

195\*

77793  
9-15

КЧЯ

М. М. Аблоковъ.

Приватъ-доцентъ Демидовскаго Юридическаго Лицея.

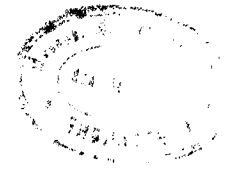
Министерство Юстиціи

**ВЛІЯНІЕ**  
**ВИНЫ ПОТЕРПѢВШАГО**  
**НА РАЗМѢРЪ**  
**ВОЗМѢЩАЕМЫХЪ ЕМУ УБЫТКОВЪ.**

68897

«Quod quis ex culpa sua  
damnum sentit, non intelle-  
gitur damnum sentire».  
[Pomponius. l. 203. D.  
50 17].

**ТОМЪ ПЕРВЫЙ.**  
**ЧАСТЬ ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ.**



Ярославль.  
Типографія Губернскаго Правленія.  
1910.

347:347.92

Я-154

Рк

По определению Совета Дек. Юридич. Лицея печать разбивается.  
Директор Лицея М. Чубинский.



778

## Оглавление.

### ВВЕДЕНИЕ.

Понятие *причины* в философии и в науке права. Различное отношение того и другого понятия к вопросу: какой круг моментов и условий, лежащих в лице потерпевшего, получают самостоятельное значение со-причины, и какие условия играют лишь пассивную роль страдательного состояния, получающего воздействие извне, и падающая поэтому на голову делинквента.—Постановка вопроса о *зачете вины*. Отличие *compensatio culprae* от *compensatio delictorum* и зачета взаимных требований.—Юридическое оправдание института зачета вины. I. Теория *Mommsen's* [его школа: *Windscheid, Arnoldi, Bekker, Faas*]. Критика его теории «перерыва субъективной причинной связи». II. Теория *Demelius's* [его школа: *Fromageot, Arndts*]. Критика его теории «*volenti non fit iniuria*». III. Теория *Pernice-Bar* [их школа: *Cohnfeldt, Brinz, Weinrich, Dernburg, Plog, Kahlenbeck, Labowsky, Leyden, Endemann*]. Критика их теории «перерыва объективной причинной связи». Французская доктрина: «всякий должен отчетом за вред, причиненный его ви-

ной» [Mateau, Sourdat, Ripert, Saleilles].  
 IV. Теорія Pernice-Laurent [ихъ школа: Meumann, Sourdat]. Критика ихъ теорій: «само-вина ослабляетъ вѣняемую вину на сторонѣ делинквента». V. Теорія, снабжающія самовину самостоятельнымъ значеніемъ. Конструкція зачета вины по формулѣ зачета двухъ деликтныхъ правонарушений [Demolombe, Kohler]. VI. Теорія процессуальнаго зачета вины [Hartter, Levison, Eick, Schröder]. VII. Теорія зачета вины, какъ принципа справедливости [Labowsky, Leyden, Gubel]. Критика этой теоріи.—Другія теоріи зачета вины, какъ принципа справедливости [Wendt, Eisenbach, Rahm, Randa, Stammer, Burkhardt, Guenx, Sourdat, Lavombière]. VIII. Теорія зачета встрѣчныхъ каузальностей [Krückmann].—Вопросы, обнимаемые ученіемъ о зачетѣ вины. Значеніе для нашей темы изясненія сущности *причинной связи и вины*.—  
 Планъ работы

1—64

## ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Понятія вины и причинной связи въ господствующихъ ученіяхъ западно-европейской литературы.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Ученіе о винѣ технической.

§ 1. Объективный составъ понятія вины. Методы французскихъ [исходный пунктъ—индивидуализмъ] и нѣмецкихъ [исходный пунктъ—потребности оборота] юристовъ.—Общая основ-

ная идея зап.-европ. доктрины: вина есть дѣяніе вредоносное, необходимо и нерасторжимо связанное съ идеей гражданской ответственности передъ потерпѣвшимъ лицомъ . . . . .

65—78

### § 2. Субъективный составъ понятія вины.

Судьба института вины на французской и германской почвѣ. Объективированіе понятія вины французскими юристами (понятіе риска). Субъективированіе понятія вины нѣмецкими юристами [вина—погрѣшность воли] . . . . .

78—86

I. Вмѣненіе лицу его дѣянія. I. Французская доктрина: виновное дѣяніе предполагаетъ разуміе и сознаніе дѣятеля, т. е. приуроченіе дѣянія къ свободной инициативѣ лица. Дѣятель долженъ сознавать фактическое значеніе учиняемаго. II. Германская доктрина: вѣняемость есть деликто-способность, т. е. та духовная зрѣлость, которая установлена закономъ, какъ условіе гражданской ответственности; дѣятель долженъ сознавать фактическія и юридическія послѣдствія учиняемаго . . . . .

86—110

II. Вмѣненіе лицу результата его дѣянія. I. Лицо должно приспособлять свое поведеніе къ доступнымъ человѣческому познанію условіямъ таинимъ образомъ, что бы не возникли для третьихъ лицъ убытки. Различіе между французской и германской доктринами. II. Субъективная причинная связь между волей делинквента и вредомъ. 1) Какія событія способны стоять въ субъективной связи съ виной лица. 2) Въ чемъ состоитъ эта связь? Понятіе *dolus eventualis*. 3) На какое звено каузальной серіи должно быть направлено предвидѣніе дѣятеля? 4) Какой масштабъ примѣнимъ при этомъ изслѣдованіи? . . . . .

110—134

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## Учение о винѣ нетехнической.

§ 1. Юридическая природа понятія самовины. I. Теорія, усматривающая въ самовинѣ оскорбленіе правовой обязанности, на почвѣ погрѣшности противъ «доброй вѣры». — Теорія *Liszt'a*, *Gottschalk'a*, *R. Weyl'a*. Критика традиціонной теоріи. — II. Теорія: «вина противъ самого себя» *Zitelmann'a* [его школа: *Rümelin*, *Leyden*, *Guhl*, *Eick*, *Traeger* и др.] III. Теорія *G. Schwarz'a*. . . . . 135—156

§ 2. Субъективное содержаніе понятія самовины. [Вопросъ о вмѣненіи дѣянія]. I. Ученіе традиціонной теоріи вины. II. Ученіе новой теоріи «вины противъ самого себя». Несостоятельность этихъ ученій. III. Ученіе «теоріи полнаго вмѣненія» [*Weyl*, *Piper*, *Pfizer*]. Его исходный пунктъ: интересы потерпѣвшаго. Несостоятельность этой теоріи. IV. Теорія—самовина есть голая каузальность.—*Endemann'a* [его школа: *Crome*, *Croissant*, *Wendt*, *Krasnopolsky* и др.]. Ея исходный пунктъ: интересы отвѣтника. Критика этой теоріи . . . . . 157—177

§ 3. Объемъ той *diligentia*, несоблюденіе которой образуетъ самовину. [Степень виновности потерпѣвшаго]. I. Теорія *Mommsen'a*: [его школа: *Windscheid*, *Arnoldi*, *Hass*, *Hesse*] «*culpa levissima*». II. Теорія *Labowsky*, *Scholtmeyer*, *Zitelmann*: «*culpa in concreto*» — съ объективной точки зрѣнія судьи. III. Теорія *Dernburg'a* [его школа: *Ryck*, *Köhler*, *Dronke*, *Eick*, *Bernhöft*]: «*culpa in concreto*» съ субъективной точки зрѣнія дѣйствующаго лица. IV. Тео-

рія *Laurent* [его школа: *Sourdut*, *Saleilles*], *Endemann'a* [*Plog*, *Wahl*, *Eck*]: «*culpa lata*» 177—191

§ 4. Вопросъ о субъективно-каузальномъ моментѣ въ понятіи самовины. [Вопросъ о вмѣненіи потерпѣвшему результата дѣянія]. I. Теорія *Rümelin'a* [его школа: *Oertmann*, *Weinrich*, *Franz*]: «*aversari in re illicita*». Отношеніе французскихъ юристовъ къ этой теоріи. II. Теорія *Endemann'a*. [его школа: *Gottschalk*, *Westerkamp*]: самовина есть содѣяніе правонарушительному факту. Критика этого ученія. III. Теорія *Liszt*, *Cohn*. [ихъ школа: *Traeger*, *Scholtmeyer*, *Labowsky*, *Kuhlenbeck*, *Cosack*]: самовина есть предвидѣніе убытковъ. IV. Господствующая теорія [*Litten*, *Leyden*, *Boetke*, *Eick*, *Eger* и др.]: самовина есть предвидѣніе вредоноснаго результата . . . . . 191—207

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Учение о причинной связи.

Значеніе уясненія сущности причинной связи для ученія о зачетѣ вины. Общая картина развитія каузальныхъ теорій. Краткая ихъ характеристика . . . . . 208—215

## I. Индивидуализирующія каузальныя теоріи.

§ 1. Теорія общей причинной связи [теорія философско-логическія]. Ученіе *Buri—Liszt*. Ихъ школа. I. Обоснованіе ихъ теоріи. II. Каузальность упущеній. III. Перерывъ причинной связи. IV. Възвѣщиваніе сопричинья. V. Выводы. VI. Критика теоріи . . . . . 215—227

§ 2. Теорія различенія причины и повода. [Теорія: причина *causa efficiens*].



VIII.

*А. Объективная каузальная теория* κατ'ἔξοχην. Учение *Binding - Birkeneyer*. Ихъ школа. I. Обоснованіе ихъ теорій. II. Каузальность упущеній. III. Перерывъ причинной связи и взвѣшваніе сопричиній. IV. Выводы. V. Критика теорій.

*В. Субъективная каузальная теория* κατ'ἔξοχην. I. Учение *Bar—Erdemann*. Ихъ школа. Учение *Hess'a*. Его школа. Обоснованіе ихъ теорій. II. Каузальность упущеній. III. Перерывъ причинной связи. IV. Взвѣшваніе сопричиній. V. Выводы. VI. Критика ихъ теорій . . . 227—262

II. Обобщающія каузальныя теоріи [теоріи адекватнаго причиненія].

Общія положенія. Классификація теорій . . . 262—265

§ 3. Субъективныя теоріи [ex ante].

*А. Школа Kies'a. В. Школа Thon'a. С. Школа Traeger'a* . . . . . 265—269

§ 4. Объективныя теоріи [ex post]. Теорія *Rümelin'a*. Его школа. Обоснованіе его теорій.

Отношеніе адекватныхъ теорій къ вопросамъ: I. Каузальности упущеній. II. Перерыву причинной связи. III. Взвѣшванію сопричиній. IV. Выводы.—V. Критика адекватныхъ теорій . . . 269—284

IX.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Теорія зачета вины. Критика господствующихъ теорій и наши выводы.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Понятіе вины. Критика основныхъ пунктовъ традиціоннаго ученія.

Основные тезисы традиціоннаго ученія о сущности технической и нетехнической вины. Критика сабдующихъ тезисовъ:

§ 1. Вина есть оснорбленіе чужой правовой сферы. Несостоятельность включенія въ опредѣленіе *вины* момента неправоумности и отвѣтственности. Вина есть уречное состояніе воли дѣятеля къ событію, а не къ субъекту права. Ошибочность различенія вины технической и нетехнической . . . . . 285—307

§ 2. Вина есть ошибка въ познаніи каузальности дѣянія, обязанная недостаточному напряженію духовныхъ силъ [*non providere*]. Несостоятельность ученія о *dolus eventualis*. Понятіе «сознательнаго небреженія» . . . . . 307—310

§ 3. Виновное дѣяніе можетъ исходить лишь отъ виновнаго лица. Различеніе деликтоспособности и вмѣняемости. Несостоятельность традиціоннаго отождествленія вмѣняемости и деликтоспособности . . . . . 310—327

§ 4. Выводы. Несостоятельность традиціоннаго различенія вины технической и вины нетехнической . . . . . 327

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

## Понятіе причинной связи.

§ 1. Сущность проблемы. Общая критика философско-логической теории. I. Неприемлемость «условной теории». Отношение вопроса о развитии каузальной серии къ вопросу о размѣрѣ убытка. Сближеніе этихъ понятій въ господствующей литературѣ. II. Общіе соображенія въ пользу адекватной теории . . . . . 328—339

§ 2. Съ какого момента начинается теченіе каузальной серии? Отношеніе условія къ предшествующимъ факторамъ. Граница между *условіемъ* и *причиной*. Каузальность упущеній 339—346

§ 3. Отъ совокупности какихъ условий, наличныхъ въ моментъ дѣянія и позднѣе приводящихся, мы должны исходить при установленіи событий, входящихъ въ составъ каузальной серии? Понятіе «ex ante познаваемыхъ условий». Отличіе нашей теории отъ теорій *Ramelin'a*, и *Kries'a*. Вопросъ о включеніи въ кругъ условий неблагоприятныхъ отклоненій въ организмъ потерпѣвшаго. Обобщеніе результата . . . . . 346—353

§ 4. Установленіе причинной связи между послѣдовательнымъ чередованіемъ звеніевъ одной каузальной серии. Вопросъ о перерывѣ причинной серии. Различеніе понятій: каузальная серия и причинная связь. Вопросъ объ адекватности «дальнѣйшихъ слѣдствій»; теорія *Schmoller'a*, ея несостоятельность.—«Перерывъ выполненности» по ученію *Gottschalk'a*; его несостоятельность.—Понятіе перерыва причинной связи. Несостоятельность традиціоннаго ученія о «*pauca causa*».—Когда не можетъ быть рѣчи о перерывѣ причинной связи? . . . . . 353—373

§ 5. Установленіе конкурирующей каузальной серии. Вопросъ о взвѣшиваніи сопричинъ. Какое условіе играетъ роль сопричины. Критерій для различенія случаевъ перерыва причинной связи отъ случаевъ параллельнаго теченія содѣйствующей каузальной серии. Вопросъ о взвѣшиваніи каузальной силы отдѣльныхъ сопричинъ . 373—377

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Наши выводы изъ предшествующаго изложженія. Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ.

§ 1. Поведеніе потерпѣвшаго не отражается на размѣръ ответственности делинквента. Поведеніе потерпѣвшаго есть адекватное слѣдствіе поведенія делинквента. Случаи консумации каузальной серии до момента привожденія вины потерпѣвшаго . . . . . 378—382

Поведеніе потерпѣвшаго отражается на размѣръ ответственности делинквента.

§ 2. Вліяніе вины потерпѣвшаго на виновность делинквента. I. Исключеніе неправомерности дѣянія. II. Исключеніе вины. III. Ослабленіе вины . . . . . 382—397

§ 3. Вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь между правонарушеніемъ и вредомъ. Критерій для отличія этихъ случаевъ отъ случаевъ, когда поведеніе потерпѣвшаго образуетъ конкурирующую каузальную серію. Дѣятельность потерпѣвшаго: 1) исключаетъ возникшеніе начальнаго результата, 2) нарушаетъ нормальное теченіе каузальной серии . . . . . 397—407

§ 4. Поведеніе потерпѣвшаго можетъ быть рассматриваемо, какъ содѣйствующая причина

вредоносного результата. Вопрос о каузальности «*versari in re iudicata*». Когда мы имеем со-причинную деятельность потерпевшего?—Вина потерпевшего в этом тивъ отношений не может въ принципъ снять всей ответственности съ делинквента

407—417

§ 5. Распределение убытковъ между сторонами при наличности обоюдной вины. I. Масштабъ для распределения убытковъ между сторонами. Несостоятельность учения господствующей теоріи (масштабъ вины). Неприемлемость принципа имущественной состоятельности. *Каузальный* принципъ въ роли масштаба. Пріемы взвѣшивания степеней каузальности. II. Акцессорное допущеніе принципа вины. Комбинированіе двухъ принципозъ: каузальности и виновности. III. Зачетъ вины въ случаѣ виновнаго содѣянія законнаго или договорнаго представителя той или другой стороны. Преемство на сторонѣ истца

417—458

## ВВЕДЕНІЕ.

Задачи настоящаго изслѣдованія.—Критическій обзоръ главнѣйшихъ теорій о юридическомъ основаніи зачета вины.—Планъ работы.

Безспорной съ философской точки зрѣнія истиной надо считать то положеніе, что въ созданіи каждаго явленія принимаетъ участіе не одинъ, а цѣлый рядъ факторовъ<sup>1)</sup>. Правда, не всѣ antecedенты известнаго событія участвуютъ въ *процессѣ измѣненія* одного состоянія въ то состояніе, которое вызываетъ вопросъ о *причинѣ* событія, но всѣ они важны для сужденія о причинѣ конечнаго конкретнаго результата, взятаго самостоятельно и обсуждаемаго независимо отъ тѣхъ предшествующихъ фактовъ, которые опредѣляли *состояніе*, подвергнувшееся вліянію стороннихъ силъ.

Съ философской точки зрѣнія понятіе *причины* не предполагаетъ различія между элементами деятельными и страдательными. Въ природѣ нѣтъ ничего такого, что было бы исключительно пассивно, такъ же какъ нѣтъ ничего такого, что было бы исключительно активно<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Д. С. Милль, Система логики, т. I, стр. 359: „Настоящую причину составляетъ совокупность являющихся предшествующихъ фактовъ, и, говоря философски, мы не имеемъ никакого права называть причиной одинъ изъ нихъ, исключая другіе“.

<sup>2)</sup> Д. С. Милль, т. I, стр. 368: „Различіе между деятельнымъ началомъ и страдательнымъ чисто-словесное: страдательныя начала всегда деятельны“. Н. Lammersch, Handlung und Erfolg, Grönd. Zeit. IX, стр. 246.

Законы, например, нашей органической и духовной жизни так же непосредственно активны при наших чувственных ощущениях, как законы физической материи и исходящей от нее силы [колебания света, звуковая волна и пр.] <sup>1)</sup>. Основание изменения страдательного объекта не может поэтому лежать исключительно въ воздействующемъ объектѣ; оно должно быть усмотрѣно также и въ страдательномъ объектѣ; послѣдній также принимаетъ *активное* участие въ созданіи конкретнаго результата; его нельзя разсматривать, какъ просто-пассивный объектъ, на который дѣйствуетъ вѣншая сила. Причину измѣненія состоянія надо всегда искать во взаимномъ отношеніи тѣхъ.

Послѣднія положенія философіи не лишены значенія и для насъ-юристовъ.

При всякомъ вредоносномъ событіи, представляющемъ собой столкновение двухъ тѣхъ, мы также можем констатировать въ лицѣ страдательнаго субъекта наличность круга условій, которыя передъ безпристрастнымъ объективнымъ трибуналомъ правосудія возводятъ потерпѣвшаго изъ роля *жертвы* въ положеніе *дѣльца*.

Наблюдая явленія нашей повседневной жизни, мы констатируемъ тотъ фактъ, что во всемъ богатомъ разнообразіи жизненныхъ отношеній крайне рѣдки тѣ случаи, когда жертва играетъ чисто пассивную роль; когда несчастіе какъ бы ищетъ потерпѣвшаго, безъ того, чтобы послѣдній не сдѣлалъ ни одного шага къ нему. На практикѣ въ громадномъ большинствѣ случаевъ оное равно содѣйствуетъ наступленію событія, и лишь въ исключительныхъ случаяхъ въ провешествіи роли сторонъ строго распределены: полная активность на

<sup>1)</sup> Д. С. Милль, т. I, стр. 367: «даже тѣ свойства предмета, которыми, по видимому, всего причастнѣе было бы называть состояніемъ самого предмета, его осязательными качествами, его нѣтъ, твердость, форма и т. п., суть, на дѣлѣ, явленія связи причины со сдѣйствіемъ,—явленія, въ которыхъ вещество явно представляетъ начало дѣйтельное или дѣйствующую причину».

сторонѣ делинквента,—абсолютная пассивность на сторонѣ потерпѣвшаго <sup>1)</sup>.

Въ научной юридической доктринѣ пользуется общимъ признаніемъ еще одно положеніе, которое модифицируетъ первый философскій тезисъ применительно къ практическимъ потребностямъ правосудія.

Основной идеей перваго философскаго тезиса было признаніе равноцѣнности вѣхъ antecedentov (условій) даннаго конкретнаго результата и возведеніе ихъ на степень *причины* послѣдующаго событія.

Всѣ юристы согласны въ томъ, что изслѣдовать причину убытка или вредоноснаго результата—(а лишь эти вопросы могутъ интересовать цивилиста)—означаетъ изслѣдовать причину *перехода* даннаго лица или вещи изъ одного состоянія въ другое; юристъ-практикъ не заинтересованъ въ изслѣдованіи причины настоящаго состоянія, въ которомъ это лицо или вещь находится.

Поэтому, юристъ остерегается разсматривать, какъ *условіе* результата, саму вещь или само лицо или обстоятельства, опредѣлившія предшествующее событію состояніе, ибо весь вопросъ и сводится къ тому, что бы узнать: что измѣнило *это* состояніе въ состояніе худшее <sup>2)</sup>.

Но, чѣмъ болѣе мы при изслѣдованіи несчастнаго событія [напр. моторъ задавливаетъ на улицѣ прохожаго] центръ тяжести будемъ класть въ отысканіи причины *процесса перехода* одного состоянія тѣла въ другое, тѣмъ болѣе мы будемъ склонны не считаться съ тѣми факторами, которые лежатъ въ лицѣ самого страдательнаго субъекта. При такомъ изысканіи причины мы имѣемъ дѣло съ двумя субъектами въ

<sup>1)</sup> Ср. М. Teisserre, Essai d' une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. (Paris, 1901), стр. 164—170; Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. (Marburg, 1904), стр. 14—16.

<sup>2)</sup> H. Lammusch, о. с. 251; R. Guex, La relation de cause à effet (Lancanne, 1904), стр. 103—113.

еяльномъ юридическомъ отношеніи [созданномъ фактомъ нанесенія вреда]: *делинквентомъ* и *потерпевшимъ*; мы ни на одно мгновеніе не упускаемъ изъ виду, что одной стороной во вновь возникшемъ юридическомъ отношеніи является *потерпевшій* и третируемъ его, именно, въ этомъ свойствѣ. При этомъ одностороннемъ освѣщеніи прошествія мы исходимъ изъ идеи, что данное лицо не пострадало бы, даже сохраняя все свои физическіе и духовные недостатки и соблюдая свои порочныя привычки, если бы не было воздѣйствія извѣстнаго.

Всякій фактъ принимается въ соображеніе не самъ по себѣ, но въ его отношеніи къ опредѣленной личной и имущественной массѣ; мы считаемся не съ тѣми возможными результатами, которые вытекаютъ съ необходимостью повсюду и всегда изъ даннаго дѣянія, а съ тѣми результатами, какъ они фактически возникли въ данной конкретной обстановкѣ (*rebus sic stantibus*). Оскорбленная сфера въ ея индивидуальномъ состояніи есть пассивный объектъ, на который воздѣйствуетъ извѣстная сила—«*causa efficiens*»<sup>1)</sup>. Посему, свойства этого пассивнаго объекта, предопредѣлившія результаты, не могутъ разсматриваться съ юридической точки зрѣнія, какъ сопрячины; такъ, къ причинамъ не принадлежитъ тонкій черепъ лица, убитаго легкимъ ударомъ по головѣ, его тѣлесная слабость, свойство его крови, расположеніе къ болѣзнямъ: все эти факторы образуютъ лишь *потенціальную энергію* или *состояніе*, и среди нихъ нельзя искать «причины»<sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, чисто юридическая доктрина, пользуясь другими методами, чѣмъ философія, и преслѣдуя дру-

<sup>1)</sup> Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse (Leipzig. 1865), стр. 137.

<sup>2)</sup> A. Horn, Causalitäts und Wir ansbegriff. Gerichtsanz., Bd. 54 (1897), II, 5—6; стр. 335 и сл.: „Es ist die Ursache einer Erscheinung nur in actualen Bewegungen zu suchen, nicht in latenten Energien“.

гія задачи, чѣмъ тѣ, что ставить себѣ философія, естественно не могла рецепировать философскую теорію безъ всякой модификаціи.

Отклоненія въ благопріятную или неблагопріятную сторону въ экономическомъ или физическомъ организмѣ потерпевшаго не возводятся юристами, на степень момента, имѣющаго самостоятельное каузальное значеніе въ дѣлѣ созданія даннаго вредоноснаго явленія.

Философы, приписывая философіи монополію опредѣленія понятія причины, даютъ и для философіи и для науки права одно опредѣленіе причины, какъ совокупность всѣхъ положительныхъ и негативныхъ условий, за которыми неизмѣнно слѣдуетъ данное явленіе<sup>1)</sup>; лежать ли эти условія извѣстны или въ лицѣ самого потерпевшаго,—это различіе насколько не нарушаетъ принципа равноцѣнности ихъ передъ результатомъ.

Юристы, наоборотъ, не раздробляютъ причины на рядъ равноцѣпныхъ условий; они склонны объединять ихъ въ категоріи, подъ общимъ обозначеніемъ «*состояніе*», которому они противопоставляютъ «дѣйствующую причину», которая проявляетъ свою активную силу надъ этимъ состояніемъ.

Но далѣе этой поправки юристы не идутъ, и изъ нея всѣхъ логическихъ выводовъ они не дѣлаютъ. Наоборотъ, помимо этой поправки, наука права въ ея господствующихъ доктринахъ стоитъ на почвѣ философскаго неразначенія элементовъ активнаго и страдательнаго въ созданіи вредоноснаго результата.

Вопросъ о сущности причинной связи въ высшей степени контроверсенъ въ цивилистической наукѣ. Но все теоріи отъ чисто философскихъ до метафизическихъ согласны въ одномъ положеніи: разъ дѣло идетъ не о пассивномъ состоя-

<sup>1)</sup> Милль, т. I, стр. 364; Кант, Kritik der reinen Vernunft, I, стр. 108.

ни страдающего субъекта, а обь его *волевой дьятельности*, надо—въ интересах справедливости—отвлечься от кажу-щейся пассивной роли потерпевшаго; надо разсматривать его, как третье лицо, как будто дебаты шли мѣсто между двумя содѣателями, и рѣчь шла бы о распределеніи между ними бремени убытка. И къ жертвѣ мы должны примѣнять тѣже принципы каузальных построеній, что и къ дѣятелю-делинквенту.

Въ чемъ бы ни выразалась *волевая* причастность страдающаго субъекта къ убытку, возмѣщеніе котораго онъ ничтъ съ правонарушителя, — въ созданіи ли или неотвращеніи опасности наступленія вреда, нествращеніи или отягченіи послѣдствій наступившаго вреда, или даже въ самостоятельномъ *дѣланіи*, — *степень участія его волевой дьятельности* въ созданіи вредоноснаго событія учитывается веѣми юри-стами для пониженія отвѣтственности делинквента.

Таимъ образомъ, на вопросъ: долженъ ли делинквентъ брать на свою голову всѣ невыгодныя условія и обстоятель-ства, лежащія въ лицѣ обиженаго, или же послѣднія обра-зуютъ самостоятельные факторы, равноцѣнные передъ конеч-нымъ результатомъ съ воздѣйствіями, исходящими отъ делин-квента, — юристы даютъ отвѣтъ съ различеніемъ.

Съ одной стороны, страдающій отъ вторженія извнѣ экономическій и личный организмъ представляется юристамъ, какъ абсолютно пассивный объектъ, и всѣ неблагоприятныя условія, лежащія въ оскорбленной сферѣ, выѣвляются въ счетъ делинквенту цѣлкомъ.

Съ другой стороны, юристы не включаютъ въ самый результатъ дѣланія тѣ ухудшенія въ личной и имущественной сферѣ, которыя обязаны *волевой дьятельности* [нерадѣніе, невниманіе, глупость, небрежность, злостность и т. п.] са-мого потерпѣвшаго.

Дѣланіе делинквента ограничивается кругомъ тѣхъ об-стоятельствъ, которыя лежатъ въ предѣлахъ челоѣческаго

предвидѣнія. Онъ не въ правѣ ожидать отъ каждаго встрѣ-наго проявленія тѣлесной силы, но онъ въ правѣ ожидать, что волееспособные люди будутъ поступать благоразумно, какъ свойственно доброму хозяину.

Делинквентъ нанесть легкую рану въ палець лицу, упорно отвергающаго услуги врача; вслѣдствіе уклошенія отъ меди-цинской помощи, легкая рана ведетъ къ осложненіямъ и вы-зываетъ необходимость ампутаціи руки.

Делинквентъ открываетъ кранъ отъ бочки съ виномъ, принадлежаней третьему лицу. Хозяинъ приходитъ, когда вино вытекло на половину, и, замѣвая течь, остается пас-сивнымъ, хотя одного движенія руки было бы достаточно, что бы предотвратить дальѣйшій убытокъ.

Призваніе въ этихъ и тысячахъ подобныхъ случаяхъ наличности причинной связи между дѣланіемъ делинквента и конечнымъ убыткомъ противорѣчить опредѣленной и здравой тенденціи новѣйшей науки, судебной и законодательной прак-тики, — тенденціи повысить требованія не только къ активной, но и къ пассивной дѣялости лица въ гражданскомъ оборотѣ.

Въ жизненной практикѣ упречное поведеніе потерпѣв-шаго принимаетъ тысячи формъ, трудно поддающихся клас-сификаціи на категоріи. Лицомъ къ лицу съ оскорбленіемъ его правовой сферы потерпѣвшій можетъ принять безчислен-ное множество позицій, и то положеніе, которое онъ выбо-ретъ, будетъ подлежать критикѣ судьи съ точки зрѣнія цѣ-лесообразности его поведенія.

Мальчишка-шалунъ на глазахъ хозяина обѣжить въ вни-мый погребъ.

1) Хозяинъ можетъ предвидѣть несчастіе, и въ его власти предотвратить его изначала, вернувъ шалуна, или указавъ ему на послѣдствія его шалости; если онъ не при-метъ этихъ мѣръ, онъ навлекаетъ на себя упрекъ въ нео-сторожности.

2) Шалуны открываютъ двери погреба; въ погребъ могутъ

проникнуть вору, — это может усмотреть лицо и со средней предусмотрительностью; и здесь хозяин обязан предотвратить несчастие в самом его кориде и залереть двери погреба, под страхом заслужить упрек в непечительности.

3) Шалунь открывает кранъ у бочки съ виномъ. Хозяинъ приходитъ, замѣчаетъ течь. Его обязанность — уменьшить размѣръ текущаго убытка по мѣрѣ его силъ; онъ долженъ, какъ добрый хозяинъ, закрытіемъ крана пресѣчь дальнейшій ростъ убытка.

4) Быть можетъ, бочка была уже съ порокомъ, она дала слабую течь, и шалость мальчика лишь ускорила развязку несчастія; въ этомъ случаѣ мы скажемъ, что хозяинъ самъ непосредственно содѣйствовалъ наступленію результата.

5) Но вотъ, несчастіе завершилось: вино вылито безъ остатка. Это вино предназначалось къ продажѣ и сулило извѣстный барышъ хозяину.

Хозяинъ и въ этотъ моментъ долженъ стоять на стражѣ своихъ интересовъ; онъ долженъ искать на сторонѣ другое вино для перепродажи, под страхомъ, при своемъ нерадѣніи, получить «*non omne omnino, quod [venditor] mora non facta consequi potuit*» [I. 20. D. 18. 6].

Мы видимъ, что отъ перваго до послѣдняго звена развивающейся каузальной серіи потерпѣвшій долженъ вести себя, какъ доброму хозяину свойственно; онъ долженъ приспособлять свое поведеніе къ измѣняющемуся положенію вещей, ибо хорошія качества его и познаются въ несчастіи.

При наличности унущеній подобнаго рода современная доктрина склонна говорить о *содѣйствіи* потерпѣвшаго наступленію вреда. То юридическое отношеніе, въ которомъ делинквентъ и потерпѣвшій въ той или другой степени причинны и виновны въ созданіи вреда, принято называть въ зап.-европейской литературѣ: «*общей*»<sup>1)</sup>, «*взаимной*»<sup>2)</sup>,

<sup>1)</sup> Этотъ терминъ употребляютъ ст. 1841 Цюрихскаго Уложенія.

<sup>2)</sup> Французская юриспруденція говоритъ часто о «*faute réciproque*». Ср.

«*обоюдной*»<sup>1)</sup> виной, а въ русской литературѣ — «*смѣшанной виной*»<sup>2)</sup>.

Поведеніе потерпѣвшаго, погрѣшающее противъ того, «*quod diligens paterfamilias in sua domo facit*» принято называть «*собственной виной*»; тотъ же юридическій эффектъ, который вызываетъ собственная вина, и который состоитъ въ пониженіи и эвентуально въ полномъ погашеніи гражданской ответственности делинквента, принято называть «*зачетомъ вины*»: «*compensatio culpaе*».

Терминологія, впрочемъ, въ изслѣдуемомъ нами вопросѣ далеко еще не установилась.

Въ германской литературѣ, въ частности у комментаторовъ новаго германскаго гражданскаго уложенія<sup>3)</sup>, наиболѣе припатымъ терминомъ является «*личная вина*» [«*eigenes Verschulden*»], а въ судебной практикѣ — «*собственное поведеніе*» [«*eigenes Verhalten*»].

Сами вѣмецкіе юристы считаютъ эту терминологію неудачной. Терминъ судебной практики лишенъ указанія на субъективную виновность лица; терминъ же «*личная вина*»

ст. 3303 Св. Гр. Уз. Губ. Приб.: «при взаимной съ обѣихъ сторонъ неосторожности»...

<sup>1)</sup> «*Faute commune*», «*contributory negligence*», «*beiderseitiges Verschulden*». Послѣдній терминъ употребляютъ *Motive*, II, стр. 24.

<sup>2)</sup> Этотъ неудачный терминъ созданъ русской судебной практикой. [К. Р. 1907/21]. Въ этомъ терминѣ мы не находимъ главнаго: указанія на существованіе двухъ винъ, исходящихъ отъ разныхъ лицъ; онъ вызываетъ ложное представленіе о наличности односторонней вины, въ которой приходится кака-либо принять другой вины, исходящей отъ того же лица. Въ этомъ отношеніи указанный терминъ ведетъ къ смѣшенію съ уголовно-правовымъ терминомъ «*смѣшанная виновность*», въ смыслѣ воплощенія въ одномъ преступномъ собитіи двухъ или болѣе типовъ виновности.

<sup>3)</sup> Германское уложеніе *passim* регулируетъ тѣ отношенія, въ которыхъ обѣ стороны виновны въ созданіи неправомернаго положенія, и даже посвящаетъ двѣ статьи: ст. 254 и ст. 846 спеціально для деликтной области, но никакого особаго термина для вины потерпѣвшаго оно не знаетъ. Терминъ «*eigenes Verschulden*» употребляетъ ж. д. законъ 7 июля 1871 г. (§ 1. R. N. 6).

способен вести къ недоразумѣнью, такъ какъ вызываетъ представленіе о собственной винѣ вредителя, въ противоположность ответственности за чужую вину.

Для избѣжанія недоразумѣній и путаницы многіе юристы предпочитаютъ пользоваться терминомъ *личная вина* лишь для обозначенія противоположности къ *чужой винѣ* [напр. ответственность за вину слугъ, дѣтей, поднадзорныхъ лицъ], для интересующаго же насъ понятія они пользуются выраженіями: «*содѣйствующая вина*» [«Mitwirkendes V.»], «*конкурирующая вина*» [«konkurrierendes V.»], или просто — «*совина*» [«Mitschuld»] <sup>1)</sup>.

Въ нашемъ изслѣдованіи мы также избѣгаемъ ведущаго къ путаницѣ терминъ «личная вина». Но мы считаемъ неприемлемыми и термины: «содѣйствующая вина», «конкурирующая вина». Противъ принятія послѣднихъ терминовъ говоритъ то соображеніе, что разъ мы объективируемъ конечный результатъ двухъ дѣятельностей — дѣятеля и потерпѣвшаго, — разъ мы отрываемъ его отъ конкретной обстановки, чтобы безпристрастно изслѣдовать его независимо отъ тѣхъ индивидуумовъ, которые его создали, — для насъ нѣтъ ни отвѣтчика, ни потерпѣвшаго, а потому не можетъ быть и рѣши о винѣ главной деликвента и винѣ содѣйствующей потерпѣвшаго. Въдь, въ результатѣ нашего изслѣдованія мы можемъ прийти къ выводу, что потерпѣвшій былъ главной виной въ созданіи событія, а то лицо, къ которому онъ обращается за вознагражденіемъ убытковъ, можно упрекнуть лишь въ винѣ конкурирующей!

<sup>1)</sup> R. Weyl, System der Verschuldensbegriffe. [München, 1905], стр. 317—318. Старую терминологию отечественны: М. Ринелин, Die Verwendung der Causalbegriffe, Arch.—Pr. Bd. 90 (1900), стр. 311; Crome, System. I, § 111, стр. 404. Съ т. з. направленія вредносности вины принято говорить о «самопрощеніи» (см. Рашенко О. Л. G. Karlsruhe, 4 июля 1900., Recht. Y (1901), стр. 17, № 25) и «самоврежденіи». Последний терминъ [Selbstschädigung] рекомендуетъ Weyl, о. с. 325.

Намъ кажется предпочтительнѣе выраженіе «*самовина*». Оно не содержитъ указанія, ни на интензивность вины, ни на отношеніе ея во времени къ дѣянію деликвента, — упрекъ, который можно сдѣлать вышеупомянутымъ терминамъ, — а обвиняетъ самую сущность разбираемаго понятія: лицо *само виновато* въ своемъ несчастіи; — какъ часто въ жизни мы говоримъ: «онъ *самъ виноватъ* въ своемъ разореніи», «вы *сами виноваты* въ постигшемъ васъ несчастіи» и т. п. <sup>1)</sup>.

Мы можемъ даже еще опредѣлительнѣе говорить о «*собственной винѣ потерпѣвшаго*», противопоставляя ее не винѣ автора инкриминируемаго дѣянія, а винѣ отвѣтчика, и не упуская изъ вида, что это выраженіе несколько не предрѣшаетъ взаимнаго отношенія поведения двухъ лицъ другъ къ другу, а указываетъ лишь на субъективное отношеніе извѣстнаго лица къ результату.

О «зачетѣ вины» [compensatio suprae] можетъ быть рѣчь лишь тамъ, гдѣ потерпѣвшій содѣйствовалъ возникновенію убытка. Его дѣятельность должна стоять въ причинной связи со вредоноснымъ событіемъ. Поэтому, необходимыми условиями для зачета вины являются: наличность одного вредоноснаго результата и наличность двухъ виновныхъ содѣятелей.

Этихъ условій нѣтъ въ тѣхъ случаяхъ, когда на лицо — два результата, изъ которыхъ каждый можетъ быть приуроченъ къ особому самостоятельному дѣянію. Прелюбодѣніе, совершенное мужемъ, можетъ не вызвать юридическаго эффекта при наличности прелюбодѣнія со стороны жены. Два взаимныхъ оскорбленія могутъ быть погашены взаимно передъ судейскимъ столомъ.

Въ этой категоріи правоотношеній мы имѣемъ два само-

<sup>1)</sup> Ср. ст. 1078 Пр. Гр. Ул.: «Если потерпѣвшій *самъ* отчасти *виноватъ* во своей неосторожности въ причиненіи ему вреда, то судъ можетъ уменьшить размеръ вознагражденія».



стоятельныхъ деликта, и лишь положительная норма закона можетъ установить здѣсь зачетъ [compensatio delictorum]. Въ этихъ случаяхъ субъективное поведеніе двухъ лицъ устраняетъ возникновеніе гражданскаго и уголовнаго притязанія «in ipsa nativitate» на той и на другой сторонѣ, независимо отъ неравенства убытковъ, возникшихъ изъ того или другого деликта: «paria delicta mutua pensatione dissolvuntur» [l. 39 D. 24. 3].

Эти два вида зачета (compensatio culpaе, compensatio delictorum) мы должны строго различать. До новѣйшаго времени познаніе сущности *зачета винъ* было, именно, затруднено тѣмъ, что не различали компенсаціи самостоятельныхъ деликтовъ отъ компенсаціи винъ. Многие изслѣдователи, въ особенности въ старой германской литературѣ, подводятъ «*Kompensatio gegenseitiger Deliktklagen*» подъ болѣе широкую рубрику «*Kompensatio der gegenseitigen Kulpа*»<sup>1)</sup>.

Уже *Krug*<sup>2)</sup> различаетъ «Kompensation gegenseitiger Deliktklagen» и «Kompensation gegenseitigen dolus und gegenseitiger culpa in Contracten», но онъ не касается зачета винъ въ видѣ договорной области, и самъ не сознаетъ значенія проводимаго имъ различія для познанія ученія о «compensatio culpaе».

Лишь новѣйшая доктрина возстаетъ противъ этого смѣшенія; и послѣ работъ *Pernice*<sup>3)</sup>, *Wendt*<sup>4)</sup> и *Bekker*<sup>5)</sup> различеніе двухъ видовъ зачета можно считать окончательно установившимся въ литературѣ.

Не болѣе богата старая литература и по вопросу о

<sup>1)</sup> *Eisenbach*, Diss. de compensatione circa maleficia vel quasi mal., occasione l. 36 de dolo malo. Tübingen 1778. (См. названіе этой книги у *Glück*, Pandecten. Bd. 15, стр. 67).

<sup>2)</sup> *Krug*, Die Lehre von der Compensation. Leipzig. 1833.

<sup>3)</sup> *Pernice*, Labeo II стр. 90—102.

<sup>4)</sup> *Wendt*, Eigenes Verschulden. Iher. Jahrb. für die Dogmatik. XXXI (1892) стр. 146 и сл.

<sup>5)</sup> *Bekker*, Die Actionen. I. стр. 172.

томъ, во имя какихъ юридическихъ принциповъ имѣетъ мѣсто пониженіе гражданской ответственности делинквента при наличности самовины потерпѣвшаго. Пониженіе ответственности всегда отиѣчало правовому чувству юриста-практика; ни доктрина, ни законодатель никогда не вдавались въ изслѣдованіе или регламентацію вопросовъ, разрѣшеніе которыхъ диктовалось природой вещей.

Сами римскіе юристы оставляютъ интересующій насъ вопросъ безъ отвѣта; ученіе о компенсаціи въ римскомъ правѣ обязано своимъ развитіемъ исключительно практикѣ. Законодательство, ни республиканское, ни имперское не шло далѣе санкціи тѣхъ положеній, которыя были выработаны практикой.

Скучные источники, коими мы располагаемъ, касаются преимущественно *компенсаціи взаимныхъ требованій* и прямого значенія для интересующаго насъ предмета не имѣютъ.

Юридическая литература въ среднихъ вѣкахъ—безбрежна<sup>1)</sup>; но и она также занята исключительно болѣе контроверснымъ вопросомъ объ условіяхъ зачета взаимныхъ договорныхъ требованій.

Лишь новѣйшая доктрина подчеркиваетъ различіе зачета винъ въ области деликтной отъ зачета двухъ матеріально-правовыхъ договорныхъ обязательствъ.

Такъ, *H. Hartter*<sup>2)</sup> положительно указываетъ на различіе компенсаціи взаимныхъ злостныхъ или виновныхъ

<sup>1)</sup> См. перечень у *Krug*, о. с. стр. 3—5.

<sup>2)</sup> *Ferd. Hartter*, Das römisch-deutsche Recht der Compensation. (München, 1837) стр. 138: «ибо, тогда какъ въ основѣ этой компенсаціи лежитъ фикція взаимныхъ предоставленій,—здѣсь наступаетъ лишеніе въ силу закона тѣхъ гражд. правовыхъ притязаній, которыя оба делинквента имѣли бы другъ противъ друга, не соверши они сами деликта. Если два лица провинятся другъ передъ другомъ въ однородныхъ дѣяніяхъ,—то въ видѣ наказанія поганаются ихъ взаимныя притязанія. Этотъ зачетъ законъ устанавливаетъ въ видѣ наказанія, такъ какъ онъ никому не даетъ защиты, развѣ оба оскорбляютъ его».

дѣяній, учиненныхъ двумя лицами другъ передъ другомъ отъ компенсаціи взаимныхъ требованій.

Шагъ впередъ дѣлаютъ *Demelius* <sup>1)</sup> и *O. Wendt* <sup>2)</sup>. Они различаютъ зачетъ винъ въ договорныхъ отношеніяхъ и зачетъ винъ въ деликтной сферѣ и стараются дать для каждой категоріи юридическое оправданіе этого зачета; но они не избѣгли ошибки, въ которую впали, вслѣдъ за ними, и многіе ихъ преeminны по работѣ, использовавъ въ римскихъ источникахъ тексты, трактующіе о договорныхъ отношеніяхъ, для обоснованія своихъ теорій зачета винъ въ области деликтной.

Лишь съ того времени, когда юристы пришли къ сознанію глубокаго различія существующаго между *compensatio culpaе* и *compensatio delictorum*, съ одной стороны, и между *compensatio culpaе* въ договорныхъ отношеніяхъ и деликтной сферѣ, съ другой стороны, стала мыслима солидная постановка вопроса объ юридическомъ оправданіи зачета винъ въ деликтной сферѣ.

Вопросъ—по какому правовому основанію самовина потерпѣвшаго вызываетъ правовыя послѣдствія?—стала дебатироваться въ ученой литературѣ съ середины XIX вѣка на почвѣ толкованія «общаго права» (*Gemeines Recht*). Однако въ эту эпоху юристы не пришли къ полному согласію по этому контрoверзному пункту. И въ новѣйшей литературѣ споръ объ юридическомъ оправданіи зачета винъ далекъ еще до окончательнаго разрѣшенія. Наука здѣсь раздѣляется на два враждебныхъ лагеря,—одни—строгихъ логиковъ, другой—ихъ противниковъ.

Первые ищутъ оправданія зачета винъ въ общихъ принципахъ права; пониженіе или погашеніе обязанности возмѣ-

<sup>1)</sup> *Demelius*, Ueber Compensatio der Culpa. Iher. Jahrb. V (1861), стр. 63—69.

<sup>2)</sup> *O. Wendt*, о. с. 143 и сл.

тить убытки является для нихъ *логическимъ* послѣдствіемъ установленнаго и обще признаннаго въ наукѣ положенія. Другіе юристы правовымъ основаніемъ зачета винъ выставляютъ общія соображенія справедливости, не приурочивая послѣднихъ къ какой либо юридической предпосылкѣ.

I. Первымъ изслѣдованіемъ, посвященнымъ научному обоснованію интересующаго насъ вопроса, является солидный трудъ *Mommsen'a*: *Beiträge zum Obligationenrecht, III; zur Lehre von dem Interesse*, Bd. II. [1855].

Его изслѣдованіе касается спеціально римскаго права; но богатая научная аргументація для оправданія разумнаго основанія идей, содержащихся въ источникованных имъ римскихъ источникахъ, обезпечила за его трудомъ вліяніе на умы не только его современниковъ и на судебную практику *Gemeines Recht*, но указало путь, по которому пошли дѣльные ряды поколѣній.

Моммсенъ, въ результатъ тщательнаго изслѣдованія текстовъ, устанавливаетъ сначала то положеніе, что римскіе юристы не требуютъ, чтобы убытокъ, для вытѣненія его дѣятели, былъ необходимымъ слѣдствіемъ инкриминируемаго дѣянія. Иначе, они должны были бы оставить безъ уваженія тотъ убытокъ, который созданъ не исключительно однимъ этимъ дѣяніемъ,—а наступилъ при содѣйствіи другихъ обстоятельствъ.

Въ 1. 22 пр. 1. 23 пр. D. 9. 2, 1. 7 D. 18. 7 убытокъ созданъ не исключительно черезъ инкриминируемый фактъ, здѣсь содѣйствовали еще другіе факты. Поэтому, не имѣетъ значенія, была ли причинная связь между обосновывающимъ отвѣтственность фактомъ и убыткомъ непосредственна или посредственна.

Римскіе юристы вообще требовали возмѣщеніе убытка, поскольку можетъ быть доказана причинная связь; убытокъ



вывод теории Моммзена—полное погашение ответственности  
данным при наличии вины потерпевшего—находить  
себя достигае подтверждение в истории права.

«Потерпевший не в праве требовать возмещения убытка,  
если нанесенный ему вред мог бы быть избежителен через при-  
нятие им меры предосторожности»—безусловные случаи  
применения этого принципа мы находим в источниках  
древнего и средневекового германского права; этот прин-  
цип терпим ограниченное лишь при эволюции нанесенной  
вреда<sup>1)</sup>.

Тот же принцип был реперирован пратской «об-  
мано права» [Gemeines Recht], очевидно под влиянием  
трудов Моммзена и других маститых ученых, как  
напр., Windscheld<sup>2)</sup>, и Bekker<sup>3)</sup>, которые пользуются  
его научные выводы в данном вопросе.

Доctrine Моммзена имеет объективные последствия  
и в XX столетии.

Укажем на работы А. Фисса: Zur Lehre von der  
sogenannten Culpa Compensatio. Diss. Bern, 1904, и Arnoldi,  
Der Einfluss der Abtönung einer Operation. 1899. Оба

автора стоят на почве теории Моммзена; они развивают,  
протягивая тонования римских источников, отвлеченные  
брошенные Моммзеном мысли, которые не получили пол-  
ного выражения в предшествующей монографической ли-  
тературе.

Примечая в выводе Моммзена, эти авторы выста-  
вляют для условий, необходимых для наступления граждан-  
ской ответственности:

1) O. Hamner, Die Lehre von Schadensersatz nach dem Sachsenspiegel  
(1885, Breslau), стр. 72—74.

2) Windscheld, Fandekten. II, § 238.

3) Bekker, I, стр. 173.

1) причинная связь между поведением деликтанта и  
наступившим вредом (объективная сторона отношения),

2) причинное отношение между виной деликтанта и  
наступившим вредом (субъективная сторона отношения).

При наличности конкurreнции двух вин в одном  
правонарушении,—второе субъективное условие отпадает;  
так как вина противника не может быть преисчислима  
дальней, то она *преферваит субъективное отношение*  
между виной потерпевшего и наступившим вредом, и  
дальней отбрасывает лишь постолюку, поскольку его вина про-  
явилась и могла проявить свой эффект<sup>1)</sup>.

В основе того правоотношения, которое принято назы-  
вать *зачетом вины*, лежит одна простая идея: *если не несет*  
*последствия своего отношения потерпевший*.

Такая выводом доктрины Моммзена и его последовате-  
лей.

При всей ясности изложения и категоричности выводов,  
теория Моммзена была матерьялом для различною ей толко-  
вания со стороны юристов, специально занимавшихся вопро-  
сом о зачете вины.

Всего много их в обзоре и спора, ко-  
торых придерживался в своей труд знаменитый ученый.  
Моммзен помышляет свое учение о зачете вины в рубрике:  
«*Uebere Begrenzung des Kausalrechts*». Некоторые юри-  
сты, объясняющие зачет вины с точки зрения передачи  
каузального отношения между субъектом и конечным резуль-  
татом, склонны видеть в теории Моммзена авторитарную  
опору их личному мнению. Такое понимание учения Мол-  
мзена неправомерно; указание на систему и план его труда  
не оправдывает того замечания, что этот ученый обсу-  
дился.

1) Arnoldi, o. c. 67: „Voraussetz und Erhaltung des Delingenten  
erstrecken sich sicher nicht auf ein förtliches, verstocktes Verhalten“.

дает эти случаи с точки зрения первой объективной

причинной связи<sup>1)</sup>.

Мокзенг пишет, в виду непереходящей причинной связи, а исключение обязанности возмещения убытка, и разрывная основа иная часть вина считается принципа справедливости, требующей, что бы лицо отбывало лишь за то, что может быть вынуждено его вина.

Слова изложены теории Мокзенга во главе третьей теории, мы обозначаем ее, как *теорию первой субъективной и понятию причинного отношения между виной и убытком*.

Некоторые на всю свою популяриность и на громадное влияние на судьбную практику «общего права» (gemeines Recht), теории Мокзенга выразил в ученой литературе весьма высокая сомненья, касательно, как точности ее построения, так и практической ее вывожозь.

Мы нарочно приведем выше (стр. 16) критику такого Мокзенга той доктрины, которая для обоснования ответственности требует вытвения не только непосредственного результата деяния, но и всяких отдаленных последствий, связанных с этим результатом условным отношением.

Мы связали это отступление с целью обосновать вдобавление нашей теории в непосредственной, которую допускает Мокзенг, создавая свою теорию первая субъективной связи между виной и вредом. Вина третьего лица [неопытность врача], конечно, не предвидима деликтвенно, но она вызывает то событие [смерть раненого раба], которое стоит в условно-причинном отношении с убытком [повреждение раба], и которое для обоснования деликтвенности его не исключается, — но учению такого же Мокзенга, — быть особо выделенным ему в вину.

<sup>1)</sup> Ву оинбу уьметь O. Wendt, o. c. 148.

Мы должны считать толкование Мокзенга афоризма Понтия — «quod quis ex culpa sua damnatus sentit, ponit idem in sententia» — в основании своего неутраченного

Отрица за виной потерпевшего знание потерпевшего, следовательно прервать объективную причинную связь, Мокзенг возводит самовину на степень самостоятельного, самостоятельного фактора, с особым ему присущим эффектом. Нет его невозможны являться, что афоризм Понтия противостоит, аргументы как понятие первой причинной связи<sup>2)</sup> и популяризовать значение какого то особая причина справедливости.

Нет ничего удивительного, что такое узкое толкование римских источников не могло быть принятым теми юристами, которые склонны усматривать в афоризме Понтия более широкий принцип, обнимающий и случаи первой объективной причинной связи<sup>3)</sup>.

Более сочувствия в научной литературе нашло само привнесение Мокзенгом к объяснению существа зачета вины афоризма Понтия. Но господствующая доктрина выдвигает в него содержание отличное от толкования Мокзенга. В самом деле, рассматриваемый независимом от условий причинности деликтного правонарушения противника, он говорит лишь триада, но раз вьт виновенного убытка отбывания, — быть в юридическом отношении, иль, следовательно, и юридического права<sup>4)</sup>.

Афоризм Понтия иль быть полный смысл лишь в тех случаях, когда отбывчик не может отрицать того, что и юридическое право<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Ву же оинбу советует *Kidderman*, — Die Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation (Berlin, 1893), стр. 31.

<sup>2)</sup> *Bar*, Die Lehre vom K. Z. II. (Leipzig, 1871), стр. 142. Es ist dies nicht, wie es nach der Darstellung Mommsens ausseht, ein besonderer Billigkeitsatz.

<sup>3)</sup> Понтиано, по тому, утверждение *Bruntz* (Lehrbuch, II, стр. 333), ч. 203, D. 50, 17 говорит не об убытке, истоснованном из чужой вины, а об убытке, который мог бы быть предотвращен, т. е. причинен советником виной. Ву же оинбу советует: *Kindler*, o. c. 49, и *Laurent*, *Trin-*

его поведение признано убытком и это поведение объясняется тем, что возмещение вреда, так как оно виновно. Но в этом случае мы оговорили бы элементное чувство справедливости, если бы освободили должника от отбывания наказания, нога предостол, что убыток через признание ответственности со стороны потерпевшего мог бы быть изобличен. Такое снисхождение к должнику ведет к предположению, что существует всеобщая законная обязанность покаяния, и тем она нарушена, треть виновное лицо свободно от ответа <sup>1)</sup>.

Итак, связь на право «quod quis ex culpa sua»... не отрицает юридического основания зачета вины. Самое большее—это правико дает лишь конечную форму тем взаимоотношениям, которая надо еще открыть. «Quod quis ex culpa sua»... еще ничего не объясняет, оно само указывается в объяснении!

Не разрывая интересующего нас юридического вопрое, этот афоризм в толковании Моммзена ведет к непреклонным с практической точки зрения выводам: к понятию отказа в иск виновного потерпевшего. Против такой суровости к потерпевшему возстают *Comfels* <sup>2)</sup>, *Kyck* <sup>3)</sup>, *Dembiw* <sup>4)</sup>, *Wening-Ingenhem* <sup>5)</sup>, *Kumpf* <sup>6)</sup>, и с особым темпераментом—*Brinz* <sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> *Kyck*, *Lehre von den Schuldverhältnissen* (Berlin, 1889), стр. 409; *Endemann*, о. с. 39.  
<sup>2)</sup> *Comfels*, о. с. 408 и сл.  
<sup>3)</sup> *Kyck*, о. с. 408 и сл.  
<sup>4)</sup> *Dembiw*, *Paad*, II, § 45.  
<sup>5)</sup> *Wening-Ingenhem*, *Die Lehre vom Schadenersatz*, стр. 48, 78; у него также понятие ответственности должника при вине потерпевшего вытекает из теории вины. Но его теории не ведет к суровости, т. е. автор требует выравнивания виновной вины, что, впрочем, не соответствует рикскам неопытных.  
<sup>6)</sup> *Kumpf*, *Teilnahme an verbotenen Handlungen nach dem B. G. B.* (1904), стр. 92 говорит, что у Моммзена «Kulpa kompensatio» преобразуется в «Kulpa kompensatio».  
<sup>7)</sup> *Brinz*, о. с. 353, называет такую суровость к потерпевшему «Fret-

Упрек, который они делают Моммзену, вытекает из справедливости его суждения, вполне заслужен. В самом деле, с одной стороны нельзя не согласиться с тем, что в случае преступной небрежности потерпевшего в отношении вреда, ответственность должника возрастает в разбавках, оговоренных наше чувство справедливости. Но, с другой стороны, разья может один принцип справедливости оправдать исключение ответственности во всех случаях случайных виновных поведения потерпевшего?

Согласно доктрине Моммзена, легчайшая вина потерпевшего мешает его всякому признанию на возмещение убытков. Если этой вины нет—должник имеет возможность возместить весь убыток полностью. Потерпевший получает все или ничего. Третьему исходу—*офансивно* ответственности де-ликовента эта конструкция не дает места!

Уж этог вывод, к которому приводят толкование Моммзеном рикских источников, заставляют нас думать, что в «естественной справедливости» права Моммзена. Справедливость индивидуализирует все, и то заслуживает названия справедливости, что не обобщает, а различает. И новая практика «общего права» (*Gemeines Recht*) стала понимать справедливость иначе, чем Моммзен, и сознательно отклонилась от его теории <sup>1)</sup>.

В виду такого положения вещей и научной доктрины выпала задача испытать другие новые пути к выяснению существующих интересующего нас ученых. Разобранная выше теория *небрежной субъективности отношений* между виной и вредом есть теория, вытекающая из своих выводов к отрицанию самого признания наивно-

briet für empfore Beschädigung Dritter". Она толкуется именно Ломкони в смысле: "aus eigener Schuld gestiftete Schaden". Впрочем, *Brinz* приписывает Ломкони I. 62 § 7 D. 47, 2.  
<sup>1)</sup> См. т. II нашего издательского тома «*Gemeines Recht*», напр. его толкование I. 62 § 7 D. 47, 2.



Въ разсуждать истощивши римскихъ источниковъ, *De mensuris* ставитъ внутренній моментъ *vinci* на одну ступень съ *vinculum*, характеризуюя ее, «als ein den Nachteil nicht vermehrendes Wollen».

Но собранный *Demetrius* материалъ отнюдь не убавляетъ насъ въ правдивости его воззрѣнй. Въ приведенныя и интерпретиремыя имъ тексты представлятъ исключительныя договорныя отношеня, и ничто не уполномочиваетъ насъ предполагать, что римскіе юристы въ области легистикъ и договорныхъ отношеній создавали одну конструкцию винны.

Наоборотъ, заслуга римскихъ юристовъ и заключается въ строгомъ различеніи этихъ вѣтвей въ единую понятию обязательства, и мы не можемъ, не компрометировавъ этой заслуги, переносить такъ съкую понатя, выработанныя для одного рода отношеній, въ друпю, неродственную группу, для истребени яхъ новыхъ теорій.

Кромѣ того, простое противоположеніе «*posse*» и «*habere*» (имать—воя), на которое строятъ всю свою теорію *Demetrius*, отнюдь не указываетъ на то, что воли потерпевшаго является основой и разумнымъ оправданіемъ *actio*, т. е. потерпенна обязательства правонарушителя; это противоположеніе *actio* и *voluntas* есть основа для принятія вообще *actio* на сторону потерпевшаго, но оно не служитъ ключемъ къ разумнйо существа разсматриваемаго правоотношенія между землевладельцемъ и потерпевшимъ.

Противорѣчить и самому понатю *vinci* обозначеніе *infortunitatis* убытка, какъ убытка желаннаго. *Actio* въ римскихъ источникахъ означаетъ *non interligere*; тотъ же, кто не уматриваетъ существій своего дѣлнн не можетъ, ни жалеть ихъ, ни даже не *нежелать*. Въ юриспуденціи согласны въ томъ, что виновный убытокъ отпичается отъ дозволеннаго, какъ убытокъ нежеланный. Какъ въ основу винны моменты *actio*—противорѣчить какъ духу

римскаго права, которое, отожествляя *actio* и *negligentia*, делаетъ само существо винны, именпо, въ равнойстии къ разсужданию<sup>1)</sup>, такъ и новой доктринѣ, которая въ винѣ снплатеть волю, направленною на само вреконоее событје, а не на послѣдствія послѣднато.

Развъ лично, совершающее какое либо дѣлане съ умысломъ или по неосторожнсти, хотеть влечь съ вредоноснымъ событїемъ и вѣхъ юридическимъ послѣдствїемъ его? Нѣтъ! Авторъ *doctus* а хотеть, конечно, наступленія дозволяющаго факта, но онъ хотеть создать лишь этотъ фактъ, а отнюдь не обязательство, возникающее изъ него. Что же касается автора *vinci*, онъ не только не влечетъ въ виду обязательствя, но обычно онъ не желаетъ даже наступленія самого убытка<sup>2)</sup>. И съ этимъ положенїемъ вполне согласны не только болыинство юристовъ, но и философы. Поступленіе также различаютъ между *volenti*, какъ простому условію разсуждателя, какъ съ одной стороны, и квалификаціей даннаго разсуждателя, какъ событія желаннаго, съ друпой стороны;—между *volenti*, какъ простому фнзической причиной, и *volenti*, какъ субъективному (звент.—моральнымъ) основаніемъ отвѣтственности<sup>3)</sup>.

Вѣ эти соображенія въ корнѣ подтачиваютъ теорію *Demetrius*. Его теорія потому шатка, что основаніе ея по-

1) *Levson*, о. с. стр. 21; *Hesse*, Zur Lehre von Dolus und Culpa, Archiv-Praxis, 1878 стр. 234; *Ferriss*, Lehre von der Sachbeziehung [Weimar 1867] стр. 53—59.

2) См. интересныя преднїя по французской Платарѣ *Demetrius* по поводу названїя *actio* стр. 1382 *Code Civ.* [Séance, Chambre des députés 19 Fevr. 1902. Journal Officiel]; Первое членство автора винны—вероятно совмѣстны и даже отчуждены. Ср. пять аякоката *Demetrius* перекъ *Code de Cass.* 28 nov. 1852 S. 1852, 1, 769; *Lorsqu'il s'agit du quasi-délit, le fait qui le constitue peut bien être ratifié à la volonté de l'homme, mais cette volonté ne va pas plus loin... Le quasi-délit n'est pas censé accepter les conséquences du méfait, il les subit».*

3) *L. Kuhlensbeck*, Der Schuldbeginn als Einheit von Willen und Vorstellung (Leipzig, 1892) стр. 70: «als subjectiv-moralische Ursache geht das Wollen nur bis zu einer gewissen Grenze, als physische Ursache geht es, wie jede andere physische Ursache, ins Unendliche».



строго из бракованного кирпича. Какъ съ одной стороны вина не есть желаніе результата, такъ, съ другой стороны, афоризмъ «*volenti non fit iniuria*» предполагаетъ во всякомъ случаѣ сознательное соизволеніе страдающаго субъекта на само-по-себѣ правонарушительное дѣяніе противника.

Выставленіе правила—«*volenti non fit iniuria*», какъ всеобъемлющее основаніе и оправданіе сущности зачета вины,—вызываетъ и другія возраженія.

Такъ какъ обязанность не обижать никого есть фундаментъ, на которомъ покоится наша общественная жизнь, трудно не усмотрѣть въ ней правила публичнаго порядка.

Но то что есть база публичнаго права, то—въ отличіе отъ договорныхъ обязательствъ,—не можетъ быть ограничено или устранено путемъ предварительнаго соглашенія.

Всякій деликтъ есть оскорбленіе публичнаго порядка, такъ какъ нарушаетъ безопасность лицъ; когда послѣдней угрожаетъ чужая вина, законодатель силой положительнаго закона возлагаетъ на правонарушителя обязанность вознаградить пострадавшаго. Какъ мѣтко замѣчаетъ *Laurent*: «dans les délits et les quasi-délits, on devient créancier malgré soi»<sup>1)</sup>.

Юридическія послѣдствія вины, конечно, могутъ быть процены потерпѣвшимъ; но всякія соглашенія о соизволеніи на дѣяніе, въ особенности на то, которое оскорбляетъ какое либо личное и «неотчуждаемое» благо, ничтожны изначала, какъ погрѣшающія противъ публичнаго порядка.

Вотъ почему римскіе юристы не приняли никакой определенной точки зрѣнія къ положенію *volenti non fit iniuria*.

<sup>1)</sup> *Laurent*, Principes XVI, 293; ср. *Sourdat*, Traité général de la responsabilité (Paris. 1902) II № 662 стр. 679; *Chironi*, Colpa extra contrattuale (Torino 1887) I № 54 стр. 104. *Matthias*, Lehrbuch (Berlin 1900) I стр. 713; *Zieger*, Der objective Tatbestand der unerlaubten Handlung (Leipzig, 1902) стр. 35; *von Bahr*, Göttinger Festgabe für Regelsberger (Leipzig, 1901) стр. 233 и сл.; *Oppenheimer*, Seuf. Bl. f. R. A. XV (1897) стр. 339.

Этотъ принципъ не формулированъ римскими юристами, и не можетъ быть даже выведенъ изъ обоснованій или рѣшеній отдѣльныхъ казусовъ; поэтому, сомнительнымъ попытка обобщить путемъ аналогіи встрѣчающіеся въ римскихъ источникахъ намеки на этотъ принципъ, который самъ по себѣ не имѣлъ большой силы и абсолютнаго авторитета въ римскомъ правовомъ мірѣ<sup>1)</sup>, и,—тѣмъ паче, класть его въ основу какой либо цѣлой новой теоріи.

Уже одно это ограниченіе примѣненія теоріи *Demelius* кругомъ тѣхъ случаевъ, когда потерпѣвшій въ правѣ распорядиться соответствующимъ правовымъ благомъ, компромметируетъ его теорію<sup>2)</sup>.

Съ еще большей очевидностью выступаетъ несостоятельность разбираемой теоріи, если мы примѣнимъ ее въ жизни до конца съ логической послѣдовательностью.

Во всѣхъ законодательствахъ всѣхъ временъ мы встрѣчаемъ неизмѣнно одинъ принципъ, покоящійся, какъ на соображеніяхъ юридическихъ, такъ и на соображеніяхъ справедливости: злой умыселъ (*dolus*) на сторонѣ деликвента не компенсируется виной (*culpa*) потерпѣвшаго.

Но въ тоже время, *dolus* предполагаетъ злостность, которая исключается при соизволеніи самого страдавшаго субъекта: *nes unquam volentibus dolus inferatur!* [I. 34 C. de trans, 2. 4].

И вотъ, сопоставляя эти два положенія, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ.

Разъ, *dolus* не компенсируется *culpa*, и разъ, *dolus* компенсируется съ *voluntas* потерпѣвшаго,—то во-первыхъ,

<sup>1)</sup> См. перечисленіе случаевъ, въ которыхъ согласіе потерпѣвшаго не исключаетъ состава деликта у *Pernice*, *Labo* II (Aufl. 1895) стр. 52—59; *Köstlin*, *Sistem.* стр. 105.

<sup>2)</sup> *Plunckerus-Lehmann*, Das bürgerliche Recht. I (1901) стр. 844; *Plank*, *Recht der Schuldverhältnisse* II стр. 609; *Dernburg*, *Pandekten*, II стр. 143; *v. Liszt*, *Delictobligationen*, стр. 96.

*culpa* и *voluntas* не суть тождественныя понятія и во-вторыхъ, строго логическое проведеніе теоріи *Демеліуса* привело бы къ требованію зачета *dolus* делинквента съ *culpa* потерпѣвшаго, что погрѣшаетъ противъ принциповъ моральныхъ и юридическихъ и противъ нормъ положительныхъ законодательствъ всѣхъ временъ и у всѣхъ народовъ.

Примѣненіе теоріи *Демеліуса* терпитъ еще и другое ограниченіе.

Правило «*volenti non fit iniuria*» предполагаетъ строгое совпаденіе въ одномъ лицѣ того, кто изъявляетъ свое согласіе и того, въ пользу кого создается изъ вины другого юридическое обязательство.

Нельзя ссылаться на согласіе непосредственно пострадавшаго, если послѣдствія вины вторгаются въ сферу интереса третьяго лица <sup>1)</sup>.

Объясненіе вины потерпѣвшаго идеей соизволенія несостоятельно и съ практической точки зрѣнія.

Юридическая природа соизволенія потерпѣвшаго на поврежденіе его правовыхъ благъ конструируется наукой права, какъ *юридическая сдѣлка*. Въ основѣ ея лежитъ та идея, что въ частномъ правѣ лицо въ извѣстныхъ границахъ имѣетъ власть по своему произволу опредѣлять свое правовое положеніе. Поэтому, чтобы получить силу, соизволеніе должно

<sup>1)</sup> Это возраженіе вѣрно съ точки зрѣнія той теоріи [*Landsberg, Recht des B. G. B. I* стр. 252], которая внутреннимъ содержаніемъ волеизъявленія [*volenti non fit iniuria*] выставляетъ отреченіе отъ притязанія на убытки. При такой конструкціи—само дѣяніе, не смотря на соизволеніе потерпѣвшаго остается *неправомернымъ*, ибо иначе не возникло бы самого притязанія—предмета отреченія; а потому права третьихъ лицъ сохраняются, поскольку нѣтъ соизволенія и на ихъ сторонѣ.—Но указанное возраженіе не вѣрно съ точки зрѣнія той теоріи [*Zitelmann, „Ausschluss der Widerrechtlichkeit“—Arch. Praxis* 99 (1906) стр. 54], которая внутреннимъ содержаніемъ такого волеизъявленія выставляетъ соизволеніе на совершеніе соответствующаго дѣянія. По этой конструкціи согласіе потерпѣвшаго устраняетъ саму *неправомерность дѣянія*, а потому оно имѣетъ рѣшающее значеніе и для третьихъ лицъ.

отвѣчать по своему содержанію во всѣхъ отношеніяхъ тѣмъ требованіямъ, которые законъ выставляетъ для дѣйствительности *юридическихъ сдѣлокъ*; на первомъ планѣ на лицо должна быть *дѣеспособность* соизволяющаго.

И вотъ, если мы разовьемъ теорію *Демеліуса* до ея крайнихъ выводовъ, мы должны будемъ выставить требованіе наличности *дѣеспособности потерпѣвшаго* для того, что бы его поведеніе получило юридическое значеніе при сужденіи объ размѣрѣ ответственности делинквента.

Делинквентъ отвѣтилъ бы въ полномъ объемѣ передъ лицомъ малолѣтнимъ и не отвѣтилъ бы передъ совершеннолѣтнимъ, хотя бы въ первомъ случаѣ вина и причиненіе, исходяція отъ противника много превышали бы интенсивность тѣхъ же моментовъ во второмъ случаѣ!

Всѣ вышеприведенныя соображенія заставляютъ насъ примкнуть къ тѣмъ юристамъ, которые считаютъ соизволеніе потерпѣвшаго и зачетъ вины за два различныхъ по существу понятія и отвергаютъ теорію *Демеліуса*, какъ теорію не только логически и юридически несостоятельную, но и практически непримѣнимую.

Конечно, согласіе потерпѣвшаго можетъ быть принято во вниманіе судей, какъ одно изъ обстоятельствъ, смягчающихъ ответственность делинквента, но это пониженіе ответственности будетъ имѣть мѣсто не во имя его согласія, какъ такового, а во имя вины, которую образуетъ дача этого согласія <sup>1)</sup>.

Научная доктрина <sup>2)</sup> не удовлетворилась теоріей *Демеліуса*

<sup>1)</sup> Судебная практика въ некоторыхъ странахъ разсматриваетъ согласіе на дуэль, какъ *вину* на сторонѣ жертвы, которая способна понизить ответственность дуэлянта. См. т. II, главу: „Гражданская ответственность дуэлянтовъ“.

<sup>2)</sup> См., впрочемъ, *Fromageot, De la faute comme source de la responsabilité* [Paris 1891], стр. 48, онъ примыкаетъ къ теоріи *Демеліуса*, но не развиваетъ ее. Къ конечнымъ выводамъ *Демеліуса* примыкаетъ *Arndts, Der Entw. eines B. 9, B. f. d. Königr. Bayern. Krit. Viertj. V* (1863), стр. 173.

муса, такъ какъ не нашла въ ней того, чего искала: оправданія сущности зачета вины, т. е. юридическаго объясненія требованію справедливости понижать объемъ ответственности делинквента при наличности самовины потерпѣвшаго.

III. Двѣ классическія работы, появившіяся въ 70-хъ годахъ истекшаго столѣтія дали новую конструкцію разсматриваемому правоотношенію. Онѣ не только обезпечили то направленіе, въ которомъ стала работать съ 70-хъ годовъ доктрина и послужили прочнымъ основаніемъ для всѣхъ дальнѣйшихъ работъ въ этой области, но указали ту ultima ratio, которой на смѣну ученія Моммзена стала пользоваться судебная практика *Gemeines Recht* для юридическаго обоснованія ея судебныхъ рѣшеній, продиктованныхъ принципомъ справедливости.

Я имѣю въ виду работы: *Pernice—Lehre von den Sachbeschädigung*. Weimar, 1867 <sup>1)</sup> и *Bar—Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Recht, besonders im Strafrecht*. Leipzig, 1871.

Оба они, пользуясь разными методами изслѣдованія <sup>2)</sup>, приходятъ къ тождественнымъ выводамъ.

Исходный пунктъ и *Pernice* и *Bar'a*—есть ученіе о причинной связи.

Всегда лишь *послѣднее* неправомѣрное условіе событія

<sup>1)</sup> *Pernice*, впрочемъ, вскользь касается трактуемаго нами предмета. Онъ самъ не пускается въ каузальныя построенія. Все же по общему направленію этого ученаго мы можемъ причислить его къ родоначальникамъ нѣвѣстной школы, изложенію ученія которой мы посвящаемъ место въ ч. I, гл. III, II.

<sup>2)</sup> *Pernice* посвящаетъ свою монографію разбору римскихъ источниковъ, и въ результатъ своего изслѣдованія устанавливаетъ общіе принципы зачета вины. *Bar*, напротивъ, начинаетъ свою работу съ теоретическихъ выкладокъ, къ своимъ выводамъ приходитъ чисто логическимъ путемъ, и вѣрность ихъ проверяетъ во второй половинѣ работы на римскихъ источникахъ.

есть причина <sup>1)</sup>. Отсюда вытекаетъ то положеніе, что дальнѣйшій вредъ, обзанный небрежности потерпѣвшаго, не подлежитъ возмѣщенію: *quod quis ex culpa sua damnatum sentit non videtur damnatum sentire*. Это правило не является, какъ это вытекаетъ изъ изложенія Моммзена, особымъ принципомъ справедливости, а есть лишь выраженіе той идеи, что всякая новая приводящая причина *прерываетъ объективную причинную связь между дѣяніемъ делинквента и убыткомъ*.

Такимъ образомъ, *Pernice* и *Bar*, поставивъ все ученіе о зачетѣ вины на почву каузальности, приходятъ къ тому выводу, что настоящее правовое основаніе зачета вины надо находить въ томъ, что *небреженіе потерпѣвшимъ ставитъ въ сомнѣніе причинную связь между дѣяніемъ повредителя и убыткомъ* <sup>2)</sup>.

Если мы болѣе внимательно вникнемъ въ ходъ мыслей того и другого ученаго, мы усмотримъ, что *Pernice* центръ тяжести кладетъ въ томъ, что всякій дѣятель отвѣчаетъ за непосредственные результаты (*wirkliche Folgen*) своего дѣянія; каждое событіе обязано дѣйствию *одной* причины, а посему убытокъ не долженъ быть вмененъ дѣятелю, если онъ не можетъ быть отнесенъ къ его поведенію, какъ исключительной причинѣ вредоноснаго событія.

*Bar* исходитъ изъ того положенія, что та дѣятельность, которая отвѣчаетъ «установившемуся порядку жизни», не кладетъ начала новой каузальной серіи, а потому не въ состояніи прервать текущаго каузальнаго чередованія событій. Каузальная серія должна считаться прерванной привожденіемъ *чрезвычайнаю* [*aussergewöhnlichen*], *необычнню* [те-

<sup>1)</sup> *Bar*, о. с. 142: „Immer die letzte regelwidrige Bedingung einer Erscheinung gilt als Ursache“. *Pernice*, о. с. 174 „Eine Ursache, die nicht allein die Wirkung hervorbringt, ist keine Ursache. Daher schneidet jeder Umstand der selbständig die nämliche Wirkung herbeiführt, die Causalität durch“.

<sup>2)</sup> *Pernice*, о. с. 60; *Bar*, о. с. 27.

getwidrigen] событія, которое никакъ не можетъ быть принято въ расчетъ дѣятелемъ, и которое само приведетъ къ преднамѣченному результату.

Эта конструкція [перерывъ причинной связи] въ научной литературѣ находитъ защитниковъ со стороны цѣлага ряда авторитетныхъ ученыхъ.

Болѣе внимательное изученіе ихъ разсужденій открываетъ намъ различіе въ слѣдующихъ ими методахъ <sup>1)</sup>. Общимъ исходнымъ пунктомъ служитъ имъ всегдѣ то положеніе, что такъ называемый «зачетъ вины» имѣетъ исключительно свое основаніе въ ученіи о причинной связи.

Но, примѣнительно къ теоріи *Bara*, нѣкоторые юристы <sup>2)</sup> выдвигаютъ на первый планъ то соображеніе, что лицо не отвѣчаетъ за всѣ событія, которыя стоятъ въ ненормальномъ отношеніи со сферой дѣйствія [Wirkungssphäre] его; оно, въ частности, не отвѣчаетъ за тѣ правонарушительные факторы, которые коренятся въ сферѣ дѣйствія самого оскорбленнаго. Для обоснованія отвѣтственности необходима паличность *типической* связи между опредѣленной дѣятельностью и конкретнымъ вредомъ. Суть—не въ предвидимости убытка въ конкретномъ видѣ, а въ томъ—является ли развитіе событій отъ перваго звена каузальной серіи—приведенія въ движеніе силъ природы—до момента наступленія убытка—нормальнымъ, или нѣтъ.

Такимъ пертурбаціоннымъ моментомъ является нерадѣніе потерпѣвшаго къ своимъ личнымъ интересамъ. Каждое обязанное лицо въ правѣ предположить, что кредиторъ [потер-

<sup>1)</sup> Это различіе въ методахъ не случайно. Оно обязано коренному различію въ построеніяхъ двухъ каузальныхъ теорій: теоріи *Bara* и адекватной теоріи. Объ нихъ см. подробно ниже: ч. I, гл. III.

<sup>2)</sup> *L. Kühlenbeck*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 124: „Vor allem darf die Beschaffung des Kausalnexus nicht in die Willkür des Gläubigers gestellt werden“; *R. Merkel*, *Die Kollision rechtmässiger Interessen* (1895), стр. 205—208; *Titz*. *Unmöglichkeit der Leistung* (Leipzig 1900), стр. 135 и слѣд.

пѣвшій] все сдѣлаетъ и ничего не упуститъ, что входитъ въ «установившійся порядокъ жизни», дабы уменшить опасность природнаго механизма, пущеннаго въ ходъ первымъ вредоноснымъ дѣяніемъ; это предположеніе имѣетъ юридическимъ основаніемъ требованіе адекватной причинной связи между дѣяніемъ и конечнымъ результатомъ. Дѣятель не отвѣчаетъ за создавшійся вредъ, если положенная имъ каузальная серія въ своемъ теченіи уклонится отъ нормальнаго русла.

Другіе юристы <sup>1)</sup>, примѣнительно къ теоріи Пернуса, подчеркиваютъ ту идею, что тотъ, кто долженъ отвѣчать за свое дѣяніе, отвѣтственъ лишь за непосредственныя послѣдствія инкриминируемаго событія, а не за тѣ эффекты, которые были вызваны еще и *другими причинами*.

Причина есть то человеческое дѣяніе, которое ближе всего стоитъ къ интересующему насъ результату, и которое вызываетъ измѣненіе въ настоящемъ положеніи вещей. Сущность перерыва причинной связи заключается не въ принятіи каузальной серіей ненормальнаго развитія, а въ вторженіи *новой самостоятельной причины*, которая одна приводитъ къ результату.

И вотъ, вина потерпѣвшаго, въ какой бы моментъ развитія каузальной серіи она ни вторглась, является самостоятельнымъ факторомъ, вызывающимъ свои измѣненія во внѣшнемъ мірѣ; если потерпѣвшій упуститъ тѣ мѣры къ предотвращенію вреда, которыя были въ его власти и которыя вызывались обстоятельствами, или если онъ умышленно увеличитъ размѣръ убытка,—его дѣяніе (или упущеніе) является *самостоятельной причиной* вытекшаго изъ него убытка <sup>2)</sup>,

<sup>1)</sup> *Labowsky*. о. с. 62: „Der Täter nur für die wirkliche Folgen des betreffenden Ereignisses, und nicht auch für die durch eine andere Ursache hervorgerufenen Wirkungen verantwortlich ist“; *Endemann*, *Einführung* I, стр. 568, 576.

<sup>2)</sup> *Dernburg*, о. с. II § 45 Ziff. 3; *P. Castellari*, *Della Legge Aquilia*. *Archivio giuridico*, vol. XXII (Pisa, 1879), стр. 339.

и мѣшаетъ вѣнненію убытка делинквенту, ибо этотъ убытокъ является прямымъ и исключительнымъ послѣдствіемъ его собственнаго поведенія.

Такова сущность *теоріи прерыва объективной причинной связи*. Мы ограничиваемся здѣсь въ настоящемъ Введеніи лишь краткимъ ея изложеніемъ, отсылая читателя къ главѣ III настоящаго труда (ч. I), посвященной изложенію различныхъ теорій причинной связи.

Станемъ ли мы на точку зрѣнія *Перниса*, въ видѣ потерпѣвшаго усматривающаго *новую причину*, къ которой долженъ быть отнесенъ весь результатъ, или мы станемъ на точку зрѣнія *Бара*, усматривающаго въ видѣ потерпѣвшаго такое пертурбаціонное обстоятельство, которое нарушаетъ нормальное теченіе каузальной серіи, заложенной первымъ дѣятелемъ, и которое приводитъ къ результату, не могущему быть вѣнненнымъ правонарушителю, — мы, что бы прійти къ конструкціи *зачета вины*, какъ *прерыва причинной связи*, должны исходить изъ ложной теоріи причинной связи, допускающей надличность лишь *одной* причины для каждаго явленія.

Съ одной стороны, ни одна судебная практика въ цивилизованномъ мірѣ не ограничиваетъ ответственности того, по чьей винѣ имѣлъ мѣсто случай, тѣмъ условіемъ, что бы эта вина была *единственной* и *непосредственной* причиною событія, и поэтому самовина, даже разсматриваемая, какъ самостоятельная причина, неспособна погасить ответственности делинквента; и, съ другой стороны, если мы будемъ считаться съ поведеніемъ потерпѣвшаго съ точки зрѣнія объективной причинной связи, мы логически придемъ къ оскорбляющему наше правовое чувство выводу, что ответственность делинквента должна отпасть и въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій не могъ и не долженъ былъ избѣжать вреда, разъ только онъ былъ преимущественной причиною <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> G. Meumann, Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts I (Breslau 1903) стр. 152.

Эта теорія *одной* причины получила блестящее опроверженіе въ Новомъ Германскомъ Уложеніи, которое допускаетъ множественность сопричній въ одномъ результатѣ, безъ того, чтобы одна каузальная серія исключала другую — (§ 254 B. G. B.).

Разбираемая теорія вызываетъ еще другое возраженіе. Ея тезисъ, — «вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь между виной дѣятеля и убыткомъ», — не охватываетъ всего разнообразія случаевъ, выдвигаемыхъ жизнью. Вѣдь, какъ мы видѣли выше (стр. 8), страдающее лицо, въ каждый изъ послѣдовательныхъ моментовъ развертывающейся каузальной серіи, можетъ принять различное положеніе ко вновь созданному порядку вещей. Оно можетъ своимъ поведеніемъ содѣйствовать созданію вредоноснаго событія, но его вина можетъ ограничиться тѣмъ, что оно не отвратило возможныхъ послѣдствій совершившагося деликта или своимъ поведеніемъ оно увеличло размѣръ убытковъ.

И вотъ, господствующая доктрина усматриваетъ прерывъ причинной связи, именно, при наличности взаимной вины въ созданіи вредоноснаго событія; «другое дѣло, гсворить Weirich — если причиненный вредъ или черезъ вину потерпѣвшаго или другія обстоятельства, приводящія безъ содѣйствія делинквента, увеличился; въ этихъ случаяхъ нѣтъ зачета вины. То, что совершилось послѣ правонарушенія, никогда не можетъ быть вѣннено въ ответственность дѣятелю» <sup>1)</sup>.

Съ этими соображеніями мы никакъ не можемъ согласиться. Если прерывъ причинной связи — на лицо только тогда, когда приводящія силы, возникшая *послѣ* дѣйствія, лежащаго въ основаніи причинной связи, отгрываютъ теченіе

<sup>1)</sup> A. Weirich, о. с. стр. 11—12. Cp. Brinz, Pand. II стр. 353. Erdemann, о. с. стр. 51 „das eigene Verschulden des Beschädigten kommt immer nur in Betracht bei der Entstehung, nicht aber bei der Vergrößerung des Schadens“.

