к цене при установлении более продолжительных гарантийных сроков. Представляется возможность установления договорной – повышенной цены за особо модные товары, на новые товары улучшенного качества. Но устанавливается и возможность снижения цены на договорных началах при несоответствии товаров требованиям по качеству. Снижение цены предусматривается и при сдаче недоброкачественной продукции по договору контрактации.

В условиях рынка цена выступает как очень действенное средство обеспечения надлежащего исполнения договора, уровня продукции.

Определяется возможность за ускорение работ устанавливать повышенную договорную цену в целях повышения экономической заинтересованности участников инвестиционного процесса, для обеспечения надлежащего, исполнения обязательств. Представляется, что цена в позитивном и негативном планах является весьма-перспективным обеспечительным средством. Она не укладывается ни в ответственность, ни в поощрительные меры, ни в оперативные, ибо часто определяется обоюдным решением. Это относится и к уценке в результате снижения качества, поскольку она не является убытком. Последний может возникнуть в случае уплаты полной стоимости товара (продукции), по это уже другое дело. Такая же самостоятельная обеспечительная роль позитивно-негативного характера отведена кредиту. Направленность его обеспечительной функции относится не только к исполнению договорных отношений с банком, но и к другим договорам. Так, например, негативное действие кредитования проявляется при просрочке в погашении краткосрочной ссуды–новые краткосрочные ссуды, как правило, не представляются. Меры кредитного воздействия (перевод на особый режим кредитования, повышение размера процентов за кредит» прекращение отдельных видов кредитования; кроме этого в дальнейшем прекращение кредитов, досрочное взыскание ссуд) применяются к плохо работающим предприятиям, т. е. к тем, которые не обеспечивают исполнение хозяйственных договоров, выпускают недоброкачественную продукцию. Хорошо работающим предприятиям предоставляются льготы по ссудам при временных затруднениях. При досрочном выполнении обязательств по строительству снижаются ставки за кредит. Происходит радикальная перестройка в кредитовании, она несомненно должна коснуться и более тесной связи с дифференциацией кредитования, и с большим учетом хозяйственных интересов банка, поскольку предприятия пользуются банковским кредитом на договорной основе. А это означает увеличение влияния кредитования на исполнение договоров, т. е. обеспечительной функции кредитования. Должны быть расширены ограничения в выдаче кредита, например, при поставке продукции неплатежеспособным получателям, при создании избыточных запасов. В качестве позитивной меры помимо льготных процентов ныне предприятие может поставлять продукцию, выполнять работы, оказывать услуги в кредит с уплатой за это процентов, с правом применять векселя (п. 5 ст. 27 Закона о предприятиях).

Ставится вопрос и о введении коммерческого кредитования, что могло бы способствовать конкуренции в условиях рынка. В отдельных случаях, например, при переводе на особый режим кредитования, кредитование производится под гарантию вышестоящего органа. Гарантия является традиционным обеспечительным средством, предусмотренным в ст. 35 Основ. Конечно, гарантия имеющего средства вышестоящего органа повышает обеспечение исполнения в части возврата ссуды. Но самого исполнителя она непосредственно не стимулирует. Представляется, что в перспективе этот обеспечительный способ должен применяться в исключительных случаях, которые должны быть оговорены.

Традиционным способом обеспечения исполнения является задаток. Им обеспечиваются обязательства с участием граждан (ст. 35 Основ, ст. 186 ГК РСФСР и ст. 221 ГК ТаджССР). В 1930 г. кредитной реформой было запрещено авансирование одним предприятием другого. Поскольку задаток основывается на авансировании, хотя и носит штрафной характер, законодательством он из отношений между юридическими лицами исключен. Правда, в отдельных случаях авансы между предприятиями и организациями допускались. В настоящее время значительно расширены права предприятий. П. 4 ст. 10 Закона о предприятиях разрешается передача имущества займа. В то же время вряд ли будет оправданным установление возможности так называемого отступного за сумму задатка. Правильно указывается на то, что отступное не обеспечивает, а ослабляет обязательство, хотя, как указано, в отношениях по поставке установлена возможность отказа от исполнения с условием возмещения убытков. Если в условиях рынка и примата экономических стимулов такое положение признать возможным, то его нельзя отнести к средству обеспечения исполнения. В качестве способов обеспечения обязательств довольно широко применяется залог. По всей вероятности, в перспективе он будет расширяться как связи с расширением банковской системы, так и в связи с укреплением хозрасчета, развития рыночных отношений, требующих гарантированности, необходимости максимального обеспечения договорных обязательств, элиминирования коммерческого риска. Устанавливается обращение в бюджет выручки на покрытие ссуды, обеспеченной залогом. Но в большинстве случаев залог лишь даст приоритетное право на взыскание задолженности из стоимости заложенного имущества по решению правоохранительных органов. Представляется, что гарантии залогодержателя должны быть усилены. Нередко имущество, не переданное в соответствии с договором в сферу залогодержателя, отчуждается должником добросовестному приобретателю. В этом случае залогодержатель права на истребование имущества от приобретателя не имеет, а с залогодателя вправе получать сумму в общем порядке, т. е. без всяких привилегий. Можно было бы считать выбытие в соответствии со ст. 152 ГК РСФСР (ст. 135 ГК ТаджССР) помимо воли залогодержателя, по, во-первых, в этой статье идет речь о выбытии из владения собственника, а во-вторых, был бы ущемлен добросовестный приобретатель. Но ведь оказывается в привилегированном положении

незаконным образом получивший стоимость имущества залогодатель. Справедливо предоставить залогодержателю преимущественное право на взыскание стоимости имущества с залогодателя. Можно бы допустить обращение взыскания на имущество, переданное залогодателю, во всех случаях без обращения к правоохранительным органам. Это ускорило и упростило бы реализацию права. Способом обеспечения является поручительство. Сфера его применения с участием граждан должна, по всей видимости, расширяться за счет поручительства при кредите, в том числе и приобретении товаров в кредит. Новое развитие получает поручительство в связи с расширением прав структурных подразделений предприятий, что должно быть определено в уставах предприятий. Поскольку наделение имуществом и предоставление права на самостоятельное участие в обороте может предоставляться объединениями и предприятиями ограничение в сроках действия поручительства должно не применяться. Возможно установление не солидарной, а субсидиарной (дополнительной) ответственности поручителя. Требование прежде всего должно быть реализовано с должника – нарушителя, что стимулировало бы его к исполнению. Кстати, обязанность покупателя по договору поставки, не являющегося плательщиком, оплатить задолженность (и даже штраф) может возникнуть лишь при отказе плательщика от оплаты или при просрочке оплаты сверх установленного срока. Оплате отводится особая роль. Например, предусмотрена неоплата при нарушении квартальных планов по технологическим этапам и комплексам выполненных работ до восполнения отставания по договору подряда на капитальное строительство. Сюда же можно, наверное, отнести и изменение форм расчетов, перевод на предварительную оплату, отказ от оплаты при получении недоброкачественной продукции и т. п. Обеспечительным средством признается и порядок исполнения, т. е. установление связи реализации права с исполнением обязанности, в том числе и в отношении расчетов.¹⁵ Как видим, палитра способов обеспечения обязательств чрезвычайно разнообразна. Существует и перспектива их расширения, что очень важно в условиях рыночной экономики. При этом нельзя не отметить, что в этих условиях новые обеспечительные меры должны включаться в максимально разрегулированные договорные отношения. Обеспеченность исполнением норм – это свойство права, а в совокупности обеспечительных средств проявляется тенденция его развития.¹⁶ Принципиально важным в использовании института обеспечения является утверждение свободы выбора средств обеспечения, сокращение ограничения круга установленных мер, нормативное и договорное расширение как альтернативы, так и совокупности применения обеспечительных средств.

Глава II. АЛЬТЕРНАТИВЫ ДОГОВОРА

Рыночные отношения немыслимы без свободы выбора партнеров и характера договорных связей. Но и до перехода к рынку эта свобода, т. е. наличие альтернатив пробивала себе дорогу, правда, как правило, в нормах, а не на практике.

В правовой и экономической литературе признавалось значение на современном этапе развития хозяйственных связей, усиление их динамичности, базирующейся на расширении хозяйственной самостоятельности и инициативы предприятий. Подчеркивалось то, что хозяйственные связи направлены на совершенствование хозяйственного механизма, кооперации производства. Оптимальность хозяйственных связей должна учитывать многие факторы условия производства и потребления, тенденции их изменения, транспортировку, использование мощностей, рациональное распределение ресурсов.

Если обратиться к отношениям по поставкам, то хозяйственные связи различаются на внутриотраслевые и межотраслевые в зависимости от территории; по времени – краткосрочные и долгосрочные на транзитные и поставку с баз (по способу доставки) с участием и без участия в расчетах снабженческо-сбытовых организаций. Хозяйственные связи классифицируются и по управлению ими. Связи подразделяются и по выделению в них экономической, правовой и организационной сторон¹. Часто эти связи подразделяют на прямые и посреднические². Особое значение приобретают прямые длительные хозяйственные связи, важной характеристикой которых выступает согласование номенклатуры (ассортимента) поставляемой продукции непосредственно между предприятиями при заключении договоров, организация сотрудничества. Очень важно то, что длительность хозяйственных связей определяется альтернативно самими предприятиями при установлении договорных отношений³. Это же относится к транзитным поставкам и ко многим другим связям. Конечно, альтернативный выбор связей должен ориентироваться на экономическую необходимость, на наибольшую оптимальность. Косвенные связи, т. е. связи через посредническую инстанцию – оптовую базу могут быть необходимыми, когда имеется много мелких потребителей или большое число мелких ассортиментных объемов, а значит необходима подсортировка, но при этом проявляется такой существенный недостаток, как отсутствие непосредственных хозяйственных контактов производителей и потребителей. Смешанные хозяйственные связи свидетельствуют не о различии договорной структуры, а о различии контактов между субъектами хозяйственных отношений при заключении договора: наряду с участием посреднических организаций происходят контакты между предприятиями по согласованию конкретных условий договора. Наконец, при прямых связях участие посредника исключается. Прямые связи могут быть кооперированные и некооперированные, а при системе прямых связей – и сложная хозяйственная

связь. Правильно различают хозяйственные связи и договорные связи. Это не одно и то же, но правильно и то, что в реальной жизни договорные и хозяйственные связи неразрывны⁴. Не случайно употребляется понятие «договорно-хозяйственные связи»⁵. В широком плане можно рассматривать систему, включающую и договорные связи (форму договоров). В таком плане мы и рассматриваем данную проблему, не акцентируя внимания на различиях, ибо нас в данном случае интересует только альтернативность. Конечно,, понятие «прямой договор» и «прямая договорная связь» не всегда одно и то же. И оптовое звено заключает прямой договор, но если говорить о связи изготовителя и потребителя, то она в данном случае не прямая. Правильно обращено внимание на ошибочность выделения посреднического договора поставки⁶. И все же и такая классификация возможна, если ориентироваться на порядок организации договорных отношений. Прямые связи способствуют проявлению коммерческой инициативы. Они не всегда оптимальны, но там, где нет надобности в концентрации продукции, целесообразны именно прямые связи. Такие связи, тем более, если они носят длительный характер устанавливают реальный контакт потребителя и поставщика, дают возможность изучить потребности, сопоставить особенности производства и потребления⁷. Мы не касаемся здесь вопроса посредничества в организации поисков партнеров и заключения договоров.

Может возникнуть вопрос и об оптимальности длительных хозяйственных связей, многолетнего договора. Такой договор заключается не только при поставке, но и при капитальном строительстве. Долгосрочный договор таит в себе возможности, которые отсутствуют в годовом договоре. Это относится не только к стабильности отношений, но и к освоению новой номенклатуры, совершенствованию продукции, повышению ее качества, снижению материалоемкости и т. и. Но эти возможности не всегда используются и, более того, нередко отношения сторон регулируются в таком договоре абстрактно, расплывчато. В условиях рынка, необходимости поисков оптимальных вариантов, широкого поля деятельности малых предприятий, динамичности рыночных отношений вряд ли целесообразно во всех случаях отдавать приоритет длительным хозяйственным связям. Должно быть сочетание разнообразных связей. Стороны вправе продлить действие ранее заключенного договора – пролонгировать договор, т. е. превратить его в долгосрочный. Вряд ли, однако, оправданно восхваление такого порядка трансформирования договора, поскольку в этом случае сокращаются возможности учета возникшей необходимости корректировки договора. Тем не менее для сторон существует альтернатива между заключением нового договора и пролонгацией договора, действовавшего в предыдущий период. Среди ученых-юристов (мы уже останавливались на этом вопросе) нет единого подхода к признанию договорной природы принятия нарядов к исполнению, что было достаточно распространено и нормативно закреплено в прошлом. Ведь предложение о заключении договора не исходило в этом случае от стороны. Поэтому и считалось, что предложение исходит от обеих сторон и проявляется в их молчании. Отсюда и отрицание в таком случае

возникновения обязательственного правоотношения из договора⁸. И вес же правильно то, что молчание означало согласие контрагентов на заключение договора в такой форме. Ведь суть договора в соглашении, а оно проявляется именно так и в отношении установления хозяйственной связи, и в отношении условий ее осуществления. При этом стороны были свободны в своем выборе, ибо могли не промолчать, а потребовать в соответствии с нарядом заключения договора. Это требование одной стороны было обязательно для другой. Значит существовал альтернативный, подход.

С точки зрения этого подхода обратимся к порядку заключения договоров, определяемому правовыми актами, регулирующими отдельные хозяйственные отношения. Прежде всего—договор поставки. Переход к рыночным отношениям, демонополизация производства,, введение антимонопольного законодательства радикальным образом изменяют подход к вопросу о свободе. договора, о свободе выбора альтернатив, особенно' в отношении договоров с малыми предприятиями. Но уже на пороге рыночных отношений взят был курс на. оптовую торговлю как форму отношений по поставке. Приобретающие продукцию без лимитов и фондов в порядке оптовой торговли – не связаны с обязательным прикреплением, свободны в выборе партнеров. Именно в этом случае получает наиболее яркое выражение альтернативный принцип в возникновении договорной связи, договорных отношений. В п. 4 Положения о поставках продукции производственно-технического назначения 1988 г. указывается, что потребителю предоставляется право не только выбора поставщика, но и формы доставки (изготовителем или через, организацию материально-технического снабжения). При этом должны учитываться грузопотоки, минимальные нормы отгрузки, рациональность территориально-производственной кооперации. В частности предусмотрено, что, как правило, при незначительности объема (ниже минимальной нормы) договоры должны заключаться с организацией материально-технического снабжения. Значит только это требование может ограничить выбор альтернатив со стороны потребителя. В прошлом (например, в Положении 1969 г. такое ограничение было шире). Правда, и в Положениях 1988 г. предусмотрены Примерные договоры, отражающие специфику хозяйственных связей, но при этом указано, что стороны этими рекомендациями лишь вправе руководствоваться. Альтернативный подход для потребителя в этих случаях безусловен. Такие же широкие возможности (кроме установленных ограничений на отдельные виды продукции) предусмотрен в п. 6 этих Положений в отношении права выбора альтернатив для изготовителей, реализующих даже распределяемую продукцию, если выполнены договорные обязательства а нее, а также продукцию, от которой отказались контрагенты, заключившие договоры. Возникает вопрос действует ли альтернативный подход в выборе партнера при оптовой торговле не только в отношении потребителя, но и изготовителя. В прошлом существовал принцип односторонней обязательности, т. е. обязательности для изготовителя (поставщика) заключения договора при наличии длительных

хозяйственных связей⁹. В этом случае возможно было обращение в арбитраж с требованием о понуждении к заключению договора, тогда как в остальных случаях заключения договоров, не основанных на обязательном плановом задании, обе стороны были свободны в заключении договора и гражданско-правовая обязанность его заключения отсутствовала¹⁰. В Положениях о поставках продукции 1988 г. этот принцип сохранен в отношении поставок по безлимитному заказу продукции, не распределяемой централизованно и выделенной для реализации в порядке оптовой торговли. Значит для изготовителя и поставщика альтернативы выбора ограничены, по такое ограничение в противоположных случаях существует и для потребителя: при отсутствии длительных хозяйственных связей (не менее 2 лет) изготовитель может дать отказ на заключение договора, обоснованность которого, правда, могут проверить совместно вышестоящие органы сторон. Иное положение в отношении альтернативного подхода к заключению договоров при поставке продукции по лимитам (фондам). Здесь происходит прикрепление, ограничение госзаказами, лимитами и даже устанавливаемой формой договоров. Так, например, в п. 13 Положения предусмотрено установление в соответствии с лимитами, выделенными потребителю, прямых длительных хозяйственных связей. Краткосрочные договоры заключаются на основе заказов потребителей (п. 14). Конечно, возможен отказ изготовителя от прямых длительных хозяйственных связей (если нет специального акта об их сохранении в связи с чрезвычайной ситуацией, как это произведено с целью стабилизации экономики по Указу Президента СССР от 27 сентября 1990 г.), отказ потребителя от продукции, оспаривание госзаказа, освобождение части продукции от госзаказа. Но все же в данном случае альтернативного подхода в принципе нет. В большей мере можно говорить о наличии альтернативы (заключить или нет договор, заключить его полностью или частично) в отношении покупателя, поскольку п. 16 Положения ему предоставлено такое право без указания причин и мотивов для отказа. Но и поставщик, не прикрепленный при отказе к другому покупателю, вправе свободно реализовать продукцию. В условиях рынка, на наш взгляд, следует более решительно отказываться от лимитированной и госзаказной поставки, а использовать налоговые, кредитные и другие стимулы для направления хозяйственных связей в необходимое русло. Вряд ли правильно предусматривать, а не рекомендовать и стимулировать (это может и контрагент, заинтересованный в стабильности отношений, в том числе и путем взыскания убытков, если произошло приспособление к требованиям прежнего договора оборудования) установление конкретного вида договорной связи.

Иное положение существует в отношении формы договоров. В п. 18 установлен альтернативный подход: договор может быть заключен в виде подписания одного документа, путем принятия заказа покупателя к исполнителю, путем обмена письмами, телеграммами, телетайнограммами, телефонограммами, радиogramмами. Он заключается на 5 лет, на год или иной период. Нам думается, что именно так – альтернативно должен

решаться данный вопрос, поэтому установление в п. 13 и в п. 14 конкретного вида договоров, о чем сказано выше, находится в противоречии с данным пунктом, который устанавливает альтернативную возможность (не ограничивая ее) для сторон по их обоюдному согласию. Кстати, приобретение силы договора заказом аналогично порядку, который был установлен в отношении наряда, вряд ли спорно, хотя есть принципиальная разница: заказ представляет контрагент, этот заказ выступает как оферта.

В п. п. 23 и 24 Положения предусмотрены еще две альтернативы в заключении договора: на оптовых ярмарках (если они, конечно, организуются) и право на пролонгацию договора. Нельзя исключить и возможности новации договора, т. е. продления его срока с обновлением, и заключения договоров с участием дольщиков. В прошлом право привлекать к договору дольщиков предусматривалось в положениях (например, в п. 18 Положения 1969 г.). Долевой договор находится вне классификации договорных связей и должен рассматриваться как дополнительная форма, которая должна расширяться. Спорным является вопрос о возможности заключения долевых договоров контракта. Отсутствие запрета означает возможность заключения и таких договоров п. Это лишь подтверждает возможность такой альтернативы и в договоре поставки.