новой каузальной серии,—то как же мы можем усмотреть перерыв причинной связи в тех случаях, когда действительность потерпевшего *сопровождает* действительность ответчика?

Сами авторы разбираемой теории чувствовали бессилие их конструкции покрыть все разнообразие житейских случаев. *Пернис* в своем позднейшем труде *Labeo* прямо сознается, что его мысль, что при зачете вины рѣчь идет о перерыве причинной связи, не вѣрна для громаднаго большинства случаев <sup>1)</sup>.

Примѣняя на практикѣ тотъ принципъ, который лежитъ въ основаніи теории *перерыва причинной связи*,—*quod quis ex culpa sua damnus sentit non videtur damnus sentire*,—мы приходимъ къ признанію или полному отрицанію, но ни въ какомъ случаѣ,—не къ уменьшенію обязанности возмѣщенія убытковъ.

Уже это достаточно умаляетъ достоинство теории *Перниса* и *Бара*. Вѣдь, ясно, что личному поведенію потерпевшаго не только тогда должно быть приписано значеніе, когда оно приводитъ къ отсутствію адекватной причинной связи между поведеніемъ делинквента и вреднымъ результатомъ; наше правовое чувство требуетъ ограниченія ответственности во множествѣ другихъ случаевъ; въ этихъ видахъ мы должны взвѣсить взаимное поведеніе делинквента и потерпевшаго, и по оцѣнкѣ того и другого—рѣшить вопросъ объ ответственности <sup>2)</sup>. Ясно, что для этой операціи тезисъ Помпонія не можетъ служить достаточно гибкимъ орудіемъ <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Pernice, Labeo II* (Ausfl. 1895) стр. 97; ср. признаніе *Bar'a* о. с. стр. 29: „Nur da, wo zwei oder mehrere Personen gleichzeitig tätig sind, ist der Kausalzusammenhang als nicht unterbrochen anzusehen und deshalb von einer wirklichen Kompensation der Culpa zu reden“.

<sup>2)</sup> *M. Rimmelin*, о. с., стр. 308.

<sup>3)</sup> Этотъ недостатокъ критикуемой конструкціи подтверждается изученіемъ судебной практикы разныхъ странъ. Въ самомъ дѣлѣ, какъ только тотъ или другой судъ пытался теоретически конструировать взаимныя отношенія сторонъ къ вредоносному явленію на почвѣ каузальной теории *Bar-Pernice*

Мы указали выше, что Германское Уложеніе въ основаніи подрываетъ теорію *Перниса*—*Бара* тѣмъ, что допускаетъ множество причинъ въ одномъ событіи.

Мы должны указать теперь же <sup>1)</sup>,—еще на то, что—въ прямое опроверженіе самой сущности ихъ теорій,—Германское Уложеніе ясно различаетъ случай зачета вины отъ случаевъ перерыва причинной связи. Ст. 254, специально нормирующая вопросъ о зачетѣ вины, предполагаетъ, что, какъ обосновывающій ответственность фактъ, такъ и собственное поведеніе потерпевшаго стоятъ въ причинной связи съ конечнымъ вреднымъ результатомъ; въ техъ случаяхъ, въ которыхъ оба дѣйствія не стоятъ въ адекватномъ причинномъ отношеніи съ результатомъ,—нѣтъ мѣста *содействию* (*Mitwirken*) потерпевшаго, а потому и отпадаетъ примѣненіе ст. 254; но вмѣстѣ съ тѣмъ, *самостоятельно* наступаетъ эффектъ отсутствія адекватнаго причиненія, и весь вредъ падетъ на одну сторону.

Особенно рѣзкую критику вызвала изложенная нами теорія *перерыва причинной связи* со стороны тѣхъ юристовъ, которые въ вопросѣ о причинѣ проводятъ строгое разлiчiе между положительнымъ дѣяніемъ и упущеніемъ, и признаютъ

онъ немѣнно приходилъ къ несправедливымъ выводамъ. Такъ напр. итальянская юриспруденція разсматриваетъ „*compensazione delle colpe*“ съ точки зрѣнія *перерыва причинной связи*, а потому склонна въ большинствѣ случаевъ придавать винѣ потерпевшаго рѣшающее значеніе момента, *исключительнаго* ответственности делинквента. См. судебную практику у *Av. Baldi*, *Responsabilità civile e risarcimento di danni*. (Torino 1908) стр. 156 и сл.—II германскій *Reichsgericht* въ первые годы своей дѣятельности при дѣйствіи В. Г. В. пытался конструировать возникающее изъ ст. 254 правоотношеніе между сторонами, примѣнительно къ каузальной теоріи *Bar'a*, на почвѣ теоріи *перерыва причинной связи*. Отсюда—склонность къ полному исключенію ответственности делинквента даже въ техъ случаяхъ, когда несчастное событіе создано совмѣстной дѣятельностью обѣихъ сторонъ—и делинквентомъ и потерпевшимъ. О германской юриспруденціи см. (ниже) г. II.

<sup>1)</sup> Обстоятельное изслѣдованіе ст. 254 В. Г. В. см. въ т. II.

каузальную силу только за проявлениями внешней силы, и отвергают его за пассивным поведением лица.

Так как *упущения* не могут быть возведены на степень *причины*, и так как самовина проявляется в большинстве случаев, именно, в пассивном отношении потерпевшего к правонарушительным факторам,—то сущность рассматриваемого правоотношения, по учению этих юристов, мы должны искать во всяком случае не в перерыве вины потерпевшего причинной связи между деянием делинквента и убытком <sup>1)</sup>.

Подвергшись со всех сторон жестокой критикѣ, излагаемая нами теорія тѣмъ не менѣе можетъ похвастаться тѣмъ, что ея основная идея все же воспринята юристами всех лагерей.

Эта идея можетъ быть выражена въ слѣдующемъ тезисѣ: делинквентъ отвѣчаетъ за *весь причиненный имъ убытокъ*, независимо отъ постороннихъ обстоятельствъ. Это не значитъ, что убытокъ, понесенный жертвой, долженъ быть всегда возмѣщенъ полностью делинквентомъ; это значитъ, что убытокъ долженъ быть возмѣщенъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ причиненъ,—или полностью, или частью, смотря по обстоятельствамъ <sup>2)</sup>.

Основой взаимной вины и въ то же время ключемъ къ разрѣшенію вопроса,—по какому критерию подлежатъ распре-

<sup>1)</sup> *Wendt*, о. с. 158: „Исключительно притязаніе на вознагражденіе есть тотъ моментъ, которому, не смотря на каузальность и неоспоримо наличный интересъ, противопоставляется собственная вина“; *Ryck*, о. с. 409: „Утвержденіе, что *упущеніе* принятія мѣръ должно рассматриваться, какъ причина угрожающаго убытка, противорѣчитъ даже общей логикѣ. Дело идетъ здѣсь не о томъ, что есть причина или главная причина убытка, а исключительно о вопросѣ *de bono et aequo*“. *Arnoldi*, о. с. 41; *Merkel*, о. с. 187; *Guhl*, Untersuchungen über die Haft pflicht [*Gmürs* Abhandl. I], стр. 102.

<sup>2)</sup> *Sourdât*, о. с. 660; *Mitau*, De la responsabilité civile. [Paris 1898], стр. 425: „Не считается точно съ частью убытка, причиненнаго каждой стороной, равносильно было бы освобожденію одного отъ ответственности, которую онъ навлекъ на себя и передоженіе ея несправедливо на другого“. *G. Ripert*, L'exercice des droits et la responsabilité civile. Rev. Crit. 1906, стр. 355.

дѣленію убытки между сторонами является тотъ принципъ, что *всякій долженъ отчитомъ за вредъ, причиненный имъ виной* <sup>1)</sup>.

Видѣ рамокъ нашего *Введенія* лежитъ сколько нибудь детальное изложеніе всехъ каузальныхъ теорій и ихъ отношеній къ занимающему насъ вопросу—распредѣленію ответственности между сторонами въ мѣрѣ участія каждого изъ нихъ въ созданіи вредоноснаго результата,—этому изложенію мы отводимъ мѣсто въ ч. I гл. III, куда и отсылаемъ читателя. Мы считаемъ свою задачу исполненной, если доказали, что, какъ ни неизбежно для всякаго изслѣдователя ученія о *зачетѣ вины* обращаться первымъ дѣломъ къ выясненію сущности *причинной связи*, однако невозможно, не навлекая на себя изложенные нами выше упреки, уложить все ученіе о зачетѣ вины въ рамки какой либо каузальной теоріи.

IV. Вотъ почему, гдѣ юристы, которые пытались отыскать *одно* основаніе для объясненія ученія о *взаимной винѣ*, оставили избитый путь каузальныхъ построеній и обогатили научную литературу нѣсколькими попытками привлечь къ разрѣшенію разбираемаго вопроса другой элементъ въ деликтной ответственности—моментъ *вины*.

Эта конструкція можетъ быть выражена въ слѣдующемъ тезисѣ: *«уничтоженіе—не каузальности дѣянія, а вмянаемой вины»*.

<sup>1)</sup> Къ тому же выводу, но въ результатѣ другихъ логическихъ предположеній приходитъ *Saliciles*, Les accidents de travail et la responsabilité. (Paris 1897), стр. 81 и сл. Въ своей остроумной брошюрѣ онъ обращаетъ вниманіе на тотъ „высшій принципъ правосудія“, что, въ случаѣ умышленной вины, мы находимся въ области распределенія *рисковъ*; справедливость требуетъ, что бы при этомъ распределеніи считались со взаимнымъ отношеніемъ заинтересованныхъ сторонъ. „Въ случаяхъ *взаимной вины* безусловно справедливо установить въ взаимныхъ отношеніяхъ двухъ заинтересованныхъ лицъ то равновѣсіе, на которое указываетъ *степень воли*, которую они положили при реализаціи факта“.

Если повреждение может быть предупреждено обѣими сторонами черезъ приѣніе особой внимательности, то делинквентъ постольку свободенъ отъ упрека нарушенія обязанности, а, слѣдовательно, и—совершенія вины, поскольку онъ въ правѣ былъ положиться на то, что потерпѣвшій прежде всего самъ будетъ стоять на стражѣ своихъ интересовъ<sup>1)</sup>. Повредитель, вслѣдствіе самовины потерпѣвшаго, не разсматривается за *каузально-виновный* и потому отвѣтственный субъектъ.

Погашеніе отвѣтственности делинквента при наличности самовины потерпѣвшаго обязано, такимъ образомъ, тому, что вина одной стороны снимаетъ вину противника<sup>2)</sup>.

На французской почвѣ эта теорія получила другую формулировку. Французскимъ юристамъ казалось рѣшающимъ такое соображеніе: если передъ судейскимъ столомъ отвѣтчикъ не установитъ, что самовина есть *единственная причина* понесеннаго убытка, на его конѣ всегда останется вина, и какъ бы легка она ни была, она обосновываетъ его отвѣтственность. А такъ какъ (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*) (I. 44 D. 9. 2), то, разсуждая строго логически, мы должны были бы возложить всю отвѣтственность на плечи делинквента.

Попытка избѣжать этотъ выводъ, диктуемый логикой, но не оправдываемый справедливостью, дала жизнь во французской литературѣ новой теоріи. Цѣлый рядъ юристовъ первой величины выступили въ защиту того положенія, что если самовина и не уничтожаетъ вины делинквента<sup>3)</sup>, она, по

<sup>1)</sup> *Meumann*, о. с. 151: „Wo der Tatbestand des konkurrierenden Verschuldens gegeben ist, von einem Verschulden des Handelnden gar keine Rede sein kann“.

<sup>2)</sup> *Pernice*, *Labeo*, II, стр. 99: „Schuldlosigkeit des Verletzten in Folge Verschuldens des Verletzten“.

<sup>3)</sup> *Laurent*, о. с. 515: „L'imprudence de la victime du fait dommageable n'efface point la faute de l'auteur“.

крайней мѣрѣ, ослабляетъ ее<sup>1)</sup>, а такъ какъ возмѣщеніе убытковъ есть гражданская пени, а всякая пени должна соотвѣтствовать тяжести вины, то естественно справедливымъ послѣдствіемъ *самовины* является, если не полное освобожденіе делинквента, то *пониженіе его отвѣтственности*<sup>2)</sup>.

Эта теорія «*погашеніе виновности дѣятеля самовиной потерпѣвшаго*»<sup>3)</sup> вызываетъ серьезныя возраженія.

Ей можно поставить въ упрекъ нелогичность ея основнаго тезиса: *вина погашаетъ вину*.

Не надо упускать, во-первыхъ, изъ виду, что этой формулой мы описываемъ лишь послѣдствія компенсаціи [Rechtsfolgen], а не сущность ея [Tatbestand]: обѣ стороны все же *виновны*, а потому и возможна компенсація<sup>4)</sup>.

Вина не есть такое понятіе, которое можетъ быть уничтожено въ самомъ своемъ существованіи какими либо послѣдующими событіями<sup>5)</sup>. Правовый порядокъ не можетъ сдѣлать несуществующимъ то, что есть фактъ, онъ можетъ лишь отнять у него правовыя послѣдствія, и онъ дѣлаетъ это, если этого требуетъ справедливость.

Къ этому присоединяется еще такое соображеніе: если мы мысленно допустимъ возможность погашенія одной вины

<sup>1)</sup> *Laurent*, о. с. 574: „c'est une cause d'excuse“.

<sup>2)</sup> *Sourdat*, о. с. § 662, ter.

<sup>3)</sup> Эта теорія имѣетъ сходство съ ученіемъ *Моммзена*. Но это сходство не даетъ права сливать эти ученія въ одну теорію. Тогда какъ, по ученію *Моммзена* вина потерпѣвшаго прерываетъ субъективную связь между виной и вредомъ, предлагаемая нами теорія центръ тяжести кладетъ въ томъ, что поведеніе потерпѣвшаго не охватывалось волей делинквента, да къ этому послѣдній и не былъ обязанъ, а потому онъ свободенъ отъ вины.

<sup>4)</sup> *O. Wéndt*, о. с. 150, 156: одна вина перевѣшивается другой виной, т. е. „entwerthet und ihrer Folgen entkleidet, ohne doch in ihrem Dasein gezeugnet werden zu können“; *Gottschalk*, Das mitwirkende Verschulden (Berlin 1903), 55 справедливо замѣчаетъ: „nicht aufgewogen also kann das Verschulden werden, sondern nur abgewogen“.

<sup>5)</sup> *v. Leyden*, Die sogenannte Culpa-Compensation im B. G. B. (Berlin, 1902), стр. 35: „Denn eine Schuld, die einmal da ist, ist da und bleibt da!“... „Etwas Geschehenes ungeschehen machen kann selbst die Rechtsordnung nicht“.



чужой виной, мы, логично рассуждая, должны признать, что и вина делинквента должна обладать тѣмъ же свойствомъ, т. е. обезсилывать вину потерпѣвшаго; и мы, такимъ образомъ, оставаясь строго логичными, вращаемся въ заколдованномъ кругу, не находя выхода.

Уже это «*deductio ad absurdum*» показываетъ намъ, что вся теорія покоится на фикціи.

V. Такимъ путемъ изъ критики только что изложенной нами теоріи поименія вины делинквента и изъ критики выше изложенной теоріи поименія каузальности инкриминируемаго дѣянія, вырастаетъ новая теорія, которая, въ противоположность всѣмъ вышеприведеннымъ, не обсуждаетъ самовину съ точки зрѣнія поведения делинквента, какъ моментъ ограничивающій каузальность, вину и пр. отвѣтника, а придаетъ ей самостоятельное значеніе.

Согласно этой доктринѣ, самовина въ юридическомъ отношеніи между потерпѣвшимъ и делинквентомъ играетъ ту же роль, какую играетъ вина въ юридическомъ отношеніи между делинквентомъ и потерпѣвшимъ, т. е. она обосновываетъ гражданскую отвѣтственность потерпѣвшаго.

Юристы этого направленія склонны говорить объ отвѣтственности потерпѣвшаго и то правоотношеніе, которое извѣстно въ наукѣ подъ именемъ взаимной вины, конструировать по формулѣ зачета двухъ матеріальныхъ правовыхъ деликтныхъ обязательствъ <sup>1)</sup>.

Въ гражданскомъ обществѣ—говоритъ эта доктрина <sup>2)</sup>—

<sup>1)</sup> См. напр. Demolombe, Cours de Code Civil. XXXI (Paris 1882) стр. 435. „Si les responsabilités sont inégales parce qu'il y a des degrés dans les fautes commises, chacun doit encourir une condamnation à des dommages-intérêts dans la proportion et dans la mesure de la faute, qui lui est imputable“.

<sup>2)</sup> Подробное обоснованіе доктрины объ правовой обязанности потерпѣвшаго см. ниже ч. I, гл. II, § 1.—Германская юриспруденція также стоитъ въ общемъ и цѣломъ на точкѣ зрѣнія отвѣтственности потерпѣвшаго. См. т. II.

мы въ правѣ положиться на полную рачительность третьяго лица, съ которымъ мы входимъ въ соприкосновеніе, и, съ другой стороны, мы обязаны съ своей стороны дѣлать все, что бы облегчить ему его *diligentia*. То, что въ этомъ отношеніи лежитъ въ нашей власти—есть наша юридическая обязанность.

Нарушеніе этой обязанности расширяетъ отвѣтственность противника, т. е. наноситъ ему убытки. Мы имѣемъ, такимъ образомъ, на сторонѣ потерпѣвшаго всѣ элементы деликтнаго обязательства [вина, нарушеніе обязательства, убытокъ] въ пользу его противника.

Оба притязанія—потерпѣвшаго къ делинквенту и делинквента къ потерпѣвшему погашаются *compensando* въ размѣрѣ соответствующаго причиненнаго убытка.

Мы не будемъ долго останавливаться на критикѣ этой теоріи.

Теорія зачета двухъ матеріальныхъ правовыхъ требований желаетъ видѣть въ *compensatio* не фигуральное, переносное представленіе, лишенное матеріальнаго содержанія, а дѣйствительный ключъ къ разумѣнію и оправданію ученія о зачетѣ вины.

Но, вникая глубже, въ основную идею этой теоріи, мы видимъ, что и она покоится на фикціи и не идетъ далѣе сравненій съ другими извѣстными явленіями.

Компенсация есть такой зачетъ, который имѣетъ мѣсто лишь при взаимныхъ предоставленіяхъ для сохраненія труда и расходовъ на дачу и на отдачу; при настоящей компенсации зачитываются не требованія, а только удовлетворенія. Погашеніе требований есть лишь правовое послѣдствіе того, что удовлетворенія въ силу компенсации считаются состоявшимися.

Наоборотъ, въ области взаимной вины компенсация имѣетъ то значеніе, что законъ отнимаетъ у двухъ делинквентовъ сами частно-правовыя притязанія, которыя они имѣли

бы другъ противъ друга при иныхъ условіяхъ. Не удовлетворенія по двумъ взаимнымъ требованіямъ зачитываются въ подобныхъ случаяхъ, а само одностороннее требованіе потерпѣвшаго къ делинквенту погашается велѣніемъ закона.

Согласно критикуемой доктринѣ, поведеніе потерпѣвшаго не вліяетъ ни на одинъ изъ тѣхъ моментовъ, которые входятъ въ составъ понятія деликта, учиненнаго противной стороной: и вина, и причинная связь, и неправомѣрность остаются незатронутыми въ ихъ бытіи самовинной. Рождается полное, жизнеспособное деликтное обязательство на сторонѣ делинквента, которое не подлежитъ удовлетворенію лишь потому, что на сторонѣ истца рождается подобное же обязательство, которое и предъявляется къ зачету отвѣтчикомъ; въ этомъ встрѣчномъ деликтномъ обязательствѣ мы имѣемъ на лицо—и вину, и причинную связь и убытокъ.

Все это построеніе погрѣшаетъ противъ основныхъ законовъ юридической логики.

Правда, делинквентъ заинтересованъ въ рачительности потерпѣвшаго: онъ создалъ убытокъ, за который долженъ отвѣчать передъ потерпѣвшимъ. Но, развѣ, этотъ убытокъ, не предотвращенный потерпѣвшимъ, можетъ быть разсматриваемъ, какъ убытокъ, нанесенный делинквенту? Вѣдь, убытокъ, который поразилъ одно лицо, не является въ тоже время убыткомъ, поражающимъ и перваго вредителя только потому, что послѣдній долженъ отвѣчать за него! Предположеніе, что потерпѣвшій своимъ поведеніемъ создаетъ деликтное обязательство въ пользу противника основано, такимъ образомъ, на полномъ смѣшеніи установившихся въ наукѣ права понятій!

VI. Къ изложенной конструкціи примыкаетъ родственная ей по духу конструкція «*дѣйствительнаго злечта винъ*». Она можетъ быть сведена къ такой формулѣ: если два лица

виновны другъ передъ другомъ, то ихъ *винны* взаимно зачитываются и никакого юридическаго отношенія между ними не завязывается; мы имѣемъ здѣсь дѣйствительную *compen-satio culpaе*.

Не два матеріально-правовыхъ обязательства покрываютъ здѣсь другъ друга, а двѣ *винны* зачитываются, независимо, не только отъ размѣра вытекающаго изъ каждой изъ нихъ убытка, но даже отъ соображенія матеріальнаго содержанія обязательствъ <sup>1)</sup>.

У нѣкоторыхъ юристовъ <sup>2)</sup> мы видимъ другую форму для—въ сущности—той же конструкціи. Они стапываются на чисто процессуальную точку зрѣнія.

При обоюдной винѣ—учатъ они—потерпѣвшій—*кредиторъ*. Но отвѣтчикъ съ своей стороны выступаетъ съ требованіемъ къ истцу: «*воздержись отъ твоего притязанія, такъ какъ ты самъ виновенъ*». Въ этомъ возраженіи обязанное лицо само выступаетъ, какъ кредиторъ, который во имя доброй вѣры—требуетъ упущенія, именно—осуществленія притязанія на возмѣщеніе убытковъ; въ этомъ отношеніи доселѣшній кредиторъ является должникомъ. Въ *предъявленіи иска* лежитъ погрѣшность противъ *доброй вѣры*, въ какой и заключается виновность истца <sup>3)</sup>.

Мы привели эту конструкцію лишь ради полноты изложенія, хотя несостоятельность подобнаго построенія бросается въ глаза. Согласно этой теоріи обязанность потерпѣвшаго—

<sup>1)</sup> *Hartter*, о. с. 138.

<sup>2)</sup> *Levison*, о. с. 46; *Schröder*, Die Bedeutung der Verweisung etc. Arch. Prax. 95 (1904), стр. 309; *Eick*, о. с. 65: «если хозяинъ требуетъ возмѣщенія убытка, который онъ сочинилъ, то онъ натолкнется на возраженіе: „ты требуешь возмѣщенія убытка, такъ какъ съ точки зрѣнія твоихъ интересовъ поведеніе отвѣтчика подлежитъ порицанію. Но съ этой точки зрѣнія и твое поведеніе является равно упречнымъ. По этому основанію твое требованіе погрѣшаетъ противъ доброй вѣры“.

<sup>3)</sup> R. G. Bd. 52, стр. 351: „Dieser Verstoß wider Treu und Glauben ist es, den das Gesetz als Verschulden bezeichnet“.

процессуального характера: *не предъявлять иска*. Какъ будто правовая обязанность потерпѣвшаго возникаетъ впервые на судѣ, а не раньше—въ моментъ правонарушенія! Какъ будто не предшествующее поведение потерпѣвшаго, а—требованіе имъ вознагражденія должно быть признано *виновнымъ дѣяніемъ!*

Эти послѣднія теоріи «настоящаго зачета винъ» [само-вина влечетъ за собой потерю права на судебную защиту] теряютъ все болѣе и болѣе кредита, какъ въ ученой литературѣ, такъ и въ положительныхъ законодательствахъ. Онѣ сохранили еще нѣкоторые отголоски въ англо-американской юриспруденціи; но какъ осуждаемыя единодушно доктриной даже на англійской почвѣ, не заслуживаютъ болѣе серьезнаго къ себѣ вниманія <sup>1)</sup>.

VII. Отчаявшись найти какую либо единую конструкцію для *зачета вины*, научная доктрина обратилась на другой путь: она отказывается формулировать юридическое основаніе этого правоотношенія и не ищетъ другого оправданія погашенію всей или части ответственности делинквента, какъ въ высококомъ принципѣ всякаго правопорядка—*справедливости*.

Нѣкоторые юристы, впрочемъ, не ограничиваются простой ссылкой на справедливость,—они указываютъ и тѣ требованія, которыя выставляетъ справедливость въ области возмѣщенія вреда.

*Labowsky*, а за нимъ и *Leyden* и *Guhl* разсматриваютъ обязанность возмѣщенія причиненнаго убытка, какъ исключеніе изъ принципа—*damnum sentit dominus*: «iniuriam

<sup>1)</sup> Мы ограничимся поэтому лишь настоящимъ указаніемъ на нихъ, отсылая читателей къ сочиненіямъ: *F. Wharton*, A. treatise on the law of negligence (2 изд. Philadelphia, 1878), § 300 и слѣд. *S. Hastings*, Treatise on torts and their legal Remedies for their Redress. London 1835, стр. 168 и сл.; *Saunders*, A treatise upon the law applicable to negligence. London. 1871.

quae tibi facta est penes te manere quam ad alium transferri aequius est» <sup>1)</sup>.

Изъ природы субъективнаго права вытекаетъ, что тотъ терпитъ убытокъ, кого онъ постигаетъ: *casum sentit dominus*.

Справедливость требуетъ исключенія: тотъ, кого постигаетъ убытокъ, не долженъ его терпѣть, если его виновнымъ образомъ причинило третье лицо <sup>2)</sup>.

И снова справедливость требуетъ, чтобы принципъ вступилъ въ свои права, если потерпѣвшій равно былъ виновенъ въ наступленіи вреда: «quod quis ex culpa sua damnum sentit damnum sentire non intellegitur».

Этотъ текстъ Помпонія заключаетъ въ себѣ правовую идею зачета вины и отвѣчаетъ справедливости <sup>3)</sup>.

Эта теорія *Leyden'-Labowsky-Guhl* не нашла большого сочувствія въ литературѣ.

Она наталкивается на серьезное возраженіе, что положеніе *casum sentit dominus* не есть принципъ, имѣющій самостоятельное значеніе <sup>4)</sup>, а есть *ultimum refugium*, если нельзя выставить въ данномъ случаѣ никакого другого основанія ответственности <sup>5)</sup>. Когда имущественную сферу постигаетъ несчастіе, происходящее извнѣ, то изначала возникаетъ вопросъ о томъ, на кого долженъ лечь убытокъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ субъективное личное отношеніе между убыткомъ и отвѣтственнымъ лицомъ. Само хозяйствен-

<sup>1)</sup> *Labowsky*, о. с. 37, *Guhl*, о. с. 67.

<sup>2)</sup> Той же конструкціи держится *Haelschner*, Gerichtssaal, XXVIII (1876), стр. 407.

<sup>3)</sup> *Leyden*, о. с. стр. 35; *Guhl*, о. с. 68.

<sup>4)</sup> Нельзя сказать, что *casus sentit dominus* былъ всегда принципомъ; напр. въ древнемъ германскомъ правѣ—«Die Last des Geschickes hatte derjenige zu tragen, der gleichsam das willenlose Werkzeug in der unsichtbar lenkenden Hand gewesen, nicht derjenige, welcher dadurch eigentlich betroffen schien» [*Wilda*, Strafrecht der Germanen стр. 552].

<sup>5)</sup> *M. Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung. (Freiburg 1896) стр. 13. *A. Randa*, Die Schadensersatzpflicht (Wien 1907) стр. 66.

ное положеніе лицъ не предрѣшаетъ вопроса, кто будетъ нести послѣдствія несчастія. Типическимъ личнымъ отношеніемъ (*persönliche Beziehung*), которое оправдываетъ требованіе возмѣщенія убытковъ, именно, отъ опредѣленнаго лица состоитъ въ томъ, что убытокъ возникъ черезъ деликтное дѣяніе, именно, этого лица <sup>1)</sup>).

А разъ *damnum sentit dominus*—не является принципомъ, изъ котораго деликтная отвѣтственность третьяго лица была бы исключеніемъ,—то вся изложенная теорія падаетъ, какъ ошибочная въ самой своей основной идеѣ.

Попытка найти объясненіе зачету вины въ принципахъ справедливости не нова. Пониженіе гражданской отвѣтственности деликвента при взаимной винѣ всегда разсматривалось, какъ вполне законное удовлетвореніе принципамъ права и справедливости, которое не нуждалось еще въ дальнѣйшемъ оправданіи. Въ этомъ отношеніи неудачная попытка указанныхъ юристовъ обосновать сами требованія справедливости должна отбить охоту у юристовъ оправдывать то, что не нуждается въ защитѣ, что составляетъ самодовлѣющій идеалъ, къ которому стремится все право.

Все болѣе и болѣе начинаетъ занимать доминирующее положеніе въ германской, австрійской, французской и швейцарской литературѣ та доктрина, что ни перерывъ причинной связи, ни погашеніе вины, а *соображенія правосудія и*

<sup>1)</sup> *E. Jung*, Delikt und Schadensverursachung [Heidelb. 1897] стр. 84—97. „Право возмѣщенія убытка ищетъ компромисса между, съ одной стороны, тѣмъ соображеніемъ, что всякій убытокъ, возникающій для чужой правовой сферы не изъ силъ природы, но изъ дѣянія субъекта права, долженъ найти свое возмѣщеніе,—и, съ другой стороны, тѣмъ соображеніемъ, что личное касательство этого лица къ возникновенію убытка должно быть таковымъ, что безъ ущерба человеческой свободѣ и индивидуальной дѣятельности, ему по справедливости можетъ быть вѣнчено возмѣщеніе убытковъ“. Ср. *Steinbach* Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden стр. 33—34.

*справедливости* ведутъ къ пониженію и эвентуально къ погашенію отвѣтственности деликвента.

Основаніе этого явленія лежитъ въ стремленіи смягчить суровый принципъ неограниченной отвѣтственности за каждое виновное поврежденіе имущества и установить *справедливое* распределеніе тяжести потери <sup>1)</sup>).

Не формальное право компенсаціи, а требованіе справедливости и правосудія получаетъ здѣсь удовлетвореніе! Не потому повредитель свободенъ отъ отвѣтственности, что съ него снимается вина, а потому, что потерпѣвшій долженъ пенять на самого себя *de se queri debet*; нельзя считать правое обоснованнымъ и справедливымъ притязаніе потерпѣвшаго на возмѣщеніе ему убытка, въ наступленіи котораго онъ самъ виноватъ <sup>2)</sup>). Лишь въ предположеніи, что потерпѣвшій самъ невиновенъ, мы требуемъ, что бы онъ получилъ полное возмѣщеніе понесеннаго убытка; если же онъ самъ виноватъ и обусловилъ своимъ поведеніемъ наступленіе вреда, мы не имѣемъ болѣе основанія заботиться о немъ; убытокъ долженъ быть распределенъ между нимъ и отвѣтчикомъ или эвентуально цѣликомъ возложенъ на его плечи <sup>3)</sup>).

Эта теорія зачета вины, выдвигающая не юридическое,

<sup>1)</sup> *Hass*, Adäquater und inadäquater Kausalzusammenhang, Iherings Jahrbücher Bd. 37 (1897) стр. 415; *Stubenrauch*, Kommentar zum allg. österr. B. G. B. (1876) Wien) III стр. 405; *Ryck* стр. 409; *Ruhm*, Das eigene Verschulden (Greifswald 1898) стр. 20; *Wendt*, о. с. 143; *Schollmeyer*, Recht der Schuldverhältnisse, 45; *Eich*, Die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten (Rostock. 1904), стр. 2—3; *Larombière*. Théorie et pratique des obligations (Paris, 1885), 560.

<sup>2)</sup> *Eisenbach*, о. с. 3; *Burkhardt*, Die Revision des schw. Oblig. R. Zeit. f. schw. R. 44 (1903), стр. 501; *Stammler*, Das Recht der Schuldverhältnisse, стр. 125.

<sup>3)</sup> *Guenz*, о. с. 159; *Sourdat*, о. с. § 660; *Randa*, о. с. 60.—Тѣмъ же принципомъ справедливости мотивируется пониженіе отвѣтственности деликвента при наличности вины потерпѣвшаго и практика нашихъ русскихъ волостныхъ судовъ: „что бы обиды меньше была“, „что бы обвиняемъ сторонамъ легче было“, „что бы обвиняемъ сторонамъ не такъ обидно было“. С. *Пажманъ*, Обычное гражд. право. I, стр. 427, 432—437.

а этическое основаніе—справедливость—въ ученіи о взаимной винѣ, собственно говоря, отказывается отъ всякой отгадки, которая ей не по силамъ, сущности правоотношенія между делинквентомъ и потерпѣвшимъ.

Она, выражаясь немного вульгарной французской поговоркой, — «donne sa langue aux chiens», прячется за *принципъ справедливости*, представляющей цѣль всякаго правопорядка, и, какъ идеаль, долженствующій быть привлеченнымъ къ оцѣнкѣ всякаго правового института.

И въ тоже время, эта теорія, чуждая увлеченія логическими абстракціями, подчеркивающая цѣлевой элементъ въ институтѣ *зачета вины*, наиболѣе удовлетворяетъ правовое чувство юриста!

Даже бѣглый взглядъ на практику показываетъ намъ, что обстоятельства жизни складываются въ такихъ случайныхъ сочетаніяхъ, что одной нормой нельзя дать правила, подходящаго подъ всѣ случаи.

Вотъ почему, въ этой области юристъ-теоретикъ долженъ отказаться отъ мысли охватить одной формулой все разнообразіе житейскихъ отношеній, и по той же причинѣ и законодатель долженъ дать сульѣ возможно широкую свободу въ сужденіи конкретнаго случая.

Всѣ теоріи единодушны въ одномъ: такъ или иначе, по тому или другому основанію, а *самовина потерпѣшаго должна понижать отвѣтственность делинквента*.

Глупость, нерадивость, безпечность, легкомысліе, злостность потерпѣшаго не являются тѣми моментами, которые, какъ бы входятъ въ самый результатъ дѣянія; они образуютъ самостоятельный факторъ, понижающій отвѣтственность противной стороны въ томъ размѣрѣ, въ какомъ выразилось участіе потерпѣшаго въ созданіи вредоноснаго событія.

На этомъ принципѣ согласны всѣ юристы.

VIII. Всѣ разобранныя нами теоріи сдѣлались выяснить юридическое оправданіе для пониженія *виновной* отвѣтственности делинквента при палпности *вины* на сторонѣ потерпѣшаго.

На ряду съ этимъ, наука права предстояло разрѣшить ту же задачу въ области *каузальной* отвѣтственности.

Какъ *виновная* отвѣтственность делинквента, контрабалансируемая *виновной* дѣятельностью потерпѣшаго, вызываетъ *зачетъ вины*, также и *каузальной* отвѣтственности делинквента въ пзвѣстныхъ случаяхъ соотвѣтствуетъ зачетъ встрѣчныхъ каузальностей.

Объясненію пониженія гражд. отвѣтственности такого (каузальнаго) делинквента теоретическая литература не посвятила особаго вниманія. Тѣмъ болѣе заслуживаетъ быть указанной нами попытка въ этомъ направленіи, сдѣланная проф. *P. Krückmann*'омъ<sup>1)</sup>. Авторъ ограничиваетъ свое изслѣдованіе случаями отвѣтственности хозяина за убытокъ, причиненный животными<sup>2)</sup>.

Отношеніе потерпѣшаго къ условіямъ, при которыхъ послѣдовало поврежденіе, можетъ быть двойное:

I. Потерпѣвшій—самъ владѣлецъ животнаго, которое и было непосредственной причиной несчастья<sup>3)</sup>.

II. Потерпѣвшій самъ добровольно входитъ въ сопря-

<sup>1)</sup> *Krückmann*, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. Iher. Jahrb. 1908, 107—139; Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Delictsfähigkeit. Iher. Jahrb. Bd. 55 (XIX) (1909), 1—209; Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Iher. Jahrb. Bd. 52 (1907), 428—472.

<sup>2)</sup> См. § 833 В. Г. В.: „Если животное лишило жизни человека, или причинило ему тѣлесное поврежденіе или разстройство здоровья, или повредило какую либо вещь, то лицо, которое держитъ животное, обязано возмѣстить потерпѣвшему причиненный этимъ ущербъ“.

<sup>3)</sup> Напр. собака отвѣтчика съ лаемъ бросается на лошадь истца, въ то время, какъ истецъ проезжаетъ мимо двора отвѣтчика; лошадь понесла и причинила истцу убытокъ.—Конка истца, преслѣдуемая собакой отвѣтчика, влетѣла въ стойло между коровами; корова, которая въ это время доила истца, отъ испуга всорынула и ранила истца.

косновение со сферой опасности, исходящей, какъ общая возможность, отъ чужого животнаго <sup>1)</sup>).

Для первой категории случаевъ, авторъ устанавливаетъ такую конструкцію: истецъ, пользуясь своимъ животнымъ «подвергаетъ самого себя опасности, исходящей отъ его животнаго»; но, кромѣ того, и отвѣтчикъ подвергаетъ его опасности [gefährdet] своимъ животнымъ. Здѣсь, поэтому, — «doppelte Gefährdung», и убытокъ долженъ быть разложенъ между двумя держателями животныхъ <sup>2)</sup>.

Эта конструкція соответствуетъ *каузальной теоріи* автора [см. ниже, ч. I, гл. III, § 3, B]. Причинение — учить овъ — есть *исподствование* [Beherrschung] надъ своими и чужими каузальными движеніями въ цѣляхъ созданія результата.

Если *каузальное исподство* исходитъ отъ животнаго отвѣтчика, то движеніе животнаго истца есть *подчиненное каузальное* движеніе <sup>3)</sup>. Въ этихъ случаяхъ отвѣтчикъ долженъ нести лишь половину отвѣтственности, такъ какъ кто своимъ собственнымъ скотомъ подвергаетъ себя опасности

<sup>1)</sup> Напр. прохожій проситъ „подсадить“ его. Отвѣтчикъ принимаетъ его въ свой экипажъ. Лошадь понесла, и гость терпитъ увѣчье. — Или: жокей, ку-черъ, кузнецъ предпринимаютъ нѣкоторыя дѣйствія надъ лошадью: тренированіе, подковываніе и пр., и при этомъ получаютъ поврежденіе.

<sup>2)</sup> Схожей конструкціи придерживаются проекты и новѣйшіе законы *автомобильнаго права* въ германскомъ, австрійскомъ, швейцарскомъ и французскомъ государствахъ: они освобождаютъ автомобилиста за „непредотвратимый случай“ („unabwendbarer Zufall“), подъ который не подводится „Schellen von Thieren“. Однако, владѣлецъ автомобиля отвѣчаетъ на безусловно: овъ можетъ экскульпировать себя, доказавъ хорошее управленіе моторомъ и осторожность въ данномъ случаѣ. Основой этого послабленія выставляется опасная природа лошадей: „самый ничтожный поводъ причиняетъ испугъ лошадей, напр. необычная форма экипажа, незнакомый шумъ, доскутокъ бумаги и т. п.“. А. Randa, Die Schadensersatzpflicht nach öster. Rechte (1907 Wien), 215 сл., *Azevi*, Die Civilrechtliche Verantwortlichkeit für Autofälle (Bale, 1907), 117 сл. его-же: Kodifikation des Automobilrechts (Wien, 1907), стр. 103. Этотъ авторъ также говоритъ о „Übernahme der Gefahr“.

<sup>3)</sup> Число этихъ промежуточныхъ несамостоятельныхъ звеньевъ не имѣетъ значенія, какъ напр. въ казусъ съ коровой (см. выше, прим. 3 на стр. 53) на лицо два звена: движенія кошки и коровы.

(sich gefährdet), тотъ также долженъ нести часть ( $\frac{1}{2}$ ) отвѣтственности.

Наоборотъ, если каузальное движеніе *береть начало* отъ животнаго самого потерпѣвшаго, затѣмъ переносится на другое животное, и потерпѣвшій получаетъ увѣчье непосредственно отъ этого чужого животнаго, то прятзаніе его совершенно отпадаетъ.

Тотъ же принципъ долженъ быть примѣненъ во второй гипотезѣ <sup>1)</sup>. Судебная практика въ Германіи отказываетъ въ этихъ случаяхъ въ искѣ, усматривая здѣсь молчаливое «отреченіе» истца отъ строгой отвѣтственности услужливаго контрагента. Авторъ оспариваетъ эту фикцію. Здѣсь, по его ученію, — «Erlaubnis zur Vornahme gewisser gefährdender Handlungen», которое снимаетъ характеръ *неправомерности* съ случайныхъ поврежденій; отсюда — полное исключеніе отвѣтственности держателя животнаго <sup>2)</sup>. «Не держатель животнаго подвергъ опасности (gefährdet) убитаго, а убитый одинъ самъ себя подвергъ опасности» <sup>3)</sup>.

Ни съ тѣмъ, ни съ другимъ положеніемъ автора мы согласиться не можемъ.

Во-первыхъ, что касается перваго положенія, невольню напрашивается такое возраженіе. Если центр тяжести надо класть въ томъ, *отъ кого исходитъ каузальное движеніе*, а всѣ промежуточные звенья, какъ не самостоятельныя, не несутъ отвѣтственности, то почему же долженъ нести такую отвѣтственность самъ потерпѣвшій хозяинъ? Вѣдь, каузальная серія имѣетъ два конца: движеніе чужого животнаго — повреж-

<sup>1)</sup> *Krückmann*, Iher. Jahrb. 1907, 130: „Was in einem Falle [взѣдъ на своей лошади] *billig* ist, muss in dem anderen Falle [взѣдъ на чужой лошади] *recht* sein“.

<sup>2)</sup> Iher. Jahrb. 1908, 118, 1907, 463: „er hat ein Recht *dazu*, aber nicht ein Recht *darauf*“.

<sup>3)</sup> Iher. Jahrb. 1909, 11; *Meili*, D. J. Z. XII, стр. 983: „die mitfahrende Person handelt ihrerseits auf ihr eigenes Risiko“.

деніе потерпѣвшаго лица. Нѣтъ никакого основанія не причислить къ промежуточнымъ звеньямъ и движеніе животнаго, принадлежащаго самому потерпѣвшему. Вѣдь, фактъ принадлежности тому или другому лицу животнаго не имѣетъ значенія, а движеніе и этого животнаго было *подчиненнымъ* каузальнымъ движеніемъ.

Самъ авторъ допускаетъ логическую непослѣдовательность.

Если *каузальное начальство* исходить отъ животнаго отвѣтчика, онъ возлагаетъ на него половину отвѣтственности. Но почему же не возложить *всей* отвѣтственности на него? Вѣдь, по теоріи самого автора, все зависитъ отъ того, — *отъ кою исходитъ каузальное господство!* Если каузальное господство исходить отъ потерпѣвшаго, то отвѣтственность отпадаетъ цѣликомъ! Было бы послѣдовательнѣе и признать отвѣтственность цѣликомъ въ противномъ случаѣ: если каузальное господство исходить отъ отвѣтчика.

Мы допускаемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ послабленіе къ отвѣтчику, приведшему въ испугъ животное, которое и причиняетъ вредъ своему хозяину. Это послабленіе оправдывается иногда тѣмъ, что природа животныхъ вызываетъ при пользованіи ими извѣстный моментъ опасности, который налагаетъ на пользующагося животнымъ обязанность къ мѣрамъ предосторожности (напр. не ѣздить на пугливой лошади мимо желѣзнодорожнаго полотна). Если не соблюдены эти мѣры осторожности и случится несчастіе, то часть отвѣтственности мы возложимъ и на потерпѣвшаго; но возложимъ на него, не какъ на «держателя опаснаго предмета», какъ такового, а просто въ силу ясно выраженной его *вины* въ самомъ пользованіи этимъ предметомъ.

Мы даже допускаемъ справедливымъ возложить часть отвѣтственности на потерпѣвшаго, какъ на «держателя опаснаго предмета» и помимо идеи виновности его, — но при томъ лишь условіи, что вредоносное движеніе животнаго было проявленіемъ своенравной природы животнаго. Наоборотъ, мы рѣши-

тельно отвергаемъ отвѣтственность пострадавшаго въ тѣхъ случаяхъ, когда движеніе животнаго было лишь рефлексивнымъ движеніемъ въ отвѣтъ на соотвѣтствующее раздраженіе, привзошедшее извнѣ. Въ этихъ случаяхъ животное играло роль пассивнаго объекта, получающаго толчекъ со стороны, и никакой активной роли въ созданіи вреда ему приписано быть не можетъ.

Во-вторыхъ. Что касается второго положенія автора, то бросается въ глаза поразительное служеніе области примѣненія зачета каузальностей. «Gefährdungsaufrechnung» у автора вырождается въ одностороннее «Selbstgefährdung». Отвѣтственность устанавливается по принципу: *aut-aut*: или все или ничего! Какіе же случаи остаются для отвѣтственности (полной или частичной) держателя животнаго? Развѣ не тѣ только рѣдкіе и исключительные случаи, когда животное отвѣтчика само набросится на потерпѣвшаго? Такое ограниченіе несправедливо и не соотвѣтствуетъ цѣлямъ законодателя, устанавливающаго объективную отвѣтственность держателя животнаго за причиненный вредъ: кому бы то ни было и какъ бы то ни было. То, что лицо въ тѣхъ или другихъ видахъ приблизилось къ чужой лошади, не указываетъ, ни на *вину* его, ни на *дозволеніе* на случайное поврежденіе. Можетъ быть въ нѣкоторыхъ случаяхъ теорія автора и дастъ справедливыя рѣшенія; но обоснованіе ихъ все же остается очень сомнительнымъ!

Внѣ рамокъ нашего теоретическаго изслѣдованія лежатъ изученіе вліянія «собственного поведенія» потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ въ области профессиональнаго риска и вообще въ прочихъ случаяхъ каузальной отвѣтственности. Надо, къ тому же, замѣтить, что ни отвѣтственность патроновъ за несчастія съ рабочими, ни отвѣтственность желѣзной дороги за несчастія, происшедшія при эксплуатациіи, не дали до с. п. жизни ни одной оригинальной теоріи для объясненія интересующаго насъ правоотношенія.

Поэтому мы ограничимся здесь изложением тех мыслей, которые родились у нас при чтении остроумных статей Крискшанна.

Вышесказанным определяется круг вопросов, входящих в тему нашего исследования.

Почему понижает то или другое поведение потерпевшего ответственность делинквента—на это, как мы видели, нельзя дать *одного* ответа, ни для деликтной, ни для законной ответственности. Но если разнообразие положений не может быть подведено под одну формулу,—оно все же может быть подведено под определенные категории отношений. Установить последние—задача сложная. Она требует предварительного установления цѣлаго ряда теоретических понятий. Здесь поднимаются вопросы, разномыслие по которым разъединяет ученый мир на множество школ и направлений.

Сюда входят: 1) вопрос о юридической природе понятия *самовины*, и отношение его къ сроднымъ понятиямъ:— къ *винѣ технической* и къ *толому причиненію*.

Лишь отвѣтъ на этотъ вопросъ укажетъ намъ на *то поведеніе потерпевшаго, которое можетъ вызвать юридическіе эффекты, въ смыслъ зачета вины* [составные элементы самовины].

2) Вопросъ о юридическомъ эффектѣ самовины (резюлютивная роль ея). Предполагая ее данной,—на основаніи какаго критерія должны распределяться убытки между сторонами?

Последній вопросъ цѣликомъ входитъ въ ученіе о *причинной связи*; даже тѣ юристы, которые стоятъ за взвѣщиваніе вины, какъ единственно практическаго приема при распределеніи ответственности между сторонами, отказываются отъ взвѣщиванія причинности той и другой дѣятельности, не по принципиальнымъ соображеніямъ, а вслѣдствіе практическихъ затрудненій [невозможности взвѣщивать степени причиненія].

И въ настоящее время, когда понятіе вины все болѣе и болѣе утрачиваетъ свою роль существеннаго условія ответственности,—понятіе причиненія выигрываетъ въ значеніи то, что теряетъ его конкурентъ.

Новое Германское Уложеніе (ст. 254) ставитъ все ученіе о зачетѣ вины прямо на *каузальную почву*.

И все сомнѣніе сводится къ тому, покрывается ли текстъ закона *ratione legis*.

Уясненіе сущности *причинной связи* имѣетъ для ученія о *зачетѣ вины* двойное значеніе.

1) О *зачетѣ вины*, въ строгомъ смыслѣ этого слова, можетъ быть рѣчь лишь въ томъ случаѣ, если между дѣяніемъ делинквента и вредомъ лежитъ причинная связь, не прерванная *виной* потерпевшаго.

2) При наличности всѣхъ условій, необходимыхъ для примѣненія принциповъ *зачета вины*, мы необходимо привлекаемъ ученіе о причинной связи для опредѣленія взаимнаго отношенія сторонъ къ результату; лишь въ тѣхъ доляхъ, въ которыхъ выразилось личное участіе каждой стороны въ созданіи вреда, мы распределяемъ ответственность между ними.

Такимъ образомъ, изслѣдованіе сущности понятій *причины* и *причинной связи* важно для трактруемаго нами предмета въ двойномъ отношеніи: для выясненія тѣхъ случаевъ, когда вина потерпевшаго *прерываетъ причинную связь*, исходящую отъ дѣятельности отвѣтчика и для разрѣшенія вопроса о приемахъ *«озвѣщиванія сопричинъ»*, которые должны примѣнять судья при распределеніи убытковъ между сторонами.

Сюда присоединяется еще въ высшей степени controversialный вопросъ о каузальной силѣ *упущеній*.

Отъ разрѣшенія этого вопроса въ ту или другую сторону зависятъ болѣе или меньшій объемъ сферы *техническаго зачета вины*.

Такое важное значеніе уясненія сущности понятія *при-*



чинной связи побуждает нас удѣлить особенное вниманіе, именно, этому вопросу.

Ученіе о сущности каузальности есть одинъ изъ труднѣйшихъ вопросовъ права—уголовнаго и гражданскаго. Выдающіеся юристы изслѣдовывали это понятіе, не приѣда къ соглашенію по цѣлому ряду важнѣйшихъ вопросовъ. Юристъ, которому удалось бы установить неопровержимо элементы причинной связи, заслужилъ бы ту славу, которой пользуются имена Эдиссона или Шифферсона въ области механической техники <sup>1)</sup>.

Не обязуясь снискать себѣ эту славу созданиемъ какой-либо новой каузальной теоріи, мы все же дѣлаемъ попытку дать такую конструкцію, которая по возможности была бы свободна отъ тѣхъ возраженій, которыя поднимаются противъ трехъ господствующихъ направленій въ области каузальныхъ построеній: 1) теоріи—«причина—*condicio sine qua non*», 2) каузальной теоріи—*κατ' ἐξουχην*, 3) теоріи адекватнаго <sup>2)</sup>.

Имѣя въ виду отклонить отъ себя упреки въ симпатіи къ достаточно скомпрометированной научной критикой теоріи *адекватнаго причиненія*, мы считаемъ нужнымъ здѣсь же оговорить, что мы не претендуемъ «поставить себя въ ряду реформаторовъ науки гражданскаго права». Принимая въ общемъ и цѣломъ къ сказанной теоріи, мы заранѣе уже признаемъ въ сознательномъ допущеніи тѣхъ *неизбѣжныхъ* теоретическихъ недостатковъ, которые составляютъ слабую сторону адекватной теоріи. Приспособить адекватную теорію къ практическимъ потребностямъ судоправленія, — такова задача, которую мы ставимъ себѣ въ ч. II, гл. II.

<sup>1)</sup> Правъ *Vingl*, говоря, что «тотъ кому удастся провести объективное различіе между причинной и поводомъ, можетъ вѣдъ всякаго сомнѣнія поставить себя въ ряду реформаторовъ уголовнаго права». *Goltidam. Arch.* XXIV (1876), стр. 89.

<sup>2)</sup> Считаемъ необходимымъ оговориться, что эти наименованія, употребленныя въ отношеніи грамматическомъ, употребляются нами въ интересахъ краткости.

Особое вниманіе мы считаемъ нужнымъ удѣлить и ученію о *винѣ*.

Разработкѣ этого понятія обычно не отводится много мѣста въ трудахъ, посвященныхъ интересующему насъ вопросу. Опираясь безъ оговорокъ съ неустановившимся понятіемъ *вины*, строя на немъ цѣлыя теоріи, изслѣдователи вопроса приходять верѣдко къ видимому, внѣшнему согласію съ ихъ противниками, лишь потому, что вливаютъ въ это понятіе различное содержаніе. Отсюда—недоразумѣнія,—какъ результатъ сбивчивости воззрѣній самихъ авторовъ.

Исправить ошибку этихъ юристовъ мы ставимъ въ скромную заслугу нижележащей работы.

Выясненіе характерныхъ чертъ изслѣдуемаго нами института-самовины—немыслимо, безъ указанія на тѣ признаки, которые отличаютъ его отъ родственнаго института—вины делинквента. Вотъ почему, мы сочли необходимымъ предположить изслѣдованію *самовины* потернѣйшаго изслѣдованіе понятія *вины технической*. Намъ предстоитъ изъ разрозненныхъ мнѣній юристовъ теоретиковъ, комментаторовъ и практиковъ по отдѣльнымъ мелкимъ вопросамъ создать законченное систематическое понятіе *вины*, какъ оно представляется въ господствующихъ теченіяхъ западно-европейской литературы.

Лишь этимъ путемъ мы можемъ дать изложенію ту полноту, недостатокъ которой мы поставили въ упрекъ нашимъ предшественникамъ по работѣ.

Толчекъ къ теоретической разработкѣ отдѣльныхъ вопросовъ, входящихъ въ изслѣдованіе понятій *вины* и *самовины*, дало въ Германіи опубликованіе Проектовъ Гражд. Уложения вмѣстѣ съ подготовительными матеріалами. Особый же интересъ къ изслѣдованію тѣхъ же понятій возбудило опубликованіе, ставшаго съ 24 авг. 1896 г. закономъ, новаго *Германскаго Гражданскаго Уложенія*. Съ этого времени теоретическая литература въ Германіи направила всѣ свои силы на изученіе новаго законодательнаго памятника, на которомъ

сосредоточилось вниманіе всего ученаго міра. Юристы-теоретики стали строить теоріи, приурочивая свои построенія къ толкованію нормъ положительнаго права.

Вотъ почему и мы, изслѣдуя понятія *вины* и *самовины* въ ученіяхъ западно-европейскихъ юристовъ, неизбежно должны превратиться на время изъ юриста-теоретика въ юриста-комментатора.

Этого экзегетическаго метода мы лично не считаемъ возможнымъ держаться при изложеніи нашихъ собственныхъ взглядовъ на интересующіе насъ вопросы [см. часть II этой книги].

Этотъ методъ есть вѣрный путь къ абсурдамъ. Къ нимъ приходили и приходятъ тѣ юристы, которые спорѣннѣе вопросы науки права обосновываютъ на самомъ изслѣдуемомъ текстѣ положительнаго закона. Этимъ приемомъ юристы провиняются въ недопустимомъ *petitio principii*: изслѣдуемымъ они доказываютъ изслѣдуемое. Надо ли удивляться тому, что ученія, построенныя на такомъ методѣ, даютъ неутѣшительные для правоваго чувства выводы?!

Эти выводы, къ тому же, всегда произвольны. Текстъ закона всегда оказывается достаточно эластичнымъ, чтобы съ примѣрнымъ безпристрастіемъ дать приютъ всякимъ теоріямъ. И съ этой точки зрѣнія, методъ нѣмецкихъ юристовъ не безупреченъ: мы полагаемъ, что законодательный текстъ не имѣетъ того назначенія, что бы изъ него вычитывать все, что угодно вычитать тому или другому юристу. Не теоріи мы должны извлекать изъ положительныхъ нормъ, а наоборотъ, положительныя нормы мы должны свѣрять съ тѣми выводами, къ которымъ мы пришли чисто логическимъ путемъ, справляясь только съ чувствомъ справедливости и съ «природой вещей».

Изслѣдованіе указанныхъ понятій поставлено нами въ углу всего нашего изслѣдованія [глава I: «Ученіе о винѣ технической». — Глава II: «Ученіе о винѣ нетехнической»].

Вмѣстѣ съ главой III [«теорія причинной связи; ихъ отношеніе къ вопросу о распредѣленіи убытковъ при взаимной винѣ»] эти главы составляютъ часть первую нашего труда.

Въ *части второй* мы снова возвращаемся въ главахъ I и II къ этимъ вопросамъ, т. е. изслѣдованію понятій *вины* и *причинной связи*, — на этотъ разъ для установленія нашихъ личныхъ воззрѣній на трактуемый предметъ. Наши конструкции мы создаемъ на почвѣ нашей собственной критики существующихъ господствующихъ теорій.

Въ послѣдней III-ей главѣ мы даемъ: «*наши выводы изъ предшествоващаго изложенія: вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ*».

Этимъ мы заканчиваемъ *томъ первый* нашего изслѣдованія, въ которомъ принципы права изложены исключительно съ теоретической точки зрѣнія.

Въ *томѣ второмъ* мы, примѣняя аналитическій и экзегетическій методы, изслѣдуемъ вопросъ о зачетѣ вины съ точки зрѣнія исторической и положительной. Главнѣйшими этапами въ историческомъ развитіи института зачета вины мы ставимъ: — римское право, «общее право» (Gemeines Recht), германскій ж. д. законъ 1871 г. [§ 1, R. Н. 9.], Германское Гражданское Уложеніе (ст. 254, 833, 846) Французскій Кодексъ, Русское право (ст. 683 X т. ч. 1).

Въ концѣ *тома второго* мы приложимъ три самостоятельныя статьи, въ которыхъ мы послѣдовательно изслѣдуемъ съ т. з. теоріи и судебной практики разныхъ странъ слѣдующіе вопросы:

- 1) гражданская отвѣтственность дуэлянтовъ,
- 2) обязанность потерпѣвшаго подвергнуть себя операциі,
- 3) юридическое значеніе актовъ самопожертвованія.

Въ этихъ трехъ очеркахъ мы развиваемъ отдѣльныя вскользь брошенныя мысли, не могшія найти достаточнаго развитія въ настоящей книгѣ.

Такъ: въ очеркѣ первомъ нами обсуждается юридическое

значение *соизволенія* потерпѣвшаго (*volenti non fit iniuria*) на отвѣтственность делинквента; въ очеркѣ второмъ обсуждается вопросъ объ объемѣ обязанности потерпѣвшаго *уменьшать* и *предотвращать* вредъ, созданный делинквентомъ; въ очеркѣ третьемъ дается юридическая оцѣнка актамъ самопожертвованія, для сужденія о томъ, снимаетъ ли *правственный мотивъ* виновный съ т. з. личного интереса дѣятеля характеръ его дѣянія.

Всѣ эти вопросы, строго говоря, должны были бы найти мѣсто уже въ настоящей *части теоретической* нашего изслѣдованія. Если мы выдѣляемъ ихъ въ видѣ особаго приложенія къ *тому второму*, то мы руководствуемся при этомъ тѣмъ соображеніемъ, что наши воззрѣнія по указаннымъ вопросамъ, не всегда согласныя съ господствующими въ юриспруденціи ученіями, болѣе удобно излагать въ связи съ этими послѣдними ученіями, а это уже заставляетъ насъ перенести соотвѣтствующіе очерки въ *томъ второй*, посвященный, какъ сказано, части практической.

Въ изслѣдованіи всѣхъ этихъ вопросовъ мы постараемся дать возможно полное освѣщеніе взаимному влиянію доктрины на судебную практику.

Различныя стадіи въ развитіи судебной практики и тѣ вѣянія, подъ влияніемъ которыхъ судебная практика покидала одинъ путь, что бы вступить на другой, также будутъ отмѣчены съ правдивостью и безпристрастіемъ историка и анализированы критическимъ чутьемъ юриста-практика.

## ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Понятія вины и причинной связи въ господствующихъ ученіяхъ западно-европейской литературы.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### Ученіе о винѣ технической.

Теорія различаетъ два элемента въ понятіи вины:

1) *Объективный составъ понятія*: моментъ внѣшній,—обнимающей: а) тѣлесное движеніе, б) причиненный результатъ, в) объективную неправомерность.

Эта погрѣшность во внѣшнемъ поведеніи необходима, что бы упречная воля проявилась, какъ реальный фактъ; воля, чувствованіе, настроеніе, помыслы не вызываютъ правовой порядоки къ реагированію, пока они не воплотились въ дѣянія,—будь то положительное или негативное<sup>1)</sup>.

2) *Субъективный составъ понятія*: моментъ внутренній, духовный (психологическій), указывающій на упречность воли на сторонѣ дѣятеля.

<sup>1)</sup> И французская и германская доктрины единогласны въ признаніи того положенія, что и *упущенія* (*ommissiones*) годны для фактического основанія понятія *вины*. Споръ въ литературѣ идетъ еще о *каузальной силѣ* упущеній. Но это—вопросъ особый. Германскую литературу и указаніи на судебную практику по вопросу о виновности *упущеній* см. у *Weyl'a*, System, стр. 532, прим. 2 и 3.

Мы должны подвергнуть изслѣдованію каждый изъ этихъ элементовъ въ отдѣльности <sup>1)</sup>). Мы будемъ смотрѣть на изслѣдуемые вопросы попеременно сквозь очки то французскаго, то нѣмецкаго юриста, съ цѣлью, — при выясненіи воззрѣній иностранной доктрины, — обнаружить разницу въ методахъ, которыми пользовались тѣ и другіе юристы при теоретическомъ построеніи интересующаго насъ института.

### § 1. Объемный составъ понятія вины.

Какъ вся область морали можетъ быть обнята одною заповѣдью: «люби ближняго, какъ самого себя», такъ и вся суть той юридической погрѣшности, которую мы называемъ *виной*, можетъ быть сведена къ одному велѣнію: *веди себя, какъ рачительнѣйшій добрый хозяинъ*.

При наличности всякаго неправомернаго явленія юристъ ищетъ виновнаго. Онъ оцѣниваетъ поведеніе причастныхъ къ событію лицъ; для сужденія о поведеніи каждаго лица онъ принимаетъ въ соображеніе всѣ обстоятельства, въ которыхъ это лицо находилось въ моментъ совершенія инкриминируемаго дѣянія, и спрашиваетъ себя, — *такъ ли поступило бы при тѣхъ же условіяхъ лицо наиболее рачительно?* Но отвѣтомъ на этотъ вопросъ не ограничивается ни задача юриста, ищущаго теоретическій рецептъ *вины*, ни задача судьи, призваннаго *наказывать* виновнаго.

Вотъ, Иванъ, — незлбивый и добродушный парень, — проходитъ мимо лѣса своего сосѣда Петра. Онъ замѣчаетъ кучку горящей соломы на опушкѣ лѣса; онъ сознаетъ, что огонь при данномъ направленіи вѣтра, сообщится сосѣднему

<sup>1)</sup> Каждый изъ этихъ элементовъ рождаетъ массу controверзныхъ вопросовъ, изъ которыхъ нѣкоторые не имѣютъ никакого отношенія къ телу нашей работы. Мы ограничиваемся изслѣдованіемъ лишь тѣхъ пунктовъ, которые непосредственно важны намъ для выясненія понятія *самоувины* (гл. II-ая), какъ института родственнаго институту *вины* технической.

лѣсу. По индифферентности къ чужимъ интересамъ, или по другимъ мотивамъ, онъ не принимаетъ никакихъ мѣръ къ тушенію начинающагося пожара, хотя малѣйшаго усилія было бы достаточно, что бы предотвратить несчастіе безъ всякой для себя опасности. Лѣсъ сгораетъ.

Можно ли сказать, что Иванъ совершилъ *вину*, которая обосновываетъ его отвѣтственность?

Безспорно одно — Иванъ поступилъ, не какъ *добрый хозяинъ*, не потушивъ огня.

Но можно ли, пристегнувъ вторую посылку — вина есть уклоненіе отъ поведенія добраго хозяина, — привлечь къ отвѣтственности Ивана передъ потерпѣвшимъ Петромъ?

Англо-американская юриспруденція склонна дать утвердительный отвѣтъ. Въ ней до настоящаго времени господствуетъ опредѣленіе, данное еще въ 1856 году юристомъ-практикомъ *B. Alderson'омъ*:

«На лицо — *вина* во всѣхъ случаяхъ, когда мы упускаемъ что либо сдѣлать, что сдѣлалъ бы человѣкъ разсудительный, руководимый соображеніями, которыя обычно регулируютъ человѣческое поведеніе».

Но въ англійской литературѣ это опредѣленіе встрѣтило возраженія. Ему ставилась въ упрекъ крайняя его эластичность, которая лишаетъ его цѣнности для юриста-практика. «Ясно, — говоритъ *Wharton* [Law of Negligence ch. I, 1, § 2], — что есть много вещей, которыхъ не сдѣлалъ бы человѣкъ умный и разсудительный, и которыя не образуютъ *вины*, способной обосновать искъ» <sup>1)</sup>.

Еще большія сомнѣнія и болѣе энергичныя возраженія вызвала эта конструкція на континентѣ.

Французскіе юристы не нашли въ ней того, что состав-

<sup>1)</sup> *Terry*, Some leading principles of Anglo-Amer. law (1884), § 181: «...The word (negligence) implies the existence of a standard of conduct ...and that that standard has not been acted up to».

ляло предметъ исканій ихъ еще въ XVIII вѣкѣ: критерія для разграниченія вины *моральной* отъ вины *юридической*. Принятіе этого опредѣленія было бы возвращеніемъ къ теоріи *Loysel'a* [Institutes coutumières, VI, 1—5]: «Qui peut et n'empêche—pèche», опровергнутой уже *Domat* [Loix civiles, I, II, t. 8, sec. 4, № 8] <sup>1)</sup>.

Французскіе юристы, въ погонѣ за сказаннымъ критеріемъ, пришли къ такому опредѣленію: *вина есть нарушеніе известной юридической обязанности* <sup>2)</sup>.

Нѣтъ сомнѣнія, что французская доктрина въ этомъ вопросѣ находилась, если и не всегда сознательно, подъ вліяніемъ римскаго ученія о несомвѣстности *вины* и *права*, выраженнаго въ популярномъ афоризмѣ Павла: «*neque dampnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet*» [I. 151, D. 50, 17]. Пока право не реагируетъ, — лицо «*jure suo utitur*», какъ только право начинаетъ реагировать, дѣйствующее лицо — *in culpa*, такъ какъ дѣйствовало *sine jure*. Въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ существуетъ обязательство, можно сказать, что всякое погрѣшеніе противъ этого обязательства образуетъ *вину*, какъ бы легка она ни была, и безъ различія источника обязательства <sup>3)</sup>. Всякое дѣяніе, не противное существующей обязанности, есть дѣяніе *правомѣрное*; всякій актъ, противный обязанности, есть вина. Если наиболѣе легкая погрѣшность не санкціонирована закономъ, это указы-

<sup>1)</sup> Ceux qui pouvant empêcher un dommage que *quelque devoir* les engageait de prévenir, y auront manqué, pourront être tenus selon les circonstances».

<sup>2)</sup> *Bosc*, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil (Paris, 1901), стр. 18, расширяетъ понятіе юридической вины: она — на лицо, не только при нарушеніи юридической обязанности, но и обязанности, освященной обычаями и правами честныхъ людей. На той же точкѣ зрѣнія стоитъ *Beudant et Capitant*, Responsabilité civile (Annales de l'Université de Grenoble, 1906) стр. 139; противъ волеяго расширенія понятія вины *G. Brunetti*, Il delitto civile, стр. 62, 77. Здѣсь же §§ 31—33 приведена итальянская литература вопроса.

<sup>3)</sup> *Planiol*, II, № 884; *Fromageot*, о. с. 4—22; *Chenevier*, A. Responsabilité. Nancy, 1899, стр. 20, 24—30.

ваетъ на то, что на сторонѣ лица не было никакой *обязанности* уклониться отъ этого дѣянія, а, слѣдовательно, нѣтъ мѣста здѣсь и *винѣ* <sup>1)</sup>.

Обостривъ такъ вопросъ о сущности юридической вины, французская теорія логически пришла къ такому опредѣленію вины:

«Вина есть все что дѣлаютъ, не имѣя на то права, или то что упускаютъ дѣлать, хотя должны были дѣлать» [*Dalloz*, Répertoire de législation, Responsabilité, № 99].

«Вина есть актъ незаконный или противный праву» [*Aubry et Rau*, IV, § 444, стр. 746].

«Вина есть всякая погрѣшность противъ юридической обязанности» [*Fromageot*, о. с. 4], соответствующей чужому праву [*J. Willems*, о. с. 28].

«Всякая вина есть дѣяніе, совершенное наперекоръ предсуществующему обязательству» [*Planiol*, Rev. Crit. 1905, стр. 287; *Traité*, II, стр. 275].

Такимъ образомъ, для французскихъ юристовъ идея *вины* сама по себѣ въ высшей степени проста; она покоится у нихъ на необходимой связи съ идеей обязательства: лицо не можетъ быть *виновно*, если оно ни къ чему не было *обязано* передъ совершеніемъ инкриминируемаго дѣянія. Согласно этой конструкціи, вина есть погрѣшность противъ существующей обязанности <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Larombière*, о. с. Art. 1382, № 11: „nul n'est en faute dans l'exercice régulier et prudent de son droit"; *N. Paricesco*, Étude critique sur la théorie de la faute (1905, Paris), стр. 97; *Proudhon*, Traité des droit d'usufruit III, № 1489; *Salleilles*, Les accidents de travail, стр. 46; *Willems*, Essai sur la responsabilité, стр. 210; *Bosc*, о. с. 8; *Huc*, t. 8, № 402; *Sourdat*, I, № 412, 412; *Demolombe*, XXXI, № 479; *Laurent*, XX, стр. 418; *Chironi*, La colpa I, № 8, стр. 8.

<sup>2)</sup> Филологическія изысканія укрѣпили ихъ убѣжденіе въ правильности ихъ конструкціи. Грамматическое толкованіе слова *faute* (корень—fall) указываетъ на то же, что и слово *delictum* (de-liquere), т. е. на ложный шагъ, нарушеніе обязанности. Оба эти термина — синонимы. *Paricesco*, о. с. 5; *Bosc*, о. с. 8; *Fromageot*, о. с. 4; *Willems*, о. с. 210.

Но вмѣстѣ съ зарождеиіемъ этой теоріи естественно под-  
нялся вопросъ, отвѣтъ на который обусловливалъ практическую  
цѣнность всей теоріи: каково *содержаніе* той обязанности,  
нарушеніе которой обосновываетъ деликтную отвѣтственность?

Выдающіеся послѣдователи издавна ограничивались ука-  
заніемъ на общую гражданскую обязанность—«*alterum non  
laedere*» [§ 3, J. 1, 1] и не предпринимали болѣе глубо-  
кого послѣдованія для классификаціи отдѣльныхъ обязанностей,  
входящихъ въ составъ понятія поведенія «добраго хозяина».

Этотъ отвѣтъ породилъ новое недоумѣніе. Какъ старое  
(каноническое) опредѣленіе вины было слишкомъ широкимъ,  
охватывая и вину моральную,—такъ это опредѣленіе, замы-  
каль въ слишкомъ узкія рамки, впадаетъ въ противоположную  
крайность.

Если вина есть оскорбленіе обязанности—*neminem lae-  
dere*, т. е. предполагаетъ дѣяніе *незаконное*, то за бортомъ  
остается масса виновныхъ дѣяній, въ которыхъ мы можемъ  
усмотрѣть простые акты неловкости, неопытности, неосторож-  
ности,—но обоснованіе на коихъ гражданской отвѣтственности  
виновнаго отвѣчаетъ правовому чувству юриста.

*Planiol*, перу котораго принадлежитъ рядъ остроумныхъ  
монографій въ области теоріи деликтной отвѣтственности,  
едва ли не первый во французской литературѣ даетъ отвѣтъ  
на это недоумѣніе.

Онъ согласенъ съ тѣмъ, что правило, нарушение кото-  
раго образуетъ вину, представляется,—то какъ правило юри-  
дическое, то какъ правило житейское. Но, на вопросъ—дол-  
жны ли мы констатировать дуализмъ вины, одна вина—дѣянія  
недозволенные (вина противъ законности), другая вина—акты  
неловкости (вина противъ дѣльности),—*Planiol* даетъ отри-  
цательный отвѣтъ.

Въ основѣ той и другой вины—говоритъ онъ—лежитъ  
нарушеніе закона. Въ организаціи всякаго человѣческаго об-

щества—обосновываетъ онъ свое утвержденіе—подразумѣвается  
*законное правило*:

запрещеніе быть безчестнымъ,  
запрещеніе быть неловкимъ,  
запрещеніе нарушать положительные законы.

И, дѣйствительно, существуетъ юридическое обязатель-  
ство, созданное закономъ, которое насъ обязываетъ уважать  
жизнь, здоровье, честь, имущество нашего ближняго <sup>1)</sup>.

Изъ этого положенія послѣдователи *Planiol'a* сдѣлали  
тотъ выводъ, что разъ вина состоитъ въ необходимой связи  
съ идеей обязательства, она вызываетъ также оскорбленіе  
*права*, такъ какъ обязательство есть необходимый *corollarium*  
права,—оно не можетъ существовать самостоятельно, внѣ идеи  
права третьяго лица. Поэтому, *вина-деликтъ* образуетъ актъ  
противный праву, т. е. *актъ неправомѣрный* (*acte illicite*) <sup>2)</sup>.  
Всѣ поименованныя запрещенія объединяются, такимъ обра-  
зомъ, въ одну формулу: *запрещеніе оскорблять чужую  
правовую сферу*.

*Право* тѣмъ и отличается отъ *морали*, что оно не счи-  
тается съ виной, какъ таковой, независимо отъ ея видимыхъ  
результатовъ. Законодатель озабоченъ лишь социальнымъ по-  
рядкомъ и не вмѣшивается, если этотъ порядокъ не нару-  
шенъ. Поэтому, вина получаетъ свое юридическое существо-  
ваніе лишь черезъ результаты, т. е. черезъ причиненный  
вредъ, иначе говоря,—черезъ *правонарушеніе* <sup>3)</sup>.

Мы видимъ, какъ идея—вина есть нарушение существую-

<sup>1)</sup> *Planiol*, *Traité* II, стр. 276; *Études sur la responsabilité*, *Rev. Crit.*  
1905—1906; *Note Planiol D.* 96, 2, 457: „Съ этой точки зрѣнія законное обя-  
зательство имѣетъ достаточно узкія границы: оно налагаетъ на насъ обязан-  
ность *уважать*, но не *защищать* интересы другихъ“.

<sup>2)</sup> *Purificesco*, о. с. 6; *Bosc*, о. с. 9; *Chenevier*, о. с. 35.

<sup>3)</sup> *Fromageot*, о. с. 8: „для того, что бы *вина* представляла извѣстный  
интересъ для юриста, надо, что бы она могла служить базой гражданскому  
иску; но это предполагаетъ оскорбленіе чужой правовой сферы“; *Sourdat*, I  
§ 412; *Capitant*, *Introduction à l'étude du droit civil* (Paris 1898), стр. 314.

щого обязательства—приводить французских юристов к положению, что вина есть вторжение в чужую правовую сферу, т. е. является сама-по-себѣ *d'нянiэмъ неправомѣрныхъ* (делитомъ).

Этимъ логическимъ развитіемъ понятія *вины* объясняется интересное явленіе: понятіе вины, какъ таковое, изгоняется изъ французской [и бельгійской] научной литературы и обречено исчезнуть, чтобы уступить мѣсто другому болѣе широкому понятію *деликта* <sup>1)</sup>.

Если французскіе юристы строятъ понятіе *вины*, исходя отъ идеи личной обязанности делинквента, то это обзано, несомнѣнно, тому, что они въ своей работѣ имѣли, такъ сказать, свободныя руки.

Ни одинъ законодательный текстъ не стѣснялъ ихъ въ теоретическихъ построеніяхъ,—наоборотъ, эластичная норма 1382-ая Французскаго Уложения давала съ примѣрнымъ безпристрастіемъ пріютъ всеѣмъ теоріямъ. Въ ней французскіе юристы, какъ римскіе авгуры по небу, читали все, что хотѣли прочесть, и, конечно, они приходили къ тѣмъ опредѣленіямъ, которыя были болѣе согласны съ общимъ духомъ правопорядка, построеннаго на началахъ личной свободы и индивидуализма.

Юристы, воспитанные на республиканской почвѣ, склонны

<sup>1)</sup> Въ самомъ дѣлѣ, изучающій французскую и бельгійскую литературу пораженъ той подчиненной ролью, которую отводитъ понятію *вины*, какъ элементу деликта, юристы, воспитанные,—казалось бы,—на римскихъ традиціяхъ! Для нихъ *вмѣненіе* (*imputabilité*) и *неправомѣрность* (*illicéité*) суть заразъ составные элементы и *вины* и *деликта*. Они разлагаютъ вину на рядъ моментовъ, которымъ придаютъ значеніе самостоятельныхъ ревензитовъ *деликта*, и не склонны потому признавать за *виной* значеніе особаго, независимаго момента въ болѣе широкомъ понятіи деликта. *Huc*, VIII № 402; *Demolombe*, XXXI № 479; *Aubry et Rau*, IV § 444, № 1; *Puricisco*, о. с. 30; *Bose*, о. с. 11; *Willems*, *Rev. générale* 1895, стр. 142; *Willems*, о. с. 35, 43; *Teizseire*, о. с. 40; *Marcadé*, *Explications théoriques et pratiques*, V стр. 296; *Note D.* 1870, 1, 177; *Note D.* 1903, 1, 177; *Pand. Belges, Responsabilité* № 87, № 135; *Q. Delit* (t. 82) № 507; *Laurent*, о. с. 410 и слѣд.

исходить отъ понятія *индивидуума*; они говорятъ о личности, объ ея обязанности; и лишь, какъ логическій *corollarium*, они признаютъ публичный оборотъ за факторъ, съ которымъ они вынуждены считаться.

Менѣе свободными были ихъ нѣмецкіе коллеги.

Для нихъ *положительный законъ* и строгое толкованіе его имѣютъ рѣшающее значеніе; вмѣстѣ съ тѣмъ, потребности *оборота* представляются для нихъ началомъ и цѣлью всякихъ отправленій при построеніи гражданско-правовыхъ институтовъ.

Это различіе въ основномъ мировоззрѣніи привело, какъ мы увидимъ ниже, къ существенному различію въ методахъ, коими пользуются французскіе и нѣмецкіе юристы при конструированіи субъективнаго содержанія понятія вины <sup>1)</sup>.

«Оборотъ», «обычай оборота», «безопасность оборота» <sup>2)</sup> выставляеть какъ исходный пунктъ при выработкѣ понятія *виновнаго* поведенія и *Новое Германское Гражданское Уложение*.

Какъ въ житейскомъ, такъ и въ торговомъ оборотѣ для всякаго поведенія «*ordentlicher Hausvater*»'а установлена неизмѣнная линия поведенія въ интересахъ правопорядка. Всякое уклоненіе отъ этой идеальной линии разсматривается, какъ погрѣшность противъ требуемой рачительности (*Sorgfalt*) и образуетъ юридическую *вину* на сторонѣ дѣятеля.

<sup>1)</sup> Въ связи съ этимъ стоитъ интересное по своей характерности явленіе: въ тѣхъ случаяхъ, когда принципъ *вины*, въ интересахъ справедливости, отказываетъ, какъ мѣрло, для сужденія объ отвѣтственности за *причиненный* убытокъ, французскіе и германскіе юристы приходятъ къ справедливому рѣшенію различными путями. Французскіе юристы ничего не уступаютъ въ самомъ *принципѣ* вины, какъ основѣ отвѣтственности, который имъ дорогъ, какъ эмблема индивидуализма! Они лишь объективируютъ понятіе вины, сведи его къ понятію причинной связи. Другой методъ примѣняютъ нѣмецкіе юристы. Они не усумнились *на ряду* съ принципомъ вины выставить другіе принципы гражданской отвѣтственности [*Handeln auf eigene Gefahr, Gefährdungsprinzip* и т. п.], въ которыхъ превазируетъ идея—не *личности*, а—*оборота*, не—нарушеніе личной обязанности, а—вторженіе въ чужую правовую сферу! Объ этомъ см. ниже.

<sup>2)</sup> „Verkehr“, „Verkehrssitte“, „Verkehrssicherheit“ [*Protok. VI*, стр. 150, IV].

Ст. 276 В. Г. В.: «Дѣйствуетъ небрежно тотъ, кто пренебрегаетъ требуемой въ оборотѣ заботливостію»<sup>1)</sup>.

Уже это законное опредѣленіе указываетъ на то, когда и *идѣ* требуется эта рачительность, — именно, «въ оборотѣ», и простое логическое толкованіе разрѣшаетъ вопросъ: отъ кою исходить это требованіе: правовой порядокъ, законъ суть тѣ власти, которыя предписываютъ членамъ гражданскаго общества эту рачительность<sup>2)</sup>, степень которой опредѣляется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ *воззрѣніями самого оборота*<sup>3)</sup>.

Подъ словомъ же *оборотъ* (Verkehr) господствующая доктрина разумѣетъ всякое треніе дѣятельности одного лица съ имущественной сферой другого<sup>4)</sup>.

И всѣ юристы, какъ тѣ, которые въ словѣ «оборотъ» (ст. 276) усматриваютъ опредѣленіе самой сущности понятія *небреженія*<sup>5)</sup>, такъ и тѣ, которые отводятъ ему болѣе скромную роль указателя лишь степени требуемой рачительности<sup>6)</sup>, склонны при выработкѣ понятія вины исходить отъ «потреб-

<sup>1)</sup> Характеренъ для духа нѣмецкаго права тотъ фактъ, что рачительность нигдѣ въ законѣ не встрѣчается особнякомъ, но всегда въ соединеніи съ идеей *оборота* [im Verkehr erforderliche Sorgfalt].

<sup>2)</sup> v. Liszt, o. c., стр. 55; *Ennecerus-Lehmann*, I стр. 291.

<sup>3)</sup> *Endemann*, I, 638; *Linckelmann*, Die Schadensersatzpflicht (Berlin, 1898) стр. 37; *Plank*, I, стр. 41; *Dernburg*, II, стр. 135; *Eick*, o. c. 54; *Weyl*, o. c. 110. *Contra*: *Cosack*, I, стр. 249; *Matthias*, I, стр. 271; *Crome* I, стр. 486; они указываютъ на законъ, правовой порядокъ, какъ на факторы, опредѣляющіе степень требуемой рачительности.

<sup>4)</sup> *Kipp*, I, стр. 453: „Unter Verkehr muss... jede Berührung des Verhaltens eines Menschen mit der Sphäre eines andern verstanden werden“. То же опредѣленіе даютъ: *Dernburg*, II, стр. 135; *Göring*, Ist die fahrlässige Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinne des B. G. B.? (München 1900), стр. 27; *Weyl*, Vorträge I, стр. 78.

<sup>5)</sup> *Ennecerus-Lehmann*, o. c. стр. 291: „Das ist nicht nur eine Bestimmung des Grades, sondern auch des Wesens der Fahrlässigkeit“; *Dernburg*, o. c., стр. 135; *Linckelmann*, стр. 35; *Lühl*, Gründe und Arten der Delictshaftung (1897), стр. 13; *Plank* I, стр. 40; *Weyl*, o. c. 130.

<sup>6)</sup> v. Liszt, o. c. 55: „mit diesen Worten aber nicht das Wesen der Fahrlässigkeit, sondern der Grad der vom Schuldner zu leistenden Sorgfalt bestimmt wird“. *Matthias*, o. c., 271.

ностей социальнаго сожитія»<sup>1)</sup>, «уваженія сосѣдскихъ интересовъ ближняго»<sup>2)</sup>, «правила здоровой общественной жизни»<sup>3)</sup>.

Такимъ образомъ, конструируя понятіе вины, они исходятъ отъ идеи страдательнаго субъекта, съ правовой сферой котораго вошло въ соприкосновеніе данное лицо въ отправленіи его свободной дѣятельности, и усматриваютъ сущность вины въ оскорбленіи круга правомъ защищенныхъ интересовъ третьяго лица.

Само собой разумѣется, — и на это мы указали выше, — оскорбленіе чужой правовой сферы есть обратная сторона преступленія обидчикомъ границъ его свободной дѣятельности, отведенной ему правовымъ порядкомъ; объ этомъ оскорбленіи можетъ идти рѣчь лишь тамъ, гдѣ на лицо — субъективная неправомѣрность, т. е. дѣяніе, которое не оправдывается субъективнымъ правомъ дѣятеля.

И нѣмецкихъ юристовъ никакъ нельзя упрекнуть въ непризнаніи этихъ положеній, диктуемыхъ элементарной юридической логикой. Однако, въ ученіи о винѣ они проявляютъ свойственную имъ тенденцію подчеркивать видимый, объективный элементъ *вторженія въ чужую сферу*, оставляя или совсѣмъ въ тѣни<sup>4)</sup>, или же даже прямо оспаривая другую сторону правоотношенія — нарушение обидчикомъ извѣстной прежде лежащей на его сторонѣ *обязанности* передъ лицомъ потерпѣвшимъ<sup>5)</sup>. Они, такъ сказать, отрываютъ инкриминируемое дѣяніе лица отъ правовой атмосферы, въ которой оно совершено, что бы придать ему вполнѣ самостоятельное

<sup>1)</sup> *Esslinger*, Ueber bewusste Fahrlässigkeit, Seuf. Bl. f. R. A. 69 (1904) № 9, 174.

<sup>2)</sup> *Neumann*, Jahrb. II, стр. 183, sub. 3, b.