Много общего в альтернативности подхода при заключении договоров на продукцию и при заключении договоров на товары. Но есть и различия. Так, в п. 7 Положения о поставке товаров сказано о том, что основной способ формирования хозяйственных связей – свободная продажа товаров на оптовых ярмарках. В п. 9 указывается на то, что потребителю предоставляется право выбора поставщика (изготовителя) и формы доставки с учетом тех же моментов, что и при поставке продукции. А вот в отношении установления прямых длительных и длительных хозяйственных связей предусмотрена не обязанность, а возможность по усмотрению сторон (п. 10), т. е. альтернативный подход. Правда, покупатели (потребители) имеют преимущественное право, на сохранение и расширение таких связей. Это означает, что изготовитель (поставщик) не должен уклоняться от сложившихся таких связей, как, впрочем, и вообще от соблюдения сложившихся хозяйственных связей (в течение не менее 2 лет) с данным покупателем. Есть приоритет покупателя и в отношении заказа, представленного по профилю изготовителя и своевременно. А вот включение в и. 11 Положения указания на то, что хозяйственные краткосрочные связи устанавливаются на основании решений органов, участвующих в формировании хозяйственных связей, – вызывает недоумение. Это должно быть правом сторон, ну хотя бы в виде односторонней альтернативы покупателя (это указано в п. 11, но как вариант). Покупатель вправе требовать заключения договора от поставщика при наличии государственного заказа. В новых Положениях о поставках отсутствует возможность заключения такого вида договоров как долгосрочные договоры на организацию материально-технического снабжения, как это было в Положении о поставках продукции 1981 г. И хотя такой договор

организационного характера, но, видимо, возможность дополнительных услуг не должна исключаться из альтернатив.

С точки зрения договорной альтернативы представляет интерес п. 2 Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций: при экспорте отношения оформляются, как правило, договором комиссии, если стороны не договорились о применении договора поставки. Значит есть выбор сторон даже в вопросе самого типа договоров.

Существуют некоторые альтернативы и при заключении договоров подряда на капитальное строительство. Так, например, заключение договоров субподряда – это право генерального подрядчика. По договоренности сторон заказчик может заключить договоры непосредственно со специализированными строительными организациями на монтажные или другие работы (п. 14). Заключение дополнительного соглашения к договору при возникших изменениях – это право сторон (16) стороны могут ежегодно уточнять Особые, условия к договору. Свободен выбор партнеров инвестиций.

Принципиальное положение, установленное в контрактации сельскохозяйственной продукции, – это принцип добровольности при размещении государственных заказов. Именно этот принцип предопределяет альтернативность в договоре контрактации. Законом о кооперации, другими нормативными актами установлено то, что государственный заказ на сельскохозяйственную продукцию доводится только до организаций, выполняющих функции заготовителей. Заключение же договоров колхозами, совхозами и другими сельскохозяйственными предприятиями в счет государственных заказов и на продукцию сверх заказов зависит от их выбора. Они могут альтернативно решить вопрос о заключении договора на весь объем или на часть его, или вообще не заключать договор, реализуя продукцию самостоятельно либо сдавая ее потребительской кооперации. Для того, чтобы договор был заключен заготовитель должен осуществить меры по стимулированию (путем цен, надбавок, встречной продажи, выделения материально-технических ресурсов, гарантии сбыта и т. п.). В прошлом ни о какой альтернативе не было и речи – все определял план, даже сверхплановая продукция включалась в договор, правда, в последующем частью продукции могли были распоряжаться хозяйства, но план государственных закупок был основой договора. Как видим, в современных условиях свобода выбора и альтернатива договорных отношений составляют одно из главных положений в данных хозяйственных связях. Однако этот альтернативный подход не получил развития в видах договорных отношений. В п. 12 Положения о порядке заключения и исполнения договоров контрактации все разнообразие видов ограничивается двумя – в зависимости от сроков: пятилетним и годовым. А если возникло желание заключить договор на 2 или на 3 года (например, учитывая необходимость проверки нового вида продукции, изучения спроса и т. п.)? Видимо, нельзя. А почему, собственно говоря? А можно ли заключить договор путем обмена письмами,

пролонгации и т. п.? Да и вообще вполне допустимы различные виды договоров контрактации, в частности договор на переработанную продукцию, транзитный договор – без участия заготовителя, хотя мы полагаем принципиально важным участие в той или иной форме заготовителя в договоре контрактации. Это участие в качестве организатора контрактации, стимулирующего хозяйство, оказывающего содействие с целью увеличения объемов и улучшения качества выращиваемой продукции, пресекающего отгрузки, не обеспечивающие сохранность продукции, – и отличает, по нашему мнению, данный договор от договора поставки¹². А ведь в последнее время появились высказывания о тождественности этих договоров, об отсутствии специфических признаков для выделения хозяйственных договоров колхозов и совхозов¹³, о появлении особых агропоставочных договоров.

В последнее время появились альтернативы и в отношении субъектов договоров. Мы уже касались этого вопроса. Право на заключение договора может быть предоставлено структурной единице и даже арендной организации коллектива подразделения предприятия.

Нельзя не сказать о том, что установленные альтернативы в хозяйственных договорах, свобода выбора на практике до тех пор, пока сохраняется монополизм не могут быть реализованы. В последнее время буйным цветом расцвел диктат, отказ от заключения договоров, необоснованные требования, вымогательства. К сожалению, правовые средства по понуждению к заключению договоров, взысканию убытков используются недостаточно, проявляют пассивность контролирующие органы, прокуратура, на которую возложены функции надзора, министерства, Советы. Определенные надежды связываются с антимонопольным законодательством, с демонополизацией, но необходим комплексный подход. Предстоящая в условиях рынка широкая приватизация государственных и даже коллективных предприятий означает их максимальную свободу в выборе партнеров, в форме договоров, в разнообразии их характера, а значит – в расширении альтернативности договора¹⁴.

Гражданское законодательство предусматривает в качестве общих положений, а значит и применительно к отношениям с участием граждан, наличие альтернатив при заключении договоров. Так, в ст. 160 и в ст. 161 ГК РСФСР (ст. 161 и 162 ГК ТаджССР) указаны различные формы договоров, которые могут быть определены не только в соответствии с правовой нормой, но и по соглашению сторон. В нормах, регулирующих отдельные виды договоров, в большинстве случаев ограничение альтернативности в форме договора происходит лишь частично. Так, например в ст. 269 ГК РСФСР (266 ГК. ТаджССР) установлена письменная форма договора займа на сумму свыше 50 рублей, в ст. 276 ГК РСФСР (ст. 274 ГК. ТаджССР) письменная форма договора имущественного найма между гражданами на срок свыше одного года, в ст. 405 ГК РСФСР (401 ГК ТаджССР) письменная форма договора комиссии. В ст. 44 ГК РСФСР (ст. 41 ГК ТаджССР)

перечислены случаи заключения сделок в письменной форме (сделки юридических лиц между собой и гражданами, кроме исполняемых при их совершении, если иное не установлено между гражданами на сумму свыше 100 рублей, если нет исключения в законе). Установлена в ряде случаев нотариальная форма договора (купля-продажа дома, дарения на сумму свыше 500 рублей). Специальная форма установлена в договоре хранения и т. п. Но за пределами этих ограничений существуют различные альтернативы заключения договоров. Так, например, может быть подписан бланк договора имущественного найма или стороны могут обменяться письмами. Но главная альтернатива в другом – в свободе граждан на вступление в договор, право выбора, свобода договорного партнерства. И лишь в некоторых, весьма ограниченных, случаях установлена односторонняя альтернатива. Так, например, в соответствии со ст. 280 ГК РСФСР юридическому лицу добросовестно исполняющему договорные обязанности, предоставлено преимущественное право на возобновление договора найма. В ГК ряда республик, например, в ст. 278 ГК Таджикской ССР это преимущественное право предоставлено и гражданам. В ст. 145 Жилищного кодекса ТаджССР нанимателю предоставляется право на возобновление договора в доме, принадлежащем на праве собственности гражданину, если не будет установлена нужда собственника в этом помещении. Такое же право предусмотрено и в ЖК РСФСР, но только в отношении долгосрочных договоров (свыше одного года)¹⁵. Кстати, право на возобновление договора жилищного найма и в домах государственного фонда было в прошлом законодательстве, по которому договор жилищного найма заключался на срок пять лет. В подавляющем большинстве случаев свобода выбора договорной альтернативы одного субъекта ограничивается лишь такой же свободой другого субъекта. Но это важное и принципиальное ограничение, позволяющее утверждать о наличии консенсуальной свободы выбора, консенсуальной альтернативности, требующей обоюдного согласия, обоюдного волеизъявления. Конечно, свобода договорного выбора не должна игнорировать подлинные интересы, например, по формированию общесоюзного рынка¹⁶, не учитывать необходимость стабилизации экономики, а значит сохранения сложившихся хозяйственных связей.

Глава 12.

ХОЗЯЙСТВЕННЫЕ ДОГОВОРЫ И АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ УСЛОВИЯ

При рыночной экономике, как уже отмечалось, значительно расширяется не только возможность, но и необходимость договорного установления условий. Речь идет как о тех возможностях, которые имеются в связи с отсутствием регулирования определенного вопроса, так и о тех условиях, которые каким-либо образом определены. Несколько слов о необходимости договорного регулирования. Полагаем правильной позицию тех, кто признает необходимость договора в сфере хозяйственных отношений

и отвергает мнение о том, что выбор основания возникновения обязательств зависит от определенной государством целесообразности¹. Споры по этому поводу в настоящее время просто беспочвенны. Признание значения товарно-денежных отношений, переход к рынку, включение в него коллективных и частных предприятий предопределяют безусловную необходимость договорной формы. Кстати, в отношении частных предприятий (предприятий трудового хозяйства) мы не оговорились. Они также выступают в качестве субъектов хозяйственных договоров, в том случае, если их деятельность направлена на обеспечение государственных предприятий или предприятий, реализующих право коллективной собственности, соответствующей продукцией. Таким образом, следует внести коррективы в понятие хозяйственного договора: его субъектами являются юридические лица, независимо от форм собственности, в том числе и предприятия (юридические лица), созданные на базе трудового (частного) хозяйства. В таком хозяйственном договоре, как договор контрактации, могут участвовать и фермерские хозяйства.

Необходимость заключения хозяйственного договора на определенных условиях связана с проблемой свободы. Наверное нельзя считать, что эта свобода определяется не числом возможных вариантов, а лишь выбором «со знанием дела». Конечно, выбор может быть не только свободным, но и произвольным, когда определены конкретно возможные альтернативы условий и за их пределами варианты исключены. Правда, это относительная произвольность, поскольку сам по себе выбор уже определенная грань свободы. Приводился иногда пример в качестве произвола – выбор (принятие) наряда к исполнению, он даже назывался фикцией договора. Но ведь есть право не принять наряд, отказаться от него, потребовать заключения договора на иных условиях. Если этого требования не было, то выбор был сделан в пользу наряда. Хотя, конечно, настоящего договора в таком случае не было, подлинное и всеобъемлющее договорное регулирование подменялось уж слишком лаконичными данными. Можно ли считать, что установление в нормативном акте определенных рамок – есть та граница, за пределами которой свобода договора превращается в произвол? Это сложный вопрос. Прежде всего следует обратить внимание на то, что свобода воли как познанная необходимость не должна отождествляться с выбором. Последний может не опираться на необходимость, противоречить ей. Свободу выбора характеризует выбор необходимого поведения, который в наибольшей мере соответствует интересам субъекта. Г. В. Плеханов понимал свободу выбора как сознание невозможности поступить иначе, нежелательности для субъекта иного варианта. Только в этом случае необходимость отождествляется в сознании со свободой². Выбор связывают с поиском реальных путей для достижения цели³. Но ведь цели могут быть разными, а отсюда и разная необходимость. Конечно, свободным, истинно свободным может быть выбор, основанный на истинном суждении о необходимости⁴. И почему мы должны считать, что именно рамки, определенные в нормативном акте, определяют эту истинную

необходимость? Конечно, в определенных случаях закон должен путем запретов определять эту необходимость и тем самым (это совершенно правильно) ограничивать произвол. Наиболее наглядно это видно в современных условиях в отношении борьбы с монополизмом и связанным с ним групповым эгоизмом предприятий, диктате, навязывании натурального обмена, по существу кабальных условий⁵. В иных случаях можно считать, что произвол в договоре отсутствует – раз договор, то это обоюдное согласие, раз определены условия в заключенном договоре, то они определены по обоюдному выбору. Это так, если не было вынужденности как следствия монополии, отсутствия конкуренции, необходимости пойти на любые условия. Далекое не всегда возможно здесь вмешательство арбитража, хотя и не исключено оспаривание действительности сделки. Но вот, что касается рамок необходимости для определения условий в законодательстве, регулирующем те или иные хозяйственные договоры, ограничения альтернатив, то подобный подход весьма и весьма сомнительный, хотя нельзя, конечно, исключить установление такой необходимости в определенных случаях, причем даже в императивном т. е. безальтернативном порядке. Этого требует и регулирование рыночной экономики (например, в отношении отдельных цен, качества и т. п.). Но это исключения. Условия хозяйственных договоров должны в принципе подчиняться экономической необходимости, способствовать удовлетворению спроса, получению прибыли. Именно такая необходимость должна определять выбор. Механизм же воздействия на формирование этой необходимости (налоги, кредиты и т. п.) государством может быть использован, но не в форме (точнее, как правило, не в форме) установленных рамок в хозяйственном законодательстве.

Как правильно отмечают, договорная свобода – это и возможность решения вопроса каким будет содержание договора. В то же время полагают, что эта свобода относительна, поскольку участники хозяйственного оборота должны руководствоваться существующими законами, которые выступают в роли ограничения свободы договоров. При этом нормы прямо или косвенно формулируют пункты договоров⁶. Да, такая зарегулированность, причем в централизованном порядке, в хозяйственных отношениях существовала и в определенной мере существует в настоящее время. Но должна ли она существовать в будущем, в условиях рынка? Мы уже высказались по этому поводу и нет надобности повторять. Отметим еще раз в определенной мере регулирование необходимо, в том числе и в нормативных актах, регулирующих как на Союзном, так и на республиканском уровне хозяйственные договоры, но это регулирование не должно быть зарегулированием и выступать как ограничитель договорной свободы, хотя в чем-то, повторяем, ограничение (прежде всего от произвола монополий и от ущемления интересов потребителей и граждан) должно быть. Но это та необходимость, которая существует объективно и сформулирована, отражена в правовой норме.

На договорное установление теперь относится много условий, которые раньше устанавливались императивно. Идет процесс отхода от жесткой регламентации | и переход к регулированию с помощью диспозитивных и рекомендательных норм⁷. Процесс этот должен активизироваться, т. е. развиваться регулятивная функция хозяйственного договора⁸, в основе которой – выбор альтернативных вариантов, расширение возможностей сторон, т. е. особое, специфичное регулирование. Оно проявляется в частности в переходе от Особых условий, от Типовых договоров к Примерным договорам, которые несомненно носят рекомендательный характер в отношении содержания хозяйственных договоров, их условий. Нередко, однако, «Типовой договор» и «Примерный договор» понимают как понятия тождественные. Это признается необоснованным. Тем более неоправданна унификация условий, формализация с их помощью заключения договоров, требования обязательности включенных в них условий и исключения каких либо дополнений с учетом какой-либо специфики, хотя хорошо разработанный примерный договор играет и положительную роль⁹. Но в любом случае он должен носить лишь рекомендательный характер¹⁰. Как правило, норма должна ориентировать, а не ограничивать свободу в установлении условий договора. Не должен быть таким ограничителем ни план, ни государственный заказ. И хотя указывают на то, что в последнее время ограничительная функция плановых заданий сузилась, но они еще не утратили своего значения и договоры, не соответствующие обязательным плановым заданиям, должны признаваться недействительными¹¹, в Законе о предприятиях предусмотрено, что в основе планов предприятий лежат договоры. В юридической литературе и в прошлом указывали на то, что договор служит основой для формирования плана, что одной из его функций является функция планирования¹². Но скорее всего желаемое выдавалось за действительное. Правильно, конечно, указывают на то, что у отсутствие у предприятий поощрительных средств на практике лишает их возможности добиваться предлагаемого варианта, но в условиях рынка такие средства у должны быть.

Остановимся на анализе альтернативности в установлении условий в отдельных хозяйственных договорах.

Наибольшие возможности альтернативных подходов заложены в договоре поставки, в том числе и в нормативных положениях, его регулирующих¹³. Правда, в прошлом в них было немало неоправданных императивных норм. Так, например, нельзя было устанавливать день исполнения обязательств. Сейчас можно сторонам изменять момент исполнения в договоре, даже после приемки получателем. Существует мнение, что такой порядок даже более рационален. Во всяком случае с учетом конкретных обстоятельств, в частности качества выпускаемой продукции, допускаемых недостатков и т. п., возможно договорное установление момента для исполнения обязательства.

Допустимо согласование в договоре зачета поставки разным получателем, как и установление минимальных норм поставки (не только

отгрузки) в отношении всей продукции (товаров). Ныне, правда, есть возможность установить в договоре поставку ниже норм. Следует предоставить сторонам возможность изменять некоторые установленные сроки, например, срок вывоза товара после получения извещения о его готовности к сдаче, установить большую оперативность в изменении ассортимента.

Пожалуй, в большей мере альтернативность проявляется при договорном определении ассортимента (номенклатуры) и сроков поставки. Так, например, потребности покупателя могут не совпадать с возможностями поставщика в отношении сроков. По одному из преддоговорных споров, рассмотренных в 1989 г. Госарбитражем Таджикской ССР, Управление по снабжению и сбыту г. Свердловска доказало, что срок поставки должен определяться с учетом загрузки контейнера. По другому спору между Арматурным заводом г. Душанбе и заводом строительных машин г. Приморска вместимость контейнера определила в договоре возможность досрочной поставки. Нужно сказать, что в прошлом существовала диспозитивная норма о сроках поставки, а в свое время допускалось лишь установление только более частных сроков, чем месячные. Нынешняя рекомендательная норма (учет необходимости обеспечения ритмичности работы получателя и особенностей производства) создает большие возможности для выбора альтернатив, а значит для учета необходимости обоюдных интересов и реальных условий. Широкое поле для выбора в договоре развернутой номенклатуры (ассортимента). Стороны могут договориться и о решении по усмотрению арбитража (суда). В отношении договоров, основанных на государственном заказе, несогласованные обоюдно условия не должны препятствовать возможности их установления арбитражем (судом) или применения нормативного предписания. Желательно указать в рекомендательном плане на те условия, которые могут быть определены по обоюдному соглашению сторон, поскольку они не предусмотрены в нормах. Вряд ли все такие условия должны всегда признаваться «случайными». Так, например, на практике стороны нередко определяют весьма важные для них условия о порядке поставки, предварительного определения качества, сбора тары, актирования отсутствия продукции и товаров, ассортиментного минимума каждой отгрузки, правомочий представителя на отборку товаров и т. п.

В договоре может быть определена комплектность. Но здесь есть важное ограничение: лишь в том случае, если она нормативно не определена. А вот в отношении последствий непредставления покупателем отгрузочной разрядки (п. 29 и 24 Положений) выбор из двух вариантов (требование об оплате к покупателю или отсрочка отгрузки) определяется не в договоре, а поставщиком.

Широкая возможность для выбора альтернатив в договоре установлена в отношении порядка и сроков восполнения недопоставки (п.п. 31 и 25 Положений о поставках). И здесь возникает любопытная ситуация. Дело в том, что в отношении номенклатуры (ассортимента) норма является

диспозитивной (если иная номенклатура не будет согласована в договоре). А вот по поводу сроков и порядка такого указания нет, а предусмотрено право на иное их установление в договоре. Но суть не изменяется, ибо при неустановлении иного порядка в договоре, будут действовать положения, предусмотренные в норме. Альтернативное договорное установление может быть и в отношении зачета перепоставки или отклонения объемов поставки по получателям, а также в отношении выбора вида транспорта, отгрузки или выборки со склада поставщика.

Стороны могут избрать поставку продукции и товаров более высокого качества, чем определено в стандартах. И здесь есть альтернативный подход. В договоре могут устанавливаться гарантийные сроки, если они не установлены, они могут по согласованию сторон быть более длительными, чем в стандартах или технических условиях. К сожалению, на это, как и на установление односторонней приемки, изготовители не идут. А ведь это утверждение престижа предприятия, возможность увеличения цены, авторитет продукции.

В условиях рыночной экономики выбор такой альтернативы будет, видимо, более реальным.