<sup>3)</sup> *Kuhlenbeck*, Das B. G. B. I, стр. 229, n. 3.

<sup>4)</sup> *Plank*, I, стр. 41.

<sup>5)</sup> *Weyl*, System, 109, 130, 253, 280, 296, 533 (противъ *Endemann*); v. Liszt, o. c. 46—47; *Croissant*, o. c. 16: „Verschulden ist ein rechtsbildender Begriff, denn es erzeugt eine Obligation“.



значение не разрешающего, а — *обосновывающего впервые обязательственное отношение между сторонами.*

Иначе конструирует обязательственное отношение между сторонами другая часть немецкой доктрины. Она также исходным пунктом берет положение, что вина есть небрежение «требуемой в оборотѣ рачительности». Но вопрос о рачительности, по ее мнѣнію, можетъ быть поднимаемъ лишь тамъ, гдѣ существуютъ *правовыя обязанности* между лицами; отсюда юристы этой школы дѣлаютъ тотъ выводъ, что виновное поведение должно стоять въ конкретномъ отношеніи къ правовой обязанности делинквента <sup>1)</sup>.

Отцомъ этой теоріи въ немецкой литературѣ надо представить *Endemann'a*. «Вина—говоритъ онъ <sup>2)</sup>—есть оскорбленіе общей обязанности къ заботливости»... «Вина есть понятіе производное, сама же по себѣ, какъ таковая, вообще не поддающаяся опредѣленію. Прочное основаніе приобретаетъ лишь черезъ установленіе конкретной обязанности».

Итакъ, *Эндеманнъ* и его послѣдователи исходнымъ пунктомъ своей теоріи берутъ предположеніе о наличности юридическаго обязательства на сторонѣ делинквента, и всю проблему о сущности вины они обостряютъ въ вопросѣ: каково содержаніе той заботливости, нарушение которой образуетъ вину на сторонѣ дѣятеля [*welche Ansprüche sind an die Sorgfalt des Schuldners zu stellen?*]. Отвѣтъ на этотъ вопросъ логически подсказывается уже исходнымъ пунктомъ всей теоріи: деликтная вина обусловлена изначала общимъ естественно-правовымъ запрещеніемъ нарушать чужія права [*alterum non laedere*]; на каждомъ членѣ гражданского общества лежитъ обще-правовая обязанность—такъ приспособлять свое пове-

<sup>1)</sup> *Dernburg*, II § 63, стр. 135, прим. 9: „Wo immer rechtliche Pflichten bestehen, wird sich die Frage der sorgfältigen Ausführung aufwerfen“; *Meumann*, о. с. 151; *Kuhlenbeck*, о. с. 60; *Hesse*, о. с. 231; *Cosack*, Lehrbuch I, стр. 236.

<sup>2)</sup> *Endemann*, I, § 111, стр. 480, § 130, стр. 579—580.

деніе къ обороту, что бы изъ этого поведения не вытекало оскорбленія чужихъ правовыхъ благъ <sup>1)</sup>.

Какая изъ этихъ двухъ доктринъ права? Та ли, которая учитъ, что черезъ упущеніе требуемой въ оборотѣ рачительности рождается впервые обязательственное отношеніе между людьми, правовыя сферы коихъ до этого момента не были связаны другъ съ другомъ никакими ни дѣловыми, ни общественными отношеніями;—или права та доктрина, которая утверждаетъ, что всѣ члены гражданского общества стоятъ другъ къ другу въ правовыхъ отношеніяхъ уже до момента правонарушенія,—отвѣтъ на этотъ вопросъ самъ по себѣ для насъ безразличенъ. Намъ важно установить лишь главную идею, лежащую въ основаніи того и другого правовоззрѣнія: *вина предполагаетъ наличность страдательнаго субъекта, иначе говоря,—вина немыслима внѣ идеи гражданской ответственности!* <sup>2)</sup>.

И тѣ немногіе немецкіе юристы, которые даютъ намъ законченное продуманное положительное опредѣленіе понятія вины,—всѣ безъ различія школъ и направлений,—вносятъ въ него, именно, эти моменты, какъ существенно необходимые признаки вины.

*Dernburg* [II, 1, § 63, sub. I, стр. 134]: «вина есть вредоносное правонарушеніе, которое указываетъ на порочность воли повредителя».

*Endemann* [I, § 130, стр. 744]: «вина есть нарушеніе обязанности, облагаемое отвѣтственностью за убытки».

*Enneccerus-Lehmann* [I, § 117, стр. 289]: «вина есть

<sup>1)</sup> *Endemann*, о. с. 488; *Kuhlenbeck*, о. с. 58; *Linckelmann*, о. с. 36; *Zitelmann*, Das Recht des B. G. B. I, стр. 152.

<sup>2)</sup> *Schlossmann*, Der Vertrag (Leipzig, 1876), стр. 319: „das ein Delict oder eine Schuld constatierende Urteil beruht erstens auf der Wahrnehmung einer Verletzung jemandes“;—*Weyl*, System, стр. 294: „durch seine Schuld ist einem andern etwas Unangenehmes begegnet, das eine rechtliche (zivilrechtliche) Sühne erheischt“.

порочность воли, въ силу которой лицо можетъ быть привлечено къ отвѣту за гр. неправду».

*Liszt* [о. с. стр. 46]: «вина есть такое субъективное отношеніе дѣятеля къ наступившему результату, съ которымъ связана правовая отвѣтственность».

Изъ предшествующаго изложенія явствуетъ, что французская и нѣмецкая доктрины, несмотря на противоположность отправныхъ идей ихъ логическихъ построений и несмотря на различіе приемовъ ихъ изслѣдованія, пришли въ результатѣ въ одному выводу: *вина, въ ея матеріальномъ содержаніи, есть дѣяніе вредоносное, необходимо и нерасторжимо связанное съ идеей гр. отвѣтственности передъ потерпѣвшимъ лицомъ.*

## § 2. Субъективный составъ понятія вины.

Вопросъ о субъективной сторонѣ понятія вины есть вопросъ сложный. Онъ обнимаетъ въ себѣ юридическіе вопросы: 1) о тѣхъ духовныхъ качествахъ лица, которыя допускаютъ вмѣненіе ему содѣяннаго (полное обладаніе моральными силами), и 2) о духовномъ отношеніи поведенія дѣятеля къ результату;—въ этомъ послѣднемъ смыслѣ вопросъ о винѣ не есть вопросъ о проявленіи воли, вызывающемъ перемѣны во внѣшнемъ мірѣ, а есть лишь объективное сужденіе съ абстрактной точки зрѣнія о той обстановкѣ, въ которой дѣйствовало лицо, для выясненія духовной причинной связи между поведеніемъ и результатомъ.

Такимъ образомъ, два центральныхъ вопроса входятъ въ одинъ общій вопросъ о субъективномъ составѣ понятія *вины*:

- 1) вопросъ о вмѣненіи лицу его дѣянія,
- 2) вопросъ о вмѣненіи лицу результата его дѣянія.

Въ тотъ и другой моментъ мы можемъ влиять различное содержаніе, въ зависимости отъ исходной идеи и конечной цѣли нашего изслѣдованія.

Согласно традиціонной доктрины, законодатель, говоря о «небреженіи», «ущущеніи», «винѣ», имѣетъ въ виду не матеріальную сущность фактовъ, а—оцѣнку психологической стороны въ поведеніи субъекта; онъ не желаетъ привлекать къ отвѣтственности лицъ, которыя не обладаютъ вполне сознаниемъ, волей, разумѣніемъ. Вмѣненіе дѣянія предполагаетъ свободу воли на сторонѣ дѣятеля. Лица, не достигшія или утратившія по той или другой причинѣ ту зрѣлость, которая необходима для сознанія моральнаго и юридическаго значенія совершаемаго, не способны совершить вины. Ихъ дѣянія будутъ *невинными*.

Романисты пошли еще дальше по этому пути изслѣдованія субъективнаго, «психологическаго» настроенія дѣятеля. Они не усматриваютъ *вины* тамъ, гдѣ лицо совершаетъ такое дѣяніе, которое, правда, оцѣниваемое въ его матеріальномъ содержаніи является бесспорной оплошностью, но гдѣ обстоятельства оправдываютъ душевное состояніе даннаго лица въ минуту дѣянія, напр. лицо «потеряло голову» при видѣ опасности, или по неопытности не усмотрѣло самой опасности.

Съ точки зрѣнія этой традиціонной доктрины вина есть *вина воли*. Совершеніе инкриминируемаго дѣянія приписывается тому обстоятельству, что лицо недостаточно напрягло свои (имѣющіяся въ его распоряженіи) интеллектуальныя и моральныя силы для того, что бы познать совершаемое и отказаться отъ предпринятаго движенія.

Для установленія этого недостатка воли судья не долженъ останавливаться на видимой причинной связи между сознательнымъ поведеніемъ лица и инкриминируемымъ результатомъ; онъ долженъ войти въ каждый отдѣльный случай въ изслѣдованіе всѣхъ нюансовъ воли, что бы не наказать невиннаго.

Эта конструкція вины, какъ *вина воли*, конечно, не можетъ рассчитывать ни на признаніе со стороны юристовъ, какъ принципъ, долженствующій удовлетворять *всѣ* потребности и регулировать *всѣ* отношенія современнаго экономи-

ческого и правового строя. Въ той сферѣ человеческой дѣятельности, гдѣ воля лица—не виновная, а сознательная—осуществляет свои виды и планы въ личных интересахъ и наноситъ этимъ убытки третьимъ лицамъ, вырабатывается на ряду съ виной (виной воли) новое понятие *профессиональнаго риска*.

Въ тѣхъ странахъ, гдѣ эта социальная справедливость была удовлетворена законодателемъ съ той поспѣшностью, которая предписывалась жгучестью вопроса,—понятіе вины въ общегражданскихъ отношеніяхъ сохранило свою самостоятельность и мало потеряло въ своемъ первоначальномъ обликѣ.

Другое развитие права мы наблюдаемъ во Франціи.

Здѣсь долгое время обходились безъ спеціальнаго закона о профессиональномъ рискѣ, и до сихъ поръ обходятся безъ спеціальнаго желѣзно-дорожнаго закона. Между тѣмъ, потребности жизни настоятельно требовали своего удовлетворенія, хотя бы кружнымъ путемъ. Этотъ кружный путь и выбрали французскіе юристы. Съ 70-хъ годовъ прошлаго столѣтія мы наблюдаемъ сильное теченіе во французской и бельгійской литературѣ и юриспруденціи: за неимѣніемъ спеціальнаго закона юристы и практики обращаются къ толкованію дѣствующихъ нормъ (ст. 1382 и слѣд.) *Code Civil*, съ цѣлью приспособить эти нормы, приуроченныя къ общегражданскимъ отношеніямъ,—къ новымъ потребностямъ жизни. Эта доктрина не могла, *оставаясь на почвѣ толкованія закона*, расщепить ст. 1382 на два принципа: одинъ—*субъективной вины*, оставленный въ дѣственномъ видѣ для регулированія общегражданскихъ отношеній, и другой—*созданнаго волей лица риска*, выдуманнаго впервые для удовлетворенія новыхъ запросовъ жизни.

Доктринѣ не оставалось другого пути, какъ создать для *всѣхъ* гражданъ одно новое *объективное* понятіе вины, облагодѣтельствовавъ, такимъ образомъ, новый социальный классъ рабочихъ, путемъ наложенія небольшого бремени на

свободную дѣятельность частныхъ лицъ въ ихъ невинномъ повседнежномъ общеніи<sup>1)</sup>.

Таково, по нашему мнѣнію, историческое оправданіе характерной тенденціи французскихъ юристовъ элиминировать субъективные моменты изъ понятія *вины*, расширяя на ихъ счетъ моментъ каузальный между *волевымъ актомъ* и результатомъ дѣянія. Доказательство вины сводится ими къ установленію происхожденія неправомернаго факта отъ свободной *инициативы* лица. «Быть виновнымъ съ т. з. идея *риска* это не значить быть *виновнымъ въ своей воли*, а—единственно добровольно взять на свою личную инициативу дѣяніе, которое могло создать рискъ»<sup>2)</sup>.

Мы, конечно, не утверждаемъ, что это понятіе *риска* вытѣснило изъ французской господствующей доктрины понятіе *вины*. Но безспорно то, что идеи, коимъ обязано рожденіе этого новаго института, оказали свою долю вліянія и на образование понятія *вины* въ сторону большаго объективированія его «субъективныхъ» моментовъ.

Другую тенденцію мы должны отмѣтить въ германской литературѣ.

*Вина* въ нѣмецкой доктринѣ, какъ чисто юридическое понятіе, сохранило въ общемъ свою первоначальную дѣственную чистоту, какъ моментъ чисто субъективный. Нѣмецкіе юристы, отдавая дань общему современному теченію расши-

<sup>1)</sup> Мы можемъ отмѣтить въ этомъ ходѣ идей интересный фактъ. Палата депутатовъ на предложеніе депутата *Boissierin* вотировала 19 февр. 1902 г. слѣдующую редакцію ст. 1382 Фр. Уд.: „Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par le fait duquel il est arrivé à le réparer. Le dément sera responsable civilement du préjudice par lui causé“. [Chambre des Dép. Séance 19 févr. 1902 Journ. Offic. 1902 стр. 707]. Однако, эта редакція не получила силы закона.

<sup>2)</sup> *Salicilles*, Les accidents de travail et la responsabilité. Paris, 1897, стр. 5, 58—59, *Cas-fortuit* есть ничто иное, какъ отрицаніе отношенія личной каузальности; это суть факты, упычжающіе инициативу лица и дѣлающіе изъ лица чисто пассивное орудіе,—передатчика чужой силы.

рить объемъ ответственности всякаго дѣятеля, слѣдуютъ другому методу, чѣмъ французскіе юристы. Не *вина* должна быть объективирована, а сама *ответственность*. Если потребности практической жизни заставляютъ насъ расширить ответственность нѣкоторыхъ категорій лицъ, то это, на глазахъ нѣмецкаго юриста, — не оправданіе для искаженія самой сущности *вины*; это должно только побудить насъ найти новую базу для установленія ответственности, взамѣнъ или — наряду съ принципомъ *вины* [Gefährdungshaftung, Handel auf eigene Gefahr, Prinzip des activen Interesses, Erfolgshaftung, Prinzip der adäquaten Verursachung, Prinzip der ökonomischen Tragfähigkeit]. Само же *понятіе вины* должно сохранять свою абсолютную самостоятельность, какъ понятіе чисто юридическое.

Не отказавшись отъ этого воззрѣнія германская доктрина и послѣ опубликованія *Новаго Германскаго Гражданскаго Уложения*. Определеніе *небреженія*, какъ *пренебреженіе требуемой въ оборотѣ заботливости* (ст. 276), въ связи съ строгимъ опредѣленіемъ, «ordentlicher Hausvater» въ подготовительныхъ работахъ<sup>1)</sup> не побудило германскихъ юристовъ отнестись къ велѣніямъ закона, какъ къ началамъ, несомнѣстимымъ съ традиционными германскими воззрѣніями. И при новомъ режимѣ они примѣняютъ строго-объективный масштабъ, отнюдь не разумѣя подъ этимъ объективной ответственности<sup>2)</sup>,

<sup>1)</sup> Protok. Bd. I № 46, стр. 303; Bd. II, № 152, стр. 586—587, 674 полагательно указываютъ на то, что объективный масштабъ, лежащій въ основаніи понятія *небреженія*, ведетъ къ замѣнѣ *вины* принципомъ „allgemeinen Garantispflicht“.

<sup>2)</sup> Dernburg, Das bürg. R. стр. 136; Endemann, о. с. 641; Plank, I стр. 40; Matthias, I, 271—272; Engelmann, Das bürg. R., стр. 129; Oertmann, о. с. 36; Schollmeyer, о. с. 100; Zitelmann, Das Recht des B. G. B. I, 158; Piper, Verursachung und Verschulden, стр. 38; Wendt Arch.-Prax. Bd. 87, стр. 430.—Contra: Brodmann, Ueber die Haftung für Fahrlässigkeit. Arch.-Prax. Bd. 99 (1906) стр. 386; Manes, Die Haftpflichtversicherung, стр. 54. За конструкцію протоколовъ „Garantipflicht“. Enneccerus-Lehmann, о. с. 291 и Linckelmann, о. с. 38; противъ нея: v. Liszt, о. с. 56; v. Weinrich, Die

и съ положительнымъ указаніемъ на уклоненіе отъ слѣдованія этой идеальной линіи поведенія, какъ на сущность *вины*<sup>1)</sup>.

И въ самихъ логическихъ разсужденіяхъ и въ способахъ выраженія мы при самомъ тщательномъ изслѣдованіи хода мыслей и терминологіи нѣмецкихъ ученыхъ не найдемъ намека на то, что бы они, прилагая объективный масштабъ, смѣли въ виду исказить сущность *вины* (виновность воли) и замѣнить его понятіемъ *риски*<sup>2)</sup>; наоборотъ, большинство юристовъ-теоретиковъ, комментаторовъ и практиковъ единогласно признаетъ, что неприятіе въ соображеніе личныхъ, чисто индивидуальныхъ особенностей дѣятеля, отнюдь не равнозначуще съ уклоненіемъ отъ понятія *вины* и подмѣной его другимъ какимъ либо объективнымъ понятіемъ<sup>3)</sup>.

Мы можемъ отмѣтить еще другое въ высшей степени значающее для германскаго ученаго міра явленіе.

Въ то время, какъ юриспруденція, въ согласіи съ подготовительными работами и точнымъ смысломъ закона, объекти-

Haftpflicht стр. 28; Dittenberger, Der Schutz des Kindes, стр. 69 Anm. 2; Henrich, Ueber die Voraussetzungen des Anspruchs. Gruch. Beit. 42 (1898), стр. 168; Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes, 95.

<sup>1)</sup> Примѣнительно къ Motiv. II, стр. 28 [„Einmischung in Dinge, die er nicht versteht“]: Kuhlentbeck, Das B. G. B. I, стр. 299; Endemann, о. с. 640; Dernburg, о. с. 137.

<sup>2)</sup> Примѣненіе объективнаго масштаба для сужденія о силѣ и зрѣлости воли находить цѣлесообразнымъ почти всѣ германскіе юристы, такъ какъ съ одной стороны въ публичномъ оборотѣ лицо имѣетъ дѣло не съ знакомымъ ему индивидуумомъ, а съ „публикой“ (Titze, о. с. 79; Neumann, Jahrb. I (1903) стр. 186; Eck, Vorträge I, 194; Bernhöft und Binder, Beiträge, стр. 230; Crome I, стр. 486], а, съ другой стороны, мы не въ правѣ требовать отъ судьи выработки для каждаго человека особаго масштаба, считаясь съ его личными способностями, привычками и прочими душевными качествами. Landsberg, о. с. 254; Esslinger, о. с. 175; Bendix, Das deutsche bürg. R. (1904) стр. 307; Weyl, Gutachten I, 3; Cosack, Lehrbuch, 249.

<sup>3)</sup> Fels, Die aussercontractliche Schadensersatzpflicht [Gruch. B. XXXV], стр. 22: „Wer überhaupt willensfähig ist, kann bei gehöriger Anstrengung seines Willens jenes Durchschnittsmass der Sorgfalt anwenden.“—Weyl, System, стр. 134; Liebe, Das Bürg. R. (1904), I стр. 230; Rehbein, Das B. G. B. (1903), стр. 101; Höchster, Grenze der Haftung, Arch.-Pr. 1909, стр. 435.

вирует строгий масштаб «добраго хозяина», видная часть германской доктрины дѣлаетъ усилія въ противоположномъ направленіи.

Она путемъ интерпретации закона <sup>1)</sup>, или выставленіемъ *legis ferendae* <sup>2)</sup> пытается вернуть винѣ все, чего она лишилась подъ давленіемъ объективирующихъ тенденцій новаго времени. Путемъ изученія богатой судебной практики она пришла къ выводу, что безопасное примѣненіе на дѣлѣ абстрактнаго непогрѣшимаго типа *diligens [bonus] pater familias*'a. приводитъ часто къ соображенію не только того— *могло ли и должно ли* было лицо предвидѣть вредъ, но и того—предотвратимъ ли вообще вредъ какой либо мыслимой внимательностью и предусмотрительностью въ данномъ конкретномъ случаѣ.

Этотъ выводъ побуждаетъ меньшую часть нѣмецкой

<sup>1)</sup> Одна группа юристовъ сглаживаетъ строгость объективнаго масштаба указаніемъ на растяжимость его. „Требуемая заботливость“ различается, смотря по *соціальному положенію* индивидуума. Судья долженъ принимать въ соображеніе рачительность „добропорядочнаго хозяина соответствующаго круга жизни и призванія“. *Weyl*, System 125; *Mataja*, Das Recht des Schadensersatzes, стр. 110; *Kahlenbeck*, о. с. 299, п. 3; *Schollmeyer*, о. с. 100; *Linckelmann*, о. с. 37.—Еще дальше идутъ въ томъ же направленіи тѣ ученые, которые считаютъ съ индивидуальностью и не только лица, какъ члена соціальной группы, а, именно,—лица, какъ индивидуума. Они не игнорируютъ различія въ душевныхъ и тѣлесныхъ силахъ, въ полѣ, возрастѣ, образованіи, здоровьи, имущественномъ положеніи и т. п. моментовъ. *Kipp*, I, стр. 449; *Oertmann*, о. с. 36; *Crome* I, 486; *Zitelmann*, о. с. 158; *Eick*, о. с. 56.—Впрочемъ, дѣленіе людей на группы по указаннымъ признакамъ, какъ не имѣющее опоры въ законѣ, не встрѣчаетъ сочувствія въ юриспруденціи. Еще меньше сочувствія находятъ то крайнее мнѣніе, которое привлекаетъ къ оцѣнкѣ дѣянія лица всѣ личныя, субъективныя свойства и наклонности индивидуума. На этомъ культъ субъективизма стоятъ: *v. Liszt*, *Delictobligationen*, 55; его же *Grenzgebiete*, стр. 16; *Matthias*, I, стр. 273; *Landsberg*, I, 254; *Plank*, I, 41; ср. *M. Gmür*, (швейцарскій юристъ) *Uebereinstimmung der Begriffe [Zeit. f. Schw. R., 1903]*, 628.

<sup>2)</sup> Главнымъ образомъ,—возвращеніемъ къ первоначальной редакціи Проекта: „im Verkehr üblichen Sorgfalt“ [Prot. II № 154, стр. 604]. *Zradlowsky*, *Entwurf*, стр. 18; *Brodmann*, о. с. 345; *Menger*, Das bürg. R. und die besitzlosen Volksklassen стр. 205 („wackerer Mensch“); *Rocholl*, *Vorschläge zur Abänderung des Entwurfs* (Berlin, 1890); *G. Schmidt*, *Gutachten*, стр. 1191.

доктрины заклеить «рачительность добропорядочнаго домохозяина», какъ «теоретически безсодержательное выраженіе» <sup>1)</sup>, какъ «возвратъ къ принципу причиненія подъ личиной научной теоріи» <sup>2)</sup>, и выставить на авангардѣ лучшія своя силы въ энергичной атакѣ противъ «Durchschnittsphlister» <sup>3)</sup>, «ein Wesen ohne Fleisch und Blut» <sup>4)</sup>, какъ окрещенъ былъ скромный «bonus pater familias» въ пылу полемики.

Это теченіе въ германской литературѣ намъ ясно показываетъ отношеніе нѣмецкой доктрины къ субъективному элементу въ понятіи вины.

Она, наперекоръ ясно выраженной тенденціи всѣхъ современныхъ законодателей и юриспруденціи, сумѣла до настоящаго времени сохранить идеалъ этого понятія въ чистомъ дѣвственномъ его видѣ; она не сдалась и въ XX вѣкѣ, когда «оборотъ» уничтожилъ личность, и когда правовой порядокъ давно уже имѣетъ дѣло не съ реальными людьми, а съ отвлеченными типами, снабженными всѣми добродѣтелями, «требуемыми въ оборотѣ».

Если мы даже отвлечемся отъ этихъ ультра-индивидуалистическихъ тенденцій, пробивающихся въ германской литературѣ, мы въ правѣ резюмировать господствующее воззрѣніе нѣмецкой доктрины въ положеніи: *субъективный элементъ понятія вины есть известное направленіе воли дѣятеля къ инкриминируемому результату, которое мы можемъ поставить ему въ упрекъ, прилагая объективный масштабъ къ оцѣнкѣ его дѣятельности.*

<sup>1)</sup> *Laband*, Zum II Buch des Entw. [Arch.-Prax. Bd. 74], стр. 3; *Gierke*, Der Entwurf (1889), 259; *Holder*, *Komm. zum allg. T. des Entw.*, стр. 130.

<sup>2)</sup> *Brodmann*, о. с. 341.

<sup>3)</sup> *Liszt*, о. с. 55; *Grenzgebiete*, 16; *Rocholl*, о. с., стр. 67.

<sup>4)</sup> *Brodmann*, о. с. 243.

Это принципиальное различие в методах юристов французских (объективирование вины) и юристов немецких (эвентуальное объективирование ответственности) сказалось в различном понимании со стороны тех и других юристов субъективной стороны юридического института вины и в различной полноте вливаемого в этот элемент содержания.

### 1. Вмѣненіе лицу его дѣянія.

Вотъ, пастушечки—дѣти 7—13 лѣтнаго возраста пасутъ на выгонѣ за деревней лошадей.

Пока стреноженные лошади мирно щиплютъ траву на лужкѣ, проклада утренней зори сбиваетъ дѣтишекъ въ кучу, даетъ имъ мысль развести костеръ, и на кучѣ набранной суши и соломы печь картофель.

На ихъ горе, вѣтерокъ раздуваетъ пламя огня, перебрасываетъ искру на сосѣдній ометъ сухой соломы,... и дѣтская невинная шалость оплачивается сосѣдами большими убытками.

Мы имѣемъ повесенный рядомъ лицъ вредъ,—съ одной стороны, и вредоносную дѣятельность третьихъ лицъ,—съ другой стороны.

Между тѣмъ и другимъ моментомъ лежитъ причинная связь. Она—несомнѣнна, ибо—не предавайся дѣти опаснымъ забавамъ,—не произошло бы несчастія.

Но достаточна ли эта голая причинная связь для обоснованія ответственности <sup>1)</sup> юныхъ «преступниковъ»?

Криминалисты и моралисты,—люди, ищущіе не возмѣщенія, а «воздаянія каждому по дѣломъ его», при разрѣшеніи этого вопроса остановятся передъ тѣми соображеніями, что юный возрастъ делинквентовъ могъ исключить на ихъ сторонѣ

<sup>1)</sup> Мы въ правѣ теперь говорить объ *отвѣтственности*, разъ западно-европейская доктрина сама ставитъ изслѣдованіе сущности вины на почву отвѣтственности.

сознаніе опасности совершаемаго, и что предвидѣніе фактическихъ послѣдствій шалости могло быть исключено обстановкой, среди которой она имѣла мѣсто.

Долженъ ли раздѣлять тѣже соображенія цивилисты? Европейская доктрина <sup>1)</sup> въ общемъ и цѣломъ даетъ на этотъ вопросъ утвердительный отвѣтъ.

Въ согласіи съ современной тенденціей права, она въ своихъ главныхъ направленіяхъ, конечно, не склонна считаться со всѣми личными субъективными предрасположеніями и свойствами даннаго индивидуума. Правовый порядокъ выбираетъ лишь ограниченный кругъ тѣхъ индивидуальныхъ моментовъ и состояній, съ которыми онъ и считается при сужденіи о *винѣ* лица, и на первомъ планѣ онъ придаетъ значеніе *свободной дѣятельности* лица,—свободной не только въ смыслѣ безпрепятственнаго и непринужденнаго осуществленія лицомъ своей инициативы, но и въ смыслѣ наличности у дѣятеля полнаго сознанія моральной цѣнности совершаемаго. Поэтому, на глазахъ современнаго европейскаго юриста, понятіе *вины* предполагаетъ извѣстное духовное отношеніе между неправомернымъ поведеніемъ лица и субъективнымъ складомъ его психическаго я. *Виновное дѣяніе* признается лишь тамъ, гдѣ свободная дѣятельность волеспособнаго субъекта стоитъ къ событію, лежащему внѣ волевого акта, въ причинномъ отношеніи <sup>2)</sup>.

Этотъ основной принципъ въ общемъ и цѣломъ раздѣляется западно-европейской доктриной. Но внимательное изученіе литературы предмета даетъ намъ основаніе констатировать существенныя различія въ этомъ вопросѣ между французской и германской доктриной. Эти различія, думается намъ,

<sup>1)</sup> Англо-американская доктрина и юриспруденція стоятъ на другой почвѣ. При сужденіи о виновности дѣлныя онѣ изгоняютъ всѣ субъективные вопросы о вмѣненіи и вмѣлности.

<sup>2)</sup> Kuhlénbeck, о. с. II, стр. 365; его же: Der Schuldbegriff als Einheit von Willen und Vorstellung. [Leipzig, 1892], стр. 59.

обязаны подмѣченному нами выше расхожденію въ тенденціяхъ той и другой школы въ вопросѣ объ объемѣ влисаемаго въ понятіе вины субъективнаго элемента.

I. Оплотомъ изслѣдуемаго вопроса для французскихъ юристовъ съ эпохи изданія *Code Napoléon* въ теченіи всего XIX вѣка и вплоть до настоящаго времени остаются соображенія, высказанныя *Pothier*.

«Si un enfant ou un fou—говорить знаменитый юристъ<sup>1)</sup>—fait quelque chose qui cause quelque tort à quelqu'un, il n'en résulte aucune obligation de la personne de cet enfant ou de ce fou; car ce fait n'est ni un quasi-délit, puisqu'il ne renferme ni imprudence ni malignité, dont ces sortes de personnes ne sont pas susceptibles»... «Dès qu'une personne a l'usage de sa raison et que l'on aperçoit dans le fait par lequel elle a causé quelque tort à un autre de la réflexion et de la malignité, le fait est un délit et la personne qui l'a commis, quoiqu'elle n'ait pas atteint l'âge de puberté, contracte l'obligation de réparer le tort qu'elle a causé».

Какъ видимъ изъ приведеннаго отрывка, Потье разсматриваетъ *вину*, какъ связь, которая соединяетъ неправомѣрное и вредоносное дѣяніе съ разумной и сознательной волей лица, и которая позволяетъ вмѣнить ему въ вину содѣянное. Понятіе вмѣненія необходимо предполагаетъ предразсудительное забвеніе правилъ осторожности, и, слѣдовательно, — способность познаниа этихъ правилъ. И вотъ, дабы не наказанъ былъ невинный, судья въ каждомъ конкретномъ случаѣ долженъ войти въ изслѣдованіе индивидуальныхъ качествъ дѣятеля, что бы выяснитъ, —обладалъ ли онъ всей совокупностью тѣхъ психическихъ силъ, которыя даются зрѣлостью возраста и

<sup>1)</sup> *Pothier*, Obligations, № 118 [Oeuvres de Pothier, annotées par Bugnet II Paris, 1848] стр. 57.

ничѣмъ не помраченнымъ сознаниемъ, и которыя необходимы для разумнаго совершаемаго. Судья не можетъ квалифицировать *само дѣяніе* (le fait) *виновнымъ* (il ne renferme ni imprudence ni malignité), если *дѣятель по своему интеллектуальному развитію не могъ познать характеръ небреженія или злостности его дѣянія* (dont ces sortes de personnes ne sont pas susceptibles).

Такъ мы должны толковать первый абзацъ въ приведенномъ пассажѣ Потье. Винодность дѣятеля обусловливаетъ виновный характеръ дѣянія. Оба эти момента сливаются въ одинъ общій вопросъ: имѣемъ ли мы передъ собой—*вмѣняемое дѣяніе*.

Во второмъ абзацѣ Потье даетъ нѣсколько практическихъ совѣтовъ судьямъ. И малолѣтній—говоритъ онъ—можетъ совершить *виновное* дѣяніе, хотя бы онъ не достигъ еще зрѣлаго возраста. Судья не долженъ быть стѣсненъ соображеніями о возрастѣ лица, —онъ долженъ изслѣдовать лишь—проявилъ ли малолѣтній размышленіе, сознание; и если въ его дѣяніи судья усмотритъ проявленіе *иниціативы* лица, онъ можетъ заключить, что дѣяніе есть деликтъ, и совершившее его лицо обязано возмѣститъ причиненный убытокъ.

Редакторы *Code Napoléon* вполне воспріяли идеи Потье. Устанавливая вину, какъ принципъ отвѣтственности, они даютъ судѣ суверенное право вливать въ это понятіе содержаніе согласно особенностямъ случая и дискреціонному его усмотрѣнію. Они не устанавливаютъ и возрастныхъ отличій для обоснованія отвѣтственности. Судья долженъ изслѣдовать, смотря по индивидуальности каждаго отдѣльнаго лица, —дѣйствовало ли оно съ сознаниемъ и является ли оно *«inimicus curae»*.

На почвѣ этого толкованія закона стоитъ и господствующая французская доктрина<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> *Sourdat*, I, № 16, 17, 645; *Planiol*, II, № 917; *Corbesco*, Devoirs moraux et obligations légales (Paris, 1903), стр. 73; *Bosc*, о. с. 23; *Baudry-Lac*

У всѣхъ французскихъ <sup>1)</sup> и бельгійскихъ юристовъ <sup>2)</sup>, воспринимавшихъ *вмѣненіе*, какъ элементъ вины, мы находимъ положительное указаніе на то, что *вмѣненіе* предполагаетъ наличность двухъ условий: 1) *свободной воли* (*volonté libre*) и 2) *разумнаго* (*l'usage de leur raison*).

Вмѣненіе обусловлено—во-первыхъ—свободой дѣйствія. Вина есть ничто иное, какъ «интеллектуальный промахъ», «предосудительное забвеніе правилъ поведенія», т. е. такая погрѣшность поведенія, которая предполагаетъ не только каузальное отношеніе дѣянія къ убытку, но и общую свободу дѣятеля, т. е. его личную, ничѣмъ не стѣсненную инициативу <sup>3)</sup>.

Вмѣненіе обусловлено,—во-вторыхъ—пачичностью разумнаго и сознанія на сторонѣ дѣятеля. Лица, не обладающія свободнымъ разумнѣемъ не совершаютъ деликта, такъ какъ они, не имѣя воли, не способны совершать акты небреженія или злостности <sup>4)</sup>.

*cantinerie*, II, № 672; *Demolombe*, VIII № 487; XXXI, № 481; *Aubry et Rau*, III § 446; *Contra*: съ теоретической точки зрѣнія выдвигаютъ различные доводы: *Puricisco*, о. с. 192; *Deschamps*, Étude sur la responsabilité civile (1889), стр. 24; *G. Ripert*, Examen doctrinal. Rev. Crit. t. XXXVIII, стр. 130.

<sup>1)</sup> *Willems*, о. с. 142: „L'imputabilité est le caractère de l'acte en vertu duquel celui-ci peut être attribué à une personne raisonnable et libre dans le cas incriminé“; *Bosc*, о. с. 23; *Labbe*, De la démence Rev. Crit. 1870, стр. 109.

<sup>2)</sup> *Pand. Belges*, Responsabilité, № 135; Q. Délit, № 319: „L'imputabilité implique connaissance, liberté et volonté.

<sup>3)</sup> *Gény*, Risques et responsabilité, Rev. trimist. 1902, стр. 838; *Willems*, о. с. 145; *Pand. Belges*, Resp. № 156; *Laurent*, XX, стр. 475; Cass. 14 Mai 66 D. 1867, 1, 297; Trib. de paix 7 fevr. 1908 D. 1908, 5, 29. См. еще суд. рѣш. Rev. Crit. 1908, стр. 196.

<sup>4)</sup> За безответственность безумныхъ стоитъ господствующая доктрина, требующая для вмѣненія полного сознанія и полной свободы воли. *Labbe*, о. с. 109; *Aubry et Rau*, t. III § 446; *Sourdat*, I, № 16. Однако, эта доктрина начинаетъ замѣтно подтачиваться новыми теченіями во французской литературѣ. Въ борьбу съ традиціоннымъ воззрѣніемъ на дѣланіе безумныхъ, какъ на факты слѣпой силы выступаетъ новая группа юристовъ, ряды которой пополняютъ съ каждымъ днемъ. Опираясь на данныя медицины, они признаютъ наличность воли у нѣкоторыхъ категорій безумныхъ и у всѣхъ малолѣтнихъ; потому, *оставался на традиціонной почвѣ вѣнненія*, они требуютъ привлеченія къ ответственности и этихъ категорій лицъ. Это теченіе обезпечило въ Палатѣ депутатовъ успѣхъ проекта объ измѣненіи редакціи ст. 1382.

Но, какую духовную дѣятельность имѣть въ виду законъ, выставивъ условіемъ ответственности умственную и духовную зрѣлость лица? Иначе говоря,—на что должно быть направлено познаніе (разумнѣіе) лица?

Одни юристы <sup>1)</sup> становятся на чисто моральную точку зрѣнія познанія *добра и зла*. Лишь тѣ лица могутъ быть привлечены къ ответственности, которыя способны оцѣнить нравственное значеніе совершаемаго.

Другіе юристы становятся на прямо противоположную точку зрѣнія <sup>2)</sup>. Разъ базой гражданскаго деликта является убытокъ, то и гражданская ответственность обусловлена тѣмъ, что правонарушитель зналъ, что актъ, совершаемый имъ неправомерно, могъ причинить другому убытокъ. Ответственность не рождается, если безуміе не позволяло лицу предвидѣть убыточные послѣдствія его дѣянія. Часто безумный, не имѣя ни малѣйшаго понятія о добрѣ и злѣ, можетъ дать себѣ отчетъ, что его дѣяніе наноситъ вредъ другому, и только потому онъ его и совершаетъ. Не отвѣчая по уголовнымъ законамъ, онъ можетъ быть привлеченъ къ гр. ответственности.

Между этими двумя крайними мнѣніями,—разумнѣіе есть познаніе моральнаго значенія акта, разумнѣіе есть познаніе каузальности своего дѣянія,—стоитъ господствующая доктрина, лишь въ отдѣльныхъ своихъ представителяхъ примыкающая въ способахъ выраженія, то къ первому, то къ второму ученію. Въ обихъ формахъ виновной дѣятельности—*умыселъ* и *небреженіе*—мы имѣемъ общую черту: лицо должно сознать *то, что оно дѣлаетъ*; или лицо желало совершить деликтный актъ, или оно подлежитъ упреку въ томъ, что не дало себѣ отчета въ характерѣ его дѣянія. Вина, коэтому, всегда предполагаетъ сознательную оцѣнку совершаемаго. Лицо должно

<sup>1)</sup> *Fromageot*, De la faute comme source de la responsabilité стр. 60. *Angiolini*, Dei delitti colposi. Torino. 1901, стр. 8, 38.

<sup>2)</sup> *Bosc*, о. с. 32; *Chenevier*, A, о. с. 40—41.



дѣйствовать сознательно, не въ томъ смыслѣ, что оно должно предвидѣть убытокъ, который оно причиняетъ, а въ томъ, что оно имѣло сознание учиняемаго, выполняя актъ въ полной свободѣ <sup>1)</sup>).

«Деликтъ — читаемъ мы у *Dalloz'a* <sup>2)</sup>—предполагаетъ вину, совершенную съ сознаниемъ ея моральной цѣнности. Лица, не обладающія способностями, необходимыми для оцѣнки моральной цѣнности ихъ дѣйствій, не подлежатъ ответственности: безумные, сумасшедшіе, идіоты»... «Что касается малолѣтнихъ, судьи рѣшаютъ суверенно, сообразно обстоятельствамъ дѣла, дѣйствовали ли они съ разуміемъ, т. е. были ли они достаточно развиты, что бы понять значеніе совершаемаго, если не съ точки зрѣнія его наказуемости, то по крайней мѣрѣ, какъ актъ небреженія».

Выраженіе *Dalloz'a*: «сознаніе моральной цѣнности его дѣянія», какъ показываетъ самъ контекстъ (см. дальнѣйшее его разсужденіе о малолѣтнихъ) и болѣе ясныя выраженія судебной практики <sup>3)</sup>, истолкователемъ которой и является этотъ авторъ,—надо, конечно, понимать не въ смыслѣ различія добра и зла, а—въ смыслѣ *сознанія дѣятелемъ совершаемаго имъ* [cp. l. 14 D. 29, 5: «ut rei intellectum capere possent»].

Въ вышеприведенномъ примѣрѣ пастуховъ, разведшихъ костеръ на лужайкѣ близъ села, *вмѣненіе* дѣянія баловни-камъ, съ точки зрѣнія этой господствующей доктрины, будетъ показано ихъ сознательной дѣятельностью, т. е. созна-

<sup>1)</sup> *Willems*, Essai, стр. 35; *Planiol*, II, стр. 237: „Поэтому тотъ, кто лишень разумна, необходимаго для того, что бы понимать то, что онъ дѣлаетъ,—какъ безумный или ребенокъ,—не можетъ быть лицомъ обязаннымъ“; *Labbé*, о. с. 110—114; *Pascaud*, La responsabilité des aliénés. Rev. Crit. 1905, стр. 223; *Ferrini*, Digesto Italiano, vol. IX, Parte I, 16 сл.

<sup>2)</sup> *Dalloz*, Responsabilité № 138, № 140.

<sup>3)</sup> *Montp.* 31 mai 66 S. 1866, 2, 259; *Cass.* 21 oct. 1901 D. 1901, 1, 524: „...a-t-il conservé une conscience suffisante de ce qu'il faisait en se livrant à des violences“... „avait-il la conscience de son acte“.

ніемъ совершаемаго ими,—безъ того, что бы поднялся вопросъ о добрѣ и злѣ, или о предвидѣніи ими убытковъ, послѣдовавшихъ изъ ихъ забавы.

Разсмотрѣніе французско-бельгійской доктрины въ ученіи о *вмѣненіи дѣянія* правонарушителю приводитъ насъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1) *вмѣненіе* есть связь, которая приурочиваетъ вредоносный и неправомѣрный актъ къ *сознательной* и *свободной* дѣятельности лица.

Судьѣ предоставлена дискреціонная власть оцѣнивать въ каждомъ конкретномъ случаѣ наличность этихъ моментовъ, на основаніи имъ суверенно установленныхъ фактовъ; никакими законными презумпціями онъ не связанъ.

2) Французскіе юристы сливаютъ понятіе *небреженія* (*négligence*) и понятіе *деликтоспособности* въ одно понятіе *вмѣненія* (*imputabilité*).

Это смѣшеніе понятій выражается въ томъ, что они не различаютъ *виновности дѣятеля* отъ *виновнаго характера дѣянія*: виновное дѣяніе можетъ исходить только отъ виновнаго дѣятеля.

3) *Вмѣненіе* предполагаетъ ту духовную зрѣлость, которая необходима для сознанія фактическаго значенія совершаемаго.

Подписался ли бы подъ этими тезисами нѣмецкій юристъ?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ дастъ послѣдующее изложеніе.

II. Какъ *sedes materiae* всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ ученіемъ о *внѣ*, германскіе юристы <sup>1)</sup> разсматриваютъ ст. 276 новаго Германскаго Уложенія,—норму, помѣщенную

<sup>1)</sup> *Rehbein*, II, стр. 98; *Crome*, I, стр. 472; *Zitelmann*, о. с. 151; *Dernburg*, II, стр. 134; *Windscheid*, I, стр. 447, прим. 5; *Enneccerus-Lehmann*, I, стр. 239; *Planck*, II Einleitung стр. 4—5.

въ I омъ раздѣлѣ, образующемъ общую часть II-ой книги [Обязательственное право].

Ст. 276: „Поскольку не предусмотрено иное, должникъ отвечаетъ за умыселъ и небрежность. Дѣйствуетъ небрежно тотъ, кто пренебрегаетъ требующей въ оборотъ заботливостью. Правила статей 827 и 828 применяются. — Должникъ не можетъ быть заранее освобожденъ на будущее время отъ ответственности за умыселъ“.

Статья, на которую ссылается эта норма, помѣщена въ концѣ II-ой книги, [Раздѣлъ VII] въ главѣ 25-ой: «недозволенные дѣйствія».

Она гласитъ:

Ст. 827: „Кто въ безсознательномъ состояніи или въ состояніи болезненной разстройствы душевной дѣятельности, исключаясь свободу волеопредѣленія, причинитъ вредъ другому, тотъ не отвечаетъ за вредъ. Если онъ, на время, привелъ себя въ такое состояніе употребленіемъ кривизны или тому подобнаго средства, то за вредъ, противозаконно причиненный имъ въ этомъ состояніи, онъ отвечаетъ наравнѣ съ лицомъ, виновнымъ въ неосторожномъ причиненіи вреда; онъ не несетъ ответственности, если онъ пришелъ въ такое состояніе помимо своей вины“.

Ст. 828: „Недостигший семилѣтняго возраста не отвечаетъ за вредъ, причиненный имъ другому“.

Кому исполнилось 7 лѣтъ, но не исполнилось еще 18 лѣтъ, тотъ не отвечаетъ за причиненный имъ другому вредъ, если онъ, при совершеніи дѣйствія, нанесшаго вредъ, не обладалъ разумнымъ, необходимымъ для сознанія своей ответственности. Это правило распространяется и на глухонемыхъ“.

Непосредственное значеніе для истолкованія ст. 827—828 <sup>1)</sup> представляетъ и примыкающая къ нимъ ст. 829:

„Кто, въ одномъ изъ указанныхъ ст. 823—826 случаевъ, на основаніи ст. 827 и 828, не отвечаетъ за причиненный имъ вредъ, буде притомъ негласно получить возмѣщенія вреда отъ третьяго лица, которому была вѣренъ надзоръ за виновникомъ, тотъ, все-таки, обязанъ возмѣстить вредъ, поскольку уплата имъ вознагражденія представляется справедливой по обстоятельствамъ дѣла, въ частности въ виду имущественнаго положенія сторонъ, и поскольку, при уплатѣ вознагражденія, онъ не лишится средствъ, необходимыхъ для жизни, соответствующей его общественному положенію, а также для исполненія обязательствъ по доставленію кому либо содержанія, основанныхъ на законѣ“ <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Истолкованіе этихъ нормъ имѣетъ непосредственный интересъ для европейскаго юриста, въ виду характерной особенности нормировки вѣяемости, какъ составнаго момента вины, кровъ *Герм. Улож.* [ст. 827—828], въ *Австрійскомъ Улож.* [ст. 21, 1308], *Св. Мѣст. Уз. Губ. Приб.* (ст. 3286), *Саксонскомъ Улож.* [ст. 47, 119] и др. законодательствахъ.

<sup>2)</sup> Эта норма имѣетъ образцомъ другія европейскія законодательства:

Какъ мы видѣли выше, господствующая германская доктрина, опредѣляя понятіе *небреженія*, стоитъ на буквѣ закона: *Дѣйствуетъ небрежно тотъ, кто пренебрегаетъ требующей въ оборотъ заботливостью* <sup>1)</sup>.

По ея ученію, *небреженіе* есть погрѣшность въ познаніи окружающихъ явленій, иначе говоря, — есть недостаточное напряженіе интеллектуальныхъ силъ для познанія [опасныхъ] свойствъ предпринимаемаго дѣянія <sup>2)</sup>. Внутреннимъ моментомъ въ понятіи вины является недостатокъ воли (*Willensfehler*), въ основѣ котораго лежитъ недостатокъ познанія [*Vorstellungs=und Erkenntnisfehler*] <sup>3)</sup>.

Изъ этой посылки — вина есть *интеллектуальный промахъ* — доктрина дѣлаетъ тотъ выводъ, что вина предполагаетъ наличность воли на сторонѣ дѣятеля; если дѣятель является лицомъ *не волеспособнымъ*, — отпадаетъ одно изъ существенныхъ словей понятія вины: — моментъ субъективный.

Праву практическому важна не только виновность поведенія лица, но *prima facie* — виновность самого дѣятеля. Виновность дѣятеля и виновность дѣянія входятъ, сливаясь, въ одно общее понятіе *умысла* или *небреженія*, какъ двухъ видовъ виновнаго состоянія лица.

При сужденіи же о волеспособности делинквента, создан-

Прус. Ул. ч. I, Отд. 6, §§ 41—44; Австр. Улож. §§ 1308—1310; Цюрихское Ул. § 1385; Швейцарское Союз. Ул., ст. 58, 61; Св. Гр. Уз. губ. Приб., ст. 3445] и послужила, въ свою очередь, образцомъ для другихъ законовъ [Пр. Гр. Ул. ст. 1073]. Истолкованіе, поэтому этой нормы имѣетъ общій интересъ для юриста-теоретика.

<sup>1)</sup> Если В. Г. В. даетъ намъ опредѣленіе *небреженія*, то касательно *умысла* (*Vorsatz*) оно, также какъ и Матеріалы, оставляетъ юриспруденцію въ совѣсь безпомощномъ состояніи. Судебная практика д. с. п. не высказалась объ юридической конструкціи *умысла*. Такимъ образомъ, честь выработки этого понятія принадлежитъ исключительно теоретической литературѣ.

<sup>2)</sup> *Zitelmann*, о. с. 157: „ungenügende Ausspannung der intellectuellen Kräfte“. *Cosack*, о. с. 249; *Matthias*, о. с., 272; *Engelmann*, о. с. 204; *Esslinger*, о. с. 173.

<sup>3)</sup> *Weyl*, System, стр. 134, 529, 577.

ный въ ст. 827—828 масштабъ является для судьи священнымъ; онъ не вправе здѣсь создавать своего масштаба для индивидуальной оцѣнки зрѣлости лица, доходящаго до его трибунала, — онъ связанъ положительными нормами о деликтоспособности, т. е. всѣми возрастными ступенями и прочими законными презумпціями.

Такимъ образомъ, вопросъ о вѣнненіи есть не вопросъ факта, который судья устанавливалъ бы суверенно, а есть *вопросъ права*, и долженъ быть разрѣшаемъ въ каждомъ случаѣ со всей строгостью неуклоннаго исполненія директива законодательной власти. Данный ребенокъ можетъ проявить въ обсуждаемомъ случаѣ полную осмысленность въ своемъ поведеніи, и судья, какъ человекъ, будетъ въ полномъ убѣжденіи сознательности поступка ребенка, но если ребенку будетъ 6 лѣтъ 364 дня, его дѣяніе не можетъ быть ему вѣнено, такъ какъ то, что сомнительно съ обывательской точки зрѣнія, то безспорно для юриста, разъ того требуетъ законъ: *lex ita iubet!*<sup>1)</sup>.

Поэтому, все что исходитъ отъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 827—828 Уложенія, т. е.

1) лицъ, находящихся въ безсознательномъ состояніи, или въ состояніи душевной болѣзни, исключаемъ свободное опредѣленіе воли,

2) лицъ, не достигшихъ семилѣтняго возраста безусловно, и лицъ отъ 7 до 18 лѣтняго возраста и глухонѣмыхъ, которые не имѣютъ разумія, достаточнаго для познанія отвѣтственности — все суть факты («непроизвольныя движенія»), которые сами

<sup>1)</sup> Относится ли этотъ субъективный моментъ къ составнымъ элементамъ понятія *умысла*, т. е. могутъ ли совершать умыселъ лица неделиктоспособныя съ точки зрѣнія 827—828 ст. Уложенія? Намъ думается, что преобладающее мнѣніе въ доктринахъ склонно дать утвердительный отвѣтъ на первый вопросъ. *Bernhöft*, Beiträge, стр. 8, прим. 1; *Endemann*, I, 590, 638; *Crome*, I, § 109, стр. 481; *Weyl*, System 402, уклонился отъ отвѣта на поставленный имъ же самый вопросъ.

по себѣ могутъ быть дѣяніями недозволенными, но которые не могутъ быть охарактеризованы, какъ *акты небреженія*, даже если они исходятъ отъ естественной волеспособности. Вѣняемость, какъ она регулирована закономъ, есть элементъ *винны* въ правовомъ смыслѣ. Таково ученіе господствующей доктрины<sup>1)</sup>.

Пробнымъ камнемъ для изложенной нами теоріи является отношеніе ея къ ст. 829 Герм. Уложенія.

Эта статья отсылаетъ судью къ соображеніямъ справедливости, диктуемымъ обстоятельствами дѣла, для привлеченія къ гр. отвѣтственности лицъ *невмѣняемыхъ* [лицъ, перечисленныхъ въ ст. 827—828], но совершившихъ одно изъ дѣяній, указанныхъ въ ст. 823—826 Уложенія.

И вотъ, на неизбежно поднимающійся въ умѣ юриста вопросъ о характерѣ того дѣянія, которое можетъ дать поводъ къ привлеченію лица невмѣняемаго къ отвѣтственности, традиционная доктрина, что бы осталась логически вѣрной себѣ, даетъ такой отвѣтъ: лица невмѣняемыя — говоритъ она — не могутъ совершать акты [умысла или] небреженія, а потому въ ст. 829 законодатель устанавливаетъ *каузальную* отвѣтственность<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Crome*, I, стр. 483, II, стр. 1013, 1045; *v. Liszt*, Delictobligationen, 48; *Ennecerus-Lehmann*, I, стр. 33, 835; *Kühlenbeck*, I, стр. 124; *Oertmann*, о. с. 565; *Plank*, II, стр. 620; *Cosack*, I, стр. 620; *Endemann*, I, стр. 1269; *Linckelmann*, о. с. 109; *Piper*, о. с. 27, 32, 63; *R. Merkel*, Die Kollision, 154; *Engelmann*, (bei Stauding. Kom.) Bem. 6 zu § 820; *Krückmann*, о. с. Iher. Jahrb. XIX (1909), стр. 199; *Mauszka*, о. с. 328—329; *Höchster*, Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger, Arch. Pr. Bd. 104 (1909), стр. 427 и сл., 430: „Die Zurechnungsfähigkeit als ein Element des Verschuldens im Rechtssinne zu betrachten ist“.

<sup>2)</sup> *Krückmann*, о. с. Iher. Jahrb. 1909, 199; *Weyl*, System. 89, 132, 261 прим. 1, 578 прим. 6, 607 [на этихъ страницахъ *Weyl* высказываетъ положеніе въ духъ традиціонной теоріи. См., однако, стр. 584—585, гдѣ авторъ въ самопротиворѣчіе высказываетъ какъ разъ обратное мнѣніе]. *Liébe*, I § 202, стр. 640; *Hellmann*, Vorträge, § 28, стр. 185; *Müller und Meikel*, Das bürg. R. (1904) I § 84, стр. 260; *Plank*, I, 42; *Kok*, Vorträge I, 605; *Lühl*, о. с. 18. См. еще авторовъ, указанныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи. Ср. *Henrici*,

Несмотря на кажущуюся логичность такого построения, такое толкование положительных источников, хотя и согласное съ общей тенденцией германских юристов расширять до предѣловъ возможности субъективный элементъ въ понятіи вины,—не могло, однако, не встрѣтить возраженій изъ среды германскаго ученаго міра.

Уже буквальное толкованіе ст. 829 учитъ<sup>1)</sup>, что для ея примѣненія должны быть на лицо всѣ признаки ст. 823, за исключеніемъ *амтненія*, т. е. невмѣняемое лицо отвѣчаетъ лишь за тѣ правонарушенія, за которыя отвѣтила бы вмѣняемый дѣятель. Другая точка зрѣнія противорѣчила бы не только тексту закона, но и вела бы къ несправедливымъ выводамъ: если мы откинемъ въ ст. 829 элементъ умысла и небреженія, мы получаемъ чистую неограниченную *каузальную* отвѣтственность, и невмѣняемый сплошь и рядомъ сталъ бы отвѣчать въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо вмѣняемое было бы внѣ отвѣта,—что не отвѣчало бы справедливости<sup>2)</sup>.

о. с. 633: „§ 829 долженъ примѣняться по аналогіи въ тѣхъ случаяхъ, когда *извѣстнаго заблужденія* ставитъ лицо внѣ отвѣтственности за причиненный вредъ“. Изъ этого разсужденія особенно ясно проявляется отождествленіе теоріей понятій *невмѣняемости* и *невиновности*. Нѣкоторую опору, впрочемъ, она можетъ найти въ подготовительныхъ работахъ: въ мысли редакторовъ § 707 E. I вѣдало отождествленіе *извѣстнаго заблужденія* и *невмѣняемости*; см. *Jecklin*, Gruch. Beit. 40, стр. 798 и слѣд.—Особилкомъ стоитъ: *Hochster*, о. с. 429 в *Strohhal*, Drei Gutachten (1880), они основываютъ отвѣтственность невмѣняемыхъ на идеѣ „уклоненія индивидуума отъ требованій, предъявляемыхъ къ нормальному типу“.

<sup>1)</sup> *Weyl*, System, 584: „§ 829 nur von den zufolge §§ 827—828 nicht verantwortlichen Personen spricht und nicht von dem Mangel eines obwaltenden Verschuldens überhaupt“; *Jung*, о. с. 53; *Liszt*, о. с. 48; *M. Rümelin*, Die Gründe, 68; его же о. с. Arch.-Prax. 1900, 171; *Bernhöft und Binder*, Beiträge, Heft II, 164; *Brunswick*, Die Handlungsfähigkeit [Rostocker rechtswissenschaftliche Studien, herausg. v. Matthias, Bd. I Heft I], стр. 148; *Landsberg*, I, 572; *O. Rosanes*, Die Vorausssehbarkeit des Erfolges (1901), стр. 12 [его т. з., впрочемъ, несовѣтъ лица]; *Heinsheimer*, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des B. G. B. [Arch.-Prax. 1904], стр. 234 и слѣд.; *Oertmann*, Kommentar, Anm. 2 d, zu § 829; Recht, IV (1900), 27; *Schwarz*, Das Billigkeitsurteil des § 829 (1904), 13.

<sup>2)</sup> *Heinsheimer*, о. с. стр. 239—245; *Linckelmann*, Schadensersatzpflicht, стр. 110.

Противъ истолкованія признаковъ, указанныхъ въ ст. 827—828 въ смыслѣ традиціонной теоріи говорить и слѣдующее соображеніе. Согласно ст. 827—828 B. G. B. болѣзненное нарушеніе духовной дѣятельности обосновываетъ невмѣняемость тогда, когда ею устраняется *свободное опредѣленіе воли* [«freie Willensbestimmung»]. Если бы этимъ предполагалась вообще невозможность образованія воли, то, конечно, не можетъ быть и рѣчи о *умыслахъ* или *небреженіи* лицъ невмѣняемыхъ. Но законъ предусматриваетъ исключеніе лишь *свободнаго* опредѣленія воли: лицо обладаетъ волевыми способностями, но его воля, вслѣдствіе болѣзни—*несвободна*, т. е. принудительно опредѣлена не нормальными, а болѣзненными мотивами.

Тамъ, гдѣ влияніе болѣзни на волю ограничивается болѣзненнымъ ея направленіемъ,—можетъ идти рѣчь о умыслахъ или небреженіи лица; и въ этихъ, и только въ этихъ, случаяхъ можетъ возникнуть вопросъ о справедливой отвѣтственности дѣятеля. Это—всѣ психическія состоянія, которыя не исключаютъ воли, но болѣзненно опредѣляютъ ее. Поэтому, если психическое состояніе опредѣляетъ поведеніе больного иначе, какъ черезъ посредство его воли,—отпадаетъ всякая справедливая отвѣтственность (по ст. 829), напр. падучій въ эпилептическихъ судорогахъ ранить больничныхъ сторожей, держащихъ его: рефлексъ мускуловъ не суть волевые акты<sup>1)</sup>.

Таковы возраженія, которыя поднимаются все чаще и чаще противъ традиціонной теоріи. Они выростають въ Гер-

<sup>1)</sup> *P. Brunswick*, о. с. 149: „Es entspricht also niemals der Billigkeit den Kranken ersatzpflichtig zu machen, wenn nicht seine Willensbethätigung mitgewirkt hat“; *M. Heyssler*, Das Civilrecht, 18; *Heinsheimer*, о. с. 247—249; *Bley*, Was ist geisteskrank nach deutschem Recht. (1894), стр. 30; *Moeli*, Die Geistesstörungen in dem B. G. B. (Berlin 1899), стр. 8, passim; *Brasch*, Die Geisteskrankheiten im B. G. B. (Berlin 1899), 13 и слѣд.—*Traeger*, Der Kausalbegriff, стр. 216; *Bernhöft*, Beiträgen, Heft I, стр. 8; *Dittenberger*, Schutz des Kindes, стр. 48, 82, 88; *G. Rümelin*, о. с. Arch. Pr. 88, стр. 308.

манія въ могущественное теченіе, создавшее въ литературѣ новую доктрину, которой, можетъ быть, суждено будетъ сыграть въ Германіи реформаторскую роль въ важномъ вопросѣ о конструкціи понятія *вины*.

Традиціонная теорія, — какъ мы видѣли, — считаетъ логическимъ противорѣчіемъ говорить объ *умыслѣ* или *небреженіи* лицъ невмѣняемыхъ; она придаетъ ст. 827—828 Уложения двоякое значеніе: эти статьи устанавливають заразъ и вмѣненіе, какъ *условіе наступленія юридическихъ послѣдствій вины*, и вмѣняемость дѣятеля, какъ *условіе наличности самою умысла—небреженія*.

Отсюда—ея выводъ: *ст. 827—828 должны быть примѣняемы всегда, когда рѣчь идетъ о винѣ,—будетъ ли она устанавливаема на сторонѣ делинквента, или на сторонѣ потерпѣвшаго.*

Примѣненіе этихъ разсужденій на толкованіи ст. 829 открыло глаза многимъ юристамъ на не безгрѣшность всего традиціоннаго ученія о субъективномъ элементѣ *вины*.

Новѣйшая доктрина въ Германіи начинаетъ проводить строжайшее различіе между:

вопросомъ о *небреженіи* (*Fahrlässigkeit*) и

вопросомъ о *вмѣняемости* (*Zurechnungsfähigkeit*).

*Умыслѣ* или *небреженіи*—на лицо, если дѣятель стоитъ къ результату въ извѣстномъ *фактическомъ* отношеніи субъективной каузальности.

*Вмѣняемость* же есть личное качество дѣятеля, въ силу котораго его поражаетъ *правовая* отвѣтственность за причиненіе вредоноснаго результата,—такое качество, которое законъ предполагаетъ у каждаго человѣка, который не находится въ извѣстномъ состояніи болѣзни или незрѣлости. Совокупность тѣхъ условій, которыя выставляетъ законъ для обоснованія отвѣтственности (нпр. возрастные этапы), и которыя образуютъ вопросъ о *вмѣненіи*, не входитъ составнымъ элементомъ въ понятіе умысла или небреженія, а *стоитъ рл-*

*домъ съ ними*, что бы образовать то, что законъ называетъ *виной* (*Verschulden*), какъ основаніе нормальной деликтной отвѣтственности.

Если на сторонѣ дѣятеля нѣтъ вмѣняемости, то все же фактически остается причиненіе—по умыслу или по небреженію—вредоноснаго результата, и законодатель можетъ приурочить къ этому ослабленному субъективному моменту смгченную гражданскую отвѣтственность [какъ то дѣлаетъ въ ст. 829] <sup>1)</sup>.

Еще дальше въ томъ же направленіи отдѣленія вмѣняемости [деликтоспособности: ст. 827—828] отъ понятія вины идутъ тѣ юристы, которые центр тяжести вины кладутъ въ моментъ объективной неправомерности.

Они также учатъ, что предполагаемый въ понятіи вины интеллектуальный промахъ обусловленъ наличностью *воле-способности* на сторонѣ дѣятеля <sup>2)</sup>.

Законъ самъ устанавливаетъ границы волеспособности въ ст. 827—828 <sup>3)</sup>; но фиксированная въ этихъ статьяхъ «деликтоспособность» распространяется черезъ ст. 276 лишь на тѣ случаи, въ конхъ должникъ привлекается къ отвѣту [ст. 276: «...должникъ *отвѣчаетъ* за умыслѣ и небрежность], т. е. существеннымъ условіемъ примѣненія ст. 827—828 является наличность:

1) умысла или небрежности,

2) привлеченія къ отвѣтственности (*Vertretung*).

И это ограниченіе примѣненія ст. 827—828 подтверждается тѣмъ, что ст. 827 говоритъ исключительно объ отвѣт-

<sup>1)</sup> *Heinsheimer* о. с. 240—247; *Pfizer*, *Verschulden eines Kindes*, D. J. Z. 1904, стр. 715; *Cohn*, *Untersuchungen zum § 254* (Gruch. B. 1899), стр. 116; *Dittenberger*, о. с. 76.

<sup>2)</sup> *Weyl*, *System*, стр. 573... „so mangelt es an einer wesentlichen Voraussetzung für den Begriff dieses Verschuldens, sofern der Täter nicht willensfähig ist“.

<sup>3)</sup> *Weyl*, о. с. 575... „Das Gesetz selber zieht die Grenzen der Willensfähigkeit in §§ 827 und 828“.

ственности за убытокъ (Schaden), т. е. оставляетъ безъ вниманія прочія послѣдствія вины <sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, невмѣняемость лица въ смыслѣ статей 827—828 есть ничто иное, какъ *неделиктоспособность*, т. е. она есть лишь условіе для ненаступленія правовыхъ послѣдствій виновнаго дѣянія; она играетъ лишь *негативную* роль: она освобождаетъ отъ ответственности лицо, учинившее виновное дѣяніе <sup>2)</sup>.

Такова—теорія *Weyl'a* и его школы <sup>3)</sup>. Этими выкладками *Weyl* дѣлаетъ шагъ впередъ,—на что, впрочемъ, онъ самъ положительно нигдѣ не указываетъ,—передъ той теоріей, которая, хотя и снабжаетъ *вмѣняемость—деликтоспособность* самостоятельностью передъ понятіемъ *небреженіе—умыселъ*, но соединяетъ эти моменты знакомъ сложения для образованія одного понятія *вины*. Вина—по его ученію—есть небреженіе, умыселъ. Все, что мы находимъ въ законѣ сверхъ этого, мы должны разсматривать не какъ ближайшее опредѣленіе закономъ сущности *вины*, а какъ случайныя условія ответственности *изъ вины*, которыя выставляетъ законодатель, руководимый особыми мотивами. Одно дѣло—вопросъ о вмѣненіи, какъ духовной связи инициативы лица съ его дѣяніемъ.

Другое дѣло—вопросъ объ условіяхъ гражданской ответственности изъ деликта.

Въ ст. 823 законодатель устанавливаетъ принципъ *вины*,

<sup>1)</sup> *Weil*, о. с. 576, 578 ссылается на Protok. II, № 152, стр. 583; № 153, стр. 591.

<sup>2)</sup> *Weyl*, о. с. 117, 583—584: „Es sind dies die positive gesetzliche Schranken, die mit dem Begriffe des Verschuldens... nichts mehr zu thun haben“.

<sup>3)</sup> *Croissant*, *Eigenes Verschulden* (1893), 12: „Законъ, отрицающій способность къ волѣ и къ дѣйствию, отрицаетъ лишь *правовыя* послѣдствія этой воли и дѣйствія: ни договоръ, ни деликтъ его не имѣютъ юридическихъ послѣдствій. Его вина лишена юридическихъ послѣдствій“. (Его работа появилась въ 1893 г., а потому выводы автора относятся лишь къ § 1 R. N. G.]. *Kipp*, I, стр. 454; *Pfäzer*, о. с. стр. 715.

и все, что онъ хотѣлъ сказать о *винѣ*, онъ сказалъ въ этой нормѣ: *дѣяніе*, причинившее убытокъ, должно быть виновнымъ.

Въ статьяхъ 827—828 мы не находимъ даже и затронутымъ вопросъ о *виновности дѣянія*.

Положительный законъ опредѣляетъ, насколько воля должна быть свободной, что бы обосновать *гражданскую ответственность*: дѣятель долженъ предвидѣть не только фактическія, но и юридическія послѣдствія своего дѣянія; это—вопросъ о *виновности дѣятеля*.

Мы дали новой теоріи, которую мы въ послѣдующемъ изложении называемъ *«теоріей полной вмѣненія»* <sup>1)</sup>, ту опредѣленность и ту рельефность, которой ей не даютъ ни *Weyl*, ни иной юристъ, примыкающій къ его школѣ.

Мы не находимъ ли у одного юриста даже болѣе или менѣе яснаго и положительнаго разграниченія понятій: виновность дѣянія—виновность дѣятеля; хотя, къ этому разграниченію, какъ намъ кажется, сводится расколъ между новой и традиціонной теоріями.

Но, если мы внимательнѣе выйдемъ въ ходъ мыслей *Weyl'a*, то мы замѣтимъ, что развиваемая имъ въ его обширномъ трудѣ мысль, все же лишена полной зрѣлости.

Какъ мы увидимъ ниже, говоря о «винѣ нетехнической», *Weyl* характернымъ признакомъ вины технической, о кото-

<sup>1)</sup> Оправданіемъ для этого наименованія служить слѣдующее соображеніе: отягченное нами теченіе въ литературѣ склонно придавать, вѣско возможно, болѣе самостоятельное значеніе самому факту уклоненія отъ поведенія примѣрнаго типа, исходящему отъ свободной, сознательной инициативы лица. Оно приурочиваетъ къ этому минимуму *волеиспособности осъ* юридическія послѣдствія *оскаяю* небреженія, и считаетъ дальнѣйшія ограниченія закономъ понятія волеиспособности (вмѣняемости) не за ближайшее опредѣленіе сущности *вины*, а—за особыя побочныя условія, установленныя закономъ рядомъ съ виной для тѣхъ или другихъ спеціальныхъ правовыхъ эффековъ [напр. ответственность за убытки]. Оправданіе этого наименованія выискивается ниже при изслѣдованіи «вины нетехнической».

рой у насъ сейчасъ и идетъ рѣчь, ставить условіе *привлеченія лица къ ответственности*.

Этотъ моментъ у него выступаетъ, то, какъ случайное побочное юридическое послѣдствіе вины <sup>1)</sup>, то какъ условіе, характеризующее самую сущность технической вины <sup>2)</sup>. Лишь тамъ, гдѣ есть привлеченіе къ ответственности (*Vertretung*), — примѣняются нормы 827—828.

И вотъ, въ этомъ привлеченіи признака *ответственности*, *Weyl* открываетъ лазейку для гостепримнаго приема въ свою теорію ст. 827—828, которыми-де-не имѣютъ ничего общаго съ изслѣдуемымъ имъ понятіемъ вины, но которымъ онъ все же посвящаетъ многія страницы своего труда.

Это различеніе вины технической отъ нетехнической по соображенію юридическихъ послѣдствій вины ведетъ съ логической необходимостью къ включенію условій, указанныхъ въ статьяхъ 827 и 828 въ сущность института (технической) *вины*.

На ряду съ категорическими завѣреніями, что *деликтоспособность не есть признакъ и условіе вины*, мы встречаемъ у *Weyl*'а выраженія и даже логическія заключенія, противорѣчающія этому утвержденію.

Вѣдь, если мы привлекаемъ подъ тѣмъ или другимъ предлогомъ вопросъ о *вмѣняемости* лица при сужденіи объ уклоненіи этого лица отъ поведенія примѣрнаго типа рачительнаго и разумнаго человѣка, — мы уже не отдеремъ этого субъективнаго элемента отъ понятія *вины* указаніемъ на отсутствіе *ответственности* у делинквента.

<sup>1)</sup> *Weyl*, о. с. 133, 583, 584.

<sup>2)</sup> *Weyl*, о. с. 12, прим., 315, 335, 403, 512, 575, 600, 607; *Weyl*, на стр. 407 даетъ опредѣленіе вины: „Verschulden ist diejenige—von Rechtsfolgen, insbesondere von der Haftbarmachung für eingetretenen Schaden begleitete—Willensbeziehung des Täters zur Tat“... но оговаривается, что включенная въ парентезы часть опредѣленія не представляется абсолютно существенной.

*Вина* все же будетъ представляться результатомъ сложенія двухъ величинъ—*небреженія и деликтоспособности!*

Къ этому выводу приводятъ логически соображенія *Weyl*'а.

Таковы выводы новой теоріи.

Работа юристовъ этой школы ушла на то, что бы отодрать моментъ *вмѣняемости* дѣятеля отъ понятія *виновности* дѣянія [*небреженія—умысла*], — на то, чтобы придать этому моменту всю присущую ему самостоятельность.

Если взаимное отношеніе этихъ понятій по традиціонной теоріи, представляется въ видѣ формулы: *небреженіе* предполагаетъ *вмѣняемость*, или вѣрнѣе, — въ видѣ клубка, въ которомъ запутаны эти понятія, то въ новой «теоріи полного вмѣненія» оно представляется въ видѣ двухъ членовъ одного уравненія, дающаго вмѣстѣ искомую величину—*вину*: *вина* предполагаетъ *небреженіе + вмѣняемость*.

Если мы подъ словомъ *вмѣняемость* подразумеваемъ не *деликтоспособность* [кругъ тѣхъ условій, къ которымъ законодатель приурочиваетъ гражд. ответственность], а—причинную связь между дѣяніемъ и свободной инициативой лица, — то наврядъ ли какое либо изъ существующихъ теченій въ германской литературѣ подняло бы возраженіе противъ теоретической правильности первой формулы. Что умыселъ—*небреженіе* есть упречность дѣянія, въ которомъ воплотилась воля лица, — на это указываетъ само этимологическое изслѣдованіе этихъ выраженій.

Иначе обстоятъ дѣло при господствѣ Германскаго Гражданскаго Уложенія.

Сколь долго будутъ въ силѣ статьи 827—828 Уложенія, столь долго содержаніе, вливаемое въ слово *вмѣняемость* (*Zurechnungsfähigkeit*) будетъ различествовать въ зависимости отъ того или другого пониманія юристами смысла и цѣли

содержащихся въ нихъ постановленій<sup>1)</sup>; и на ряду съ тѣми юристами, кои склонны исключать изъ понятія вины тѣ духовныя качества лица, о которыхъ говоритъ законъ, какъ условія гражданской отвѣтственности, могутъ раздаваться диссоциирующие голоса тѣхъ юристовъ, которые,—въ согласіи съ общей тенденціей германской доктрины и юриспруденціи субъективировать до предѣловъ возможности понятіе вины,— усмотрятъ въ ст. 827—828 ближайшее опредѣленіе законодателемъ *сущи* виновнаго дѣянія.

Какой изъ этихъ теорій предстоитъ будущность—сказать трудно. Мы можемъ пока констатировать лишь то, что новое теченіе въ литературѣ не умалило до сихъ поръ авторитета традиціонной теоріи. Оно, столь сильное въ области теоретической литературы своими логическими доводами, не можетъ даже отмѣтить хотя бы частичнаго успѣха въ борьбѣ съ традиціонной теоріей за вліяніе на германскую судебную практику.

Если теперь мы спросимъ себя какую духовную дѣятельность имѣетъ въ виду законъ, выставляя условіемъ отвѣтственности умственную и духовную зрѣлость лица,—иначе говоря,—на что направлено познаніе (разумѣніе) лица,—мы съ удовлетвореніемъ должны отмѣтить по этому вопросу поразительное единодушіе въ германской литературѣ.

Всѣ юристы согласны въ томъ, что не познаніе отвѣтственности [Erkenntnis der Verantwortlichkeit], а лишь разу-

<sup>1)</sup> Наше замѣчаніе касается не только Германскаго Гражданскаго Уложенія, но вообще—всѣхъ законодательствъ, въ которыхъ установлены правила, аналогичныя ст. 827—828.—Такъ, напр., ст. 1071 Проекта Гр. Ул. устанавливаетъ для вѣщенія возрастныя этапы, и уже въ Объяснительной Запискѣ мы находимъ указанія на смѣщеніе вопросовъ *вины* и *деликтоспособности*; напр., на стр. 477 (т. V) редакторы, оправдывая введеніе новыхъ началъ, говорятъ: „возложеніе отвѣтственности на малолѣтнихъ и даже душевнобольныхъ противорѣчитъ выраженному въ ст. 1065 проекта общему началу, по которому обязательство вознагражденія возникаетъ только при наличности умысла или неосторожности, т. е. въ случаѣ вѣзливости дѣянія“... (!)

мѣніе, необходимое для познанія этой отвѣтственности [erforderliche Einsicht], требуется закономъ. Отвѣтственность имѣетъ мѣсто, хотя бы дѣятель и не предвидѣлъ гражданской отвѣтственности, если только въ силу своего общаго духовнаго развитія онъ могъ ее предусмотрѣть. Въ этой духовной зрѣлости и заключается «деликтоспособность»<sup>1)</sup>.

Но, что такое есть «познаніе отвѣтственности»?

Могло бы казаться, что это познаніе предполагаетъ предвидѣніе возникновенія самого *убытка*, подлежащаго вознагражденію. Въ этомъ смыслѣ мы встрѣчаемъ въ германской литературѣ попытки объяснить спорное понятіе<sup>2)</sup>. Однако, такое толкованіе привело бы къ результату, что законъ отъ несовершеннолѣтнихъ дѣятелей требуетъ *предвидимости убытка*, тогда какъ этого не требуется отъ взрослыхъ. Уже этотъ выводъ обнаруживаетъ намъ всю ложность толкованія; мы не можемъ приписать законодателю ненослѣдовательность и должны толковать законъ такъ, какъ это наиболѣе согласно со здравымъ смысломъ и общимъ духомъ закона<sup>3)</sup>.

Нѣкоторые редакціонныя особенности Германскаго Гражданскаго Уложенія дали поводъ юристамъ-теоретикамъ и комментаторамъ обострить вопросъ иначе.

Какъ мы указали выше, дѣйствіе ст. 827—828, регулирующихъ вѣзливость или волеспособность, примѣнимо силой ст. 276 цѣлкомъ и въ сферѣ договорныхъ отношеній. Германское Уложеніе не знаетъ двухъ винъ—вины деликтной

<sup>1)</sup> Liszt, о. с. 52 указываетъ на то, что изслѣдованію подлежатъ лишь „geistige Reife—nicht sittliche Reife, die sittliche Widerstandskraft gegenüber den von aussen herandrängenden Reizen“; Liszt упрекаетъ Германское Уложеніе въ принятіи безъ критики этого принципа французскаго права.

<sup>2)</sup> v. Liszt, о. с. 52.

<sup>3)</sup> Мы лично даемъ изслѣдуемому понятію другое содержаніе, отличное отъ толкованія Листа и отъ толкованія господствующей доктрины и юриспруденціи. См. ч. II, гл. I, § 3.



и вины договорной,—оно вливаетъ въ ту и другую одно и то же содержаніе <sup>1)</sup>).

И вотъ, передъ юристами поднимался вопросъ: каково общее содержаніе той способности *быть активнымъ лицомъ въ оборотъ* [Verkehrsfähigkeit], которая въ области правовыхъ сдѣлокъ называется *дѣеспособностью* [Geschäftsfähigkeit], а въ области недозволенныхъ дѣяній—*дѣлктоспособностью* [Delictsfähigkeit]?

Отвѣтъ долженъ былъ сблизить и примирить обѣ вины—договорную и деликтную,—поставленные въ два противоположныхъ угла книги II-й Уложения и разлученныя лишь въ системѣ, но не въ умѣ юриста; ибо та волеспособность, которая предполагается для наличности *вины*—одна повсюду, въ какихъ бы формахъ вины ни проявлялась и какія юридическія послѣдствія она ни вызывала бы <sup>2)</sup>.

На такъ поставленный вопросъ всѣ юристы дали одинъ отвѣтъ, который подсказывался уже самой его постановкой: въ ст. 827 и сл. Уложения рѣчь идетъ вообще о сознаниі субъективной отвѣтственности, о *способности сознавать само дѣяніе и предвидѣть его фактическія послѣдствія* <sup>3)</sup>.

Дѣятель долженъ мочь предвидѣть значеніе своего дѣянія и вызываемый имъ каузально результатъ его поведенія.

<sup>1)</sup> Въ литературу неоднократно указывалось на то, что было бы болѣе рационально вставить ст. 827—828 въ общую часть II-ой книги Уложения, именно, въ основную норму 276, сдѣлавъ соответствующія редакціонныя измѣненія въ текстѣ теперешнихъ ст. 827—828. *Cosack*, I, § 71, стр. 252; *Eck*, I, § 130, стр. 605; *Kühlenbeck*, Pand. II, стр. 372; *Liebe*, I, стр. 635; *Müller und Meikel*, I, § 84, стр. 258; *Matthias*, I, § 61, стр. 270; *Landsberg*, I, § 75, стр. 252.

<sup>2)</sup> *Endemann*, о. с. § 130, стр. 579; *Piper*, о. с. 27.

<sup>3)</sup> *Crome*, I, стр. 472; *Zitelmann*, о. с. 151; *Windscheid-Kipp*, I, стр. 447, *Dernburg*, II, стр. 134; *Ennesberger-Lehmann*, I, стр. 289; *Rehbein*, II, стр. 98.— Пользуясь тѣмъ же методомъ, пришелъ къ тому же выводу и швейцарскіе юристы. *M. Gmür*, о. с. 632: „Различіе между дѣеспособностью и деликтоспособностью [§§ 58—59 O. R.] отпадаетъ; естественная дѣеспособность, именно, идентична съ гражд. деликтоспособностью или вѣдѣемостью ст. 58—59 O. R.“.

Исслѣдованіе вопроса—примѣнило ли лицо требуемую оборотомъ степень напряженія умственныхъ силъ—совпадаетъ съ изслѣдованіемъ вопроса о той умственной зрѣлости, которая необходима для возможности предвидѣнія результата <sup>1)</sup>

Отвѣтъ, даваемый этимъ изслѣдованіемъ, разрѣшаетъ сразу и вопросъ—обладалъ ли деликвентъ *разумнымъ, необходимымъ для познанія отвѣтственности?*—ибо сознание значенія акта, въ смыслѣ вызываемыхъ имъ во внѣшнемъ мірѣ измѣненій, и сознание отвѣтственности обычно совпадаютъ въ душевной дѣятельности всякаго дѣятеля <sup>2)</sup>.

Разсмотрѣніе нѣмецкой доктрины и положительнаго законодательства въ ученіи о *вмѣненіи дѣянія правонарушителю* приводитъ насъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Условіемъ вмѣненія лицу судьянаго ставится наличность:

а) свободного опредѣленія воли лица (*freie Willensbestimmung*),

в) разумнія, достаточнаго для познанія отвѣтственности [*die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht*].

Судебному усмотрѣнію не предоставлено широкаго поля; судья связанъ законными презумціями въ отношеніи того и другого условія.

2) Традиціонная теорія обуславливаетъ взаимно понятія *небреженія* (*Fahrlässigkeit*) и понятія *деликтоспособности* (*Delictsfähigkeit*).

<sup>1)</sup> *Matthias*, I, стр. 273; *Müller und Meikel*, I, 257; *Krückmann*, о. с. 158; *Linckelmann*, о. с. 36, 109; *Crome*, I, 485; *Dittenberger*, о. с. 89; *Stammier*, Schuldverhältnisse, 16; *Regelsberger*, Pand. I, 255; *Liszt*, о. с. 52. Ср. *Protok.* Bd. II, стр. 583.

<sup>2)</sup> R. G. 31 Mai 1906 Zeit. f. D. V. R. XXXVIII, II, 3, стр. 123: „bei der Handlung (eines Minderjährigen) deckt sich in der Regel die Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit für die Handlung mit der Einsicht zur Erkenntnis ihrer Gefährlichkeit“. Ср. R. G. 8 Dec. 1902 Bd. 53 (1903) № 39; R. G. 3 Febr. 1902 Bd. 53 (1903), стр. 30; R. G. 22 Oct. 1903, J. Z. VIII (1903) № 24, стр. 574; R. G. 27 Mai 1908, Bd. 1908, № 579.

Но въ теоретической литературѣ могущественно выростаетъ новая теорія, различающая эти понятія; она не оказала пока вліянія на судебную практику.

Практическую важность этого различенія пока мы установили на почвѣ толкованія ст. 829 Уложения [о толкованіи ст. 254—главной темѣ нашего изслѣдованія—см. ниже: гл. II].

3) Нѣмецкіе юристы понимаютъ субъективный моментъ «*вмѣняемость*», какъ одновременное разрѣшеніе вопроса о достаточной зрѣлости лица для предвидѣнія результата своего дѣянія; у нихъ—*деликтоспособность* = *сознаніе ответственности* = *способность предвидѣть послѣдствія дѣянія*.

## II. Вмѣненіе лицу результата его дѣянія.

Вторымъ юридическимъ вопросомъ,—какъ мы указали выше,—является вопросъ о *субъективномъ отношеніи поведенія субъекта къ результату его дѣянія*. Это отношеніе мы могли бы разсматривать, какъ объективный моментъ въ понятіи вины, въ виду того, что оно есть сужденіе абстрактнаго объективнаго типа «добраго хозяина» о предвидимости конкретнаго реальнаго факта.

Какъ сужденіе *объективное*, т. е. вполнѣ независимое отъ индивидуальности лица,—это изслѣдованіе отличается отъ только что разсмотрѣннаго нами вопроса о субъективномъ вмѣненіи дѣянія дѣятелю; въ самомъ дѣлѣ, вопросъ о вмѣненіи дѣянія дѣятелю и вопросъ о субъективной связи между результатомъ и дѣяніемъ не совпадаютъ другъ съ другомъ, и это подтверждается уже тѣмъ соображеніемъ, что первое вмѣненіе теоретически мыслимо независимо отъ второго. Лицо, недостаточно развитое въ умственномъ отношеніи, или лицо безъ сознанія, можетъ не сознать моральнаго значенія совершаемаго, но это не предрѣшаетъ вопроса объ установленіи субъективной причинной связи между результатомъ и дѣяніемъ съ объективной точки зрѣнія нормальнаго человѣка.