Веер возможных вариантов установлен в п.п. 44 и 37 Положений при поставке немаркированной или ненадлежаще маркированной продукции (замаркировать за счет изготовителя, потребовать перемаркировки, отказаться от принятия), но договор может превратить, это условие в безальтернативное, избрав один вариант. Вряд ли это правильно. Целесообразно в договоре не ограничивать, а расширять альтернативы с учетом конкретных обстоятельств, хотя возможность договорного ограничения нормативных альтернатив – тоже альтернатива. Наконец, широкий выбор возможностей, альтернатив в договоре установлен п.п. 49 и 42 Положений о поставках в отношении определения порядка и форм-расчетов. Исключена даже существовавшая в прошлом рекомендация об ускорении оборачиваемости средств.. Такого рода условия требуют обоюдного согласования.. Даже, когда этот срок был обусловлен плановым актом, стороны могли по договоренности переносить сроки, но если одна из сторон с этим не соглашалась, то арбитраж не мог изменить срок, определенный в плановом акте¹⁴.

По Положению о порядке заключения и исполнения, договоров контрактации сельскохозяйственной продукции, утвержденных Госагропромом СССР 15 апреля 1987 года, следовало, на наш взгляд, не только определять в договоре ассортимент, но и предоставить возможность сторонам по обоюдной договоренности уточнять развернутый ассортимент, даже если он предусмотрен в госзаказе, в том числе и возможную замену ассортимента в случаях возникшей невозможности соблюдения ассортимента, установленного в договоре. Однако приказом по Госагропрому СССР от 27 декабря 1988 г. п. 14 из Положения исключен, вместо того, чтобы его изменить и расширить. Видимо, назрела необходимость установить, что улучшенная и ранняя продукция могут

сдаваться на условиях и по ценам договоренности (п. 15). По обоюдной договоренности торгующие организации могут, наверное, определить в договоре самовывоз продукции (ч. I п. 18). В Положении следует предусмотреть возможность включения по обоюдной договоренности комплекса условий по сотрудничеству и взаимопомощи. Не совсем понятно почему в п. 20 порядок сдачи продукции императивно определен только по согласованному графику. Альтернативно должен быть определен день исполнения обязательств по договору контрактации. В то же время в п. 15 предусмотрена альтернатива на договорное согласование цены и условия приемки нестандартной скоропортящейся продукции, а также стандартной, но сверх договорных объемов. Так, например, в договоре между колхозом «Ленинград» и трестом столовых г. Душанбе было установлено, что нестандартные помидоры оплачиваются со скидкой в 35%. По всей видимости, в п. 23 следует предусмотреть последствия отказа от приемки не только скоропортящейся продукции. Сами же возможности хозяйства в случае отказа заготовителя от приемки скоропортящейся продукции альтернативны: продать на рынке в своей местности или за ее пределами, сдать государственной организации или кооперативной по согласованным ценам. В п. 25 уж слишком императивно установлена сдача просроченной продукции, наверное, сторонам может быть предоставлено право ее замены. Вероятно можно обсудить вопрос об ином, чем предусмотрено в п. 28, отнесении расходов по транспортировке и экспедированию, при наличии обоюдной договоренности. Такое же решение напрашивается и в отношении ч. 2 и 29 Положения о цене реализации при изменении закупочных цен. А вот формы и порядок расчетов определены альтернативно–свободный выбор, согласованный в договоре.

Есть возможность, на наш взгляд, увеличить число альтернативных – ограниченно-диспозитивных норм в «Правилах о договорах подряда на капитальное строительство». Наверное, можно по обоюдной договоренности решить вопрос об обеспечении материалами и изделиями (п. 25) и о порядке поставки крупногабаритного оборудования (п. 28), о средствах на расходы согласно п. 30 (ведь может быть нужно меньше 15%, а может быть и больше), и о порядке перечисления средств при реализации фондов. В правилах предусмотрено, что основным документом, регламентирующим взаимоотношения сторон, является договор. В нем и в прилагаемых к нему Особых условиях на альтернативной основе по взаимной договоренности и должны быть согласованы многие условия. Согласовывается в ряде случаев и договорная цена, предоставление жилья, графики. Никто не лишил, права трест «Таджикхимстрой» г. Явана и ОДСП Минлегпрома Таджикской ССР альтернативно подойти в договоре подряда на строительство объекта к решению вопроса об обеспечении подрядчика жильем. Они включили в Особые условия к договору обязанность заказчика предоставить жилье, хотя могли предусмотреть аренду. Вскоре заказчик поставил вопрос перед арбитражем об исключении этого пункта, поскольку своего жилого фонда он

не имеет. Госарбитраж Таджикской ССР иск удовлетворил (архив Госарбитража за 1989 г.).

Существенными особенностями отличаются договорные отношения по перевозке грузов, но и в регулирующих их нормативных актах ряд норм должен быть изложен иначе – в плане альтернативности. Обратимся» качестве примера к Уставу железных дорог СССР. В ст. 43 говорится о том, что железные дороги могут принять грузы с объявленной ценностью. А почему не изложить эту норму иначе с объявленной ценностью грузы могут приниматься по обоюдной договоренности сторон? Ст.45 о погрузке и выгрузке может предусмотреть иной порядок по договоренности сторон, аналогичным образом могут быть изложены ст. 46, ст. 48 (ведь может же перевозчик организовать комплекс услуг по оборудованию вагонов), ст. 50 (очистка и промывка). Очень важным является предоставление возможности сторонам при конкретной отгрузке (при заключении договора) устанавливать за дополнительную плату особые средства по обеспечению сохранности груза. Мы не исключаем возможности договоренности сторон, изменяющей предусмотренный императивно порядок в отношении определения веса груза (ст. 54), опломбирования (ст. 55), проверки веса (ст. 65), Ориентируясь на примерность перечней, указанных в ст. 148 л в ст. 149 Устава, полагаем возможным их расширение по обоюдной договоренности, учитывая специфику отдельных отправок.

Аналогичный подход возможен ко всем хозяйственным договорам, к регулирующим их положениям, правилам, Типовым договорам, инструкциям. Речь таким образом идет о принципиальном изменении характера правового регулирования хозяйственно-договорных отношений, об акценте на возможность, а в ряде случаев – на необходимость соглашения сторон, что предопределяет альтернативность в установлении многих условий, составляющих содержание хозяйственных договоров. Это особенно важно при переходе к рынку.

Г л а в а 1 3.

ПРАВА, ОБЯЗАННОСТИ, АЛЬТЕРНАТИВЫ

В предыдущих частях работы в том или ином аспекте мы уже обращались к альтернативам в нормах тех или иных гражданско-правовых обязательств, гражданско-правовых договоров (речь идет здесь не о хозяйственных договорах). Постараемся избежать повторения, но тем не менее дать некоторый анализ этим альтернативам, на наш взгляд, необходимо.

В договоре купли-продажи альтернативные условия содержатся в ряде норм. Мы останавливались на ст. ст. 246 и 248 ГК РСФСР (ст.ст. 236 и 239 ГК ТаджССР) в отношении прав покупателя в случае продажи ему вещи ненадлежащего качества и с гарантийным сроком, на статьях 241, 243, 244 ГК РСФСР и Таджикской ССР в отношении последствий неисполнения

обязанности передать и принять вещь. Обращались мы и к ст. 248 (239) ГК. Таким образом, альтернативные условия в этом договоре проанализированы достаточно подробно. Добавить можно немного. Так, в ст. 245 ГК РСФСР (ст. 236 ГК ТаджССР) предусмотрена альтернатива при определении качества проданной вещи. Ее качество должно определяться в договоре, но оно может и не быть определено там, тогда качество должно соответствовать обычно предъявляемым требованиям. Это весьма расплывчатая альтернатива, допускающая субъективизм в оценке. В том случае, если качество определяется в договоре по соглашению сторон, но продавцом выступает юридическое лицо, часто в договоре качество определяется в соответствии со стандартами (тех. условиями, образцами). Но это требование не является необходимым, поэтому отступление от него допустимо (например, продажа, неиспользуемых материалов)¹. Альтернативно устанавливается качество товаров, продаваемых торговой организацией. Оно определяется либо государственным стандартом, либо техническими условиями, либо образцом,

установленным для вещей данного рода, если иное не вытекает из характера данного вида купли-продажи. Но в последних альтернативах нет выбора, а есть «альтернативы исключения» если нет одного, применяется другое. Иное положение в комиссионных магазинах, в которых по согласованию сторон качество может соответствовать, а может и не соответствовать стандартам или техническим условиям. Здесь альтернативы качества несомненны. В отдельных случаях допустима реализация товаров с производственными недостатками, но пригодных для использования по сниженным ценам².

В ст. 250 ГК РСФСР (ст. 245 ГК ТаджССР) с первого взгляда не предусматривается альтернативы. В пей утверждается, что покупатель обязан привлечь продавца к участию в деле, если к нему будет третьим лицом предъявлен иск об изъятии вещи. Более того, предусмотрено, что и продавец обязан вступить в дело на стороне покупателя. Такое же положение устанавливают и некоторые другие нормы. Обязанность определенного поведения должна исключать альтернативу. Но в том то и дело, что в этой же норме указывается на то, что данные обязанности могут быть и не соблюдены, правда с возможными последствиями – освобождением продавца от ответственности, если будет доказано, что могло быть предотвращено изъятие вещи. Но это может быть и не доказано, тогда ничего не произойдет.

Не принявший участия привлеченный к делу поставщик лишается права доказывать неправильное ведение дела покупателем. Значит альтернативы все же есть привлечь к делу или нет, вступить в дело или не вступить. Другое дело равноценны или нет эти альтернативы? Но альтернативы далеко не всегда бывают равноценными. Выбирать нужно не только между тем как поступать, по и между возможными последствиями выбора. Кстати, выбор поведения с учетом последствия, пожалуй, всегда строится на альтернативе: идти па данный поступок или пет, т. е. выбора вариантов поведения нет, но есть выбор вообще совершать или нет поступок, вступать или пет в

правоотношения. Есть ли здесь альтернатива? В качестве примера обратимся к договору купли-продажи дома с условием пожизненного содержания продавца. В соответствии со ст. 253 ГК РСФСР (ст. 346 ГК ТаджССР) покупатель по этому договору при случайной гибели дома несет обязанности, принятые по договору. В соответствии со ст. 254 ГК РСФСР (347 ГК ТаджССР) в том случае, если восстанавливается трудоспособность продавца, он не может требовать возврата дома или содержания, за ним лишь сохраняется право пользования помещением, предоставленным ему по договору. Интерес вызывает вопрос о возможном несоответствии стоимости дома предусмотренному содержанию при существенном измене займа установлена альтернатива в законодательстве некоторых республик. Так, в ст. 266 ГК ТаджССР может определяться срок возврата по договору или по требованию займодателя. Пожалуй, можно говорить об альтернативе при исполнении этого (как, впрочем, и ряда других договоров). Дело в том, что в соответствии со ст. 228 ГК РСФСР (ст. 224 ГК ТаджССР) в том случае, когда должник выдал кредитору долговой документ, то принимая исполнение кредитор должен вернуть документ и лишь при невозможности возврату удостоверить факт исполнения в выдаваемой расписке, которая может быть заменена (вот здесь альтернатива), подписью на возвращенном долговом документе. Нет ли здесь противоречия? С одной стороны, – расписка выдается при невозможности вернуть документ, с другой – она может быть заменена при возврате документа. Нужно указать, что в самом прекращении обязательств допускается иногда выбор, а значит альтернативы. Это может быть зачет встречного однородного требования, соглашение сторон.

В договоре имущественного найма альтернативы установлены при определении срока договора. Так, например, он может быть определен конкретно в пределах максимальных сроков, он может быть определен без указания конкретного срока (ст. 278 ГК РСФСР, ст. 276 ГК ТаджССР). Договор, наконец, может быть заключен на конкретный срок, но после истечения срока Продолжаться без возражений сторон и таким образом превратиться в договор с неопределенным сроком (кроме запрещенных случаев). Таким образом стороны вправе избрать альтернативу. Мы уже касались альтернатив в решении вопросов о последствиях непредставления имущества нанимателю и обязанности наймодателя по содержанию сданного имущества. В ст. 293 ГК РСФСР (ст. 289 ГК ТаджССР) в случае улучшения имущества с разрешения наймодателя наниматель имеет право на возмещение расходов, но может быть альтернатива этому, если иное стороны предусмотрели в договоре.

В договоре безвозмездного пользования имуществом есть некоторые особенности и в отношении альтернатив. В частности взыскание убытков при непредставлении имущества ограничивается произведенными расходами, утратой или повреждением имущества. Недополученные доходы не взыскиваются.



Переход права собственности к нанимателям государственных квартир, приводит к принципиальному изменению правового регулирования жилищных отношений. Действующее же жилищное законодательство содержит ряд альтернативных положений.

В соответствии со ст. 30 ЖК РСФСР допустим альтернативный учет граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий. Он, как правило, осуществляется по месту жительства, но может быть установлен и иначе – не по месту их жительства. В этой же статье определено, что в отношении работающих сразу определяется альтернатива: учет по месту работы, а по их желанию – также и по месту жительства. Предусматривая то же самое, ст. 34 ЖК Таджикской ССР устанавливает, что члены семьи могут по их желанию состоять на учете по месту своей работы. Таким образом для одной семьи в этом случае возможны альтернативы в учете на улучшение жилищных условий; 1) по месту работы одного члена семьи; 2) по месту работы одного члена семьи и по месту жительства; 3) помимо этих вариантов – по месту работы и других членов семьи (по месту их жительства уже состоять на учете нельзя). Альтернативы здесь односторонне обязательные (при наличии права) – желание нуждающегося в улучшении жилищных условий. Нужно иметь в виду то, что жилищное законодательство знает немало перечислений (перенесение очереди, первоочередность предоставления жилья, прекращение жилищных отношений и т. п.). Но означает ли это наличие в таких случаях альтернатив? Конечно, нет. Здесь нет выбора вариантов, нет возможности, а есть установленные случаи, их перечень. Иначе решается вопрос о норме жилой площади. Так, например, в ст. 45 ЖК Таджикской ССР жилое помещение предоставляется в пределах нормы (12 кв. метров на человека), но не менее установленного правительством республики размера. Этот минимум установлен не менее 9 квадратных метров. Значит допустима альтернатива: можно предоставить жилую площадь в пределах указанного допуска (например, на семью из трех человек получается допуск в 9 кв. метров), но в утвержденных в республике Правилах учета нуждающихся и предоставления жилых помещений 1986 г. возможно и превышение нормы в пределах 9 квадратных метров на семью. Но вот как попятить положение, которое установлено в республике I Молдова? Республиканским Положением о предоставлении жилья установлено предоставление его не менее 8 кв. метров на человека, но в пределах нормы ЖК, т. е. 9 кв. м., причем в ряде городов республики норма установлена 12 кв. метров⁴. Значит можно предоставить и меньше установленной нормы? Собственно говоря, и в Таджикской ССР при норме в ЖК 12 кв. м. возможно предоставление в пределах установленных. Основами 9 кв. м. Вот очевидный пример того, как подзаконные акты изменяли закон, допуская альтернативы, во многих случаях ухудшающие интересы граждан. Правильно отмечается, что в отношении размера возможен вариант: меньший размер (ниже минимума) с согласия очередника. Полагают, что правомочие очередника диспозитивно, т.

е. он вправе требовать жилье в пределах нормы (минимума и максимума), но может и согласиться на получение меньшей по размеру площади, причем могут быть разные мотивы: возможность увольнения, выгода в расположении и т. п. Практика иногда идет на это. И все же какой-то минимальный предел следует установить, иначе безграничная альтернатива приведет к созданию новых проблем и не позволит обеспечить удовлетворение потребности в жилье. Справедливой представляется альтернатива временного улучшения жилищных условий: предоставления меньшей или недостаточно благоустроенной квартиры, от которой отказались очередники. Такое положение установлено в УССР. Временное улучшение условий не лишает права на сохранение очереди⁵. Таким образом, существует возможность (а значит и альтернатива) отступления (с сохранением очереди) по просьбе и с письменного согласия гражданина и всех совершеннолетних членов его семьи от нормы предоставления жилья или заселения с отступлением от правила однопольности лиц (кроме супругов). Согласие может быть и на предоставление двух квартир, если площадь одной квартиры недостаточна⁶.

В 39 ст. ЖК РСФСР (ст. 45 ЖК Таджикской ССР) имеется альтернатива в отношении дополнительной площади: комната или увеличение размера до 10 квадратных метров. При этом требования о том, чтобы комната была площадью не более 10 кв. м нет.

Особого внимания заслуживает альтернативный, подход к определению члена семьи нанимателя. В ст.53 ЖК РСФСР предусмотрено не только признание членами семьи супруга нанимателя, их детей и родителей⁷, но и возможность признания других родственников, нетрудоспособных иждивенцев, а в исключительных случаях и других лиц в качестве членов семьи. В том или ином виде такое положение содержится и в других жилищных кодексах. Так, в частности ст. 58 ЖК Таджикской ССР предусматривается, что другие лица и нетрудоспособные иждивенцы могут быть признаны членами семьи при их совместном проживании и ведении общего хозяйства. В этом случае не указано об исключительности признания членами семьи других, лиц, правда, не попятно почему нетрудоспособные иждивенцы не включаются в понятие «другие лица», а родственники включаются. Но дело не в этом, а в том, что круг членов семьи определен альтернативно: есть, лица, для которых не требуется признаков совместного, проживания и ведения общего хозяйства, и есть лица, для которых признание членом семьи требует указанных признаков⁸. Главное в альтернативном подходе к признанию членов семьи является то, что нет автоматического признания членами семьи второго круга лиц, а есть у них лишь право ставить об этом вопрос, но таковыми они могут быть признаны, т. е. может быть сделан выбор, например, учтено постоянное проживание, проявление заботы друг о друге⁹ и иные обстоятельства, свидетельствующие о наличии семейных отношений, причем одного родства недостаточно¹⁰. Но может быть и непризнание членом семьи. Не очень точна замена слов «могут

быть признаны» на «признаются». Конечно, признание в данном случае альтернативы условно, поскольку здесь скорее не выбор, а установление и не всегда стороной. Но в широком плане все же можно говорить об альтернативе нет определенности, есть право на признание субъекта (нанимателя или предполагаемых членов его семьи), есть право устанавливать у другого субъекта – наймодателя (и лишь в случае спора это делает суд).

В некоторых жилищных кодексах, например в ст. 60 ЖК ТаджССР установлено также и то, что вселившиеся члены семьи приобретают право равного пользования жилым помещением, если при вселении не было иного соглашения. Такое соглашение может быть выражено и в согласии на вселение, которое дают совершеннолетние члены семьи. И в данном случае налицо альтернатива – возможно соглашение об ином статусе члена семьи.

Рассмотрим другие альтернативы в жилищных отношениях. В ст. 64 ЖК РСФСР (ст. 72 ЖК ТаджССР) предусмотрено в случае бронирования жилого помещения право нанимателя либо заселить его по договору поднайма, либо поселить в нем временных жильцов. В некоторых жилищных кодексах особо оговаривается вопрос о возможности закрепления жилой площади за вселившимися к нанимателю опекунами или попечителями не членами семьи. Так, в ст. 74 ЖК ТаджССР вопрос о судьбе жилой площади при прекращении опеки решается альтернативно выселение в судебном порядке или возможность закрепления освободившейся площади в случае отсутствия таковой у опекуна (попечителя) и добросовестного исполнения им своих обязанностей в течение длительного времени, а также прекращения этих обязанностей не по вине опекуна (попечителя)¹¹. Альтернативно может быть решен вопрос в отношении излишков жилой площади, которые в прошлом могли быть изъяты принудительно путем заселения. Наниматель вправе: 1) требовать предоставления ему жилплощади меньшего размера (ст. 75 ЖК РСФСР, ст. 80 ЖК ТаджССР); ходатайствовать (при наличии отдельной квартиры) о заселении излишней изолированной комнаты по своему выбору из состоящих на учете; 3) сохранить жилую площадь, но оплачивать ее в повышенном размере. Можно говорить о наличии альтернатив в отношении выбора жилой площади при производстве капитального ремонта. В некоторых ЖК (например, в ст. 92 ЖК Таджикской ССР) предусмотрено, что по окончании ремонта наниматель, которому на время ремонта было предоставлено другое помещение вправе поселиться в прежнем жилом помещении. Кроме этого взамен на время ремонта нанимателю может быть предоставлено с его согласия и согласия членов его семьи другое помещение (ст. 82 ЖК РСФСР, ст. 92 ЖК ТаджССР). Если в результате капитального ремонта образуются излишки жилой площади (существенное ее увеличение) нанимателю и членам его семьи должно быть предоставлено до начала ремонта другое помещение. Если же предполагается существенное уменьшение жилой площади, то по требованию нанимателя предоставлено ему должно быть также другое помещение (ст. 83 ЖК РСФСР, ст. 92 ЖК ТаджССР). Смущает, правда, то, что при образовании излишков, как указано

выше, у нанимателя есть выбор, альтернативы, а в данном случае в правовой норме императивно указано: «должно быть предоставлено другое помещение». Пусть выбирает наниматель— это его право. И все же в указанных нормах есть ряд альтернатив предоставления жилого помещения: 1) на время ремонта с возвратом в прежнее помещение; 2) закрепление помещения, в которое переселен; 3) предоставление сразу другого помещения; 4) предоставление меньшего или большего другого помещения. Ст. 98 ЖК РСФСР и соответствующими статьями ЖК других; республик (например, ст. 107 ЖК ТаджССР) предусмотрена возможность обмена по требованию суда вместо выселения без предоставления другого помещения лица, подлежащего выселению за невозможностью совместного проживания. Норма, как видим, предусматривает возложение обязанности принудительного обмена на нарушителя, но ведь обмен может быть осуществлен только если его производят обе стороны. Не случайно, комментируя данное положение, указывают на то, что варианты обмена должны подыскивать и предоставить стороны¹². Выселение в данном случае является санкцией за противоправные действия, поэтому требование о принудительном обмене предъявляется только к лицу, которое могло быть выселено за нарушения. Указывают на ошибочные действия судов, которые обязывают произвести такой обмен членов семьи нарушителя. Вариант обмена должен быть предложен истцом, вариант же ответчика может быть принят только с согласия истца, а в случае отказа ответчика от обмена он может быть выселен без предоставления другой жилой площади¹³. Все это верно, но нас смущает то, что решение об обмене принимает суд. Полагаем все же, что такое решение может быть лишь с согласия истца, предъявившего иск о выселении за невозможностью совместного проживания, и по варианту, который устраивает истца. Если допустить иное толкование данной нормы, то интересы потерпевшего могут быть ущемлены, жилищное положение истца может быть ухудшено. Именно согласие на такое альтернативное решение истца, т. е. наличие его права на выбор дает нам основание считать, что в данном случае присутствует альтернативное решение. В ст. 133 ЖК РСФСР предусмотрено, что некоторые члены семьи (имеются в виду другие лица, вселенные нанимателем в качестве членов его семьи) в домах, принадлежащих на праве собственности граждан, вправе пользоваться помещением наравне с нанимателем, если при их вселении между ними не было иного соглашения (альтернативное право— без ограничивающего соглашения и при наличии такового). В ряде других республик (например ст. 137 ЖК ТаджССР) такое положение распространяется на всех членов семьи.

Выше был дан анализ с точки зрения альтернатив ст. 360 ГК РСФСР (ст. 362 ГК ТаджССР) и ст. 364 ГК РСФСР (ст. 359 ГК ТаджССР), относящимся к договору подряда. Это основные статьи данного института, в которых заложен альтернативный подход. Нет нужды возвращаться к ним. Но есть и другие нормы, в которых есть альтернативы. Обратимся к ст. 352 (350) ГК. Во-первых, на выполнение работ может быть твердая или приблизительная смета (право выбора сторон). Во-вторых, заказчик вправе отказаться от

договора, если он предупрежден подрядчиком (значит может и не отказаться). А вот как быть, если заказчик не откажется и не даст согласия на переделку сметы, должен ли подрядчик выполнять работу со взысканием дополнительных расходов или вправе работу не выполнять? Ответа на этот вопрос нет. По аналогии сост. 359 ГК РСФСР (ст. 356 ГК ТаджССР) такое альтернативное право у подрядчика должно быть. Предусмотрено, что подрядчик обязан предупредить о превышении сметы заказчика, но в качестве последствия непредупреждения установлено выполнение работы без права на возмещение сверхсметных расходов. Значит в этом случае есть противоречие: обязанность предупреждения или возможность не предупреждать, но с понесением убытков? Если это так, то налицо «альтернатива последствий». Такая же альтернатива имеется и в ст. 361 (357) ГК – заявление об отступлении от условий договора.

В ст. 353 (351) ГК предусматривается возможность сторон (обоюдная альтернатива) в договоре обусловить выполненные работы и ис из материала подрядчика, и не его средствами.

Представляется, что многие условия определены в Типовых договорах. В условиях рынка, видимо, следует предоставить большие возможности конкретным договорам, а следовательно, расширить альтернативные подходы.

Особое место альтернативность занимает в страховых правоотношениях. В настоящее время происходит их перестройка. Осуществляется демонополизация страхования – наряду с государственным создается коммерческое страхование, страховые кооперативы, акционерные страховые общества, т. е. появляются альтернативы государственному страхованию, внутри которого должны создаваться различные страховые организации. Рыночные отношения несомненно приведут к расширению страхования и, прежде всего, коммерческих рисков. Конкуренция страховых организаций приведет к альтернативности условий, льгот, в том числе расширения за счет взносов превентивных мероприятий и т. п. Но пока еще в большей степени можно говорить о перспективах таких альтернатив, чем об их реальности, хотя практика уже знает факты страховых альтернатив и конкуренции. Полагаем, что следует допустить такую альтернативу и в отношении страхования государственных предприятий, дать им возможность выбирать страховую организацию. Демократичней предоставить им право на добровольное страхование, отказавшись от его обязательности, как это сделано в отношении колхозов. Но вопрос этот дискуссионный. Правильно отмечалось то, что обязательное страхование носит налоговый характер и в условиях административно-командного метода хозяйствования не стимулировало страховые органы к поискам эффективных мер при проведении страхования. Правда, государственное страхование имеет ряд преимуществ и, прежде всего, надежность, наличие достаточного фонда для выплат и проведения профилактических мер¹⁵. Вот тут и нужна конкуренция, набор дополнительных стимулов.

Ряд альтернатив имеется в страховании имущества кооперативных и общественных организаций. Прежде всего есть четыре вида договоров добровольного страхования. Выбор видов принадлежит страхователю. При этом есть и такая альтернатива страхования имущества в полной стоимости или частично, но не менее установленного предела (50%).

В 1982 г. был принят специальный нормативный акт по регулированию добровольного имущественного страхования граждан. Добровольное страхование строений и животных выступает как дополнительное страхование, гарантирующее более полное возмещение ущерба. Избирать это дополнительное страхование – право гражданина, у него есть выбор: заключать или не заключать договор. Размер страховой суммы также устанавливается по желанию страхователя в пределах 60% стоимости с учетом износа. Здесь множество альтернатив. Страхователю предоставляется возможность выбора формы уплаты страховых взносов. Размеры страховых сумм по договорам страхования животных также определяются по желанию страхователя. При страховании гражданами средств транспорта у них есть альтернатива сохранить договор на первоначальную сумму или заключить дополнительный договор, выбор вариантов есть в договоре автокомби. Так, например, можно заключить договор с полным возмещением страховой организацией или франшизой до 150 руб. (оговорка о собственном участии). В этом договоре есть право выбора у страхователя не только варианта страхования, но и альтернативы о форме уплаты страхового платежа (безналично или наличными). У граждан есть возможность выбора между этим договором и договором страхования средств транспорта (каска), т. е. фактически есть три альтернативы.

Нельзя ничего не сказать об альтернативах в разнообразных видах добровольного личного страхования. Так, сам выбор этих договоров зависит от страхователя и свидетельствует о наличии у него широкой палитры альтернатив. В договоре смешанного страхования жизни есть выбор ожидания страхового случая или досрочного расторжения договора с получением выкупной суммы (да еще в вариантах с учетом длительности договора). По договорам личного страхования страхователь для получения суммы может назначить любое лицо в случае своей смерти, может в период действия договора изменить свое распоряжение. Здесь есть выбор. В договоре страхования детей страховая сумма устанавливается по обоюдным альтернативам по согласованию между страхователем и страховой организацией. Страхователь в период действия договора может сумму уменьшить. Способ уплаты страховых взносов определяет страхователь. В договоре свадебного страхования есть альтернативы на выплату страховой суммы в связи с травмой, дожития до вступления в брак или достижения 21-летнего возраста.¹⁶ Это же все альтернативы, содержащиеся в нормах, регулирующих страховые правоотношения.

В договоре поручения установлена возможность альтернативного решения при исполнении, если обстоятельства требуют отступления от указаний доверителя в его же интересах при альтернативе не было

возможности запросить доверителя или не получен своевременно от него ответ. Существует односторонне условная альтернатива личного исполнения или возложения исполнения на другое лицо (заместителя), но с правом доверителя отвести избранника поверенного. Ст. 400 ГК РСФСР (ст. 392 ГК ТаджССР) установлены обязанности обеспечения поверенного средствами, возмещения его расходов, уплаты вознаграждения, но эти обязанности могут быть или не быть в любом комплекте по усмотрению участников договора, а значит здесь есть альтернативы. Существует и альтернативно одностороннее прекращение договора поручения отмена его доверителем или отказ поверенного.

Как и в договоре поручения в договоре комиссии возможны альтернативы отступления от указаний комитента. Возможна и продажа по более низкой цене, если не было возможности осуществить продажу по назначенной цене и в целях предупреждения убытков. При покупке комиссионером по более высокой цене перед ним стоят две альтернативы последствий: возможность принятия покупки, возможность отказа от нее, причем во втором случае допустима еще одна альтернатива – принятия разницы цены на себя, но и этом случае с принятием покупки комиссионером. Комиссионер может принять или не принять на себя ручательство (делькредере) за исполнение сделки третьим лицом (с правом на особое вознаграждение за это по соглашению сторон). Ст. 419 ГК РСФСР предусматривает возможность стороны установить альтернативу запрету отказа от принятого комиссионером поручения. Такая же альтернатива возникает при невозможности исполнения поручения или нарушении договора комитентом. Договорная альтернатива в ст. 415 ГК ТаджССР не предусмотрена. Ст. 420 ГК РСФСР (ст. 416 ГК ТаджССР) предусматривает альтернативу: если комитент в установленный срок не распорядится находящимся у комиссионера имуществом, последний вправе сдать это имущество на хранение за счет комитента или продать имущество по более выгодной для комитента цене. Наконец, гражданин вправе в любое время выбрать между сохранением договора и возвратом сданного еще не проданного имущества с возмещением, естественно, расходов.

В договоре хранения также существует возможность- в любое время истребовать вещь. Если вещь сдана на хранение до востребования или без указания срока, то и хранитель вправе (с предоставлением срока) отказаться от договора. Хранитель не вправе пользоваться: имуществом, сданным на хранение, но может быть и альтернатива, если состоялось в договоре соглашение сторон.

Ст. 428 ГК РСФСР (ст. 423 ГК ТаджССР) предусматривает альтернативу – возмещение ущерба по стоимости утраты или повреждения и по сумме оценки, которая может быть произведена.

Альтернативы по ведению дел участниками договора о совместной деятельности определяются соглашением участников договора. Альтернативы предусмотрены в ст. 436 ГК РСФСР (ст. 432 ГК ТаджССР): для достижения цели участники договора производят взносы деньгами или

другим имуществом либо путем трудового участия. Можно или нет участнику распоряжаться своей долей? Нет, если не было согласия других участников. Да, если получено такое согласие.

В ст. 437 ГК РСФСР (ст. 433 ГК ТаджССР) определяется альтернативно порядок общих расходов и распределения убытков участников: согласно договору или (если он договором не определен) – за счет общего имущества участников, а недостающие суммы пропорционально взносам в общее имущество.

В ст. ст. 442 и 443 ГК РСФСР (ст. ст. 438 и 439 ГК ТаджССР), посвященных конкурсу, установлено, что авторы произведений могут получить вознаграждение за использование произведения, но могут быть альтернативы в объявлении о конкурсе. Это же предусмотрено в отношении возврата участникам конкурса представленных работ. Справедливо отмечается, что подобная формулировка нормы о возврате работ позволяет организаторам предусмотреть отказ от возвращения работ, что является неправильным¹⁷.

Целый ряд альтернатив достаточно четко проявляется в нормах, регулирующих авторское право. Это, прежде всего, относится к субъективным правам автора, определенных ст. 479 ГК РСФСР (ст. 476 ГК. ТаджССР). Так, в частности, автору принадлежит (кроме отдельных ограничений) альтернативное право на опубликование своего произведения под своим именем, под псевдонимом, без обозначения имени. Автор может указать полностью имя или инициалы и т. п.¹⁸. Автор имеет право на опубликование, воспроизведение и распространение произведения всеми дозволенными законом способами. Это означает, что у него есть право на избрание альтернативных способов. Не будем здесь касаться споров о соотношении понятий воспроизведение и распространение, слияния их с понятием опубликование или не слияния. Главное здесь – способы использования произведения. Самостоятельным способом выступают различные виды публичного исполнения. Альтернативные права имеет автор при использовании произведения в переводе. Ст. 481 (477) ГК регулирует охрану неприкосновенности произведений после смерти автора. Автор вправе назначить лицо, на которого возлагается охрана, в завещании он может и не сделать этого и тогда охрана осуществляется наследниками и организациями, на которых это возложено¹⁹. Сама защита личных неимущественных прав автора осуществляется путем восстановления права (внесение исправлений различными альтернативными способами), либо (и в этом альтернатива) запрещения выпуска, либо (тоже альтернатива) прекращения распространения произведения – ст. 499 (496) ГК Несомненно есть альтернатива в избрании авторских договоров в заключении договора на готовое или создаваемое произведение. Может быть заключен авторский договор об использовании произведения в оригинале и авторский договор об использовании произведения в измененном виде, включая перевод. Такие названия предлагаются в литературе.²⁰ Дело не в этом, пусть будет название «лицензионный договор». Но очевидно, что возможна альтернатива, выбор,

соглашение сторон на варианты. В отдельных авторских договорах имеются нормы, в которых также проявляется альтернативный подход. Так, например, в сценарном договоре 1971 г. автор получал возможность участвовать в обсуждении сценария, знакомиться с режиссерским сценарием, пробами актеров, эскизами, отснятыми материалами, обсуждать законченную кинокартину. Это были альтернативы, поскольку автор сценария мог избрать любые возможности. В Типовом сценарном договоре 1978 г. права автора превращены в обязанности. Как отмечают – такой подход упрочивает правовое положение автора сценария и повышает его ответственность.²¹ Это действительно так, но все же не всякие возможности автора, видимо, следует превращать в его обязанности. У него должно быть оставлено право выбора вариантов (хотя бы некоторых) участия: в производстве фильма.

В ст. 508 ГК РСФСР (ст. 504 ГК ТаджССР) предусматриваются альтернативы в одобрении произведения письменное извещение об одобрении (отклонении), либо сообщение о необходимости внесения поправок с-, указанием срока, либо одобрение путем молчания в течение установленного срока. Как правило, это 30-дневный срок, истечение которого означает (лучше сказать- презюмирует) одобрение произведения. Может быть, еще одна альтернатива – направление произведения на рецензирование, что удлиняет срок²².

В Типовом издательском договоре на произведения изобразительного искусства (п. 12) предусмотрено, что автор в 12-дневный срок после сообщения о переиздании может сообщить о необходимости внесения изменения или промолчать, что означает его согласие. В Типовом издательском договоре на литературные произведения (п. 2), в таком же договоре на музыкальные произведения (п. 20), в п. 11 Типового постановочного договора на создание и постановку музыкально-сценического произведения и в некоторых других Типовых договорах предусмотрен альтернативный подход к случаю, если издательство не выпустит в срок произведение в свет: потребовать полное вознаграждение с сохранением договора или потребовать вознаграждение с расторжением договора и получением экземпляров рукописи, если она не подписана к печати. Право на расторжение договора, возврат рукописи и полный расчет предусмотрен и за внесение изменений и поправок театром без разрешения автора в п. 15 Типового постановочного договора.

Альтернативы предусмотрены и в Положении об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях. Так, например, приоритет открытия определяется по дате, когда впервые было сформулировано положение, заявленное в качестве открытия, либо по дате опубликования положения, либо по дате доведения его иным путем до сведения третьих лиц. Если этих данных нет – то по дате заявки. Автор изобретения (п. 23 Положения 1973 г.) может требовать по своему выбору либо признания за ним только авторства и предоставления ему льгот, с передачей государству исключительного, права на изобретение, либо

признания за ним авторства и предоставления ему исключительного права на изобретение.

В проекте Закона «Об изобретательстве в СССР» право авторства удостоверяется только патентом, предоставляющим исключительное право на использование изобретения. Но автор может указать другое лицо для получения патента или передать исключительное право государству. Вот в этом и выражаются альтернативы. Альтернативы предусматриваются для патентообладателя, который может использовать изобретение по своему усмотрению, по, конечно, без ущерба интересам государства и общества²³.

Широкий спектр альтернатив представлен в наследственном праве – в наследственных правоотношениях. Это прежде всего возможность выбора наследодателем формы передачи своего имущества наследникам: по завещанию (составив таковое) и по закону (если завещание не составляется). Это предусмотренное ст. 534 ГК РСФСР (ст. 528 ГК Таджикской ССР) право завещать свое имущество полностью или частично одному или нескольким наследникам, даже посторонним, т. е.

любому лицу (кроме обязательной доли), государству, отдельным предприятиям и организациям. В еще большей мере такая свобода выбора установлена в отношении распоряжения на случай смерти вкладом в сберегательном банке. С этим нельзя согласиться, поскольку ущемляются лица, имеющие право на обязательную долю, а нередко и супруги – совместные собственники нажитой суммы. Правда, переживший супруг может оспаривать распоряжение о вкладе (ст. 87 Основ гражданского законодательства).

Принятие наследства (ст. 546 ЛК РСФСР, ст. 542 ГК ТаджССР) может быть произведено альтернативно: путем подачи заявления в нотариальный орган по месту открытия наследства или путем фактического вступления во владение наследственным имуществом в пределах 6-ти месяцев со дня открытия наследства. Отказ от наследства производится путем «обратной» альтернативы заявление нотариусу от отказе или не вступления в течение 6-ти месяцев в фактическое владение наследственным имуществом. Фактическое владение может быть альтернативно заменено фактическим управлением имуществом. Вступление во владение частью имущества рассматривается как принятие всего наследства, где бы оно не находилось²⁴. Так, к управлению имуществом без владения относятся, например, уплата налогов или других платежей, взимание квартплаты с нанимателей и т. п. В ст. 552 ЛК РСФСР (ст. 548 ГК ТаджССР) содержатся альтернативные случаи перехода наследства к государству (альтернативная норма) если завещано государству если нет наследников; если все наследники лишены права наследования если наследники не приняли наследства. Такая же альтернативная норма предусмотрена при приращении наследственных долей – переход доли к другим наследникам при непринятии наследства наследником или лишения его права наследования. Широкие альтернативы существуют в возможности завещательного отказа (легата) – возложения на

наследника имущественного предоставления в пользу отказополучателя. Возложением в отличие от завещательного отказа могут быть и действия неимущественного характера. Выбор наследодателем вариантов может быть разнообразным, причем не исключены и альтернативные варианты (например, создать музыкальную школу или какое-нибудь иное учреждение культуры)²⁵.

Глава 14.

АЛЬТЕРНАТИВЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Альтернативные подходы к пониманию ответственности определяют и ее применение на практике. Но альтернативность теоретических конструкций—это особый аспект проблемы, непосредственно не относящийся к нашему исследованию. Речь ведь не идет о выборе варианта поведения, действия нормы, а о плюрализме взглядов. И все же в вопросе об ответственности связь альтернатив в теоретических конструкциях с альтернативами в действии правовых норм, как мы отметили, проявляется достаточно определенно. Анализ теоретических взглядов на ответственность занял бы много места, к тому же он выходит за рамки данной работы. Отметим лишь, что подходов к пониманию этой важнейшей категории много. Очень конспективно можно только назвать некоторые конструкции меры государственного принуждения, исполнение обязанности в состоянии принуждения, меры восстановления нарушенного права (не для всех видов), государственное осуждение, возложение неблагоприятных последствий, дополнительное обременение, реализация санкции правовой нормы, обязанность дать отчет в совершенных действиях, особое правоотношение, охранительное правоотношение и т. п. Столь большое число альтернативных подходов имеет как положительное, так и отрицательное влияние. Конечно, каждый подход служит делу развития науки, поиску истины, но правильно отмечается то, что проблема правовой ответственности в нашей науке чрезмерно усложнена, а многочисленные точки зрения уводят от магистральной линии исследования, от правильного установления ответственности как средства обеспечения законности, исполнения обязанностей.¹ Как же альтернативные теоретические подходы определяют альтернативы реализации ответственности. Обратимся к такому примеру. Если ответственность понимать как возложен мне неблагоприятных последствий, да еще в виде дополнительного обременения, то исполнение обязанности (передать вещь, оплатить деньги, отгрузить продукцию и т. п.) под принуждением, принудительное исполнение обязанности не будет считаться ответственностью. Только взыскание убытков, неустойки и другие подобные обременения будут означать применение ответственности. Наоборот, понимание ответственности как государственное принуждение или исполнение обязанности на основе государственного или приравненного к нему общественного принуждения² означает, что, например, принуждение к исполнению в натуре будет считаться ответственностью. А это

чрезвычайно важно, важней, чем дополнительные обременения. Правда, полагают, что само по себе принуждение, вызванное государственным осуждением, уже является лишением, но это из области эмоций. Добиться реального исполнения в натуре при нарушении сложно. Это и приводит к тому, что потерпевшая сторона требует удовлетворения в виде дополнительных обременений. Такое обременение содержит стимулирующую функцию, но не обеспечивает реальное исполнение.³ В последнее время, ссылаясь на новое правило в положениях о поставках, позволяющее покупателю отказаться от получения продукции в одностороннем порядке при условии возмещения убытков (ст. ст. 24 и 19), появились высказывания о том, что принцип реального исполнения потерял свое значение. Но нельзя отвергать принцип, даже если какие-то исключения есть, тем более, что он обеспечивает интересы участников правоотношения, предоставляя для покупателя альтернативу исполнению. Но механизм юридической ответственности – принуждения к исполнению в натуре работает слабо. Более того, принуждение к исполнению в натуре фактически не применялось, поэтому сделай вывод, что ответственность все же – это состояние государственного (общественного) принуждения к реальному исполнению обязанности. Правильно обращается внимание на то, что в условиях рыночной экономики расширяются возможности для действия принципа реального исполнения, поскольку теряется значение сохранения силы планового задания, возрастает роль договора. Нельзя считать, что принуждение к исполнению в натуре является вмешательством в оперативно-хозяйственную деятельность, по все же такое принуждение очень трудно практически осуществить. Наверное, правильно предлагается вернуться к арбитражным (судебным) штрафам за невыполнение решения о реальном исполнении.⁴ Лишь в том случае, когда принуждение к исполнению обязанности невозможно, ответственность должна выражаться в неблагоприятных последствиях. Отрицающие это недооценивают категорию обязанность, отдавая предпочтение ответственности, связанной с применением санкции, связывая ответственность только с неблагоприятными последствиями.⁵ Нельзя, однако, забывать того, что ст. 36 Основ гражданского законодательства, а вслед за ней и ст. 221 ГК РСФСР (ст. 191 ПК ТаджССР), ст. 75 Положения о поставках продукции и другие нормы предусматривают исполнение обязательства в натуре, независимо от ответственности. И в этом случае в ГК РСФСР говорится только о возмещении убытков, тогда как в Основах и в других нормах речь идет также о неустойке. Раз исполнение в натуре не исключается, значит нельзя, о нем говорить как об альтернативе? Но, во-первых, исполнение в натуре пока ограничено сроком действия планового задания, хотя в абз. 2 п. 1 ст. 34 Закона о предприятиях предусмотрено исполнение договоров, независимо от применения ответственности, если на отказ от исполнения не последовало согласие потребителя. Во-вторых, оно может быть единственным последствием, коль скоро другие последствия можно не применить, и, в-третьих, опять совершенно не ясно, как можно обеспечить исполнение в

натуре, тем более, когда неустойка уже применена, убытки взысканы с учетом того, что, как правило, теперь даже применительно к поставке взыскание неустойки производится однократно. Правда, убытки могут возрастать. Конечно, можно, как мы указали, устанавливать дополнительные штрафы. Недопустимо, как утверждают, игнорировать различие между добровольным исполнением обязанности и государственным принуждением к этому.⁶ Таким образом различный подход к самому пониманию ответственности дает основания для ее альтернативы, но только если есть выбор между понимаемой ответственностью и другим средством, выполняющим ту же функцию, во всяком случае тот или иной ее аспект. Так, если ответственность-принуждение к исполнению обязанности, в том числе и обязанности при нарушении понести неблагоприятные последствия, то при добровольной оплате неустойки, возмещении убытков такие последствия будут альтернативой принуждения, альтернативой ответственности, избранной должником. Иной вывод можно сделать при сравнении принуждения к реальному исполнению в натуре и возложения обременений. Как было сказано выше, признается, что указанное возложение допустимо не в качестве альтернативы, а лишь если принуждение к исполнению невозможно. Но, по нашему мнению, не должно исключаться договорное установление альтернативы в применении этих двух видов последствий нарушения обязательства либо обеспечение реального исполнения (речь идет о тех случаях, когда исполнение не связано с обременением), либо обременение (оплата убытков, неустойки помимо реального исполнения). Однако чаще всего происходит их сочетание, а не альтернатива, даже если одно из этих последствий считать ответственностью, а другое нет. Так, например, в нормативных актах, регулирующих хозяйственные договоры, предусматривается, что уплата неустойки и возмещение убытков не освобождают от исполнения обязательства в натуре. Возвращаясь, однако, вновь, к ст. 24 и 19 положений о поставках, предусматривающих возможность покупателю, возместив убытки, отказаться от исполнения договора, следует сказать, что возможна ситуация, когда нарушитель-покупатель при нарушении добровольно возмещает убытки, т. е. принимает ответственность за неисполнение. Если же добровольность исключает ответственность, как полагают, то она выступает как альтернатива возможному применению ответственности – принуждению к исполнению договора в натуре, что исключит и возникновение убытков. Полагаю, однако, что в указанных статьях положений о поставках имеется в виду расторжение договора вне связи (скорее до) допущения нарушения. Если односторонний отказ от исполнения договора происходит после нарушения, то вполне допустимо применение и других обременительных мер (неустойки, штрафов).

Представляется, что в рыночных отношениях при сохранении установленного в положениях права, а не обязанности в применении имущественных санкций, вполне допустима при согласии контрагента замена такой ответственности на другие меры, устраивающие кредитора. Например,

поставки необходимых ему изделий, сверх предусмотренных в договоре, ускорение поставки (в отношениях по капитальному строительству может быть ускорение строительства объекта) и т. п. Можно ли отрицать такую альтернативу ответственности в виде взыскания имущественных санкций? По нашему мнению, нет. Если есть право вообще ничего не применять, т. е. допускающее полное амнистирование (стимулировать к применению санкций должны хозрасчетные интересы), то нельзя исключить другой вариант последствий, возможно в какой-то мере и неблагоприятных для должника, но выгодных кредитору, как-то (а. возможно и серьезно) компенсирующих его потери. Как совместить право на взыскание неустойки с предусмотренным в Указе Президента СССР от 27 сентября 1990 г. «О неотложных мерах по стабилизации хозяйственных связей в четвертом квартале 1990 года и в течение 1991 года» штрафом в размере до 50%? Действительно, этот штраф за отказ от заключения договоров в соответствии со сложившимися связями носит обязательный характер. Но, во-первых, это обязательный штраф за обязательное заключение договора; во-вторых, обязательность заключения договора возникает для поставщика при выборе потребителя, при даче последним заказа; в-третьих, это административная ответственность (помимо ответственности перед потребителем, право на применение которой остается за ним, применяется взыскание штрафа в доход местного бюджета); в-четвертых, это чрезвычайная мера. Полагаем, что штраф этот должен взыскиваться по инициативе арбитража, прокуратуры и при отсутствии инициативы потребителя.

Возникает вопрос а относится ли право на применение ответственности и к взысканию убытков? Не является ли их взыскание императивным или оно может быть заменено не только на другие меры ответственности (об этом позже), но и на альтернативу ответственности? А возможно взыскание убытков – это и не ответственность вообще в отличие от неустойки? Что касается второго вопроса, то отнесение убытков к форме ответственности общепризнано. Статья 219 ГК РСФСР (ст. 187 ГК Таджикской ССР) помещена в главе об ответственности, взыскание убытков включено в разделы об ответственности и в других нормативных актах. Правда, в некоторых нормах убытки выступают в качестве альтернативы другим мерам, которые не относят к ответственности. Об этом мы указывали неоднократно. В качестве примера можно сослаться на ст. 218 ГК РСФСР (ст. 186 ГК Таджикской ССР), в которой говорится о последствиях неисполнения должником обязательства выполнить определенную работу. Согласно этой статье кредитор вправе сам выполнить эту работу за счет должника, если иное не вытекает из закона или договора (еще одна альтернатива), либо требовать возмещения убытков. Но это еще не говорит о том, что убытки не форма ответственности. И хотя есть общая норма об убытках, указание на них в конкретных нормах не свидетельствует о противоречии, тем более, что и ст. 218 (186) ГК помещена в главе об ответственности. Смутить может другое в главе 19 ГК РСФСР неустойка (штраф, пеня) не названа (кроме процентов за просрочку в двух нормах) в

качестве формы ответственности. Неустойка выступает в качестве обеспечения исполнения. В отличие от этого в ГК Таджикской ССР есть нормы о неустойке (статьи 188 и 189 ГК). Так возможно в ГК РСФСР альтернативой ответственности (взыскание убытков) выступает как раз неустойка? Это, конечно, не так. И не потому, что есть немало конкретных норм, в том числе и в актах, регулирующих хозяйственные отношения, в которых неустойка выступает как форма ответственности, а прежде всего потому, что существует ст. 36 Основ гражданского Законодательства «Ответственность за нарушение обязательств», в которой названы две формы (две меры) ответственности убытки и неустойка. По всей видимости, в гл. 19 ГК РСФСР следует внести коррективы. Сложнее ответить на первый вопрос. И ст. 36 Основ, и ст. 219 ГК РСФСР (ст. 187 ГК Таджикской ССР) говорят не о праве кредитора на взыскание убытков а об обязанности должника возместить убытки. В ст. 74 Положения о поставках продукции, в ст. 65 Положения о поставках товаров оказано о том, что нарушившая договор сторона, независимо от уплаты неустойки, возмещает другой стороне убытки (с зачетом, а в некоторых случаях и без зачета). Аналогично записано и в ст. 38 Правил о договорах подряда на капитальное строительство и в других нормативных актах. Если в актах, регулирующих хозяйственные отношения, императивность взыскания убытков прямо из норм не вытекает, то в Основах и в кодексах предусмотрена именно обязанность. О несении полной имущественной ответственности предусмотрено в п. 1 ст. 34 Закона о предприятиях в СССР. Но ведь было бы абсурдным считать, что в том случае, когда кредитором, выступает гражданин он обязан взыскивать убытки, да и вообще применять ответственность. Не может быть, как правило, установлена такая обязанность и для кредитора – юридического лица. Даже тогда, когда была, предусмотрена неотвратимость ответственности, обязательность ее применения в хозяйственных договорах – это относилось к неустойке. Взыскание убытков должно подчиняться экономическим интересам предприятия. Императива в принципе не может быть. Другое дело – это обязанность должника. Вот здесь существует обязательность возмещения убытков, если кредитор воспользуется правом на их взыскание. Именно так следует понимать обязанность возместить убытки в Основах и гражданских кодексах. Но мы не исключаем необходимости обязательности в отдельных случаях предъявления требования в отношении убытков (во всяком случае, обязательности предъявления претензии как это и предусмотрено). Имеются в виду, например, случаи недостачи. Если продукция (товары) поступили в меньшем количестве вряд ли можно исключить требование об их взыскании (это тоже применение ответственности, ибо недостача – нарушение договора). Если такое требование не предъявлять, то могут уйти от ответственности конкретные лица, занимающиеся хищением. Но, повторяем, и в этом случае необходимо сообщение о факте (даже если пропущен срок), а не обязательное предъявление требования в арбитраж или в суд. Конечно, отказ от взыскания стоимости недостачи, возмещения других убытков отрицательно сказывается

на деятельности предприятия и в отношении беспечных должностных лиц вполне могут быть приняты соответствующие меры. Но это уже другой вопрос. Таким образом альтернативный подход возможен либо любые меры применения ответственности, либо другие последствия.

Возможна альтернатива и в применении ответственности за причинение внедоговорного вреда. Так, в соответствии со ст. 457 ГК РСФСР (ст. 452 ГК ТаджССР) альтернатива предоставлена правоохранительным органам между принуждением возмещения вреда в натуре (альтернативно замена вещи или исправление ее) и полным возмещением убытков, т. е. между применением

ответственности или применением других последствий. Мы полагаем, что такая альтернатива в избрании варианта должна быть предоставлена потерпевшему. Наличие указанной альтернативы становится очевидным при сравнении приведенной нормы со ст. 473 ГК РСФСР (ст. 468 ГК Таджикской ССР): при получении недолжного следует обязанность возврата в натуре и лишь при невозможности такого возврата взыскивается (безальтернативно) стоимость имущества. Возникает интересный вопрос об альтернативном подходе при сопоставлен или обязательств, возникающих из неосновательного, приобретения или сбережения имущества, с обязательствами, возникающими вследствие причинения вреда. Дело в том, что среди ученых-юристов существует дискуссия есть ли четкое разграничение между этими обязательствами (критерии такого разграничения различны и также вызывают споры)⁷ или возможна у кредитора) альтернатива требования, называемая «конкуренцией исков». Иными словами, возможен ли при решении вопроса о возмещении ущерба выбор между ответственностью и неответственностью, поскольку и обязательства из причинения вреда, как правило, не являются ответственностью. Правильно отмечается то, что сходство указанных институтов порождает ошибки на практике и приводит к неправильным последствиям (например, невзыскание ущерба в полном объеме или отказ во взыскании при отсутствии вины).⁸ Можно соглашаться или не соглашаться с разграничением этих обязательств по принципу вины, по факту получения имущественной выгоды за счет другого, считать неосновательное приобретение резервным способом восстановления нарушенного имущественного права и т. п. Но правильно то, что разграничение должно быть, хотя, конечно, потерпевший может не воспользоваться своим правом на возмещение вреда в полном объеме. Однако нередки случаи, когда потерпевший не выбирает. И тут уже нужно определиться. Не может быть альтернативы, если ущерб одного субъекта связан с приобретением у другого, и между виндикационным иском, (о возврате имущества собственнику), требованием из признания сделки недействительной, взысканием убытков в соответствии с нормами соответствующих договоров – с одной стороны, и кондиционным требованием (из неосновательного приобретения) – с другой стороны. Все эти требования имеют различные критерии. Поэтому нельзя согласиться с признанием возможности в этих случаях конкуренции исков, т. е. альтернативного подхода. Собственно

говоря, конкуренция с договорным требованием или с виндикационным иском (пока право собственности сохраняется) обычно исключается, но зато иногда признается конкуренция кондикционного иска с требованием из причинения вреда. При этом ссылаются на то, что у потерпевшего есть два требования (должник обогатился за его счет и одновременно причинил ему вред), поэтому кредитор вправе предъявить иск, вытекающий из любого основания, т. е. у него есть право выбора альтернативы, с учетом собственного интереса. Конкуренция исков из договора или из деликта иногда признается при причинении вреда покупателю купленным товаром. Демократизация законодательства, видимо, должна допускать альтернативный подход в этих случаях, но только тогда, когда выбор делает потерпевший. При отсутствии выбора решение должно ориентироваться на критерии, разграничивающие эти два вида внедоговорных обязательств. Демократизация законодательства об ответственности позволяет также поставить на обсуждение и вопрос о возможности в случае причинения договорного вреда взыскания суммы минимальной компенсации, устанавливаемой либо в договоре, либо по усмотрению суда или арбитража. Для взыскания этой суммы не требуется установления трудно доказуемой причинной связи. Если же кредитор не желает ограничиться минимальной компенсацией и избирает другую альтернативу – полное возмещение вреда, т. е. ответственность, все условия должны устанавливаться, в том числе действовать уже принцип презумпции невиновности. Это, конечно, пища для размышлений, хотя в законодательстве некоторых стран такое правило есть, а вот в п. 74 (65) положений о поставках предусматривается возможность установления в договоре твердой суммы, которая подлежит взысканию в целях возмещения убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательств. Правда, это, конечно, ответственность в согласованном объеме. Нам, однако, представляется, что следовало бы предусмотреть возможность альтернативы: требовать увеличения объема (или его уменьшения), но в этом случае нужно доказывать точный объем причиненного вреда, а это нередко сопряжено с большими трудностями.⁹

Наконец, нужно остановиться на одной из важнейших альтернатив ответственности – применения не мер (ответственности, а мер защиты. Прежде всего следует разобраться в том, существует ли защита как альтернатива ответственности. Меры защиты признаются в правовой литературе,¹⁰ они существуют в нормативных актах. Это реальность, хотя к ним существует порой и нигилистическое отношение. Те меры, которые направлены на восстановление интересов потерпевшего, относятся к мерам защиты. Те же меры, целью которых является имущественное воздействие на правонарушителя, относятся к мерам ответственности.¹¹ У этих институтов различная целевая направленность, хотя, конечно, и ответственность обеспечивает восстановление интересов потерпевшего и кредитора. Иногда разграничение мер ответственности от мер защиты в зависимости от функций и цели считают дополнительными критериями, а основными – наличие или отсутствие вины и их выражение не только в виде

дополнительных обязанностей или лишений, но и в возможности применения иных правовых способов.¹² Иными словами, как альтернативы ответственности. Защиту признают в качестве мер оперативного воздействия юридического (правоохранительного) характера. Важнейшим признаком этих мер называют их применение без обращения за защитой права к компетентному органу. Но применение этих мер связывается с фактом правонарушения. В то же время они, как правило, имеют превентивное, предупредительное значение, поскольку направлены на предупреждение в будущем возникновения убытков (отказ от получения просроченной продукции и т. п.). Эти меры применяются в одностороннем порядке уполномоченным субъектом, являются исключительно его правом, причем альтернативность заключается в том, что решения соответствующих органов не требуется. Это и отличает их от гражданско-правовых санкций. Применение этих мер разнообразно, по очерчено строгими границами. Они могут быть оспорены в установленном порядке. Что касается невыгодных последствий для обязанного лица, то они могут быть, а могут и не быть или быть уменьшены. Считают, однако, что эти меры не направлены на восстановление имущественной сферы потерпевшего, а главная их функция – обеспечение надлежащего исполнения.¹³ Как видим, в данном вопросе нет однозначного подхода к мерам защиты, к которым обычно относят оперативные меры. Нет необходимости называть весь, арсенал этих мер. Это и меры, связанные с выполнением работ, которые не были выполнены должником, и: связанные со встречным удовлетворением, и меры отказного характера. Но меры защиты значительно шире, чем оперативные меры (оперативные санкции), они далеко не всегда применяются в одностороннем порядке, не всегда связаны с правонарушением. К ним относятся и меры пресечения (признание сделки недействительной, расторжение договора и т. п.), и компенсационные меры (возврат имущества, опровержение порочащих сведений и т. п.), и обеспечительные меры (признание права, принудительное исполнение и т. п.).¹⁴

Совершенно очевидно, что многие меры защиты, не совпадающие с оперативными санкциями, не могут выступать в качестве альтернативы ответственности, прежде всего потому, что они не связаны с правонарушением. Например, восстановление первоначального положения сторон при признании недействительной сделки из-за существенного заблуждения; возврат имущества собственника из владения добросовестного приобретателя; требование об устранении помех, препятствующих осуществлению права собственности; возврат ошибочно и без оснований приобретенного имущества и т. п. В то же время ряд мер защиты, которые обычно относят к оперативным санкциям, должны признаваться как альтернатива ответственности. Их сближает с ответственностью наличие компенсационного потенциала и стимулирующей функции.¹⁵ В целом ряде случаев они выступают именно как альтернатива ответственности. Но такой подход будет правильным лишь тогда, когда была возможность применить ответственность, но вместо этого принято кредитором решение об

альтернативной оперативной мере – мере защиты. Так, например, при поставке недоброкачественной продукции возможно применение ответственности с помощью арбитража, включающей и взыскание стоимости этой продукции. Но можно в оперативном порядке произвести отказ от оплаты такой продукции, удержать при оплате установленную скидку с цены. Можно при недостатках изготовленной вещи обратиться с иском и исправление недостатков будет принудительно возложено на изготовителя, но можно и вернуть изделие, потребовать его исправления, не прибегая к помощи правоохранительных органов. Можно добиваться расторжения договора с браком, но можно при определенных условиях расторгнуть договор в одностороннем порядке.