И наоборотъ, данное лицо могло быть достаточно зрѣлымъ, что бы вообще предвидѣть вызываемое имъ измѣненіе во вѣннемъ мірѣ, но въ конкретномъ случаѣ результатъ былъ обязанъ сѣплению такихъ обстоятельствъ, что онъ лежитъ внѣ предвидѣнія самого предусмотрительнаго и даже опасливаго человѣка.

Если вмѣненіе *дѣянія* дѣятелю есть сужденіе о субъективныхъ качествахъ лица, то вмѣненіе *результата* поведенію лица есть сужденіе о тѣхъ вѣннихъ, видимыхъ явленіяхъ, къ познанію которыхъ должна быть направлена рачительность лица.

Эти *погрѣшенія познанія* лица могутъ относиться или а) до самого предпринимаемаго имъ тѣлеснаго движенія. Здѣсь яйтъ сознательной воли,—при достаточномъ напряженіи психическихъ силъ это движеніе не было бы произведено [нпр. актъ разсѣянности, актъ испуга и т. п.];—или—в) до фактической обстановки, среди которой оно дѣйствуетъ и до сужденія о степени правомѣрности его поведенія [«*Mangel der Vorstellung*»]; или—с) до предвидѣнія результата своей сознательной дѣятельности; при достаточной внимательности лицо предвидѣло бы послѣдствія своего дѣянія [«*Mangel an Voraus-sicht*»].

Такимъ образомъ, вопросъ о вмѣненіи результата является вопросомъ сложнымъ. Онъ обнимаетъ изслѣдованіе съ объективной точки зрѣнія абстрактнаго образцоваго типа:

- 1) той обстановки, т. е. совокупности фактическихъ обстоятельствъ, въ которой дѣйствовало лицо, для сужденія объ извинительности «погрѣшенности познанія» этого лица и
- 2) субъективной причинной связи между поведеніемъ и вредоноснымъ событіемъ.

Предосудительность дѣянія,—то, именно, что обрзуетъ *объективный* составъ вины,—лежитъ въ томъ, что дѣяніе носитъ въ себѣ опасность наступленія извѣстнаго круга вре-

доносныхъ явленій,—наступленія, быть можетъ, въ связи съ другими событіями—причинами.

Вина лица и состоитъ въ томъ, что оно могло сознавать эту опасность, и что оно не уклонилось отъ своего дѣянія. Между *небреженіемъ*,—съ одной стороны, и *долженствованиемъ сознанія*,—съ другой стороны, лежитъ, такимъ образомъ, тѣснѣйшая связь: если дѣятель могъ сознавать опасность, право какъ бы фиксируетъ, что онъ *сознавалъ* ее и все же поступилъ не согласно съ поведеніемъ «добраго хозяина»,—ибо то, что удерживаетъ такого типа отъ дѣйствія, это—сознаніе, что его дѣяніе можетъ причинить вредъ другому; разъ лицо предвидитъ это,—оно должно воздержаться отъ дѣянія, и, если оно не воздержалось,—оно виновно.

Вотъ это дѣйствіе, несогласное съ (предполагаемымъ) поведеніемъ чловѣка честнаго, разсудительнаго и осторожнаго, мы квалифицируемъ, какъ—субъективно-предосудительное, и оно образуетъ *субъективный* составъ вины; содержаніе этого субъективнаго состава *вины* есть сознаніе (реальное или предполагаемое) рождаемой опасности. Это сознаніе рождаемой опасности предполагаетъ,—какъ мы сказали,—во-первыхъ, что лицо могло принять въ соображеніе всю фактическую обстановку, т. е. всѣ фактическія обстоятельства, приводящія извнѣ къ его волевому акту, среди которыхъ онъ дѣйствуетъ; и, во-вторыхъ,—могло познать причинную связь между дѣяніемъ и результатомъ.

По поводу каждаго изъ этихъ моментовъ мы должны войти въ объясненія.

I. Большинство юристовъ согласно въ томъ, что составляющее основную идею вины «долженствование познанія» (*Erkennenmüssen*) должно быть направлено не только на совокупность послѣдующихъ его дѣянію явленій [результатъ дѣянія, дальнѣйшія послѣдствія результата, убытокъ и пр.], но и на совокупность предшествующихъ и сопутствующихъ

его дѣянію обстоятельствъ, ибо лишь при познаніи этихъ обстоятельствъ лицо можетъ дать себѣ отчетъ о характерѣ своего дѣянія. Его дѣяніе, взятое въ совокупности другихъ содѣйствующихъ обстоятельствъ, можетъ родить опасность нарушенія правъ третьихъ лицъ; но, если дѣятель не охватывалъ и не могъ охватить своимъ познаніемъ эти сопутствующія извнѣ приводящія событія,—вредоносный результатъ его дѣянія не можетъ быть вѣнченъ ему въ вину.

Такимъ образомъ, вопросъ о вѣнченіи результата обостряется на вопросъ объ извинительности заблужденія, въ которомъ находилось лицо, предпринимаемая извѣстное дѣяніе.

Является ли заблужденіе извинительнымъ или неизвинительнымъ—этотъ вопросъ въ свою очередь разрѣшается по общимъ принципамъ о *небреженіи*. Если, согласно этимъ принципамъ, заблужденіе лица, т. е. незнаніе соответствующихъ фактическихъ обстоятельствъ, не смотря на примѣненіе требуемой въ гражданскомъ оборотѣ рачительности, не можетъ быть избѣгнуто, лицо должно быть признано виновнымъ; если же заблужденіе могло быть избѣгнуто, и не было избѣгнуто лишь вслѣдствіе небреженія, лицо должно быть признано виновнымъ<sup>1)</sup>.

Если, напримѣръ, фельдшеръ подастъ больному ядъ, вмѣсто лѣкарства, и если лѣкарство замѣнено или отравлено ядомъ безъ его вѣдома и причастности,—его дѣяніе не виновно, такъ какъ онъ не зналъ и не долженъ былъ знать о

<sup>1)</sup> Cp. Entw. I § 146: „Im Sinne des Gesetzes ist... unter entschuldbarem Irrtum ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Irrtum... zu verstehen“. E. I § 707 извинительное заблужденіе въ фактическихъ или правовыхъ обстоятельствахъ снимаетъ ответственность. *Rehbein*, В. G. B. II стр. 101: „denn die Fahrlässigkeit beruht stets auf einem verschuldeten Irrtum über die schädlichen Folgen der Handlung“; *Lübbe*, о. с. I стр. 231; *Weyl*, о. с. 134 и слѣд.; *E. Eck*, Vorträge, I, 605; *Henrici*, о. с. 638; *Cosack*, I, 249; *Crome*, I, 485; *Zitelmann*, о. с. 180; с. *Weinrich*, о. с. 28; *Schollmeyer*, о. с. 102; *Fischer-Hentle*, о. с. 154.

привхожденіи случайнаго обстоятельства, придавшаго опасный характер его дѣянію.

Не наступитъ ответственности и лица, если оно учинитъ что либо въ пьяномъ видѣ, при томъ условіи, что оно впало въ состояніе оупьяненія помимо своей воли (§ 827 В. Г. В.), напр. лицо не знало и не должно было знать охмеляющаго дѣйствія напитка <sup>1)</sup>.

Не будемъ мы квалифицировать виновной и неосторожность перевозчика, которому вручены ящики съ фарфоровыми хрупкими издѣліями безъ предупрежденія его объ особой хрупкости содержимаго; перевозчикъ не виновенъ, если, третируя врученный багажъ безъ особыя мѣры предосторожности, разобьетъ содержимое, такъ какъ онъ не знаетъ и не долженъ былъ знать о случайномъ обстоятельстве—исключительной нѣжности товара.

Изъ этихъ примѣровъ, богатую коллекцію которыхъ намъ даетъ судебная практика <sup>2)</sup>, явствуетъ все значеніе для сужденія о наличности *небреженія* принятія въ соображеніе всѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, среди которыхъ было совершено инкриминируемое конкретное дѣяніе; мы не можемъ судить о степени извинительности ошибки, не зная—насколько дозволяло дѣятелю сознавать значеніе совершаемаго стеченіе

<sup>1)</sup> P. Brunswig, о. с. [Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien. Bd. I, Heft I], даетъ такой примѣръ: „wenn ein ganz junger Student, der „sein Quantum“ noch nicht kennt, durch Zutrinken und Aufmuntern sich einen Rausch zeugt“.—Этотъ примѣръ намъ кажется не особенно удачнымъ (условія лежали въ лицѣ самого заблуждающагося, а потому ихъ незнаніемъ отговариваться онъ не имѣлъ права), но во всякомъ случаѣ онъ характеренъ въ устахъ ивменцаго юриста.—Лучшій примѣръ см. у Dr. I. Landsberg, Rechtsfälle nach dem V. G. B. (Вопн. 1900), стр. 70: Господинъ В. въ ресторанъ въ полночь оупьяненія безчисствуетъ. Ему удается доказать, что собутыльникъ влил ему водки въ шампанское, ибо иначе онъ не оупьянѣлъ бы отъ одной бутылки.

<sup>2)</sup> Саен. 9 Nov. 1880 D. 1882, 2, 23: Извинительное заблужденіе въ состояніи умственныхъ способностей кліента ружейнаго мастера. Seine, 26 Oct. 1898. Gaz. Trib. 30 déc. 1893: Извинительное заблужденіе въ лицѣ арестуемаго.

событій и случайныхъ условій, придавшихъ его дѣянію опасный характеръ.

Вѣдь, есть же извѣстная мѣра довѣрія къ людямъ, безъ которой мы должны были бы впасть въ полную пассивность, боясь ответственности за чужіе грѣхи, или должны были бы провѣрять каждый шагъ нашего сосѣда, прежде чѣмъ самимъ предпринять невиннѣйшее дѣяніе!

Должна же и намъ быть оказана нѣкоторая доля списхожденія, когда наше заблужденіе находитъ извѣстное оправданіе во внѣшнихъ случайныхъ обстоятельствахъ, исходящихъ отъ слѣпой силы или лицъ, о которыхъ мы или не имѣли свѣдѣній, или которымъ сознательно дарили свое довѣріе!

Мы ведемъ себя «какъ доброму хозяину свойственно», когда приспособляемъ наше поведеніе къ *доступнымъ нашему познанію условіямъ* такимъ образомъ, что бы не возникли для третьихъ лицъ убытки. Этотъ же масштаб образцоваго поведенія различествуетъ отъ того или другаго свѣпленія фактическихъ условій: вѣдь, одна должна быть опасливость лица, принимающаго напитокъ, изготовленный въ аптекѣ и другая—лица, принимающаго бокаль отъ пьянаго собутыльника,—одна внимательность лица—въ магазинѣ фарфоровыхъ издѣлій, другая—въ магазинѣ гробовщика!

То, что вѣрно касательно фактическихъ обстоятельствъ <sup>1)</sup>, должно быть вѣрно и въ отношеніи *юридической* обстановки, среди которой совершено инкриминируемое дѣяніе. Если самый предусмотрительный человѣкъ считалъ бы себя *въ правѣ* дѣйствовать такъ, какъ дѣйствовало данное лицо, послѣднее

<sup>1)</sup> Linckelmann, о. с. 37; Liszt, о. с. 56; Oertmann, о. с. 37; Plank, I, 41; Oertmann, Der Rechtsirrtum im bürg. R. [Blatt. f. R. A. 67 (1902)], стр. 1, 25, 45.—Согласно германской юриспруденціи, специфическая ж. д. опасность заключается въ требующей эксплуатаціи быстротѣ. Этому приравнивается тотъ случай, когда потерпѣвшій по извинительному заблужденію считать спѣхъ вызваннымъ обстоятельствами дѣла. R. G. Eisenb. E. IV, 445; XVI, 308; XXIII, 393.

не может быть признано виновным. Поэтому, во всех случаях причинения убытка дѣяниемъ неправомѣрнымъ, при ссылкѣ делинквента на свое заблужденіе въ наличности болѣе сильнаго права, чѣмъ у его противника, судья долженъ войти въ изслѣдованіе фактическихъ обстоятельствъ, послужившихъ причиной его ошибки, для сужденія объ извиняемости его заблужденія.

Этотъ принципъ, извѣстный еще *Gemeines Recht* <sup>1)</sup>, выражается въ наше время тезисомъ: «представленіе дѣятеля должно охватывать не только результатъ дѣянія, но и объективную неправомѣрность дѣянія» <sup>2)</sup>,—тезисомъ, принятымъ, за исключеніемъ лишь немногихъ авторитетныхъ ученыхъ <sup>3)</sup>, господствующей нѣмецкой доктриной <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> *Stolzel*, Das Verhältniss des Pfandgläubigers etc. Arch.-Praxis, XXXIX стр. 67. Собственникъ заложенной вещи уничтожаетъ эту вещь, не зная о залогѣ. Залогодержатель не имѣетъ иска къ нему о возмещеніи убытковъ. *Windscheid*, Pand. I § 79, стр. 452, 493; § 455 № 3; *Pernice*, Zur Lehre, 194; *Regelsberger*, Pand. § 128 № 4; *Dernburg*, Pand. I § 87 № 5; *Savigny*, System III, 327—328; *Seuffert*, Pand. Bd. I (4 Aufl.) § 100 № 1; *Wächter*, Pand. I § 354 Beil. 1; *Hölder*, Pand., стр. 233, № 3; *Seuf. Arch.* XXXII, № 237; «вѣтъ вины, если ошибка, вѣдѣтвіе которой лицо считаетъ себя въ правѣ принимать какое либо дѣйствіе, извинительна».

<sup>2)</sup> *Rotering*, Schadensersatzverbindlichkeit, Arch. f. b. R. Bd. 33 (1909), стр. 59; *Fels*, о. с. 30; *Zitelmann*, о. с. Arch.-Pr. 99 (1906), 7; его-же о. с. I, 157—159; *Cosack*, Lehrbuch § 71 № 4, d; *Crome*, I, 485; *Endemann*, I, 915; *Linckelmann*, о. с. 43; *его-же*: Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten A. f. b. R. XIII, 95.

<sup>3)</sup> *Neumann*, Jahrbuch, I, стр. 461; *Kipp*, I, 452; *в. Liszt*, о. с. 55; *Pfizer*, Her. Jahrb. 29, стр. 167; *Cohn*, о. с. 379; *Henrici*, о. с. 631, 637. Они совершенно элиминируютъ элементъ неправомѣрности изъ понятія вины, на томъ основаніи, что вина всегда относится лишь къ дѣянью, т. е. созданію распознаваемого измѣненія во вѣтшнемъ мірѣ; поэтому она не имѣетъ ничего общаго съ неправомѣрностью дѣянія, т. е. съ правовой оцѣнкой дѣянія.

<sup>4)</sup> Поездъ изданія В. Г. В. весь споръ сосредоточился на толкованіи ст. 231: «Кто совершитъ одно изъ дѣяній, указанныхъ въ ст. 229 (самоуправство) въ ошибочномъ предположеніи, что—на лицо всѣ условія, необходимыя для исключенія неправомѣрности, тотъ обязанъ вознаградить другую сторону за убытки, даже если его заблужденіе не основано на небреженіи».—Надо ли считать эту статью за 1) примѣненіе общаго принципа къ особому случаю? (*Liszt* о. с. 59) или 2)—за норму исключительную, не подлежащую

нѣмецкая судебная практика идетъ еще дальше.

Тому случаю, когда лицо *невинно* потому, что оно не могло познать наличности тѣхъ обстоятельствъ, вѣдѣтвіе которыхъ причиненіе результата квалифицируется, какъ объективно-неправомѣрное явленіе <sup>1)</sup>, оно приравнивается тѣмъ случаямъ, когда лицо по извинительному основанію *заблуждалось въ самомъ содержаніи или смыслѣ положительной законной нормы* <sup>2)</sup>.

То же тѣсное взаимоотношеніе между *неправомѣрностью* и *виновной волей* устанавливается доктриной и юриспруденціей и въ понятіи *умысла* (*Vorsatz*).

*Умыселъ* есть воля, направленная на созданіе неправомѣрнаго вредоноснаго дѣянія <sup>3)</sup>, а потому онъ предполагаетъ на сторонѣ делинквента *сознаніе неправомѣрности*, т. е. сознаніе вредоносной природы дѣянія и наличности объектив-

аналогичному примѣненію. На послѣдней точкѣ зрѣнія стоять: *Protok.* I, 193, 244; II, 584; *Motiv.*, II, 731 и §§ 146, 707 E. L.—*Weyl.* System, 136; *Endemann*, I, 384; *Titze*, Notstand, 95; *Oertmann*, о. с. 47; *Dittenderger*, о. с. 67; *Mataja*, Das Schadensersatz im Entw. [Arch. f. b. R. I, 267—281]. *Eck*, I, 603; *Enneccerus-Lehmann*, I, 292.

<sup>1)</sup> *Rehbein*, II, 101; *Josef*, Gruch. V. 1900, стр. 419; *Oertmann*, о. с. 950, Anm. 8; *Linckelmann*, о. с. 95; R. G. 27 Oct. 1902 Bd. 52 (1903) № 95; R. G. *Recht*, 1907, стр. 1134, № 2721.

<sup>2)</sup> R. G. 5 Juli 1897, Bd. 39 (1897) № 24: «Даже соображенія целесообразности, въ особенности требованія прочности и надежності оборота не привели въ Германіи къ тому, что бы возвести положеніе—заблужденіе въ правѣ не можетъ быть извинительно—на степень безусловнаго принципа... „Мы должны разсматривать, какъ правило, признанное современнымъ нѣмецкимъ правосозрѣніемъ, что заблужденіе въ правѣ не должно быть трактуемо всегда и при всѣхъ условіяхъ, какъ *вина* заблуждающагося... „Мы должны отрицать наличность вины въ тѣхъ случаяхъ, когда содержаніе закона допускаетъ толкованіе въ различныхъ смыслахъ и заслуживающее предпочтенія толкованіе не установлено ни наукой, ни практикой».

<sup>3)</sup> *Cosack*, I, стр. 248, II, 1, а: „das Wollen ist auf eine Schädigung von Interessen gerichtet“. *Dernburg*, II, стр. 135: воля направлена на «дѣяніе правонарушительнаго характера» („rechtsverletzender Natur“), *Enneccerus-Lehmann*, I, § 117, sub 1: воля направлена на «незаконное дѣяніе» („rechtswidrige Handlung“).

ной неправомерности<sup>1)</sup>. Но знание возможности наступления неправомерного результата предполагает знание нарушаемого права противника; поэтому всякая, *даже основанная на невинительном заблуждении*, ошибка делинквента в правовых условиях его деяния, т. е. незнание им неправомерного характера деяния [наличности более сильного права противника, или убеждение в наличии условия, исключаяющего неправомерность], исключает безусловно *умысел* на его сторону<sup>2)</sup>.

Таким образом, на вопрос—предполагает ли вина сознание *неправомерности*—германская доктрина дает утвердительный ответ; вместе с тем она выставляет следующие определения:

*Умысел* есть представление наступления результата и объективной неправомерности результата.

*Небрежение* есть представляемость результата и объективной неправомерности результата.

Другое направление по интересующему нас вопросу мы наблюдаем во французской литературе.

Правда, юристы старой школы выставили такой принцип: «лицо не совершает виновного деяния, совершая то, на что оно считает себя управомоченным»<sup>3)</sup>.

Но этот тезис не мог быть принят французскими

<sup>1)</sup> A. Lühl, о. с. 13, 18; *Ennecerus-Lehmann*, о. с. 290 [„Bewusstsein dieser Rechtswidrigkeit“]; *Endemann*, I § 112, стр. 636; *Oertmann*, о. с. Bl. f. R. A. (1902), стр. 47; *Rehbein*, II, 100; *Schollmeyer*, о. с. 99; *Dernburg*, II, стр. 135 [„das Bewusstsein der rechtsverletzenden Natur“]; *Engelmann*, о. с. 129; *Zitelmann*, о. с. 163; [Kennen der Rechtswidrigkeit]. Contra: *Liszt*, о. с. 54; *Kipp*, I, стр. 452.

<sup>2)</sup> *Crome*, I § 109, стр. 431; *Müller und Meikel*, I § 84, стр. 257; *Plank*, I, 41, 223; *Weyl*, о. с. 401.—Надо не упускать из виду то, что отрицание *умысла* не включает в себя безусловного отрицания ответственности; ибо возможно, что, именно, в этом заблуждении лица лежит *небрежение*, и лицо может быть привлечено к ответу по этому основанию.

<sup>3)</sup> *Toullier*, Droit civil français (Paris 1830), t. 11, № 119; *Rolland*, о. с. № 17.

юристами в таком обобщении. Он сталкивался с ясно выраженной—подмеченной нами выше—тенденцией французской доктрины объективировать понятие *вины*. И действительно, против тезиса старых юристов высказались единодушно, как комментаторы *Code Civil*<sup>1)</sup>, так и теоретики<sup>2)</sup>.

По их учению наиболее очевидная добрая вѣра или заблуждение лица в принцип не могут освободить деятеля, как автора убыточного деяния, от ответственности, которой он подверг себя, совершив деяние, предусмотренное ст. 1382 и слѣд. французского кодекса.

Характерен для французских юристов и тот прием, которым они пытаются обосновать эту реакцию против римских традиций. На вопрос—как квалифицировать заблуждение лица в правомерности его деяния?—они рассуждают так: «здесь нам предоставляется ясный выбор между ответственностью объективной и субъективной. Къ чему относится момент неправомерности,—къ абстрактному деянию, взятому самому по себе, или же къ воле деятеля? Что придает неправомерность деянию—его объективная сущность, или та субъективная оценка, которую дает ему деятель?»<sup>3)</sup>.

Обострив так вопрос о виновности деятеля на вопрос об объективной неправомерности деяния, французские юристы не могли колебаться в своих заключениях. Одного убеждения в осуществлении своего права—утверждают они—

<sup>1)</sup> *Dalloz*, Responsabilité, № 108; *Demolombe*, XXI, № 471. Они находят для своего учения солидную поддержку в ст. 1379 Cod. Civ. „Тот, кто получить не должен вещь—недвижимость или движимость—обязан вернуть ее в натуре, если она существует, или ее ценность, если она уничтожена или испорчена по его вине“.

<sup>2)</sup> *Sourdat*, № 441, стр. 555; *Ripert*, L'exercice des droits (Rev. Crit. 1906), стр. 362; *Saleilles*, Théorie générale, стр. 384; *Bosc*, о. с. 60; *Willems*, о. с. 37; „L'erreur n'est excusable que lorsqu'elle supprime la volonté; la bonne foi ne suffit pas“... На той же почве и русская доктрина. См. *Таланцев*, Русское Уголовное Право, ч. общая, т. II (СПб. 1902), стр. 838.

<sup>3)</sup> *Ripert*, о. с. 363; *Angiolini*, о. с. 73 сл.

недостаточно, даже если это убѣжденіе оправдывается извѣстными основаніями,—для снятія съ дѣянія характера неправомѣрности, такъ какъ это убѣжденіе не равноцѣнно съ наличностью права.

Менѣ категорична въ своихъ выводахъ по этому вопросу французская юриспруденція. Но, несмотря на нѣкоторыя колебанія<sup>1)</sup>, она все же стоитъ на почвѣ установившейся доктрины, т. е. не склонна придавать заблужденію лица въ области его правовыхъ полномочій значеніе момента, снимающаго отвѣтственность дѣятеля<sup>2)</sup>.

Если мы сравнимъ отношеніе французской и нѣмецкой доктрины къ интересующему насъ вопросу, мы отмѣтимъ интересное явленіе: въ этомъ вопросѣ наиболѣе ярко отразилось характерное обхожденіе той и другой доктрины съ понятіемъ вины. Въ то время какъ нѣмецкіе юристы вливаютъ въ *вину* всю полноту присущаго ей, какъ субъективному понятію, содержанія, ихъ французскіе коллеги въ ихъ объективирующихъ тенденціяхъ изгнали изъ понятія вины все, что мало-мальски пахнетъ личностью съ ея слабостями, оплошностями и заблужденіями.

И въ этомъ отношеніи французскіе теоретики остались вѣрными ихъ принципиальному и основному воззрѣнію на сущность *вины*, какъ на понятіе объективное, которому чужды такіе ультра-субъективные моменты, какъ психологическое настроеніе делинквента, его юридическія заблужденія и субъективная щепетильность, готовая активно реагировать противъ всякаго воздѣйствія извнѣ. Даже приложеніе объек-

<sup>1)</sup> Cass. 7 avr. 79 D. 1880, 1, 8: „les dispositions des art. 1382—83... ne peuvent être étendues à l'erreur excusable“. Cr. Trib. de Versailles 19 juillet 1895 и Trib. de Muret 13 mai 1893. Ихъ содержаніе см. ниже, гл. VI, § 2 А, cf., *Dalloz*, № 109.

<sup>2)</sup> Note Wahl. S. 1907, 2, 273: „la bonne foi n'est pas à elle seule suffisante pour consolider un droit qui, en l'absence de bonne foi, ne serait pas légitime“.

тивного масштаба не можетъ снять съ дѣянія характера неправомѣрности и возвести убѣжденіе лица въ наличность права; ибо то, что обосновываетъ отвѣтственность лица есть не *вина*, а—*неправомѣрность*: тамъ, гдѣ дѣятель стоитъ лицомъ къ лицу съ чужой сферой, его право на оскорбленіе послѣдней можетъ быть приурочено лишь къ положительному закону, а не къ субъективному усмотрѣнію дѣятеля. Всякое вторженіе въ чужую сферу,—исходитъ ли оно отъ самыхъ лучшихъ намѣреній,—все же остается само-по-себѣ деликтомъ, и совершается дѣятелемъ на свой рискъ и страхъ.

II. Большее согласіе въ литературѣ мы наблюдаемъ въ изслѣдованіи второго элемента въ общемъ вопросѣ о вѣнѣннн лицу результата его дѣянія:—*субъективной причинной связи между дѣяніемъ и результатомъ*.

Конечный вредъ представляется слѣдствіемъ вредоноснаго дѣянія, какъ результатъ развитія ряда событій, связанныхъ каузальнымъ отношеніемъ.

Каждое звено въ рядѣ послѣдовательныхъ моментовъ, составляющихъ каузальную серію, даетъ свой кругъ *убытковъ*, которые не надо смѣшивать<sup>1)</sup> съ самими вредоносными событиями, изъ которыхъ они вытекаютъ.

Поэтому, изслѣдованіе вопроса о вѣнѣннн убытка делинквенту сводится не къ установленію причинной связи между дѣяніемъ и убыткомъ, а къ разрѣшенію слѣдующаго вопроса: *какое звено въ каузальной цѣпи должно быть охвачено волей делинквента, что бы влечь за собой послѣднему весь возникшій убытокъ?*

Въ этомъ—и только въ этомъ—смыслъ можетъ итти рѣчь о субъективной связи между «проявленіемъ воли» и «убыткомъ».

<sup>1)</sup> См. выше: ч. II, гл. II, § 1.

Безспорно одно: причинная связь между этими моментами не должна быть посредствуема сибилением каузальностей, коиъ конечное вредоносное дѣйствіе по обычному ходу вещей не могло лежать въ представленіи волееспособнаго дѣятеля.

Хотя въ отдѣльномъ случаѣ можно было бы сказать, что убытокъ не наступилъ бы, если бы данный субъектъ не принялъ извѣстнаго дѣянія, но этой голой причинной связи недостаточно для вмѣненія ему результата его дѣятельности. Доктрина, въ согласіи съ законодательствами, требуетъ еще *духовной причинной связи* между волей деланквента и убыткомъ; и все затрудненіе заключается въ разрѣшеніи вопроса: *въ чемъ состоитъ эта духовная причинная связь?*

1. Разрѣшеніе этого вопроса предполагаетъ преюдиціальное установленіе круга тѣхъ стоящихъ въ объективной условно-причинной связи съ инкриминируемымъ дѣяніемъ фактическихъ событій, *которыя способны стоять въ субъективно-причинномъ отношеніи съ виной лица.*

Мы видѣли выше, что предосудительность дѣянія и лежитъ въ томъ, что дѣяніе носить въ себѣ опасность наступленія извѣстнаго круга вредоносныхъ явленій,—наступленія, хотя бы и въ связи съ другими событіями—причинами. Вотъ, въ этомъ—и только въ этомъ—кругу явленій мы должны искать интересующіе насъ фактическіе моменты.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами, взятыми изъ практики.

*R. G. Рѣшеніе 5 нояб. 1898, Bd. 42 (1899), стр. 291.*—

Истица передала одной фирмѣ на сохраненіе товаръ, портящійся отъ сырости, съ указаніемъ на необходимость сохраненія его въ абсолютно сухомъ помѣщеніи. Ответчица помѣстила товаръ въ 1-омъ этажѣ. Наводненіе подмачиваетъ товаръ.—Искъ потерпѣвшей отвергнутъ всѣми инстанціями. «Быть можетъ, фирма виновна въ несовѣтъ точномъ испол-

неніи лежащихъ на ней обязанностей, она могла бы помѣстить товаръ въ верхній этажъ, болѣе обезпечивающій сухость... Но убытокъ долженъ лежать, именно, въ томъ направленіи, въ которомъ взята на себя и нарушена обязанность по договору... Убытокъ, правда, находится въ причинной связи съ дѣяніемъ ответчика, но онъ *лежитъ вовсе внѣ направленія его вины.* Въ конкретномъ случаѣ сохраненіе товара въ нижнемъ этажѣ, можетъ быть, не было дозволено; но—не потому, что опасались или считали возможнымъ наводненіе, а потому что ответчица иначе не могла устранить вреднаго вліянія атмосферическихъ условій или естественной сырости пола. Она отвѣтила бы за весь убытокъ, который возникъ бы черезъ это самое или въ этомъ направленіи, но она не отвѣчаетъ за убытокъ, который наступилъ случайно»<sup>1)</sup>.

Еще примѣръ. *Cass. 7 ав. 1895 D. 1896, 1, 81.* Патронъ задерживаетъ малолѣтняго рабочаго во вѣнурочный часъ. Этими онъ виновнымъ образомъ нарушаетъ законъ, регламентирующій работу малолѣтнихъ рабочихъ. И вотъ, въ это сверхурочное время происходитъ несчастіе съ рабочимъ, обязанное, какъ непосредственной причинѣ, его шалости или неосторожности.—Ясно, что между *дѣяніемъ* патрона и несчастнымъ случаемъ лежитъ объективная причинная связь: не будь продолженія работы—физически было бы невозможно рабочему совершить противо-дисциплинарный поступокъ.

Но можно ли сказать, что причинная связь лежитъ и между *виной* патрона и несчастнымъ случаемъ?<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Cp. R. G. Bd. 57, стр. 239; O. L. G. Hamburg Seuf. Arch. 60 (1905) Heft 3, № 54; O. L. G. Hamburg 2 März 1906, Mugdan 1907, № 14, стр. 39.

<sup>2)</sup> Французская судебная практика въ ту эпоху, когда она была признана своимъ *ius aequum* восполнить пробѣлы закона въ области профессиональнаго риска, давала на этотъ вопросъ отвѣтъ, отвечающій, можетъ быть, справедливости, но отнюдь не могущій быть оправданъ теоріей: «le patron a contribué dans une mesure à déterminer, mais certaine, à occasionner par sa faute l'accident» [Cass. 7 août 1895 S. 96, 1, 127]. [Cass. 19 août 1878. J. du Pal. 1879, 98]. Воздавая должное соображеніямъ справедливости, доктрина



На этот вопрос мы должны дать отрицательный ответ. Одинъ простой фактъ «*contravention*», облачающій *вину* лица, не обосновываетъ причинной связи между *виной* этого лица и несчастнымъ случаемъ; и эту причинную связь не способно установить и то соображеніе, что въ данномъ примѣрѣ несчастный случай могъ произойти лишь благодаря этому «*contravention*». Всякая вина есть нарушение известной обязанности, которая установлена закономъ въ предотвращеніе точно предусмотрѣнныхъ законодателемъ нежелательныхъ явленій. Если изъ известнаго *виновнаго* дѣянія г. N. послѣдуетъ рядъ событий, то лишь тѣ событія надо считать имѣющими причиной *вину* г. N., которая является реализаціей той опасности, которая крылась въ самомъ дѣяніи.

Итакъ, лишь въ этомъ кругу событий мы должны искать тѣ факты, которые могутъ быть вѣнены виновному дѣятелю, т. е. которые стоятъ въ субъективной причинной связи съ *виной* его.

Въ чемъ же состоитъ эта субъективная причинная связь?

2. Во всякомъ случаѣ, эта субъективная причинная связь не есть тоже самое, что общая причинная связь между *дѣяніемъ* и *результатомъ*<sup>1)</sup>.

Въ самомъ дѣлѣ, наблюденіе явленій повседневной жизни учитъ, что рѣдкое событіе обязано исключительно волѣ лица, безъ того, что бы въ его созданіи не входила нѣкоторая доля случайности, непредвидѣнности, неожиданности. Всякій вредъ, исходящій отъ небрежности, нерадѣнія и другихъ незлобныхъ

энергично возстала противъ такого расширенія понятія вины. См. *Planiol*, Note D. 96, 1, 81 „что бы узнать, порождаетъ ли вина ответственность за вредоносное событіе, надо узнать, было ли это событіе изъ числа тѣхъ, которые законъ желаетъ предотвратить, предписывая или запрещая что либо“. — Ср. *Endemann*, I, стр. 1263; *Rümelin*, о. с. Arch. Pr. 90, 306; *Traeger*, *Der Kausalbegriff*, 203.

<sup>1)</sup> Ср. Рѣшенія: O. L. G. Dresden, 22 янв. 1901, Mugdan II, (1901), стр. 483; R. G. 27 февр. 1902, J. W. 31 (1902), Beil. 2, стр. 212, № 54.

моментами. можетъ быть поставленъ не только на счетъ *вины* лица, но и *случая*, т. е. событий, лежащихъ внѣ воли лица. *Вина* и *случай*—каждый изъ нихъ вноситъ свою долю участія въ созданіи событія, безъ ихъ содѣйствія—событіе не имѣло бы мѣста.

Но, если всякій убытокъ, причиненный *виной*, долженъ быть возмѣщенъ,—возмѣщеніе все же не должно быть распространено за предѣлы убытка, дѣйствительно причиненнаго *виной*; убыточные же послѣдствія *casus'a* должны быть несены тѣмъ, кого они поражаютъ: *casum sentit dominus!* Лишь то, что могло быть *предвидѣно* дѣятелемъ въ моментъ совершенія дѣянія можетъ быть отнесено къ его виновной волѣ, ибо поскольку *предвидимо* событіе, постольку нѣтъ мѣста вмѣшательству *случая*, *нечаянности* въ ходѣ событий, приведшихъ къ убытку<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что *вмѣшеніе результата тождественно съ предвидимостью его* [при условіи, что этотъ результатъ есть реализація общей опасности, кроющейся въ виновномъ поведеніи лица].

Но и эта формула подлежитъ дальнѣйшему ограниченію. Если бы мы остановились на этой формулѣ, мы устранили бы самый принципъ *вины*, или—вѣрнѣе—мы расширили бы понятіе вины до тѣхъ объемовъ, въ которые легко протиснулись бы случаи *внѣвиновной* ответственности.

Въ самомъ дѣлѣ, одного *общаго предвидѣнія* ущерба и *общаго подверженія опасности* чужихъ интересовъ—недостаточно для образованія субъективнаго момента въ понятіи вины. Вѣдь, и держатель животного создаетъ для всѣхъ окружающихъ состояніе опасности, т. е. то состояніе, которое въ известной степени благоприятствуетъ наступленію вреда.—И

<sup>1)</sup> *Haene*, *Flandre judiciaire. Une théorie nouvelle de la responsabilité* 1901, col. 225—247: „Car le hasard, c'est tout simplement ce qu'on n'a pas pu prévoir“.—Contra: *Em. Steyaert* *Rev. trim.* 1903, 1, стр. 121, № 41; *J. Van Bierschot*, *De la responsabilité. Flandre judic.* 1901, coll. 385—403.

способно вообще создавать его. И законодатель, устанавливая положительной нормой ответственность его на основѣ «Gefährungsprinzip», освобождает его отъ ответственности въ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ физически происходитъ отъ животного, но лежитъ *вне общаго предвидѣнія* рачительнѣйшаго и опасливаго добраго хозяина <sup>1)</sup>).

Во всѣхъ прочихъ случаяхъ «Gefährdungshaftung» законъ также предполагаетъ естественную типическую причинную связь, а не сдѣланіе ненормальныхъ, исключительныхъ событий. И вотъ, несмотря на то, что принципъ *винны* и «Gefährdungshaftung» имѣютъ два общахъ признака:

созданіе опасности правамъ третьихъ лицъ,

общее предвидѣніе возможности наступленія убытка,— между ними лежитъ глубокая пропасть. Для паличности *винны* надо большее, чѣмъ *общую предвидимость* возможности события, надо—предвидѣніе, именно, *конкретнаго случая и наступленія его въ конкретной обстановкѣ*. Для установленія же ответственности на почвѣ «Gefährungsprinzip» для насъ достаточно, что бы возможно было предусмотрѣть послѣдствія, какъ *общую возможность*, хотя бы въ конкретномъ случаѣ держатель, напр., животного абсолютно не могъ предвидѣть, что данное событие, какъ оно конкретно наступило, должно было имѣть мѣсто <sup>2)</sup>).

<sup>1)</sup> Scholler, Ueber den K. Z. H. beim Tierschaden. Arch. Pr. 98 (1906), стр. 40—47; Hoffer, Grund und Grenze der Haftung des Tierhalters (1903) стр. 44—63; Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters (1905), стр. 94—95; Niemeier, Die Haftung. 66—68; R. G. 6 Febr. 02 Bd. 50, стр. 180; 26 Febr. 03 Bd. 54, стр. 74.

<sup>2)</sup> Напр. А. спустить съ цѣля собаку, принадлежащую В.—Собака укусила прохожаго. Ответственность В.—вне всякаго сомнѣнія. Какъ всякій держатель животного, онъ долженъ считаться съ мыслимой возможностью, что собака будетъ освобождена, и что она укуситъ. Эта *общая предвидимость*—на лицо. Но въ то же время, онъ—*вне винны*; онъ сдѣлалъ все, что было въ его силахъ, посадивъ собаку на цѣпь. Предвидѣніи,—того, именно, предвидѣнія конкретныхъ послѣдующихъ событий, которое мы разумевъ, говоря о вѣдѣніи результата,—у него не было, а потому съ точки зрѣнія принципа

Какъ лишь мыслимая возможность, общее предвидѣніе въ области каузальной ответственности не совпадаетъ съ предотвратимостью вреда <sup>1)</sup>. Наоборотъ, предвидѣніе результата въ области виновныхъ отношеній естественно связано съ идеей *предотвратимости и инфиминируемаго события* разумными и цѣлесообразными мѣрами. Въ этомъ *непредотвращеніи предвидимыхъ вредоносныхъ результатовъ личной дѣятельности* и лежитъ центр тяжести того упрека, который тяготѣетъ надъ виновнымъ дѣятелемъ, и который образуетъ духовную связь между поведеніемъ лица и извѣстнымъ событіемъ <sup>2)</sup>).

Эта формула,—подлежащая, впрочемъ, еще дальнѣйшимъ ограниченіямъ и оговоркамъ,—обнимаетъ оба вида виновной воли лица—*небреженіе* и *умыселъ*.

Если *небреженіе* есть недостаточное напряженіе интеллектуальныхъ силъ для познанія угрожаемаго результата, то *умыселъ* есть погрѣшность воли: лицо дѣйствуетъ, хотя сознаетъ возможность неправомѣрнаго результата, вытекающаго изъ его дѣянія <sup>3)</sup>).

Сознаніе и воля неправомѣрности, характеризующія *умы-*

*винны*, онъ былъ бы свободенъ отъ ответственности!—Dernburg, Bürg. R. II, § 396, стр. 647; Plank, II, стр. 618; Linckelmann, о. с. 87; Oertmann, о. с. 570; Piper, о. с. 32.

<sup>1)</sup> Напр. ж. д. предпріятіе должно считаться съ возможностью несчастныхъ случаевъ, разнообразіе и богатство которыхъ связано съ эксплуатацией ж. д., но сами условія эксплуатации исключаютъ возможность устранить мыслимыя катастрофы разумными съ экономической точки зрѣнія способами. R. Merkel, Kollision, стр. 151, прим. 1; Ruck, о. с. 405.

<sup>2)</sup> Германская судебная практика также конструируетъ субъективный моментъ винны, какъ „Vorstellungs—und Erkenntnisfehler“. См. рѣшеніе R. G. отъ 3 окт. 1903, въ Jur. Woch. 32 (1903), Beil. 14, № 280, стр. 125.

<sup>3)</sup> Нѣмецкая доктрина опредѣляетъ умыселъ, какъ „Willensmangel“, а небреженіе, какъ „Wissensmangel“. Умыселъ относится къ небреженію, какъ предвидѣніе къ предвидимости. Endemann, I, § 112, стр. 483; Hippel, Die Vorstellungstheorie, 82; Becker, Kennen und Kennenmüssen, стр. 11.

силь, содержать и «сознание каузальности дѣянія»<sup>1)</sup>, «познание результата»<sup>2)</sup>, «знание причинения результата»<sup>3)</sup>.

Всѣ эти выраженія хотятъ выразить одну мысль: «результатъ долженъ быть предвидимъ дѣятелемъ»<sup>4)</sup>.

Для образования понятія *умысла* въ тоже время достаточно наличности *воли*, направленной на само дѣяніе, способное создать результатъ. Умыселъ есть «воля дѣянія» (*Tatwille*), а не «воля результата» (*Erfolgswille*)<sup>5)</sup>. Поэтому понятіе умысла не предполагаетъ непременно наличности на сторонѣ дѣятеля воли, направленной на самый результатъ<sup>6)</sup>; данный результатъ можетъ представляться въ умѣ делинквента, не только, какъ *цѣль*, *желанный конецъ* его дѣятельности<sup>7)</sup>, но лишь какъ простая возможность или необходимость,—пе-

<sup>1)</sup> Oertmann, о. с. 36; Rehbein, II, стр. 100.

<sup>2)</sup> Endemann, I, § 112, стр. 483; Darboven, Die actio doll, стр. 17, 42.

<sup>3)</sup> Zitelmann, о. с. 157; Plank, I, стр. 41.

<sup>4)</sup> Cosack, о. с. 149; Innemann-Lehmann, I, § 117, стр. 290; Matthias, I, 272; Crome, I, 484; Schollmeyer, о. с. 99; Ryck, о. с. 403; Weyl, System, 180, 394; Dernburg, II, § 63, стр. 135.

<sup>5)</sup> G. Schmidt, Gutachten, 1190: „Vorsatz ist die auf die konkrete, den Erfolg verwirklichende Tatkraft gerichtete Willensbeziehung“.

<sup>6)</sup> См., впрочемъ, Motiv. I, 280: „vorsätzlich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich“. Противъ этого неудачнаго выраженія протестуютъ представители „Vorstellungstheorie“: v. Liszt, Delictobligationen, 54; Lühl, о. с. 12; Weyl, о. с. 401; Piper, о. с. 36—37; Crome, I, 484.—Наоборотъ, австрійская доктрина понимаетъ умыселъ, какъ „mit der Absicht zu schädigen unternommene Handlung“. Schuster und Schreiber, Ueber Schadenersatz nach österr. R. (Wien, 1885), стр. 4. Также—швейцарская доктрина, преимущественно къ толкованию Art. 50 O. R. и Art. 18 Str. G. E.—M. Gmür, о. с. 627.—И новѣйшая германская доктрина стала колебаться въ пользу „Willenstheorie“. Такъ: Hippel, о. с. 431; Dittenberger, Der Schutz des Kindes (Berlin, 1903), стр. 68.

<sup>7)</sup> Eick, о. с. 53 не придаетъ большаго практическаго значенія этому вопросу: „wer den Erfolg voraussieht, und dennoch handelt, wird regelmäßig auch den Erfolg wollen“.—v. Liszt, Grenzgebiete, стр. 17: „Der rechtsverletzende Erfolg, welchen ich herbeiführe, obwohl ich ihn voraussehe, den habe ich „gewollt“, wenn auch nicht im Sinne der Psychologie, so doch in dem der Rechtsordnung“. Также соображеніе высказываютъ: Krückmann, Institutionen des B. G. B. (Göttingen, 1901), стр. 158; Endemann, I, 637, прим. 6; Tölle, о. с. 76; Landsberg, I, стр. 254.

редъ которой онъ держитъ себя равнодушнымъ: это равнодушіе къ воспроизводимому неправомѣрному явленію есть минимумъ того упречнаго настроенія, которое составляетъ субъективный моментъ въ понятіи *умысла*<sup>1)</sup>.

Но *предвидѣніе* имѣетъ также свои степени; на ряду съ сознаниемъ необходимости наступленія извѣстнаго событія [человѣкъ стрѣляетъ изъ ружья въ собаку сосѣда], мыслима масса нюансовъ воли вплоть до простаго смутнаго представленія объ отдаленной и случайной возможности наступленія событія, въ связи съ другими прѣходящими фактическими условіями.

Кто либо, желая избавиться отъ ненужнаго предмета, ночью вышвыриваетъ его изъ окна на улицу; онъ предвидитъ при этомъ, что предметъ можетъ ранить прохожаго, но дѣйствуетъ «на авось». «Авось» не оправдывается, прохожій раненъ.

Другой примѣръ: охотникъ стрѣляетъ по дичи, но предвидитъ, что за кустарникомъ должны находиться люди, и что они могутъ быть жертвами его выстрѣла. Онъ все же стрѣляетъ, и человѣкъ, дѣйствительно находившійся за кустомъ, раненъ.

Дѣйствовали ли эти лица съ *умысломъ*?

Что бы безпристрастно отвѣтить на этотъ вопросъ, мы должны отрѣшиться отъ обывательскаго представленія объ умыслѣ, какъ объ событіи желанномъ.

Въ приведенныхъ примѣрахъ—нѣтъ спора—лицо не желало печальнаго исхода своей забавы. Но если оно и не желало результата, оно все же его предвидѣло.

Достаточно ли это *предвидѣніе возможности наступленія результата* для обоснованія *умысла*?

<sup>1)</sup> Liszt, о. с. 54 сл. и Lühl, о. с. 13 обращаютъ вниманіе на то, что StGB, какъ и B. G. B. говорить исключительно о „*Kennen*“ и „*Wissen*“, а не о „*Wollen*“.

Въ германскомъ уголовномъ правѣ этотъ вопросъ зачался въ извѣстномъ ученіи о такъ наз. *dolus eventualis*, и здѣсь онъ былъ разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ <sup>1)</sup>. Но черезъ «Vorstellungstheorie» онъ получилъ не меньшее значеніе и въ гражданскомъ правѣ. И здѣсь и тамъ онъ описывается въ видѣ «предвидѣнія событія, какъ возможнаго результата дѣянія» <sup>2)</sup>. Иначе говоря, юристъ, устанавливая умыселъ, не идетъ далѣе изслѣдованія того небреженія, въ которомъ можно усмотрѣть сознание дѣятелемъ *эвентуальнаго* наступленія извѣстныхъ событій.

3. Вышеизложеннымъ далеко не исчерпываются всѣ недомѣнкія, связанныя съ вопросомъ о вмѣненіи, какъ субъективномъ элементѣ въ понятіи вины.

Мы выяснили лишь *сущность* той субъективной причинной связи между дѣяніемъ и результатомъ, которой обусловлено вмѣненіе этого результата виновной дѣятельности делинквента. Мы видимъ, что эта духовная связь есть ничто иное, какъ *предвидимость или предвидѣніе конкретнаго и предотвратимаго неправомѣрнаго событія*,—какъ непосредственнаго результата инкриминируемаго дѣянія.

Но, что долженъ былъ предвидѣть делинквентъ, учиняя недозволенное дѣйствіе? Должна ли его вина относиться лишь къ первому звену каузальной серіи, т. е. къ непосредствен-

<sup>1)</sup> Liszt, о. с. 55; Siméon, Recht und Rechtsgang [Berlin, 1901], 239—240.

<sup>2)</sup> Lühl, о. с. 37: „Умыселъ—на лицо не только тогда, когда дѣятель предвидѣлъ результатъ, какъ событіе *неизбѣжное*, но и тогда, когда онъ считалъ его наступленіе *возможнымъ*“; Ruck, о. с. 403; Zitelmann, о. с. (Arch. Pr. Bd. 99), стр. 78; G. Liebe, I, 230; Crome, I, 484: „Представленіе можетъ быть болѣе или менѣе определенное, смотря по тому, направляется ли оно на одинъ (исключительно необходимый), или на одинъ изъ различныхъ возможныхъ результатовъ“; Oertmann, о. с. 36 [„сознаніе лишь возможной каузальности дѣянія“]; Matthias, I, 281; Weyl, System, 302, 309, уваживаетъ на практическую важность ученія о *dolus eventualis* касательно „конкретной вины“.

ному результату его дѣянія, или же вина его должна охватывать и возможность наступленія убытка, или же—и убыточные послѣдствія въ полномъ ихъ размѣрѣ?

Вспомнимъ приведенный нами выше примѣръ съ пастухами.

Въ этомъ казусѣ мыслимы слѣдующія комбинаціи:

1) *Вмѣненіе самого дѣянія*: зажиганіе костра.

2) *Вмѣненіе непосредственнаго результата ихъ дѣянія*: пастухи могли предвидѣть, что вѣтеръ переброситъ на ометъ соломы огонь изъ костра.

3) *Вмѣненіе дальнѣйшихъ послѣдствій перваго результата*: пастухи могли предвидѣть, что горящій ометъ сообщитъ огонь сосѣдней избѣ;

4)—пастухи могли предвидѣть, что горящая изба спалитъ всю деревню;

5)—пастухи могли предвидѣть, что изъ ихъ дѣянія послѣдуетъ убытокъ на многія тысячи рублей (вмѣненіе убытка: погибшій скотъ, хлѣбъ, пазы и пр.).

На какое звено этой каузальной серіи должно быть направлено предвидѣніе дѣйствующихъ лицъ?

Если мы отвѣтимъ—на первое, то мы придемъ къ отрицанію необходимости вмѣненія результата, какъ особаго самостоятельнаго субъективнаго момента, независимаго отъ вмѣненія дѣянія,—о которомъ мы уже говорили выше. Если мы отвѣтимъ—на звено пятое, то мы придемъ логически къ выводу, что при непредвидимости уничтоженія огнемъ, хотя бы одной изъ всего ряда сгорѣвшихъ избъ, соответствующій собственникъ не получилъ бы вознагражденія за убытки.

Намъ не остается другого исхода, какъ приурочить вмѣненіе ко второму звену, т. е. къ *первому непосредственному результату* дѣянія пастуховъ. Иначе говоря, предвидѣніе пастуховъ, разведшихъ костеръ, должно простирается на то, что вѣтеръ переброситъ на ближайшій ометъ соломы огонь изъ костра. Въ цѣляхъ этого изслѣдованія судья долженъ

войти въ разсмотрѣніе всѣхъ фактическихъ обстоятельствъ, сопровождавшихъ и вызвавшихъ несчастіе <sup>1)</sup>).

Итакъ, лишь на *вредоносное явленіе* (*Verletzung*) должно простирается предвидѣніе деликвента, т. е. на самый абстрактный фактъ *оскорбленія чужой правовой сферы*, а не на родъ и объемъ этого оскорбленія, ни тѣмъ паче—на возникновеніе или объемъ послѣдовавшихъ убытковъ <sup>2)</sup>).

Достаточно, поэтому, предвидѣть легкое поврежденіе, что бы отвѣтить за тяжела, къ которымъ привели особые тѣлесные недостатки потерпѣвшаго или другія привходящія условія. Если, напр. деликвентъ искалѣчить знаменитому виолончелисту виновнымъ образомъ указательный палець, чѣмъ уменьшаетъ работоспособность потерпѣвшаго на 10 тысячъ марокъ ежегодно,—онъ отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ, хотя бы онъ и не могъ знать объ искусствѣ и призваніи потерпѣвшаго <sup>3)</sup>).

Таково — твердое основаніе по интересующему насъ вопросу западно-европейской юриспруденціи и доктрины <sup>4)</sup>).

<sup>1)</sup> Важное значеніе въ данномъ казусѣ имѣетъ установленіе того обстоятельства, — *quando* поднялся вѣтеръ, перебросившій искру на ометъ соломы. См. различіе: „die ventoso id fecit“ и „si subita vis venti longius ignem produxit“, въ 1. 30 § 3 D. 9. 2.

<sup>2)</sup> v. *Liszt*, о. с. 28, 60: „Die Schuld muss sich auf *Verletzung* des Rechts, sie braucht sich aber nicht auf den durch diese verursachten *Schaden* zu beziehen“; — *Traeger*, *Der Causalbegriff*, 197; „Nur der *nächste Erfolg* der Handlung... muss shuldhaft verursacht worden sein“...; *Boethke*, *Gruch. B.* 47, стр. 180: „nur auf die *Verletzung* muss sich die Voraussehbarkeit erstreckt haben“; *Crome*, II, стр. 1042; *Endemann*, I, § 130, стр. 579; *Matthias*, I, 271; *Piper*, о. с. 38; *Gottschalk*, о. с. 34; *Fung*, о. с. 129; *Hass*, *Adäquater K. Z. H.* Lehr. Jahrb. 37 (1897) стр. 355; *Plank*, II, стр. 611; *Oertmann*, Anm. 4, с. zu § 823; *Linckelmann*, о. с. 51; *Weyl*, *System* 407; *H. Marx*, *Kausalität der Unterlassung* (1908), стр. 19; *Dittenberger*, о. с. 69; см. *R. G.* 22 Oct. 1907 *Gruch. B.* 1908, № 8.

<sup>3)</sup> *Traeger*, о. с. 198; *Eick*, о. с. 57; *Dernburg*, *Bürg. R.* § 27, стр. 70.

<sup>4)</sup> См. для *Gemeines Recht*: *Dernburg*, *Pand.* II, § 45, № 5; *Windscheid*, II § 258, № 14; *Cohnfeldt*, о. с. 85; *A. L. R.* I, 6, § 4; для *французскаго права*: *Zachariä*, *Handbuch*, II, § 308, Anm. 18; § 444 Anm. 12; *H. Capitant*, *Introduction* (1898), 314; *R. Guex*, о. с. 120; для *австрійскаго права*: *Randa*, о. с.

Установленный нами принципъ касается, однако, не всѣхъ случаевъ деликтныхъ правонарушеній.

Въ западно-европейской практикѣ—судебной и законодательной — указанное субъективно причинное отношеніе терпитъ модификацію въ сторону ограниченія въ тѣхъ случаяхъ, когда данное деликтное дѣяніе не является только погрѣшеніемъ противъ общей обязанности *«neminem laedere»*, но и является нарушеніемъ положительнаго закона, ограждающаго личную или имущественную безопасность другого [сюда относятся: всѣ уголовные законы, полицейскія правила и т. п.].

Въ этихъ случаяхъ объемъ волевого отношенія ограничивается виновнымъ отношеніемъ дѣятеля къ самому совершенію незаконнаго дѣянія, т. е. предвидѣніе или предвидимость относится лишь до самого *нарушенія нормы*, и не распространяется на *результаты дѣянія* (причиненіе убытковъ), относительно которыхъ достаточно простой голый причинной связи <sup>1)</sup>).

49; *Mauszka*, о. с. 159—160; *Stubenrauch*, о. с. § 1296.—Не совсѣмъ точно выражаются редакторы *Проекта Гр. Улож.* [Объясн. Зап.—Обязательство, т. V, стр. 449]. Опираясь яко бы на западно-европейскую доктрину, редакторы устанавливають понятіе „imputatio juris“: „выражающагося въ сознательномъ или не вполне сознательномъ направленіи воли къ *причиненію вреда*“... „Для вѣдѣности недозволеннаго дѣянія необходимо, что бы *умыселъ* или *неосторожность* распространялись и на *вредныя послѣдствія дѣянія*, а не только на само дѣяніе, бывшее непосредственно или косвенно причиной вреда“.

<sup>1)</sup> Cp. § 823 II B. G. B. „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt“... — *Linckelmann*, о. с. *Arch. f. b. R.* XIII, 84; *Lenel*, *Zum Begriff der unerlaubten Handlung D. J. Z.* 1897, № 21, стр. 413; *Oertmann*, о. с. (Bl. f. R. A. 1902), 48; *Crome*, II, 1024; *Ennecerus-Lehmann*, I, 846; *Cosack*, I, 605; *Liszt*, о. с. 35; *Matthias*, I, 710; *Oertmann*, II, 559; *Plank*, II, 613; *Cohn*, о. с. 392; *Kipp*, II, 887; *Randa*, о. с. 50.—Редакторы *Проекта Гражд. Уложенія* выказываютъ и въ этомъ вопросѣ поразительную неосвѣдомленность, устанавливая, яко бы примѣнительно къ иностранной практикѣ, принципъ, прямо противорѣчащій и установившейся доктринѣ и юриспруденціи. „Недозволенное дѣяніе—читаемъ мы въ Объяснительной Запискѣ—составляетъ причиненіе смерти человеку, а не стрѣльбіе, хотя бы сіе дѣяніе само по себѣ также было

4. Намъ остается отвѣтить еще на одинъ вопросъ: какой масштабъ приложимъ при изслѣдованіи предвидимости результата дѣянія? Должны ли мы исходить отъ объективнаго сужденія строгаго примѣрнаго человѣка, или же мы должны считаться со слабостями, предрасположеніями и прочими субъективными качествами даннаго индивидуума?

Это сомнѣніе не можетъ подниматься во французской доктринѣ: вѣща здѣсь приняла уже довольно установившуюся фізіономію, какъ выраженіе упрека строгаго безпристрастнаго судьи, карающаго не *вину*, какъ таковую, а вызванную ею *неправомерность*.

Но на той же почвѣ стоитъ и господствующая германская доктрина <sup>1)</sup>; и другая конструкція не согласовалась бы съ теоріей вины, установленной въ ясныхъ выраженіяхъ Уложения, перечисляющаго тѣ индивидуальныя моменты, принятіе въ соображеніе коихъ предоставлено въ обязанность или усмотрѣніе судьи.

Выѣненіе лицу результата его дѣянія есть сужденіе независимое отъ индивидуальности лица даже въ тѣхъ узкихъ рамкахъ, въ коихъ соображеніе индивидуальных моментовъ предписано закономъ при установленіи выѣненія лицу его дѣянія. Оно есть сужденіе строгаго объективное, т. е. есть сужденіе абстрактнаго типа добраго хозяина о предвидимости конкретныхъ реальныхъ фактовъ.

---

недозволеннымъ (напр. въ запрещенныхъ мѣстахъ)“... „Imputatio juris выражается въ сознательномъ или не вполне сознательномъ направленіи воли къ причиненію вреда“ (т. V, стр. 449).

<sup>1)</sup> *Linckelmann*, о. с. 36; *Weyl*, System, 133—134; *Lühl*, о. с. 14; *Endemann*, I, 641.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Ученіе о винѣ нетехнической.

Традиціонная теорія, опредѣляющая понятіе вины, какъ *обосновывающее гражданскую отвѣтственность вредоносное вторженіе въ чужую правовую сферу* — натолкнулась въ новомъ Германскомъ Уложеніи на рядъ нормъ, которыя говорятъ о послѣдствіяхъ вины, но эти послѣдствія приурочиваютъ не къ вторженію въ чужую правовую сферу, а къ тому факту, что лицо своимъ поведеніемъ повредило *prima facie* своимъ хозяйственнымъ или личнымъ интересамъ. Это поврежденіе съ фактической и правовой точки зрѣнія можетъ оставаться независимымъ отъ непосредственнаго ущерба чужимъ интересамъ, однако оно интересуется право, которое и устанавливаетъ извѣстныя юридическія послѣдствія въ ущербъ виновному лицу.

Изъ всего круга этихъ нормъ насъ можетъ интересовать лишь та норма, которая соответствуетъ темъ настоящаго изслѣдованія.

Мы имѣемъ въ виду ст. 254:

„Если наступленію вреда способствовала вина потерпѣвшаго, то обязанность къ возмѣщенію и размѣръ ея зависятъ отъ обстоятельствъ, въ частности отъ того, насколько вредъ былъ обусловленъ преимущественно той или другой стороной.“

„Правило это распространяется и на тот случай, когда потерпевший виновен лишь в том, что упустил указать должнику на необычайно высокий размер угрожаемого убытка, о котором должник не знал и не мог знать, или не принял мёртв к предотвращению или уменьшению вреда.—Статья 278 „находить соответствующее применение“<sup>1)</sup>.

Съ одной стороны, законодательные мотивы, выраженные въ материалахъ къ ст. 254<sup>2)</sup>, нисколько не служатъ помѣхой къ подведенію упомянутой въ этой нормѣ *вини* подъ традиціонное понятіе *вини*; наоборотъ, они ясно говорятъ объ «умыслѣ», «небреженіи», причинившемъ убытокъ, даже намекая на то, что вина здѣсь должна быть понята въ другомъ какомъ либо смыслѣ, отличномъ отъ *вини* технической, [признаки которой установлены въ ст. 276, 823 Уложения].

Однако, та редакція, которую ст. 254 получила въ результатѣ постепенныхъ измѣненій въ теченіи подготовительныхъ работъ<sup>3)</sup>, учитъ, что эта норма должна разсматриваться не во свѣтъ строго технической *compensatio culprae* римскаго права<sup>4)</sup>, а какъ зачетъ, или вѣрнѣе, — какъ судебная оцѣнка

<sup>1)</sup> Ст. 278 п. 1: „Должникъ отвѣчаетъ за вину своего законнаго представителя или лица, черезъ посредство котораго онъ исполняетъ свое обязательство, въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и за свою собственную вину“.

<sup>2)</sup> *Motiv.* II, стр. 23 [§ 222 E. I], *Protok.* I, стр. 300; *Prot.* II № 175, III, стр. 837; *Reichstagskommission*, стр. 57.

<sup>3)</sup> Изложеніе исторіи созданія ст. 254 см. въ т. II, глава: „Новое Германское Гражданское Уложение“.

<sup>4)</sup> На этой точкѣ зрѣнія стоитъ господствующая доктрина. *Endemann*, I, 595: „§ 254 I nichts mit einer *Compensatio culprae* im eigentlichen Sinne zu tun hat“; *Staudinger*, Kommentar, II (München, 1906), 40; *Schollmeyer*, о. с. 43; *Oertmann*, о. с. 18; *Crome*, I, 497; *Gottschalk*, о. с. 60; *Matthias*, I, 347; *Ennescerus-Lehmann*, I, 405; *v. Weinrich*, о. с. 87; *Labowsky*, о. с. 43; *Traeger*, о. с. 374. — *Weyl*, System. 299—300. Мысль автора непонятна; онъ принципиально отвергаетъ взвѣшивание степеней *вини* въ § 254, но оговаривается, что онъ „позволялъ бы суду такое взвѣшивание, если къ этому въ отдельномъ случаѣ особо уполномочиваетъ законъ, напр. § 829“. (??). Неправъ авторъ по отно-

взаимныхъ причиненій, исходящихъ отъ той и другой стороны<sup>1)</sup>.

Возврату къ старой теоріи *compensatio culprae* стоитъ еще и другая помѣха. Статья 254 не предполагаетъ необходимымъ условіемъ виновность правонарушителя — отвѣтника, — въ пользу котораго учитывается виновное поведение потерпевшаго, — она, именно, находится въ ученіи о возмѣщеніи убытковъ [§§ 249—255], обнимающемъ и тѣ случаи, когда убытокъ порожденъ и не виновной дѣятельностью должника; а потому предположеніе наличности на сторонѣ потерпевшаго традиціонной технической *вини* привело бы во всѣхъ случаяхъ каузальной отвѣтственности къ сравненію несоизмѣримыхъ величинъ<sup>2)</sup>.

Но, если эти соображенія не позволяютъ намъ безъ дальнѣйшихъ разсужденій влить въ понятіе *самовины* содержаніе *вини* технической, то, съ другой стороны, ни буквальный смыслъ закона, ни его историческое происхожденіе отъ технической «*compensatio culprae*» не уполномочиваютъ насъ вовсе элиминировать условіе *вини* въ этой нормѣ и толковать

шенію тѣхъ юристовъ, которыхъ онъ перечисляетъ на стр. 300, прим. 2 и судебной практики (прим. 3), дѣлая имъ тотъ упрекъ, что они толкуютъ § 254 въ смыслѣ „зачета *вини*“. Авторъ забываетъ, что всѣ эти юристы отдають должное тексту закона, и если не повинуются, въ концѣ концовъ, закону, то, не потому, что „versuchen die Abwägung der Verschuldensgrade in § 254 hineinzuinterpretieren“, а потому, что не будучи въ силахъ построить гибкой каузальной теоріи, они *volens-nolens* должны были сдаться старой теоріи „зачета *вини*“. Авторъ самъ въ своемъ трудѣ не задается каузальными построениями, а потому его выкладки звучатъ теоретично и безжизненно, его же упреки несправедливы.

<sup>1)</sup> Что цѣлью законодателя не было установленіе „зачета *вини*“ съ ясностью слѣдуетъ изъ *Protok.* I, № 45, стр. 300, гдѣ, въ измѣненіи редакціи E. I, § 222, указывается не на тяжесть взаимной *вини*, а на каузальное отношеніе, какъ авторитетный масштабъ для распределенія убытковъ между сторонами. На почвѣ этого толкованія: R. G. 14 Febr. 1903, Bd. 54, № 5, стр. 13.

<sup>2)</sup> *Cosack*, Lehrbuch I, 318... „es ist ungerecht, den Anstifter des Schadens mit dem Geschädigten mit römischem Mass zu messen“; *Crome*, I, 497; *Weyl*, о. с. 300; *Labowsky*, о. с., 44.

ее, какъ будто текстъ гласилъ: «если потерпѣвшій содѣйствовалъ возникновенію убытка» <sup>1)</sup>).

И вотъ, въ виду этихъ двухъ на первый взглядъ непримиримыхъ категорій соображеній, юристамъ предстояло отвѣтить на вопросъ: входитъ ли всѣ случаи *самовины* безъ остатка въ традиціонное опредѣленіе *вины*? Иначе говоря, покрывается ли понятіе *самовины* тѣмъ опредѣленіемъ, которое господствующая доктрина даетъ для понятія *вины* деликтной?

### § 1. Юридическая природа понятія самовины.

Серьезныя теоретическія сомнѣнія поднимаются при попыткѣ изяснить юридическую природу понятія *самовины*.

Въ самомъ дѣлѣ, установившаяся доктрина связывала до сихъ поръ понятіе *вины* съ *идеей ответственности*; вина—учить она—не мыслима внѣ нарушенія обязанности, ибо матеріальная сущность *вины* заключается въ *правонарушеніи*.

Въ понятіи *самовины* тотъ моментъ, который квалифицируется *виновнымъ*, не приуроченъ, повидимому, ко вторженію въ чужую правовую сферу; юридическимъ эффектомъ облагается поведеніе потерпѣвшаго, который въ виду угрожаемой извнѣ опасности велъ себя не какъ «добрый хозяинъ», которому свойственно стоять на стражѣ своихъ интересовъ: онъ не предотвратилъ вредоноснаго событія, онъ не принялъ мѣръ къ устраненію или уменьшенію угрожаемаго или наступившаго вреда, онъ, можетъ быть, своей дѣятельностью положительно содѣйствовалъ возникновенію убытка.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ «виновное лицо» *prima facie*

<sup>1)</sup> *Weyl*, System. 301; *Dronke*, Ueber die Pflicht eines Verletzten, Eis. Entscheid. XXII, 209, указываютъ на то, что подобное толкованіе расширило бы область примѣненія ст. 234, противъ цѣли законодателя, до безпредѣльности, до области простыхъ рефлексивныхъ движеній, до чисто вѣшняго случая—силы природы.

нарушаетъ *свои* интересы,—оно, повидимому, не вторгается въ *чужую* правовую сферу, такъ какъ остается у себя дома, «сложена руки»; своимъ паспнымъ поведеніемъ оно навлекаетъ на себя укоръ не въ оскорбленіи чужого права, а—*въ нерадѣннн къ своимъ личнымъ интересамъ!*

Статья 254 была какъ бы вызовомъ на поединокъ традиціонной теоріи. Приняла ли бой она или уклонилась отъ него?

Передъ доктриной стояла такая дилемма:

или съ оружіемъ въ рукахъ отстаивать свои редуты, упорствуя на своихъ старыхъ позиціяхъ,

или же выйти изъ окоповъ и создавать для новаго понятія новыя построенія.

I. На первыхъ порахъ, германская доктрина, застигнутая врасплохъ, не имѣла готоваго матеріала для новыхъ построеній; ей потому не оставалось ничего другого, какъ, подтвердивъ торжественно еще разъ свое *credo*:—*онъ правонарушителя нѣтъ вины*,—покрыть одной крышей оба вида *вины*, окрасивъ свое построеніе еще разъ свѣжей краской,—дабы единство зданія тѣмъ ярче давало знать ученому міру о прочности стараго фундамента!

Во всѣхъ случаяхъ *самовины*—подтвердила она съ твердостью Галилея—мы можемъ усмотрѣть *оскорбленіе чужихъ правовыхъ интересовъ*.

Нельзя ограничиваться неодобреніемъ *самовины* съ точки зрѣнія исключительно личнаго интереса дѣятеля. Надо идти далѣе: самовина потому и порицается и влечетъ за собой юридическія послѣдствія, что она оскорбляетъ правовую и общегражданскую обязанность, которая не только не допускаетъ безпощаднаго эгоистическаго проявленія своей индивидуальности, но и требуетъ отъ каждаго лица уваженія къ правовымъ интересамъ ближняго.



Не всё, впрочем, юристы, сохранившие вѣрность старой теоріи, пришли къ такому категорическому выводу. Исходный пунктъ самовины—неодобрение поведенія потерпѣвшаго *prima facie* съ точки зрѣнія его личныхъ интересовъ,—поведение только рикошетомъ затрагивающее чужіе интересы, и само обоснованіе юридическаго эффекта самовины на почвѣ «доброй вѣры» не позволяли болѣе умѣреннымъ юристамъ отождествлять безъ оговорокъ самовину съ виной технической.

У *Liszt'a* <sup>1)</sup>, *Gottschalk'a* <sup>2)</sup> и въ некоторыхъ другихъ юристовъ мы находимъ признаніе, что самовина шире технического понятія «небреженія», такъ какъ, хотя она имѣетъ техническій смыслъ, но «*mit technisch abgeschwächtem Inhalt*».

Еще дальше въ этомъ направленіи идетъ профессоръ въ Килѣ *Richard Weyl* <sup>3)</sup>. Этотъ юристъ въ категорическихъ выраженіяхъ отрицаетъ техническое значеніе за понятіемъ самовины, каковое онъ сводитъ къ установленію «упречнаго поведенія потерпѣвшаго» <sup>4)</sup>.

Авторъ объявляетъ себя противникомъ того направленія въ литературѣ [*Ennsegerus-Lehmann, Piper*], которое обсуждаетъ упречное поведеніе потерпѣвшаго съ точки зрѣнія того содержанія, которое законъ вливаетъ въ понятіе *умысла*—*небреженія*; однако, онъ, [примѣнительно къ *Strome I, 406*], признаетъ, что самовина вращается въ плоскости, параллельной съ этими понятіями, такъ какъ на лицо—или сознательное и намѣренное увеличеніе самоповрежденія, или—поведеніе,

стр. 329; *Dernburg*, II, § 63, стр. 134; *Eck*, I, § 40, стр. 194. [*Weyl*, *System*, 517 неправильно причисляетъ послѣднихъ трехъ указанныхъ нами юристовъ къ представителямъ теоріи „*Verschulden gegen sich selbst*“].

<sup>1)</sup> *Liszt*, о. с. 82.

<sup>2)</sup> *Gottschalk*, о. с. 71, 83—84; „So besteht eine Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Andere“. Отсюда авторъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что самовина и вина противъ другого лица тождественны въ своемъ содержаніи („*wesensgleich*“).

<sup>3)</sup> *R. Weyl*, *System der Verschuldensbegriffe im B. G. B.* (München, 1905).

<sup>4)</sup> *R. Weyl*, о. с. 301: „*der Missbilligung unterworfenen Verhalten*“.

вредоносное влияніе котораго долженъ былъ предвидѣть благоразумный человекъ <sup>1)</sup>.

*Weyl* открыто рекомендуетъ себя сторонникомъ теоріи *Gottschalk'a*, и конструируетъ, какъ и послѣдній,—самовину на почвѣ нарушенія *правовой обязанности* <sup>2)</sup>.

Эта правовая обязанность рождается всегда, когда дѣятель приходитъ въ соприкосновеніе съ правовой сферой третьяго лица; нельзя указать въ законѣ ни одного случая, который, будучи *самовиной*, не содержалъ бы въ тоже время этого касательства къ чужимъ правовымъ интересамъ. Всякую виновную дѣятельность сопровождаетъ страданіе третьяго лица, которое имѣетъ живѣйшій хозяйственный и правовой интересъ въ «иначе-дѣланіи» виновнаго лица <sup>3)</sup>.

Вина въ широкомъ смыслѣ этого слова, такъ же какъ и вина техническая, поэтому всегда представляется вторженіемъ

<sup>1)</sup> На стр. 302 авторъ констатируетъ, что ст. 254 можетъ обнимать и такіе факты, въ коихъ поведеніе потерпѣвшаго представляется, какъ „*wirkliches Verschulden*“. *Умысль* на сторонѣ потерпѣвшаго была бы, если онъ доканаль свою собаку, подстрѣленную сосѣдомъ, что бы потребовать отъ послѣдняго полную цѣну убитаго животнаго. *Небреженіе* было бы, если онъ такъ мало заботится о животномъ, что оно околѣваетъ. Наоборотъ,—нѣтъ „*Verschulden im echten Sinne*“, а ст. 254 все же применяется, если хозяйнѣ собаки доканаетъ ее исключительно съ цѣлью отдѣлаться отъ животнаго, непригоднаго больше для его цѣлей (напр. подстрѣлена охотничья собака), или изъ чувства состраданія.

Эти разсужденія ставятъ насъ въ тупикъ,—настолько они не логичны и противорѣчатъ всей теоріи автора въ цѣломъ! Авторъ какъ бы даетъ намъ здѣсь новый критерій отличія вины технической отъ вины нетехнической—*мотивы дѣланія*. Не говоря уже о томъ, что это противорѣчитъ взглядамъ самого автора о роли мотивовъ въ дѣлѣ установленія умысла [см. ч. II, гл. I, § 1],—и въ той и въ другой гипотезѣ мы никакого принципиальнаго различія въ постановкѣ вопроса не видимъ;—намъ кажется, кромѣ того, что авторъ данными разсужденіями противорѣчитъ своему принципиальному воззрѣнію на нетехническую самовину, какъ на вторженіе въ чужую правовую сферу.

<sup>2)</sup> *Weyl*, о. с. 523.

<sup>3)</sup> *Weyl*, о. с. 524: „Кто обращаетъ своимъ поведеніемъ вредоносное событіе къ своему ущербу, тотъ могъ и долженъ былъ сознавать, что онъ этимъ éventуально вредитъ другому,—именно, тѣмъ, что расширяетъ ответственность правонарушителя“.

въ чужую правовую сферу, которое проявляется, по крайней мѣрѣ, въ сознаниі возможности поврежденія чужимъ интересамъ <sup>1)</sup>).

Однако, констатированіе *правовой обязанности*, какъ мы видѣли выше, не исчерпываетъ вопроса о техническомъ значеніи самовины.

Все же, самовина *prima facie* является *виной противъ самого себя*, ибо она рождаетъ на сторонѣ заинтересованной не искъ объ убыткахъ, а—*возраженіе* (excertio) на искъ потерпѣвшаго; самовина подвергаетъ виновное лицо неблагоприятнымъ послѣдствіямъ въ его правовомъ положеніи въ процессѣ.

Если вина деликтная обосновываетъ гражданскую отвѣтственность виновнаго дѣятеля, то самовина,—и въ этомъ заключается ея отличительный признакъ отъ вины технической,—снабжена лишь негативнымъ эффектомъ: она лишаетъ лицо извѣстныхъ правовыхъ выгодъ.

Таковы соображенія, которыя и привели *Weyl'a* <sup>2)</sup> къ отрицанію технического значенія самовины. Онъ называетъ ее

<sup>1)</sup> *Weyl*, о. с. 524, 533: „Такимъ образомъ, намъ не трудно въ случаи самовины превратить въ правовыя нормы, которыя выразятъ послѣдствія вины противъ третьяго лица“.

<sup>2)</sup> Самое тщательное чтеніе разбросанныхъ въ объемистомъ трудѣ его замѣчаній неспособно выяснитъ взглядъ автора на эту сторону изслѣдуемаго вопроса. Если въ самовинѣ можно усмотрѣть вторженіе въ чужую правовую сферу, то что же отличаетъ это понятіе отъ вины технической? *Weyl*, повидимому, самъ не установилъ себѣ твердой точки зрѣнія на конструкцію самовины. На стр. 525 онъ, подъ непосредственнымъ вліяніемъ теоріи *Zitelmann'a* (стр. 528, прим. 4), подчеркиваетъ то соображеніе, что здѣсь мы имѣемъ „Selbstschädigung“; а на стр. 508, 518, 526, *passim* онъ критеріемъ отличія двухъ винъ выставляетъ: „um ein Verstoß gegen einen Andern hier nicht handelt“, и этимъ утвержденіемъ онъ впадаетъ въ противорѣчіе съ самими собою на стр. 523, гдѣ онъ объявляетъ себя приверженцемъ теоріи *Gottschalk'a*—вина и самовина суть „wesensgleiche Begriffe“, ибо тому и другому понятію присуща идея вторженія въ чужую правовую сферу. Въ другихъ мѣстахъ (стр. 314, 522),—и намъ кажется, что это—центральная идея автора,—онъ выдвигаетъ на первый планъ то соображеніе, что „eigenes Verschulden für den Schuldigen keine Rechtsfolgen (Schadensersatzpflicht) zur Folge hat“.

«виной въ широкомъ смыслѣ слова» <sup>1)</sup>, и, съ точки зрѣнія оцѣнки ея объективной сущности,—«самоврежденіемъ» [Selbstschädigung] <sup>2)</sup>).

Мы сознательно и намѣренно причислили *Weyl'a* къ той категоріи юристовъ, которые усматриваютъ въ самовинѣ всѣ существенные признаки вины технической. Традиціонная доктрина существеннымъ признакомъ вины выставляетъ нарушеніе *правовой обязанности*, выражающееся вовнѣ во *вторженіи въ чужую правовую сферу*. Это коренное воззрѣніе воплѣтъ раздѣляетъ и *Weyl*, прочія разсужденія коего объ отсутствіи *гражданской отвѣтственности*, какъ о моментѣ, отличающемъ «вину техническую» отъ «вины въ широкомъ смыслѣ слова», есть плодъ незрѣлой мысли; вѣдь, ясно, что тотъ или другой случайный юридическій эффектъ, присущій, въ связи съ другими условіями, данному правовому институту, не можетъ опредѣлять внутренней сущности его; а потому, сходство теоріи *Weyl'a* съ теоріей *Gottschalk'a* болѣе глубоко, чѣмъ это кажется самому автору.

Изложенная нами доктрина, возволящая требованія, по- коющіяся на этическомъ постулатѣ—*доброй вѣры*—до сте-

(стр. 522). Но этимъ утвержденіемъ онъ впадаетъ въ противорѣчіе съ *passim* выставляемымъ выводомъ, что юридическія послѣдствія вины (Vertretung) не входятъ въ опредѣленіе понятія вины (стр. 400, 407) и съ положеніемъ: „Verschulden im weiteren Sinne alle charakteristischen Merkmale und Folgen des echten Verschuldens abgehen“. (599).—Наконецъ, на стр. 526 авторъ усматриваетъ въ его пониманіи самовины то, что *Strome* называетъ „einfaches Rechtsereignis“. Можемъ поздравитъ автора, нашедшаго философскій камень! Его ученіе, по правдѣ, неспособно кого либо обидѣть: авторъ критикуетъ всѣхъ и вся, но, въ концѣ концовъ, его теоріи соглашается со всѣми существующими конструкціями самовины!

<sup>1)</sup> *Weyl*, о. с. 508—509, 530. Внутреннимъ (субъективнымъ) моментомъ авторъ считаетъ „упречность настроенія лица“ въ моментъ нарушенія доброй вѣры [„Gesinnungsfehler“]. И съ этой т. з. онъ называетъ самовину „das eine Belastung des moralischen Kontos aufweisende Verhalten“.

<sup>2)</sup> *Weyl*, о. с. 301, 314, 325—326, 538, 600, 614. Случаи самовины авторъ называетъ „Pseudofälle des Verschuldens“, противопоставляя имъ „Verschulden nach Recht“.

пени *правового обязательства*, нашла прочную и авторитетную опору в текстъ закона [ст. 254 Герм. Уложения].

Новое Германское Уложение положительно возводитъ въ законъ обязанности потерпѣвшаго къ отвращенію и уменьшенію вреда, и нарушенія этихъ обязанностей квалифицируетъ *виновными* дѣяніями. Правонарушитель приобретаетъ черезъ ст. 254 *право* на известное поведеніе лица, уполномоченнаго къ требованію убытковъ; потерпѣвшій долженъ охранять свое имущество отъ убытковъ; эта забота есть не только *моральная* обязанность, покоющаяся на этическихъ постулатахъ, но есть *законная обязанность*, санкционированная закономъ.

Съ изданіемъ Уложения, возраженія противъ традиціонной теоріи отпали у многихъ колеблющихся и сомнѣвающихся юристовъ, ранѣе не могшихъ найти въ старомъ *правѣ правового* основанія для обязанностей потерпѣвшаго къ делинквенту <sup>1)</sup> и теперь открыто перешедшихъ въ прогивный лагерь <sup>2)</sup>.

У многихъ,—но не у всѣхъ! И опираясь на положительный законъ, традиціонная теорія не была свободна отъ упрека въ натянутости и искусственности ея построений.

Возраженія, противопоставлявшіяся ей издавна, окрѣпли аргументами новой нарождающейся въ Германіи школы, и теперь мы—свидѣтели борьбы двухъ доктринъ, борьбы не только въ области общихъ теоретическихъ разсужденій, но и на почвѣ толкованія положительнаго закона.

<sup>1)</sup> Раньше судебная практика и теоретическая доктрина приписывали виновному поведенію потерпѣвшаго вліяніе на его притязаніе, но безъ положительной опоры въ законъ, руководясь общими соображеніями, въ особенности привлекая идею *dolus generalis* на сторону потерпѣвшаго—истца. См. *Eger, Haftpflichtgesetz* (5 Aufl.), стр. 138 и слѣд.

<sup>2)</sup> Ср. *Endemann, Ablehnung der Operation* (1893), стр. 61: „So gibt es doch keinerlei juristische Pflichten des Verletzten dem Uebeltäter gegenüber“, и *ego-see: Lehrbuch des B. R.* (1900), I, стр. 758: „Es erscheint als ein rechtlich anzuerkennendes Pflichtgebot, dass der Bedrohte... zum Schutze seiner Interessen eingreift“.

Противъ традиціонной теоріи поднимаются возраженія теоретическаго характера. Ей можно поставить въ упрекъ то, что ей все таки не удалось примирить свою конструкцію—«самоповрежденіе есть правонарушеніе»—съ принципомъ «*qui suo jure utitur neminem laedit*».

Такая конструкція погрѣшаетъ противъ основныхъ понятій науки права. *Право* есть полномочіе воли въ большемъ или меньшемъ размѣрѣ, но въ предѣлахъ этой сферы господствуетъ *plena potestas domini*: поврежденіе, уничтоженіе объектовъ собственности есть осуществленіе принадлежащихъ каждому владѣльцу правомочій. Съ этой точки зрѣнія, правовая обязанность не повреждать самому себѣ представляла бы неслыханное ограниченіе субъективнаго права. Правовой порядокъ бралъ бы одной рукой у субъективнаго права то, что даровалъ другой. Законъ впалъ бы въ противорѣчіе, если бы установилъ такую правовую обязанность <sup>1)</sup>.

Въ этомъ абсурдномъ смыслѣ мы не можемъ толковать ст. 254 Уложения.

Изъ того, что ст. 254 угрожаетъ виновному поведенію потерпѣвшаго правовыми невыгодами, нельзя заключать что она устанавливаетъ *правовую обязанность* къ отвращенію вреда. Вѣдь, если угроза гражд. отвѣтственности не дѣлаетъ необходимо данное дѣяніе *неправомернымъ* [ст. 826 Уложения] <sup>2)</sup>, то тѣмъ паче простое исключеніе принадлежащей лицу правовой выгоды не можетъ имѣть этого дѣйствія <sup>3)</sup>.

Обязанности, которыя выставляетъ эта статья, нельзя конструировать, какъ *правовыя* обязанности и потому, что законъ указываетъ здѣсь лишь особые случаи ненормальнаго поведенія, не желая исчерпать всего содержанія его <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> *Leyden*, о. с. 53; *Bick*, о. с. 42: „Обоснованіе правовой обязанности на самомъ изслѣдуемомъ § 254 есть недопустимое *petitio principii*“.

<sup>2)</sup> *Darboven*, *Die actio doli* [Hamburg. 1901], стр. 59.

<sup>3)</sup> *Oertmann*, I, 43.

<sup>4)</sup> См. примѣры у *Rümelin'a*, о. с. 334.

Возведение того или другого поведения потерпевшаго на степень *правовой* обязанности не отвѣчает, наконецъ, и чувству справедливости.

Въ самомъ дѣлѣ, къ чему ведетъ эта доктрина?

Если потерпевшій обязанъ къ рачительности передъ лицомъ, которое вторгается въ его правовую сферу, то мы приходимъ къ неприемлемому выводу, что преступленіемъ создается не—односторонняя обязанность возмѣстить причиненный убытокъ, а—двухстороннее обязательство! <sup>1)</sup>

Къ этому выводу ведетъ то утверждение *Gottschalk'a*, *Weyl'a* и другихъ представителей традиціонной теоріи, что всякое правово-важное дѣяніе человѣка есть вторженіе въ чужую правовую сферу.