В п. 29 Положения о поставках продукции (п. 24 Положения о поставках товаров) предусмотрено, что в случае непредставления покупателем отгрузочной разрядки в срок или представления ее с нарушением условий Положения или договора, поставщик вправе альтернативно потребовать оплаты стоимости подготовленной к поставке продукции (а значит в случае неоплаты предъявить иск) либо перенести срок поставки (одностороннее действие). В первом случае при взыскании, стоимости будет принуждение, хотя возможно и без обременений. Но, если даже не признавать такую меру ответственностью (есть, как указано, мнение, что это все же ответственность), то все равно здесь не будет оперативной санкции. Во втором случае оперативная санкция очевидна как альтернатива.

В и. 31 (25) Положений о поставках предусмотрено, что при просрочке поставки возможен отказ от принятия продукции (оперативная мера), но можно применить и ответственность за нарушение сроков поставки.. Значит налицо альтернативный подход.

В соответствии с п. 41 Положения о поставках продукции (п. 34 Положения о поставках товаров) при наличии дефектов, возникших по вине изготовителя или поставщика (обращаем на это внимание), которые могут быть устранены на месте, покупатель вправе потребовать избранным им способом устранения дефектов (несмотря на вину, все же это оперативная мера) или, замены (альтернатива) в течение 20 дней или в другой: (альтернатива) установленный срок, отказавшись или не отказавшись (альтернатива) до устранения от оплаты, либо возместить расходы покупателя, если он устранил дефекты своими силами (альтернатива). В последнем случае допустимо взыскание убытков покупателя принудительно через арбитраж, если добровольного возмещения не последует, а значит применение ответственности. Более того, может быть применен и штраф, если дефекты в срок не будут устранены. Вызывает интерес такой вопрос: вправе ли покупатель, не потребовав от изготовителя устранения дефектов, предъявить ему штраф, т. е. лишить его возможности освободиться от штрафа. Видимо, вправе. Нарушение допущено виновно, вопрос об исправлении решает покупатель, обязанность устранения предусмотрена только в отношении изготовителя (поставщика), а не в отношении покупателя. Конечно, данный вопрос следует оговорить в договоре.

Аналогичным образом решается вопрос и в отношении поставки некомплектной продукции (товаров) и ее доукомплектования. Во многом сходно и решение вопроса при устранении недостатков в договоре подряда на капитальное строительство. При этом обращается внимание на то, что как покупатель, так и заказчик нередко испытывают трудности, несут убытки, если сами устраняют недостатки, а взыскание их, даже при добровольной оплате, должно считаться ответственностью.¹⁶ В данном случае достаточно ярко выражается альтернатива между ответственностью и оперативными мерами.

В соответствии с п. 55 Положения о поставках продукции и п. 47 Положения о поставках товаров в случаях отгрузки продукции (товаров), не соответствующе установленным требованиям к качеству, покупатель вправе оплачивать ее после приемки по качеству. Но эта оперативная мера не исключает возможности применения ответственности, включающей и взыскание убытков в виде излишней оплаты стоимости продукции, если покупатель не воспользовался альтернативой по задержке оплаты. Как видим, достаточно широко может применяться альтернатива: ответственность или оперативные санкции. При этом недопустимо вводить непредусмотренные оперативные санкции, подобно таким как невыполнение одних договоров, если нарушаются другие договоры, например, отказ от отгрузки лесоматериалов, если недопоставляются какие-либо продукты и т. п. Такие факты, к сожалению, имеют место и ведут к очень серьезным последствиям. Подобного альтернативного решения вопроса не должно быть.

И все же нельзя исключить, как нам представляется, признание в определенных случаях оперативных мер формой имущественной ответственности. Прежде всего они являются реакцией на правонарушение, нередко виновное (по вина, кстати, не всегда является единственным субъективным условием ответственности). Конечно, оперативные меры применяются без воздействия принуждения, без правоохранительных органов (есть, ведь и добровольные оплата неустойки и возмещение убытков). Но не будем усложнять проблему. Несомненно, мы сказали уже об этом, такого рода меры не всегда выступают как меры ответственности. Но все же выступают, как назвать, например, меры воздействия, примененные арбитражем или судом в виде возложения обязанности на нарушителя исправить недостатки, заменить продукцию, или решение о расторжении договора? Это не неустойка, не убытки, но принудительно применяемые меры, как правило, связанные с неблагоприятными обременениями нарушителя. Правоохранительные органы вправе применить такие меры, они будут оперативными, поскольку связаны с совершением определенных действий (операций). Такой подход возможен,¹⁷ хотя, конечно, название связано прежде всего с быстротой. Но дело не в названии применяемых арбитражем или судом мер оперативного характера, оно может быть, изменено. Дело в их сути. Это меры воздействия. В данном случае следует говорить не об альтернативе ответственности, а об альтернативе в ответственности, т. е. о возможной конкуренции применяемых мер

ответственности. Кстати, инициатива в применении именно таких мер при помощи арбитража (суда), если они добровольно не выполняются, вполне может принадлежать кредитору.

Сомнение вызывает и такая оперативная мера как взыскание в безакцептном порядке излишне уплаченной суммы или штрафов (ст. 54 и ст. 60 Положений о поставках). Во-первых, взыскание производится при участии банка (также как взыскание в некоторых случаях штрафа за невозврат тары – через банк или нотариуса), во-вторых, применяются традиционные меры ответственности, в третьих, установлена ответственность за неправильное применение данной меры. Это, на наш взгляд, хотя и оперативная, по все же ответственность. Это лишь особый порядок применения ответственности, причем, существует альтернатива либо применение такого порядка (вправе применить), либо применение общего порядка, но если установлен исключительный порядок (например, при взыскании штрафов за несвоевременный возврат тары), то альтернативы здесь уже нет.

Нужно сказать, что меры гражданско-правовой ответственности не должны сводиться к неустойке или к убыткам. Существует понимание ответственности как возложение последствий штрафного воздействия, ущемляющих права и интересы нарушителя. Их разбивают на меры пресекательные, штрафные и компенсационные, относя к ним и отказ в охране субъективных прав, и лишение права (конфискация и безвозмездное изъятие имущества), отказ в признании права на вещь, а также взыскание неустойки и убытков.¹⁷ Мы уже отмечали наличие альтернатив при применении последствий нарушения различного рода договоров. Так, например, если не передается проданная вещь, то можно требовать передачи и возмещения убытков либо отказа от договора с возмещением убытков. Аналогичные последствия при отказе от принятия купленной вещи. Целый комплекс альтернативных последствий и в виде мер ответственности, и в виде оперативных мер наступает при продаже вещи ненадлежащего качества. В ст. 59 Положения о поставках продукции субъект ответственности за поставку недоброкачественной продукции может быть альтернативно решен в договоре: с поставщика или с изготовителя. Альтернативные последствия установлены в случае непредставления имущества нанимателем (истребование вещи и убытки – отказ от договора и убытки. Различные альтернативы при выборе последствий (ответственности или оперативных мер) наступают в силу нарушения договора подрядчиком (ст. 364 ГК РСФСР, ст. 359 ГК Таджикской ССР). Важным моментом является возможность выбора, т. е. альтернативного подхода при применении ведущих мер ответственности неустойки и убытков. Мы уже указали на то, что коль скоро установлено право на применение как одного, так и другого вида, у субъекта есть право избрать один или другой вариант. Продолжением этой альтернативы является возможность установления в договоре вообще и в альтернативном плане повышенной ответственности, а также ответственности за нарушения, которая в нормативном порядке не установлена. В современных условиях такой путь должен расширяться. Но

возможность установления в договоре такой ответственности сама по себе альтернатива к уже существующей «ответственности, поскольку она может быть, а может не быть. Все, как известно, зависит исключительно от волеизъявления сторон, только от их обоюдного усмотрения. Так, в 1989 г. Госарбитраж Таджикской ССР рассмотрел преддоговорный спор между Душанбинской кондитерской фабрикой «Ширин» и РТО «Продтовары» - Фрунзенского района г. Душанбе. Покупатель предложил фабрике предусмотреть за просрочку поставки некоторых наименований повышенные санкции, но поставщик против этого возражал. Арбитраж этот вопрос оставил без рассмотрения, правильно указав на то, что согласия обеих сторон не было.

Справедливость требует дифференцированного подхода и к гражданско-правовой ответственности, учета форм и степени вины.¹⁸ Введение дифференцированной ответственности позволило бы расширить альтернативные подходы при ее применении. Но против такого предложения есть немало возражений, основанных на том, что вред должен возмещаться полностью, независимо от формы и степени вины. Но ведь есть еще и неустойка? В условиях рынка принципиально важным является отказ от уравниловки, а поэтому в договорах и такие альтернативы вполне возможно учитывать. Нельзя не сказать и об альтернативном подходе при применении солидарной ответственности. Так, в соответствии со ст. 181 ГК РСФСР (ст. 182 ГК Таджикской ССР) солидарные должники должны исполнить требования кредитора, обращенное ко всем или к любому из них в отдельности. При неполучении удовлетворения от одного из солидарных должников кредитор вправе требовать исполнения от остальных – от всех, от любого, т. е. альтернативно. А это означает, что эти же правила применяются при солидарной ответственности. Перед кредитором как солидарные должники по общему правилу отвечают должник и поручитель (ст. 204 ГК РСФСР и ст. 216 ГК. Таджикской ССР). Солидарную ответственность несут лица, совместно причинившие вред. Альтернативный подход в применении солидарной ответственности объясняется неразделимостью совместно причиненного вреда.¹⁹

Рассмотрение проблемы альтернативы применительно к ответственности было бы не полным, если бы мы не затронули вопрос об альтернативе выбора варианта поведения. В целом ряде случаев при выборе нельзя говорить о вине, если в результате выбора допущено правонарушение. Это видно при выборе поведения владельцем источника повышенной опасности. Он осознает -опасность, возможность наступления последствий, которые устранить окажется невозможным. Но владелец не обязан принимать какие-то особые меры, но осознает, что будет возмещать ущерб, причем он избирает какие-то варианты действий из множества возможных.

Альтернативы выбора связаны с риском, который признается субъективным основанием ответственности владельца источника повышенной опасности.²⁰ О нашей концепции риска при выборе альтернатив мы сказали в начале работы. Сегодня нужно отметить и то, что участники

хозяйственных отношений не могут не учитывать наступления непредвиденных результатов, следствием которых возможно применение ответственности. В рыночных отношениях поведение альтернативно, но выбор должен быть взвешенным, продуманным, чтобы свести к минимуму «коммерческий риск». Коль скоро мы вновь коснулись рыночной экономики, нельзя не сказать о том, что в стимулировании исполнения обязательств наряду с ответственностью большую роль могут сыграть договорные льготы, меры поощрения. Стороны свободны при заключении договора альтернативно решить вопрос о применении в целях стимулирования исполнения ответственности или мер поощрения, или сочетания этих мер.²¹

* * *

Перевернута последняя страница книги. Мы понимаем, что не все ее оцепят однозначно, разброс мнений будет достаточно большой. А это как раз подтвердит значение плюралистического подхода, плюралистических оценок в наше сложное время в любой деятельности и в любой сфере. Проблема альтернативы сама по себе не может быть простой. И мы решили не упрощать раскрытие ее сути, ее места только в одной из отраслей права. Вспомните каким сложным был выбор альтернатив перехода к рынку. Сегодня нам многое приходится решать, выбирать. Альтернатива прочно вошла в нашу жизнь. И очень важно при избрании ее не ошибиться. Вот и перед автором стояла альтернатива: примитивное изложение проблемы или серьезный разговор. Избран второй вариант. Из уважения к читателю. Из необходимости помочь ему разобраться в сложных вопросах права на пороге рыночной экономики. А дискуссия, полемика стали нашей жизненной потребностью, нашим оружием в поисках истины, в движении вперед.

ПРИМЕЧАНИЯ

Предисловие

1. Правда, 18 сентября 1990.
2. Человек, свобода, рынок // Известия, 5 сентября 1990.
3. Кстати, и сам хозяйственный Механизм, и переход к рынку сопряжены с альтернативами (см.: Райзберг Б. А. Механизм хозяйствования: альтернативы.– М.: Знание. 1990.—С. 61–62.

Глава 1

- 1.См.: Брагинский М. И. Обязательство //Юридический энциклопедический словарь.– М.: Советская энциклопедия.–1987.– С. 268.
- 2.Бернштейн К. Учение о разделительных обязательствах по римскому праву и новейшим законодательствам.– Санкт-Петербург. 1871.– С. 1.
- 3.См.: Годамэ Е. Общая теория обязательств. М.: Юрид. лит. 1948.–С. 439–440.
- 4.См.: Французский Гражданский Кодекс 1804 года,– М.: Юриздат, 1941.– С. 267.
- 5.См.: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве.– М.: Гос.юриздат, 1950.– С. 102.
- 6.СМ.: Там же.– С. 116–117.
- 7.См.: Там же.– С. 123, 125.
- 8.См.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений.– Свердловск, 1972.– С. 85–89, 92.
- 9.См.: Нормы советского права: проблемы теории.– Саратов: Изд-во университета, 1987.– С. 167–168.
10. См.: Сафиуллин Д. Н., Губин Е. П., Суханов Е. А. Хозяйственный договор (Общие положения) //Учебн. пособие. – Свердловск, 1986.– С. 42.
- 11.См.: Альгин А. П. Риск и его роль в общественной жизни.–М.: Мысль, 1989.– С. 19.

Глава 2

- 1.См.: Нормы советского права.– С. 157.
- 2.См.: Красавчиков О. А. Диспозитивность в гражданском регулировании //Советское государство и право.– 1970, № 1.– С. 45; ЯИ он лен В. Ф. Указ. раб.– С. 85.
- 3.См.: Яковлев В. Ф. Указ. раб.– С. 86–87.
4. См.: Илларионова Т. И. Начала диспозитивности и императивности в гражданско-правовом договоре //Гражданско-правовой договор и его функции.– Свердловск: Изд-во УрГУ, 1980.– С. 48.
5. См.: Нормы советского права.– С. 168.
- 6.См.: Путинский Б. И. Договор в новых условиях хозяйствования //Хозяйство и право, 1987, Л"о 2.– С. 42.
- 7.См.: Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор.– М. Юрид. лит., 1972.– С. 68.
- 8.Формы и методы социалистического хозяйствования: закономерности и совершенствование.– М.: Экономика, 1987.– С. 303.

9. Прав Д. Н. Сафиуллин, считающий, что решение- арбитража о понуждении исключает признание договора соглашением (См.: Указ. раб.– С. 22).

10. См.: Нормы советского права.– С. 186–190.

чОм.: Иоффе О. С. Юридические нормы и человеческие поступки //Актуальные вопросы советского гражданского права.– М.: Юрид. лит., 1964.– С. 27.

12. См.: Нормы советского права.– С. 191, 193.

13. Здесь есть сходств о с инициативными условиями, которые включаются в договор без предписания, в том числе диспозитивных норм или в случае отсутствия решения в законодательстве //См.: Хозяйственный договор: общие положения.– С.42.

14. См.: Брагинский М. И. Хозяйственный договор: каким ему быть?–М.: Экономика, 1990.– С. 110.

Глава 3

1. См.: Купцов В. И. Детерминизм и вероятность.– М.: Полит. лит., 1976.–С. 14, 15, 23, 29, 30.

2. См.: К а новой В. Г. Аксиома выбора н аксиома детерминированности.– М.: Наука, 1984.– С. 5.

3. См.: Медведев Ф. А. Рачшая история аксиомы выбора.– М.: Наука, 1982.– С. 19.

4. См/. Козелецкий Ю. Психологическая теория решений.– М.: Прогресс, 1979.–С. 9–15, 67, 68, 74.

5. Там же.–С. 87, 88, 90, 108, 122.

6. См.: Там же.–С. 1-95, 197, 204, 208, 209, 219–221.

7. См.: Ойгензихт В. А. Мораль и право: взаимодействие, регулирование, поступок.– Душанбе: Ирфон, 1987.– С. 108–111.

8. См.: Радушевский В. Д. Риск, конфликт и неопределенность в процессе принятия решения и их моделирование //Вопросы психологии.– 1974, № 2.– С. 8–9.

9. См.: Ойгензихт В. А. Воля и риск //Правоведение, 1984, № 4.–С. 43.

10. См.: Альгин А. П. Указ. раб.– С. 21, 25, 26. А б у л ь х а к о в а Славская К. А.– Деятельность и личности.– М.: Наука, 1980.–С. 62. Альгин А. П. Указ. раб.– С. 46.

11. Там же.– С. 48–51.

15. См.: Там же –С. 117–123.

16. См.: Баколтановский В. И. Моральный выбор личности: альтернативы и решения.– М.: Полит, лит., 1983.– С. 12, 17.

17. См.: Демин М. В. Проблемы теории личности (социально-философский аспект).– М.: Изд-во МГУ, 1977.– С. 187.

18. См.: Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление (очерки тер'рии, философии и психологии права).– Душанбе: Дониш, 1983. – С. 79.

19. См.: Мапун В. С. Потребности и психология социальной деятельности личности.– Л.: Наука, 1983.– С. 75–78, 80, 88, 90, 94,– 134–136.

Г л а в а 4

1.См.: Язев В. А. Закон о советской торговле.– М.: Юрид. лит., 1987.–С. 103; Мозолин В. П., Кабалкин А. Ю. Совершенствование законодательства об обслуживании граждан в СССР //Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания граждан.– М., 1983.– С. 7.

2.См.: Кабалкин А. 10. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания.– М.: Наука, 1980.– С. 150.

3.См.: Язев В. А. Правовые вопросы торгового обслуживания граждан.– С. 45. Сейчас правила торговли опротестованы Комитетом конституционного надзора и Прокуратурой СССР.

4.Ом.: Кабалкин А. 10. Сфера обслуживания: гражданско- правовое регулирование.– М.: Наука, 1972.– С. 183.

5.См.: Ой сен зияет В. А. «Исполнительские» риски //Укрепление социалистической законности и совершенствование законодательства– Душанбе, 1984.– С. 76.

6.См.: Права и обязанности покупателя и торгового предприятия.– М.: Юрид. лит., 1975.– С. 143–146.

7.См.: Баринов Н. А. Имущественные потребности и гражданское право.– Саратов: Изд-во университета, 1987.– С. 151.

8.См.; Гальперин Л. Б, Деревянко Г. Ф, Качество товаров в обязательствах купли-продажи.– Томск: Изд-во университета, 1982,– С. 106, 109, 115.

9.См.: Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания.– С. 146.

10. См.: Тархое В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву.– Саратов: Изд-во университета, 1973.–С. 191.

11.См.: Гальперин Л. Б., Деревянко Г. Ф. Указ раб.- с. 102–104.

12.См.: Стоякин Г. Я. Бытовое обслуживание -населения (общая характеристика правового регулирования бытового заказа) //Гражданское право и сфера обслуживания.–Свердловск, 1984.– С. 73.

Г л а в а 5

1.См.: Бернштейн К. Указ. раб.– С. 2–5.

2.См.: Ойгензихт В. А. Риск случайной гибели вещи и невозможности исполнения обязательств //Труды юридического факультета.– Душанбе: Госуниверситет, Ю72.– С. 214–344.

3.См.: Бернштейн К. Указ, раб.–С. 83, 97, 182.

4.Есть и иное мнение (см.: Новицкий И. Б., Лунд Л. А. Указ. раб.– С. 128.

5.Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – 1990.– № 6.–С. 26–45.

6.СМ.: Ландкоф С. И. Предмет обязательства и альтернативное обязательство //Советское государство и. право.– 1956, № 6,–С. 119.

7.См.: Бернштейн К. Указ. раб.– С. 208. Такое факультативное обязательство, как указано выше, мы относим также к альтернативным в широком смысле этой категории. Не случайно факультативное обязательство (при возможности, замены передачи предмета каким-либо другим действием) называют альтернативным управомочием (См.: Новицкий И. Б., Лунд Л. А. Указ. раб.– С. 129).

8.См.: Бернштейн К. Указ. раб.– С. 256.

Глава 6

1.СМ.: О Й Г С Н З И Х Т В. А. Воля и волеизъявление.– С. 121..

2.СМ.: Гавзе Ф. И. Указ. раб.– С. 65, 85, 86.

3.См.: Сафиуллин Д. Н. Роль нормативных предписаний в определении содержания хозяйственного договора //Роль договора в регулировании общественных отношений.– Пермь: Изд-во университета, 1979.– С. 137–138.

4. Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве.– Душанбе, 1984.– С. 11–18.

5.См.: Договор в народном хозяйстве (Вопросы общей теории).– Алма-Ата: Наука, 1987.–С. 16–26, 43.

3.См.: Яковлев В. Ф. Механизм гражданско-правового регулирования на службе перестройки //XXVII съезд КПСС и механизм гражданско-правового регулирования общественных отношений.– Свердловск, 1988.– С. 12.

7.См.: Торган К. Э. Имущественные интересы производственного объединения (гражданско-правовой аспект).– Рига: Зинатиз, 1982.– С. 71, 81.

8.См.: Путинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях.–М.: Юрид. лит., 1984.– С. 159–160.

9.См.: Сафиуллин Д. Н., Губин Е. П., Суханов Е. А- Указ раб.– С. 40.

10.ОП СССР–1988, № 28.–ст. 77.

4.См.: Крылова З. Г. Ответственность по договору поставки.– М.: Юрид. лит., 1987.–С. 41.

Глава 7

1.См.: Толстой Ю. К. К, теории правоотношения,– Л.: Изд-во ЛГУ, 1956 –С. 27.

2.См.: Назаров Б. Л. Социалистическое право в системе социальных связей.– М.: Юрид. лит., 1976.–С. 150–159, 162–164, 170.

3. См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права.– Т. I.– Свердловск, 1972.– С. 355.

4.СМ.: Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении.– М.: Юрид. лит., 1974.– С. 1-27, 222.

5.См.: Гавзе Ф. И. Указ, раб.–С. 75, 77; Кутафин О. Е. Плановая деятельность советского государства (Государственно- правовой аспект).–М.: Юрид. лит., 1980.– С. 97.

6.См.: Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции //Гражданско-правовой договор и его функции.– Свердловск: Изд-во УрГУ, 1980.– С. 17.

7.См.: Бару М. И. План и договор //Учен. зап. Харьковского юридического института. Выл. 8.– Харьков, 1957.– С. 41–43.

8.См.: Быков А. Г. План и хозяйственный договор.– М.: ИЗД-ВО МГУ, 1976 –С. 15.

9.СМ.: Там же.– С. 16, 31–32.

го См.: Калмыков 10. Х. Правовое регулирование хозяйственных отношений.– Саратов: Изд-во университета, 1982.– С. 136–140.

10. См.: Абова Т. Е. Арбитражный процесс в СССР: понятие, основные принципы.– М.: Паука, 1985.– С. 109.

Г л а в а 8

1.См.: Александров Н. Г. Законность и -правоотношения в -советском обществе.– М.: 1955.– С. 84.

2. См.: Ойгензихт В. А. Проблема риска в гражданском праве (Часть общая).– Душанбе: Ирфон, 1972.– С. 179.

3. См.: Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству.– М.: Госюриздат, 1963.– С. 63.

4.См.: Рахмилович В. А. О противоправности как основании гражданской ответственности //Советское государство и право.– 1964, № 3.– С. 53.

5.См.: Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности.– М.: Юрид. лит., 1970.– С. 24. В юридической литературе не все признают то, что бездействие способно- привести к объективному результату. Но такой - подход встретил аргументированное опровержение.

6.См.: Шевченко Л. С. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями.– Владивосток, 1989.– С. 8–10, 14.

7.См.: Кудрявцев В. Н., Малеин Н. С. Закон и пределы правомерного поведения //Советское государство и право, 1980.– № 10.–С. 31–34.

8.См.: Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском -праве.– Душанбе: Ирфон, 1976.– С. 59, 86.

9.См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского .права.– М.: Юрид. лит., 1950.– С. 198.

10.См.: Малеин Н. С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность.– М.: Юрид. лит., 1985.– С. 29, 31, 38, 40.

11.См.: Русшвили А. В. Категория противоправности в гражданском праве //Гражданско-правовая норма и. формы ее применения.– Тбилиси: Мецинереба, 1982.– С. 5, 11, 13, 15, 20, 26– 30, 42.

12.См.: Клеандров М. И., Мирзоев С. Б., Ойгензихт В. А. Социалистическое правовое государство (1'5 бесед за «Круглым столом») .– Душанбе: Ирфон, 1990.–С. 69.

18.См.: Ойгензихт В. А. Мораль и право,–С. 14–16.

14.СМ.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском -праве.– М.: Юрид. лит.– 1989.–С. 24, 35 37, 46–49.

18.См.: ГГ к а ч е н к о Ю. Г. Методические -вопросы теории правоотношений–М.: Юрид. лит., 1980.–С. 146, 147, 158, 159.

- 16.См.: Алексеев С. С. Указ, -раб,-С. 57–60, 65–67.
- 17.СМ.: Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия.– Томск: Изд-во университета, 1967,–С. 127–129.
- 18.См.: Алексеев С. С. Указ. раб.– С. 69, 70, 90, 91, 106,
- 19.См.: Заменгоф З. М., Шут а е в А. А. Закон о государственном предприятии, Как его применять.– М.: Юрид. лит., 1989.– С. 35.
- 20.См.: Молодцов М. В., Шахов В. Д., Якушев В. С. Права ,предприятия.– Свердловск: Средне-Уральское изд-во, 1989.– С. 19.
- 21.См.: Экономика и жизнь.– 1990. № 25.
- 22.См.: Известия, 21 февраля 1989.
- 23.См.: Замен гоф З. М., Ш у г а е в А. А. Указ. раб.– С. 28–29.
- 24.См.: Алексеев С. С. Указ. раб.– С. 176–178.

Глава 9

- 1.См.: Алексеев С. С. Собственность – право–социализм.– М.: Юрид. лит.,–1989,–С. 53, 54, 100, 104, 145, 147.
- 2.Существует мнение, что не следует создавать арендное предприятие, а сразу предприятие, основанное на одном из видов коллективной собственности (См.: Рахмилович В., Путинский С. Аренда государственных .предприятий //Советская юстиция, 1990, № 16.– С. 6).
- 3.Правда, 1 декабря 1989.
- 6.См. Прозоров В. Аренда предприятий .(объединений) //Хозяйство и право. 1990.– № 4.– С. 4–5.
- 5.См.: Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета ССОР.– 1989, № 9.– ст. 214.
- 6.Экономика и жизнь.– 1990, № 12.– С. 14.
- 7.См.: Басин 10. Г. Некоторые существенные особенности аренды государственного имущества //Советское государство и право,– 1990, № 5.– С. 57.
- 8.См.: Толстой Ю. К. Социалистическая собственность и оперативное управление //Проблемы гражданского права.– Л.: Изд-во ЛГУ, 1987.
9. См.: Право собственности, в СССР.– М.: Юрид. лит., 1989.– С. 34.
- 10.См.: Шкредов В. П. Экономика и право.– М.: Экономика– 1990,– С. 98.
- 11.См.: Ойгензихт В. А. Субъекты осуществления права общенародной собственности (современные тенденции) //Право собственности в условиях совершенствования социализма.– М.: 1989.–С. 55.
- 12.См.: Экономика и жизнь, 29, 1990.– С. 15.
- 13.См.: Демченко И. Монополист против монополизма //Известия, 11 августа 1990.
- 14.См.: Практический комментарий – ГК РСФСР.– М.: Госюриздат, 1931.–С. 584, 598, 600.
- 15.С.М.: Экономика и жизнь.– № 27, 1990.– С. .12–14; № 29, 1990,–С. 14.

16.См.: Алексеев С. С. Акционеры по команде //Правда, 10 сентября 1990.

17.См.: Интервью с И. .Китайгородским //Экономика и жизнь.– № 27, 1990,–С. 15.

18.См.: Крушинский И. Частное – частнику //Известия 16 августа 1990.

19.См.: Севликянц Г. Разберемся в терминах //Правда востока, 16 августа 1990. Частная собственность выделяется и в проекте Закона о собственности Таджикской ССР.

20.См.: Романюк В. Малый бизнес в ССОР //Известия, 30 августа 1990.

21.См.: Право собственности в СССР.– С. 158.

22.р. п. Манаикова обосновывает целесообразность «брачного договора» е правом на применение вида общей собственности (См.. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. Цивилистический аспект //Автореферат диссерт. .докт. юрид. наук. М,– 1990,–С. 37.

23.См.: Исмаилов Ш. М. Теоретические проблемы правового регулирования сельскохозяйственной кооперации.– Душанбе: До-- ниш, 1990.– С. 177.

24.См.: Ойгензихт В. А. 'К вопросу о «колхозном дворе» //Конституционное развитие Таджикской ССР, выл. 1.– Душанбе, РЭ80.– С. 115.

25.См.: Ойгензихт В. А. Юридическое лицо и трудовой коллектив: сущность, поведение, ответственность.– Душанбе, -1988, Правда, в юридической литературе не исключается признание юридическим лицом и трудового коллектива ,(См.: Братусь С. Н. Право государственной собственности и имущественная самостоятельность государственного предприятия //-Право собственности в условиях совершенствования социализма.– С. 49.

26.См.: Бунич П. Как разделить государственную собственность //Известия, 23 августа 1990. Прав М. Крушинский, -опровергающий отнесение кооперативной собственности к частной (См.: Указ, раб.), хотя в проекте Основ гражданского законодательства существует и иной подход.

27.См.: Явич Л. С. Социализм: право и общественный прогресс.– М.: Юрид. лит., 1990.– С. 137.

28.См.: Шкредов В. П. Указ. раб.– С. 99.

Глава 10

1.СМ.: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Указ, раб.–С. 236.

2.См.: Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении.– М.: Юрид. лит., 1974,–С. 316–320, 423.

3.См.: Договор в народном хозяйстве (Вопросы общей теории).– Алма-Ата, 1987.– С. 95.

4.См.: Путинский ,Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях.–М.: Юрид. лит., 1984 –С. 134–1-35.

5.См.: Там же.–С. 137, 140, 145, 147.

6.См.: Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав,–М.: Изд-во МГУ, 1972,–С. 187.

7.См.: Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер.–Томск: Изд-во университета, 1982 – С 52 53 61, 66.

8.См.: Братусь С. Н. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений между хозяйственными организациями //XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права гражданского процесса.– М., 1982.– С. 30.

9.См. Константинова В. С. Правовое обеспечение хозяйственных обязательств.– Саратов: Изд-во университета, 1987.— С. 25–26.

10.См.: Калмыков Ю. Х. Хозрасчет промышленного предприятия (правовые вопросы).– М.: Юрид. лит., 1972.– С. 125.

11.См.: Ем В. С. Гражданско-правовое принуждение как средство обеспечения плановой дисциплины //Правовые проблемы обеспечения дисциплины в хозяйственных отношениях. Сб. научных трудов – Караганда, 1985 –С. 25; Васькив В. В., Качанова В. В., Клеандров М. И. Оперативные санкции в народном хозяйстве.– Куйбышев, 1985.– С. 6–30.

12.См.: Константинова В. С. Указ. раб.– С. 21, 30, 31.

13.См.: Тарасов М. А. Поощрения – способ обеспечения договорных обязательств //Советское государство и право.– 1060, № 6,–С. 119–121.

14.См.: Басин 10. Г. Гражданско-правовые формы экономического стимулирования как фактор укрепления договорной дисциплины //Договорная дисциплина в советском гражданском праве–• Межвузовский сборник научных трудов.– Свердловск, 1985.– С. 35, 41, 42.

15.См.: Яковлев В. Ф. Гражданско-правовые средства обеспечения реального и надлежащего исполнения хозяйственных договоров //Гражданское право, эффективность и качество.– Свердловск, 1977.– С. 90.

16.См.: Пронина М. Г. Обеспечение исполнения норм гражданского права.– Минск: Наука и жизнь, 1974.– С. 31.

Г л а в а 11

1.См.: Алов А. Н., Михеев И. Н., Козлова Н. Г. Хозяйственные связи (планирование, организация, совершенствование).– М.: Экономика, 1986.–С. 4, 7, 10, 13, 15, 17, 19, 29.

2.См., например, Федоров И. В. Хозяйственные связи в СССР –Томск, 1978,–С. 72.

3.См.: Селиванов А. И., Садреева А. Х. Прямые длительные хозяйственные связи.– М.: Экономика, 1981.– С. 9.

4.См.: Сулейменов М. К. Структура договорно-хозяйственных связей (проблемы теории и практики).– Алма-Ата: Наука, 1980 –С. 23, 25, 28.

5.См.: Клейн Н. И. Организация договорно-хозяйственных связей.– М.: 1976.–С. 1'1.

6.См.: Сулейменов М. К. Указ. раб.– С. 34, 45, 47.

7.См.: Махи он а В. И. Теория хозяйственных связей.– М.: Экономика, 1985.– С. 142.

8.См.: Гарновская Е. А. Эффективность правового регулирования материально-технического снабжения.– Л.: Изд-во ЛГУ, 1976.–С. 53-57.

9.См.: Луць В. В. Заключение и исполнение хозяйственных договоров.– М.: Юрид. лит., 1978.– С. 18.

10.См.: Гавзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор.– М.: Юрид. лит., 1972.– С. 101 –102.

11.См.: Сулейменов М. К. Указ. раб.– С. 83, 85, 91.

12.См.: Ойгензихт В. А. Правовые формы взаимодействия сторон хозяйственно-договорных отношений в АПК (Правовые аспекты совершенствования хозяйственного (механизма в АПК.–Тюмень, 1989.–С. Э1–32; См. также Сафиуллин Д. Н. Преимущества и недостатки договора контрактации //Хозяйство и право 1981, № 11–С. 29–31.

13.См.: Семеусов В. А. Договоры в сельском хозяйстве: методология и концепция.– Иркутск: Изд-во университета, 1989.– С. 1-6–Э4.

14. Д. Н. Сафиуллин справедливо полагает, что существует и право выбора типов обязательств, которые даже не зафиксированы в законодательстве, создание -новых юридических моделей (Ом.: Теория и практика правового регулирования хозяйственных связей в СССР //Авто-реф. дис. ..докт. юрид. наук.– М.– 1990.– С. 29–30).

15.См.: Маркович И. Б. Жилищное право. Закон и практика,– М.: Юрид. лит., 1990.– С. 257.

16.См.: Бронштейн М. Инстинкт шлагбаума //Известия, '29 .сентября 1990.

Глава 12:

1 См.: например, Договор в народном хозяйстве /Вопросы общей теории.– С. 35.

2.См.: Плеханов Г. В. Избр. философские произведения.– Т. 2.– М.: Госполитиздат, 1956.– С. 304–307.

3.См.: Гриценко В. М. Проблема обоснования выбора в свете социального -поведения //-Вестник МГУ. Серия VIII.– 1972, № 1.– С. 6–7.

4.Подробно см.: Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление. –С. 64–82.

5.См.: Михайлов Н. Повысить практическую эффективность договора //Хозяйство и право, 1990.– № 1.– С. 42.

6.См.: Брагинский М. И. Хозяйственный договор. Каким ему быть?–М.: Экономика, 1990.– С. 109.

7.См.: Лаптев В. В. Хозяйственное право в условиях экономической реформы //Советское государство и право.– 1989, № 2.– С. 34–45.

8.См.: Ойгензихт В. А. Регулятивная функция -хозяйственного договора как элемента нового хозяйственного механизма //Экономико-правовые проблемы перестройки хозяйственного механизма.– М.: АН СССР, Институт государства и права.– 1989.– С. 91–94.

9.См.: Тарковская Е. А. Указ, раб.–С. 61–62.

10.См.: Хохлов С. А. Договорная работа.– Свердловск, 1986.–С. 61.

11. См.: Брагинский М. И. Указ. раб.– С. 111.

12.См-: Калмыков Ю. Х. Хозрасчет промышленного предприятия (Правовые -вопросы).– С. 84.

13.См.: Путинский Б. И. Договор в новых условиях хозяйствования //Хозяйство и право. 1987, № 2.– С. 15–17.

14. См.: Путинский Б. И. Договор поставки и план реализации,– М.: Юрид. лит., 1975 –С. 134, 155.

Глава 13

1.См.: Комментарий и ГК КазССР.– Алма-Ата: Казахстан, 1990.–С. 292.

2. См.: Язев Б. А. Закон в советской торговле.– М.: Юрид. лит., 1987,–С. 99–100.

3.См.; Генкин Д. М. Великая отечественная война и вопросы гражданского права //Учен. зап. ВИЮН, вып. 3.– М. Госюр- издат, 1944.– С. 10.

4.См.: Никитюк П. С. Жилищное право.– Кишинев: Штиинца, 1988.– С. 83.

5.См.: Никитюк П. С. Указ. раб.– С. 84–86.

6.См.: Чиквашен л и Ш. Д. Жилищное право.–Тбилиси,. Собчата сакартвело.– 1989.– С. 100.

7.См.: Там же.– С. М3. Автор бесспорными членами семьи признает родителей и детей любого члена семьи нанимателя.

8.См.: Ч и г и р В. Ф. Жилищное право.– Минск. Высшейшая школа, 1986.– С. 76–77. По некоторым кодексам для нетрудоспособных «.иждивенцев не требуется ведение общего хозяйства.

9.Ойгензихт В. А. Субъекты жилищных отношений //Основы советского жилищного законодательства.– Свердловск УрГУ, 1981.– С. 76–77; И. С. Вишневская (Ом.: Советское жилищное право. Ростов, 1986,– С. 33) считает недостатком ЖК РСФСР отсутствие указания в нем «а постоянный характер проживания.

10. См.: Маслов В. В. Право на жилище.– Харьков. Вища. школа, 1986.– С. 30. Новые проблемы возникают при приобретении нанимателем квартиры в собственность. Права члена .семьи должны быть расширены (См.: Мананко в а Р. П. Правовые проблемы членства в семье.– Томск, 1985.– С. 70).

11.Иное разъяснение дает А. Г. Диденко, ориентируясь на ЖК КазССР,– выселение опекунов и попечителей (См.: Право на жилье.– Алма-Ата: Койнар, 1989.– С. 53.

12. См.: Грибанов В. П. Основы советского жилищного законодательства.– М.: Знание, 1983.– С. 112.

13. См.: Чиквашвили Ш. Д. Указ. раб.– С. 202–205. О необходимости согласия истца на вариант обмена указывают Е. О. Харитонов и Н. А. Сачшахметова (См.: Правовое обеспечение надлежащей реализации права на жилище.– Киев: УМК ВО 1990.– С. 65).

14. См.: Шиминова М. Я- Государственное страхованием в. СССР. (Правовые вопросы).– М.: Наука, 1987.– С. 203.