Лишь полному смѣшенію издавна установившихся въ юридической наукѣ понятій надо приписать воззрѣніе, что заинтересованность лица въ томъ или другомъ поведеніи противника равносильна съ оскорбленіемъ его правовой сферы.

Ничто, даже и текстъ закона, не уполномочиваетъ насъ къ такому расширенію понятія правонарушенія <sup>2)</sup>. Гдѣ упречность воли оцѣнивается съ точки зрѣнія личнаго интереса лица, тамъ не можетъ быть рѣчи о *правовой* обязанности и о правонарушеніи, а можетъ идти рѣчь лишь о *неодобреніи поведенія лица съ точки зрѣнія его личнаго интереса!*

Въ этомъ кроется различіе правонарушенія отъ поврежденія собственныхъ правовыхъ благъ: если виновное оскорб-

<sup>1)</sup> *Endemann*, *Ablehnung der Operation*, стр. 54 доводитъ до абсурда эту конструкцію: „почему тогда не допустить и искъ съ такой intentio: ты обязанъ передо мной устранить своими силами всѣ тѣ бѣды, что я тебѣ навзорилъ своей виновной дѣятельностью“; *Thon*, о. с. *Arch. Prag.* Bd. 80, 69: „es gibt actiones empti, locati, etc. (act. bonae fidei), nicht aber eine actio bonae fidei schlechthin“; *Rümelin*, о. с. 312: „По отношенію къ деликвенту такое правонарушеніе было бы конструкціей очень условной и своеобразной: „если ты хочешь возмѣщенія убытковъ, то ты долженъ“...

<sup>2)</sup> *Staudinger*, *Komm.* [1906], II, 41; *Zitelmann*, I (1900), 166; *Pernice*, *Zur Lehre*, 174.

леніе *чужого права* не одобряется правомъ, вслѣдствіе неправомѣрнаго результата, то въ случаяхъ «*самоповрежденія*» законодатель не имѣетъ другого основанія высказать свое неодобреніе, какъ по поводу предьявленія иска самимъ дѣятелемъ. Лишь, если оскорбленный субъектъ права требуетъ отъ третьяго лица возмѣщенія убытка, наступленію котораго онъ самъ отчасти содѣйствовалъ,—правовой порядокъ имѣетъ поводъ подвергнуть критикѣ его поведеніе, сопутствовавшее возникновенію вреда.

Въ этихъ случаяхъ, объективное право, обусловливая извѣстныя правовыя выгоды безупречнымъ поведеніемъ, не требуетъ, однако, что бы это лицо вело себя такъ то и такъ то, ибо «*beneficia non obtruduntur*», оно требуетъ извѣстнаго поведенія лишь при условіи, что лицо заливаетъ притязанія на эти «*beneficia*».

II. Таковы идеи, которымъ обязано интересное въ развитіи трактуемаго нами вопроса явленіе: на ряду съ традиціоннымъ воззрѣніемъ на понятіе вины, какъ на обосновывающее отвѣтственность правонарушеніе, въ новѣйшей литературѣ выступаетъ чуждое старой доктринѣ и въ новомъ Уложеніи нигдѣ *verbis expressis* не упомянутое <sup>1)</sup> ученіе о «*винѣ противъ самою себя*».

Исходный пунктъ представителей этого ученія <sup>2)</sup> тотъ же, что и традиціонной доктрины: вина въ строго техническомъ

<sup>1)</sup> *Weyl*, *System*, 517. Авторъ ошибается, усматривая (прим. 6) въ некоторыхъ судебныхъ рѣшеніяхъ слѣды этого ученія. II въ новѣйшей судебной практикѣ мы встрѣчаемъ терминъ „*Selbstverschulden*“, но въ этомъ выраженіи мы не должны видѣть большаго, какъ вопросъ терминологіи. Судебная практика, на самомъ дѣлѣ, никакихъ практическихъ выводовъ изъ этой номенклатуры не дѣлаетъ. Неправъ и *Landsberg*, I, 259, своихъ замѣчаніяхъ, что „*B. G. B. vom Verschulden gegen sich selbst spreche*“.

<sup>2)</sup> *Zitelmann*, I, 166—170; *его-же*: *Irrthum und Rechtsgeschäft* (Leipzig, 1879) стр. 260; *Crome*, I, § 111, стр. 494; *Rümelin*, о. с. 311, 334; *Traeger*, о. с. 329.

смыслъ включаетъ въ себѣ оскорбленіе чужого права; вина есть правообразующее понятіе, ибо она рождаетъ всегда обязательство. О технической винѣ можетъ идти рѣчь, когда вопросъ поднимается о томъ, какъ надо вести себя по отношенію къ *постороннимъ лицамъ*, ибо къ самому себѣ никто юридически не обязанъ къ какой либо рачительности. А разъ, *правовой* обязанности къ другому поведенію потерпѣвшаго нѣтъ, то его поведеніе ни объективно, ни субъективно не *неправомерно*; иначе говоря, самоповрежденіе не есть *недозволенное дѣланіе*<sup>1)</sup>. Но, такъ какъ законъ и въ этихъ случаяхъ говоритъ о *винѣ*, то мы должны признать здѣсь «расширеніе понятія за первоначальные предѣлы его примѣненія» и, рядомъ съ виной противъ третьяго лица, констатировать *вину противъ самого себя*.

Отсюда слѣдуетъ, что здѣсь непримѣнимы и строго техническія понятія *умысла* и *небреженія*: лишь по аналогіи можно говорить, что потерпѣвшій «умышленно» содѣйствовалъ убытку, или «по небрежности» не предвидѣлъ убытка.

Но, если вина въ смыслѣ ст. 254, т. е. вина въ своихъ личныхъ дѣлахъ отличается тѣмъ отъ технической вины, что всякое вторженіе въ чужую правовую сферу въ принципѣ порицается правовымъ порядкомъ, тогда какъ касательно личной правовой сфѣры обычно всякій можетъ дѣлать, что ему угодно, то поднимается вопросъ: *во имя чего же правовой порядокъ реагируетъ противъ такого поведенія, и какія соображенія приводятъ законодателя къ квалификаціи его дѣланія виновнымъ?*

*Zitelmann*<sup>2)</sup>—отецъ теоріи «вины противъ самого себя» — даетъ на этотъ вопросъ такой отвѣтъ: оправданіе вмѣшатель-

1) *Fischer*, о. с. *Krit. Vschr.* XXXVI, 338; *Piper*, о. с. 44—45; *Croissant*, о. с. 13; *Crome*, I, § 111, стр. 496; *A. Weinrich*, *Die Haftpflicht*, стр. 85; *Hesse*, о. с. [*Arch.-Prax.* 1878], 231; *Cohnfeldt*, о. с. 27—29.

2) См. вышеуказанныя сочиненія.

ства правового порядка въ личную сферу потерпѣвшаго лежитъ въ выражаемомъ словомъ «вина» — *неодобреніи* [*Missbilligung*] поведенія самоповредителя; а это неодобреніе лежитъ въ томъ, что правовой порядокъ, становясь на точку зрѣнія личнаго интереса дѣятеля [*vom eigenen Interessenstandpunkte des Menschen*)], считаетъ *оскорбленіемъ этической обязанности человека къ самому себѣ*, если онъ самъ вредитъ своимъ правовымъ благамъ, кои пользуются передъ третьими лицами правовой защитой<sup>1)</sup>. Правовой порядокъ требуетъ отъ человека, который хочетъ воспользоваться извѣстными правомочіями, проявленія того безупречнаго поведенія, которымъ объективное право обуславливаетъ эти правомочія.

Какъ понятіе этическое, самовина погашается особыми обстоятельствами, которыя въ конкретномъ случаѣ дѣлаютъ извѣстныя дѣянія этически-необходимыми; напр. лицо при спасенія чужой жизни получаетъ увѣчіе.

Такова теорія *Zitelmann'a*, собравшая вокругъ себя цѣлую плеяду юристовъ-теоретиковъ и комментаторовъ Уло-женія<sup>2)</sup>.

1) *Zitelmann*, I, 166: „man betrachtet es als eine ethische Pflicht des Menschen gegen sich selbst, dass er sich nicht selbst Nachteile zufügt“.

2) *Siber*, *Zur Theorie von Schuld*, *Iher. Jahrb.* 50, стр. 196: „самовина есть погрѣшность противъ великаго личнаго интереса, который не суть правовыя велнія, а—лишь внутреннія психическія побужденія“;—*Traeger*, о. с. 328: „Это ограниченіе ответственности есть совѣсть особый принципъ, который поконитъ на неодобреніи небрежнаго поведенія потерпѣвшаго, т. е. на томъ соображеніи, что обязанность каждаго къ самому себѣ и къ обществу—заботиться о сохраненіи своего добра, хотя общей такой *правовой* обязанности не существуетъ“;—*Staudinger*, *Komm.*, 41: „самовина есть упречность воли съ точки зрѣнія личныхъ интересовъ дѣятеля“;—*Croissant*, о. с. 13; *Bienenfeld*, *Eigenes Verschulden*, *Seuf. Blatt.*, 1903, № 26, стр. 489; *Pfizer*, о. с. [*Jur. Ztg.* IX, 1904, № 15], стр. 715—716;—*Piper*, о. с. 44; *Landsberg*, I, § 76, 259; *Plog*, о. с. 41; *O. Wendt*, о. с. 180; *Enneccerus-Lehmann*, I, § 160, стр. 405; *Eger*, *R. N. G.* [1900], 160—169.—Больше или меньше оригинальное развитіе идей *Zitelmann'a* мы находимъ у *Dr. Th. Guhl*, о. с. 79—81, и *Bick*, о. с. 65 и сл.—Особнякомъ стоитъ *Crome*, I, § 111, стр. 494—495, считающій самоповрежденіе за „*einfaches Rechtsereignis*“, отдельные случаи примѣненія котораго не могутъ быть сведены къ какой либо единой формулѣ.

Изъ наиболее авторитетныхъ ученыхъ этой школы мы приведемъ соображенія слѣдующихъ юристовъ.

*Rümelin* <sup>1)</sup> самъ себя причисляетъ къ приверженцамъ теоріи *Zitelmann'a*. Онъ въ категорическихъ выраженіяхъ протестуетъ противъ конструкціи самовины, какъ нарушенія правовой обязанности, и въ результатъ долгихъ разсужденій примыкаетъ къ представленію *Zitelmann'a*: «самовина есть неодобреніе поведенія потерпѣвшаго съ точки зрѣнія его собственныхъ интересовъ». Можно также сказать, что мы оперируемъ здѣсь съ признакомъ общимъ всѣмъ видамъ и случаямъ виновнаго поведенія: «отклоненіемъ отъ опредѣленнаго нормальнаго типа, отъ поведенія добропорядочнаго и разумнаго человѣка».

Съ этой точки зрѣнія легко обсуждаются всѣ случаи, когда поведеніе потерпѣвшаго было каузально, но не м. б. квалифицировано виновнымъ, т. е. вызывалось требованіями морали и инстинкта.

Таково ученіе *Rümelin'a*. Мы видимъ, что воззрѣніе автора лишь тѣмъ отличается отъ выводовъ *Zitelmann'a*, что, вмѣсто «этическихъ обязанностей человѣка къ своимъ интересамъ», онъ выставляетъ «отклоненіе отъ опредѣленнаго нормальнаго типа добропорядочнаго и разумнаго домохозяина», какъ основаніе неодобренія поведенія потерпѣвшаго правовымъ порядкомъ.

Къ *Zitelmann'y* и *Rümelin'y* примыкаетъ *v. Leyden* <sup>2)</sup>.

Понятіе самовины, по его ученію, предполагаетъ поведеніе, которое не одобряется правовымъ порядкомъ, но основаніе этого неодобренія надо искать внѣ момента неправомерности. Доминирующій при винѣ технической моментъ неправомерности замѣняется здѣсь моментомъ *ненормальности*

<sup>1)</sup> *Rümelin*, о. с. [Arch. Pr. 1900], стр. 309 и сл.; къ нему примыкаетъ *Bück*, о. с. 25 и сл.

<sup>2)</sup> *Dr. v. Leyden*, о. с. 54—75.

[*Ordnungswidrigkeit*], которой законъ также не покровительствуетъ. Самовина порицается, вслѣдствіе ненормальности волевого акта, а послѣдній упреченъ потому, что самъ результатъ, оцѣниваемый съ точки зрѣнія интересовъ дѣятеля, есть ущербъ его личной правовой сферѣ <sup>1)</sup>. Какъ разумный домохозяинъ, лицо должно стоять на стражѣ своихъ интересовъ; если оно проявляетъ въ минуту опасности безпечность, законъ наказываетъ его за его ненормальное поведеніе.

Итакъ, говоря о самовинѣ, мы имѣемъ въ виду не *противоправность* [*Rechtswidrigkeit*], а—*ненормальность* [*Ordnungswidrigkeit*]; потому, самовина есть «ненормальное поведеніе противъ самого себя» <sup>2)</sup>.

Вся теорія новой молодой школы можетъ быть выражена въ слѣдующихъ положеніяхъ:

самовина есть поведеніе хозяина въ его личныхъ дѣлахъ, которое правовой порядокъ не одобряетъ съ точки зрѣнія его собственныхъ интересовъ;

самоповрежденіе съ объективно нравственной точки зрѣнія такъ же упречно, какъ и неправомерность, но правовой порядокъ не имѣетъ другого случая высказать это порицаніе, какъ по поводу иска его о возмѣщеніи убытковъ.

Обязанность должника возмѣстить убытки отпадаетъ не потому, что, какъ послѣдствіе вины, ухудшается правовое положеніе потерпѣвшаго, а потому, что требованіе его при этихъ условіяхъ погрѣшаетъ противъ доброй вѣры.

III. Въ новѣйшей литературѣ мы встрѣчаемъ еще одну конструкцію интересующаго насъ понятія. Мы имѣемъ въ виду журнальную статью профессора въ Будапештѣ *Dr. G.*

<sup>1)</sup> О. с. 68: „das eigene Verschulden vom Interessenstandpunkt des Handelnden selbst gemissbilligt wird“.

<sup>2)</sup> О. с. 73: „Eigenes Verschulden ist ein ordnungswidriges Verhalten gegen sich selbst“.

*Schwarz'a*: «Rechtssubject und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen»<sup>1)</sup>.

Исследованію сущности «собственной вины» авторъ отводит всего нѣсколько страницъ: тема его работы не посвящена специально этому институту, о «винѣ противъ самого себя» авторъ говоритъ лишь попутно для иллюстраціи своей главной мысли.

Въ этой статьѣ авторъ дѣлаетъ попытку примѣнить Бринцевскую конструкцію юридическаго лица [Zweckvermögen] для построения общаго понятія субъекта права. Онъ путемъ остроумныхъ выкладокъ о сущности субъективнаго права приходитъ къ выводу, что носителемъ субъективнаго права является не дестинатаръ [«Expektanten», «Benefiziaten»], а *цѣль*, которой служитъ имущество. Что соединяетъ права, имѣющія различное происхожденіе въ одну имущественную массу, есть не единство носителя интереса, а единство интереса, цѣли. Во всей правовой области важно не то, *чей* (субъективное описаніе) интересъ, но *какой* (объективное описаніе) интересъ назначенъ удовлетворить извѣстное право или имущество.

Иначе говоря, всякое право есть *цѣлевое* право, и всякое имущество есть *цѣлевое* имущество.

Вопросъ объ «обязанности къ самому себѣ» есть одна изъ проблемъ, которая должна пролить свѣтъ на теорію автора (стр. 35—39).

Авторъ задается вопросомъ: если законъ облагаетъ послѣдствіями *вину* потерпѣвшаго, то передъ кѣмъ потерпѣвшій считается провинившимся?

Говорить о «винѣ противъ самого себя». Но ясно, что никто не можетъ быть ни управомоченъ, ни обязанъ къ самому себѣ.

<sup>1)</sup> Arch. f. bürger. Recht. Bd. 32 (1908), стр. 12—140.

Подобное противорѣчіе не устраняется и тѣмъ, что вмѣсто правовой обязанности выставляють «нравственныя» обязанности къ самому себѣ. Одно изъ двухъ: или право или мораль; обязанность къ самому себѣ есть логическое противорѣчіе.

Ошибка этой формулы лежитъ въ предразсудкѣ, что носителемъ правомочія долженъ быть всегда представленъ какой либо *человѣкъ*. На самомъ же дѣлѣ, представитель имущества обязанъ къ порядочному управленію имуществомъ въ пользу *цѣли* имущества.

Правовой порядокъ даетъ мнѣ въ руки моимъ общими цѣлями посвященное имущество и довѣряетъ мнѣ *способъ* осуществленія права [«das Wie des Rechtsausübung»], какъ попечителю этого цѣлевого имущества.

Такъ какъ цѣль моего имущества есть удовлетвореніе моихъ потребностей, то обычно мой собственный эгоизмъ укажетъ мнѣ соответствующіе способы пользованія имуществомъ.

Но, кромѣ того, правовой порядокъ кладетъ еще негативныя и положительныя границы въ тѣхъ видахъ, что бы лицо управляло имъ на службу цѣли [«zweckdienlich»].

Если лицо погрѣшитъ противъ этихъ границъ, то ущербъ падаетъ непосредственно на имущество. Поскольку и третьи лица заинтересованы въ правильномъ исполненіи цѣли имущества, реакція закона наступаетъ тотчасъ же и противъ лица управителя.

Вина «противъ самого себя» есть въ дѣйствительности вина управителя имуществомъ *противъ цѣли управляемаго имъ имущества*.

Такова теорія *G. Schwarz'a*. Автору можно поставить въ упрекъ, что онъ не считается со всеми тѣми возраженіями, которыя опровергли теорію *Brinz'a* о «цѣлевомъ имуществѣ», и которыя получаютъ тѣмъ большую силу примѣнительно къ ученію о физическомъ лицѣ, какъ субъектѣ права. Правило: «hominum causa omne jus constitutum est» продолжаетъ

жить въ правосознаніи человѣчества, какъ неопровержимая никакими логическими разсужденіями истина. Разъ право есть извѣстная сфера власти, то нельзя становиться на т. з. персонафикаціи цѣли: существованіе бесубъектныхъ правъ противорѣчило бы самому понятію права.

Самъ авторъ (стр. 30) соглашается, что «цѣли имущества» есть вопросъ правовой политики. Эти цѣли различаются въ положительномъ правѣ по мѣсту и времени: были, напр. времена, когда не потребности индивидуума, а исключительно потребности семейства и рода образовывали «цѣлевое единство».

Однако, эта вѣрная мысль неразрывно связана съ идеей, что право приурочено къ личности, а не къ бездушнѣй массѣ. Цѣль, какъ таковая, не имѣетъ собственнаго авторитета, его имѣетъ лицо, или группа лицъ, преслѣдующихъ цѣль.

Права устанавливаются не только закономъ, но и договоромъ, и авторъ для нихъ устанавливаетъ субъектомъ не контрагентовъ, а «*gewillkürte Vermögenszwecke*». Натянутость такого построения бросается прямо въ глаза: оно идетъ въ разрѣзъ съ главной мыслью автора, что правовой порядокъ, законъ, а не сами destinatary, намѣчаютъ цѣли пользованія имуществомъ.

Наконецъ, теорія автора не даетъ намъ указанія на содержаніе правомочій субъекта. Интересы третьихъ лицъ даютъ представителю имущества указаніе на цѣли управленія имуществомъ. При этой конструкціи еще можно выяснитъ обязанности на сторонѣ субъекта права, но не его активныя правомочія.

Если такимъ образомъ, теорія автора въ самыхъ своихъ исходныхъ пунктахъ и конечныхъ выводахъ неприемлема, то ее не могутъ спасти и даваемые имъ иллюстраціи. Посему, и конструкція самовины, какъ погрѣшности управителя имуществомъ, противъ цѣли управляемаго имъ имущества, должна быть отброшена какъ покоящаяся на ложныхъ предположеніяхъ.

## § 2. Субъективное содержаніе понятія самовины. [Вопросъ о вмѣненіи дѣянія].

Вторымъ по важности въ практическомъ и теоретическомъ отношеніи вопросомъ, является вопросъ о субъективномъ содержаніи понятія самовины. Этотъ вопросъ можетъ быть формулированъ такъ: должны ли мы въ понятіе самовины вливать тоже субъективное содержаніе, которое присуще винѣ технической, т. е. той винѣ, которая обосновываетъ отвѣтственность лаца?

Иначе говоря, — исключаетъ ли невмѣняемость вину потерпѣвшаго?

Эти вопросы получаютъ особую остроту на германской почвѣ, вслѣдствіе характерныхъ особенностей нормировки вмѣняемости, какъ составнаго момента вины въ Германскомъ Уложеніи <sup>1)</sup>.

Мы видѣли, что Герм. Уложеніе понимаетъ вмѣняемость, какъ *деликтоспособность*, т. е. какъ сознаніе лицомъ своей эвентуальной отвѣтственности. Оно фиксируетъ возрастные этапы и прочія презумпціи, коими и связываетъ судью въ его изслѣдованіи вопроса: достигъ ли деликвентъ той духовной зрѣлости, которая необходима для познанія каузально вызываемаго имъ результата?

Вопросъ обострился на недоумѣніи: была ли цѣль законодателя вливать я въ вину потерпѣвшаго тѣ же ультра-субъективныя соображенія, или же онъ подъ *виной* въ ст. 254 понимаетъ нѣчто другое, чѣмъ упомянутое субъективное отношеніе дѣятеля къ результату <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Ту же остроту, по причинамъ, указаннымъ въ текстѣ, получаетъ вопросъ и у насъ въ *Проекты Гр. Уложения* (ст. 1071), въ *Австрійскомъ Уложеніи* [ст. 21, 1308], *Св. Мѣстн. Уз. Губ. Приб.* [ст. 3286], *Саксонскомъ Уложеніи* [ст. 47, 119].

<sup>2)</sup> Вопросъ объ отношеніи деликтоспособности къ самовинѣ получилъ въ современномъ германскомъ правѣ ту остроту, которую онъ не имѣлъ и



I. Этот вопрос не представлять затруднений приверженцам традиционной теории вины.

Всякая вина—говорят они—предполагает вменяемость лица (деликтоспособность). Ребенок и безумный лишены этой способности (деликтоспособности). Вывод: на стороне этих лиц немислима вина. А т. к. *невинное* поведение потерпевшего остается без влияния на обязанность возмещения убытков делинквентом, даже в том случае, когда оно, не прерывая причинной связи, образует одно из условий наступления убытка,—то вопрос может подниматься лишь о действительности *вменяемого* потерпевшего <sup>1)</sup>.

не мог иметь ни в римском праве, ни в *Commones Recht*. Ответственность в римском праве основывалась на *вина*,—и, если потерпевший вызвал повреждение через свое личное поведение (напр. ребенок падает под лошадь), то вступает с вопросом о невинности делинквента разрывает связь с его безответственности. Современное право ввело для дельтаго ряда случаев *каузальную* ответственность. Здесь влияние личной вины потерпевшего определяется на основании особых норм. Непризнаемъ наличности личной вины потерпевшего мы устанавливаемъ въ этихъ случаяхъ *законную* ответственность предприятия или лица [поскольку сохранена каузальная связь]. Въ этой категории случаевъ съ особенной настойчивостью поднимается вопросъ: можно ли противопоставить *egregio* самовины ребенку моложе 7 лѣтъ или безумному?

<sup>1)</sup> *Linckelmann*, о. с. 59: „Принятие въ соображение собственной вины потерпевшего предполагаетъ въ его лицѣ разуміе, необходимое для познания ответственности, а потому при отсутствіи этого разумія, следовательно у неделиктоспособныхъ лицъ, оно не можетъ имѣть мѣста“; *v. Liszt*, о. с. 81—82: „§ 254 имѣетъ лишь тогда примѣненіе, когда наступленію убытка содѣйствовало дѣяніе деликтоспособнаго“; *K. Nömer*, *Die Haftung für Tier-schaden* (Leipzig, 1904), 86: „Примѣненіе § 254 предполагаетъ техническую вину потерпевшаго, а о таковой не можетъ быть и рѣчи у лицъ, перечисленныхъ въ §§ 827—828“. Особнякомъ стоитъ *Cohn*, о. с. 116: Потерпевшій не есть дѣятель (Täter), онъ не дѣйствуетъ неправомѣрно. Отсюда выводъ: „виновное дѣяніе потерпевшаго предполагаетъ не деликтоспособность, а *дѣеспособность* (Geschäftsfähigkeit).—Почему, именно, предполагается „дѣеспособность“, авторъ умалчиваетъ. Онъ, повидимому, считаетъ мыслимой лишь альтернативу: или деликтоспособность или общегражданскую дѣеспособность. Между тѣмъ, *дѣеспособность* здѣсь ровно ни причемъ, такъ какъ дѣло идетъ не о *долге* (юрид. дѣяніи) (юрид. дѣяніи), а о такомъ отношеніи, въ которомъ правовыя послѣдствія наступаютъ вопреки и независимо отъ воли дѣятеля!

И подтвержденіемъ этому выводу служить то соображеніе, что условіемъ *зачета вины* является возможность на стороне потерпевшаго избѣгнуть нечастія при примѣненіи надлежащей заботливости (*si evitare potuit*). Вопросъ же о заботливости или рачительности тѣснѣйшимъ образомъ связанъ съ идеей свободной воли и разумія дѣйствующаго лица <sup>1)</sup>.

Такова точка зрѣнія традиционной теории. Она и въ вопросѣ о *субъективной* стороне самовины осталась вѣрной своему коренному ученію объ единствѣ двухъ родовъ вины: противъ третьихъ лицъ и противъ самого себя.

Поэтому, ей не оставалось большаго труда, какъ перенести свои тезисы, выработанные для вины технической, и на вину въ смыслѣ ст. 254 Уложенія <sup>2)</sup>.

II. И новая теорія «вины противъ самого себя» [школа *Zitelmann'a*] не могла уклониться отъ вопроса,—какъ должна обсуждаться субъективная сторона правоотношенія, и въ частности—примѣнимы ли §§ 827—828 Уложенія въ области *зачета вины*?

<sup>1)</sup> *Rehbein*, II, 65; *Mayring*, II, 18; *Neumann*, I, 134; *Planck*, I, стр. 42; *Süssmann*, *Verschulden des Beschädigten*, 80; *Eck*, I, § 103; стр. 605—606; § 51, стр. 253; *Westerkamp*, *Die Haftpflicht*, 659; *A. Weinrich*, о. с. 83, 160; *R. Merkel*, о. с. 213; *Titze*, о. с. 135; *P. Krückmann*, о. с. *Iher. Jahrb.* 1907, стр. 472.—Нѣсна т. а. *Cosack*, I, § 71, стр. 252, § 90, стр. 322, 329; *Weyl*, (о. с. 528) причисляетъ его къ приверженцамъ традиционной доктрины.

<sup>2)</sup> Слѣдующіе авторы, оставаясь на почвѣ изложенной въ текстѣ теории, допускаютъ, однако, въ видѣ корректива аналогичное примѣненіе ст. 829 В. Г. В.—*A. Berner*, о. с. 42; *Schroeder*, о. с. (*Arch. Pr.* 95) (1904), 312; *Schmoller*, о. с. (*Arch. Pr.* 93) (1906), 52; *J. Kohler*, о. с. 138; *Litten*, о. с. 99, 103; *v. Lippmann*, *Zur Abänderung des § 833* (1907), стр. 1070; *Schöllmeyer*, о. с. 42; *Enneccerus*, I, 405; *Levy*, *Die Haftung des Tierhalters*, 29. *Krückmann*, о. с. *Iher. Jahrb.* XIX (1909) стр. 6, 199;—*Höchster*, о. с. 432 требуетъ примѣненія ст. 829 въ ст. 254 не по, основанной на соображеніяхъ справедливости, аналогіи, а какъ „послѣдствіе юрид. принципа, который возлагаетъ въ определенномъ объемѣ обязанность возмѣщенія на отклоняющуюся отъ нормальнаго типа индивидуальность невменяемаго“.

Однако, въ этомъ теченіи литературы еще не успѣла установиться общая точка зрѣнія <sup>1)</sup>, которая объединила бы всѣхъ приверженцевъ новаго направленія.

Мы встречаемъ здѣсь самыя крайнія мнѣнія,—отъ консервативныхъ — традиціонныхъ, примыкающихъ къ старой школѣ <sup>2)</sup>, до модерно-либеральныхъ, вносящихъ въ установленіе самовинны кропотливое изслѣдованіе индивидуальных моментовъ, лежащихъ въ лицѣ потерпѣвшаго, виѣ узкихъ и строгихъ рамокъ, фиксированныхъ закономъ.

Внимательное изученіе литературы показываетъ—все же,— что и новая доктрина въ лицѣ своихъ главныхъ представителей въ общемъ и цѣломъ стоитъ въ изслѣдуемомъ вопросѣ на почвѣ традиціонной теоріи вины.

*Rümelin* <sup>3)</sup>, *Traeger* <sup>4)</sup>, *Oertmann* <sup>5)</sup>, *Kuhlenbeck* <sup>6)</sup>, *Stierle* <sup>7)</sup> и другіе представители теоріи «вины противъ самого

<sup>1)</sup> Самъ отецъ новой школы *Zitelmann*, [о. с. 169; о. с. Arch. Pr. 1906, 65] приводитъ здѣсь лишь параллель между самовинной и соответствующими идеями въ области вины противъ третьихъ лицъ; но положительно не высказываетъ своей точки зрѣнія на отношеніе субъективной стороны вины къ деликтоспособности.

<sup>2)</sup> Невѣрно поэтому замѣчаніе *Croissant*, (о. с. 18), приписывающаго внесенію момента деликтоспособности въ понятіе самовинны смѣшенію двухъ понятий: вины технической и вины въ широкомъ смыслѣ слова.

<sup>3)</sup> *Rümelin*, о. с. 315—317. Точка зрѣнія автора выискивается изъ его полемики съ мнѣніемъ *Endemann'a* (I, 595). Авторъ, впрочемъ, обходитъ молчаніемъ тотъ случай, когда вина лежитъ лишь на сторонѣ одного потерпѣвшаго.

<sup>4)</sup> *Traeger*, о. с. 334—344; авторъ тщательно выясняетъ коррективы, имѣющіе цѣлью смягчить суровость и несправедливость рѣшеній, къ которымъ приводитъ его конструкція самовинны.

<sup>5)</sup> *Oertmann*, I, стр. 45; *Oertmann*, о. с. Jur. Z. IX (1903), № 3; авторъ прямо заявляетъ себя послѣдователемъ въ разбираемомъ вопросѣ *Zitelmann'a*, *Rümelin'a*, и *Traeger'a*.—Намъ кажется ошибочнымъ причисленіе авторомъ *Cosack'a* къ своему направленію. *Cosack* (I, 252, 329) положительно указываетъ на то, что §§ 827—828 применимы лишь 1) къ нарушенію обязательствъ и 2) къ учиненію деликтовъ, и—наоборотъ—эти нормы не должны быть переносимы на другіе виды вины.

<sup>6)</sup> *Prof. Kuhlenbeck*, *Recht der Schuldv.* zu § 254 № 1; *Komm. Bem.* 3, a, b. zu § 829.

<sup>7)</sup> *G. Stierle*, *Die Haftung für Tiere* (Stuttgart. 1904), стр. 90; авторъ находится подъ очевиднымъ вліяніемъ идей *Rümelin'a*.

себя» въ принципѣ влагаютъ въ самовину все субъективное содержаніе вины технической, на томъ основаніи, что «для ст. 254 признаки юридической вины находятъ соответствующее примѣненіе». Поэтому, дѣти отъ 7 до 18 лѣтъ, потерпѣвшіе черезъ свое дѣяніе не могутъ требовать возмѣщенія убытковъ, если они обладали разумѣніемъ, т. е. могли усмотрѣть опасность или сознавать свои обязательства, и—обратно—ихъ притязанія восторжествуютъ при противоположныхъ условіяхъ.

Коррективомъ противъ эвентуальной несправедливости, къ которой можетъ вести эта конструкція, юристы названной школы выставляютъ или примѣненіе по аналогіи ст. 829, въ силу которой притязанія лицъ невмѣняемыхъ должны быть «nach billigem Ermessen zu kürzen oder zu kassieren» <sup>1)</sup>, или же ученіе объ адекватной причинной связи <sup>2)</sup>, или же принципъ исключенія виновности делинквента объективно виновнымъ поведеніемъ невмѣняемаго лица <sup>3)</sup>.

Въ чемъ же заключается сущность направленія упречной воли потерпѣвшаго?

*v. Leyden* (о. с. 70—75), а за нимъ *Bick* (о. с. 50), и швейцарскіе юристы: *Guhl* (о. с. 85) и *Burckardt* (о. с. 63) пытаются выяснитъ этотъ вопросъ. Они также выставляютъ невмѣняемость (§§ 827—828), какъ обстоятельство, исключющее самовину. Объективную сущность самовинны они усматриваютъ,—какъ мы видѣли выше,—въ необычности (ненормальности) поведенія лица въ виду угрожающей его ин-

<sup>1)</sup> *Rümelin*, о. с. 316; *Stierle*, о. с. 90.

<sup>2)</sup> *Traeger*, о. с. 340 (для случаевъ объективной ответственности); *Staudinger*, *Komm.* II, стр. 41; *K. Köhler*, *Umfang der Schadensersatzpflicht in Geld nach dem B. G. B.* (Bonn., 1901), стр. 60. Они указываютъ на то, что § 254 есть выраженіе адекватной каузальности, а убытокъ адекватенъ постольку, постольку онъ не могъ быть избѣгнутъ самимъ управомоченнымъ къ возмѣщенію убытковъ лицомъ.

<sup>3)</sup> *Traeger*, о. с. 334 и сл. „въ особенности когда на сторонѣ потерпѣвшаго—culpa lata“.

тересамъ опасности. Субъективная же сторона самовины—по ихъ учению—лежитъ въ *предвидимости* ненормальности этого результата <sup>1)</sup>, а это предполагаетъ субъективное отношеніе между волевой дѣятельностью лица и необычностью поведенія его [«die subjective Beziehung zu der Ordnungswidrigkeit der Willensbetätigung, des Erfolges»]. Ненормальность направленія воли и лежитъ въ томъ, что при соблюденіи требуемой въ оборотѣ заботливости (въ своихъ дѣлахъ), ненормальность волевого акта была бы познана дѣятелемъ.

Такимъ образомъ, названные юристы вопросъ о *вмѣняемости* на сторонѣ потерпѣвшаго видоизмѣняютъ лишь въ одномъ пунктѣ: сознание *неправоумѣрности* они замѣняютъ сознаниемъ *ненормальности* поведенія [неодобренія правовымъ порядкомъ поврежденія собственныхъ правовыхъ благъ], каковое сознание должно сопровождать предвидѣніе вредоносныхъ послѣдствій поведенія. Въ принципѣ *невмѣняемость*, которая не допустила бы отвѣтственности делинквента, исключаетъ и самовину потерпѣвшаго <sup>2)</sup>.

Изученіе возрѣній главнѣйшихъ представителей новой теоріи «вины противъ самого себя» показываетъ намъ, что коренное различіе, проводимое ими въ конструкціяхъ вины технической и вины нетехнической, не могло все же заставить ихъ отрѣшиться отъ вошедшаго въ плоть и кровь германской доктрины возрѣнія на *деликтоспособность*, какъ на существенно необходимый признакъ *вины*, какъ таковой.

Они одержали лишь частичную побѣду надъ традиціонной теоріей: какъ уступку требованіямъ справедливости, они при-

<sup>1)</sup> *Leyden*, о. с. 74: „Eigones Verschulden überhaupt dann vorliegt, wenn die Ordnungswidrigkeit des Erfolges vorausgesehen werden musste“.

<sup>2)</sup> *Eick*, о. с. 50: „Нѣтъ никакого основанія требовать большей или меньшей зрѣлости интеллекта и воли у потерпѣвшаго, чѣмъ въ случаѣ недозволеннаго дѣянія. Правовой порядокъ выставляетъ одни и тѣ же требованія къ потерпѣвшему и къ делинквенту“.

влекаютъ аналогичное примѣненіе статьи 829 Уложенія <sup>1)</sup>, долженствующее служить коррективомъ противъ безощадной строгости къ делинквенту въ тѣхъ случаяхъ, когда воспроизведенію вредоноснаго результата содѣйствовало виновное поведеніе невмѣняемаго потерпѣвшаго.

Въ силу ст. 829, освобожденіе лицъ невмѣняемыхъ [ст. 827—828] отъ отвѣтственности терпитъ исключеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда судья, вдохновляясь идеями *справедливости* и *чуждости* къ потерпѣвшему, въ соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, считаетъ нужнымъ возложить весь или часть убытка на плечи невмѣняемаго отвѣтчика. Эта статья имѣетъ въ виду двѣ стороны, изъ которыхъ одна—невмѣняема [ст. 827—828] и совершаетъ какое либо само по себѣ недозволенное дѣяніе; другая сторона терпитъ отъ этого дѣянія убытокъ, который она перенесла бы въ силу общихъ принциповъ права на противника, если бы этотъ былъ лицомъ деликтоспособнымъ.

Другое взаимное отношеніе сторонъ мы видимъ на почвѣ ст. 254. Здѣсь не делинквентъ,—а потерпѣвшій есть лицо, лишенное полноты своихъ душевныхъ силъ. Въ этомъ правоотношеніи мы имѣемъ двѣ стороны, изъ которыхъ одна [непосредственный правонарушитель] совершаетъ какое либо виновное дѣяніе, а другая [потерпѣвшій],—лишенная слуха и рѣчи, или сознанія, или воли, или духовной зрѣлости, приноситъ свою долю участія въ созданіе убытка, поражающаго ея имущественную сферу.

Въ правѣ ли мы, при такомъ существенно различномъ распредѣленіи ролей, переносить принципъ ст. 829 на ту область отношеній, которая стоитъ подъ господствомъ ст. 254?

<sup>1)</sup> Идею, выраженную въ ст. 829 Герм. Улож., мы встрѣчаемъ и во многихъ другихъ законодательствахъ. Поэтому, послѣдующее изложеніе касается изслѣдованія сущности вопроса, съ точки зрѣнія обще-европейской доктрины.

Въ пользу утвердительнаго отвѣта говорятъ то соображеніе, что такое распространительное толкованіе нормы 829 Уложенія вполнѣ отвѣчаетъ общимъ цѣлямъ законодателя <sup>1)</sup>. Въдѣ, если вредоносное поведеніе неделиктоспособнаго обосновывается при извѣстныхъ условіяхъ противъ него искъ, то было бы непоследовательно, если подобное же поведеніе при подобныхъ же условіяхъ не должно было вести къ уменьшенію его же притязанія.

Вѣдѣ, *ratio legis* въ обонхъ случаяхъ—одинъ и тотъ же: соображенія справедливости! <sup>2)</sup>. И передъ этимъ постулатомъ справедливости стирается принципиальное различіе между ст. 829 и ст. 254.

Въ ст. 829—истецъ имѣетъ душевнобольнаго отвѣтчика.

Въ ст. 254—отвѣтчикъ имѣетъ душевнобольнаго истца.

Тамъ и здѣсь дѣло идетъ не о благодѣяннн душевно-больному, а о благодѣяннн *потерпѣвшему* отъ его дѣяннн (будь то отвѣтчикъ или истецъ).

Герм. Уложеніе беретъ конечный результатъ *an sich*, и изслѣдуетъ тѣ объективныя силы, которыя создали его; и передъ высшей идеей—*постороннее лицо не должно страдать отъ чуждой активности* (хотя бы сумасшедшаго) нѣтъ мѣста различію въ положеннн *истца* (ст. 829) или *отвѣтчика* (ст. 254).

Таковы соображенія, убѣдившія представителей новой школы въ правильности привлеченія ими ст. 829, въ качествѣ корректива противъ суровости рѣшеній, къ которымъ приводятъ традиціонная доктрина.

<sup>1)</sup> Denkschrift, стр. 98; К. Voigt, Die Falle der Kausalhaltung des B. G. B. (Weimar, 1902), стр. 22 обращаетъ вниманіе на то, что нѣкоторые законодательства [Прусское Уложеніе, Австрійское Уложеніе] распространяютъ принципъ исключительной ответственности лицъ невмѣняемыхъ и на область зачета вины.

<sup>2)</sup> Litten, о. с. 103.

Но и эту частичную побѣду надъ традиціонными зако-реннѣлыми предрассудками пытаются оспорить у молодой школы представители стараго направленія.

Ст. 829—говорятъ они <sup>1)</sup>—не имѣетъ примѣненія къ ст. 254, такъ какъ ея назначеніе—обосновать ответственность тамъ, гдѣ на лицо—*объективно* неправомѣрное дѣяннн, за которое требуется возмѣщеніе; статья же 254 требуетъ наличности *вины* на сторонѣ потерпѣвшаго, т. е. предполагаетъ *субъективный моментъ*; поэтому поведеніе душевнобольнаго не можетъ разсматриваться, какъ *самовина*,—для этого необходима была бы особая оговорка въ законѣ, указывающая на то, что выраженіе *вина* (Verschulden) въ ст. 254 должно приниматься въ другомъ—нетехническомъ смыслѣ <sup>2)</sup>. Къ этому присоединяется еще и то соображеніе, что нигдѣ въ подготовительныхъ работахъ не проскальзываетъ мнѣнія, что установленное въ ст. 829 *исключеніе* изъ принципа *вины* должно имѣть силу за предѣлами области вредоносныхъ вторженій въ чужую правовую сферу, т. е. въ случаяхъ ст. 254. <sup>3)</sup> Посему, ст. 829, какъ норма, имѣющая исключительный характеръ, не способна подлежать обобщенію: она должна быть ограничена случаями *гражд. ответственности* душевнобольнаго, и не можетъ быть расширяема на ихъ *притязанія о возмѣщеннн убытковъ* <sup>4)</sup>.

Противъ привлеченія ст. 829 говоритъ, наконецъ, то соображеніе, что эта норма не примѣняется въ обязательственныхъ отношеніяхъ [ответственность недееспособнаго здѣсь

<sup>1)</sup> К. Niemeyer, о. с. 86; Dernburg, II, 725; Gottschalk, о. с. 80; Süssmann, о. с. 80; Weyl, System., 600, прим. 3.

<sup>2)</sup> Weinrich, о. с. 85; Gottschalk, о. с. 79—81.

<sup>3)</sup> Объ исключительномъ характерѣ нормы говорятъ Protok. II Komm. стр. 2737—2763 (Mugdan, Materialien II, 1082 и сл.); Denkschrift, стр. 98 (Mugdan, стр. 1268); Protok. der Reichstagkomm, стр. 105 (Mugdan, стр. 1298).

<sup>4)</sup> Weinrich, о. с. 85; Dernburg, Das bürg. R. (1908) II, 725; „wegen seiner Singulären Natur lässt er analoge Ausdehnung nicht zu“; Eick, о. с. 52; Plank, Komm., Bemer. 1, 4 zu § 829.

исключается самим *Rümelin*'омъ, стр. 317], а потому распространение силы этой нормы и на область дѣйствія ст. 254 привело бы къ различію вины вѣдоговорной отъ вины договорной, — что не оправдывается текстомъ этой статьи. Явно противорѣчило бы тексту этой статьи и дарованіе *beneficium competentiae*, о которой говоритъ ст. 829<sup>1)</sup>.

III. Таковы выводы традиціонной теоріи и примыкающей къ ней въ изслѣдуемомъ вопросѣ новой молодой теоріи — «вины противъ самого себя».

Отколовшись отъ старой теоріи въ вопросѣ объ объективной сущности *самовины*, новая школа — въ лицѣ вышеперечисленныхъ представителей — не сумѣла уяснить себѣ практической цѣнности ея оригинальной теоретической конструкции. Она сдѣлала робкій шагъ впередъ передъ традиціонной доктриной, учившей, что — вина предполагаетъ наличность страдательнаго субъекта, — но въ *субъективной* сторонѣ института она не можетъ отмѣтить ни малѣйшаго прогресса передъ установившимися понятіями.

Обусловливая взаимно понятія *небреженія* и *деликтоспособности*, она возвращается къ давно поросшей мохомъ старой теоріи, смотрящей на *вину* сквозь призму *деликта*; и, ставши на этотъ путь, она сводитъ все свое ученіе къ вопросу простой терминологіи, — можетъ быть, важной для теоретической классификаціи, но бесполезной для разрѣшенія *практическихъ вопросовъ права!*

То логическое банкротство, которое обнаружило старое ученіе о волеиспособности (деликтоспособности) въ дѣлѣ ин-

<sup>1)</sup> *Gottschalk*, о. с. 81. — Самопротиворѣчиво и безсодержательно объясненіе *Weyl*'а [о. с., 578 Anm. 6]: § 829 не имѣетъ отношенія къ § 254, такъ какъ ея назначеніе — обосновать ответственность тамъ, гдѣ „die Haftung auf dem Verschuldensprinzip im engsten Sinne nicht aufgebaut werden kann“. Этотъ выводъ вовсе не диктуется тѣми соображеніями, которыя привели автора къ различію вины технической и вины въ широкомъ смыслѣ слова.

терпретаціи ст. 829 Уложенія<sup>1)</sup>, все же не побудило молодую теорію «вины противъ самого себя» примкнуть къ новому могущественно выростающему теченію въ наукѣ права (теоріи полного вмѣненія), которому выпала заслуга обнаружить промахъ традиціоннаго толкованія положительныхъ источниковъ (§§ 276, 827—829)<sup>2)</sup>.

Не къ этому ли новому теченію въ научной литературѣ мы должны обратиться за разрѣшеніемъ вопроса о *субъективной* сторонѣ понятія *самовины*, — за такимъ разрѣшеніемъ, которое заранѣе было бы согласно съ законодательнымъ матеріаломъ и отвѣчало бы требованіямъ справедливости?

Во всякомъ случаѣ, изъ этого лагеря мы слышимъ впервые призывы къ воздаянію *справедливости* делинквенту, нѣщущему несчастію стоять лицомъ къ лицу съ неволеиспособнымъ противникомъ!

Что поражаетъ въ традиціонной теоріи всякаго юриста со здравымъ практическимъ чутьемъ, — это выводы, слѣдующіе изъ ея примѣненія на дѣлѣ: одно и тоже дѣяніе двухъ лицъ — взрослого и ребенка имѣетъ два различныхъ эффекта: делинквентъ отвѣчаетъ передъ ребенкомъ и не отвѣчаетъ передъ взрослымъ!

Какъ будто делинквентъ обязанъ по отношенію къ ребенку къ большей внимательности, чѣмъ къ прочимъ лицамъ! Делинквентъ отвѣчаетъ за убійство человѣка, который подвергъ себя опасности въ сумасшествіи и не отвѣчаетъ, если жертва обладала полнотой душевныхъ силъ. Онъ заплатитъ убытки кретину, служащему въ тягость себѣ и домашнимъ, и не заплатитъ здоровому человѣку — во цвѣтѣ лѣтъ, кормильцу семьи!

А между тѣмъ, какъ ни вопіюще несправедливо это раз-

<sup>1)</sup> См. выше стр. 95—97.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 98—105.

личеніе,—оно все же проводится съ безпощадной послѣдовательностью традиціонной теоріей!

Къ другимъ выводамъ приходятъ въ области толкованія ст. 254 представители тѣхъ новѣйшихъ теченій въ германской литературѣ, которые пытаются оторвать понятіе *деликтоспособности* отъ понятія *небреженія* для того, что бы придать ему самостоятельное значеніе въ болѣе широкомъ понятіи *деликта* [«теорія полного вмѣненія»].

Согласно этой теоріи, деликтоспособность не есть существенный признакъ понятія вины, какъ такового, а есть самостоятельное условіе гражд. отвѣтственности въ случаяхъ виновнаго причиненія убытка третьему лицу.

Отсюда выводъ: въ отличіе отъ нормальнаго типа вины—*вины противъ третьяго лица*,—въ сферѣ примѣненія ст. 254 вмѣняемость дѣятеля должна обсуждаться не по тѣмъ нормамъ, которыя законодатель выставилъ въ связи съ *вторженіемъ въ чужую правовую сферу*; ибо разъ мы отрицаемъ *техническое* значеніе понятія, мы должны въ тоже время опаривать допустимость примѣненія ст. 827—828 въ сферѣ дѣйствія ст. 254 <sup>1)</sup>.

Это вовсе не означаетъ, что въ случаяхъ самоповрежденія не долженъ подниматься вопросъ о волеспособности виновнаго. Всякая вина включаетъ въ себѣ *субъективную* сторону. Нѣтъ сомнѣній, что и *самовина* включаетъ въ себѣ *субъективно* виновное поведеніе дѣятеля; но эта субъективная виновность должна быть въ свою очередь понимаема въ широкомъ значеніи слова; судья имѣетъ здѣсь вполнѣ свободныя руки <sup>2)</sup>, въ томъ смыслѣ, что, не стѣсняясь положительными нормами закона, онъ долженъ создавать особый

<sup>1)</sup> Weyl, о. с. 403, 512, 526, 576—578, 582, 600; Piper, о. с. 44; Pfister, о. с. 714; Croissant, о. с. 14, 40; Mühlensfel, Die Haltpflicht der Eisenbahnen, стр. 40; Enneccerus-Lehmann, II, 405; Endemann, I, 595; Crome, I, 496; Cohn, о. с. 116.

<sup>2)</sup> Weyl, 335.

масштабъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ для оцѣнки сознательности воли на сторонѣ потерпѣвшаго. Поэтому, возрастные этапы, глухонѣмота, помраченіе сознанія онъ долженъ обсуждать не съ точки зрѣнія закономъ фиксированныхъ предѣловъ,—онъ въ правѣ при сужденіи о степени сознанія лица,—какъ преступить намѣченные предѣлы, такъ и приложить еще болѣе узкій масштабъ. Но, рѣшая дѣло, сообразно тому, какъ сложились обстоятельства конкретнаго случая, онъ *можетъ* въ своемъ свободномъ судебскомъ усмотрѣніи прійти иногда къ тѣмъ же результатамъ, которые фиксированы закономъ, примѣнительно къ винѣ технической <sup>1)</sup>. Все въ этой области есть вопросъ факта! <sup>2)</sup>.

Примѣнить ли лицо въ данномъ случаѣ требуемую рачительность—этотъ вопросъ разрѣшается по индивидуальнымъ способностямъ изслѣдуемаго лица.

Деликвентъ долженъ доказать не только знаніе потерпѣвшимъ или долженствованіе знанія соотвѣствующихъ фактическихъ обстоятельствъ, вызвавшихъ обязанность внимательства

<sup>1)</sup> Weyl, о. с. 527 учитъ, что судья пользуется тѣмъ же традиціоннымъ масштабомъ—«требуемой въ оборотѣ заботливости». При этомъ авторъ замѣчаетъ, что это совпаденіе не поконится на *законной* основѣ, оно вытекаетъ изъ общихъ соображеній [„das ist aber eine Uebereinstimmung, welche sich betreffs der Beurteilung des Selbstschädigers nicht auf gesetzlicher Basis aufbaut, sondern aus allgemeineren Erwägungen ergibt“]. Мы можемъ отхвѣтить здѣсь еще разъ, какъ трудно было автору отрѣшиться отъ укоренившихся понятій. И строя свою „систему вины“ на десяткахъ и сотняхъ страницъ, онъ не имѣетъ силы, что бы довершить ее до конца, и вся его теорія есть въ сущности возвратъ къ традиціонному ученію, только кружнымъ путемъ. Вѣдь, примѣнить ли судья ст. 827—828 по велѣнію закона, или по личному усмотрѣнію, но примѣнительно къ нормѣ закона,—примѣнить ли онъ строгій объективный масштабъ ст. 276 на законномъ основаніи, или изъ „общихъ теоретическихъ соображеній“,—во всякомъ случаѣ то рѣшеніе, которое дастъ судья, удовлетворить и самого законнаго въ традиціонныхъ предразсудкахъ юриста старой школы. Къ чему же тогда строить новую теорію? Къ чему все это изнебріе?

<sup>2)</sup> Weyl, о. с. 314, 335, 527. И умыселъ есть „Tatfrage des Einzelfalles“ (стр. 403); Bernhöft und Binder. Beiträge zur Auslegung des B. G. B. Heft 3, стр. 231.

лица въ его личных интересахъ, — онъ долженъ въ извѣстныхъ случаяхъ доказать, что данное лицо могло по своимъ индивидуальнымъ особенностямъ дать себѣ отчетъ въ наличности этихъ обстоятельствъ.

Напр. объявленія на клѣткахъ звѣрей или при входѣ въ калитку дома о рекомендуемой осторожности и другія подобныя вывѣски имѣютъ цѣлью указать публикѣ на угрожаемую опасность и тѣмъ самымъ предотвратить эвентуальныя попытки потерпѣвшаго оправдаться своимъ незнаніемъ объ опасности и сложить всю отвѣтственность на хозяина животнаго.

Виновная незабота истца о томъ, что содержитъ вывѣска, должна быть доказана отвѣтчикомъ. Этой *вины* не будетъ, если потерпѣвшій не могъ прочесть доски—или по близорукости, или безграмотности, или незнанію мѣстнаго языка <sup>1)</sup>.

И въ этомъ изслѣдованіи судья свободенъ въ своемъ «судейскомъ усмотрѣніи». Его задача несложна. Все, что онъ долженъ установить—есть наличность *воли* въ лицѣ потерпѣвшаго <sup>2)</sup>, ибо тамъ, гдѣ нѣтъ воли лица, есть область слѣпнаго случая <sup>3)</sup>.

1) *Weyl*, о. с. 602, прим. 11.

2) Юристы этой школы не уклонились и отъ вопросовъ: можно ли, не впадая въ логическое противорѣчіе, говорить о волѣ малолѣтняго или безумнаго? И не погрѣшаетъ ли противъ правовой политики законодателя обложеніе юридическими эффектами поведенія лица, не достигшаго душевной зрѣлости? На первый вопросъ они отвѣчаютъ: воля есть у великаго лица; законъ, отрицающій способность къ волѣ и къ дѣйствию, отрицаетъ лишь *правовыя* послѣдствія этой воли и дѣйствія. На второй вопросъ они отвѣчаютъ отрицательно: законъ защищаетъ ребенка отъ ущерба, который онъ можетъ потерпеть, вступая въ обязательство. Но передъ фактомъ самоповрежденія всѣ равны—и ребенокъ и взрослый. *Croissant*, о. с. 16; *Pfizer*, о. с. 714.

3) На что должна быть направлена воля лица? Что долженъ мочь познать потерпѣвшій?—На эти вопросы мы тщетно ищемъ отвѣта у юристовъ этой школы. Только *Weyl* (о. с. 530) указываетъ на то, что само содержаніе самовины предполагаетъ „*subjective Verwerflichkeit der Gesinnung*“ потерпѣвшаго; поэтому „сознаніе неправомѣрности“ здѣсь должно быть замѣнено „сознаніемъ безправности“ [*Bewusstsein der Moralwidrigkeit*]. Намъ

Если мы глубже вникнемъ въ смыслъ изложенной доктрины, мы увидимъ, что ея основная идея очень проста. Она ставитъ себѣ вопросъ: поскольку *справедливо передъ потерпѣвшимъ истцомъ* считается съ его поведеніемъ при распределеніи убытковъ между нимъ и делинквентомъ—отвѣтчикомъ? Поскольку надо принять въ уваженіе указаніе потерпѣвшаго на то, что онъ не сознавалъ юридическихъ послѣдствій своего дѣянія, такъ какъ не обладалъ въ критическій моментъ полнымъ сознаніемъ и надлежащей интеллектуальной зрѣлостью?

Лишь эти вопросы витали передъ глазами тѣхъ юристовъ, которые, захлестнутые реакціоннымъ теченіемъ противъ традиціонной теоріи, пытались дать отвѣтъ—не слишкомъ выгодный для истца и не слишкомъ несправедливый для отвѣтника.

Эта двойственность задачи, преслѣдуемой новой теоріей компромисса объясняетъ то, что ея ученіе носитъ въ себѣ слѣды чего то недоговореннаго, несамостоятельнаго, незрѣлаго.

И она, какъ и традиціонная теорія носитъ, въ себѣ слѣды индивидуализма; она оцѣниваетъ факты не въ ихъ сущности, а съ точки зрѣнія ихъ автора,—не съ точки зрѣнія третьихъ заинтересованныхъ лицъ и на первомъ планѣ—противной стороны, протянуть которой руку помощи—ея цѣль и задача, а—съ точки зрѣнія самого виновнаго дѣятеля.

Делинквентъ тщетно будетъ доказывать судья, что инкриминируемое дѣянiе создано совместной дѣятельностью двухъ лицъ—его [отвѣтника] и противной стороны—истца; все онъ будетъ взывать къ защитѣ нормы—не милости, а справедливости—254-ой,—его мольбы не тронуть судью, если не горожанинъ, а сельскій простолюдинъ зазѣвался на рельсахъ

думается, что, если таково внутреннее содержаніе самовины, то, констатируя наличность *воли*, судья не исчерпываетъ всей своей задачи по установленію самовины потерпѣвшаго.

трамвал, — не волееспособный, а малолѣтній бросился подъ паровозъ, — не туземецъ, а иностранецъ не прочелъ объявленія объ опасности: онъ — отвѣтить со всей строгостью отвѣтственности владѣльца трамвала, паровоза, животнаго!

Справедливо ли это?

Развѣ тотъ, кто идетъ по оживленной улицѣ, не оглядываясь, — не упускаетъ «требуемую въ оборотѣ рачительность» — и все равно, будь то мужчина, женщина, городской или сельскій житель, старикъ или ребенокъ?

Вѣдь, нельзя же сказать про ребенка, который переходитъ многолюдную улицу, не оглядываясь, или про близорукаго, не дающаго себѣ труда прочесть надпись на калиткѣ, — что они соблюли «требуемую въ оборотѣ рачительность»?

Нельзя возразить: «пренебречь требуемой рачительностью есть не соблюсти ее, *хотя ея соблюденіе можетъ быть требуемо и ожидаемо отъ даннаго лица*». Этими разсужденіемъ мы устранили бы *объективный* масштаб, выставленный закономъ <sup>1)</sup>, и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надо было бы изслѣдовать — можно ли ожидать требуемую оборотомъ заботливость отъ лица по его возрасту, полу, званію, разумѣнію, характеру, національности и т. п.

Въ этомъ отношеніи «теорія полнаго вмѣненія» въ своихъ поправкахъ къ традиціонной теоріи понадеетъ изъ огня да въ полымя. Она упускаетъ изъ виду ту идею, что если законъ не заставляетъ лицъ невмѣняемыхъ выступать отвѣтчиками за убытки, нанесенные третьимъ лицамъ — отсюда вовсе не слѣдуетъ, что законъ желаетъ дѣлать отвѣтственными третьихъ лицъ за убытокъ, который причинили себѣ лица невмѣняемыя!

Она съ материнской заботливостью хлопочетъ о потерпѣвшемъ истцѣ, не вспоминая въ своихъ теоретическихъ разсужденіяхъ о жизненной правдѣ, служить которой она поста-

<sup>1)</sup> Другое дѣло, если бы законъ гласилъ: «дѣйствуетъ небрежно, кто упускаетъ ожидаемую отъ него заботливость».

вила себѣ въ заслугу передъ традиціонной «теоріей неполнаго вмѣненія».

Достигаются ли ея ученіемъ задачи, преслѣдуемая законодателемъ? Была ли цѣлью ст. 254 забота о *потерпѣвшемъ*, слѣпо и безразсудно бросившемся въ объятія опасности, или — забота о *делинквентѣ*, котораго постигло несчастіе имѣть неразсудительнаго или, быть можетъ, злобливаго противника?

IV. Эти соображенія дали жизнь новой теоріи. Меньшая часть нѣмецкой <sup>1)</sup> и австрійской <sup>2)</sup> доктрины оперлась на ту идею, что потерпѣвшій при «взаимной винѣ» обсуждается не какъ лицо, отвѣчающее за свои поступки, а какъ чуждая волѣ делинквента сила, создавшая *причиненіе*, за которое не отвѣчаетъ дѣятель; ибо рѣчь идетъ не о томъ, что бы изъ личной вины обосновать отвѣтственность малолѣтняго, безумнаго, или нормальнаго взрослого лица, а о томъ, что бы отвергнуть ихъ претензіи къ третьимъ лицамъ, когда ихъ собственное поведеніе вызвало несчастіе.

Какъ, съ одной стороны, никто не въ правѣ заявлять претензіи объ убыткахъ къ третьимъ лицамъ, если убытокъ долженъ быть приписанъ его личнымъ дѣйствіямъ или упущеніямъ, — такъ, съ другой стороны, никто не обязанъ отвѣчать за убытки, вытекающіе изъ проявленія чуждыхъ его воли постороннихъ силъ.

И съ этой точки зрѣнія, вполне безразлично — отъ какой силы исходитъ новое причиненіе — слѣпой или сознатель-

<sup>1)</sup> Отцомъ этой теоріи въ нѣмецкой литературѣ можно представить *Эльдемана*'а, Lehrbuch (1900), I, 755—757.

<sup>2)</sup> Это направленіе представлено въ австрійской литературѣ преимущественно въ сферѣ жел.-дорожнаго права [Австр. ж. д. законъ 5 марта 1869 г.]. См. труды: *Frankel*, Eig. V. und Handlungsfähigkeit, Grünh. Z. XXII (1895); *Unger*, o. c. 94; *R. Merkel*, Die Kollision, 193.



ной, ибо все, что долженъ доказать отвѣтчикъ, есть лишь голый фактъ: поступокъ потерпѣвшаго былъ *причиной* несчастія! <sup>1)</sup>).

И такое пониманіе самовины въ отношеніи «взаимной вины» вполне отвѣчаетъ цѣли закона!

Ст. 254 есть выводъ изъ принципа неотвѣтственности должника за *инадѣкватныя* послѣдствія его дѣянія; потому, какъ выраженіе адекватной каузальности, она должна примѣняться во всѣхъ случаяхъ, когда со стороны противника исходятъ факты, непредвидѣнные и непредвидимые со стороны делинквента <sup>2)</sup>).

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что вина въ смыслѣ ст. 254 есть ничто иное, какъ *причиненіе*, исходящее отъ потерпѣвшаго. Въ ст. 254 мы должны усмотрѣть одинъ изъ многочисленныхъ случаевъ въ Герм. Уложеніи, въ

<sup>1)</sup> *Endemann*, I, 757: „самовина должна быть понимаема въ смыслѣ *положить причину, дать поводъ*“; *Croissant*, [о. с. 1893], стр. 14—18 писалъ свою работу до изданія В. Г. В., примѣнительно къ § 1 R. Н. Г. Его идеи родственны идеямъ Эндеманна; *Bienerfeld*, о. с. 492 толкуетъ *vinu* въ § 1, R. Н. Г., какъ фактической моментъ. Его аргументъ: § 1 былъ въ силѣ еще до изданія В. Г. В. Откуда же онъ могъ заимствовать понятіе *вины*? Въдѣ, нельзя же предположить, что *R. Н. Г.* имѣлъ въ виду предоставить опредѣленіе значенія § 1 различнымъ провинціальнымъ законодательствамъ.— *O. Wendt*, о. с. 178—183: виновность потерпѣвшаго, въ смыслѣ ст. 254, не исключается тѣмъ, что его дѣяніе было обязано приказу начальства [напр. солдаты на маневрахъ вступаютъ на ж. д. путь]; *Crome* I, 497; *Titze*, о. с. 137; *L. Michel*, La responsabilité civile des patrons. Rev. Crit. 1907, стр. 607: „La victime est en faute quand, en réalité, l'accident est arrivé par son fait et que le prétendu auteur du dommage n'est que la cause apparente“.

<sup>2)</sup> *Titze*, о. с. 137: „§ 254 ist ein Ausfluss des Prinzips der Nichthaftung des Schuldners für die inadäquate Folge seines Handelns“; *Staudinger*, Komm., 41.— Новое теченіе въ литературѣ къ § 1 R. Н. Г. и къ §§ 1—2 O. Н. Г. R. 5 März 1869 также отождествляетъ „самовину“ и „причиненіе“. *Franke*, о. с., 540, его аргументъ: Австр. законъ основаніемъ, исключаящимъ отвѣтственность ж. д., выставилъ и дѣянія третьихъ лицъ [конечно, вопросъ о вѣнчаніи здѣсь не играетъ никакой роли]. „Ist nun aber die Tat eines Dritten objectiv gemeint, so muss dies m. E. umsomehr von der des Verletzten selbst gelten“. *Krasnopolsky*, Staatswörterbuch, I, стр. 370; *J. Kraus*, System des öster. allg. R. II, § 394; *Merkel*, о. с. 193; *Unger*, о. с. 94; *Wendt*, о. с. 180.

которыхъ «*vinu*» надо понимать не какъ *субъективное* отношеніе дѣятеля къ результату, а какъ покоящееся на естественныхъ законахъ взаимодействіе между дѣяніемъ и слѣдствіемъ <sup>1)</sup>).

Такова теорія Эндеманна и его школы. Нетрудно отмѣтить промахи этого ученія. Его исходный пунктъ уже вызываетъ серьезныя сомнѣнія. Правда, делинквентъ не беретъ на свою голову проявленія постороннихъ силъ, чуждыя его волевой дѣятельности, но не беретъ лишь тѣ, которыя, приходя поздне, не стоятъ болѣе въ объективной причинной связи съ его дѣяніемъ. Ясно, что съ точки зрѣнія установленныхъ въ наукѣ положеній, теорія Эндеманна не даетъ желаемыхъ ему выводовъ въ другихъ случаяхъ *сопутствующей* каузальности, исходящей отъ поведенія потерпѣвшаго, если послѣднее невиновно.

Невѣрно, ученіе Эндеманна и съ точки зрѣнія толкованія положительныхъ источниковъ. Упрекъ, дѣлаемый имъ В. Г. В., въ смѣшеніи понятій *вины* и *причины* не заслуженъ <sup>2)</sup>); да и все построеніе противорѣчитъ ясной редакціи ст. 254.

Въ самомъ дѣлѣ, эта статья ясно различаетъ понятія: *вина* и *причина* <sup>3)</sup>). Наличие *вины* на сторонѣ потерпѣвшаго есть условіе для снабженія поведенія его юридическими

<sup>1)</sup> *O. Wendt*, о. с. 179 устанавливаетъ это положеніе для римскихъ источниковъ; *Endemann*, I, § 130, стр. 744, § 132, стр. 757 приводитъ тексты Герм. Улож., гдѣ *вина* означаетъ *причина*.

<sup>2)</sup> Въ приведенныхъ Эндеманномъ текстахъ „*вина*“ надо понимать не какъ „*причиненіе*“, а, очевидно, какъ „виновное причиненіе“. *Traeger*, о. с. 339; *Gottschalk*, о. с. 78. Противъ аргумента *Croissant*, о. с. 11, 16: „надо различать „вина“ и „собственная вина“, ибо „*собственна*“ указываетъ на погашеніе содержащагося въ первомъ понятіи момента виновности“—возражаетъ *Tilsch*, Ueber Verschulden des Beschädigten. Eis. E. XVII, стр. 292, прим. 29: „это различіе несостоятельно! Вспомнимъ хотя бы о *diligentia quam suis*!“

<sup>3)</sup> *Gottschalk*, о. с. 78; *Schmidt*, о. с. 20. На то же энергично указываетъ въ области толкованія австр. §§ 1—2 Н. Р. Г. 5 März 1869. *Tilsch*, о. с. 168, 289—292; въ своей талантливой статьѣ онъ доказываетъ, что въ каждомъ ж. д. несчастіи эксплуатация и тѣло потерпѣвшаго могутъ быть рассматриваемы, какъ каузальные факторы въ созданіи несчастія. Лишь *непсихическій* элементъ

эффектами; само же правоотношение разрешается соразмерно интенсивности взаимных *каузальностей*, исходящих от той и другой стороны.

Другое толкование привело бы к непримлемым выводам. Если бы собственная вина была ничто иное, как *причинная связь*, то мы не могли бы говорить, что в данном случае виновность извинительна на стороне потерпевшего; личная вина не была бы исключена даже и через наличность условий необходимой обороны или крайней необходимости.

Если напр. *Д* поджигает домъ *А*; *А*, чтобы спасти ребенка вышибает окно. Может ли *Д* на искъ о убытках сослаться на самовину *А*? Вѣдь *А* *причинилъ* самъ себѣ убытокъ?!

Изъ этого примѣра явствуетъ, что *вина* и *причинение* суть не тождественныя понятія, ибо во всякомъ случаѣ *А* *причинилъ* себѣ убытокъ<sup>1)</sup>.

даетъ намъ *психологическое* основаніе къ указанію поведенія человека, какъ *причины*. Ибо, съ одной стороны недостаточно голаго движенія тѣла (напр. паденіе), съ другой стороны оно и не всегда требуется (напр. при упущеніяхъ).

<sup>1)</sup> Последний аргументъ принадлежитъ *Leyden'у*, о. с. 64—65. Мы не считаемъ удачнымъ, ни само возраженіе, ни приведенный примѣръ. Поведеніе *А* не является здѣсь *причиной* разбитія окна; его дѣятельность прямо и неизбежно вытекаетъ изъ поступка *Д*; а потому разбитіе окна имѣетъ исключительной причиной—поджогъ *Д*!—Кромѣ того, самозащита, состоящая необходимой обороны и крайней необходимости суть моменты, исключающіе *prima facie* не *вину* дѣятеля, а *неправомерность* дѣянія, (ср. ст. 227 Ул.); за дѣятельностью лица въ этихъ случаяхъ законъ не признаетъ юридическихъ послѣдствій, руководясь всемірными особыми соображеніями.—Самъ авторъ не обосновываетъ достаточно своего рѣшенія. Вѣдь, то соображеніе, что тотъ, кто разрушаетъ свои вещи для того, что бы предотвратить угрожаемый убытокъ, не долженъ быть поставленъ въ правовомъ отношеніи въ худшее состояніе, сравнительно съ тѣмъ, кто виновно нарушилъ его права—не достаточно для оправданія рѣшенія автора!—Если бы мы примѣнили здѣсь ст. 904 Герм. Ул.,—то мы пришли бы къ другому выводу: правда, воздѣйствіе *А* не правомерно, но, согласно 904 ст., вторгнувшійся все же обязанъ къ возмѣщенію убытковъ. Собственникъ, который разрушаетъ свои вещи въ отвращеніе угрожающей опасности, дѣйствуетъ не «*ordnungswidrig*» (*Leyden*), но онъ все же, если примѣнить соответственно ст. 904, долженъ нести убытокъ самъ! Вотъ къ какому результату приводитъ точка зрѣнія, на которую сталъ *Leyden*!

Предшествующее изложеніе имѣло цѣлью показать, что и *теорія голаго причиненія*, какъ и двѣ предшествующія теоріи (теоріи полнаго и неполнаго вмѣненія), не способны удовлетворительно разрешить вопросъ о субъективномъ содержаніи института самовины. Какъ, съ одной стороны, традиціонная доктрина и теоріи полнаго вмѣненія неудовлетворительны, такъ какъ придаютъ понятію *самовины* слишкомъ интенсивную субъективную окраску, такъ и, съ другой стороны, *теорія голаго причиненія* впадаетъ въ противоположную крайность: въ своихъ одностороннихъ заботахъ объ интересахъ делинквента—отвѣтчика она приходитъ къ выводамъ, несогласнымъ ни со справедливостью, ни со здравымъ толкованіемъ положительныхъ источниковъ.

### § 3. Объемъ той заботливости несоблюденіе которой образуетъ самовину [степень виновности потерпевшаго].

Безспорно принятой во всѣхъ правовыхъ доктринахъ истиной считается то положеніе, что, поскольку дѣло идетъ о возмѣщеніи нарушеннаго деликтомъ интереса, обязанность правонарушителя не обусловлена той или другой степенью отклоненія его отъ примѣрнаго поведенія образцоваго типа добраго хозяина.

Когда на лицо—убытокъ, могущій быть приуроченнымъ къ свободной и сознательной дѣятельности даннаго лица, мы, разрешая вопросъ о винѣ, спрашиваемъ себя:—поступилъ ли бы такъ на его мѣстѣ *bonus pater familias*, т. е. можемъ ли мы вмѣнить этому воображаемому образцовому типу наличность тѣхъ душевныхъ и физическихъ силъ, недостатковъ коихъ обнаружилъ данный дѣятель?

Устанавливая *вину* на сторонѣ извѣстнаго лица, мы всегда беремъ за примѣръ рачительность идеальнаго типа непогрѣшимаго человека, ибо «*nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius*

*diligentior commodius administraturus esset negotia*» [§ 1 I. 3, 27].

И если мы в результатъ нашего изслѣдованія придѣмъ къ убѣжденію, что есть еще «*alius firmior*», «*alius diligentior*», — то этимъ отвѣтомъ мы разрѣшимъ утвердительно вопросъ о *винѣ* испытуемаго лица <sup>1)</sup>.

Но вмѣстѣ съ установленіемъ паличности вины мы разрѣшаемъ и вопросъ объ отвѣтственности, ибо въ области гражданского права для содержанія правовыхъ послѣдствій въ принципѣ—безразлично, — вызвано ли неправоѣрное состояніе должнымъ или небрежнымъ актомъ: «*in lege Aquilia et levissima culpa venit*» [l. 44 D. 9. 2].

Но долженъ ли абстрактный типъ «добраго хозяина» служить мѣриломъ для оцѣнки дѣятельности лишь правонарушателя, или же—и *страдающаго субъекта*?

Всякая ли *вина*, исходящая отъ лица потерпѣвшаго, должна быть принимаема судьей въ соображеніе, или же мы должны имѣть въ виду пониженныя ступени рачительности, известныя и римскому и современному праву?

Этотъ вопросъ не совпадаетъ съ вопросомъ о техническомъ значеніи *самовины*. Ибо мы можемъ признать единство вины—противъ третьяго лица и противъ самого себя,—и все же предъявить повышенныя требованія къ делинквенту и найти справедливымъ оказать снисхожденіе потерпѣвшему; какъ бы важно и полно послѣдствіями ни было то или другое конструированіе понятія *самовины*, —самъ вопросъ о юридической сущности этого института не является вопросомъ: преюдициальнымъ для приуроченія юридическихъ эффектовъ къ известной интенсичности *виновнаго* поведенія.

Важно слѣдующее соображеніе: всякое *виновное* дѣяніе делинквента мы можемъ разсматривать, какъ вызовъ его тѣмъ

<sup>1)</sup> L. 25 § 7 D. 19, 2: „culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset“.

лицамъ, правовымъ интересамъ коихъ оно угрожаетъ опасностью, припятъ мѣры къ отвращенію этой опасности. Въ виду вновь создавшагося положенія вещей, потерпѣвшій *не смѣетъ уже удовлетвориться* обычной внимательностью, которую онъ обязанъ примѣнять при нормальныхъ условіяхъ. Виною противной стороны создается для него обязанность примѣнять *повышенную заботливость*, упущеніемъ каковой онъ навлекаетъ на себя укоръ въ *виновномъ* содѣйствіи наступленію убытка.

Но этимъ соображеніемъ все же не разрѣшается наше недоумѣніе: мы лишь описываемъ матеріальное содержаніе той обязанности поведенія, нарушеніе которой должно быть квалифицировано *виновнымъ* дѣяніемъ; но мы не отвѣчаемъ на вопросъ: какую степень упречности мы должны отмѣтить въ волѣ лица, чтобы снабдить ее соответствующими юридическими послѣдствіями?

Возьмемъ примѣръ изъ жизни <sup>1)</sup>.

Проститутка заражаетъ гостя половой болѣзнію.

Молодой человѣкъ предъявляетъ къ ней искъ объ убыткахъ въ полномъ размѣрѣ.

Установлено, что потерпѣвшій, совершая половой актъ, не принялъ никакихъ мѣръ предосторожности противъ зараженія.

Долженъ ли быть примѣненъ въ данномъ случаѣ принципъ распределенія убытковъ на началахъ «взаимной вины»?

Здѣсь мыслимы слѣдующія возможности:

1) Молодой человѣкъ не сознавалъ опасности. Дѣвица была известна ему ранѣе и не внушала вообще никакихъ опасеній.

2) Молодой человѣкъ не сознавалъ опасности; дѣвица ему лично не была знакома; но онъ лично не возмѣлъ подозрѣній насчетъ ея болѣзни, да ему и трудно было по об-

<sup>1)</sup> J. D. R. 1905, III, стр. 104.

стоятельствомъ даннаго случая найти извѣстные средства противъ зараженія, къ которымъ онъ, впрочемъ, обычно и не прибѣгаетъ, вслѣдствіе кажущейся ему дороговизны медикаментовъ.

3) Молодой человѣкъ не сознавалъ опасности. Онъ не задавался вопросомъ о возможности зараженія и не воспользовался средствами противъ зараженія, хотя обычно въ половыхъ сношеніяхъ прибѣгаетъ къ мѣрамъ осторожности, и въ данномъ случаѣ имѣлъ при себѣ нужные средства.

4) Молодой человѣкъ сознавалъ или легко могъ усмотрѣть опасность; стоны и намеки дѣвицы, ея внѣшній видъ, запахъ лѣкарствъ—вся вообще обстановка указывала на ея болѣзнь. Онъ дѣйствуетъ на авось.

Всѣмъ этимъ комбинаціямъ обща одна черта: избѣжать вредоносное событіе было вполне во власти кліента проститутки,—и даже не отказываясь отъ полового сношенія. Во всѣхъ упомянутыхъ случаяхъ мы можемъ, *прилагая болѣе или менѣе строгій масштабъ*, отмѣтить *вину* на его сторонѣ: онъ могъ усмотрѣть при *соотвѣтствующемъ* вниманіи, какъ угрожаемый вредъ, такъ и годныя средства противъ опасности.

Но на какой комбинаціи мы должны остановиться, чтобы мочь сказать: «hoc detrimentum sua culpa ei rassurum»?

Оставимъ въ сторонѣ тотъ случай, когда проститутка сама знала о своей болѣзни; съ точки зрѣнія теории *dolus eventualis*, это предположеніе внесло бы въ нашъ казусъ пертурбаціонный элементъ: умыселъ деликвента.

Предположимъ, что дѣвица была въ невѣдѣніи, но это невѣдѣніе было непросительно: ея поведеніе было просто дѣяніемъ *виновнымъ*.

I. Мы можемъ исходить изъ той точки зрѣнія, что всякая вина есть погрѣшность противъ *diligentia diligentis patris familias*, и этотъ объективный масштабъ мы должны приложить и къ винѣ потерпѣвшаго.

Оправданіемъ этой точки зрѣнія служить соображеніе справедливости, требующее, что бы мы—при зачетѣ вины—измѣрили обоеихъ виновныхъ одной и той же мѣрой, и поведеніе потерпѣвшаго такъ же сравнивали бы съ поведеніемъ *boni patris familias*, находящагося въ аналогичномъ положеніи, какъ то мы дѣлаемъ при оцѣнкѣ дѣянія деликвента.

И потерпѣвшій не можетъ жаловаться на такую строгость къ нему. Вѣдь, ту же строгость мы примѣняемъ къ его противнику—отвѣтчику по его иску объ убыткахъ; послѣдній въ принципѣ обязанъ вознаграждать за *всю* убытки; при вычисленіи объема возмѣщаемаго ему интереса [*damnum emergens, — lucrum cessans*] судья всегда исходитъ изъ того предположенія, что онъ—потерпѣвшій ничего не упустилъ бы сдѣлать, что сдѣлалъ бы «добрый хозяинъ»<sup>1)</sup>.

Но, если онъ пользуется презумпціей добраго хозяина, какъ *истецъ*, онъ долженъ оправдать этотъ аттестатъ, какъ *потерпѣвшій*. Потому, какъ съ одной стороны, объемъ ответственности деликвента опредѣляется тѣмъ, на сколько его дѣяніе нарушаетъ равномерное теченіе жизни, *при предположеніи, что все люди дѣйствуютъ разумно*,—такъ съ другой стороны, ему не могутъ быть вѣдены вредныя послѣдствія его деликта, *если они наступили черезъ приходящую погрѣшность потерпѣвшаго противъ рачительности разумнаго и добраго хозяина*.

Примѣняя этотъ строгій объективный масштабъ, при разрѣшеніи приведеннаго нами выше казуса, мы квалифици-

<sup>1)</sup> Напр.: „Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit“ [l. 27 pr. D. 47, 2],—и отвѣтить въ полномъ размѣрѣ великому истцу; хотя данный истецъ можетъ и отличиться своей небрежностью и неопытностью, но судья будетъ исходить отъ предположенія, что въ случаѣ надобности, онъ представилъ бы на судѣ (уничтоженные) акты, т. е. поступилъ бы, какъ свойственно чловѣку рачительному и опытному.

руемъ *виновнымъ* поведеніе гостя проститутки уже въ первой гипотезѣ.

Гость не усмотрѣлъ опасности, онъ былъ убѣжденъ, что дѣвица [ему знакомая, быть можетъ, уже рядъ лѣтъ] вполне здорова. Вѣшняя обстановка также не давала никакихъ особыхъ указаний на болѣзнь дѣвицы. Но гость, все же, долженъ былъ сознавать, что во всякомъ случаѣ опасность не устранена: скверная болѣзнь проститутки есть дѣло обычное въ ея ремеслѣ.

А потому, какъ ни легка его вина, она—все же—на лицо, и должна быть ему вѣнена, на основаніи сказаннаго принципа.

Къ этому выводу приводитъ теорія, выставленная для «общаго права» (*Gemeines Recht*) *Mommsen*'омъ и *Windscheid*'омъ, и вліяніе которой сказалось въ категорической редакціи ст. 254 II, B. G. B. <sup>1)</sup>: «тотъ убытокъ не долженъ быть принятъ въ уваженіе, который могъ быть избѣгнутъ потерпѣвшимъ черезъ примѣненіе надлежащей заботливости» <sup>2)</sup>.

«Это правило—говоритъ *Mommsen*—содержитъ настоящее ограниченіе интереса, но такое ограниченіе, которое оправдывается само собой, ибо нѣтъ ничего естественнѣе, какъ требованіе, что бы всякій несъ послѣдствія своей личной небрежности» <sup>3)</sup>.

Къ теоріи *Mommsen*а примыкаютъ *Arnoldi* <sup>4)</sup>, *Hass* <sup>5)</sup> и *Hesse* <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> На это вліяніе указываетъ *Endemann*, I (1898), стр. 598.

<sup>2)</sup> *Mommsen*, о. с. 153; *Windscheid*, Lehrbuch, II, (изд. 1887), § 258, стр. 44; *Regelsberger*, Arch. f. c. Pr. 63, стр. 201.

<sup>3)</sup> *Mommsen*, о. с. 158 толкуетъ въ этомъ смыслѣ слова Помпонія: „quod quis ex culpa sua dampnum sentit non videtur dampnum sentire“.

<sup>4)</sup> *Arnoldi*, о. с. 51.

<sup>5)</sup> *Hass*, о. с. 419.

<sup>6)</sup> *Hesse*, Zur Lehre von Dolus und Culpa, Arch. Prax. LXI (1878), стр. 208, 213, 219... „Und zwar ein Ueberlegen, ein Vorsicht bis zu der Grenze, wo ein blosses Ahnen oder übermenschliches Vorhersehen (divinare) Platz greift“.

II. Тѣ строгія послѣдствія, къ которымъ приводитъ эта теорія, не могла не вызвать реакціи даже со стороны тѣхъ юристовъ, которые наиболее склонны объективировать понятіе *вины* <sup>1)</sup>.

Въ теоріи *Mommsen*-*Windscheid*а была лишь одна идея, которая могла объединить значительную группу юристовъ,— въ особенности при господствѣ Германскаго Уложенія: это— *объективированіе* масштаба при оцѣнкѣ поведенія потерпѣвшаго. Важно не то, что—обычно (*«üblich»*) дѣлается большинствомъ людей въ подобныхъ случаяхъ,—а то, что законъ считаетъ полезнымъ и нужнымъ обороту, и что онъ въ этихъ видахъ возлагаетъ на гражданъ, какъ инструкцію и руководство въ ихъ поведеніи (*«erforderlich»*)!

Вина въ ея матеріальной сущности есть оскорбленіе не того, что—обычно, а того, что предписано правовымъ порядкомъ <sup>2)</sup>.

Для констатированія же вины, какъ погрѣшности воли, достаточно, если данное лицо знало, или должно было знать, что его поведеніе подлежитъ упреку съ объективной точки зрѣнія добропорядочнаго человѣка <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Brinz*, о. с. 352; *Cohnfeld*, о. с. 142; *Pernice*, о. с. 61, 174; *Labeo* II, 39; *Dernburg*, Pand. II § 45 A. 11; *Ryck*, о. с. 408; *Endemann*, Ablehnung, 51. 59.

<sup>2)</sup> *O. Wendi*, [Arch.-Prax. 87], о. с. 443—444 обращаетъ вниманіе на то, что этотъ объективный масштабъ не исключаетъ самой широкой индивидуализаціи конкретнаго положенія потерпѣвшаго: *habita ratione temporis, aetatis etc.*—Возьмемъ, напр. мѣры предосторожности противъ профессиональной опасности. Молодому неопытному рабочему, исполнившему тяжелыя и опасныя работы въ полномъ довѣрїи на осторожность работодателя, не можетъ быть вѣнено въ вину, если онъ въ минуту опасности теряетъ голову. „Каждый долженъ быть измѣряемъ его собственнымъ аршиномъ (plurique eius condicionis), и въ этомъ не заключается отрицаніе объективнаго масштаба“.