15. См.: Шиминова М. Я. Страхование история, действующее законодательство, перспективы.– М.: Наука, 1989.– С. 64–65, 74.
16. См.: Там же.–С. 87, 126, 143, 146, 147, 150, 156.
17. См.: Чернышева С. А. Правовое регулирование конкурсов в сфере художественного творчества //Проблемы современного- авторского права.– Свердловск, УрГУ. 1980.– С. 96.
18. См.: Гаврилов Э. П. Советское авторское право /Основные положения. Тенденции развития.– М.: 1984.– С. 140–141.
- 19.См.: Савельева И. В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества.– М.: Изд-во МГУ, 1986,– С. 80, 85–87.
- 20.См.: Там же.– С. 116.
- 21.См.: Чернышева С. А. Правовое регулирование авторских отношений в кинематографии и телевидении1.– М.: Наука, 1984.–С. 97.
- 22.См.: Там же.– С. 98–99.
- 23.Известия, 8 апреля 1990.
- 24.См.; Дронилов В. К. Наследственное право Украинской ССР.– Киев: Вища школа, 1974.– С. 127.
- 25.См.: Никитюк П. С. Наследственное -право и наследственный процесс.– Кишинев: Штиинца, 1973.– С. 183, 184–151.

Глава 14

- 1.См.: Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории).– М.: Юрид. лит., 1976.– С. 42.
- 2.См.: Там же.– С. 85.
- 3.См.: Там же.– С. 92–93.
- 4.См.: С леса рея В. Л. Экономические санкции в советском гражданском праве.– Красноярск, 1989.– С. 152–153.
- 5.См.: Братусь С. Н. Материально-правовой аспект гражданской юридической ответственности О роли юридической ответственности в условиях ускорения социально-экономического развития.– Тарту, 1987.– С. 7, 8, 12.
- 6.См.: Там же.–С. 12.
- 7.См. Ойгензихт В. А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве.– Душанбе, 1984.– С. 106–107.
- 8.СМ.: Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. – Л. 1983.–С. 117.
- 9.СОм.: Савичев Г. П. Предприятие и правовые санкции.– М.: Юрид. лит., 1981.– С. 34.
- 10.См.: Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер.– Томск, 1(982. Кстати, к охране, а не, к ответственности относит виндикационный иск и И.Д.Егоров (См.: Гражданско-правовое регулирование экономических отношений.– Л., 1986.–С. 68).
- 11юСм.: Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве //Проблемы гражданско- правовой ответственности и защиты гражданских прав.– Свердловск, 1973.– С. 5–45;

Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер,– Свердловск, УрГУ,. 1980.– С. 11–42. К охранительным защитным мерам должны относиться « меры по предотвращению отрицательных последствий (См.: Суханов Е. А. Превентивная функция имущественной ответственности //Сов. государство и право, 1982.– С. 51).

12.См.: Варул П. Методологические проблемы исследования-гражданско-правовой ответственности.– Таллин: Ээсти раамат. 1986,–С. 58.

13.См.: Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав.– С. 186–191.

14.См.: Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер.– С. 43–59; Слесарев В. Л. Указ. раб.– С. 104 и сл.

15.См.: Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Имущественная ответственность и оперативные санкции ,в системе хозяйственного механизма //Правоведение.– 1984.– № 3.– С. 31–34.

16.См.: Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций.– Киев; Наумова думка, 1088.– С. 122.

17.См.: Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер,–С. 62–76.

18.См.: Илларионова Т. И. Значение форм вины в дифференциации гражданско-правовых санкций //Сов. государство и право, 1978, № 8.– С. 129–130.

19.См.: Донцов С. Е., Маринина М. Я. Имущественная ответственность за вред, причиненный личности.– М.: Юрид. лит., 1986,– С. 90.

20.См.: Шахматов В. П. Право личной собственности на автомобиль.– Красноярск, 1986.– С. 132.

21.См.:Сейнароев Б. М. План и договор: материальное стимулирование.– М.: Юрид. лит., 1989–С. 38–44; Рахманкулов Х. А. Договорные отношения в агропромышленном комплексе,– Ташкент, Фан, 1989.–С. 273.

Х у л о с а

Гузариш ба муносибатҳои бозорӣ дигаргунӣ қатъиро дар муназзамсозии ҳуқуқӣ, аз ҷумла соҳай ҳуқуқи гражданиро талаб менамояд. Вай бояд бо ду роҳ ба амал бароварда шавад:

1. Бо роҳи пурзур намудани ҳимояи ҳуқуқи гражданинҳо ва манфиати молумулкии онҳо;

2. Таъмини озодонаи шартнома, рақобат, роҳ надодан ба ҳукм-фармоии инҳисорӣ, мууроот намудани интизоми шартномавӣ.

Монография маҳз ба ҳамин масъалаҳо бахшида шуда, дар он масъалаҳои мазкур аз нуктан назари альтернативӣ, имконият додани ҳуқуқи интиҳоб ба иштирокчиёни муносибатҳои ҳуқуқӣ, мустақилона қабул намудани қарор то дараҷае, ки ба манфиати тарафҳо ҷавоб медиҳад, тадқиқ карда мешавад.

Дар боби 1, ки «Кушиш мекунем сарфаҳм равем» ном дорад, мафҳуми «альтернатив» ва «альтернатива», фарқи онҳо аз мафҳуми «факультив», «диспозитив» ва «ухдадорихои гуруҳӣ» дода мешавад. Аломатҳои ин мафҳумҳои овардашуда, баҳам монандии онҳо муайян карда мешавад.

Муаллиф на танҳо тарафдори фаҳмиши маҳдуд, балки васеи альтернатив буда, маҳз аз ҳамин нуктаи назар онро тадқиқ менамояд.

Б об и 2 ба «Нормаҳои альтернативӣ» бахшида шудааст. Дар он мазмун ва таҳлили актҳои қонунгузорӣ дода мешавад. Ба нормаҳои диспозитивӣ, аз он ҷумла ба нормаҳои, ки барои ҳимояи -манфиати гражданинҳо равона карда шудааст, диққат дода шуда ба нормаҳои ҳуқуқие, ки муносибатҳои -корхонаҳои социалистиро ба тартиб мебароранд, аҳамияти махсус дода мешавад. Дар ҳамин боб ба инкишофи, нормаҳои тавсиявӣ дар давраи гузариш ба бозори иқтисодӣ диққат дода мешавад.

Боби 3—«Интиҳоби альтернативӣ ва альтернативии интиҳоб» номида шудааст. Дар он масъалаҳои моҳияти психологӣ ва механизми интиҳоби альтернативӣ ва қарор дар ҳолатҳои нисбатан муайян ва номуайян тадқиқ карда мешавад. Ба интиҳоб дар ҳолати номуайян ва интиҳоби нававарона диққат дода мешавад. Қайд карда мешавад, ки альтернатива ба худидоракунии рафтор, шуурнокӣ ва ирода ба интиҳоби дуруст алоқаи зич дорад.

Дар б о б и 4 —«Ухдадорихои альтернативӣ ва вазифаҳои альтернативӣ» яке аз намудҳои муҳими альтернатив — у хдадорихои альтернатив» ва дар шароити иқтисоди бозорӣ васеъшавии истифодабарии вазифаҳои альтернативӣ дар шартномаҳо тадқиқ карда мешавад. Шартномаҳои альтернативии гуногун, ки дар муносибати хеш байни гражданинҳо истифода бурда мешавад, таҳлил шуда, ба масъалаҳои сифати мол на маҳсулот, муҳлатҳои кафолатнок, инчунин дигар ҳуқуқ ва ухдадорихои муайян тадқиқ карда мешавад.

Б о б и 5—«Роҳи сеюм нест» ба масъалаҳои роҳҳои нобудшавии предметҳои альтернативӣ, номумкин будани иҷрои ухдадорихо бахшида шудааст. Дар адабиёти юридикии шуравӣ ва дар қонунгузориҳои амалкунанда ин проблема бо тарзи кифоя баррасӣ нашудааст. Чун қоида дар ҷуинин

ҳолатҳо уҳдадорихои альтернативӣ дар баъзе маврид ба ғайриальтернативӣ табдил меёбад. Маҳз ба воситаи альтернативӣ роҳҳои дигари ҳалли ин ва ё он масъалаҳо пешкаш мамудан мумкин аст.

Б о б и 6 – «Интихоби муштарак, созиш бо консесус» ном дорад. Дар он масъалаҳои ниҳоят муҳими давраи ҳозира – давраи гузариш ба бозор, ҷустуҷуи роҳҳои ҳалли масъалаҳои истифодабарии альтернатив ва созиш дар ҷунин ҳолатҳо мавриди тадқиқ қарор гирифтааст. Диққати махсус ба хоҳишу иродаи тарафҳо, роҳ надодан ба даҳолати маҷбурӣ дар муносибати банки онҳо дода мешавад. Як қатор актҳои нормативноки муносибатҳои хоҷагидориро батартиб медароранд, таҳлил карда мешавад.

Б о б и 7 – ба «Ирода дар шартнома ва маҳдудияти интихоби альтернативӣ» бахшида шудааст. Дар он диққати махсус ба проблемаҳои номаҳдуд батартибдарории муносибатҳо дар шартномаҳои хоҷагӣ, ба шартнома додани сифатӣ нав дар шароити гузариш ба иқтисоди бозорӣ дода мешавад.

Б о б и 8 – «Маҷоз аст он чӣ хилофӣ қонун нест» ном дорад. Дар он амал на дуруст татбиқ намуданн принципи мазкур, инҷунин масъалаҳои риоя намудани нормаҳои ҳуқуқ ва ахлоқ ба ҳамалоқамандон мафҳумҳои «маъъ карда шудааст» ва «муҳолиф нест», кобплиятӣ .маҳсуни сохибҳукукии қархона бо пазардошти донунн онд ба қорхонаҳо, а.чалпётӣ прннцп.хон умумни ҳуқуқн, ба ҳамалоқамандии мадсад ва воента баррасм мешавад. Муносу- батҳои пав ба рафторн тарафҳо, истпфоцап ҳаматрфаи рафтори альтернативӣ, интихобн кодап рафтор ва пмкопятаи дукукиро мефадам онад.

Боби 9–«Муноенбатҳои худудии альтернативии содибмул- дӣ» ба масъалаҳои мавҷудияти шакл.хен гуногунн му.носубатҳои дудудни альтернативии содибмулкп ва альтернативам ' дудудп со- дибмулкӣ бахшида шудааст. Мудимтарннн ҷуннн альтернативҳо ичора мебошад. Муаллиф ба ҳулоса меояд, ки ичора дар бисер ҳолатҳо дамҷун альтернативаи дукудн молнкнйӣ, фурушп молнкнйя- тп .давлатӣ дар шаронтн муноенбатҳои бозорн баромад менаояд. Масъалаҳои н.ҷтпхобл нҷораи коллсктивп мехнатӣ, роли маҳсуни коллектнвн пҷорагнрамдагон ва ешнбаъд пнгод доштапн он дар ичорап қорхс.иа ва шптирокчин дудудп .моликнйятн коллсктивп булан ондо дпда баромада мешавад. Ба дам алоқамандп дудудии оператнвпн идорақунп ва альтернативам он, ҳуқуқн пурра ҷдора- қунп хоҷагӣ, кп яке аз аломатҳои асосин он нмкоипятаи доплскти- 'визаҷня ва привнтнзациаи моликнйятн давлатӣ мебошад, таддиқ карда мешавад. Ба ҷамънйятн акционерӣ ахамнйятн маҳсус доаа ме-шавад. Ҳуқуқн моликнйятн граждашшихо ннз якҷанд альтернатива дорад ва мувофиқн он гражданин мставонад памуддои гупогупи онро шптнхоб намоянд, аз ҷумла роди прпвазациа, барпо намуданн қар.хонадоп хурд, моликнйятн индивидуала, намудҳои моликнйятн .мехнатӣ ва дохқонӣ. Имҷуннн иштирокн бевоситаи қорқуи дар мо- япқияти қордона альтернатива мебошад.

Дар боби 10 «Альтернативам таъмини инрои уҳдадорихо»

сухая дар боран альтернативам мптпхабп тарзҳои таъмини анъана- ,вӣ ба мопанди лоустуворн, гарав, банъопа, кафолат, шаклҳои нави онҳо ба мопанди нарх, қарздиҳп, ҳисаббаробаркунӣ ва ғайраҳо ба сифатҳои ҳамаамалӣ барои таъмин ва нӯрон уҳдадорҳои ҷамъияти «Бурда мешавад. Муаллиф исбот менамояд, ки ҷавобгарӣ, шаклҳои гуногуни он, иҷтимоӣ ҷораҳои оперативӣ воеитан таъмини нӯрон Уҳдадорҳои мебошанд.

Дар боби 11 «Альтернативаҳои шартнома» масъалаҳои альтернативам, хоҷагии гуногун дар шароити мунобатҳои бозори, инчунин шаклҳои гуногуни шартномаҳо таҷриба қарда мешавад. Яке аз масъалаҳои марказии он озодии мунобатҳои шартномавӣ дар давраи гузарш ба бозор мебошад. Хусусати тарбиявии шартнома, маҳом панаҳи эҷоди қарда мешавад. Зарурияти мунобатҳои альтернативӣ дар бастан шартномаҳои гуногун ва озодии тарафҳо ҳама қарда шуда, шаклҳои альтернативии шартномаҳо бо иҷтимоӣ ҷораҳои ҷамъияти таҷриба қарда мешавад.

Дар боби 12 «Шартномаҳои хоҷагии ва шароитҳои альтернативӣ» зарурияти озодии мунобатҳои шартномаҳои хоҷагии асосӣ қарда шуда, оянда нашоитан муносибати бе альтернатива, вана мунобатҳои мунобатҳои шартномаҳо дар шароити бозори идтиҷорӣ дида Саромада мешавад.

Барои даст қарда аз тариқи ғайри альтернативӣ мунобатҳои шароитҳои ва таҷриба додани пор, маҳом ҳуқуқи бо мақсади вазъати аҷмоиди альтернатива дар онҳо як қатор таҷрибаҳои пешрафта қарда мешавад.

Дар боби 13 «Ҳуқуқ, уҳдадорӣ, альтернативаҳо» ба номунобатҳои камали ва мунобатҳои иҷтимоӣ дар шартномаҳои гуногун, кишати ҷамъияти альтернативии маҳдуд менамоянд, таҷриба дода мешавад. Ин ба мунобатҳои муаллифӣ, сугурта ва меросият тааллуқ қарда дорад.

Шароитҳои альтернативии дар мунобатҳои манзил, ки маҳом ҳуқуқи ба мунобатҳои аҷмоиди онла, ҳама мандоли иҷтимоӣ, инчунин намуди таъмин манзил таҷриба қарда, барои ҳама нашоитан, ки альтернатив таҷрибаҳои нешиҷорӣ қарда мешавад.

Боби 14 «Альтернативам масъулият». Дар ин альтернатива ҷавобгарӣ таҷриба қарда мешавад. Ба сифати альтернатива ҷавобгарӣ, нӯрон уҳдадорӣ, ҷораҳои ҳама, ҷораҳои оперативӣ, инчунин таҷрибаҳои супоридаи лоустуворн, ҷораҳои ҳамаамалӣ таҷриба қарда мешавад. Зарурияти ҳуқуқи интиҷорӣ дар таҷриба мунобатҳои ҳама гуна шакли ҷавобгарӣ ва умуман ҷавобгарӣ, ки он талаби бозори иҷтимоӣ аст, нишон дода мешавад. Исбот қарда мешавад, ки ҳама зарари ба мопанди баъзе ҷораҳои оперативӣ шакли ҷавобгарӣ мебошад. Таҷрибаҳои нешиҷорӣ қарда мешавад, ки дар вақти таҷриба мунобатҳои ҷавобгарии деликтӣ альтернативаҳои ҳама мунобатҳои қарда мешавад. Ҳама тарзи дар ҳама аспекти ғайримунобатҳои ҳуқуқи ҷамъияти интиҷорӣ ва альтернативаҳо дар шароити демократиконии батарибаҳои ҳуқуқи, маҳдуд сохтани батарибаҳои дароми барзиёд, ҳама мунобатҳои озодии шартномавӣ дар шароити бозори маҷриба таҷриба қарда ғайриҷамъияти.

Оглавление	
Предисловие	
ПОПРОБУЕМ РАЗОБРАТЬСЯ.....	
Глава 2.	
АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ НОРМЫ.....	
Глава 3.	
ВЫБОР АЛЬТЕРНАТИВЫ И АЛЬТЕРНАТИВА ВЫБОРА.....	
Глава 4.	
АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ	
ОБЯЗАННОСТИ	
Глава 5.	
ТЕРТИМ'NON DATUR?.....	
Глава 6.	
СОВМЕСТНЫЙ ВЫБОР, КОМПРОМИСС, КОНСЕНСУС	
Глава 7.	
ВОЛЯ В ДОГОВОРЕ И ОГРАНИЧЕНИЕ ВЫБОРА	
Глава 8.	
РАЗРЕШЕНО ВСЕ, ЧТО.....	
Глава 9.	
АЛЬТЕРНАТИВЫ ПРАВООТНОШЕНИИ СОБСТВЕННОСТИ.....	
Глава 10.	
АЛЬТЕРНАТИВЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ.....	
Глава 11.	
АЛЬТЕРНАТИВЫ ДОГОВОРА.....	
Глава 12.	
ХОЗЯЙСТВЕННЫЕ ДОГОВОРЫ И АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ	
УСЛОВИЯ....	
ПРАВА, ОБЯЗАННОСТИ, АЛЬТЕРНАТИВЫ	
АЛЬТЕРНАТИВЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ	
Примечания	
Хулоса.....	

Ойгензихт Виктор Аркадьевич

АЛЬТЕРНАТИВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Художественный редактор В. Нелюбов Технический редактор Л.
Шашкова Корректор Н. Калинина
ИБ № 2545

Сдано в набор 20.11.90. Подписано в печать 4.01.91. Формат 84x108^{1/32}
Бумага типографская № 2. Гарнитура «Литературная». Печать высокая. Уел.
печ. л. 9,24. Усл. кр.-отт. 9,519. Уч. изд. л. 9,83. Тираж 2000. Заказ 1947. Цена
60 коп.

Издательство «Ирфон», 734063. Душанбе, ул. Айни, 126.

Межвузовская типография при ТГУ им. В. И. Ленина.

Душанбе, ул. Лахути, 2.

СПИСОК КНИГ ОЙГЕНЗИХТА В.А.

Т/Р	Полное наименование книг
1	Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве (Часть общая) / Министерство народного образования Таджикской ССР; Таджикский государственный университет им. В.И. Ленина; В.А. Ойгензихт. – Душанбе: Издательство «Ирфон», 1972. – 224 с.
2	Ойгензихт В.А. Презумпции в советском гражданском праве / Министерство народного образования Таджикской ССР; Таджикский государственный университет им. В.И. Ленина; В.А. Ойгензихт. – Душанбе: Ирфон, 1976. – 190 с.
3	Ойгензихт В.А. Имущественная ответственность в хозяйственных договорах: Учебное пособие / Министерство высшего и среднего специального образования Таджикской ССР; Таджикский государственный университет им. В.И. Ленина. Юридический факультет; В.А. Ойгензихт. – Душанбе, 1980. – 112 с.
4	Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права) / Академия наук Таджикской ССР; В.А. Ойгензихт; Ответственный редактор – академик АН Таджикской ССР, доктор юридических наук, профессор С.А. Раджабов. – Душанбе: Издательство «Дониш», 1983. – 256 с.
5	Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве: Утверждено коллегией Министерства высшего и среднего специального образования Таджикской ССР в качестве учебного пособия / Министерство высшего и среднего специального образования Таджикской ССР; Таджикский государственный университет им. В.И. Ленина; В.А. Ойгензихт. – Душанбе, 1984. – 128 с.
6	Ойгензихт В.А. Мораль и право: Взаимодействие. Регулирование. Поступок / В.А. Ойгензихт. – Душанбе: Издательство «Ирфон», 1987. – 160 с.
7	Ойгензихт В.А. Юридическое лицо и трудовой коллектив: Сущность. Поведение. Ответственность. Учеб. пособие. — Душанбе, 1988. 116с.
8	Ойгензихт В.А. Альтернатива в гражданском праве / В.А. Ойгензихт. – Душанбе: Ирфон, 1991. – 176 с.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	3
Проблема риска в гражданском праве (Часть общая)	10
Презумпции в советском гражданском праве	208
Имущественная ответственность в хозяйственных договорах	371
Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права)	465
Нетипичные договорные отношения в гражданском праве	709
Юридическое лицо и трудовой коллектив: Сущность. Поведение. Ответственность	817
Альтернатива в гражданском праве	906
Список книг Ойгензихта В.А.	1040