<sup>3)</sup> *v. Leyden*, о. с. 68: „Es muss genügen, wenn er wusste oder wissen müsste, dass sein Verhalten vom objectiv sittlichen Standpunkt zu missbilligen war“. Иначе мы пришли бы къ выводу, что нельзя предъявлять возраженіе самовинны лицу, которое, напр., изъ извѣстнаго заблужденія не знало, что бочка съ виномъ, откупоренная злоумышленникомъ, принадлежитъ ему. Онъ знаетъ „Ordnungswidrigkeit seines Verhaltens an sich“—и этого достаточно!

Но, что бы избѣгнуть суровости конструкціи *Моммзена* и *Виндшейда*, мы не имѣемъ другого исхода, какъ отказаться приурочивать примѣрный шаблонъ къ поведенію *diligentissimi patris familias*. При оцѣнкѣ поведенія потерпѣвшаго мы можемъ имѣть въ виду поведеніе средняго добраго хозяина, заботящагося о своихъ личныхъ интересахъ [I. 62, § 7, D. 47, 2: «culpa... cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset»].

*Небреженіе* и здѣсь означаетъ недостатокъ напряженія психическихъ силъ, но «требуемая въ оборотѣ заботливость» такова, которую люди обычно требуютъ въ своихъ интересахъ отъ себя лично<sup>1)</sup>.

«Всегда при сужденіи поведенія потерпѣвшаго—говорить *Labowsky*<sup>2)</sup>—надо считаться, какъ съ высшимъ факторомъ, опредѣляющимъ поведеніе человѣка,—съ инстинктомъ самосохраненія [Trieb zur Selbsterhaltung]». Съ этой точки зрѣнія вина потерпѣвшаго должна быть снабжена юридическими послѣдствіями во всѣхъ случаяхъ, когда, по безпристрастному сужденію народнаго сознанія, лицо упустило принять мѣры, необходимыя къ сохраненію своего тѣла или имущества.

Ту же идею другими словами выражаетъ *Schollmeyer*<sup>3)</sup>: «Потерпѣвшій самое большее обязанъ поступать такъ, какъ онъ поступилъ бы, какъ разумный человѣкъ, если бы онъ не имѣлъ никого, съ кого бы онъ могъ взыскать свои убытки».

Поэтому потерпѣвшій не обязанъ принимать особенно хлопотливыя, дорогія, ненадежныя и рискованныя мѣры къ отвращенію опасности.

Такова теорія названныхъ юристовъ.

Ту степень заботливости, съ нарушеніемъ которой эта теорія связываетъ юридическія послѣдствія самовины, мы

<sup>1)</sup> *Zitelmann*, о. с. 169.

<sup>2)</sup> *Labowsky*, о. с. 23.

<sup>3)</sup> *Schollmeyer*, о. с. 46.

можемъ охарактеризовать, какъ *diligentia quam suis rebus adhibere solet*,—но не въ смыслѣ римскаго техническаго термина *culpa in concreto*, а въ смыслѣ объективнаго сужденія судьи о той заботливости, которую вообще люди прилагаютъ въ своихъ интересахъ.

Иллюстрируя эту мысль на вышеописанномъ казусѣ съ проституткой и ея гостемъ, мы можемъ, съ точки зрѣнія представленной нами теоріи, вмѣнить потерпѣвшему въ вину его поведеніе во второй гипотезѣ.

Быть можетъ несчастный гость въ подобныхъ случаяхъ лично не привыкъ обращаться къ извѣстнымъ медицинскімъ средствамъ противъ зараженія, ему даже могутъ быть и неизвѣстны эти средства; эти средства, наконецъ, могутъ быть ему недоступны по своей ли дороговизнѣ или потому, что магазины были заперты—безразлично: что ему обычно, что ему неизвѣстно, что ему трудно—то не интересуется право! Важно установить лишь то поведеніе, коего придерживается разумный человѣкъ въ своихъ интересахъ и мыслимо ли было держаться этого поведенія въ данномъ случаѣ. Въ нашей гипотезѣ мы можемъ на послѣдній вопросъ дать утвердительный отвѣтъ.

III. Суровые по своей абсолютной строгости выводы ученія *Моммзена* и *Виндшейда* вызвали въ нѣмецкой литературѣ дальнѣйшую реакцію противъ излишняго расширенія обязанностей потерпѣвшаго.

Юристамъ казалось несправедливымъ требовать отъ потерпѣвшаго въ интересахъ правонарушителя—*diligentia boni patris familias* въ томъ смыслѣ, какъ понимается она въ области ответственности за недозволенные дѣянія.

Та поправка, которую дѣлаетъ указанная нами группа юристовъ, замѣняя понятіе *diligentia exactissima* идеей объективной *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, очевидно неспособна на практикѣ сгладить строгость оспариваемаго ученія.

Это соображеніе и побудило германскихъ юристовъ къ

дальнейшему ограничению масштаба при определении меры требуемой от потерпевшего рачительности. Этот шаг на пути смягчения формулы Моммзена делает *Dernburg*.

Онъ замѣняетъ ведущій къ суровымъ послѣдствіямъ масштабъ «*gehörige Sorgfalt*» болѣе мягкимъ критеріемъ: «*Versäumung offensichtlicher Vorkehrungen*».

«Если потерпевшій—говоритъ онъ<sup>1)</sup>—упустилъ принять къ отвращенію убытка тѣ меры, которыя были исполнены въ его власти и которыя предписывались обстоятельствами, или же умышленно увеличилъ его, то онъ можетъ быть разсматриваемъ, какъ причина послѣдовавшаго для него убытка».

Въ другомъ своемъ трудѣ<sup>2)</sup> *Dernburg* масштабомъ выставляетъ «тѣ ожидаемыя дѣянія, которыя самъ потерпевшій предпринялъ бы, если бы онъ не имѣлъ лица, которое отвечало бы за убытокъ».

Къ этой теоріи *Dernburg*'а примыкаютъ *Ryck*<sup>3)</sup>, *Eick*<sup>4)</sup>, *Köhler*<sup>5)</sup>, и *Dronke*<sup>6)</sup>.

Подъ непосредственнымъ влияніемъ идей *Dernburg*'а они учатъ, что при ограниченіи обязанности потерпевшаго «*добрая вѣра*» и «*обычай оборота*» требуютъ руководиться субъек-

<sup>1)</sup> *Dernburg*, Pand. II, § 45, стр. 120.

<sup>2)</sup> *Dernburg*, Bürg. R. II, 76: „was er voraussichtlich tun würde, um dem Schaden zu begegnen, wenn er niemanden hätte, der ihm für denselben aufkommt“.

<sup>3)</sup> *Ryck*, о. с. 409. „Искъ объ убыткахъ долженъ быть по всей справедливости отвергнутъ, поскольку отвращеніе убытка было доступно потерпевшему безъ особенныхъ затрудненій“.

<sup>4)</sup> *Eick*, о. с. 86; онъ, правда, говоритъ о „*diligentia diligentis viris*“, но при прямой ссылкѣ на *Dernburg*'а.

<sup>5)</sup> *Köhler*, о. с. 61 даетъ формулу *Dernburg*'а безъ измѣненій.

<sup>6)</sup> *Dronke*, о. с. 211—213; авторъ указываетъ на то, что если мы даже встанемъ на строго объективную точку зрѣнія закона и судебной практики, мы все же придѣмъ къ тому же выводу: „гражданскій оборотъ не требуетъ, что бы потерпевшій въ чужихъ интересахъ дѣйствовалъ болѣе рачительно, чѣмъ онъ дѣйствовалъ бы въ своихъ личныхъ интересахъ“.

тивнымъ масштабомъ и лишь то объяснить правовой обязанностью, что потерпевшій самъ при другихъ обстоятельствахъ разумнымъ образомъ<sup>1)</sup> сдѣлалъ бы.

Такимъ образомъ, ту степень заботливости, съ нарушеніемъ которой эта теорія связываетъ юридическія послѣдствія *самовины*, мы можемъ охарактеризовать какъ *diligentia quam suis rebus adhibere solet*, въ техническомъ субъективномъ смыслѣ этого термина.

Этимъ послѣднимъ признакомъ и отличается *culpa in concreto* этой субъективной теоріи отъ *culpa in concreto* вышеизложенной объективной теоріи.

Общая основная идея этихъ теорій такова: потерпевшій долженъ принимать тѣ меры осторожности, которыя могутъ быть отъ него ожидаемы, въ томъ предположеніи, что онъ не имѣлъ бы лица, которое отвѣтило бы за убытокъ.

Но принципиальное различіе отдѣляетъ эти теоріи: тогда какъ объективная теорія масштабомъ для оцѣнки поведения лица выставляетъ точку зрѣнія «разумнаго человѣка»,—новая субъективная теорія центръ тяжести кладетъ въ томъ, что, именно, онъ—потерпевшій лично сдѣлалъ бы въ подобномъ случаѣ.

Вспомнимъ нашъ казусъ съ проституткой, заразившей своего гостя. Ни въ первой, ни во второй изъ выставлен-

<sup>1)</sup> На эту границу въ дѣлѣ свободнаго самоопредѣленія, касательно распоряженія своимъ тѣломъ и здоровьемъ, указываютъ *Dronke*, о. с. 98; *Endemann*, I, 398; *Bernhöft*, о. с. 231: „Привычка и воззрѣнія потерпевшаго не должны выходить за предѣлы признанныхъ и разумныхъ средствъ леченія. Помощь знахари, заговора, симпатическихъ средствъ—не есть исполненіе обязанности, установленной ст. 254, хотя бы данное лицо обыкновенно пользовалось подобными средствами“.—Мы можемъ указать на то, что и въ этой узкой области безответственность потерпевшаго имѣетъ предѣломъ грубое небрежное оскорбленіе обязанности требуемаго поведения. Согласно ст. 277 Герм. Гр. Ул.: „Кто отвѣчаетъ лишь за ту мѣру заботливости, которую онъ обычно прилагаетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ, тотъ не освобождается отъ ответственности за грубое небреженіе“. Эта идея находится въ полномъ согласіи съ ученіями римскихъ юристовъ и современной доктрины.

ныхъ нами гипотезъ субъективная теорія.—*supra in concreto*— не усмотритъ наличности условий, необходимыхъ для возложения всего или части убытка на потерпѣвшаго. Съ точки зрѣнія этой теоріи въ этихъ случаяхъ не хватаетъ существенно-важныхъ моментовъ:

а) *обычной* опасливости даннаго гостя при половыхъ сношеніяхъ съ дѣвцами легкаго поведенія,

в)—«мѣропріятій, лежащихъ въ рукахъ» гостя, т. е. возможности предотвратить вредъ «безъ особенныхъ затрудненій»...

Оба эти условія мы находимъ впервые въ третьей гипотезѣ, и лишь въ этомъ послѣднемъ случаѣ истцу должно быть отказано во всемъ или части его иска.

IV. Въ основѣ всѣхъ трехъ изложенныхъ нами теорій лежитъ то общее, что всѣ онѣ исходятъ отъ соображеній справедливости передъ делинквентомъ—отвѣтчикомъ, при чемъ всѣ онѣ имѣютъ въ виду *личность истца, какъ самостоятельную дѣятеля*.

На другой точкѣ зрѣнія стоитъ преобладающая французская доктрина, нашедшая, впрочемъ, откликъ и у отдѣльныхъ германскихъ юристовъ.

На вопросъ: должны ли мы примѣнить къ потерпѣвшему ту же строгость, что и къ делинквенту, эта школа юристовъ даетъ категорическій отвѣтъ: «Нѣтъ! Лишь забота о безопасности третьихъ лицъ оправдываетъ эту строгость ко всякому дѣятелю. Между жертвой и виновникомъ правосудіе беретъ сторону жертвы, какъ бы ни была легка вина делинквента. Нельзя обвинять съ той же строгостью поведеніе того, кто потерпѣлъ: онъ остается въ сторонѣ отъ того дѣянія, которое причинило убытокъ; не ему, поэтому, и принимать необходимыя мѣры предосторожности, что бы не возникъ какой либо вредъ»<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Laurent, Principes de droit civil français (Paris, 1876), XX, стр. 520. Ср. 6 août, 1850, S. 50, 2, 404: «если причина убытка, со всеми его послѣд-

«Не подлежитъ никакому спору, что, кто первый провинился передъ другимъ, тотъ потерялъ право на примѣненіе принциповъ общественности и законовъ, охраняющихъ права каждаго»<sup>1)</sup>. Такъ какъ авторъ деликта не заслуживаетъ сочувствія, то недостаточна *легкая вина* на противной сторонѣ, что бы ограничить его отвѣтственность, для этого надобна наличность *тяжелой вины*. Послѣдствія легкой небрежности делинквента могутъ быть частью или цѣликомъ поглощены послѣдствіями лишь болѣе тяжелой небрежности, пострадавшей стороны,—при предположеніи, что эта вина обусловила собой убытокъ. Такимъ образомъ, лишь въ томъ случаѣ, когда на сторонѣ жертвы—*ирубая* и квалифицированная вина—она можетъ образовать у делинквента возраженіе о неприемлемости притязанія истца<sup>2)</sup>.

Особенно справедливымъ кажется этотъ выводъ французскимъ юристамъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо создало *новый рискъ* (*risque nouveau*) въ оборотѣ и по закону несетъ всѣ послѣдствія этого риска, независимо отъ условія вины на его сторонѣ. Напр. лицо вводитъ въ уличный оборотъ новый видъ тяги, съ которой публика еще не успѣла освоиться, напр. автомобильное движеніе. Конечно, потерпѣвшій, неосторожно подвергнувшій себя опасности<sup>3)</sup>, совершаетъ *вину*. Но онъ не могъ предвидѣть несчастнаго случая, которому даетъ мѣсто новый способъ передвиженія. Поэтому, его вина

ствіями лежитъ первоначально въ деликтѣ,—небрежность потерпѣвшаго, могла впоследствии устранить то или другое послѣдствіе этого убытка, и который этого не сдѣлалъ, не устраняетъ и не смичаетъ отвѣтственности дѣтеля и другихъ отвѣтственныхъ лицъ».

<sup>1)</sup> Sourdât, Traité générale (Paris 1902), I, § 660.

<sup>2)</sup> Saleilles, Théorie générale I. c.; Sourdât, о. с. § 108 стр. 118; Mutteau, о. с. 430; J. Bosc, о. с. 63; Fromageot, о. с. 47; Pandectes-Belges, Responsabilité, № 1064.

<sup>3)</sup> Напр. пѣшеходъ переходитъ улицу, не оглядываясь; крестьянинъ оставляетъ скотину бродить передъ своимъ домою, рассчитывая на ихъ природный инстинктъ избѣгать опасность.



должна обвиняться при несчастии, причиненном, напр., автомобилем, иначе <sup>1)</sup>, чѣмъ «dans l'existence courante». Справедливо снять отвѣтственность съ автомобилиста лишь въ томъ случаѣ, если ему удастся доказать «*faute lourde*» жертвы <sup>2)</sup>.

Аналогичныя разсужденія мы встрѣчаемъ и у нѣкоторыхъ нѣмецкихъ юристовъ.

Этимъ юристамъ казалось рѣшающимъ слѣдующее соображеніе: деликвентъ отвѣчаетъ за всякую вину, начиная съ легкой неосторожности, кончая умысломъ: при сужденіи объ его отвѣтственности вопросъ о степени его вины не поднимается. Можетъ ли при этихъ условіяхъ идти рѣчь о безусловномъ дѣйствіи принципа «зачета вины»? Вѣдь, абсурдно утверждать, что *легкая вина* потерпѣвшаго исключаетъ *тяжелую вину* деликвента!

Эти соображенія заставили *Endemann'a* <sup>3)</sup>, *Plog'a* <sup>4)</sup> и *Eck'a* <sup>5)</sup> лишь ту встрѣчную вину, объявить достаточной при деликтной отвѣтственности, которая, — независимо отъ степени вины, лежащей въ данномъ конкретномъ дѣяніи, — могла бы перевѣсить самую тяжелую вину повредителя. Пострадавшій — поэтому — долженъ *грубѣйшей* собственной виной обусловить возникновеніе убытка.

<sup>1)</sup> *Wahl*, La responsabilité civile, Rev. trimest. 1908, стр. 37: „les précautions imposées par la vie sociale ne suffisent pas à préserver les accidents d'automobiles“.

<sup>2)</sup> *Wahl*, о. с. 38: „les faits supposant la faute dans les cas ordinaires ne la supposent plus nécessairement en cas d'accidents d'automobiles“.

<sup>3)</sup> *Endemann*, Rechtswirkung etc. 63: На стр. 71 авторъ даетъ такое опредѣленіе сущности самовины: „Verletzte durch eigenes grobfahrlässige Verhalten die unmittelbare Veranlassung und Gelegenheit zum Unfälle schuf“.

<sup>4)</sup> *Plog*, о. с. 38.

<sup>5)</sup> *Eck*, о. с. Jurist. Litter.-blatt. VI, (1904), 10. Изъ его примѣровъ [я толкаю хорошаго пловца въ воду, а онъ, вмѣсто того, что бы плавать, опускаетъ руки и тонетъ; раненный охотникъ, истекающій на снѣгу въ крови, не зоветъ никого на помощь и не откликается даже на зовы плывущихъ его людей], приведенныхъ имъ для доказательства каузальности *умышленной*, явствуетъ, что онъ имѣетъ въ виду лишь *culpa lata* потерпѣвшаго.

— Если мы теперь снова обратимся къ нашему казусу съ проституткой и заболѣвшимъ гостемъ, и спросимъ себя— на какой комбинаціи въ интересующемъ насъ вопросѣ остановится изложенная нами доктрина—*самовина—culpa lata*, то наврядъ ли мы ошибемся, отвѣтивъ за всѣхъ переименованныхъ нами юристовъ: лишь въ послѣднемъ случаѣ мы можемъ вмѣнить пострадавшему ту вину, которая перевѣшиваетъ всѣ соображенія несочувствія къ противной сторонѣ. Пузырьки на подошвоникѣ, походка больной—все кричало гостю объ опасности! Потому, преступная дѣятельность дѣвочки имѣла противвѣсомъ *грубѣйшую* неосторожность ея контрагента.

#### § 4. Вопросъ о субъективно-каузальномъ моментѣ въ понятіи самовины. [Вопросъ о вмѣненіи потерпѣвшему результату дѣянія].

Безспорно принятымъ въ западно-европейской литературѣ надо считать то положеніе, что содѣйствующее поведеніе потерпѣвшаго, именуемое нами «самовиной», вызываетъ при-сущій ему юридическій эффектъ не постольку, поскольку оно способно исключить вмѣненіе результата дѣятелю, а постольку, поскольку оно погашаетъ отвѣтственность цѣликомъ или частью, *при условіи вмѣненія инкриминируемаго результата от-вѣтчику*.

Существенное условіе ограниченія отвѣтственности по принципу «зачета вины» есть наличность не нарушенной причинной связи между деликтомъ и конечнымъ результатомъ <sup>1)</sup>. Обѣ стороны—и деликвентъ и потерпѣвшій—должны обусло-

<sup>1)</sup> *Traeger*, о. о. 327; *Schmoller*, о. с. 44; *Oertmann*, I, стр. 42; *Gottschalk*, о. с. 66; *Schöllmeyer*, о. с. 42; *Rümelin*, о. с. [Arch. Pr. 90] стр. 307—309; *Ruhm*, о. с. 19; *Litten*, о. с. 100; *v. Leyden*, о. с. 40, 46; *Bick*, о. с. 20—21; *Sourdat*, I, § 108, стр. 118; *Muteau*, о. с. 425.

вить наступление вреда в томъ смыслѣ, что, какъ обосновывающей ответственность фактъ, такъ и собственное поведение потерпѣвшаго должны стоять въ условно-причинномъ отношеніи съ конечнымъ вреднымъ результатомъ <sup>1)</sup>.

Въ этихъ тезисахъ выражается согласное мнѣніе подавляющаго большинства юристовъ. Но мы не можемъ отмѣтить того же единодушія, какъ только вопросъ поднимается о взаимномъ отношеніи двухъ виновныхъ дѣятельствъ—делинквента и потерпѣвшаго.

Вопросъ гласить: *съ какимъ звеномъ каузальной серіи, приводящей къ искомому съ делинквента убытку, должна стоять въ объективной и субъективной причинной связи собственная вина потерпѣвшаго?*

Мы видѣли выше, что въ каждомъ случаѣ наступленія убытка мы можемъ различать слѣдующіе послѣдовательные этапы въ развитіи неправомѣрнаго состоянія, именуемаго правонарушеніемъ:

I. Дѣяніе делинквента [напр. нападеніе на улицѣ] или другой какой либо фактъ, въ которомъ кроется (*prima facie*) вторженіе въ чужую правовую сферу [напр. несчастный случай на фабрикѣ, жел.-дор. катастрофа и пр.].

II. Непосредственный вредъ—въ результатъ этого правонарушительнаго факта; напр. увѣчье лица.

III. Дальнѣйшія послѣдствія результата; напр. увѣчье ведетъ къ смерти.

IV. Возникшій убытокъ (потеря работоспособности, потеря кормильца семьи и пр.).

Мы видѣли также, что требованія *неправомѣрности* и *вины* въ области технической вины относятся лишь ко вто-

<sup>1)</sup> Motiv. II, стр. 24; R. G. 25 April, 1904, J. W. 1905. 233. *Pand. Belges. Responsabilité*, № 1070, № 1085; Cass. 5 déc. 1893, D. 1894, 2, 412; рас-предѣленіе убытковъ между сторонами обусловлено тѣмъ, что „la faute de chacun est génératrice du fait dommageable“.

рому звену каузальной серіи: лишь на первый непосредственный неправомѣрный результатъ дѣянія—in abstracto—должно простирается предвидѣніе дѣятеля <sup>1)</sup>.

Переноси наши наблюденія въ дѣлѣ развитія правонарушительнаго явленія въ область вины нетехнической (собственной вина потерпѣвшаго), мы констатируемъ, что *самовина*, приуроченная къ 1-ому звену каузальной серіи, была бы направлена на созданіе самого неправомѣрнаго факта,—напр. супругъ посягаетъ прелюбодѣянью другого супруга, или пассажиръ вызываетъ крушеніе своего поѣзда.

Самовина, приуроченная ко 2-ому звену серіи, была бы направлена на воспроизведеніе *несчастія*, т. е. на созданіе не *причины* несчастія,—а самого вредоноснаго явленія; напр. вина задавленнаго автомобилемъ заключалась бы въ томъ, что онъ зазѣвался, а не въ томъ, что испортился тормозъ автомобиля,—вина стоящаго на площадкѣ вагона заключалась бы въ увѣчьи своемъ, а не въ сходѣ поѣзда съ рельсъ.

Вина, приуроченная къ третьему звену серіи, была бы направлена на ухудшеніе того положенія, которое создано первоначально безъ его содѣйствія третьимъ лицомъ; напр. лицо запускаетъ лѣченіе полученной раны.

Какой изъ этихъ послѣдовательныхъ моментовъ долженъ охватываться волей пострадавшаго, для того, что бы мы могли говорить о *содѣйствіи* съ его стороны возникновенію убытка?

На почвѣ Герм. Гражд. Уложенія весь вопросъ сводится къ толкованію начальныхъ словъ ст. 254: «Если наступленію *вреда*. (bei der Entstehung des Schadens) *содѣйствовала* вина потерпѣвшаго»...

Въ какомъ смыслѣ мы должны понимать «содѣйствіе наступленію вреда»?

<sup>1)</sup> *Boethke*, о. с. 180 обращаетъ вниманіе на неправильность терминологіи: „Widerrechtlichkeit der *Schadenstiftung*“; правильнѣе говорить „Widerrechtlichkeit der *Verletzung*“.

I. И вот, на первом же шагу нашего изслѣдованія этого вопроса мы наталкиваемся на цѣлую область такихъ случаевъ, въ коихъ *самовина* проявляется въ формахъ, вызывающихъ наше чувство справедливости къ реагированію противъ поведенія даннаго потерпѣвшаго, но съ точки зрѣнія вышеизложенныхъ общепризнанныхъ въ доктринахъ тезисовъ не способныхъ быть юридически покрытыми нормой 254.

Злоумышленникъ забирается въ чужую квартиру. Вслѣдствіе неосвѣщенія сѣней дома или другихъ какихъ либо улученій хозяина, которія сами по себѣ квалифицировались бы *виновными*, онъ получаетъ увѣчіе.

Имѣетъ ли хозяинъ, привлеченный къ отвѣтственности воровъ, возраженіе самовины потерпѣвшаго?

Потерпѣвшій падаетъ, катаясь на ворованной лошади и ломаетъ себѣ ногу. Имѣетъ ли онъ къ собственнику лошади искъ изъ § 833, В. Г. В.?

При желѣзнодорожной катастрофѣ терпитъ увѣчіе безбилетный пассажиръ. Имѣетъ ли онъ искъ къ желѣзной дорогѣ?

Во всѣхъ этихъ и тысячи подобныхъ случаяхъ, повидимому, безспорно одно: потерпѣвшіе были—*in culpa*, но эта вина не стоитъ въ объективно-причинной связи съ несчастіемъ. Вѣдь, злоумышленникъ потерпѣлъ увѣчіе не потому, что онъ имѣлъ злыя намѣренія, конокрадъ—не потому, что лошадь была ворованная, пассажиръ—не потому, что не имѣлъ билета!

Мы можемъ обострить вопросъ такъ: *защищаетъ ли право лишь правомѣрный оборотъ?* Имѣетъ ли лицо, само вторгнувшееся въ чужую сферу, право требовать отъ оскорбленнаго лица соблюденія и по отношенію къ нему всѣхъ мѣръ предупредительности и осторожности?

Съ одной стороны, ясно, что личному поведенію потерпѣвшаго не только тогда должно быть приписано значеніе, когда оно вызвало, *какъ причина*, вредоносное явленіе: наше правовое чувство требуетъ ограниченія отвѣтственности и въ

тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій заслуживаетъ упрека лишь въ *«versari in re illicita»*.

Съ другой стороны, неэластичность и абсолютность выставляемыхъ тезисовъ логически препятствуютъ принятію въ формулу: «виновное содѣяніе наступленію убытка» и этихъ квалифицированныхъ формъ виновности.

Чего мы должны держаться при этихъ условіяхъ: должны ли мы пожертвовать логику требованіямъ жизни, или требованія жизни принести въ жертву тому формальному, бездушному принципу *«fiat justitia»*, который ведетъ къ *«percat mundus»*?

Во французской юриспруденціи и доктринахъ часто былъ подтверждаемъ и примѣняемъ въ самыхъ разнообразныхъ положеніяхъ принципъ, отвѣчающій первому справедливому рѣшенію выставленной альтернативы.

Правда, съ виной потерпѣвшаго въ видѣ правила считаются лишь при томъ условіи, что она есть *«fait générateur du dommage»*<sup>1)</sup>. Поэтому, безбилетный пассажиръ омнибуса сохраняетъ искъ о возмѣщеніи убытковъ въ случаѣ несчастія въ пути<sup>2)</sup>, но теряетъ искъ, если его самовольное пользованіе омнибусомъ было *причиной* несчастія<sup>3)</sup>.

1) Cass. 12 déc. 1893, S. 1894, 1, 223: Лицо, убившее въ случаѣ законной обороны изъ револьвера чужую собаку, отвѣчаетъ хозяину за убытки, и не можетъ ссылаться на нарушеніе послѣднихъ полицейскихъ правилъ о держаніи собакъ на привязи или намордникъ; Cass. 5 déc. 1893, D. 94, 2, 412; 13 Mars, 1895 D. 95, 1, 19: Путешественникъ, проспавшій свою станцію, не теряетъ иска къ желѣзной дорогѣ, если случится какое либо несчастіе въ пути.

2) Cass. 20 déc. 1839, S. 40, 2, 471; *Demolombe*, VIII, стр. 435—442 задается вопросомъ: сохраняетъ ли искъ къ жел. дор. пассажиръ 3-го класса, занявшій произвольно мѣсто въ 1-омъ классѣ, гдѣ и получаетъ увѣчіе? Авторъ отвѣчаетъ утвердительно: „est ce que dans tous les wagons et dans toutes les places tous les voyageurs ne doivent pas également trouver les mêmes garanties et la même sécurité“?

3) Cass. 17 janv. 1844, S. 44, 2, 401. Пассажиръ B, не получившій билета за переполненіемъ омнибуса, садится на имперіалъ безъ билета. Вслѣдствіе нехороши омнибуса и его переполненія, онъ опрокидывается въ пути, и г. В. получаетъ увѣчіе. Въ его искъ отказано: „il n'est pas fondé à réclamer des dommages-intérêts pour un fait qui lui est personnel“.

Но, съ другой стороны, лишь тот сохраняет себя, кто не вторгается въ чужую правовую сферу! Здѣсь — въ силѣ особый принципъ: тотъ, кто первый провинился передъ другимъ теряетъ свои права на примѣненіе принциповъ общественности и законовъ, охраняющихъ права каждаго. Поэтому, тотъ, кто проникаетъ на чужой участокъ безъ разрѣшенія [«ou nul ne peut pénétrer qu'à ses risques et périls»] поступаетъ на свой страхъ; ответственность хозяина не возникаетъ, если онъ терпитъ тамъ ущербъ<sup>1)</sup>.

Такъ выражаются французскіе юристы. Требованіе *причинности* виновнаго поведения потерпѣвшаго воплѣтъ уживается въ ихъ доктринахъ съ формой виновности: «*aversari in re illicita*», на почвѣ принципа: «*nemo audiat ut dolum suum allegans!*»

Справились ли съ этой задачей ихъ нѣмецкіе коллеги? Лишь у весьма немногихъ нѣмецкихъ юристовъ мы находимъ защиту того взгляда, что виновное поведение потерпѣвшаго не должно непременно относиться къ самому вредоносному явленію.

«Вина — говорятъ *Rümelin*<sup>2)</sup> — не должна вовсе касаться вредоноснаго результата и еще меньше — самого убытка. Достаточно вины въ какомъ бы то ни было направленіи.

Если, напр. воръ при похищеніи будетъ по неосторожности раненъ обокраденнымъ, — онъ не имѣетъ иска на возмѣщеніе убытка, хотя его вина не стоитъ ни въ какомъ

1) *Pand. Belges. Responsabilité*, № 1122—1123. Злоумышленникъ, проникнувшій въ ночную пору въ огороженный паркъ, что бы красть тамъ рыбу, не можетъ искать убытки съ хозяина, если онъ потернеть ногу отъ взрыва детонатора, похвщеннаго самимъ хозяиномъ: *ibidem* № 1144. Постороннее лицо лѣзетъ на лѣса строящагося зданія, которыя и рушатся. Архитекторъ не отвѣчаетъ передъ нимъ, ибо не обязанъ былъ «принимать мѣры предосторожности противъ неосторожности лицъ или животныхъ, которыя проникаютъ безъ всякаго основанія въ частное жилое мѣсто».

2) *Rümelin*, о. с. 310.

отношеніи къ пораненію его тѣла, и это пораненіе имъ не было предвидѣно».

Къ *Rümelin*'у примыкаютъ *Oertmann*<sup>1)</sup>, *Weinrich*<sup>2)</sup> и *Franz*<sup>3)</sup>.

Надо, впрочемъ, отмѣтить, что указанная конструкція не нашла сочувствія на германской почвѣ.

Прежде всего, протестъ противъ этой конструкціи подъял комментаторы ж. д. закона [§ 1, R. N. G.].

Сама редакція § 1, R. N. G. [...«*der Unfall durch... eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist*»] указываетъ на то, что собственная вина потерпѣвшаго должна быть *причиной* несчастія, что бы освободить жел.-дорогу отъ отвѣтственности. Иначе говоря, законъ считаетъ недостаточнымъ, что бы потерпѣвшій при жел.-д. дорожномъ несчастіи провинился въ какомъ либо нарушеніи жел.-д. дорожныхъ правилъ: сама вина должна быть такого рода, что черезъ нее поврежденіе (*Verletzung*) могло считаться *причиннымъ* потерпѣвшимъ<sup>4)</sup>.

Если, напр., пассажиръ ѣдетъ «зайцемъ» и при катастрофѣ получить увѣчье, онъ сохраняетъ свой искъ къ жел. дорогѣ, такъ какъ никакой *причинной связи* между его

1) *Oertmann*, о. с. 45.

2) *Weinrich*, о. с. 86, даетъ примѣръ увѣчья коноврада при паденіи съ краденной лошади. Но въ сферѣ § 1, R. N. G. онъ, повидимому, измѣняетъ своему воззрѣнію: ж. д. «зайецъ» ни въ какомъ случаѣ не тернеть иска къ ж. дорогѣ, такъ какъ «личная вина должна стоять къ несчастію въ *причинномъ* отношеніи».

3) *Franz*, *Die Haftpflicht der Eisenbahn und Unternehmer* (Beuthen, 1872), стр. 5: «Пассажиръ, который безъ позволенія садится въ поѣздъ безъ билета, тернеть изначала свое притязаніе на вознагражденіе. Ибо онъ не находится «при эксплуатаціи жел.-дороги», онъ правено не существуетъ для ж. д. промысла, а, следовательно, и для хозяина предпріятія».

4) *Eger*, *Das R. N. G.* (1906), стр. 161; *Westerkamp*, о. с. 660 впадаетъ въ крайность, утверждая: «недостаточно, что онъ виновно создалъ *возможность* своего увѣчья, т. е. что онъ — *in culpa* на то или другое изъ многочисленныхъ *условій*, которыя должны совпасть, что бы случилось несчастіе».

правонарушеніемъ и несчастіемъ установлено быть не можетъ <sup>1)</sup>.

За комментаторами жел.-дор. закона возстали противъ ученія *Rümelin'a* и изслѣдователи новаго Германскаго Гражданскаго Уложенія.

Всѣ юристы, имѣвшіе случай установить свою точку зрѣнія по интересующему насъ вопросу, положительно указываютъ на то, что оспариваемое ими ученіе не имѣетъ опоры ни въ законѣ, ни въ обще-теоретическихъ соображеніяхъ. Самовина должна быть направлена на «возникновеніе вреда», и ни въ какомъ случаѣ простое «*versari in re illicita*» недостаточно, что бы умѣрить отвѣтственность делинквента <sup>2)</sup>. Въ приведенномъ *Rümelin'омъ* примѣрѣ мы можемъ еще прийти къ отказу въ искѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда вина вора относилась прямо къ убыточному послѣдствію его дѣятельности. Напр. воръ, незнакомый съ мѣстностью, падаетъ въ чужомъ зданіи, куда онъ тайно проникъ черезъ отверстіе, которое, вопреки полицейскимъ правиламъ, не было закрыто хозяиномъ рѣшеткой. Этотъ ущербъ принадлежитъ къ постояннымъ опасностямъ воровскаго ремесла и потому долженъ быть предвидѣнъ воровомъ. Но нельзя утверждать, что все что приключится съ нимъ въ его воровскомъ походѣ сопрячено имъ виновнымъ образомъ <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Слово „ein Mensch“ [„Wenn beim Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch... verletzt wird... so haftet der Betriebsunternehmer“]... указываетъ на то, что договорное отношеніе здѣсь не имѣетъ никакого значенія. Кроме того, не уплата за билетъ—безъ вліянія на отвѣтственность, ибо запрещеніе входить зайцемъ не есть „Sicherheitsverbot“, и касается лишь гражданскихъ отношеній. *Eger*, о. с. 161; *Croissant*, о. с. 8; *Kah*, Комментар (1874), 33; *Genzmer*, Das R. N. G. (1882), 59; *Ср. R. G.* 17 März 1904, J. W. 1904, 33, стр. 233.

<sup>2)</sup> *Litten*, о. с. 101; *Gottschalk*, о. с. 76; *Seuff. Arch.* Bd. 41, № 89.

<sup>3)</sup> *Mauszka*, [о. с. 150] и *Eich* [о. с. 58] доводятъ теорію *Rümelin'a* до абсурда такими примѣрами: воръ направляется съ наворованнымъ добромъ домой. Стоитъ зима, гололедица. На отдаленномъ отъ мѣста преступленія тротуарѣ, посыпка котораго случайно лежала на обязанности обворованнаго, какъ владѣльца прилежащаго дома, на котораго не была исполнена, подкальывается

Ученіе *Rümelin'a*, наконецъ, и несправедливо, такъ какъ велеть къ неожиданнымъ выводамъ: делинквентъ за одно и то же дѣяніе отвѣтилъ бы передъ однимъ лицомъ и не отвѣтилъ бы передъ другимъ, въ зависимости отъ случайнаго обстоятельства—настроенія самого потерпѣвшаго <sup>1)</sup>.

Еще болѣе несостоятельнымъ представляется ученіе *Rümelin'a* на глазахъ тѣхъ юристовъ, которые конструируютъ самовину, какъ «*vinu противъ самого себя*».

Съ точки зрѣнія этой конструкции недостатокъ *причинной связи* въ приведенныхъ выше случаяхъ осложняется еще тѣмъ соображеніемъ, что ненормальность поведенія потерпѣвшаго ни въ какомъ случаѣ нельзя охарактеризовать, какъ погрѣшность *prima facie* противъ своихъ личныхъ интересовъ <sup>2)</sup>; констатируя на сторонѣ потерпѣвшаго вину деликнтную, мы не устанавливаемъ еще искомой *самовины*, въ смыслѣ ненормальнаго поведенія лица противъ своихъ собственныхъ интересовъ. Лишь тогда убытокъ можетъ быть отнесенъ къ собственной винѣ потерпѣвшаго, когда онъ стоитъ въ *причинной связи* съ его дѣяніемъ, и когда это дѣяніе *ненормально* [*ordnungswidrig*], т. е. потерпѣвшій долженъ былъ предвидѣть, что его дѣяніе будетъ имѣть непосредственнымъ результатомъ невыгодныя послѣдствія для него самого. Этими условіямъ не отвѣчаютъ случаи «*versari in re illicita*», а потому, по обоимъ

воръ и получаетъ увѣчіе.—Развъ можно юридически оправдать отказъ въ искѣ вора къ хозяину дома, котораго онъ передъ этимъ обворовалъ? А къ этому выводу приводитъ ученіе автора!

<sup>1)</sup> *Traeger*, о. с. 330 даетъ такой примѣръ: А на своемъ дворѣ застрѣляетъ въ пѣль и по неосторожности ранитъ В, вошедшаго на дворъ. Отвѣтственность А зависѣла бы отъ того—зачѣмъ пришелъ В—красть или просить работы.—*Litten*, о. с. 101, „хозяинъ животнаго отвѣтилъ бы за укусы собаки передъ секундантомъ, приходившимъ передать картель, и не отвѣтилъ бы передъ иишимъ, приходившимъ просить милостыню“.

<sup>2)</sup> *Leyden*, о. с. 73. Ипр. воровство есть виновное поведеніе въ техническомъ смыслѣ слова, но оно не есть *самовина*, ибо мы не можемъ отмѣтить ненормальности въ поведеніи вора противъ его собственныхъ интересовъ.

этимъ основаніямъ, эта форма виновности не можетъ быть конструируема, какъ «собственная вина потерпѣвшаго».

Въ этомъ негативномъ выводѣ, полученномъ изъ критики теоріи *Rümelin'a*, согласно всѣмъ исследователи 254 ст. Уложения: вина, какъ бы преступна она сама-по-себѣ ни была, не можетъ вызвать юридическихъ эффектовъ, указанныхъ статьей 254, если она лишена каузального момента, связывающаго ее съ инкриминируемымъ фактомъ.

Самовина есть *содѣйствующая* вина!

Этотъ негативный тезисъ объединяетъ всѣхъ юристовъ, но имъ еще не много сказано, или, вѣрнѣе—ровно ничего не сказано!

Онъ черезъ застѣку приводитъ насъ вилотную къ перекрестку, гдѣ открываются три расходящіяся дороги.

Но какую дорогу мы должны взять?

Мы снова возвращаемся къ поставленному во главѣ настоящаго параграфа вопросу: въ какомъ же смыслѣ мы должны понимать «содѣйствіе возникновенію убытка»? Съ какимъ звеномъ каузальной серіи того правонарушительнаго состоянія, которое создано делинквентомъ, должна стоять въ объективной и субъективной причинной связи собственная вина потерпѣвшаго?

Два крайнихъ мнѣнія должны быть указаны здѣсь же на первомъ планѣ. Лишь ощутивъ эти пути, мы съ тѣмъ большимъ сознаниемъ будемъ въ правѣ повторить слова народной мудрости: средній путь есть путь золотой!

На двухъ крайнихъ полюсахъ стоятъ конструкціи:

*Самовина* есть предвидѣніе *вредоноснаго факта* (дѣяніе, несчастіе, катастрофа и пр.).

*Самовина* есть предвидѣніе наступленія самихъ *убытковъ*.

II. Первую конструкцію защищаютъ *Brinz* <sup>1)</sup>, *Endemann* <sup>2)</sup> и *Westerkamp* <sup>3)</sup>:

«собственная вина потерпѣвшаго принимается всегда въ соображеніе лишь при *возникновеніи* (*Entstehung*), а не при увеличеніи вреда».

Эти юристы понимаютъ «содѣйствіе потерпѣвшаго возникновенію вреда» въ смыслѣ положительнаго дѣянія, совпадающаго съ «каузирующимъ дѣяніемъ», исходящимъ отъ противной стороны.

Распределеніе убытковъ имѣетъ мѣсто лишь при томъ условіи, что дѣятельность потерпѣвшаго входитъ въ кругъ прецедентовъ, обусловившихъ возникновеніе вреда; но разъ законъ предвидитъ содѣйствіе потерпѣвшаго лишь при возникновеніи вредоноснаго фактора <sup>4)</sup>, то всякая послѣдующая (виновная) дѣятельность (напр. послѣ нанесенія раны) лишена юридического значенія.

Къ этому ученію примыкаетъ, хотя и безъ прямой ссылки на Эндеманна,—*Gottschalk* <sup>5)</sup>. Онъ указываетъ на необходимость различать понятія: «возникновеніе убытка» и «возникшій убытокъ»; между этими двумя моментами лежитъ развитіе вреда, пока онъ не приметъ опредѣленной формы.

<sup>1)</sup> *Brinz*, *Pand.* II, стр. 353.

<sup>2)</sup> *Endemann*, *Die Rechtswirkung* 57, 71; *Lehrb.* (1900) I, 755 и сл. Ученіе его стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ пониманіемъ сущности причинной связи, а потому серьезная критика его должна быть отложена до ч. I, гл. III, § 2, В.

<sup>3)</sup> *Westerkamp*, о. с. 660, для § 1 R. H. G. требуетъ, что бы самовина участвовала въ созданіи самого вредоноснаго фактора (напр. ехоть съ рельсовъ поезда, столкновеніе поездовъ, взрывъ котла и т. п.): „Чтобы освободить жел.-дорогу отъ ответственности, собственная вина потерпѣвшаго должна быть *причиной* несчастнаго случая“.

<sup>4)</sup> § 1, R. H. G. „Wenn der *Unfall* durch eigenes Verschulden... *verursacht* worden ist“; § 254 B. G. B.: „Hat bei der *Entstehung* des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt“...

<sup>5)</sup> *Gottschalk*, о. с. 62, 75—76: „Eigenes Verschulden ist Voraussehbarkeit der schadenden Handlung“.

Подъ словами «возникновение вреда» надо понимать развитие вреда от первого его проявления; это первое проявление надо отнести къ моменту вредоноснаго дѣянiя (напр. послыши адской машины), а не къ моменту оскорбленiя правовой сферы (взрывъ машины) <sup>1)</sup>. Соудѣйствiе потерпѣвшаго я должно относиться къ возникновению вреда въ указанномъ смыслѣ.

Мы не задержимся на критикѣ изложенной теории; въ самой германской литературѣ не принято считаться съ конструкцией—самовина *естъ соудѣйствiе вредоносному факту*,—какъ съ ученiемъ серьезнымъ, могущимъ дать на практикѣ справедливыя рѣшенiя.

Законъ, говоря о *возникновении убытка*, вовсе не имѣлъ въ виду возникновение только *вредоноснаго событiя*; онъ, съ одной стороны, осуждаетъ поведенiе потерпѣвшаго, обусловившее наступленiе убытка, и, съ другой стороны, требуетъ положительной дѣятельности потерпѣвшаго къ обезвреженiю не только вредоноснаго фактора, но и дальнѣйшихъ его слѣдствiй.

Другое толкованiе текста закона принятое приведеннымъ юристами обявано одному роковому заблужденiю: они приурочиваютъ само *возникновение убытка* къ *правонарушительному дѣянiю*, упуская изъ вида, что убытокъ, причиненный деликвентомъ, можетъ послѣдовать спустя много недѣль, и въ промежуточное время потерпѣвшiй можетъ провиниться даже *сiupra in non faciendo*, годной для зачета вины <sup>2)</sup>.

Узость ихъ формулы особенно ясно проявляется въ приложенiи ея къ области жел. дорожныхъ несчастiй.

<sup>1)</sup> Rechtspr., O. L. G. II, стр. 440 [ср. Senf. Arch. 41/89]. — В застаеъ А въ моментъ предлободвiяи и убиваетъ его въ аффеътѣ. Вдова А подаетъ искъ объ убыткахъ противъ В; В защищается возраженiемъ самовины изъ §§ 254, 846 B. G. B. Это возраженiе должно быть отвергнуто: „хотя между предлободвiяиъ и убiйствомъ и есть причинная связь, но ея нтъ—при возникновении вреда, т. е. нтъ соудѣйствiя вины потерпѣвшаго самому факту убiйства“.

<sup>2)</sup> Eck, о. с. Jurist. Litteraturbl. VI (1894) 10; Arnoldi, о. с. 56; Hass, о. с. Ihr. Jahrb. XXXVII стр. 404; Traeger, о. с. стр. 330; Cohnfeldt, о. с. 38.

«Unfall» отнюдь нельзя понимать, какъ саму катастрофу: взрывъ котла, порча рельсъ и т. п., такъ какъ тѣлесное поврежденiе можетъ быть причинено и обычнымъ, регулярнымъ отправленiемъ предпрiятiя <sup>1)</sup>.

И къ чему ведетъ на практикѣ требованiе, что бы *самовина* участвовала въ созданiи самого вредоноснаго фактора?

Если, напр., пассажиръ противузаконно стоитъ на площадкѣ вагона—мѣстѣ особенно опасномъ при крушенiи,—и благодаря этому получаетъ увѣчiе,—развѣ не въ цѣляхъ закона признать здѣсь наличность самовины, способной повлiять на вопросъ объ отвѣтственности желѣзной дороги?

Если стать на точку зрѣнiя критикуемой теории, то во всѣхъ катастрофахъ и мелкихъ несчастiяхъ не будетъ на лицо самовины, какъ бы преступно небрежно, ни велъ себя потерпѣвшiй!

III: На другомъ полюсѣ стоитъ крайнее мнѣнiе тѣхъ интерпретаторовъ ст. 254, которые избѣгаютъ отмѣченнаго выше основнаго заблужденiя школы *Эндеманна*,—учившей, что убытокъ рождается въ моментъ вредоноснаго дѣянiя;—они, именно, ясно различаютъ два момента: совершенiе деликта и возникновение убытка, но подъ *возникновениемъ убытка* они понимаютъ не начало, а конецъ развитiя вредоноснаго состоянiя, а потому, стоя, въ сущности, на почвѣ теории *Эндеманна*—самовина направлена на возникновение убытка,—они приходятъ къ прямо противоположному его ученiю выводу <sup>2)</sup>.

Подъ «возникновениемъ вреда»,—такъ аргументируютъ

<sup>1)</sup> Eger, о. с. 108

<sup>2)</sup> Опорой ихъ мнѣнiю послужили и редакцiонныя особенности Уложенiя: въ то время какъ въ общемъ понiятiи деликтаго правонарушенiя законъ говоритъ о *предвидѣннiи вредоноснаго результата* [§ 823 I: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig... ein Recht eines Anderen... verletzt“],—въ § 254 онъ говоритъ о винѣ *при возникновении убытка* [Entstehung des Schadens].

они свою теорию—надо понимать все развитие убытка от первого его обнаружения; оканчивается этот процесс только тогда, когда завершится всё послѣдствіе вредоноснаго дѣянія. Поэтому, подъ «возникновеніемъ вреда» надо понимать возникновеніе *убытка въ его окончательномъ объемѣ*, а не,—какъ это можно было ожидать,—вообще начало, наступленіе какого бы то ни было убытка. Отсюда выводъ: въ противоположность деликтной винѣ, вина потерпѣвшаго должна обнимать самъ *убытокъ*, т. е. потерпѣвшій долженъ былъ предусмотрѣть, что убытокъ, вслѣдствіе даннаго его поведенія должнъ непремѣнно или вѣроятно наступить.

На существенно разную природу вины на сторонѣ деликвента и на сторонѣ потерпѣвшаго указываютъ: *v. Liszt*<sup>1)</sup>, *Cohn*<sup>2)</sup>, *Schollmeyer*<sup>3)</sup>, *Labowsky*<sup>4)</sup>, *Kuhlenbeck*<sup>5)</sup>, *Cosack*<sup>6)</sup> и *Traeger*<sup>7)</sup>.

И это крайнее воззрѣніе школы *Liszt'a* и *Cohn'a*, подлежащее тому же упреку, которымъ опорочено ему противоположащее на другомъ полюсѣ ученіе Эндеманна, не могло найти сочувствія въ большой литературѣ. Оно страдает своей крайностью, абсолютностью, а потому и узостью. Убытокъ есть лишь каузальное слѣдствіе тѣлеснаго или имущественнаго поврежденія; объемъ его случаенъ, и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ быть предвидимъ, такъ какъ зависитъ отъ

<sup>1)</sup> *v. Liszt*, о. с. 60, 83: „вина въ ст. 254 безъ сомнѣнія должна относиться до причиненнаго убытка, а не до оскрѣбленія права,—такъ что понятие вины опредѣляется для обоихъ причастныхъ къ убытку сторонъ различнымъ образомъ“; его же: *Strafrecht*, стр. 149.

<sup>2)</sup> *Cohn*, о. с. 376—379: „Потерпѣвшій долженъ мочь предвидѣть возникновеніе убытка, ибо на это должна быть направлена его вина“.

<sup>3)</sup> *Schollmeyer*, о. с. 42, такъ опредѣляетъ самовину: „потерпѣвшій или могъ предвидѣть или дѣйствительно предвидѣлъ возникновеніе убытка“.

<sup>4)</sup> *Labowsky*, о. с. 42.

<sup>5)</sup> *Staud. Komm.*, 40.

<sup>6)</sup> *Cosack*, *Bürg. R.*, 235.

<sup>7)</sup> *Traeger*, о. с. 332.

сфлленія массы условій; размѣръ его есть вопросъ факта, случая; потому мы не можемъ придавать ему то значеніе, которое придаютъ ему названные юристы.

IV. И вотъ, на почвѣ отрицательной критики этихъ двухъ крайнихъ ученій укрѣпляется средняя доктрина, имѣющая теперь за собой подавляющее большинство юристовъ практиковъ<sup>1)</sup>, теоретиковъ<sup>2)</sup>, и комментаторовъ *B. G. B.* и § 1 *R. N. G.*<sup>3)</sup>.

Въ области толкованія ст. 254 эту доктрину можно резюмировать въ слѣдующихъ положеніяхъ:

самовина заключается въ томъ, что потерпѣвшій предвидѣлъ или долженъ былъ предвидѣть вредоносный характеръ правонарушительнаго состоянія, созданнаго третьимъ лицомъ; его предвидѣніе не должно непремѣнно относиться до вытекающаго изъ чужога дѣянія *убытка*,—ни *in abstracto*, ни въ его конкретномъ объемѣ;

то «содѣйствіе возникновенію убытка», о которомъ говоритъ ст. 254, есть содѣйствіе наступленію вредоноснаго результата; оно не должно непремѣнно быть направленнымъ и на созданіе самого правонарушительнаго событія.

<sup>1)</sup> Изложеніе судебной практики, см. т. II.

<sup>2)</sup> *v. Leyden*, о. с. 73—74 требуетъ предвидимости ненормальности результата поведенія съ точки зрѣнія личныхъ интересовъ потерпѣвшаго. На противорѣчиво звучитъ его утвержденіе на стр. 46: „Immer kann man sagen, dass das Verschulden des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, sofern nur der endgültige Schaden in K. Z. H. steht mit dem schuldhaften Verhalten des Beschädigten“.—*Hass*, о. с. 398, 418 „для обоихъ видовъ вины предвидимость должна касаться лишь факта наступленія вреда“;—*Boetke*, о. с. 180; *Eck*, о. с. 10; *Wendt*, о. с. (Arch.-Praxis 87) 443; *Dernburg*, *Pand.* II, 75; *Linckelmann*, о. с. 57—58; *Plog*, о. с. 61; *Rudom*, о. с. 19; *Schmoller*, о. с. 58; *E. Dronke*, о. с. 90; *Litten*, о. с. 101; *Titze*, о. с. 137; *Weyl*, о. с. 529; *Bick*, о. с. 57.

<sup>3)</sup> *Neumann*, *Kommentar* (1900) 134; *Fischer-Honle*, *Handausgabe* (1906), 137; *Plank*, II, 25; *Enneccerus-Lehmann*, I, 405; *Rehbein*, (1903) 63; *Scheer*, *Das Recht der Schuldverhältnissen*, (1899) 30; *Cosack*, I, 318; *Eger*, о. с. 137 и сл.; *Zitelmann*, I, 169.



Аналогичныя положенія мы можемъ выставить въ области толкованія § 1 R. H. G:

поведеніе потерпѣвшаго должно состоять лишь въ такой дѣятельности, черезъ которую онъ ставитъ свою личность къ жел.-дор. эксплуатаціи въ недозволенное отношеніе, и тѣмъ самымъ дѣлаетъ себѣ опаснымъ какое либо событіе или какую либо функцію жел.-дор. предпріятія;

«Unfall», который долженъ причинить потерпѣвшій, не есть, ни самъ жел.-дор. случай [катастрофа], ни убытокъ; это есть состоящее съ происшествіемъ въ причинной связи *тѣлесное поврежденіе*: увѣчье или смерть <sup>1)</sup>.

На этотъ моментъ и должно быть направлено предвидѣніе потерпѣвшаго для того, что бы квалифицировать его поведеніе *виновнымъ*.

Такимъ образомъ, какъ въ области общаго, такъ и въ области спеціальнаго жел.-дор. закона, господствующая доктрина устанавливаетъ для технической и нетехнической вины одинъ принципъ: лишь на первый, неправомѣрный непосредственный результатъ дѣянія должно простираться предвидѣніе сторонъ.

Самовина, также какъ и вина, приурочивается ко второму звену каузальной серіи: она направлена на созданіе *несчастія* (а не *причины несчастія*!), т. е. того вредоноснаго явленія, отъ котораго непосредственно пострадалъ потерпѣвшій.

И съ этой точки зрѣнія, поведеніе потерпѣвшаго квалифицируется виновнымъ не только въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ подвергъ себя опасности поврежденія по небрежности, лѣзости или легкомыслію, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ

<sup>1)</sup> *Eger*, о. с. 108—109. Жел. дорога, для сложенія съ себя ответственности, должна доказать не то, что истецъ причинилъ взрывъ парового котла, который его повредилъ, а то, что истецъ при взрывѣ котла потерпѣлъ *поврежденіе* черезъ самовину, нпр. вопреки запрещенію приближился къ паровозу.

нечаянно терпитъ ущербъ отъ такой силы, которую онъ не усмотрѣлъ и не предвидѣлъ по своей беззаботности и нерачительности. Вина здѣсь проявляется въ недостаткѣ попечительности, т. е. такой душевной дѣятельности, которая направлена къ познанію окружающихъ явленій и ихъ опасныхъ свойствъ.

Кто не вдумывается въ возможность опасности и не ищетъ средствъ къ отвращенію таковой, тотъ погрѣшаетъ противъ *diligentia boni patris familias*, которому свойственно не только предотвращать *явные* убытки, но и быть настолько вдумчивымъ, что бы предвидѣть скрытую опасность и ее избѣгнуть <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> *Hesse*, о. с. 209, 219; R. G. 4 Juli 05, Gruch. B. 50, 366.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Учение о причинной связи.

В Введении мы указали на то, что уяснение сущности *причинной связи* имѣетъ для учения о *зачетѣ вины* двойное значеніе:

1) о *зачетѣ вины* въ строгомъ смыслѣ этого слова можетъ быть рѣчь лишь въ томъ случаѣ, если между дѣяніемъ делинквента и вредомъ лежитъ причинная связь, не прерванная виной потерпѣвшаго (моментъ конститутивный);

2) при наличности всѣхъ условій, необходимыхъ для примѣненія принциповъ *зачета вины*, мы необходимо привлекаемъ ученіе о причинной связи для опредѣленія взаимнаго отношенія сторонъ къ результату; лишь въ тѣхъ доляхъ, въ которыхъ выразилось личное участіе каждой стороны въ воспроизведеніи вредоноснаго событія, мы распределяемъ отвѣтственность между ними (моментъ резолютивный).

Въ первомъ отношеніи,—въ зависимости отъ того или другого воззрѣнія на сущность причинной связи, (и въ частности,—признанія каузальной силы за *упущеніями*) опредѣляется болѣе или меньшій объемъ сферы технического зачета вины. Во-второмъ отношеніи, въ зависимости отъ того или другого воззрѣнія на сущность причинной связи опредѣляется возможность измѣренія степени *каузальнаго* участія каждой стороны въ созданіи событія, и, значитъ, разрѣшается вопросъ о самомъ *принципѣ каузальности*, какъ критеріи распределенія отвѣтственности между сторонами.

Къ поднятымъ вопросамъ относятся далеко не одинаково три указанныхъ нами во *Введеніи* господствующія направленія въ области каузальныхъ построеній.

Какъ увидимъ ниже, въ основаніи всѣхъ каузальныхъ теорій лежитъ одно общепризнанное положеніе: *причиной* явленія можетъ быть только то, что служитъ въ тоже время *условіемъ* наступленія этого явленія.

Нѣкоторые теоретики (школа *Birkmeyer'a*) не ограничиваются отысканіемъ разграничительнаго признака между *причиной* и *условіемъ*, а, имѣя въ виду практическія задачи ихъ работы, пытаются установить заравъ и руководящій принципъ для гражданской отвѣтственности за убытокъ. Практическая необходимость требовала выдѣленія изъ многихъ условій *одного* условія, какъ причины *κατ' ἑξοχήν*; «природа вещей» подсказывала выдѣлить условіе «наиболѣе содѣйствующее наступленію результата» [«die wirksamste Bedingung»], т. е. *то отдѣльное условіе, которое влечетъ за собой результатъ съ необходимостью*<sup>1)</sup>.

Съ этимъ выводомъ не совпадаетъ то опредѣленіе, которое вытекаетъ не изъ практическихъ, а чисто логическихъ выкладокъ. Господствующее направленіе въ философіи учить, что всякое измѣненіе явленій вызывается *совокупностью* предшествующихъ antecedentовъ.

Представители науки логики обычно дѣлаютъ отсюда тотъ выводъ, что *причиной*, въ отвлеченномъ смыслѣ слова, является весь кругъ предшествующихъ положительныхъ и

<sup>1)</sup> Въ этомъ же смыслѣ выражается: *Шопенгауеръ*. „О четверичномъ корнѣ закона достаточнаго основанія“, I § 20, стр. 35: „при болѣе точномъ изслѣдованіи мы находимъ, что *все состояніе* есть причина послѣдующаго явленія, при чемъ безразлично въ какомъ временномъ чередованіи слѣдовали отдѣльныя условія. Поэтому, можно въ отдѣльномъ случаѣ *послѣднее наступившее условіе* этого событія назвать причиной *κατ' ἑξοχήν*, такъ какъ оно завершаетъ кругъ необходимыхъ для этого условій“.—Ср. *Вундтъ*, Логика, I, 597: „Причина есть то условіе, изъ котораго качественно и количественно дѣйствіе можетъ быть создано непосредственно и полно“.

отрицательных факторовъ, обусловивших наступленіе даннаго результата <sup>1)</sup>.

Весь вопросъ сосредоточился на томъ: тождественны ли философско-логическое и юридическое понятія причины, или же эти понятія не тождественны?

Одни юристы <sup>2)</sup> разрѣшаютъ вопросъ въ смыслѣ единства понятія причины; другіе юристы <sup>3)</sup> выдвигали то соображеніе, что практическія потребности юриста не покрываются философскимъ опредѣленіемъ *причины*, ибо юристы не преслѣдуютъ каузальной серіи до послѣдняго звена: юридическое понятіе *причины* представляется имъ, какъ *часть общаго логическаго ученія о каузальности*.

Въ зависимости отъ этого, юристы разбились въ ученіи о причинной связи на два теченія: 1) философско-логическое и 2) строго юридическое.

Философское теченіе, особенно сильное въ сферѣ уголовной литературы (Buri, Liszt), исходитъ изъ слѣдующаго логическаго положенія: ни одинъ на свѣтѣ результатъ не зависитъ отъ одной причины, наоборотъ—для воспроизведенія каждаго результата необходима цѣлая совокупность условій.

Причиной конкретнаго событія является сумма всѣхъ необходимыхъ элементовъ (условій), изъ которыхъ ни одно не можетъ отпасть, безъ того, что бы не привести измѣненія въ этой суммѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ и въ результатѣ.

<sup>1)</sup> Милль, Система Логикъ, т. I, стр. 359.

<sup>2)</sup> Hass, о. с. Iher. Jahrb. XXXVII, 338: „der Begriff der Ursache ist auf allen Gebieten derselbe“; Traeger, о. с. 4: „es gebe keinen juristischen K. Z. H.“; Tuzina, Die civilrechtliche Haftung (1902), стр. 22; Linckelmann, о. с. 53; M. Gmür, о. с. 639; Schlossmann, Grünh. Z. VII, 544.

<sup>3)</sup> Endemann, Die Rechtswirkung etc., 7; Zitelmann, I, (1900), 154; Bar, Zur Lehre von der Culpa und K. Z. H. Grünh. Z. IV (1877), 36; Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und K. Z. H. im Strafrecht. Bd. 37, Gerichtssaal, стр. 257 и сл. Litten, о. с. 26; ср. Thering (Zweck im Rechte) стр. 8: „Die Herrschaft, die sich die Logik im Rechte anmasse, ist überhaupt nur eine erschlichene“. Изъ русскихъ юристовъ—И. Д. Сергеевскій. О значеніи причинной связи въ уголовномъ правѣ. Ярославль 1880, стр. 38.

Поэтому, каждое условіе—*необходимо*, и такъ какъ нѣтъ степеней въ понятіи *необходимости*,—всѣ условія одинаково необходимы для конкретнаго результата.

Съ философской точки зрѣнія каждое условіе равно необходимо, ибо дѣйствіе не можетъ наступить сколь долго недостаетъ хотя бы одного условія его наступленія. Отсюда дальнѣйшій выводъ: всѣ условія, которыя in casu привели къ извѣстному результату,—для этого результата *равноцѣпны*; ни одно изъ этихъ условій нельзя выдѣлить, какъ *настоящую причину*, и утверждать, что ему лишь принадлежитъ производящая сила. Одному условію придавать почетное званіе причины все равно, что дѣлать изъ одной посылки тысячи выводовъ. Каждое изъ безчисленнаго числа условій есть *причина*, и ни одна причина не смѣетъ претендовать на званіе причины κατ' ἐξουχίη.

Изъ этого безчисленнаго числа причинъ каждаго событія кругъ условій, интересующихъ насъ въ вопросѣ объ отвѣтственности, долженъ быть выдѣленъ при помощи момента *вины* (предвидѣніе результата) <sup>1)</sup>.

Таковы—основныя идеи *философско-логической школы Buri-Liszt* <sup>2)</sup>.

Строгое различеніе понятій *вины* и *причины* было поставлено въ заслугу этой школѣ и обезпечило ей успѣхъ въ ущербъ противному лагерю.

Однако, философская школа не могла объединить всѣхъ юристовъ. Ея исходный пунктъ, правда, не вызывалъ сомнѣній: причина должна быть искама въ кругу предшествующихъ

<sup>1)</sup> Glaser, Abhandl. I, 293: „Причинное отношеніе между человекомъ и явленіемъ получаетъ значеніе для уголовного права только тогда, когда оно можетъ быть возведено къ *Dolus* или *Culpa*“.—Крупную научную заслугу русскаго ученаго Сергеевскіи, о. с. 38—89, составляетъ строго научное разграниченіе вопроса о *причинной связи* въ общемъ логическомъ смыслѣ (cond. s. q. n.) отъ вопроса о *вмѣстимомъ* результатѣ.

<sup>2)</sup> Сергеевскій, I, с. называетъ это направленіе „теоріей общей причинной связи“.

нихъ факторовъ результата, но конечный выводъ ея, объемлющій въ понятіи *причина* весь комплексъ условій, не могъ не отшатнуть отъ нея юристовъ, ищущихъ практическое разрѣшеніе вопроса.

Многіе авторы, испугавшись безбрежности горизонта причинъ, открываемаго философскою теоріей, создали среднюю теорію между старою доктриною *одной* причины (Virkmeuser'a) хат' *ἕξουσι* и философскою теоріей (Vingé) и пытаются изъ безчисленнаго числа условій событія выдѣлить ограниченныи кругъ условій, который они обозначаютъ именемъ *причины*.

Различіе между причиною и простымъ условіемъ — утверждаютъ они — принадлежитъ къ жельзному постулату нашего мышленія и не можетъ быть отброшено признаніемъ, что одно условіе такъ же необходимо для результата, какъ и другое.

Это послѣднее положеніе имѣетъ лишь то *негативное* значеніе, что ни одно условіе не можетъ отсутствовать, если результатъ долженъ наступить и не исключаетъ того, что въ отношеніи *положительнаго дѣйствія* разныя условія имѣютъ различную долю участія въ результатѣ.

Другая точка зрѣнія ведетъ къ неприемлемымъ выводамъ. Если нпр., я свою лекцію затянулъ до 9 час. вечера, и по сѣтитель, возвращаясь домой, будетъ задавленъ лошадыми въ темнотѣ, — развѣ я отвѣчаю? Правда, не будь затяжки въ лекціи, несчастіе не случилось бы. Но, развѣ не оскорбляетъ чувство справедливости усматривать здѣсь наличность причинной связи? <sup>1)</sup>

Каузальныя теоріи: *причина хат' ἕξουσι* и *причина — conditio sine qua non* — ограничиваются изслѣдованіемъ обособленнаго конкретнаго случая <sup>2)</sup>, но это не соответствуетъ практическимъ цѣлямъ, которыя преслѣдуетъ судья. Представ-

<sup>1)</sup> G. Rümelin, Culpahaftung und Causalhaftung [Arch.-Pr. 88], стр. 285 слѣд.

<sup>2)</sup> Въ этомъ смыслѣ онѣ могутъ быть названы теоріями *индивидуализирующими*.

леніе, что извѣстное измѣненіе *причинено* даннымъ событіемъ есть результатъ нашего мышленія, которымъ мы связываемъ вѣщныя явленія. Причинная связьъ есть, такимъ образомъ, созданное наблюденіемъ представленіе о нормальномъ обычномъ ходѣ вещей, т. е. представленіе о неизбѣжности или вѣроятности результата послѣ извѣстнаго событія.

Путемъ обобщающаго наблюденія (т. е. возвышающагося надъ особенностями отдѣльнаго случая) юристъ приходитъ къ выводу, что за извѣстными явленіями слѣдуетъ съ нѣкоторою частотью извѣстныя измѣненія, и опредѣляетъ причиною то условіе, которое заставляетъ съ нѣкоторымъ правдоподобіемъ ждать результата — однороднаго съ наступившимъ. Послѣдствія, объективная возможность наступленія которыхъ вообще замѣтно не повышается черезъ опредѣленное дѣяніе, являюся *случайными* событіями и падаютъ на голову самого потерпѣвшаго.

Таковъ логическій ходъ мыслей, который привелъ юристовъ къ созданію теоріи *адекватнаго причиненія* (Kries, — Rümelin).

Согласно этой теоріи, условія должны быть изслѣдуемы не въ конкретной обстановкѣ, а въ ихъ общемъ значеніи, и возводятся въ рангъ *причинъ*, если они представляются обстоятельствами, *вообще* благоприятствующими наступленію даннаго рода результата.

Соотвѣтственно этому, адекватная теорія не ставитъ вопроса: могло ли *это* поведеніе привести къ *этому* результату; она формулируетъ вопросъ иначе: способно ли *подобное* поведеніе привести къ *подобному* результату.

Делинквентъ отвѣчаетъ лишь за послѣдствія своего дѣянія, т. е. за все, что слѣдуетъ *изъ* дѣянія, а не за все, что слѣдуетъ *за* дѣяніемъ <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Unger, Oesterreichische Vierteljahrsschrift Bd. 14, 116; Nussbaumer, Ueber das Mass des Schadensersatzes [Zürich, 1855], стр. 31—37.

Этимъ опредѣляется и отношеніе *адекватной* теоріи къ теоріи *причина* = «*conditio sine qua non*».

Адекватныя теоріи идутъ до известнаго момента рука въ руку съ каузальной теоріей «*conditio sine qua non*». Но онѣ не останавливаются надъ *conditio sine qua non*; а идутъ дальше, обобщая всѣ antecedенты—*in abstracto*.

Теорія философская имѣетъ за собой то, что она—единственная теорія, которая находится въ согласіи съ господствующими каузальными законами *логики*.

Теорія юридическая идетъ своимъ путемъ, имѣя руководителемъ лишь «правовое чувство». Она не отрицаетъ логичности построения за противной теоріей, но рѣшительно отвергаетъ монополию логическаго мышленія въ разрѣшеніи юридическихъ отношеній. Дашь обобщающая точка зрѣнія соответствуетъ развитому правовому чувству. «Сърому человѣку свойственно судить по конкретной каузальности отдѣльнаго случая. Утонченному правовому чувству свойственно обобщающее изслѣдованіе; оно требуетъ, что бы виновное поведеніе обсуждалось по тому значенію, которое оно вообще обладаетъ въ связи социальныхъ явленій и требуетъ изслѣдованія общихъ причинныхъ отношеній»<sup>1)</sup>.

Мы нарисовали въ поверхностныхъ штрихахъ общую картину развитія каузальныхъ теорій съ той цѣлью, что бы начертанная схема помогла читателю разобраться въ дальнейшемъ болѣе обстоятельномъ изслѣдованіи каждой каузальной теоріи отдѣльно, въ ихъ исходныхъ пунктахъ и ихъ взаимныхъ отношеніяхъ.

Изслѣдовать современныя теченія въ предѣлахъ каждой теоріи и выяснитъ отношеніе той или другой теоріи къ интересующимъ нашу тему вопросамъ,—каузальной силы упущенія.

<sup>1)</sup> *Kries*, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit. Vierteljahrsschrift für wissenschaft. Philosophie. XII (1888), 226.

о перерывѣ причинной связи и взвѣшиваніи каузальностей—составить предметъ послѣдующаго изложенія.

## I. Индивидуализирующія каузальныя теоріи.

### § 1. Теоріи общей причинной связи (теоріи философско-логическія).

I. Теорія *равноцѣнности всѣхъ условій* есть логическій выводъ изъ критики всѣхъ предшествующихъ каузальныхъ теорій<sup>1)</sup>. Если ни одно условіе не можетъ претендовать одно на званіе *причины*,—разсуждали велѣдъ за логистами и юристы, мы должны дать это званіе всей совокупности условій и считать ихъ всѣ равноцѣнными.

Эта идея уже была предвидѣна *Моммзеномъ* и *Виндшейдомъ*, но развиты и обоснованы эту теорію составляетъ великую заслугу *г. Buri*<sup>2)</sup> и *в. Liszt'a*<sup>3)</sup>, заложившихъ

<sup>1)</sup> *Liszt*, (Delictobligationen, 70) указываетъ на то, что адекватная теорія не признана В. Г. В. Ссылка противниковъ на § 252 В. Г. В. (iustum cessans) бездоказательна, такъ какъ адекватная теорія д. б. примѣнена повсюду, гдѣ рѣчь идетъ о *возможности* опредѣленнаго измѣненія. Въ криминалистической области адекватная теорія играетъ громадную роль тамъ, гдѣ д. б. установлена *опасность* известнаго дѣянія. Но въ области деликтныхъ об-вѣ рѣчь идетъ не о *угроженіи*, а о *оскорбленіи*, не о *возможности*, а о *дѣйствительности*: Здѣсь дѣйтель отвѣчаетъ не за то, что могло произойти, а за то, что произошло, все равно—отвѣчало ли наступленіе убытка обычному теченію вещей или же сдѣленіе событій было исключительно ненормальнымъ.

<sup>2)</sup> Въ ученіи *в. Buri* есть нѣкоторая неопредѣленность, объясняемая переменной его взглядовъ на взаимное отношеніе *вины* и *причины*. Такъ, раньше онъ привлекалъ моментъ *вины* къ опредѣленію *причины* (Zur Lehre von der Tötung. Go'td. Archiv. Bd. 11, (1863), 753—765). Но позднѣе самъ призналъ, что причина можетъ идти далѣе *вины*. (Ueber K. Z. H. und dessen Zurechnung. Goldd. Archiv. Bd. 14, (1866), 612). См. еще *в. Buri*: Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. Gerichtssaal. Bd. 21, (1869), Bd. 27; Verursachung und unterlassene Verhinderung. Abt. II Beil. Gerichtssaal. Bd. 29, 1—3; Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873; Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung 1860;—Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart, 1885.

<sup>3)</sup> *в. Liszt*, Die Delictobligationen [Berlin 1898]; die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht.

прочное основание новому направлению юридической науки<sup>1)</sup>.

Процесс возникновения известного явления всегда обязан взаимодействию многих сил, *совокупность* которых рассматривается, как *причина* данного явления. Но и каждую отдельную силу, взятую саму по себе мы можем считать за причину явления, так как последнее, так тесно связано с каждой отдельной силой, что если из причинной связи откинуть хоть одну отдельную силу, отпадает наступление конкретного результата<sup>2)</sup>.

Таким образом, для установления того, — является ли данный antecedent условием, философско-логическая школа прибегает к такого рода умственной операции: она рассматривает, что было бы, если бы *ceteris paribus* откинуть данный antecedent. Если наступит тот же самый результат, — данное обстоятельство не имеет характера условия (безразличный antecedent). Иначе — оно условие.

Всякий antecedent, отпадение которого имеет последствием, что наступивший результат (или состояние) вообще подпадает не под установленную законом категорию явлений

<sup>1)</sup> *Cosack*, о. с. § 90, IV, 1; *Fr. Endemann*, Rechtswirkungen, 7; *Landberg*, Die sogen. Kommissivdelikte durch Unterlassungen (Freib. 1891), 41; *Schollmeyer*, § 253 Anm. 4; *Eger*, о. с. 142; *K. Köhler*, о. с. 56; *Radbruch*, о. с. 3; *Th. Elsner*, Die Gesamthaftung (1901), 32; *Piper*, о. с. 18; *W. Brünneck*, Die herrschende Kausalitätstheorie [Halle 1897] стр. 3—27; *Kühlenbeck*, о. с. 64; *Ennesceus*, I, 403; *R. Gies*, о. с. 107 примыкает к *v. Buri*, но изменяет его конструкцию: „право не ищет *причины* явлений; оно не спрашивает, если действие *A* есть *причина* убытка, а только — есть ли между действием и убытком каузальное отношение. Все что право может требовать от *условия* это то, что бы оно было существенно для произведения убытка“.

<sup>2)</sup> *Liszt*, о. с. 68 „Ursache ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Eintritt des eingetretenen Erfolgs entfallen müsste“. Къ тому же результату, но через другой ход мысли приходит *Radbruch*, (о. с. 3): „что бы быть *причиной* результата нетъ надобности создать самому *все* условия, можно использовать уже наличные обстоятельства и покрыть лишь пробелы въ комплексъ условий, необходимыхъ для воспроизведения намеченнаго действия, созданием недостающаго условия“.

*W*. [смерть, повреждение здоровья, порча вещи...], а въ его противоположность: *non—W* [сохранение жизни и т. д.] есть причина явления<sup>1)</sup>.

И это касается не только техъ условий, которые вызываютъ действие съ необходимостью [шир. безусловно смертельная рана], но вообще всехъ факторовъ, которые въ связи съ особыми роковыми условиями данного случая или въ связи съ необычнымъ свойствомъ вещи или лица приводятъ къ чрезвычайному результату непосредственно или посредственно<sup>2)</sup>.

Ответственность лица простирается вообще на всё последствие, обнимаемая каузальной серией: и безъ различия того, — произошли ли некоторые изъ случайныхъ условий со стороны, или лежали изначала въ лицѣ самого потерпевшаго<sup>3)</sup>. Кто, напр. ударить другого въ голову, тотъ отвечаетъ и за убытокъ, который возникъ черезъ необычную чувствительность головы потерпевшаго<sup>4)</sup>: делаясь условиемъ наступления результата, воспроизводимого въ связи съ другими случайными событиями, и это достаточно для обоснования его полной ответственности за весь убытокъ.

Изъ того положения, что всё силы, изъ которыхъ составилъ инкриминируемый результатъ, равно существенны для реального наступления последнего, философско-логическая теория дѣлаетъ тотъ дальнѣйшій выводъ, что всякое «судьб-

<sup>1)</sup> Если черезъ отпадение известного обстоятельства измененный конкретный результатъ остается въ пределахъ категории *W*, то это обстоятельство, — по учению философско-логической школы, является тогда *условием—причиной*, если изменение юридически *важно*, касательно места, времени и размаха повреждения. Философская школа не считается со *всеми* особенностями, вызванными даннымъ условиемъ; она интересуется лишь важными изменениями въ событии. Такимъ образомъ, философская школа, такъ же какъ и адекватная теория, подвергаетъ результатъ известному обобщению.

<sup>2)</sup> *Traeger*, о. с. 40—48; *v. Liszt*, о. с. 68—71; *Lammersch*, о. с. Grünh. Z. IX, 251.

<sup>3)</sup> *Cohnfeldt*, о. с. 88; *Levison*, о. с. 53; *Kühlenbeck*, о. с. 64.

<sup>4)</sup> *Schollmeyer*, о. с. 38; *Radbruch*, о. с. 69; *Mataja*, о. с. 279; *Linckelmann*, о. с. 51.

ствующее условие является причиной *всего результата* въ *цѣломъ*»<sup>1)</sup>. И въ этомъ указаніи на недѣлимость, обективное единство результата новая теорія черпала новые аргументы въ пользу обоснованія своего коренного тезиса: тождество *причины* и *условія*»<sup>2)</sup>. Результатъ не можетъ быть разложенъ на части такъ, что бы можно было сказать, что онъ въ одной части порожденъ однимъ условіемъ, въ другой части—другимъ условіемъ; даже мысленно мы не можемъ себѣ представить результата, какъ простой агрегатъ дѣйствующихъ силъ, и отводить каждой составной силѣ особую спеціальную роль въ результатѣ. Вслѣдствіе единства результата всякое содѣйствующее условіе для послѣдняго должно быть разсматриваемо, какъ причина *всего* результата. Поэтому, каждое условіе равноцѣнно для результата въ его полномъ объемѣ<sup>3)</sup>.

II. Таковы основныя положенія философско-логической школы. Уже изложенными тезисами опредѣляется отношеніе ея къ вѣковому вопросу о каузальности *упущенія*.

«Упущеніе» есть человѣческое поведеніе, которому не соответствуетъ какое либо опредѣленное внѣшнее движеніе.

Человѣкъ видитъ гибель ближняго въ волнахъ рѣки и не спѣшитъ къ нему на помощь.

Хозяинъ видитъ течь изъ своей бочки съ виномъ и не затыкаетъ отверстія.

Для тѣхъ авторовъ, которые ищутъ въ причинѣ «спе transformation de force»,—конечно, чисто негативныя (пассивныя) условія, лишеныя всякой силы, не могутъ участвовать въ созданіи результата.

<sup>1)</sup> v. Buri, Gerichtssaal XXIX, 269: „Jede Mitwirkamkeit den ganzen Erfolg verursacht“.

<sup>2)</sup> v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen, 1, 18 et passim.

<sup>3)</sup> Liszt, о. с. 79.

На другой точкѣ зрѣнія стоитъ философско-логическая теорія<sup>1)</sup>, которая причинной событія разсматриваетъ совокупность всѣхъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя достаточны для созданія событія; для нея не можетъ быть рѣчи о томъ, что такая причина способна образоваться изъ однихъ упущеній. Но во всякомъ событіи, рядомъ съ упущеніями, каузальность которыхъ изслѣдуется, должно имѣть мѣсто еще положительное активное движеніе силъ природы или человѣка.

Опредѣляя причину, какъ совокупность *всѣхъ* условій, за которыми неизмѣнно слѣдуетъ результатъ, теорія не можетъ ограничиваться лишь положительными условіями; ибо послѣднія могутъ имѣть мѣсто, но результатъ все же не послѣдуетъ, если воспрепятствовало какое либо негативное условіе.

Упущенію потому свойственна каузальнаѣя сила, что безъ него событіе не имѣло бы мѣста<sup>2)</sup>.

Совершенно не важно,—обязанъ ли былъ упуститель къ дѣйствію, ибо нарушеніе правовой обязанности<sup>3)</sup> или

<sup>1)</sup> Противники ея ссылаются на афоризмъ: „Aus Nichts wird Nichts“. По мнѣнію Landsberg'a надо ставить вопросъ иначе: „durch Nichts kann Nichts werden“. „Aus Nichts“ относится до возникновенія субстанціи, силы, матеріи; „durch Nichts“—до наступленія событій (о. с. 93).—*Причина* въ логическомъ смыслѣ есть лишь предпосылка заключенія,—положеніе же „изъ ничего—ничто“ относится до физической (и метафизической) каузальности. (Kuhlenbeck, о. с. 65—67).—Причина есть не обстоятельство, изъ себя вызывающее результатъ, а сумма всѣхъ условій при которыхъ извѣстный результатъ наступаетъ съ необходимостью. Отсюда различіе между *причинять* и *производить* (wirken). Упущеніе *причиняетъ*, но не *производитъ* (Landsberg, о. с. 100—102).

<sup>2)</sup> Landsberg, о. с. 110—115: Событіе имѣло мѣсто потому, что 1) отдѣльныя силы выразили извѣстныя дѣйствія, 2) не было никакихъ другихъ силъ, которыя могли имѣть активное вліяніе на событіе, 3) окружающіе люди, которые могли съ вліяніемъ дѣйствовать на событіе не дѣйствовали.—„Jede Unterlassung causal ist für jeden Erfolg, welcher durch Tätigkeit hätte vermieden werden können“ (о. с. 234). На почвѣ толкованія В. Г. В. за каузальность упущеній: *Ennecerus*, о. с. 404; *Schollmeyer*, о. с. 42.

<sup>3)</sup> v. Liszt, о. с. 74: *Luden*, Abhandlungen I, 470; *Landsberg*, 22—32; *Krug*, Abhandl. II, 21; *Contra: Rohland*, Die Kausallehre des Strafrechts

нарушение ожиданий и чаяний третьих лиц <sup>1)</sup> не существенно для объективного понятия причинности. Для исследования каузальной стороны важно лишь внешнее поведение <sup>2)</sup>,— все равно соответствует ли ему известное внутреннее субъективное настроение или нет: объекта дѣянія есть принципъ *вини*, а не *причиненія*.

III. Не трудно видѣть, что конструкция понятія *причины*, согласно философско-логической школѣ, лишаетъ содержания все ученіе о такъ называемомъ *перерывѣ причинной связи*. Всякій, кто созданиемъ одного условія прикосновененъ къ деликтному составу дѣянія, отвѣчаетъ солидарно со всеми прочими содѣятелями за причиненный убытокъ.

Причинная связь не прерывается черезъ привождение небрежности и даже умысла третьяго лица или самого потерпѣвшаго, такъ какъ безъ перваго дѣянія результатъ не наступилъ бы.

Если, напр. *A* ранитъ *B*. Рана вызываетъ необходимость переноса *B* въ госпиталь, который сгораетъ, и *B* погибаетъ въ пламени. *A* отвѣчаетъ за гибель *B*, такъ какъ его дѣяніе (пораненіе) стоитъ въ условномъ отношеніи къ конечному вреду (смерть).

Тоже самое, если раненый лишенъ ухода домашнихъ и умираетъ.

(1903), 41: „nur insoweit eine Rechtspflicht besteht, auf Grund deren ein Handeln erwartet werden durfte... ist die Unterlassung kausal; его же: Die strafbare Unterlassung [Dorpat. 1887], 117—122.

<sup>1)</sup> *v. Buri*, о. с. Gerichtssaal Bd. 21, Bd. 27; *Radbruch*, Handlungsbe-  
griff, 131 и сл. Contra: *Liszt*, Lehrbuch, IV: „Nicht-Eintritt eines hindernden  
Ereignisses kausal ist... und zwar das nicht tun, was erwartet, was gesollt wurde“.

<sup>2)</sup> *Landsberg*, о. с. 41—43 и *Buri* допускаютъ каузальность упущеній,  
но слагаютъ предшествующую положительную дѣятельность и послѣдующее  
бездѣйствіе въ одинъ актъ. *v. Buri*, Ueber Causalität, 99: упущеніе вѣдъ пред-  
шествующей дѣятельности имѣетъ лишь этическое значеніе; Gerichtssaal, 21,  
139: каузальность упущеній въ уничтоженіи противодѣйствующихъ условій.  
Contra: *Ortmann*, Gerichtssaal 1874, II, 6, 28.

Въ этомъ единствѣ результата лежитъ единство дѣйствія и вмѣстѣ съ тѣмъ—деликта. Здѣсь не два деликта: поране- ніе и смерть, а одинъ—смерть, за которую и отвѣчаетъ де- ликтанти, положившій одно изъ условій результата <sup>1)</sup>.

И этотъ принципъ не терпитъ, съ теоретической точки зрѣнія, никакого ограниченія даже въ тѣхъ случаяхъ, когда въ текущую каузальную серію приводитъ не сторонняя сила, а *вина самого потерпѣвшаго*,—въ чемъ бы послѣдняя ни заключалась—въ упущеніи <sup>2)</sup> или въ положительномъ дѣяніи <sup>3)</sup>.

Нѣкоторые юристы той же школы, очевидно, подъ влия- ніемъ практической потребности найти требуемое ст. 254 Герм. Уложенія ограниченіе причинной связи, считаютъ, од- нако, возможнымъ примирить ихъ условно-каузальную теорію съ ученіемъ о перерывѣ причинной связи.

Они утверждаютъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда каузаль- ная серія, исходящая отъ деликтанта наталкивается на каузальную серію, исходящую отъ потерпѣвшаго,—съ общей точки зрѣнія мы имѣемъ на лицо причинную связь между первоначальнымъ деликтомъ и конечнымъ результатомъ, но *законъ больше не считается съ этой юридической связью*, т. е. тамъ, гдѣ законъ говоритъ о *причиненіи* онъ предпо- лагаетъ лишь тѣ причины, которыя не потерпѣли *перерыва*.

Этотъ путь выбралъ *Liszt* для уголовного права <sup>4)</sup>, а

<sup>1)</sup> *v. Liszt*, о. с. 79: Листвъ подтвержденіе своей теоріи находятъ въ § 830 B. G. B.: „Anstifter und Gehilfen stehen Mithätern gleich“.

<sup>2)</sup> *v. Buri*, Ueber Causalität, 75: „Непостижимо, какимъ образомъ, если поврежденіе течетъ своимъ естественнымъ путемъ (т. е. если не приводить къ поврежденію какихъ либо *положительными* вредными влияніи), конечный ре- зультатъ поврежденія могъ быть приписанъ другимъ силамъ, чѣмъ тѣмъ, коими виновно пользовалось дѣйствующее лицо“.

<sup>3)</sup> Нѣкоторые послѣдователи Листвъ указываютъ на *вину*, какъ на прин- ципъ умиротворяющей отвѣтственности: *Grieg*, 136; *v. Buri* (о. с. 75), независимо отъ вопроса о перерывѣ причинной связи, считаетъ важнымъ для установле- нія *ответственности* вопросъ: „могъ ли или нѣтъ правонарушителя ожидать это дѣяніе или нѣтъ?“.

<sup>4)</sup> *v. Liszt*, Strafr. § 28, III, 2.—Листвъ принимаетъ перерывъ причи- нной связи и въ гражд. пр. на почвѣ толкованія § 254 B. G. B.: „Если *A*



*Endemann*<sup>1)</sup>, *Piper*<sup>2)</sup> и *Schollmeyer*<sup>3)</sup> приспособили его теорию для гражданского права. Эти юристы говорят о перерыве причинной связи тогда, когда была уже положена причина результата, но вторгается вторая вполне самостоятельная причина, которая перескакивает течение каузальной серии так, что она одна вызывает результат. Через привхождение новой причины первая причина, так сказать, лишается ее функции.

IV. Больше единодушия у представителей разбираемой школы мы наблюдаемъ по вопросу о приемахъ, которые долженъ примѣнять судья при распредѣленіи убытковъ между делинквентомъ и потерпѣвшимъ при участіи обоюдной вины въ созданіи вреда.

Съ точки зрѣнія этой теоріи, такимъ приемомъ не можетъ быть «взвѣшивание каузальностей», исходящихъ отъ той и другой стороны. Въ области «зачета вины» вопросъ надо ставить въ отрицательной формѣ: наступилъ ли бы вредъ, если поведеніе потерпѣвшаго не имѣло бы мѣста? Такъ какъ причинная связь между результатомъ и поведеніями обѣихъ сторонъ должна быть на лицо, то отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть отрицательный. Но если каждое изъ обонхъ условій есть *conditio sine qua non* наступившаго вреда, то

склоняетъ *B* къ самоубійству или передаетъ револьверъ преступнику въ тюрьмѣ, дабы онъ избѣгъ позора приговора, то черезъ самоубійство *B* перерывается причинная связь между поведеніемъ *A* и имущественной утратой родственниковъ покойнаго" (Delictsohl. 82); т. е. Лишь принимается перерывъ причинной связи лишь тогда, когда второе событіе было свободное и умышленное дѣяніе амнигаемаго лица. [Противъ него *Liepmann*, о. с. 63; *Wieschowsky*, о. с. 31]. Ср. еще въ старой литературы. *Krug*, Abhandlungen (Kommentar IV) 1855, стр. 67—68.

<sup>1)</sup> *Endemann*, Lehrbuch § 129 sub IV, 576.

<sup>2)</sup> *Piper*, о. с. 18.

<sup>3)</sup> *Schollmeyer*, о. с. 38—39: „Причинная связь прервана тѣмъ, что убытокъ, навѣрно, наступилъ бы и безъ вредоноснаго событія; она можетъ быть прервана черезъ конкурирующую вину потерпѣвшаго“.

ихъ дѣйствіе не можетъ быть неравнымъ, касательно результата. Въ самомъ дѣлѣ, позитивное дѣйствіе каждаго условія неисчислимо и недѣлимо, такъ какъ оно нераздѣльно связано съ содѣйствіемъ *всѣхъ* условій. Недостача каждаго отдѣльнаго условія имѣла бы послѣдствіемъ одинъ и тотъ же результатъ: ненастунленіе вреда<sup>1)</sup>.

А разъ *каузальность* есть принципъ строгій и неэластичный и совершенно негодный къ тому употребленію, которое хотѣли изъ него сдѣлать, то для распредѣленія убытковъ между сторонами единственно мыслимымъ критеріемъ остается принципъ *вины*. Вина подлежитъ градуации на тысячи степеней; судья имѣетъ въ немъ очень глбкій инструментъ, который позволяетъ ему считаться со всѣми нюансами и «обстоятельствами дѣла».

V. Разсмотрѣніе *каузальной* философско-логической теоріи приводитъ насъ въ спеціальной области *зачета вины* къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Школа *Buri-Liszt'a* не придаетъ виновному поведенію потерпѣвшаго, приводящему въ теченіе каузальной серии, заложенной делинквентомъ, значенія момента, способнаго прервать причинную связь между деликтомъ и конечнымъ убыткомъ.

<sup>1)</sup> Едва ли не всѣ юристы согласны въ томъ, что въ § 254 В. Г. В. [„vorwiegend... verursacht worden ist“] надо видѣть отступленіе закона отъ общаго понятія причины, принятаго В. Г. В. въ сторону признанія каузальной теоріи *Burkmeijera*. *Gies*, о. с. 76, 163; *Liszt*, о. с. 81; *Endemann*, I, § 129, № 2; § 132, 1; а; *Schollmeyer*, zu § 254, № 5.—Но, по ихъ мнѣнію, примѣнять строго правило § 254 В. Г. В. свыше человѣческихъ силъ. *Köhler*, о. с. 56; *Gies*, 76: „Au dessus du droit positif, il y a la logique; aucun article de Code ne parviendra, à imposer une distinction que la nature des choses ne permet pas d'opérer“.—Лишь *Schollmeyer*, 43 строго стоитъ на буквахъ закона: преимущественная причина та, которая развила „die grösste Triebkraft“. Также *Endemann*, Lehrbuch, I (изд. 81), стр. 731, съ одной стороны онъ примыкаетъ къ теоріи *cond. s. q. n.*, съ другой стороны, ему кажется „nach der practischen Lebenserfahrung nicht alle Bedingungen als gleichwertig“.

2) Каузальной силой обладают и *упущения*, а поэтому *пассивное поведение* потерпевшего способно служить *сопричиной* результата.

3) При наличности, обоюдной вины в создании вреда, единственным масштабом для распределения убытков между делинквентом и потерпевшим является принцип *вины*, а не принцип *причинности*.

VI. Обращаясь к критикѣ изложенной теоріи, мы должны, прежде всего, констатировать, что возраженія противъ этой теоріи черпаются не столько изъ области *логики*, сколько изъ юридической области—толкованія закона и соображеній справедливости.

Юристы всѣхъ направленій <sup>1)</sup> признали, что эта теорія есть общая база, изъ которой должны исходить всѣ каузальныя теоріи въ правѣ.

Но философское понятіе *причины* для правовой области цѣнно лишь постольку, поскольку устанавливаетъ слѣдующее положеніе: отвѣчаетъ только тотъ, чье дѣяніе принадлежитъ къ antecedентамъ результата.

Съ другой стороны, нельзя остановиться на характерѣ *условія*, и удовлетвориться имъ для опредѣленія понятія *причины*. Философско-логическая теорія подкупаетъ своей простотой и выполняетъ вполне свою задачу во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда закономъ для отвѣтственности, кромѣ *причиненія* требуется еще *вина*, касательно всего объема вреда.

Въ этихъ случаяхъ требованіе *вины* предотвращаетъ опасность слишкомъ широкой отвѣтственности. Но, съ обще философскимъ понятіемъ *причины* наука не можетъ прийти ни къ какимъ практическимъ выводамъ въ тѣхъ случаяхъ,

<sup>1)</sup> *Litten*, о. с. 31; *Traeger*, о. с. 73—79; *Hass*, о. с. Iher. Jahrb. 37, 346; *Birkmeyer*, Ueber Ursachenbegriff und K. Z. H. (Stuttgart 1885), 7.

когда отвѣтственность не основана на винѣ (*obligatio e lege*).

Она должна найти такое положеніе, которое не ведетъ въ безконечность, которое изъ ряда *условій* выдвигаетъ *причину*, или *кругъ причинъ* <sup>1)</sup>.

Отыскивая изъ безчисленнаго числа *условій* ограниченный кругъ *условій-причинъ*, мы должны исходить изъ того предположенія, что каждая причина есть *conditio sine qua non* результата. Съ этой точки зрѣнія всѣ причины по отношенію къ результату равноцѣпны. Но эта равноцѣпность условій—чисто негативнаго свойства: она существуетъ лишь въ томъ негативномъ смыслѣ, что ни одно условіе не должно отсутствовать.

Но изъ того, что каждое условіе существенно необходимо для результата, такъ что съ отпаденіемъ условія отпадаетъ результатъ—вовсе не слѣдуетъ, что всѣ отдѣльныя условія равноцѣпны другъ передъ другомъ, т. е. что каждое условіе или порождаетъ *весь* результатъ или *вовсе ничего*.

Каждое условіе можетъ быть *conditio sine qua non* и все же отдѣльно взятое—порождать лишь часть результата. Эти два положенія логически вполне совмѣстимы. Если, напр.  $5+2+3=10$ , то каждый факторъ одинаково необходимъ для результата въ томъ негативномъ смыслѣ, что онъ не можетъ быть откинутъ безъ того, что бы не отпалъ весь результатъ. Но въ то же время положительное участіе каждаго фактора въ результатѣ различно <sup>2)</sup>.

Тѣмъ самымъ отпадаетъ и другое положеніе критикуемой теоріи о *недѣлимости результата*.

Это положеніе исходить изъ предпосылокъ:—причина

<sup>1)</sup> *Heimer*, Ueber den Begriff der fahrl. Täterschaft (Strassb. 1895) 12; *Liepmann*, Einleitung. 54—67; *Merkel*, о. с. 106, v. *Kries*, 399, *Birkmeyer*, о. с. 12; *Thyren*, Abhandlungen I (1894), стр. 26.

<sup>2)</sup> *R. Schmidt*, о. с. 12; Cp. *Dernburg*, Das B. R. II, 1, 65; *Matthias*, Lehrbuch I, 315; *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten II, 122; *Linckelmann*, о. с. 52.

есть совокупность условий результата,—причина есть каждое отдельное условие результата.

Оба эти положения исключают друг друга <sup>1)</sup>.

Если совокупность условий вызывает результат, то невозможно, что бы отдельное условие вызывало весь результат. Съ тѣмъ же правомъ мы могли бы утверждать, что ни одно условие не содѣйствовало результату. Если исходить изъ единства результата, то что бы не запутаться въ противорѣчii, мы не можемъ извлечь отдельнаго условия изъ комплекса условий.

Остается признать причиной всю совокупность условий. Но если причина есть совокупность условий, то каждая содѣйствующая сила можетъ состоять всегда лишь въ частичномъ осуществленii результата, и мы должны признать, такимъ образомъ, дѣлимость результата <sup>2)</sup>.

Во всѣхъ аргументахъ *Buri* утверждение единства результата является другимъ выраженiемъ утверждения, что всякое условие порождаетъ весь результат, т. е. всякое условие есть причина. Тожество условия и причины, такимъ образомъ, въ его аргументахъ предположены уже изначала, тогда какъ это должно быть сначала доказано.

Итакъ, философско-логическая теорiя ни въ исходномъ ея пунктѣ, ни въ конечныхъ выводахъ не можетъ удовлетворить ни запросовъ практика, ни требованii теоретика.

Характерно то, что представители философской школы,

<sup>1)</sup> *Bich*, о. с. 11: Въ основанii построенiя *Buri* лежитъ такой расчетъ:

$$\begin{aligned} x+y+z \text{ (условiя)} &= E \text{ (результатъ)} \\ x+y &= 0. \end{aligned}$$

$$\text{Итакъ } z = E.$$

Это вздоръ! Ибо, рассуждая логически, мы приходимъ къ абсурду:  $x=E$ ;  $y=E$ ;  $z=E$ ; и все же  $x+y=0$ !

<sup>2)</sup> *Birkmeyer*, о. с. 308: „Если бы могли ясно обозрѣть всю совокупность жизненныхъ условий и ихъ взаимность, то мы могли бы признать даже смерть за дѣлимый результатъ“.

говоря объ условiяхъ, сами не могли выбросить за бортъ факторъ *Wirkens* (*wirken*), образующий корень и душу общепринятаго понятiя причины.

Эти «условiя» понимаются ими не въ смыслѣ безконечнаго сдѣлениа antecedentovъ со слѣдующимъ событiемъ.

Сознательно или безсознательно они вносятъ въ миллевское понятiе причины обывательскую точку зрѣнiя на причину, какъ на дѣйствующую силу.

Они говорятъ о «дѣйствующихъ», «влиятельныхъ», «содѣйствующихъ», «вызывающихъ» условiяхъ <sup>1)</sup>.

Уже эта терминологiя въ конецъ компрометируетъ философско-логическую теорiю причиненiя.

## § 2. Теорiя различенiя причины и повода [теорiя: причина— «κατ' ἐξουχην»].

Въ этомъ направленiи мы можемъ различить два теченiя:

А) понятiе причины выводится изъ объективныхъ отношенiй (причина есть условiе, квалифицируемое по его объективному свойству);

В) понятiе причины опредѣляется лишь по субъективнымъ сужденiямъ индивидуума.

Разсмотримъ оба направленiя отдѣльно.

<sup>1)</sup> *Arn. Horn*, Causalitäts—und Wirkensbegriff, Gerichtssaal. Bd. 54 Н. 5—6, 325; *v. Buri*, Gerichtssaal, Bd. 25, 238; *Schollmeyer*, 43; *Liszt*, о. с. 104. Ученiе *Buri* [Gerichtssaal, Bd. 29, 269] о „промежуточныхъ причинахъ“ особенно ясно обнаруживаетъ непослѣдовательность приверженцевъ теорiи *Milla*. Онъ говоритъ: если смертельно раненный будетъ убитъ молнiей на мѣстѣ пораненiя, можетъ быть рѣчь не о перерывѣ причинной связи, а о незначности причинной связи. Между раной и смертью нѣтъ никакой причинной связи. Лишь тогда пораненiе надо разсматривать, какъ условiе смерти, когда смерть *вызвана* [sic! „herbeigeführt ist“] раной.

А. Объективная каузальная теория хат' ёоуху.

I. Въ литературѣ вопроса была сдѣлана попытка дифференцировать *условія* по объективному масштабу и выдѣлить изъ нихъ особое условіе, отличающееся особымъ свойствомъ, въ качествѣ главной, рѣшительной «рождающей» причины. Эта теорія объясняетъ перемѣны въ явленіяхъ исключительно путемъ изслѣдованія конкретныхъ отношеній отдѣльнаго случая.

Подобное изслѣдованіе учитъ, что по внутренней природѣ условія могутъ быть разбиты на двѣ группы: одни условія служатъ воспроизведенію извѣстной силы, энергіи: они порождаютъ результатъ. Это—*причины!*

Другія условія приходятъ лишь для того, что бы позволить первымъ обнаружить свое дѣйствіе; они не порождаютъ результата, они дѣлаютъ его лишь возможнымъ. Это суть *условія!* Они создаютъ лишь обстановку, въ которой первыя условія (причины) проявляютъ свою силу<sup>1)</sup>.

То же изслѣдованіе учитъ, что всякое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ есть результатъ борьбы однихъ силъ надъ другими,—силъ разрушающихъ надъ силами стремящимися къ сохраненію *status quo*.

Причиненіе извѣстнаго измѣненія идентично съ нарушеніемъ равновѣсія между двумя категоріями условій: удерживающими (негативными) и способствующими (позитивными) въ пользу послѣднихъ. Отсюда выводъ: «Человѣкъ *причиняетъ* что либо поскольку онъ обуславливаетъ превос-

<sup>1)</sup> Pfäfer, Zur Lehre vom K. Z. H. Gerichtssaal, XXVII (1875); 549: „Причина и условіе послѣдствія или явленія должны быть различаемы: причина *производитъ* (bewirkt), условіе *дѣлаетъ возможнымъ* (ermöglicht) явленіе: только причина, но не условіе обладаетъ *продуктивной силой* (ist produktiv); для того, что бы послѣдствіе, сдѣланное возможнымъ черезъ условіе, дѣйствительно возникло, необходимо присоединеніе дѣйствительнаго обстоятельство; отъ условія независимаго.—Ortmann, Ein Schlusswort, etc. Gerichtssaal XXVII (1875); 211: „Понятію причины соответствуетъ понятіе *дѣйствительности*, а понятію условія понятіе *возможности*“.

ходство содѣйствующихъ условій надъ условіями препятствующими»<sup>1)</sup>.

Этимъ выводомъ разрѣшается одна сторона вопроса. Остается еще другой вопросъ: *идетъ конецъ дѣйствованія?* Пока рѣшающее условіе не достигло надлежащаго развитія, до тѣхъ поръ явленіе невозможно; оно превращается въ *причину* въ тотъ моментъ, когда послѣдствіе становится *необходимостью*, т. е. когда оно или вовсе неотклонимо, или можетъ быть отклонено лишь съ помощью новой силы, въ комбинаціи не участвовавшей.

«Причина, изъ которой послѣдствіе *не вытекаетъ съ необходимостью*, также немыслима, какъ и послѣдствіе безъ причины». Такимъ образомъ, причиной можетъ быть признана только послѣдняя по времени дѣйствія сила, съ наступленіемъ которой явленіе слѣдуетъ съ неизбѣжностью.

Такова—знаменитая формула *Биндинга*<sup>2)</sup>.

Эта формула была развита и приурочена къ практикѣ *Birkmeyer*<sup>3)</sup> омъ.

Отношеніе между дѣйствіемъ и причиной—согласно его теоріи<sup>3)</sup>—есть отношеніе необходимости. Мы можемъ называть причиной лишь то условіе, которое порождаетъ съ необходимостью результатъ. Изъ понятія *причины* слѣдуетъ не *равноцѣнность*, а принципиальное неравенство условій, дѣйствующихихъ силъ. Каждое условіе должно продуцировать ка-

<sup>1)</sup> Binding, Normen I, 41: „Всякое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ есть результатъ побѣдоносной борьбы одной силы съ другою, элементовъ, разрушающихъ данное положеніе, съ элементами, его сохраняющими или влекущими по другому направленію. Когда человеческая дѣятельность участвуетъ въ произведеніи какого либо измѣненія, то это можетъ происходить двумя способами: или человеческая дѣятельность усиливаетъ условія, содѣйствующія послѣдствію, или ослабляетъ условія, противодѣйствующія“. Такова же формула *Ortmann's*. Gerichtssaal, 1876, стр. 82.

<sup>2)</sup> Binding, Normen I, 38—44 (1 Aufl.); 112 и слѣд., (2 Aufl.), II, 112—113, 206—266. Ср. *Schwarze*, „Ueber den Umfang der Zurechnung“. Goldt. Arch. X (1862), 329.

<sup>3)</sup> Birkmeyer, о. с. 6—7.

кую либо часть результата,—хотя бы мы в большинствѣ случаевъ и не были въ состояніи точно опредѣлить эту долю и обозначить ее цифрой.

Практическая потребность требуетъ отличить одно изъ условий отъ прочихъ, какъ причину, и природа вещей указываетъ намъ на наиболѣе дѣятельное условіе, какъ на причину—*κατ' ἐξοχήν*.

Такимъ образомъ, причина есть то изъ условий результата, которое содѣйствовало болѣе, чѣмъ прочія условія созданію результата <sup>1)</sup>.

Разъ дѣло идетъ о положительномъ, а не объ отрицательномъ значеніи отдѣльнаго условія результата, то указаніе на равную необходимость каждаго условія для результата не опровергаетъ теоріи *причины κατ' ἐξοχήν*. Правда, въ большинствѣ случаевъ будетъ чрезвычайно трудно для слабыхъ человѣческихъ силъ узнать съ абсолютной опредѣленностью различную степень содѣйствія отдѣльнаго условія въ дѣлѣ наступленія результата. Но это затрудненіе въ доказательствѣ не должно быть смѣшиваемо съ сущностью вопроса. «Судья съ практическимъ тактомъ и здравымъ смысломъ сумѣетъ примѣнить теорію *κατ' ἐξοχήν* согласно съ практическими потребностями жизни» <sup>2)</sup>.

Эта конструкція не исключаетъ и возможности существованія нѣсколькихъ причинъ одного и того же результата: каждое условіе, болѣе сильное, чѣмъ оставшаяся группа условий будетъ одна изъ со-причинъ явленія <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Birkmeyer*, о. с. 15—18.

<sup>2)</sup> *Birkmeyer*, о. с. 18—19, *Tuzina*, о. с. 29—33; *Matthias*, о. с. 347; *R. Horn*, *Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrechte* (Leipzig. 1893), 3; *Dernburg*, *Pand. II*, 120 различаетъ *Ursache* отъ *Veranlassung*.

<sup>3)</sup> *Birkmeyer*, *Амп.* 90: «Мы имѣемъ нѣсколько причинъ, если изъ условий *a* и *b* изъ результата каждое изъ нихъ содѣйствовало результату болѣе другихъ оставшихся условий. „Diese Annahme wird aber auch dann schon gestattet sein, wenn die Bedingungen *a* und *b* zwar in verschiedenem Masse zum Erfolg beitragen, aber jede von ihnen mehr, als jede der übrigen mitwirkenden Bedingungen“.

Такова объективная теорія причины—*κατ' ἐξοχήν*, собравшая вокругъ себя цѣлую плеяду выдающихся юристовъ.

Всѣ адепты этой школы согласны въ одномъ положеніи: изъ понятія *причины* вытекаетъ не равноцѣнность, а принципиальное неравенство условий—дѣйствующихъ силъ. Само понятіе *причины* получаетъ у нихъ тождественное опредѣленіе: у *Thyren* <sup>1)</sup>, *Oertmann* <sup>2)</sup> и *Trendelenburg* <sup>3)</sup> причина есть *примашее условіе*, у *Arnoldi* <sup>4)</sup>, *Waentig* <sup>5)</sup>, *R. Horn* <sup>6)</sup> причина есть условіе, стоящее въ *ближайшей необходимой связи* съ результатомъ, у *Ortmann* <sup>7)</sup> причина есть «*позднѣе по времени*» человѣческое дѣйствіе, у *Gottschalk* <sup>8)</sup> причина есть условіе, «*квалифицируемое вторженіемъ въ чужую правовую сферу*».

<sup>1)</sup> *Thyren*, *Abhandlungen*, 17 сл. предпринимаемъ двоякое выдѣленіе условій: 1-хъ онъ выдѣляетъ „*befördernde Antecedentien*“ съ одной стороны, и „*abhaltende und indifferente*“—съ другой стороны. Это различіе примыкаетъ къ каузальной теоріи *Binding'a*; и 2-хъ изъ „*befördernde*“ выдѣляетъ „*die entscheidende Bedingungen*“; въ этомъ онъ примыкаетъ къ теоріи *Birkmeyer'a*.

<sup>2)</sup> *Oertmann*, *Das Recht d. Schuldv. zu §§ 249—254, № 2, a*, стр. 11: „*Ursache ist die vom Standpunkt des Lebens, der practischen Vernunft aus betrachtet, wirksamste, entscheidendste Bedingung*“.

<sup>3)</sup> *Trendelenburg*, *Logische Untersuchungen* (3 Aufl.) II, 184: „*Ursache ist die tätigste unter den Bedingungen einer Erscheinung*“.

<sup>4)</sup> *Arnoldi*, о. с. 9.

<sup>5)</sup> *Waentig*, *Ueber die Haftung etc.* (1875), 8 и сл.: „если являются такъ связанными другъ съ другомъ, что одно *нео* за собой наступленіе другого, то первое мы называемъ *субстоіею*“.

<sup>6)</sup> *R. Horn*, о. с. 13: „*Причина явленія есть* свою силу и дѣйствіе съ необходимостью влече: если—на лицо всея необходимыя для наступ“.

<sup>7)</sup> *Ortmann*, *Gerichtssaal*, 1876, 8<sup>o</sup> *Verbrechen durch Unterlassung, Geric* Lehre von K. Z. H. Goldt. Arch.

<sup>8)</sup> *Gottschalk*, о. с. 19: явленій. Это начало и есть въ чужую правовую сферу Итакъ, не всякое условіе въ правовую

Всѣ эти авторы также допускаютъ возможность сопрячь: каждая изъ сопрячь принадлежитъ особой каузальной сериѣ, въ предѣлахъ которой она является «wirksamste Bedingung».

II. Изъ вышезложеннаго съ достаточной ясностью выступаетъ отношеніе каузальной объективной теоріи κατὰ τὴν φύσιν къ вопросу о каузальности упущенія.

Если упущеніе содѣйствуетъ результату такъ, что оно позволяетъ прежде положеннымъ позитивнымъ условіямъ проявить свое дѣйствіе, т. е. не способствуетъ этому дѣйствию, а дѣлаетъ возможнымъ это дѣйствіе черезъ устраненіе равновѣсія въ условіяхъ, то фактически перевѣсъ въ сторону результата даетъ это прежде положенное позитивное условіе, а не лишенное всякаго вѣса упущеніе; послѣднее можетъ быть разсматриваемо лишь, какъ побочное условіе для дѣйствія тѣхъ предшествующихъ позитивныхъ условій <sup>1)</sup>.

Въ самомъ дѣлѣ, лишь поскольку дѣятель проявляетъ волю свою волю и тѣмъ самымъ вторгается въ ходъ событій, является возникшій убытокъ слѣдствіемъ его дѣятельности, какъ причины. «Понятіе причины всегда предполагаетъ такое измѣненіе матеріальнаго status quo, которое влечетъ за собой съ необходимостью другое измѣненіе, называемое нами слѣдствіе. Отсюда слѣдуетъ, что лишь factum, но никогда не non-factum, можетъ быть причиной: лишь factum способно вызвать измѣненія въ наличномъ состояніи вещей <sup>2)</sup>».

Иначе говоря, — въ каузальной сериѣ, въ которой причина и слѣдствіе связаны необходимостью, нѣтъ мѣста негативнымъ (пассивнымъ) моментамъ: мы должны отнести этотъ моментъ къ тѣмъ безчисленнымъ негативнымъ условіямъ, которыя сопровождаютъ всякое событіе.

<sup>1)</sup> Binding, II, § 48, 224—226; Merkel, о. с. 187; Arnoldi, 9—19, Waentig, о. с., 8—9; Plog, о. с. 34, 41.

Таково основное положеніе каузальной теоріи κατὰ τὴν φύσιν. Однако, юристы указаннаго направленія на немъ не остановились. Безусловное отрицаніе каузальности за упущеніями привело бы къ несправедливымъ выводамъ, разъ мы, помянувъ область теоретическихъ построеній, хотѣли бы прилбить эту конструкцію на практикѣ.

Что бы спасти деликтный характеръ упущеній, указанные юристы изобрѣли особые понятія: «Omissivhandlungen», «Commissivdelicte durch Unterlassung» <sup>1)</sup>. Они въ самомъ упущеніи ищутъ указаній на положительную роль упустителя въ созданіи событія. При этомъ, одни юристы центр тяжести кладутъ въ единствѣ дѣянія, охватывающаго, какъ предшествующую положительную дѣятельность, такъ и послѣдующее упущеніе <sup>2)</sup>, другіе — каузальный моментъ усматриваютъ въ уничтоженіи упущеніемъ препятствующаго условія <sup>3)</sup>.

Другой вопросъ — объ отвѣтственности: если виновное упущеніе не можетъ быть каузально, — оно все же можетъ быть нарушеніемъ правовой обязанности, и, какъ таковое, обосновать гражд. отвѣтственность <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> См. подробное изложеніе этихъ теорій съ критикой у Rohland'a, о. с. 9—32, 65 и слѣд.; Beermann, Findet die lex Aquilia bei Unterlassungen Anwendung? (Berlin, 1896), 3 и слѣд.; Berger, Ueber Bewirken durch Unterlassen, Grünh. Z., стр. 734.

<sup>2)</sup> Binding, I, 44: „Запрещеніе быть причиной правонарушенія заключаетъ въ себѣ приказъ для дѣйствующаго лица уничтожать и обезвреживать возможные причины для наступленія или продолженія правонарушенія, которое оно вызвало своей дѣятельностью“. Schlossmann, Der Vertrag, 321: „Врачъ не черезъ упущеніе, а черезъ предшествующую операцію, — истопникъ не черезъ сонъ, а черезъ затопку печи, — причинили несчастіе (смерть, пожаръ), хотя она лежитъ въ ихъ упущеніи“. Ortmann, о. с. Gerichtssaal, XXII (1873), 209 сл.

<sup>3)</sup> Horn, о. с. 356: „Кто напоятъ стрѣлочника такъ, что тотъ не можетъ обслуживать стрѣлку, причиняетъ катастрофу также какъ и тотъ, кто кладетъ камень на рельсы“... Binding, II, 248—251: „Самая бездѣятельность является такимъ образомъ лишь формою положительнаго дѣйствія: препятствующее условіе перестаетъ дѣйствовать, какъ таковое, потому что его способности разрушается. Въ этомъ разрушеніи заключается одна часть того дѣйствія, которое скрывается за бездѣятельнымъ“.

<sup>4)</sup> Arnoldi, о. с. 16; Glaser, Abhandlungen I, 12 и сл.

Изо события  
состоитъ  
фактомъ, а второе  
— измѣненіе, которое черезъ  
съ собой второе измѣненіе  
меня результата условія  
Второе: Ueber die Vergehens-  
weisen, XVII (1874) — XVII (1875)  
XXIV (1876).  
Мы должны имѣть начало процесса  
трагична между уголовнаго и гражданскаго  
и есть начало юридическаго каузальнаго  
дѣйствія, а условіе, квалифицирующее  
каждое дѣяніе.

III. Каково отношеніе разбираемой школы къ вопросу о *перерывѣ причинной связи и взвѣшиваніи степени каузальности*, исходящихъ отъ различныхъ сопричинъ?

Изъ ученія, что отношеніе причины къ слѣдствію есть отношеніе необходимости, а потому причина, которая одна не способна вызвать результата не есть *причина*, юристы дѣлаютъ тотъ выводъ, что каждое обстоятельство, которое вызываетъ самостоятельно тоже самое дѣйствіе, прерываетъ причинную связь <sup>1)</sup>.

Съ точки зрѣнія этого ученія, причинная связь прерывается такими событіями, которыя принадлежатъ къ новой самостоятельной каузальной серіи, ведущей къ результату. Второе событіе отнимаетъ каузальность у перваго волевого проявленія, если оно является самымъ дѣятельнымъ условіемъ въ кругу всего комплекса условій. Въ этихъ случаяхъ предшествующіе antecedенты теряютъ ихъ свойство—служить необходимымъ предположеніемъ наступленія конечнаго результата <sup>2)</sup>.

И такъ, лишь тѣ явленія могутъ прервать причинную связь, которыя содержатъ начало *новой самостоятельной каузальной серіи*, которая на почвѣ созданнаго положенія вещей приводитъ къ новому дѣйствію <sup>3)</sup>.

Вмѣшательство потерпѣвшаго уничтожаетъ дѣйствіе поступка делинквента на результатъ, если оно является исключительнымъ или самымъ дѣятельнымъ факторомъ результата,

<sup>1)</sup> Pernice, Sachbeschädigungen, 174.

<sup>2)</sup> Birkmeyer, о. с. 87; Gottschalk, о. с. 23.

<sup>3)</sup> Waentig, о. с. 15 отступаетъ отъ этой доктрины. Онъ учитъ, что лишь *factum* можетъ быть *причиной*, но въ то же время признаетъ, что „тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ отвращеніи слѣдствій, вытекающихъ изъ данныхъ причинъ, тамъ и *упущеніе* можетъ получить значеніе для причинной связи,—именно постольку, поскольку дѣяніе *прервало бы* причинную связь, сдѣлало бы результатъ невозможнымъ“.

такъ что возникновеніе вреда не покоится на содѣйствіи обѣихъ сторонъ, а произведено однимъ потерпѣвшимъ <sup>1)</sup>.

Сами, впрочемъ, основатели каузальной теоріи *кат'эгоду* не идутъ такъ далеко, что бы за каждой самовольной признавать значеніе момента, разрывающаго причинную связь между дѣяніемъ делинквента и вредомъ.

Они не могутъ удержаться на теоріи *одной* причины.

Правовая сфера подлежитъ вторженію съ нѣсколькихъ сторонъ, а потому мыслимо сосуществованіе нѣсколькихъ причинъ при одномъ результатѣ. Эти сопричины могутъ наступать одновременно, но возможно, что возникновеніе каузальныхъ серій во времени не совпадаетъ: къ текущей каузальной серіи можетъ привзойти новая каузальная серія, не уничтожая первой, обуславливая взаимно и совокупно наступленіе результата.

Но, тщетно мы искали бы у этихъ теоретиковъ точнаго отвѣта на вопросъ: *когда* новая причина прерываетъ причинную связь, и *когда* она лишь сопровождаетъ ее, образуя параллельную сопричину?

Въ этомъ отношеніи, ни у одного автора мы не найдемъ мало мальски ясныхъ разъясненій. Теоретики, измѣняя своей «логической теоріи», ограничиваются ссылкой на «опытъ» и «усмотрѣніе судьи» <sup>2)</sup>.

Въ упрекъ изслѣдуемой нами теоріи мы можемъ поставить и слабую разработку вопроса о взвѣшиваніи каузаль-

<sup>1)</sup> Oertmann, zu § 254: Собственная вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь тогда, когда дѣяніе правонарушенія „дѣлкомъ ставится въ тѣнь“ [„vollständig in den Schatten gestellt werde“].

<sup>2)</sup> Gottschalk, о. с. 21: „Здѣсь самое тщательное теоретическое изслѣдованіе не приведетъ ни къ какому результату, лишь *опытъ* можетъ дать намъ отвѣтъ“. о. с. 26: „Вопросъ, какъ далеко простирается причинная связь, долженъ быть предоставленъ *усмотрѣнію судьи*“. Немного ниже (о. с. 36—40) авторъ пытается перевернуть весь вопросъ на почву перерыва *возможности*: прерывается не *причинная связь*, а виновное непредвидѣніе результата.

постей, исходящихъ отъ разныхъ лицъ при созданиі одного вредоноснаго событія.

Ученіе, что *содѣйствіе*, какъ *каузальное* отношеніе, можетъ различиваться по своей интенсивности, повидимому, воспринято, подѣ непосредственнымъ вліяніемъ ученія Биркмейера, и въ новомъ Германскомъ Уложеніи (ст. 254). Также, по крайней мѣрѣ, *communis opinio doctorum*<sup>1)</sup>. Тѣмъ болѣе кажется непостижимымъ измѣна въ самомъ лагерѣ доктрины [причина какъ *ἐξουχῆ*] со стороны отдѣльныхъ ея защитниковъ въ пользу принципа *виновности*<sup>2)</sup>, какъ масштаба при распредѣленіи отвѣтственности между сторонами.

IV. Рассмотрѣніе каузальной объективной теоріи какъ *ἐξουχῆ* приводитъ насъ въ специальной области *зачета винъ* къ слѣдующимъ выводамъ:

I. Школа *Binding-Birkmeyer*, кладущая центръ тяжести въ ближайшей необходимой связи явленія съ результатомъ, не склонна признавать каузальной силы за *упущеніями*, какъ таковыми. Поэтому, въ принципѣ только *активное* вмѣшательство потерпѣвшаго способно вызвать правовой эффектъ во вѣдоговорныхъ отношеніяхъ.

II. Изъ той же идеи вытекаетъ, что каждая новая входящая каузальная серія, ведущая къ результату, отнимаетъ

<sup>1)</sup> *Endemann*, I (изд. 1900), стр. 755; *Griegel*, о. с. 76, 163; *A. Hess*, K. Z. N., Arch.-Prax. 97 (1905), 62; *Oertmann*, о. с. 42; *v. Liszt*, о. с. 81; *Eick*, о. с. 75; *Rümelin*, 300, 312—314; *Neumann*, Komm. (1900), 134; *Wendt*, о. с. (Arch. Prax. 87), 443; *Cohn*, о. с. 117; *Fischer-Henle*, Mandausgabe (1906), 137; *Schollmeyer*, о. с. 43.

<sup>2)</sup> *Gottschalk*, о. с. 63, 97—100: „такъ какъ содѣйствіе должно быть виновнымъ, то центръ тяжести надо класть въ степени вины, а не въ чисто каузальномъ содѣйствіи“. Часть комментаторовъ Герм. Уложенія занимаетъ среднее мѣсто: принимая *каузальный* масштаб, какъ правило, они даютъ широкое мѣсто: („unter den Umständen“) и принципу „преимущественной вины“. *Dernburg*, Pand. II, 75; *Das bürg. R. II*, § 32, II; *Plank*, II, 25; *Kühlenbeck*, II, 126; *Emmencerus-Lehmann*, 405; *Reibheim*, 63.

каузальность у перваго волевого проявленія. Самовина потерпѣвшаго *прерываетъ причинную связь*, исходящую отъ делинквента, если она является настолько дѣйтельнымъ факторомъ въ созданіи конечнаго результата, что первая каузальная серія цѣлкомъ отгѣсняется на задній планъ.

III. Поведеніе делинквента и потерпѣвшаго мыслимы и какъ *сопричины*, если дѣянія того и другого принадлежатъ особой каузальной серіи, въ предѣлахъ коей они являются «рѣшающимъ условіемъ», а обѣ каузальныя серіи приводятъ вмѣстѣ къ единому результату. Въ этихъ случаяхъ для распредѣленія отвѣтственности между сторонами мыслимо *взвѣшивание* интенсивности силы, исходящей отъ этой и другой каузальности, по тому же приему, которымъ мы пользуемся при различеніи *условія* отъ *причины*.

V. Намъ нѣтъ нужды входить въ болѣе обстоятельный разборъ каузальной объективной теоріи какъ *ἐξουχῆ*, которой наврядъ ли суждено впредь завоевать себѣ новыхъ видныхъ представителей юридической науки.

Теорія *Birkmeyer'a* несостоятельна, какъ съ *теоретическо-логической*, такъ и съ *практической* точки зрѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, опредѣлить размѣръ дѣйствія каждаго изъ *антецедентовъ* — не въ человѣческихъ силахъ. Вѣдь, отдѣльныя условія, вліяющія на созданіе результата, существуютъ не самостоятельно одинъ подлѣ другого, а образуютъ вмѣстѣ новую единую и неразлагаемую силу. Эти условія не осуществляютъ каждое отдѣльно известную часть результата, а приводятъ все вмѣстѣ, какъ единая сила, единый неделимый результатъ. Поэтому, содѣйствіе отдѣльныхъ условий, вызывающихъ результатъ, изъ которыхъ каждое отдѣльно взятое не создало бы результата, ни въ цѣломъ, ни въ какой либо части, *можетъ быть* выражено не знакомъ сложенія, а знакомъ умноженія. Отсюда явствуетъ, что съ логической точки зрѣнія совершенно ложно разлагать результатъ по арифметиче-



ческому подсчету отдѣльныхъ силъ, содѣйствующихъ его реализаціи.

Въ самихъ выводахъ нетрудно замѣтить двойственность заключеній: *единство* причины уживается въ этой доктринѣ съ идеей *множества* причинъ.

Допуская *множество* причинъ, *Birkmeyer* безспорно расшатываетъ въ основаніи свою каузальную теорію *κατ' ἐξουχίην*<sup>1)</sup>.

Вѣдь, въ любой прогрессіи, условіе, каузальная сила котораго выражается цифрой 10, болѣе содѣйствовало результату, чѣмъ каждое изъ оставшихся содѣйствующихъ условій (9, 8, 7 и т. д.), т. е. является такой же причиной, какъ и условіе, выраженное цифрой 11 и т. д., и, такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что лишь то условіе, которое меньше всего содѣйствовало наступленію результата, не можетъ быть названо *причиной*<sup>2)</sup>.

Критикуемая нами каузальная теорія *κατ' ἐξουχίην* непригодна и для практическихъ цѣлей.

Она опредѣляетъ *причину*, какъ условіе, *наиболѣе* содѣйствующее результату.

Но въ чемъ же должно заключаться это «болѣе»? Какимъ масштабомъ мы должны мѣрять степень дѣйствующей силы условія? Вѣдь, абсолютнаго эмпирическаго масштаба

1) *Wittpf*, о. с. 48 справедливо замѣчаетъ, что теорія *κατ' ἐξουχίην* обнаруживаетъ свое банкротство особенно ясно въ случаѣхъ *соучастія* многихъ лицъ въ одномъ дѣяніи, такъ какъ она въ принципѣ базируется исключительно на „*Einzelitäterschaft*“. Она не объясняетъ ответственности пособниковъ, укрывателей и пр. соучастниковъ (§ 830, В. Г. В.); *Thyren*, *Abhandlungen*, 91; *Thon*, *Begriff der Verursachung*, 26; *Helmer*, о. с. 10; *Merkel*, о. с. 103.

2) *v. Buri*, *Die Causalität und ihre straf. Beziehungen* (1885, Stuttgart), 8: „Положеніе, что преимущественное условіе есть причина, превращается въ положеніе, что всѣ условія суть причины, за исключеніемъ самыхъ незначительныхъ“. Тотъ же упрекъ дѣлаетъ теорію *Binding's Traeger*, о. с. 80—84: „Положительныя условія *Binding's* суть ни что иное, какъ вообще условія извѣстнаго результата. Въ сущности эта теорія ничего не говоритъ другаго, чѣмъ теорія с. 3. г. п.“

здѣсь быть не можетъ<sup>1)</sup>, да и каждое отдѣльное условіе не можетъ считаться дѣйствующей силой. Какъ справедливо замѣчаетъ *Lammersch*, понятіе *одной* причины *κατ' ἐξουχίην*—въ противоположность простымъ условіямъ, лишь тогда имѣло бы научное обоснованіе, если бы намъ было возможно познать степень содѣйствія каждаго отдѣльнаго antecedenta въ возникновеніи отдѣльнаго событія, т. е. если бы мы могли усмотрѣть, —какимъ образомъ отдѣльные факторы, изъ которыхъ слагается исторія созданія извѣстнаго явленія, могутъ быть различены по ихъ важности и вѣсу и значенію для этого явленія<sup>2)</sup>.

Не давая мѣры для опредѣленія цифрового отношенія между условіями, каузальная теорія *κατ' ἐξουχίην* оставляетъ безъ помощи судью, свободному усмотрѣнію котораго она предоставляетъ разрѣшеніе этихъ вопросовъ.

На самомъ дѣлѣ, конструкція *Birkmeyer's* примѣнима лишь въ очень рѣдкихъ случаяхъ,—именно въ тѣхъ, когда результатъ можетъ быть разложенъ количественно на составныя части, такъ что при отпаденіи одного момента онъ наступилъ бы въ одномъ, при отпаденіи другого момента онъ наступилъ бы въ другомъ размѣрѣ (напр. вопросъ—сколько калорій тепла даютъ двѣ печки въ одной комнатѣ). Въ громадномъ же большинствѣ случаевъ условія стоятъ къ результату въ такомъ отношеніи, что при отпаденіи одного изъ нихъ весь результатъ *вовсе не наступаетъ*<sup>3)</sup>.

Вотъ почему, теорія *Birkmeyer's* непригодна для раз-

1) Каузальная теорія *κατ' ἐξουχίην* *Liermann* (Einleitung in das Strafrecht 1900, 53) называетъ *метафизическими* теоріями: „такъ какъ всѣ онѣ желаютъ проникнуть въ мастерскую природы и опредѣлить производящія силы по степени ихъ дѣйствія“. Ср. еще *Schmoller*, о. с. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 98 (1906) стр. 2.

2) *Lammersch*, о. с. 266.

3) *Scherer*, *Das Recht der Schuldv.* (1899), стр. 23: „Ибо не та исключительно капля, которая наконецъ приводитъ въ движеніе мельничное колесо, является рывающей, рывающими являются также всѣ предшествующія капли.“

ложения убытковъ въ области зачета винъ: въ большинствѣ случаевъ степени взаимнаго дѣйствія факторовъ,—обосновывающихъ отвѣтственность и ограничивающихъ отвѣтственность не могутъ быть установлены <sup>1)</sup>, какъ показываетъ намъ, напр. слѣдующій случай: *A* выставилъ заряженное ружье, а *B*, играя имъ, ранилъ *A*.

Логически несостоятельными и практически негодными надо признать и «теоріи равновѣсія» *Биндинга-Орнманна*. Одна и та же сила,—учать они,—дѣйствующая въ развитіи явленія, представляется *условіемъ* до момента равновѣсія, *причиной* послѣ этого момента. Юристу-практику бросается въ глаза безсодержательность этой формулы.

Въ самомъ дѣлѣ, какимъ способомъ опредѣлять искомый моментъ въ тѣхъ случаяхъ, когда результатъ слѣдуетъ не непосредственно за дѣятельностью лица, а черезъ нѣкоторое время, благодаря привхожденію прочихъ силъ? Напр. несмертельная рана вызываетъ осложненія и ведетъ къ смерти. Можно ли ее разсматривать, какъ *причину* смерти? Опредѣленнаго отвѣта формула Биндинга не даетъ. Вотъ почему, господствующее мнѣніе <sup>2)</sup> разсматриваетъ теорію Биндинга, какъ простую діалектическую формулу, не дающую ничего большаго, кромѣ картиннаго выраженія для объясненія происхожденія небольшого круга явленій.

Во всемъ теоріямъ, различающимъ *причину* и *поводъ* дѣлался еще одинъ упрекъ. Онѣ признаютъ вмѣненіе и за предѣлами причинныхъ отношеній. Въ самомъ дѣлѣ, если дѣятель предвидѣлъ и сознавалъ отдѣльныя привходящія силы,

<sup>1)</sup> Да и тамъ, гдѣ это, въ видѣ исключенія, мыслимо—болѣе высокая степень дѣйствія условія можетъ не имѣть рѣшающаго значенія для вопроса объ ограниченіи отвѣтственности. Напр. при столкновении въ темнотѣ двухъ мчащихся автомобилей, было бы абсурдно возлагать на шофера болѣе тяжелаго автомобиля большую отвѣтственность. *Litten*, о. с. 30; *Traeger*, о. с. 349.

<sup>2)</sup> *Thon*, о. с. 24; *Helmer*, о. с. 11; *Thyren*, о. с. 61; *v. Kries*, о. с. 369; *Kierman*, *Einführung*, 53.

то отпадаетъ различіе силъ по *объективнымъ* признакамъ: всякое *accidens* превращается въ *agens*. Объективное построеніе подтачивается, такимъ образомъ, моментами *субъективными* <sup>1)</sup>.

Указанныя теоретическія и практическія слабыя стороны объективной каузальной теоріи какъ *ἐξοχήν* заставили юристовъ, примыкающихъ къ тому же направленію, искать новыхъ путей на общей почвѣ ученія о причинѣ, какъ *наиболѣе сильнымъ условіи*.

Эти усилія дали жизнь новой теоріи, о которой будетъ итти рѣчь ниже.

### *B. Субъективная каузальная теорія какъ ἐξοχήν.*

I. Отцомъ своимъ эта теорія можетъ считать *Bar'a* <sup>2)</sup>; дальнѣйшее обоснованіе и развитіе она получила въ трудахъ *Endemann'a* <sup>3)</sup>.

Эта теорія различіе условія и причины основываетъ не на отношеніи условія къ послѣдствіямъ, а на *свойствѣ самихъ дѣйствій чловѣка*, вызывающихъ къ бытію неправомѣрный результатъ: основной идеей и исходнымъ пунктомъ ихъ теоріи является представленіе о мыслимомъ *нормальномъ ходѣ событий*.

Прочное довѣріе къ наблюдаемому закономерному теченію явленій природы соотвѣтствуетъ складу дѣятельности нашего разсудка, который все мыслить въ связи причинъ и слѣдствій

<sup>1)</sup> *Serretesky*, II, 174 вѣрно замѣчаетъ, что „ученіе о причинной связи получаетъ у нихъ чисто діалектический характеръ, а вмѣненіе опредѣляется въ дѣйствительности наличностью общей причинной связи и моментами субъективными“.

<sup>2)</sup> *Bar*, *Die Lehre vom K. Z. N.* (Leipzig, 1871); его же: *Zur Lehre von der culpa*. *Grünh. Z.* IV (1877).

<sup>3)</sup> *Laszt*, о. с. 70 считаетъ теорію Эндеманна родственной своей теоріи, а *Rämelin*, о. с. 265—родственной адекватной теоріи. Мы лично причисляемъ ее къ субъективнымъ теоріямъ какъ *ἐξοχήν*.

и заставляет нас соответственно этому и действовать<sup>1)</sup>. Вопрос о причинѣ можетъ родиться лишь при наличности какого либо чрезвычайнаго событія. То что «въ порядкѣ вещей», что соответствуетъ «установившемуся порядку жизни» (*Regel des Lebens*), то не можетъ обосновать причинной связи съ послѣдующимъ событіемъ<sup>2)</sup>. Причина измѣненія есть то событіе, которое нарушаетъ *предполагаемое обычное течение явленій или состояній*. Поэтому, изъ массы причинъ, обуславливающихъ наступленіе результата, мы должны извлекать *одну* причину, которая приводитъ въ обычномѣрную серію каузальныхъ моментовъ, какъ нѣчто чужое, требующее себѣ объясненія. Причинная связь показываетъ намъ: на какое лицо надо отнести ответственность за данный вредоносный результатъ<sup>3)</sup>.

Если результатъ вызывается стеченіемъ ряда неправомѣрныхъ дѣятельствъ, то причиной является всегда *послѣднее* изъ этихъ дѣятельствъ.

Если, напр. *A* поранилъ *B*, а врачъ *C* черезъ плохое врачеваніе сдѣлалъ рану смертельной, то не поранитель, а врачъ есть причина *смерти*: необычайный уходъ врача не можетъ быть ожидаемъ при нормальномъ ходѣ вещей.

И съ другой стороны, на голову делинвента, какъ на причину, падаютъ *всѣ* послѣдствія дѣянія, которыя лежатъ въ порядкѣ вещей.

Въ этомъ отношеніи, для отысканія причины надо привлечь и субъективные моменты, составившіе обстановку, въ которой случилось событіе. Если наступленіе этихъ субъективныхъ моментовъ должно быть предположено, какъ правило, то лишь первый дѣятель есть причина.

<sup>1)</sup> *Endemann*, I, 368; его-же: *Die Rechtswirkung* etc., стр. 4 и сл.

<sup>2)</sup> *Bar*, *Die Lehre*, 10 и сл.

<sup>3)</sup> *v. Bar*, *Die Lehre vom K. Z. N.*, 11: „человѣкъ въ правовомъ смыслѣ есть причина явленія, поскольку онъ мыслимъ, какъ условіе, черезъ которое измѣняется мыслимое обычномѣрное теченіе явленій въ человеческой жизни“.

Напр. *A* подмѣшиваетъ яду въ кушаніе *B*; *B* ѣсть, ничего не зная, и умираетъ. *B* не есть причина смерти. *A* есть единственная причина смерти: дѣятельность *B* не была вероятной для *A*, потому она должна быть включена въ результатъ дѣятельности *A*.

Если же знаніе послѣдующаго дѣятеля должно быть предположено, какъ правило, то послѣдній и является исключительной причиной событія; ибо причина есть всегда *послѣднее необычномѣрное событіе*, которое вызываетъ результатъ, какъ регулярное послѣдствіе<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, *Bar* расщепляетъ свой критерій «закономѣрность жизненныхъ явленій» на двѣ части; для отвѣтственности онъ требуетъ, что бы:

1) само дѣяніе уклонялось отъ *правила жизни* (т. е. *виновности дѣянія*),

2) дѣяніе вызвало результатъ «сообразно правиламъ жизни», [а не черезъ привожденіе другихъ событій, уклоняющихся отъ правила жизни: т. е. *адекватной* теоріи причины].

Самъ *Bar* учитъ, что вина и причинная связь не могутъ быть строго различены другъ отъ друга, онѣ должны быть изслѣдованы и установлены одновременно, какъ взаимно обуславливающіе другъ друга моменты.

Если причиной результата человеческое дѣяніе является лишь тогда, когда оно вторгается въ обычно смѣняющееся чередованіе явленій способомъ, погрѣшающимъ противъ «установившагося порядка жизни», и если «установившійся порядокъ жизни» есть законъ, то понятіе противообычности дѣянія тождественно съ понятіемъ *незаконномѣрнаго дѣянія*, а такъ какъ нарушать законы можно или *dolo* или *culpa*, то лишь *виновный дѣятель* можетъ *причинять*<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Bar*, о. с. 24—27.

<sup>2)</sup> *Bar*, *Die Lehre vom K. Z. N.* стр. 7;—о. с. *Grünh. Z. IV*, 60: „die

Потому, мы должны въ причинной серіи событій, взявъ исходнымъ пунктомъ результатъ, идти обратно до перваго дѣятеля, *ближе всего* стоящаго къ результату. «Лишь этотъ методъ—говоритъ *Endemann* <sup>1)</sup>—позволить намъ въ потокѣ событій найти точку опоры для вмѣненія: отыскать настоящаго отвѣтчика. Причинная связь есть фактическая база для понятія вины».

Этимъ методомъ мы устанавливаемъ причинную связь дѣянія съ первымъ, ближайшимъ результатомъ (*Erfolg*). Но дѣятелю должны быть вмѣнены и дальнѣйшія послѣдствія его дѣянія (*Wirkungen*), стоящія съ его дѣяніемъ въ *условной* связи.

«Дальнѣйшія слѣдствія» суть тѣ слѣдствія, которыя истекаютъ изъ вредоноснаго дѣянія, вследствие личныхъ отношеній и индивидуальнаго имущественнаго положенія потерпѣвшаго. Для опредѣленія ихъ мы должны изслѣдовать дальнѣйшія измѣненія, которыя претерпѣваетъ имущественная или личная сфера пострадавшаго, на основаніи существующихъ въ этой сферѣ особенностей <sup>2)</sup>.

Такова сущность ученія *Bar—Endemann'a*, объединившаго вокругъ себя цѣлую плеяду выдающихся юристовъ:

*Verursachung nur so weit reiche, als die Verschuldung*»; 52: „Wer in der Regel des Lebens sich hält, handelt weder dolos, noch kulpos“.

<sup>1)</sup> *Endemann*, Die Rechtswirkung, стр. 8: „Der K. Z. H. ist die factische Stütze für den Schuldbegriff“. *Его-же*: Einführung I, стр. 568. „Его дѣяніе должно считаться тогда причиной въ юридическомъ смыслѣ, если отъ него исходитъ такое измѣненіе въ настоящемъ положеніи вещей, которое образуетъ одно изъ необходимыхъ и явныхъ условий наступившаго результата“.

<sup>2)</sup> *Endemann*, Lehrbuch. I (1900), 733—738; *Bar*, Die Lehre, 133; *A. Randa*, Die Schadensersatzpflicht nach öster. R. Wien. 1907, 44 для римскаго и австрійскаго (§ 1311 B. G. B.) права также требуетъ для перваго ближайшаго результата адекватной связи съ дѣяніемъ, а для дальнѣйшаго (посредственаго) убытка требуетъ лишь условнаго отношенія.

*Zitelmann'a* <sup>1)</sup>, *Labowsky* <sup>2)</sup>, *Pernice* <sup>3)</sup>, *Randa* <sup>4)</sup>, *H. Сертневскій* <sup>5)</sup>.

Еще болѣе рельефно выражены и развиты до крайнихъ выводовъ идеи *Bar'a* въ новѣйшемъ теченіи литературы, основателемъ котораго, повидимому, можно выставить *A. Hess'a*.

Его перу, по крайней мѣрѣ, принадлежатъ рядъ оригинальныхъ работъ въ этой области <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> *Zitelmann*, Das Recht des B. G. B. I (1900), 154; *его-же*: Irrthum und Rechtsgeschäft (Leipzig. 1879), 291. „Причина есть то условіе дѣянія, которое приводитъ къ серіи обычно чередующихся моментовъ, согласно общему наблюденію и опыту, исключительнымъ образомъ, прихожденіе котораго, поэтому, болѣе всего поражаетъ и менѣе всего можетъ быть предполагаемо“. *Zitelmann*, впрочемъ, не принимаетъ Баровскаго отождествленія *regelmäßig* съ *rechtswidrig*. Не потому ли онъ причисляется къ адекватной школѣ? См. напр. у *Oertmann*, Kom. I, 26.

<sup>2)</sup> *Labowsky*, о. с. 6: „Какъ причину *каг'ѣбури* мы обозначаемъ среди множества образующихъ причину въ широкомъ смыслѣ условій лишь то условіе, которое вторгается пертурбационнымъ способомъ въ закономерно мыслимое теченіе событій“.

<sup>3)</sup> *Pernice*, Sachbesch. 46, 174; *его-же*: *Labeo*, II (1895) Ab. 1, 102.

<sup>4)</sup> *Randa*, о. с. 44 и сл. проводитъ различіе между *verursachen* и *veranlassen*. Съ точки зрѣнія австрійскаго и римскаго права делинквентъ отвѣчаетъ за тѣ и другія послѣдствія дѣянія. См. дальнѣйшую литературу у него на стр. 45.

<sup>5)</sup> *H. Сертневскій*, о. с. I, 21 сл. Его ученіе приближается къ теоріи *Bar'a* тѣмъ, что ограничивающими понятіе общей причинной связи моментами онъ также выставляетъ субъективными условія вмѣненія: только то можетъ быть признано причиной, что не выходитъ за предѣлы вмѣненія въ вину за *dolus-culpa*. Стр. 45: „Только тѣ явленія могутъ быть вмѣнены человеку, которыя произошли изъ дѣяній его, совершившихся при возможности ихъ предвидѣнія... Мы можемъ предвидѣть явленіе только тогда, когда знаемъ соответствующую ему комбинацію силъ и фактовъ“. Авторъ всю массу присоединяющихся силъ разбиваетъ на двѣ категоріи: силъ совпадающихъ (напр. токии черепъ убитаго) и силъ привстапующихъ. Незнаніе и непредусмотрѣніе какой либо изъ совпадающихъ силъ не прерываетъ причинной связи между дѣяніемъ и послѣдствіемъ, незнаніе же и непредусмотрѣніе силъ привстапующихъ безусловно прерываетъ причинную связь.

<sup>6)</sup> *A. Hess*, K. Z. H. als profizierter Wunschzusammenhang. Arch. f. d. civ. Praxis. Bd. 97 (1905). *Его-же*: Ueber K. Z. H. und unkörperliche Denksubstrate. Hamburg. 1895; Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil—und Strafrechts. Hamburg. 1900; Das Märchen vom K. Z. H. oder im Banne des Zwecks. Hamburg. 1902.

*A. Hess* утверждает, что между *причиной* и *условием* существует объективное различие. Но это различие, по его учению, заключается лишь в объективно различном отношении обоих моментов к судящему (*zuschauenden*) субъекту. *Условие* дѣлаетъ результатъ лишь возможнымъ, *причина* обезпечиваетъ результатъ при предположеніи наличности предшествующихъ неизмѣняемыхъ условий <sup>1)</sup>.

Всякое несчастное событіе вызываетъ: 1) желаніе *не-бытія* результата, а это послѣднее—2) желаніе *не-бытія* известнаго antecedenta. Выборъ при этомъ падаетъ на наибѣлесообразнѣйшую въ видахъ удовлетворенія этихъ желаній связь событий. «Das objective Projectionsbild dieser Wunsch-Verbindung ist der K. Z. H.» <sup>2)</sup>.

Отсюда слѣдуетъ, что при наличности нежелательнаго для насъ явленія изслѣдованіе юриста, ищущаго причину, должно быть направлено на отысканіе такого лица, которое въ виду результата дѣйствовало наиболѣе нецѣлесообразно <sup>3)</sup>. Отсюда явствуетъ, что отысканіе *причины* сводится къ отысканію *вины*. Когда мы установимъ эту вину, т. е. выяснимъ замѣненіе какого дѣйствія и какого человѣка мы должны требовать въ цѣляхъ предотвращенія результата съ точки зрѣнія цѣлесообразности, мы можемъ сказать — кто *причинилъ* <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> *A. Hess*, Ueber K. Z. H. etc. 4—20. Эти выраженія „измѣняемая“— „неизмѣняемая“ должны обозначать „условія возможныя (или невозможныя) для свободнаго человѣка“. По этому неизмѣняемыми являются: 1) силы природы, 2) дѣйствія животныхъ, 3) дѣйствія неспособныхъ лицъ, 4) дѣйствія лицъ, не обладающихъ свободной волей, напр. въ оборонѣ, кр. необходимости, 5) дѣйствія лицъ, не имѣющихъ представленія о каузальности ихъ дѣйствій.

<sup>2)</sup> *A. Hess*, о. с. Arch.-Fr. (1897), 54.

<sup>3)</sup> *A. Hess*, K. Z. H. etc., 63: „Причинилъ тотъ, отъ кого надо требовать съ точки зрѣнія цѣлесообразности иначе-дѣланія“.

<sup>4)</sup> *A. Hess*, Das Märchen, 10. *A* стрѣляетъ въ *B* и убиваетъ его. Причинилъ ли онъ смерть *B*? Что бы отвѣтилъ на этотъ вопросъ, мы должны сначала покончить съ вопросомъ о *винѣ*. Если *B* доло увѣрилъ, *A*, что револьверъ не заряженъ, и что онъ долженъ стрѣлять (напр. на сценѣ), то *B* самъ провинился и, слѣдовательно, причинилъ свою смерть. При другихъ субъективныхъ условіяхъ мы можемъ прийти къ другимъ выводамъ.

Причинная связь есть, такимъ образомъ, аптиципированное отношеніе виновности <sup>1)</sup>.

Итакъ, не объективный, а субъективный *мысль*, болѣе сильная степень этического неодобренія есть тотъ моментъ, который рѣшаетъ каузальное свойство дѣянія <sup>2)</sup>. И понятие *случай* (*Zufall*) опредѣляется не объективными признаками: лишь этической критерій можетъ опредѣлить, что есть *случай*, т. е. то съ чѣмъ «никто не обязанъ считаться». Противоположеніе случаю образуетъ то, съ чѣмъ *надо считаться*. «Ты долженъ считаться съ этимъ» образуетъ содержаніе этического сужденія, которое является основаніемъ для сужденія о *каузальности* человеческого дѣянія <sup>3)</sup>.

Таковы—основныя идеи *A. Hess'a*, къ которымъ въ общемъ примкнулъ цѣлый рядъ юристовъ съ именемъ: *P. Merkel* <sup>4)</sup>, *Oertmann* <sup>5)</sup>, *Linckelmann* <sup>6)</sup> и *Piper* <sup>7)</sup>.

Вышеназложеннаго достаточно, что бы выяснитъ отношеніе

<sup>1)</sup> *A. Hess*, Das Märchen etc. 42—43, K. Z. H. etc., 64: „Culpa ist psychologisch Daseinsgrund des Kausalurteils und somit des K. Z. H.“; Ueber K. Z. H. etc. 25.

<sup>2)</sup> *A. Hess*, Ueber K. Z. H. etc. 26; K. Z. H. etc., 50: „Nicht die Dinge stehen im K. Z. H., sondern im K. Z. H. stehen nur die sich auf Erfolg und Ursache beziehenden *Wünsche*“.

<sup>3)</sup> *A. Hess*, Ueber K. Z. H. etc., 27.

<sup>4)</sup> *P. Merkel*, Begehung durch Unterlassung. Nürnberg. 1895, стр. 14, самъ считаетъ теорію *Hess'a* ложной и непрактичной, однако, нетрудно усмотрѣть родство этихъ теорій. Какъ у *Hess'a*, такъ и у *Merkel'a* каузальность есть лишь „Denkform“, „Urteil des denkenden Menschen“. У *Merkel'a* только сильнѣе подчеркнута обобщающая объективная точка зрѣнія „судящаго субъекта“.

<sup>5)</sup> *Oertmann*, Arch. f. b. R. Bd. 10, стр. 300.. „ist als Ursache die Bedingung anzusehen, die das vom Standpunkt des *korrekt denkenden Beurtheilers* aus für den Erfolg entscheidende Moment setzt“.

<sup>6)</sup> *Linckelmann*, о. с. 55 примыкаетъ къ доктринѣ *Hess'a* о „неизмѣняемыхъ условіяхъ“. Его опредѣленіе причины: „Обстоятельство, созданное лицомъ, образуетъ тогда причину результата, если наступленіе послѣдняго обезпечено черезъ это обстоятельство при *событіяхъ* другихъ иначе бездѣйствующихъ силъ“.

<sup>7)</sup> *Piper*, о. с. 18—22.

теоріи *Hess'a* къ сроднымъ ему другимъ каузальнымъ теоріямъ *κατ' ἐξοχήν*.

Указаніемъ на то, что причина есть послѣднее условіе, но *послѣднее* не въ объективномъ смыслѣ послѣдняго въ серіи послѣдовательныхъ во времени моментовъ, а послѣднее— въ субъективномъ развитіи мышленія субъекта, *Hess* отмежевывается отъ теоріи *Birkmeyer'a*, различавшей причину отъ условія по объективной силѣ дѣйствія причины. У *Hess'a* причина есть «*wirksamste*» условіе результата, но не въ томъ смыслѣ, что оно объективно и реально болѣе содѣйствуетъ наступленію результата, чѣмъ условіе, но въ томъ смыслѣ, что причина оказываетъ на сужденіе *судящаго субъекта* болѣе сильное впечатлѣніе, чѣмъ условіе. Причина есть не объективно, а субъективно наисильнѣйшее условіе.

Теорія *Hess'a* отличается и отъ субъективной каузальной теоріи *κατ' ἐξοχήν Bar'a*. На мѣсто узкаго понятія «необычное» [*regelwidrig*], онъ ставитъ широкое понятіе «нецѣлесообразное» [*unzweckmässig*], при чемъ онъ подчеркиваетъ, что сужденіе о цѣлесообразности должно исходить отъ объективнаго судьи, а не дѣйствующаго лица. *Hess* самъ указываетъ на принципиальное отличіе негибкаго понятія «правила жизни», которое онъ называетъ «шаблономъ», отъ эластичнаго понятія «цѣлесообразности»<sup>1)</sup>.

Этимъ подчеркиваніемъ этического момента *Hess* приближаетъ свою теорію къ адекватнымъ теоріямъ<sup>2)</sup>.

1) *A. Hess*, K. Z. N. etc. 60 „гдѣ индивидуальный случай требуетъ съ точки зрѣнія цѣлесообразности уклоненія отъ этого „правила жизни“, тамъ нарушеніе этого требованія, т. е., именно,—правомѣрное поведеніе—будетъ каузально. Жизнь въ обществѣ требуетъ для избѣжанія коллизій *цѣлесообразное*, а не *шаблонное* поведеніе“... „Was zweckmässig ist, lehrt aber nur der Augenblick, nicht die starre Regel“.

2) *M. Rümelin*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf—und Civilrecht. Arch.—Prax. Bd. 90 (1900), стр. 297. Этотъ юристъ, считающийся основателемъ адекватной школы причиненія, также допускаетъ въ некоторыхъ случаяхъ, что „этическая и каузальная точки зрѣнія совпадаютъ“.

Поэтому, мы должны разсматривать субъективную теорію *κατ' ἐξοχήν*, какъ мостъ между общими теоріями *κατ' ἐξοχήν* и адекватной теоріей причиненія.

II. Этимъ неустановившимся положеніемъ каузальной теоріи *κατ' ἐξοχήν* и объясняется неустойчивость и неединодушіе воззрѣній ея представителей по вопросу о каузальности *упущеній*.

У *Bar'a* вина и правовая каузальность стоятъ въ тѣснѣйшей связи другъ съ другомъ. Но онъ не рѣшается категорически признать каузальную силу *упущеній*.

Наоборотъ, въ рядѣ работъ<sup>1)</sup> онъ доказываетъ, что нарушеніе правила жизни, выражающееся въ чисто пассивномъ поведеніи лица, можетъ прервать причинную связь, но само каузальной силой не обладаетъ. Надо особые обстоятельства, что бы *упущеніе* могло быть причиной результата; ихъ надо искать въ предшествующей положительной дѣятельности; послѣдняя можетъ быть разсматриваема, какъ правило жизни лишь тогда, когда дѣйствующее лицо сопровождаетъ ее послѣдующимъ активнымъ поведеніемъ. Итакъ, настоящая причина лежитъ не въ *упущеніи*, а въ предшествующей положительной дѣятельности.

Къ тѣмъ же выводамъ приходитъ и *Endemann*. Его исходный пунктъ таковъ:—положительное дѣйствіе непременно предполагаетъ *положительную* причину. «Всѣ попытки—говоритъ онъ<sup>2)</sup>—доказать каузальность *упущеній* несостоятельны, ибо мы можемъ представить, какъ причину

1) *v. Bar*, Die Lehre vom K. Z. N., 96 сл.; Zur Lehre von der Culpa, 51—52; стр. 99: „Необходимы особые обстоятельства, дабы бездѣйствіе могло разсматриваться какъ причина возникшаго вреднаго послѣдствія. Эти основанія могутъ быть найдены только въ предшествующей положительной дѣятельности, именно, если она такова, что можетъ считаться соответствующей правилу жизни только тогда, когда дѣятель пуститъ вѣлѣдъ за нею навѣстную другую положительную дѣятельность“.

2) *Endemann*, I, 569, 589, 591.

оскорбленія чужой правовой сферы лишь какое либо вѣдшее событіе. Упущеніе же есть лишь нѣчто мыслимое; реальнаго содержанія оно не имѣетъ. Какъ можетъ оно вызвать реальныя слѣдствія?»

Каузальность, какъ отношеніе причины и слѣдствія, означаетъ законъ *движенія* въ области природы. Поэтому предметомъ каузальнаго закона являются исключительно событія, *измѣненія* существующаго состоянія, т. е. перемѣщеніе силъ. Иначе говоря, лишь черезъ дѣйствія человекъ каузаленъ. Всякое же пассивное лицо при активномъ событіи есть мертвый пунктъ въ ходѣ событій, отъ него не исходить никакого событія.

Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда говорятъ о каузальности упущенія «съ социальной точки зрѣнія», нѣтъ послѣдовательности во времени, которая вызываетъ въ нашемъ мышленіи представленіе о каузальности, ибо съ самимъ *упущеніемъ* не связывается сразу никакого осязаемаго дѣйствія. Лишь если приводитъ положительное дѣйствіе, наступаетъ извѣстный результатъ, который и можетъ быть рассматриваемъ, какъ каузальное слѣдствіе событія<sup>1)</sup>.

Во всѣхъ же случаяхъ, когда изъ упущенія обосновывается отвѣтственность, можетъ быть доказано нарушеніе обязанности, каковое и замѣняетъ собой каузальный моментъ, требуемый при положительныхъ правонарушеніяхъ. Такимъ образомъ, юридическое значеніе *упущенія* обуславливается *виновностью*, а не каузальностью упущенія<sup>2)</sup>.

Такова доктрина *Endemann'a*. Къ ней примыкаютъ рядъ другихъ представителей каузальной теоріи *κατ' ἐξοχήν*: *Eck*<sup>3)</sup>, *Piper*<sup>4)</sup>, *Schlossmann*<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> *Endemann*, Die Rechtswirkung. 10—14.

<sup>2)</sup> *Endemann*, Die Rechtswirkung. 19—29; Lehrbuch. I, 753.

<sup>3)</sup> *Eck*, о. с. Jurist. Litteraturblatt. VI (1894), 9—10.

<sup>4)</sup> *Piper*, о. с. 23. «О причинной связи можетъ быть рѣчь лишь тогда, когда правовой порядокъ ожидалъ отъ упустителя опредѣленнаго дѣянія, т. е. когда на лицо была *правовая обязанность* къ дѣйствію».

<sup>5)</sup> *Schlossmann*, Der Vertrag. 321. «Новое изленіе не можетъ выступить

Мы видимъ, что основатели школы *Bar-Endemann* не сдѣлали въ интересующемъ насъ вопросѣ всѣхъ логическихъ выводовъ изъ своей теоріи.

Заслуга установленія и обоснованія принципиальнаго толждства въ гражд. правѣ дѣятельности и упущенія принадлежитъ *Zitelmann'y*<sup>1)</sup>, *Landsberg'y*<sup>2)</sup>, *Pernice*<sup>3)</sup> и *Labowsky*<sup>4)</sup>, но наиболѣе тщательно эта доктрина разработана въ трудахъ представителей *субъективной* каузальной теоріи *κατ' ἐξοχήν* (школа *Hess'a*).

Опредѣляя причинную связь, какъ «*zweckmässiger Wunschzusammenhang*»<sup>5)</sup>, *Hess* не могъ не признать каузальности и за *упущеніями*.

Въ самомъ дѣлѣ, разъ каузальность есть не объективная причинная связь объективныхъ вещей, а «in die Objectivität

безъ измѣненія въ существующемъ состояніи. Поэтому, лицо *никогда* не можетъ быть *каузальнымъ* черезъ просто *пассивное* поведеніе».

<sup>1)</sup> *Zitelmann*, Das Recht des B. G. B. I, 161, 260 къ объективному составу понятія *упущенія* причисляетъ *объективную неправомерность*: «на лицо должна быть обязанность дѣйствовать,—чѣмъ бы она ни была вызвана: закономъ, служебнымъ положеніемъ, предшествующей дѣятельностью».

<sup>2)</sup> *Landsberg*, о. с. 92 и слѣд. «Упущеніе каузально для каждаго результата, который можетъ быть извѣднугъ положительной дѣятельностью».

<sup>3)</sup> *Pernice*, Labeo II, 4—5, 58: «Если не обосблать одного явленія, какъ причины, то мы въ правѣ признать каузальную силу и за упущеніями. Это тогда допустимо и необходимо, когда къ совокупности фактовъ, обуславливающихъ результатъ, принадлежитъ и бездѣйствіе, не вышнательство человека, чье дѣйствіе должно было быть ожидаемо по созданному обстоятельствомъ положенію вещей. Это вопросъ факта: при этомъ рѣчь идетъ не о механической, а *социальной* связи явленій», ср. *Pernice*, Zur Lehre, 164—172.

<sup>4)</sup> *Labowsky*, о. с. 5 и сл., 11 и слѣд. «Не только *измѣненія*, но и *не наступленіе* ожидаемыхъ и по *правилу жизни* долженствующихъ наступить измѣненій обычно рассматриваются, какъ нарушенія нормальнаго хода вещей».—Но если такія *негативныя* событія въ житейскомъ и правовомъ смыслѣ могутъ имѣть свои *причины*, то отсюда слѣдуетъ, что при извѣстныхъ условіяхъ *ничто* должно быть отмѣчено, какъ *причина*, что заключаетъ не въ положительномъ событіи, а въ отсутствіи таковаго,—и, главнымъ образомъ, въ *упущеніи* извѣстнаго дѣянія человека.

<sup>5)</sup> *A. Hess*, „K. Z. N.“ Arch.-Praxis 97 (1905), стр. 71.

projizierter subjectiver Z. H. menschlicher Postulate»<sup>1)</sup>, а эти постулаты могут относиться къ негативнымъ моментамъ, то и за *упущениемъ* нельзя отрицать каузальнаго значенія.

Въ этихъ *упущеніяхъ* мы можемъ логически установить тѣ же составные элементы, что и въ положительномъ *дѣяніи*. Упущеніе, также какъ и дѣяніе является объективнымъ, реальнымъ *измѣненіемъ*<sup>2)</sup>, исходящимъ отъ человѣка и обусловливающимъ результатъ. То, что при сужденіи объ упущеніи—реально—это субъективное разочарованіе наблюдающаго субъекта въ ожидаемомъ имъ ходѣ явленій.

Съ этой точки зрѣнія (реальности субъективнаго момента) упущеніе представляется объективнымъ событіемъ—фактомъ. Упущеніе есть причина результата, ибо то, что даетъ извѣстному событію свойство причины, есть исключительно дѣйствіе на наблюдающаго субъекта, и, именно, въ томъ смыслѣ, что оно вызываетъ въ субъектѣ увѣренность въ наступленіи извѣстнаго результата.

Предшествующая положительная дѣятельность упустителя является не *причиной* результата, обязаннаго упущенію, а лишь *условіемъ* одного изъ моментовъ, необходимыхъ для признанія причиненія: *ожиданія упущеннаго дѣйствія*.

Повсюду, гдѣ по физическимъ или этическимъ основаниямъ мы въ правѣ были бы ожидать дѣйствія, тамъ *упущеніе* можетъ быть приравнено *дѣйствію*<sup>3)</sup>.

«Для правонарушеній черезъ упущенія дѣйствуютъ принципы *общественной причинности*» (die Grundsätze der gesellschaftlichen Ursächlichkeit)<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> A. Hess, Das Märchen, 10 сл.

<sup>2)</sup> Hess, Ueber K. Z. H., 46. «Упущеніе есть *измѣненіе*, такъ какъ предполагаетъ: 1) субъективное чередованіе двухъ противоположныхъ воспріятій, 2) сознание необходимости слѣдствія,—3) вслѣдствіе высшаго основанія, которое и есть *измѣненіе*».

<sup>3)</sup> A. Hess, Ueber K. Z. H. 39—52.

<sup>4)</sup> Dr. J. Kohler, Lehrbuch. I, 476; Studien aus dem Strafrecht, I, 45 сл.

Этимъ опредѣляется отношеніе вопроса о каузальности упущенія къ предшествовавшей правовой обязанности лица. Господствующее мнѣніе учитъ, что упущеніе лишь тамъ *каузально*, гдѣ имѣла мѣсто *обязанность* къ совершенію упущеннаго дѣянія,—гдѣ упущеніе есть *нарушеніе обязанности*. Эта доктрина не согласуется съ основной идеей ученія *Hess'a*.

«Нарушеніе обязанности» есть лишь другое выраженіе для контраста между объективной дѣйствительностью внѣ меня и субъективнымъ «требованіемъ иначе—дѣланія» [«Anders—Verlangen»]—во мнѣ. Поэтому, не признаніе обязанности и нарушеніе ея ведутъ къ установленію *каузальности* неправомѣрнаго упущенія, а признаніе послѣдней ведетъ къ предположенію объ обязанности<sup>1)</sup>.

III. Изъ того положенія, что причина есть всегда *послѣднее необыкновенное* обусловливающее результатъ событіе, которое вызываетъ этотъ результатъ, какъ обыкновенное слѣдствіе, каузальная теорія *кат' ἐξουχῆ* дѣлала тотъ выводъ, что каузальная серія юридически замыкается всегда тамъ, гдѣ человеческое дѣяніе не представляется болѣе, какъ *непосредственная причина* дальѣйшихъ слѣдствій<sup>2)</sup>.

Границы устанавливаются исключительно практическими соображеніями, основанными на методѣ наблюденія. Съ этой точки зрѣнія понятіе непосредственности характеризуется тремя признаками: 1) непосредственность должна существовать въ отношеніи времени, 2) слѣдствіе должно быть продолженіемъ этой причины, 3) постороннія силы не должны приводить въ текущую каузальную серію<sup>3)</sup>.

Отсюда выводъ: причинная связь прерывается наступленіемъ необычнаго, неожиданнаго по правилу жизни событія,

<sup>1)</sup> Hess, Das Märchen. 19—40.

<sup>2)</sup> Bar, Die Lehre vom K. Z. H., 25—30, 65.

<sup>3)</sup> Contra: A. Randa, о. с. 46—47.



которое дѣятелемъ ни въ какомъ случаѣ не принимается въ расчетъ, и которое само вызываетъ предначѣненное слѣдствие <sup>1)</sup>).

Къ категоріи такихъ событій принадлежитъ и собственная вина потерпѣвшаго. Самъ потерпѣвшій своимъ поведеніемъ можетъ прервать причинную связь, заложенную делинквентомъ, если онъ *rebus sic stantibus* (къ каковымъ «*rebus*» принадлежитъ и нарушающее нормальный ходъ вещей поведеніе делинквента) не велъ себя такъ, какъ можно было бы предполагать отъ нормально мыслящаго и дѣйствующаго человѣка, въ виду вновь созданнаго дѣятельностью отвѣтчика положенія вещей <sup>2)</sup>). Базисомъ и здѣсь должно братья предполагаемое нормальное теченіе, которое должны принять событія, созданныя первымъ вредоноснымъ дѣяніемъ; виновное поведеніе потерпѣвшаго здѣсь будетъ иррегулярнымъ пертурбаціоннымъ обстоятельствомъ, нарушающимъ первоначальную каузальную серію: дѣяніе же делинквента изъ *причины* деградируется на степень *простого условія* <sup>3)</sup>).

Согласно каузальной теоріи *κατ' ἐξοχήν* весь принципъ компенсаціи винъ покоится просто на идеѣ перерыва причинной связи; при этомъ и упущенія потерпѣвшаго могутъ прервать причинную связь <sup>4)</sup>).

<sup>1)</sup> *Bar*, о. с. 65; *Pernice*, *Labeo* II, 102; *Endemann* приходитъ къ тѣмъ же выводамъ, но другимъ путемъ. Перерывъ причинной связи онъ видитъ въ томъ, что вторая, самостоятельная причина вторгается и пересѣкаетъ уже начавшееся теченіе причинной связи такъ, что одна вызываетъ результатъ (I, стр. 576). „Вступленіе *causa nova* можетъ имѣть мѣсто лишь такъ: она перегоняетъ первую *causa* и предвосхищаетъ конечный результатъ, который поступилъ бы изъ первой *causa*, если бы не произошло нарушеніе каузальной серіи“. (Die Rechtswirkung, 35).

<sup>2)</sup> *Labowsky*, о. с. 13.

<sup>3)</sup> *Kohler*, о. с., 137, 477.

<sup>4)</sup> *Bar*, о. с. 27—28; *Pernice*, *Labeo*, II, 101—102; *Contra: Endemann*, I, 591. Отрицаніе способности *упущенія* прервать причинную связь логически вытекаетъ изъ его воззрѣнія на сущность перерыва причинной связи. Тогда какъ у *Bar* всякое нарушеніе правильнаго теченія событія разрушаетъ причинную связь, у *Endemann'a* причинная связь прерывается лишь тѣмъ, что

Кто при опасности отъ неосторожной ѣзды третьяго лица имѣлъ возможность постороиться, но не сдѣлалъ этого,— тотъ самъ является *единственной* причиною, если онъ будетъ поврежденъ или раздавленъ.

IV. Съ этой конструкціей вполне совмѣстимо представленіе о сосуществованіи многихъ причинъ.

Правда, о *многихъ* причинахъ можетъ идти рѣчь постольку, поскольку онѣ могутъ быть мыслимы, какъ *одновременныя* причины; иначе говоря,—лишь тамъ, гдѣ нѣсколько лицъ дѣйствуютъ *одновременно*, причинная связь не можетъ быть прервана, и только въ этихъ случаяхъ можетъ идти рѣчь о настоящемъ зачетѣ вины <sup>1)</sup>). Поэтому, распределеніе убытковъ имѣетъ мѣсто лишь на прецеденты, совпавшіе при возникновеніи вреда. Напр. потерпѣвшій черезъ свое (виновное) поведеніе причиняетъ вредъ на основаніи положенія вещей, созданнаго виновнымъ упущеніемъ отвѣтчика (напр. ямы не огорожены на мостовой,—ѣзда безъ фонаря). Если же потерпѣвшій лишь увеличилъ вредъ, то въ этомъ объемѣ онъ самъ каузаленъ и можетъ претендовать къ противнику лишь постольку, поскольку хватаетъ исходящая отъ послѣдняго каузальность <sup>2)</sup>).

Какъ же происходитъ распределеніе отвѣтственности между нѣсколькими *сопричинителями* одного результата?

Рѣшающее значеніе каузальная теорія *κατ' ἐξοχήν* придаетъ каузальному отношенію, въ которомъ каждая сторона стоитъ къ возникшему вреду <sup>3)</sup>).

второе дѣйствующее лицо начинаетъ *новую каузальную серію* для того же результата. Упущеніе же не можетъ быть началомъ каузальности. (Die Rechtswirkung, 44).

<sup>1)</sup> *Bar*, о. с. 65.

<sup>2)</sup> *Endemann*, *Lehrbuch* (1900), 755—756.

<sup>3)</sup> *Endemann*, I (1900), стр. 757: „дѣло идетъ не о механическомъ зачетѣ причиненій, а о справедливомъ распределеніи убытковъ по мѣрѣ личнаго участія при созданіи вреда“. *Contra: Labowsky*, о. с. 43.

Прочный масштаб для взвѣшиванія силъ каузальностей дается здѣсь этическимъ началомъ: «преимущественно» означаетъ здѣсь не объективный плюсъ, а—требованіе, что бы было поступлено иначе <sup>1)</sup>.

*A*, а не *B* напр. причинилъ столкновение, если «преобладаетъ» требованіе, что бы *A*, а не *B* поступилъ иначе, такъ какъ связь желанія—избѣжать столкновения съ желаніемъ «иначе—дѣланія» [«Anders-Handeln»] г. *A* преобладаетъ въ сознаніи, какъ наиболее цѣлесообразная, надъ соответствующей субъективной связью между желаніями, касательно результата и поведеніемъ *B*.

Такимъ образомъ, взаимная субъективная оцѣнка двухъ связей желаній обосновываетъ сравнительную степень объективной каузальной силы того и другого поведенія <sup>2)</sup>.

V. Примѣненіе основныхъ положеній субъективно-каузальныхъ теорій κατ' ἔξοχην въ области зачета вины приводитъ насъ къ слѣдующимъ заключеніямъ:

1) Школа *Bara* не признаетъ (въ нарушеніи правовой обязанности) самостоятельнаго значенія за *упущеніями*: упущенія способны лишь прервать причинную связь, если благодаря имъ нарушено нормальное теченіе событий. Наоборотъ, школа *Hess'a* не отрицаетъ самостоятельнаго каузальнаго значенія и за упущеніями.

Поэтому, *пассивному поведенію потерпѣвшаго* первая школа придаетъ лишь скромную роль момента, способнаго (въ качествѣ пертурбаціоннаго явленія) ограничить объемъ каузальной серіи, исходящей отъ делинквента. Вторая школа придаетъ ему, кромѣ того, роль момента, способнаго служить *сопричиной* результата.

<sup>1)</sup> Hess, K. Z. H. etc., 62: „vorwiegt ist die subjective Verknüpfung der auf Erfolg und Ursache gerichteten Verlangen, Wünsche“.

<sup>2)</sup> Hess, а, с. 62.

2) Всякая приводящая самовина потерпѣвшаго *прерываетъ причинную связь*, исходящую отъ дѣянія делинквента, если она является событіемъ необычнымъ съ точки зрѣнія установившагося порядка жизни (*Bar*), или если она является послѣднимъ условіемъ въ развитіи мышленія субъекта при сужденіи его о цѣлесообразности поведенія той и другой стороны (*Hess*).

3) Но самовина потерпѣвшаго можетъ быть *сопричиной* результата, если она сопровождаетъ вину делинквента *при самомъ наступленіи вреда*.

4) При этомъ *взвѣшиваніе каузальностей* происходитъ по мѣрѣ личнаго участія въ созданіи вреда (*Endemann*), или по степени этического неодобренія поведенія той и другой стороны [*Hess*].

VI. Таковы, въ общемъ, — главнѣйшія положенія, которыя мы можемъ извлечь изъ каузальныхъ субъективныхъ теорій κατ' ἔξοχην для выясненія непосредственно интересующаго нашу тему вопроса о распредѣленіи убытковъ между делинквентомъ и потерпѣвшимъ при наличности обоюдной ихъ вины.

Въ активѣ этой доктринѣ можно поставить эластичность ея понятія причины. Этимъ объясняется несомнѣнно громадное вліяніе ея на германскую судебную практику въ дѣлѣ установленія понятія причины <sup>1)</sup>. Кромѣ того, она вполне отвѣчаетъ велѣніямъ нормы 254 В. Г. В., устанавливающей первенство *каузальнаго* момента, какъ масштаба для распредѣленія убытковъ между сторонами.

Но, серьезные возраженія поднимаются противъ этой теоріи съ точки зрѣнія ея логическаго обоснованія.

Какъ мы видѣли выше, основой понятія *причины* кау-

<sup>1)</sup> Traeger, о. с. 147; Rumpf, о. с. 23; Rümelin, о. с. 256; Contra: Binding, I, № 85; Lammasch, о. с. 262; Birkmeyer, 6.

зальныя теоріи (объективныя и субъективныя) κατ' ἐξοχήν выставляютъ представленіе о «предполагаемомъ нормальномъ теченіи событій».

Противъ этого поднималось возраженіе, что, вѣдь, *всякое* человѣческое дѣяніе вызываетъ результатъ, который не имѣлъ бы мѣста иначе; теорія *Bar'a* ведетъ къ представленію, что обычномѣрное теченіе явленій въ человѣческой жизни есть абсолютно бездѣйствіе <sup>1)</sup>.

Правда, *Bar passim* пытается выяснитъ понятіе «нормальное теченіе событій».

Но у него само понятіе «правильный порядокъ жизни» неустойчиво. Въ однихъ сочиненіяхъ онъ опредѣляетъ его, какъ «теченіе человѣческой дѣятельности *въ предѣлахъ права*» <sup>2)</sup>, и, такимъ образомъ, выходитъ, что человѣкъ можетъ быть причиной лишь *неправомѣрныхъ* явленій <sup>3)</sup>. Въ другихъ сочиненіяхъ *Bar* толкуетъ «нормальное теченіе событій» въ житейскомъ смыслѣ фактической обычности явленій [*regelwidrig = ungewöhnlich*] <sup>4)</sup>, и, такимъ образомъ, выходитъ, что дѣяніе, отвѣчающее «правилу жизни», не можетъ быть разсматриваемо, какъ причина <sup>5)</sup>.

Сама конструція *Bar'a* не оправдывается въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя заранѣе предопредѣлитъ обычнаго нормальнаго теченія событій, когда поэтому безразлично—*какой*—обычный или необычный—оборотъ приняли бы прежнія событія безъ прихода человѣческой дѣятельности <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> *Binding*, I § 7 Anm. 85; *Buri*, Ueber Causalität 4, 88; *Lammasch*, o. s. 264.

<sup>2)</sup> *Bar*, Die Lehre... 44, 88.

<sup>3)</sup> *Radbruch*, 79; *Binding*, 40; *Birkmeyer*, 5.

<sup>4)</sup> *Bar*, Die Lehre... 12, сл., *passim*; o. s. [Grünh. Z. IV], 60.

<sup>5)</sup> *Lammasch*, o. s. 264: «Нельзя отождествлять „правило жизни“ съ закономѣрностью, такъ какъ статистика и социологія учатъ, что извѣстное число преступленій принадлежитъ къ законѣрнымъ явленіямъ жизни». *Buri*, ib. 4; *Birkmeyer*, o. s. 4—5; *Gottschalk*, 10.

<sup>6)</sup> *Buri*, Ueber Causalität, 10, даетъ такой примѣръ: „Путешественникъ стоитъ на перекресткѣ: одна дорога ведетъ къ обрыву, другая—къ цѣли его

Самъ вопросъ—какой порядокъ событій является законѣрнымъ теченіемъ человѣческой жизни—не разрѣшается *Bar'омъ* <sup>1)</sup>.

Неясно у него и то,—необычность чего онъ считаетъ рѣшающимъ въ созданіи причины:—даннаго вѣшняго обстоятельства (предшествующаго дѣянію), или результата (послѣдующаго событію) <sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, неустойчивость и неопредѣленность понятія «правило жизни» компрометируетъ всю теорію *Bar'a*. «Правильный порядокъ жизни» означаетъ у него, то *правомѣрность*, то *адекватность* <sup>3)</sup>.

Самъ авторъ не замѣчаетъ того, что эти понятія не совпадаютъ. Вѣдь, не всѣ неправомѣрныя дѣянія суть inadequate слѣдствія ихъ antecedentовъ: кто, напр. отворить у другого всѣ двери въ домѣ, тотъ кладетъ adequate условіе тому, что хозяинъ будетъ обокраденъ; и *vice versa*: и правомѣрныя дѣянія и даже явленія природы могутъ быть событіями не-обычайными.

путешествія. Пока онъ размышляетъ, какую ему выбрать дорогу, никто не можетъ сказать, пойдетъ ли онъ по правильной или нѣтъ дорогѣ. Если чужое лицо укажетъ ему ложный путь, ведущій къ обрыву, то можно утверждать, что онъ причинилъ смерть путешественника, хотя нельзя сказать, что онъ причинилъ „регулярное теченіе явленій“.

<sup>1)</sup> *Lammasch*, 263; *Kries*, o. s. 238; *Merkel*, o. s. 105; *Helmer*, o. s. 34.

<sup>2)</sup> Напр. врачъ отклонилъ обычный ходъ событій (повидимому, пациентъ умеръ бы черезъ три дня), такъ какъ въздѣвие его операциі пациентъ умеръ. *Bar*, положительно отрицаетъ причинность поведенія врача (o. s. 14),—его операциі: „Поведеніе врача не было необычнымъ, т. е. неразумнымъ“, тогда какъ по его же теоріи (o. s. 11) центръ тяжести въ томъ: „былъ ли результатъ этого поведенія необычнымъ“.

<sup>3)</sup> Мы не можемъ согласиться съ *Radbruch'омъ* (o. s. 79), что „привлеченіе inadequate и неправомѣрности есть единственное различіе выводовъ теоріи *Bar'a* отъ выводовъ ученія объ adequate причиненіи; поэтому, теорія *Bar* есть лишь осложненіе ученія объ adequate причиненіи“. Намъ кажется, что не *Bar* черпалъ свое вдохновеніе въ adequate ученіяхъ, а, наоборотъ, представители adequate школы находили отъ основныхъ положеній теоріи *Bar'a*.

Вызывает сомнѣнія и основное воззрѣніе каузальной теоріи κατ' ἐξουχῆν на взаимное отношеніе *условія* къ *причинѣ*: условіе *дѣлаетъ возможнымъ* (ermöglicht), а причина *обезпечиваетъ* (sichert) результатъ.

Наврядъ ли эта формула разрѣшаетъ всю проблему.

Если, напр., я кому либо оставляю въ комнатѣ стаканъ съ отравленнымъ виномъ, то, конечно, мое дѣяніе—причина послѣдовавшей смерти; и все же черезъ это результатъ вовсе не былъ обезпеченъ: тотъ могъ вылить содержимое стакана или вовсе его не пить. Такимъ образомъ, что бы результатъ наступилъ, къ положенной мною причинѣ должны привзойти еще дальнѣйшія «измѣняемая» условія<sup>1)</sup>.

Субъективная каузальная теорія κατ' ἐξουχῆν съ ясностью показала, насколько нелогично различать условія по степени ихъ удаленности отъ результата: «антецеденты слишкомъ отдаленные отъ результата суть простые *условія*, другіе—болѣе близкіе къ результату—суть *причины*». Это правило приводитъ къ римскому *damnum cogroge cogrogi datum*, а въ тоже время оно не можетъ объяснить—гдѣ та граница, начиная съ которой *условія* превращаются въ *причину*<sup>2)</sup>.

Изъ идея, что лишь ближайшее къ результату условіе есть *причина*, вытекаетъ совсѣмъ неприемлемый выводъ, что всякая послѣдующая причина уничтожаетъ каузальное значеніе предшествующей причины. Несостоятельность этой теоріи особенно поразительна въ формулировкѣ *Endemann'a*.

*Endemann* объявляетъ причинную связь прерванной черезъ самостоятельное вторженіе *вмѣняемаго лица*: всѣ послѣдствія падаютъ на лицо, ближайшее къ окончательному результату.

Въ литературѣ<sup>3)</sup> справедливо указывалось на то, что

<sup>1)</sup> *Oertmann*, о. с. Arch. f. V. R. Bd. 10, 300.

<sup>2)</sup> *Guesz*, о. с. 20.

<sup>3)</sup> *Litten*, о. с. 38; *Eck*, о. с. 9; *Rümelin*, о. с. 265 указываетъ на нелогичность теоріи *Endemann'a* на примѣрѣ: „Врачъ заражаетъ зондомъ

цѣлесообразность этого «обратнаго вмѣненія» въ его теоріи ничѣмъ не обоснована, а является, какъ «*deus ex machina*».

Не оправдывается ничѣмъ и ограниченіе понятія причины *человѣческимъ* дѣйствіемъ. Вѣдь, и «событія» причиняютъ!<sup>1)</sup>

Теорія *Bar—Endemann* ведетъ къ признанію лишь *одной* причины, а не къ многимъ дробнымъ причинамъ, безъ чего не можетъ обойтись ни уголовное, ни гражданское право. У нихъ требованіе одной причины логически вытекаетъ изъ ученія, что причина есть то, что наиболѣе поражаетъ безпристрастнаго наблюдателя.

Но и это ученіе, обоснованное и развитое *Hess'омъ*,—несостоятельно.

Утвержденіе, что причина производитъ на наблюдающаго субъекта болѣе сильное впечатлѣніе, чѣмъ условіе, основывается на коренномъ заблужденіи, которое обязано смѣшенію *каузальности* и *отвѣтственности*.

*Bar—Endemann*, *Hess*—все они стремятся съ вопросомъ о каузальности разрѣшить заразъ и всѣ условія отвѣтственности (вина, неправомѣрность).

«Причинная связь—говоритъ *Endemann*<sup>2)</sup>—означаетъ лишь одно: на какое лицо падаетъ *отвѣтственность* за вредоносный результатъ».

*Bar* и *Hess* прямо ставятъ *причину* и *вину* во взаимную зависимость.

Такое смѣшеніе понятій вызвало серьезное осужденіе въ литературѣ. Указывалось на то, что отвѣтственность является

раненаго. По теоріи *Endemann'a* онъ одинъ отвѣчаетъ за убійство. Но эта теорія слишкомъ абсолютна. Напр. врачъ допускаетъ *culpa levissima*. Развѣ не правильно отвѣтственность поранителя распространить и на тяжелыя послѣдствія? И какъ согласуется его теорія съ его собственными заключеніями, что „причиненіе убытка можетъ послѣдовать и такъ, что чужое благо выставляется опасности поврежденія его третьими лицами“?!

<sup>1)</sup> *Hess*, о. с. 353; *Rümelin*, о. с. 212; *Binding*, I, 112; *Traeger*, 146; *Gottschalk*, 13.

<sup>2)</sup> *Endemann*, Die Rechtswirkung. 7.

не условием, а результатом причинной связи <sup>1)</sup>; что вина и причина принадлежат к двум различным областям: причина порождает известный результат, а вина порождает ответственность <sup>2)</sup>.

Особенно пагубно смѣшеніе этихъ понятій при построеніи понятія причины на этическихъ соображеніяхъ. Въ этомъ отношеніи ученіе *Hess'a* ведетъ къ чистому субъективизму и къ неограниченному судейскому произволу <sup>3)</sup>.

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что субъективныя каузальныя теоріи κατ' ἐξοχήν, отождествляя понятіе «быть причиной» и «быть виной», вносятъ въ понятіе причины такіа соображенія, которыя совѣтъ чужды основѣ разбираемаго понятія <sup>4)</sup>. Поэтому, мы можемъ закончить настоящій параграфъ прекрасными словами *Kries'a*: «изъ научной терминологіи должно исчезнуть понятіе *главной причины* κατ' ἐξοχήν; оно слишкомъ неопредѣленно и обязано своимъ возникновеніемъ смѣшенію различныхъ точекъ зрѣнія, которыя мы должны различать и раздѣлять» <sup>5)</sup>.

## II. Обобщающія каузальныя теоріи [теоріи адекватнаго причиненія].

Выше (стр. 212—214) мы начертали вкратцѣ тотъ логическій ходъ мыслей, который привелъ юристовъ къ созданію *обобщающихъ каузальныхъ теорій*.

<sup>1)</sup> *Appellus*, Krit. Viertelj. Bd. 38, стр. 450; *Traeger*, о. с. 147; *Landsberg*, о. с. 42; *Buri*, Ueber Causalität, 8; *Raßbruch*, о. с. 79; *Rohland*, о. с. 45—46; *Rümelin*, о. с. 211—213.

<sup>2)</sup> *Buri*, ib. 10; *Hess*, о. с. 352; *Rümelin*, 211; *Gottschalk*, 10; *Birkmeyer*, о. с. 3; *Wendt*, о. с. 148; *Liszt*, (Strafrecht) 111; *Weinrich*, о. с. 16.

<sup>3)</sup> *Appellus*, о. с. 451; *Rümelin*, о. с. 215.

<sup>4)</sup> *Liszt*, Lehrbuch, стр. 110: «самое строгое отдѣленіе этихъ обонхъ вопросовъ составляетъ необходимое предположеніе пониманія, какъ ученія о виновности, такъ и ученія о причинной связи».

<sup>5)</sup> *Kries*, о. с. 209.

Мы видѣли, что, согласно этой теоріи, условія должны быть изслѣдуемы не въ *конкретной* обстановкѣ, а въ ихъ *общемъ* значеніи, и возводятся на рангъ причинъ, если они представляются обстоятельствами, *вообще* благоприятствующими наступленію даннаго рода результата. Лишь тѣ условія принимаются въ соображеніе, «которыя опыту придаетъ общее значеніе» <sup>1)</sup>, или «которыя стоятъ съ результатомъ въ подлежащей учету связи» <sup>2)</sup>; наоборотъ, не принимаются въ соображеніе тѣ условія, которыя стоятъ къ результату въ случайномъ, не подлежащемъ учету отношеніи.

Но какіе же антецеденты подлежатъ обобщенію и должны быть приняты въ соображеніе при сужденіи о каузальности даннаго человѣческаго дѣянія?

Ясно одно: въ зависимости отъ того, — отъ какого числа данныхъ условій мы будемъ исходить, мы придемъ къ совершенно различнымъ выводамъ относительно способности даннаго условія къ воспроизведенію известнаго результата. Чѣмъ больше конкретныхъ условій разбираемаго казуса мы примемъ въ соображеніе, тѣмъ болѣе мы будемъ склонны утверждать каузальность дѣянія: признаніе каузальности зависитъ отъ степени допущеннаго нами обобщенія.

Тамъ, гдѣ установлено, что известное условіе было необходимо для даннаго результата, надо еще различать: способенъ ли данный моментъ *вообще* вызывать послѣдствія *даннаго рода* (adäquate Ursache), или онъ случайно послужилъ поводомъ къ этому послѣдствію (zufällige Ursache) <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Merkel*, о. с. 99.

<sup>2)</sup> *Liepmann*, о. с. 72.

<sup>3)</sup> *Kries*, о. с. 200 даетъ такой примѣръ: кучеръ заснулъ, завезъ съдою въ сторону, гдѣ послѣдній и былъ убитъ молніей. Надо спросить себя: тотъ фактъ, что кучеръ заснулъ — имѣетъ ли онъ тенденцію *вообще* вызвать данный результатъ, растетъ ли возможность и правдоподобіе такого результата черезъ поведеніе его? На этотъ вопросъ мы должны отвѣтить: нѣтъ! вѣдь, съдокъ можетъ быть убитымъ, и если кучеръ бодрствовалъ. Другое дѣло,

Таким образом, основание для суждения о *второй*, т. е. наличность комплекса условий, къ которому должно привзойти *cond. s. q. n.*, подлежащее изслѣдованію съ точки зрѣнія «вообще благоприятствующаго обстоятельства», есть рѣшающій моментъ для построения каждой каузальной адекватной теоріи.

Честь отцовства въ созданіи этой теоріи принадлежит *Kries'у*.

Таково — *communis opinio doctorum*.

*Kries*, впрочемъ, ограничиваетъ свое изслѣдованіе исключительно уголовнымъ правомъ и не входитъ въ разсмотрѣніе возможности общей формулировки для гражданского и уголовного права.

Къ гражданскому праву ее приспособилъ *M. Rammelin* <sup>1)</sup>.

Оба они являются родоначальниками двухъ большихъ теченій, на которыя распалась школа адекватнаго причиненія:

I. Теорія *субъективно-адекватнаго* причиненія.

II. Теорія *объективно-адекватнаго* причиненія.

*Субъективныя теоріи* исходятъ отъ комплекса условий, предвидимыхъ *ex ante* въ моментъ совершенія дѣянія <sup>2)</sup>.

*Объективныя теоріи* исходятъ отъ комплекса условий, существовавшихъ въ моментъ дѣянія, хотя бы познаваемыхъ *ex post*.

если повозка опрокинулась, и съдокъ получилъ поврежденіе, такъ какъ здѣсь между сломъ кучера и несчастіемъ на лицо — „обобщающая связь“ („verallgemeinernde Z. H.“).

<sup>1)</sup> Съ этого времени теорія и практика, обходившіяся до сей поры „правиломъ жизни“ *Bar'a*, быстро очутились подъ вліяніемъ адекватной теоріи причиненія.

<sup>2)</sup> Вся адекватная теорія *ex ante* мы называемъ *субъективными* въ томъ смыслѣ, что онѣ въ основаніи сужденія объ адекватности кладутъ всѣ условія, познаваемые [дѣйствительно или предположительно] самимъ дѣятелемъ. Помѣхой къ такой номенклатурѣ не можетъ служить то соображеніе, что нѣкоторыя теоріи основываются на *объективномъ* предвидѣніи *ex ante*. Вѣдь, прилагаемъ же мы объективный масштабъ [bonus pater familias] при установленіи *vim* на сторонѣ даннаго дѣятели!

Существуютъ еще *среднія теоріи*, комбинирующія двѣ упомянутыхъ теоріи въ одну примирительную формулу.

Въ предѣлахъ каждой изъ этихъ теорій, въ свою очередь, мы можемъ различить еще нѣсколько направлений.

Критическое обозрѣніе ихъ мы дадимъ при изложеніи основныхъ теорій.

### § 3. Субъентивныя теоріи [ex ante].

#### A. Школа v. *Kries'a*.

Эта школа предполагаетъ данными условія, познаваемые въ моментъ совершенія дѣянія *самимъ дѣятелемъ* (чисто-индивидуальная точка зрѣнія *ex ante*).

Согласно *Kries'у* <sup>1)</sup> и его послѣдователя *Hass'у* <sup>2)</sup> установленіе *причинной связи* есть послѣдовательное разрѣшеніе трехъ вопросовъ:

1) есть ли на лицо *условное* отношеніе между дѣяніемъ и результатомъ? <sup>3)</sup>.

2) Способно ли вообще данное виновное дѣяніе, съ т. з. общаго житейскаго опыта, повышать возможность наступленія даннаго рода результата <sup>4)</sup>.

2) Могъ ли дѣятель на основаніи своего житейскаго опыта предвидѣть при надлежащей внимательности результатъ?

<sup>1)</sup> v. *Kries*, Ueber den Begriff der obj. Möglichkeit. Viertelj. für wiss. Philosophie. Bd. XII (1888) Heft. 2.

<sup>2)</sup> *Hass*, о. с. Iher. Jahrb. Bd. 37 (1897); 323, 361—368, положительно указываетъ на приемлемость теоріи *Kries'a* и для гражданского права. „Понятіе причины — одно для всѣхъ областей науки“.

<sup>3)</sup> *Kries*, о. с. 198: „Вопросъ о каузальности равнозначущъ съ вопросомъ: что было бы, если бы въ комплексъ условій известный реальный фактъ не доставалъ, а всѣ прочія условія точно также проявили свое дѣйствіе“; *Hass*, о. с. 346.

<sup>4)</sup> *Kries*, о. с. 200, 236; *Hass*, о. с. 340 изъ соображеній справедливости высказываетъ ограниченіе: „eine sehr beschränkte Generalisierung des Einzelfalls stattfinden muss“.

Конкретный случай мы должны обобщать при упущении всех условий, которые были неизвестны действующему лицу <sup>1)</sup>).

Этим кладется прочный критерий для отличия *адекватнаго* причинения от *инадекватнаго* (случая). «Инадекватность мы констатируем во всех случаях, когда на основании нашего опыта и познавательных способностей мы приходим къ убѣжденію, что данный моментъ не имѣетъ тенденціи вообще вызывать даннаго результата, т. е. въ совѣтъ однородныхъ случаяхъ результатъ слѣдуетъ за соответствующимъ событіемъ лишь крайне рѣдко» <sup>2)</sup>.

Къ этому учению примкнули въ общемъ и цѣломъ *Titze* <sup>3)</sup>, *Kuhlenbeck* <sup>4)</sup>, *W. Rohland* <sup>5)</sup>.

### В. Школа Thon'a (*Liermann, I. Kohler, Wiechowsky, Schmoller, Eick, Krückmann*).

Эта школа предполагаетъ данными условія, вообще познаваемые въ моментъ дѣянія при *среднемъ нормальномъ* познании и предусмотрительности (объективное сужденіе судьи *ex ante*) <sup>6)</sup>, — тѣ условія, которые были доступны данному особо ловкому и хитрому дѣятелю <sup>7)</sup>. Иначе говоря, должны

<sup>1)</sup> *Kries*, о. с. 232. Примѣч.: „привлеченіе объективно познаваемыхъ условій вело бы къ несправедливымъ рѣшеніямъ, такъ какъ обосновало бы отвѣтственность, хотя лицо не предвидѣло результата“.

<sup>2)</sup> *Kries*, о. с. 217; *Hass*, о. с. 441. „Инадекватная причинная связь должна быть признана лишь тогда, когда въ случаяхъ, которые тождественны во всехъ деталяхъ съ даннымъ конкретнымъ случаемъ, наступившій *in concreto* результатъ по даннымъ опыту не наступилъ бы вовсе или наступилъ бы крайне рѣдко“.

<sup>3)</sup> *Titze*, *Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem B. G. B. Leipzig* 1900.

<sup>4)</sup> *Kuhlenbeck*, II, 40—43; его-же: *Schuldbeginn II, Cap. I, стр. 65—77*.

<sup>5)</sup> *W. Rohland*, *Die Kausallehre des Strafrechts*. 1904.

<sup>6)</sup> *Eick*, о. с. 18: „Мы предоставляемъ объективному сужденію наблюдателя, надѣяннаго нормальной человѣческой познавательной способностью, разрешить вопросъ о вѣроятіи въ моментъ совершения дѣянія“.

<sup>7)</sup> *Wiechowsky*, о. с. 15: „Иначе онъ долженъ былъ бы остаться внѣ отвѣта“.

быть предположены *все* наличныя въ моментъ дѣянія условія, — за исключеніемъ *вообще* и, кромѣ того, и *дѣятелю ex ante* неизвестныхъ условій.

Все условія, которые недоступны познанию этого наблюдателя, надо выдѣлить; оставшіяся условія образуютъ *базу* для сужденія: включаетъ ли само условіе, положенное дѣятелемъ, *вѣроятіе* (*Wahrscheinlichkeit*) наступленія событія <sup>1)</sup>? Результатъ долженъ стоять съ дѣяніемъ въ *подлежащей учету* (*berechenbaren Z. H.*) связи, такимъ образомъ, что съ учтеніемъ этого дѣянія наступленіе результата является необходимымъ слѣдствіемъ <sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, *Thon* и его школа критеріемъ каузальности даютъ *объективную возможность предвидѣнія* результата <sup>3)</sup>.

Не трудно усмотрѣть отличіе этой школы отъ ученія *Kries'a*.

Вмѣсто субъективнаго предвидѣнія *дѣятеля*, эта школа выдвигаетъ объективное предвидѣніе *предусмотрительнаго* *человѣка*. Сама же адекватная теорія построена не на «общей способности» *Kries'a*, а на «вѣроятіи» (*Thon*) и «учетѣ» (*Liermann*); эти выраженія, впрочемъ, въ общемъ и цѣломъ выражаютъ тождественныя по содержанію понятія.

Особаго упоминанія заслуживаетъ примыкающая къ этой школѣ теорія *I. Kohler'a* <sup>4)</sup>, развитая *Krückmann'омъ* <sup>5)</sup>. Она можетъ быть резюмирована въ слѣдующемъ положеніи: «*dominus causae est causa causae*». Они устанавливаютъ

<sup>1)</sup> *Thon*, *Begriff der Verursachung, Festrede*. (Jena 1894), 30.

<sup>2)</sup> *Liermann*, *Einleitung in das Strafrecht*. Berlin, 1900, 72. Его-же: *Goldt. Arch.* 52, 356.

<sup>3)</sup> *Schmoller*, о. с. *Arch.-Prax.* 98 (1906) примыкаетъ къ адекватной теоріи, но вносить поправку: условіе должно обладать навѣстной самостоятельностью къ antecedентамъ.

<sup>4)</sup> *I. Kohler*, *Lehrbuch*. II § 173, 473, его-же: *Goldt. Arch.* 51, 331—335.

<sup>5)</sup> *Krückmann*, о. с. *Iher. Jahrb.* XIX (1909), см. въ особенности стр. 25—70, 153—156.





понятие причины на понятии *цѣлевого господства* (teleologisches Beherrschens), т. е. подчиненія своихъ и чужихъ движеній для созданія извѣстнаго результата. Не то, что подлежитъ учету, а то, что подлежитъ *господствованію*, принадлежитъ къ причинной связи. Рѣшающа здѣсь точка зрѣнія *объективной судьбы*, который руководится при сужденіи о вѣроятіи не знаніемъ идеальнаго человѣка и не знаніемъ средняго человѣка, а знаніемъ *идеально средняго* человѣка. Но *впроятіе* не есть самостоятельный критерій, а есть лишь средство для цѣли—установить *господствованіе* (Beherrschung). Съ этой послѣдней теоріей въ общемъ и цѣломъ много общаго имѣетъ теорія *Sjögren'a* <sup>1)</sup>, которая также подчеркиваетъ *моменты цѣли* въ каузальной дѣятельности дамнификанта.

#### С. Школа *Traeger'a* (*Oertmann, Rumpf*).

Школа *Traeger'a* <sup>2)</sup> исходить отъ совокупности всѣхъ условий; наличныхъ въ моментъ совершенія дѣянія и познаваемыхъ въ этотъ моментъ *самымъ предусмотрительнымъ* (einsichtigster Mensch) человѣкомъ при высшемъ напряженіи вниманія, и, кромѣ того,—условій, извѣстныхъ самому дѣятелю. [Объективное сужденіе *ex ante* съ точки зрѣнія идеальнаго человѣка, т. е. судящаго судьбы].

Въ этомъ смыслѣ, содержаніе ученія этой школы можно разсматривать, какъ извѣстный родъ объективированной *culpa levissima* <sup>3)</sup>.

Результатъ, объективная возможность наступленія котораго вообще не повышена черезъ опредѣленное дѣяніе или другое событие напередъ познаваемымъ путемъ, долженъ считаться слу-

<sup>1)</sup> *Sjögren*, Formen des Unrechts. Iher. Jahrb. XXXV, 407 и слѣд.

<sup>2)</sup> *Traeger*, Der Causalbegriff. (1904), стр. 159.

<sup>3)</sup> На это указываетъ самъ *Traeger*, о. с. 159: „Это понятие адекватнаго причиненія опредѣляетъ *вѣтвляющія* границы возможности *вним* и самой отвѣтственности“; *Rumpf*, о. с. 38, и слѣд.

чайнымъ <sup>4)</sup>. То, что не можетъ быть предвидимо *ex ante* <sup>5)</sup> *самымъ предусмотрительнымъ* человѣкомъ, то не можетъ быть поставлено въ правовое отношеніе къ его дѣянію, хотя бы оно и было *conditio s. q. n.* результата <sup>6)</sup>.

#### § 4. Объективная теорія [*ex post*].

Изложенныя выше субъективныя каузальныя теоріи были созданы и развиты юристами—криминалистами для цѣлей и задачъ уголовного права. Онѣ поэтому не совсѣмъ были пригодны для цѣлей цивилистовъ, въ особенности въ той области, гдѣ условіемъ отвѣтственности, рядомъ съ голой причинной связью, законъ не выставляетъ вину.

Заслуга приспособленія субъективной теоріи къ потребностямъ гражданского права, несомнѣнно, принадлежитъ *M. Rümelin'у* <sup>4)</sup>.

При изслѣдованіи вопроса,—какія условія служатъ установленію понятія объективной адекватной причины, *Rümelin* владетъ въ основу своего «сужденія о вѣроятіи» не только познаваемыя *ex ante* условія, но и тѣ условія, которыя обнаружены лишь въ результатѣ истеченія всей каузальной серіи.

Самъ *Rümelin* <sup>5)</sup> даетъ такой примѣръ: лицо умираетъ,

<sup>1)</sup> *Traeger*, о. с. 223; авторъ (ibid. 165) не уклоняется и отъ вопроса о требуемой степени благопріятствованія результата даннымъ условіемъ: „Повышеніе возможности должно представляться, какъ благопріятствованіе по праву жизни“.

<sup>2)</sup> *Oertmann*, I, стр. 26: „Воспринимать тѣ моменты, которые стали познаваемы *ex post* немисливо [напр. ненормальное свойство тѣла потерпѣвшаго], такъ какъ это расширило бы слишкомъ причинную связь, что было бы несправедливо въ случаяхъ каузальной отвѣтственности“.

<sup>3)</sup> Въ этомъ смыслѣ эта теорія характеризуется въ литературѣ, какъ „äußerste Grenze der Denkbarkeit eines Verschuldens“; *Litten*, о. с. Krit. V. XI, стр. 13.

<sup>4)</sup> *M. Rümelin*, Zufall im Rechte. 1896; его же: Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht. Arch.-Pr. Bd. 99 (1900). Его ученіе, впрочемъ, имѣетъ много сходства съ „теоріей вѣтвенія“ *Nussbaumer'a* (ук. соч.).

<sup>5)</sup> *Rümelin*, Zufall im Rechte., 48.

вслѣдствіе слабого удара, благодаря ненормальнымъ свойствамъ его тѣла: «предвидимость здѣсь—на лицо въ томъ смыслѣ, что *впослѣдствіи*, обозрѣвая всё наличныя въ моментъ дѣянія обстоятельства въ ихъ совокупности (и открытыя лишь исходомъ дѣла),—можно сказать, что смерть была *благопріятствована* ударомъ, т. е. смерть была бы предвидима, если бы знали свойство тѣла потерпѣвшаго».

Пользуясь этимъ методомъ [«точка зрѣнія объективнаго послѣдующаго прогноза»], *Rümelin* при сужденіи о вѣроятіи наступленія результата для опредѣленія каузальности извѣстнаго antecedента, исходитъ отъ предположенія наличности: а) *всѣхъ* условий, объективно существующихъ уже въ моментъ дѣянія <sup>1)</sup>, +b) тѣхъ изъ условий, которыя привзошли позднѣе, но наступленію которыхъ благопріятствовали уже существующій комплексъ условий и съ позднѣйшимъ наступленіемъ которыхъ по общечеловѣческому опыту можно считаться <sup>2)</sup>, +c) тѣхъ условий, которыя предвидѣлъ и могъ предвидѣть только самъ правонарушитель, благодаря особымъ свѣдѣніямъ въ законахъ природы или фактическихъ обстоятельствахъ <sup>3)</sup>.

На базѣ этихъ условий мы должны спросить себя: «было ли при этихъ обстоятельствахъ данное дѣяніе вообще способно вызвать результатъ?» <sup>4)</sup>.

*Rümelin* сознается, что при такомъ широкомъ базисѣ для сужденія о вѣроятіи, его теорія можетъ вести къ несправедливымъ результатамъ. Напр. раненый погибаетъ отъ ката-

<sup>1)</sup> *Rümelin*, о. с. (Arch.-Praxis 1900), 217: „Предположимы должны быть всё условия, наличныя уже въ моментъ человѣческаго дѣянія“; его-же: *Zufall im Recht*, стр. 48.

<sup>2)</sup> *Rümelin*, *Zufall*, 48; о. с. (Arch. Prax. 1900) стр. 217, 267, „Потребности жизни выставляютъ требованіе, что бы всё, повдвѣ наступившія событія, которыя лежали въ обычномъ порядкѣ вещей, или наступленію которыхъ особо благопріятствовали правонарушительный фактъ, были возложены на ответственное за убытки лицо“.

<sup>3)</sup> *Rümelin*, *Zufall*, 46.

<sup>4)</sup> *Rümelin*, о. с. (Arch. Pr. 1900), 224.

строфы, условія которой были на лицо въ моментъ пораненія; напр. путь въ больницу лежитъ черезъ гнилой мостъ, который и обрушивается. Возложить ответственность за это-случайное событіе на поранителя—несправедливо.

Это побуждаетъ *Rümelin*'а внести въ свою теорію такую «справедливую поправку» <sup>1)</sup>: «если потерпѣвшій черезъ правонарушительный фактъ будетъ поставленъ въ отношеніе мѣста или времени въ соприкосновеніе съ позднѣе наступившимъ событіемъ, то лежація внѣ всякаго расчета и самому делинквенту неизвѣстныя условія этого втораго событія должны быть выключены даже тогда, когда они были на лицо въ моментъ правонарушения».

Эта поправка не принята, впрочемъ, его послѣдователями, которые считаютъ возможнымъ достигнуть необходимое ограниченіе ответственности путемъ особаго принципа вмѣненія <sup>2)</sup>.

Таковы—основныя положенія ученія *Rümelin*'а, къ которому въ общемъ и цѣломъ примкнули *Litten* <sup>3)</sup>, *R. Schmidt* <sup>4)</sup>,

<sup>1)</sup> *Rümelin*, о. с. (Arch.-Pr.) 300—301.

<sup>2)</sup> *Litten*, *Die Ersatzpflicht des Tierhalters*, 105—108, принципъ ответственности базируется на соображеніи „общаго понятія опасности“ („allgemeinen Gefahrbegriffs“). „Отдѣльные правонарушительные акты (Anfangserfolg) носятъ въ себя *общую опасность* къ дальнѣйшимъ слѣдствіямъ (weitere Wirkungen) до конечнаго результата (Enderfolg) включительно, которыя и можно рассматривать, какъ реализацію этой опасности“. Критеріемъ для различенія этой опасности служитъ *правило жизни*. „Этой формулой мы исключаемъ тѣ условія, которыя *Rümelin* исключаетъ путемъ справедливой поправки“. *R. Schmidt*, о. с. 17 также считаетъ оговорки *Rümelin*'а излишними: въ примѣрномъ казусѣ Гюмеліна причинная связь не прерывается фактомъ гнилости моста. Но „если судъ устанавливаетъ размѣръ ответственности при уваженіи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, то ответственность *A* должна быть снята за эти случайныя событія“.

<sup>3)</sup> *Litten*, о. с. 45 подчеркиваетъ, что не только связь между инкриминируемымъ дѣяніемъ и ближайшимъ слѣдствіемъ должна быть результатомъ адекватнаго континуитета, но тотъ же приемъ долженъ быть примененъ и для обобщенія конечнаго результата для установленія адекватной связи между начальнымъ результатомъ и убыткомъ“. Его-же—о. с. *Krit. Viertelj. f. Gesetzgebung* B. XI (1906) Heft. 1—2.

<sup>4)</sup> *R. Schmidt*, о. с. 17.

Leyden<sup>1)</sup>, Enneccerus<sup>2)</sup>, A. Weinrich<sup>3)</sup>, Crome<sup>4)</sup>, Scherer<sup>5)</sup>, Rehbein<sup>6)</sup> и Oertmann<sup>7)</sup>.

I. Изъ вышеизложеннаго не трудно догадаться объ отношеніи адекватныхъ теорій къ вопросу о каузальности *упущеній*.

Въ этомъ вопросѣ адекватныя теоріи отмежевываются отъ каузальной теоріи *κατ' ἐξοχήν* тѣмъ, что они не отождествляютъ понятій *причиненія* съ понятіемъ *дѣятельности* (bewirken).

Отсюда—различное отношеніе той и другой школы къ вопросу о каузальности *упущеній*.

Если каузальная теорія *κατ' ἐξοχήν*, какъ мы видѣли выше, учила, что «измѣненія могутъ быть произведены лишь измѣненіями»,—адекватныя теоріи подводятъ подъ общее понятіе причины все, что способно вызвать даннаго рода результатъ, а подъ причинной связью понимаютъ все, что соотвѣтствуетъ «правилу жизни».

Разъ каузальность не понимается въ физическомъ смыслѣ слова, то и негативныя условія могутъ быть названы причиной, если они стоятъ въ адекватномъ (предвидимомъ и ожидаемомъ) отношеніи къ результату<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> v. Leyden, о. с. 16—19.

<sup>2)</sup> Enneccerus, I (1901), 402—406.

<sup>3)</sup> A. Weinrich, Die Haftpflicht, 17.

<sup>4)</sup> Crome, System (1900), 476.

<sup>5)</sup> Scherer, Das Recht der Schuldverh. (1899), 17—18.

<sup>6)</sup> Rehbein, Das B. G. B. (1903), 47.

<sup>7)</sup> Oertmann, Die Vorteilausgleichung beim Schadensersatzanspruch (1901), 79.

<sup>8)</sup> Rümelin, о. с. (Arch.-Prax. 1900), 329: „Адекватная причинная связь отсутствуетъ, если соответствующее упущеніе по правилу жизни не могло быть ожидаемо“. Crome, System. I, 480 центръ тяжести кладетъ въ томъ, что другое поведение было требуемо или ожидаемо или вслѣдствіе договорной и законной обязанности, или вслѣдствіе предшествующей положительной дѣятельности, вызывающей въ другомъ обоснованную надежду на его дальнейшую дѣятельность.

Эта адекватность—на лицо тогда, когда при наличности прочихъ условій, отсутствіе извѣстнаго положительнаго условія является или рѣшающимъ въ дѣлѣ наступленія результата<sup>1)</sup>, или вообще благоприятствующимъ наступленію результата<sup>2)</sup>.

Правовое значеніе за *упущеніями* признаютъ съ извѣстными оговорками и представители субъективной адекватной теоріи<sup>3)</sup>.

Они, впрочемъ, имѣютъ въ виду лишь виновное поведение, а потому имъ свойственно вносить въ свое опредѣленіе и дальнѣйшее ограниченіе: требованіе правовой обязанности или неправомѣрности *упущенія*<sup>4)</sup>. Саму же правовую обязанность они понимаютъ очень широко, разъ сужденіе идетъ о поведеніи потерпѣвшаго: здѣсь «обязанность» проявляетъ свое негативное дѣйствіе, въ томъ смыслѣ, что, если потерпѣвшій упустилъ дѣяніе, онъ теряетъ свое притязаніе на возмѣщеніе убытковъ; онъ долженъ быть дѣятельнымъ, если

<sup>1)</sup> Rümelin, *ibid.*, 195—199.

<sup>2)</sup> Oertmann, Kommentar I, 30.

<sup>3)</sup> Traeger, о. с. 61—73, и v. Leyden, о. с. 33—35 утверждаютъ, что всѣ попытки обосновать отвѣтственность за *упущенія* черезъ доказательство причинности упущенія—неудачны. „Но это не бѣда. Вопросъ о каузальности мы должны замѣнить здѣсь равноцѣннымъ вопросомъ о правовомъ значеніи упущенія [Relevanz der Unterlassung]“; все сводится къ установленію условнаго отношенія. Надо ставить вопросъ не такъ: *причинило* ли пассивное поведеніе результатъ,—а „воспрепятствовало ли бы положительное дѣяніе упустителя наступленію даннаго результата“ (Traeger), или „наступилъ ли бы даннѣй результатъ, если изслѣдуемое событіе не имѣло бы мѣста“? (Leyden). При такой постановкѣ вопроса нѣтъ нужды различать между положительнымъ *дѣяніемъ* и *упущеніями*. Krückmann, *Iher. Jahrb.* XIX (1909) стр. 151 признаетъ, что упущенія могутъ быть *каузальны* и привѣтствуютъ здѣсь совпаденіе „логики вещей“ съ „логикой рѣчи“, но дальше онъ въ духъ своей каузальной теоріи оговаривается: „Nicht mit der Unterlassung ist verursacht worden, sondern mit den beherrschten Fremdbewegungen“.

<sup>4)</sup> Krüger, о. с. 222 „Безразлично для причиненія—напрягаемъ ли мы наши мускульныя силы или же позволяемъ безпрепятственно проявлять свою силу тѣмъ факторамъ: „Nicht mit der Unterlassung ist verursacht worden, sondern mit den beherrschten Fremdbewegungen“.“ Ср. Gottschalk, о. с. 42. „Лишь неправомѣрное упущеніе, которое виновно, каузально“. Eick, о. с. 23.

хочет получить вознаграждение. Въ этомъ отношеніи онъ обязанъ къ активности, ибо въ требованіи убытковъ, которые онъ могъ предотвратить, лежить погрѣшность противъ доброй вѣри<sup>1)</sup>.

II. Ограниченіе ответственности адекватными послѣдствіями дѣянія разрѣшаетъ вопросъ о вліяніи виновнаго поведенія потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ.

Характерный моментъ этой теоріи, какъ мы видѣли, заключается въ требованіи, что бы все каузальное развитіе отъ выраженной волевой дѣятельности вплоть до конкретно наступившаго результата несло въ себѣ адекватность въ отношеніи къ волевому акту.

Въ предѣлахъ каузальнаго развитія волевой дѣятельности къ результату не должно быть ни одного существеннаго звена, которое при обобщающемъ сужденіи представлялось бы неадекватнымъ, случайнымъ. Если въ каузальное развитіе привзойдетъ съ рѣшающимъ дѣйствіемъ на результатъ такое не подлежащее учету событіе, то вмѣненіе результата дѣятелю исключается: причинная связь прервана.

Это разсужденіе примѣнимо и для оцѣнки адекватности поведенія потерпѣвшаго. Въ тѣхъ случаяхъ, когда виновное поведеніе потерпѣвшаго представляется такимъ явленіемъ, возможность возникновенія котораго черезъ деликтное дѣяніе вообще не возвышается, съ которымъ поэтому не можетъ считаться самый предусмотрительный человекъ, — *ex ante* познаваемая причинная связь между деликтомъ и конечнымъ результатомъ прерывается<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Eck*, о. с. 23 указываетъ на то, что Abs. 2 § 254 B. G. B. не очерпываетъ всей области право важныхъ упущеній потерпѣвшаго. Ср. *Matthias*, I, 316; *Cohn*, о. с. 120.

<sup>2)</sup> *Traeger*, о. с. 327; *Rohland*, о. с. 15, 43; *Wiechowsky*, о. с. 13—14, 22—47.

*Litten*<sup>1)</sup> даетъ такіе примѣры: совершеннолѣтній въ цѣляхъ самоуправства бросается подъ лошадей, ребенокъ въ зоологическомъ саду проникаетъ въ клетку льва, гдѣ и иммитируетъ укротителя звѣрей.

Здѣсь, вслѣдствіе дѣятельности потерпѣвшаго наступилъ начальный результатъ (*Anfangserfolg*), съ которымъ «по правилу жизни» нельзя считаться на основаніи условій, познаваемыхъ вообще *ex ante* съ точки зрѣнія дѣятеля (держателя животнаго), а потому начальный результатъ не можетъ быть ему вмѣненъ.

При этомъ содѣйствіи потерпѣвшаго виновность его поведенія принципиально не имѣетъ значенія.

Рѣшающее значеніе имѣетъ общая ожидаемость или неожиданность явленій; въ этомъ отношеніи и *виновное* поведеніе можетъ быть ожидаемо и *невиновное* — неожиданно.

Поэтому, ответственность не исключается черезъ привожденіе втораго виновнаго дѣянія, если это послѣднее представляется не исключеніемъ, а при данныхъ обстоятельствахъ — *правильемъ*<sup>3)</sup>.

Безразлично также — выражается ли самовина въ положительномъ дѣяніи или въ упущеніи.

Это признаютъ даже юристы, отрицающіе каузальность упущенія<sup>3)</sup>. Для того, что бы упущеніе было въ состояніи исключить адекватную причинную связь вовсе не необходимо, что бы оно само было каузальнымъ въ отношеніи результата,

<sup>1)</sup> *Litten*, о. с. 98—100.

<sup>2)</sup> *Litten*, о. с. 100: „Съ неосторожнымъ поведеніемъ неадекватнаго лица въ некоторомъ объемѣ надо считаться по правиламъ жизни“. *Kries*, о. с. 240: „Если кто либо кладетъ на оживленной улицѣ въ ночное время на окно перваго этажа свои часы, то неправомерное дѣяніе — кража часовъ — будетъ, въ смыслѣ обыденности этого событія, правиломъ жизни. Это лицо причинило мнѣ убытокъ адекватно“.

<sup>3)</sup> *Oertmann*, о. с. 44; *Wiechowsky*, о. с. 13—14; *Traeger*, о. с. 327; *Gottschalk*, о. с. 42.

те. что бы было на лицо условия для самостоятельной ответственности упустителя <sup>1)</sup>.

Так, согласно опыту, мы должны считать, как обычно ожидаемое, что всякий потерпевший убыток обращается к обычным мерам для предотвращения или уменьшения его. Всякое *omissio* потерпевшаго в этом отношении прерывает причинную связь между деянием и убытком: если кредитор *супра* содействовал увеличению убытков, то этот плюс не стоит более в адекватной причинной связи с поведением ответчика, а потому не может быть ему вменен <sup>2)</sup>.

В этом смысле адекватная теория есть теория вменения: если убыток не может быть вменен деятельности делинквента, то он не может быть вменен ему в ответственность.

Вот почему, сами представители адекватной теории избегают говорить о «перерыве причинной связи».

Раз конкретный убыток не есть адекватное следствие правонарушения, о каузальной связи не может быть и речи, а потому не может быть и перерыва таковой <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Rämelin*, о. с. 333; *v. Leyden*, о. с. 34: «упущение не может быть причиной. Но в вопросе о перерыве причинной связи нам незначит различать дальней от упущения».

<sup>2)</sup> *Schmoller*, о. с. 53; *Titze*, о. с. 136.

<sup>3)</sup> *Oertmann*, 40—42, *Titze*. *Unmöglichkeit der Leistung*, 136: «Выражение: перерыв причинной связи исходит из неправильного представления сути дела: по своей природе причинная связь может быть или существовать или отсутствовать. «Прерванная причинная связь» есть *contradictio in adjecto*». — *Wieschowsky*, о. с. 47, наоборот, не отрицает причинной связи в тех случаях, когда на лицо—условное отношение в философском смысле слова между первой волевой деятельностью и наступившим результатом: «Оно не может быть *прервано*, оно может быть лишь *неуважено* правом, если второе событие является inadequateм; здесь отсутствует *правово-важная причинная связь*» («Mangel eines rechtlich relevanten K. Z. H.»). Ср. *Kries*, о. с. 211: «виновное деяние, вследствие особого склада отдельного случая не представляется каузальным в обычной форме».

III. Из этих рассуждений выясняется точка зрения адекватной теории на взаимное отношение каузальностей, исходящих от ряда лиц.

Адекватная теория причинения не исключает возможности признания многих *со-причин* в создании одного вредоносного явления <sup>1)</sup>. Такой *сопричиной* могут быть и *упущения*, если они стоят в условном отношении к результату и, кроме того, обманули правово-обоснованное ожидание положительной деятельности известнаго лица <sup>2)</sup>.

Не вызывает раскола в теории адекватного причинения и интересующий нас для разрешения вопроса о разложении убытка между сторонами при «взаимной вине» вопрос о методах *азельшивания каузальной силы* отдельных сопричин. Этот вопрос объединяет представителей, как субъективной, так и объективной адекватной теории. Все юристы этого направления высказались в духе философско-логической каузальной теории за недопустимость взвешивания взаимных каузальностей, исходящих от делинквента и потерпевшаго, как масштаба для распределения между ними убытков <sup>3)</sup>.

Мы можем, однако, подметить различие в ходе мыслей, приведем юристов к этому выводу.

Цельный ряд выдающихся представителей адекватной теории, несомненно, находится под сильнейшим влиянием философско-логической школы. Это влияние сказывается в

<sup>1)</sup> *Oertmann*, 41; *Leyden*, 33; *Rämelin*, 307; *Schmoller*, 57; *Titze*, 136; *Traeger*, 337.

<sup>2)</sup> *Traeger*, 344; *Rämelin*, 338; *Leyden*, 34.

<sup>3)</sup> Исключение составляет *Schmoller*, о. с. 36—37, 59. Он пытается дифференцировать многие частичные причины по их различному отношению к результату и дает такой масштаб: *преимущественная причина* есть условие, которое вызывает представление о большей доли его участия в создании события. Это имеет место, если данное условие оказывает на наше суждение о возможности результата более сильное влияние, чем всякое другое условие, в том смысле, что оно доставляет большее содействие постепенно развивающему сознанию *эпюрия*, чем другое условие.—Подробное изложение его теории с нашей критикой см. ниже, часть II, гл. II, § 4.

подчеркиваніи ими равноцѣнности всѣхъ причинъ, приведшихъ *in casu* къ извѣстному результату, съ точки зрѣнія ихъ условнаго отношенія къ этому послѣднему.

По ученію этихъ юристовъ<sup>1)</sup> степеней причиненія не существуетъ. Поэтому, понятіе «преимущественной причины» лишено на ихъ глазахъ не только практической цѣнности, но и логическаго содержанія. Отсюда они дѣлаютъ тотъ выводъ, что единственно примѣнимымъ при разложеніи убытка между сторонами масштабомъ является интенсивность взаимной *вины*: лишь вина подлежитъ взвѣшиванію и измѣренію.

Не такъ категорично выражаются сами творцы теоріи адекватнаго причиненія: они указываютъ на то, что въ теоріи то изъ условій обладаетъ «преимущественной силой», которое болѣе повышаетъ возможность наступленія результата, чѣмъ другія условія<sup>2)</sup>.

Но, съ другой стороны, они же сами объявляютъ свою теорію *непрактичной*, указывая на то, что въ принципѣ *степени вѣроятія* даже приблизительно не поддаются взаимному сравненію<sup>3)</sup>.

Само сужденіе о степени каузальной силы поведенія делинквента и потерпѣвшаго неизбежно ведетъ къ сужденію о степени виновности.

Разъ рѣчь идетъ о преимущественной каузальности поведенія того или другого лица, этическая оцѣнка въ сужденіи о причинѣ не можетъ быть совсѣмъ отброшена. «Чѣмъ болѣе мы осуждаемъ образъ дѣйствія одной стороны, тѣмъ легче мы

<sup>1)</sup> *Leysden*, о. с. 47, 52: „Такъ какъ каждое изъ этихъ условій есть *conditio sine qua non* наступившаго вреда, то и ихъ дѣйствіе, касательно результата должно быть равнымъ“; *Titze*, о. с. 129, 135; *Scherer*, о. с. 30; *Cosack*, о. с. 318; *Linckelmann*, о. с. 57; *Guhil*, о. с. 102.

<sup>2)</sup> *Rümelin*, о. с. 313; *Kries*, о. с. 183, 215: „Понятіе объективной возможности подлежитъ степенямъ. Даже въ обычной рѣчи говорятъ: это „очень возможно“, „мало возможно“ и пр.“

<sup>3)</sup> *Traeger*, 353—375.

будемъ расположены утверждать, — что другая сторона не обязана была ожидать этого, — а чѣмъ менѣе она должна была считаться съ такимъ поведеніемъ противника, тѣмъ меньше мы придаемъ значенія его собственному дѣянію. Въ этихъ случаяхъ нельзя строго различать другъ отъ друга: *каузальное* соображеніе и нашу *субъективную оцѣнку* поведенія лица»<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, *Rümelin* приходитъ къ выводу, что надо считаться преимущественно съ *тяжестью вины* на той и другой сторонѣ.

IV. Примѣняя все вышесказанное къ вопросу о зачетѣ вины, мы получаемъ такіе выводы:

1) Адекватная каузальная теорія придаетъ самостоятельное каузальное значеніе всякой винѣ потерпѣвшаго. *Сопричиной* можетъ быть и *упущеніе* потерпѣвшаго, если оно стоитъ въ адекватной связи съ результатомъ.

2) Поведеніе потерпѣвшаго *прерываетъ причинную связь* между деликтомъ и вредомъ, если — благодаря его привхожденію — между этими двумя моментами нѣтъ болѣе познаваемой адекватной связи.

3) Ответственность за убытки должна быть распределена между делинквентомъ и потерпѣвшимъ не по каузальному масштабу, а по принципу *виновности*.

V. Таковы, въ общемъ — главнѣйшія положенія, которыя мы можемъ извлечь изъ субъективныхъ и объективныхъ адекватныхъ теорій причиненія для выясненія непосредственно

<sup>1)</sup> *Rümelin*, о. с. 216 и сл., 313 и сл.; *Traeger*, о. с. 355: „Преимущественная вина повредителя или потерпѣвшаго решающа для вопроса объ ответственности, но отнюдь не преимущественное причиненіе той или другой стороны“; *Kuhlenbeck*. — *Staudin. Kom. Bem.* 2, zu 254; *Radbruch*, *Der Handlungsbegriff*, 105; *Krückmann*, о. с. *Iher. Jahrb.* XIX (1909), стр. 7, 23.

интересующего нашу тему вопроса о распределении убытков между делинквентомъ и потерпѣвшимъ при наличности обоюдной ихъ вины.

Не трудно усмотрѣть, что выводы эти—неутѣшительны, ни съ точки зрѣнія ихъ логическаго обоснованія, ни съ точки зрѣнія ихъ практической годности.

Субъективная адекватная теорія, имѣющая корни въ уголовномъ правѣ, не была способна создать чистое понятие причины.

Опредѣляя, въ случаѣ виновнаго поведенія, границы обобщенія черезъ психологическій моментъ, т. е. *вину*, адекватная субъективная теорія тѣмъ самымъ косвенно ставитъ «объективную возможность» и «причиненіе» въ зависимость отъ вины, что не соответствуетъ исходному утвержденію самаго Kries'a <sup>1)</sup>. Въ самомъ дѣлѣ, кладя въ основу сужденія о возможности вредоноснаго результата условія, познаваемые самимъ дѣятелемъ, Kries сводитъ всю теорію причиненія къ вопросу о предвидѣніи результата <sup>2)</sup>. Желая опредѣлить *причину*, Kries опредѣлил лишь понятію *вины* <sup>3)</sup>.

Не совсѣмъ гармонируетъ съ основной идеей субъективной каузальной теоріи и само возведеніе на рангъ обычно-мѣрнаго того явленія, которое охватывалось предвидѣніемъ дѣятеля. Это подчеркиваніе индивидуальности случая, при наличности *вины* дѣятеля, стоятъ въ противорѣчій съ положеніемъ, что правовое чувство требуетъ *обобщающей* точки зрѣнія, что отвѣтственность надо устанавливать лишь за тѣ

<sup>1)</sup> Сознательное смѣшеніе этихъ понятій допускаетъ *Wieschowsky*, о. с. 17.

<sup>2)</sup> Тѣмъ самымъ выработкой понятія причины онъ сразу разрѣшаетъ вопросъ о правовой отвѣтственности, вопреки тому безспорному положенію, что *причиненіе*, какъ таковое, само по себѣ еще не обосновываетъ отвѣтственности. *Levison*, о. с. 22; *Radbruch*, о. с. 31; *Traeger*, о. с. 135—136; *Thyrén*, о. с. 137; *Brünneck*, о. с. 30.

<sup>3)</sup> *Gues*, о. с. 88, 93; *Brünneck*, о. с. 30; *Hass*, о. с. 404—408; *Gottschalk*, о. с. 17; *Rumpf*, о. с. 31; *Radbruch*, о. с. 35; *Rümelin*, о. с. 260.

дѣянія, которыя въ конкретномъ случаѣ проявили имъ *вообще* свойственную силу <sup>1)</sup>.

Тому же въ сущности упреку подлежать и объективная адекватная теорія *Rümelin'a*, не смотря на діаметрально противоположный исходный пунктъ ея построенія.

Опасность теорія *Rümelin'a* заключается въ томъ, что она приводитъ къ слишкомъ расширенной отвѣтственности. Тѣ условія, которыя предполагаетъ *Rümelin* суть вообще всѣ условія: вѣдь, *ex post* познанію судьи доступны *всѣ* условія, сопровождавшія дѣяніе и позднѣе привзошедшія,—не исключая и законовъ и силъ природы <sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, его теорія ведетъ не къ сужденію о *вѣроятіи*, а сужденію о *необходимости* <sup>3)</sup> наступленія результата. Поэтому, каждое условіе (*cond. s. q. n.*) имѣетъ въ равной мѣрѣ право на званіе *причины* <sup>4)</sup>, и такимъ путемъ конструкція *Rümelin'a* ведетъ къ возврату къ господствующей каузальной теоріи *s. s. q. n.*, съ которой она и должна дѣлать всѣ упреки въ ея непрактичности <sup>5)</sup>.

Правда, *Rümelin* желаетъ спасти свою теорію своими

<sup>1)</sup> *Brünneck*, о. с. 30; *Buri*, Beiträge, 302, 325: „Особенности даннаго каузальнаго теченія не могутъ превратиться въ регулярныя явленія отъ того лишь, что онѣ были предвидимы субъектомъ, ибо иначе утверждаемое объективное свойство обычности или необычности не имѣло бы никакого содержанія“.

<sup>2)</sup> Самъ *Rümelin*, о. с. 98, считаетъ явленія природы за „*ex post* völlig undurchschaubaren Bedingungen“; напр. молнія или черепица съ крыши убиваетъ раненнаго по дорогѣ къ врачу.—Но, развѣ *ex post* нельзя сказать, гдѣ было большее напряженіе электричества, или что данная черепица была оторвана отъ крыши? Конструкція *Rümelin'a* показываетъ съ какой необходимостью его объективная теорія должна терпѣть крушеніе и должна воспринимать субъективные моменты.

<sup>3)</sup> *Bick*, о. с. 18: „Sein Verfahren ist nicht, wie er behauptet, das einer nachträglichen Prognose, sondern das einer Retrospektive“.

<sup>4)</sup> *Gues*, о. с. 87. „Car non seulement il pouvait le produire, mais il devait le produire, il ne pouvait pas ne pas le produire“.

<sup>5)</sup> *Traeger*, о. с. 137; *Gottschalk*, о. с. 16; *Litten*, о. с. 58; *Radbruch*, о. с. 28, 41; *Gues*, о. с. 96.

«справедливыми поправками». Но, как основательно замечают его критики <sup>1)</sup>, его «справедливая поправка» произвольна; она нарушает цельность и практичность его теории, и приближает опять-таки его объективную теорию к теории субъективному.

Обращаясь к общей критике адекватной теории, мы должны констатировать, что ни у одного теоретика адекватного причинения мы не находим объяснения вопроса: с какой степенью вероятности результата данный факт становится «благоприятствующим обстоятельством»? Представители этого направления ограничиваются исключением «минимального благоприятствования» и отсылают нас к «правду жизни», т. е. в сущности говоря, к судебному усмотрению <sup>2)</sup>. Вся судьба причины зависит от комплекса условий, служащих исходным пунктом для суждения о вероятности. Установление причины стоит, таким образом, в зависимости от определенной степени обобщения отдельного случая.

Но как обобщить конкретный случай?

На вопрос о степени обобщения *конечною результата* адекватная теория не дает нам точного ответа <sup>3)</sup>. Что же касается *условий*, то адекватная теория основывается на произвольных обобщениях: одни условия выкидываются, другие принимаются в соображение. Но до какого предельно надо идти в этом обобщении, от каких условий надо отвлекаться, — на эти вопросы представители адекватной теории расходятся во взглядах, и это разногласие породило массу контроверз <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Rumpf, о. с. 34; Gottschalk, 16; Litten, 63.

<sup>2)</sup> Самъ Rümelin, (Arch.-Prax. 1888, 291) признает, что различие между минимальным благоприятствованием и благоприятствованием, с которым надо считаться, — едва условно.

<sup>3)</sup> Radbruch, о. с. 15, 58; Gueez, о. с. 86; Krückmann, Iher. Jahrb. 1909, 47.

<sup>4)</sup> Landsberg, о. с. D. J. Z. 1905, 921: «дать для адекватности простое определение понятия — все равно что найти в квадратуру круга». См. интересные и остроумные возражения у Schröder'a Unmöglichkeit und Ungewissheit, 51 и след.

Все эти теории неприемлемы: одни из них приводят, как мы видели выше, к господствующей теории (cond. o. s. q. n.), — другие ведут к смешению *причины* с понятием *вины*.

Но не только с логической точки зрения адекватная теория не способна выдержать критики, — она по отзыву ее противников непригодна и для практических целей гражданского права.

Адекватная теория не есть теория *причинения*, она есть теория *вмешения результата* <sup>1)</sup>, так как момент *адекватности* приводит здесь, как требование, ограничивающее юридически-логическое понятие причины (cond. o. s. q. d.) <sup>2)</sup>. Но к чему это требование? Оно еще может быть оправдано в уголовном праве, оперирующем с «опасными деяниями» <sup>3)</sup>, но оно неуместно в гражданском праве, т. к. для гражданского права важен не антисоциальный характер самого деяния, а лишь антисоциальные последствия деяния. Право занимается и считается с действительностью, а не с объективной возможностью <sup>4)</sup>.

Особенно ясна несостоятельность существующих адекватных теорий в деле разрешения важнейшей практической задачи, выдвигаемой учением о зачете вины: при распределении ответственности за убытки между делинквентом и по-

<sup>1)</sup> Ср. Tuzina, о. с. 22: «Для юридической науки важно найти лишь тот момент, который нас поставил бы в возможность вмешать извещенному лицу результат во всем его объеме».

<sup>2)</sup> Litten, о. с. 9: «Назвать ее *каузальной* теорией можно лишь при том условии, что закон сам под *причиной* понимает нечто, что не может быть голым причинением, так как иначе оно не могло бы во многих случаях образовать единственное условие ответственности»; Liepmann, Goldt. Archiv 52, стр. 340 и сл., 357 и сл.

<sup>3)</sup> G. Rümelin, о. с. Arch. Praxis Bd. 1888, 296, прямо указывает на родство адекватной теории с «Prinzip der Gefährdung».

<sup>4)</sup> Gueez, о. с. 84: «Требовать кроме невозможности деяния, вины деятеля, причинной связи между деянием и убытком, еще что бы эта связь была *адекватной*, — это значит прибавить к законным условиям ответственности реквиант, которого закон не знает и который противоречит цели гражданского права».



терпѣвшимъ въ мѣрѣ личнаго участія каждаго изъ нихъ въ созданіи вреда (§ 254 В. Г. В.).

Всѣ адекватныя теоріи обнаружили свое полное безсиліе передъ предполагаемомъ въ § 254 В. Г. В. дробленіемъ различныхъ причинъ по степени ихъ участія въ созданіи результата; потому-то онѣ или должны были сдать свои позиціи старой теоріи *Birkmeyer'a* [см. выше, стр. 236] и этимъ навязать закону непоследовательность въ проведеніи единой каузальной теоріи, или же, вопреки ясному велѣнію законодателя, замѣнить *каузальный* масштаб, масштабомъ *виновности!*

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Теорія зачета вины. Критика господствующихъ теорій и наши выводы.

### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Понятіе вины. [Критика основныхъ положеній традиціоннаго ученія].

Въ гл. I-ой мы выяснили воззрѣнія господствующихъ западно-европейскихъ доктранъ на сущность понятія технической вины.

Наиболѣе характерныя основныя пункты этихъ ученій, могутъ быть конденсированы въ слѣдующихъ тезисахъ:

I. Вина есть оскорбленіе *чужой правовой сферы*; она предполагаетъ наличность страдательнаго субъекта (потерпѣвшаго); поэтому, она стоитъ въ тѣсной связи съ идеей *гражд. ответственности*.

II. Вина есть *ошибка въ познаніи* каузальности дѣянія, обязанная недостаточному напряженію духовныхъ силъ (по *providere*).

III. *Винное дѣяніе* можетъ исходить лишь отъ *виновнаго лица*.

Во гл. II-ой § 1, мы указали на ученіе о «*compensatio supra*», какъ на пробный камень, на которомъ традиціонной теоріи вины суждено было подвергнуться провѣркѣ

правильности ее аргументации и конечных выводов. Мы видели, что старая школа не сдала своих позиций. Она создала понятие *вины нетехнической*, покоящееся на общих с виной технической основаниях.

От этой школы отщепилась часть доктрины, которая для понятия собственной вины потерпевшего создала на особых началах самостоятельный институт *вины противъ самою себя*.

Въ этомъ последнемъ каждый изъ формулированныхъ нами выше тезисовъ получилъ со стороны новой школы соответствующую модификацию.

Постараемся разобраться въ аргументахъ традиционной школы и выяснять нашу точку зрѣнія на сущность и содержание понятия вины. Существуетъ ли *вина*, какъ таковая, или есть лишь вина *передъ кѣмъ либо*, варьирующая въ своемъ содержаніи отъ того или другого страдающаго субъекта? Должны ли мы признать дуализмъ вины—*технической* и *нетехнической*, или вина одна и едина въ своемъ содержаніи?

Если вѣренъ послѣдній отвѣтъ, то въ чемъ же мы должны найти ту общую базу, на которой установилось бы единое понятие виновнаго поведенія?

Отвѣтить на эти вопросы есть задача послѣдующаго изложения.

### § 1. Вина есть оскорбленіе чужой правовой сферы.

I. Этотъ тезисъ есть лишь ви́шняя сторона того правоотношенія, которое имѣетъ базой *нарушеніе существующей обязанности*.

Въ этой послѣдней господствующая французская доктрина, примыкающая къ школѣ Платіоля, усматриваетъ искомымъ нами сущность вины.

Ужъ этотъ исходный пунктъ вызываетъ серьезныя сомнѣнія и возраженія.

Главнѣйшимъ аргументомъ въ пользу поставленія понятія *вины* въ связь съ идеей *обязанности* французская доктрина, какъ мы видели выше, выставляетъ то соображеніе, что только при нарушеніи существующей обязанности можетъ родиться искъ, т. е. только при наличности этого условія право интересуется виной.

То же соображеніе заставило германскихъ юристовъ усмотрѣть сущность вины въ *оскорбленіи чужой правовой сферы*.

Школа Платіоля аргументируетъ такъ: «если дѣяніе, вслѣдствіе своей легости не обосновываетъ ответственности его автора, это значить, что оно терпимо, т. е. законъ не видитъ въ немъ оскорбленія чужого права, а когда нѣтъ нарушения права—нѣтъ мѣста и винѣ». «Нѣтъ ответственности, такъ какъ нѣтъ вины, и нѣтъ вины, такъ какъ нѣтъ обязанности»<sup>1)</sup>.

Нелогичность этого разсужденія настолько бросается въ глаза, что можно только удивляться, какъ можетъ это ученіе пользоваться авторитетомъ въ серьезной литературѣ<sup>2)</sup>. Ходъ его мыслей таковъ: нѣтъ вины, такъ какъ законъ не наказываетъ; разъ не наказываетъ—нѣтъ обязанности, а разъ нѣтъ обязанности—нѣтъ вины.

Мы возвращаемся въ заколдованномъ кругу: нѣтъ вины, такъ какъ нѣтъ ответственности; нѣтъ ответственности, такъ какъ нѣтъ вины.

Мало того. Сказанная конструкція наталкивается на такое недоумѣніе: *какіе акты противны праву?*

Если мы примемъ во вниманіе, что никто до настоящаго времени не пытался составить таблицы обязательствъ, нару-

<sup>1)</sup> Purigiesco, о. с. 97—98.

<sup>2)</sup> Изъ перваго положенія мы можемъ сдѣлать и обратное заключеніе: если самая легкая вина не санкціонирована закономъ, такъ какъ нѣтъ обязательствъ, то значить *вина* и *обязательство* суть различныя понятія!

шение которых вызывало бы реакцию закона, то мы придем к убеждению, что господствующая доктрина дает нам лишь призрачное определение <sup>1)</sup>.

В самом деле, это определение устраняет всякие затруднения в области вины, но все вопросы и недоумения возрождаются на почве «obligation préexistante». Проблема тем самым не разрешается, а лишь сдвигается в сторону. Мы легко узнаем, когда на лицо — вина, но для этого мы должны тщательно установить, когда на лицо — обязанность!

Будучи бессильными составить каталог для тысячи различных случаев, юристы пытались обнять все разнообразие жизненных отношений в одной формуле; они стали говорить об общей обязанности — *neminem laedere*.

Но и эта формула не может нас удовлетворить!

В самом деле, учение, рассматривающее необходимость уважать чужие права, как *obligatio* в юридическом смысле слова, противоречит прочно установившимся в науке права понятиям.

Негативное обязательство — *neminem laedere* — не есть настоящее юридическое обязательство. Правда, в внедоговорной области лица связаны общей законной обязанностью — воздерживаться от актов неправомерных; но потерпевший, чтобы обосновать свой иск, не может ограничиться констатированием наличия этой общей негативной обязанности. Одно нарушение существующего обязательства не есть еще вина, т. к. оно может быть совершено и без вины, напр. по извинительному заблуждению в фактических обстоятельствах. Потерпевший, поэтому, должен доказать виновное неисполнение этой обязанности, — что ведет к возложению на него *onus probandi culpaе*.

<sup>1)</sup> Сам же отец этой теории — Платиоль — отсылает нас к юриспруденции, т. е. уклоняется от ответа на поставленный вопрос.

Из конструкции вины, как нарушения известного обязательства перед третьими лицами, логически вытекает необходимость включения в понятие вины момента *неправомерности* и идеи *ответственности* перед потерпевшим <sup>1)</sup>. Вина получает не самоудовлетворяющее значение уклонения от поведения доброго хозяина, но — производное и несамостоятельное значение упречного отношения одного лица к другому.

Внесение идеи гражд. ответственности в определение вины юристы оправдывают следующими рассуждениями: «вина в юридическом отношении существует лишь через фактические (причинение убытка) и юридические (ответственность) результаты, которые она вызывает». «Известная житейская погрешность только тогда возводится правом на степень юридической вины, когда она обосновывает гражд. ответственность <sup>2)</sup>, т. е. лишь та житейская оплошность есть вина, которая вызывает реакцию права <sup>3)</sup>.

Этот довод — думается нам — доказывает больше, чем он желает: он неизбежно заставляет нас включить в определение вины и фактические результаты деяния; раз гр. ответственность предполагает наличие *убытка*, мы, оставаясь логичными, должны внести и это условие в содержание юридической вины <sup>4)</sup>. Сами представители традиционного учения — как французской <sup>5)</sup>, так и немецкой <sup>6)</sup> школы про-

<sup>1)</sup> *Weyl*, в согласии с традиционной школой, критерием различия двух видов вины ставит *гражданскую ответственность*. Но характерно то, что он не воспринимает этого момента (*die Vertretung*) в определении существа *вины*.

<sup>2)</sup> *Sic!* Не надо ли рассуждать обратно: гр. ответственность — на лицо тогда, когда есть вина?

<sup>3)</sup> *Planiol*, *Traité*, II, 279.

<sup>4)</sup> Так и поступает, напр. *Doneau*, *Comment. de jure civile*, t. X, I, XVI, cap. 7, § 2, стр. 161: «*Culpa est omne factum inconsultum, quo nocetur (!) alii iniuria*».

<sup>5)</sup> *Planiol*, *l. c.*: «le dommage est seulement la condition pour que la faute soit réprimée par le droit».

<sup>6)</sup> *Kuhlenbeck*, *B. G. B. I*, стр. 228, прим. 2; *Tütze*, *o. c.* 76; *Siméon*, *Recht und Rechtsgang*, Berlin, 1901, стр. 239; *Endemann*, I, стр. 638, прим. 10.

тестуютъ противъ этого; они говорятъ, что «убытокъ есть лишь элементъ случайный, а не необходимый, онъ есть лишь *уловіе*, что бы вина получила кару правосудія».

Но, мы можемъ спросить этихъ юристовъ,—а развѣ *неправомѣрность* не есть элементъ случайный въ понятіи вины, и развѣ неправомѣрность не есть лишь *уловіе*, «что бы вина получила кару правосудія»?!

Мы считаемъ ложнымъ само утвержденіе, что право интересуется виной лишь постольку, поскольку оно видитъ въ данномъ поведеніи лица основаніе наказать его возложеніемъ на него убытковъ въ пользу противника; такое ученіе просматриваетъ цѣлую область права, въ которой вина не вызываетъ идеи гр. отвѣтственности, и все же рождаетъ правовыя послѣдствія: мы имѣемъ въ виду большинство случаевъ собственной вины потерпѣвшаго.

Нельзя понятіе вины выводить и изъ юридическихъ послѣдствій того или другого поведенія: техническая вина—лицо плотить изъ своего кармана, нетехническая вина—лицо терпитъ лишь потерю своего притязанія. Это различіе несостоятельно. Въ томъ и другомъ случаѣ нельзя усмотрѣть такого принципиальнаго различія въ юридическихъ послѣдствіяхъ, которое способно было бы отразиться на сущности самого института. Въ томъ и другомъ случаѣ сущность вины заключается въ возможности *морально* вѣнчанія содѣяннаго лицу; вопросъ же объ *отвѣтственности*, какъ вопросъ особый, поднимается впервые послѣ того, какъ разрѣшенъ вопросъ о *винѣ*<sup>1)</sup>.

Но, если мы должны выкинуть изъ опредѣленія вины моментъ *неправомѣрности* и идею *гр. отвѣтственности*, то логически мы приходимъ къ выводу, что объективное содер-

<sup>1)</sup> Къ тому же выводу, но по другимъ основаніямъ, приходитъ *Brinz*, *Lehrbuch*, II, стр. 249—253: „не вопросъ о *винѣ*, а вопросъ объ *отвѣтственности* зависитъ отъ обязательства, его рода и содержанія“.

жаніе виновнаго поведенія не предполагаетъ необходимо наличность третьяго лица, страдающаго отъ этого поведенія.

На самомъ дѣлѣ, говоря о винѣ, мы имѣемъ въ виду созданіе даннаго событія,—въ чемъ бы оно ни заключалось. Вина есть отношеніе поведенія лица къ инкриминируемому *событію*,—а не къ страдающему субъекту.

Юристы говорятъ: «онъ виновенъ въ *поврежденіи* лошади г-на N.», а не говорятъ: «онъ виновенъ передъ г-нъ N.».

Вѣдь, насъ интересуетъ *prima facie* не тотъ, кто потерпѣлъ (*dominus—quaestio facti*)!, а то *событіе*, которое надо отнести къ поведенію того или другого лица!

«Вина передъ кѣмъ либо» есть понятіе неизвѣстное наукѣ гражданского права. Въ юридической сферѣ извѣстна и важна лишь вина *въ чемъ либо*.

Первая конструкція неприемлема и потому, что ведетъ къ смѣшенію *вины* съ понятіемъ *деликта*. Для деликта существенно необходима рождаемость «*actio*»; поэтому, гдѣ нѣтъ всѣхъ условій, необходимыхъ для преслѣдованія лица, тамъ нѣтъ деликта. Но нельзя же утверждать, что нѣтъ *вины* внѣ возможности преслѣдованія!<sup>1)</sup>

Вина есть субъективное отношеніе дѣятеля къ извѣстному внѣшнему событію [нежелательному и прискорбному], хотя бы законъ и не связывалъ съ нимъ правовыхъ послѣдствій.

Если хозяинъ идетъ среди ометовъ сухой соломы съ факеломъ, и отъ искры огня воспламеняется солома, то его неосторожность всякимъ будетъ названа *виной*.

Хозяинъ набиваетъ свой чердакъ сѣномъ. Это—дозволенное дѣяніе. Но это сѣно не было достаточно сухо, оно стало плѣсневѣть, загорѣлось и сожгло сосѣдній домъ. Омъ

<sup>1)</sup> *Brinz*, II, 251 указываетъ на то, что въ римскихъ источникахъ неоднократно юристы поднимаютъ вопросъ: „quid venit in actione utrum *dolus* an et *culpa*?“ Это доказываетъ, что „*culpa da sein könnte, ohne prästirt werden zu müssen*“.

виновенъ, такъ какъ совершилъ неосторожность, складывая еще несовѣмъ сухое сѣно <sup>1)</sup>.

Вѣдь, передъ кѣмъ провинивается дѣятель, когда рѣчь идетъ о винѣ? Развѣ передъ законодателемъ, передъ обществомъ или опредѣленнымъ лицомъ?

Откуда нѣтъ! Онъ провинивается передъ самымъ событіемъ, онъ *провиниваетъ* данный результатъ <sup>2)</sup>.

И всегда, когда на лицо—неосторожность, легкомысліе, глупость дѣятеля, съ одной стороны, и нежелательное, прискорбное явленіе, съ другой стороны, мы говоримъ: онъ—*вина* совершившагося, независимо отъ правовыхъ послѣдствій, устанавливаемыхъ закономъ <sup>3)</sup>.

Мы видимъ, что традиціонный аргументъ о несовмѣстности понятій *права* и *вины* несостоятеленъ, ибо вина можетъ привзойти и при осуществленіи своего права; въ этомъ случаѣ она можетъ лишь не влечь за собой извѣстныхъ юри-

<sup>1)</sup> Примеры взяты у *Toullier*, t. 11, № 155; *Dalloz*, Responsabilité, № 122.

<sup>2)</sup> Обозначеніе *вины* такого упречнаго съ точки зрѣнія добраго хозяина поведенія, которое имѣетъ мѣсто въ своей собственной правовой сферѣ, мы встречаемъ и въ законѣ, напр. § 827, B. G. B. (лицо безъ своей *вины* впало въ состояніе опьянѣнія), § 1379 Cod. Civ: тотъ, кто получилъ недолжную ему вещь, обязанъ возвратить ее въ натурѣ, если она существуетъ, или ея цѣнность, если она погибла или испорчена *по его винѣ*. *Sourdat* (t. I, стр. 557) полагаетъ, что *вина* сего лица—въ томъ, что онъ принялъ вещь чужую за свою. Авторъ, конечно, ошибается. Въ поведеніи такого лица вины нѣтъ, если его заблужденіе было извинительно. Но *вину* въ способѣ обращенія со своей вещью надо понимать, какъ противоположеніе *случаю*. Я получаю чужую лошадь и запалию ее въ неумѣренной вѣздѣ. Это будетъ—*вина*, хотя я и думаю, что лошадь принадлежитъ мнѣ. Если же эта лошадь въ вѣздѣ оступится и попортитъ себѣ ногу,—это *случай*. Ср. *Protopius*, l. 23, D. 13, 6: „nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi (tibi equum), qui eum laborem sustinere non potuit“.

<sup>3)</sup> Съ этой точки зрѣнія понятіе *вины* аналогично понятію *причины*. Какъ *причина* вредоносное событіе, такъ же и *провиниваетъ* наступленіе извѣстнаго событія. Мѣста страдательному субъекту, какъ необходимому моменту, нѣтъ въ *виновномъ* отношеніи, какъ нѣтъ его и въ *каузальномъ* отношеніи.

дическихъ послѣдствій, связанныхъ съ оскорбленіемъ чужого права, но ея *сущность* остается нетронутой <sup>1)</sup>.

Исходный пунктъ, вся аргументація и конечные выводы критикуемаго нами ученія заставляютъ насъ рѣшительно осуждать всю традиціонную конструкцію вины.

Вся путаница въ логическихъ построеніяхъ обязана тому, что юристы припутали понятія *права* и *обязанности* къ такому понятію, которое выражаетъ лишь внѣшнее необычнмѣрное отношеніе извѣстнаго поведенія къ создавшемуся положенію вещей.

Эти юристы упускаютъ изъ виду, что рѣчь идетъ не о формальномъ правѣ или судебной отвѣтственности, а объ упречномъ поведеніи. Потерпѣвшій могъ заранѣе простить вину делинквенту (*volenti non fit iniuria*)—вопросъ объ отвѣтственности или о правѣ и не поднимается,—и все же дѣятель совершилъ *вину*!

Сказать—«небрежность есть предвидимость результата и объективной неправомерности дѣланія»—значитъ отрицать наличность вины въ тѣхъ случаяхъ, когда она бьетъ въ глаза, когда не только профанъ, прохожій, случайно прибѣжавшій къ мѣсту происшествія, но и образованный юристъ, когда дѣло дойдетъ до судебного барьера, скажутъ лицу: *ты виновенъ*, и безъ того, что бы вопросъ о неправомерности поднялся и даже могъ бы подняться. Въ случаяхъ, напр., самовины нѣтъ вторженія въ чужую правовую сферу, не можетъ

<sup>1)</sup> Что понятія *вины* и *правомерности* вовсе не являются необходимо противоположностями доказываютъ тѣ случаи, когда лицо безспорно *виновно* въ совершившемся несчастіи, и все же дѣятельность его сама по себѣ была *осуществленіемъ собственнаго его права*. Напр., хозяинъ ѣдетъ на пугливой лошади сельской дорогой, мимо которой проложена желѣзная дорога. Сельская дорога первымъ дѣломъ назначена для экипажей, а не для ж. д. движенія. Поэтому, нельзя вѣнчать хозяина въ обязанности воздержаться отъ пользованія его лошадей. И въ то же время, онъ *виновенъ* въ несчастіи, если онъ ѣдетъ на ненадежной, пугливой лошади въ то время, когда надо ожидать прохода поезда.

быть и рѣчи о неправомерности. Но кто же серьезно станет отрицать юридическое значеніе предосудительнаго поведения потерпѣвшаго указаніемъ на отсутствіе сознанія неправомерности?

Это уже указываетъ на то, что «неправомерность» есть моментъ вполне самостоятельный; онъ отнюдь не входитъ, какъ существенный элементъ въ понятіе вины.

Сама вина самостоятельной роли въ области гражданскаго права не играетъ; она есть «простое тѣло», входящее въ составъ какого либо болѣе сложнаго юридическаго отношенія (договоръ, деликтъ и т. п.), какъ условіе наступленія тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій<sup>1)</sup>.

Мы оспариваемъ безусловную необходимость момента неправомерности и въ понятіи *умысла*.

Въ самомъ дѣлѣ, разъ вина, какъ таковая, не включаетъ въ себѣ необходимо объективной неправомерности, то и умыселъ, какъ одинъ изъ видовъ вины, не можетъ содержать его, какъ существенное условіе.

Это положеніе вполне подтверждается изслѣдованіемъ Германскаго Гражд. Уложенія.

Кромѣ ст. 254, трактующей о самовинѣ, мы можемъ указать на ст. 826, которая гласитъ: «кто умышленно причинить вредъ другому способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ, тотъ обязанъ возмѣстить ему этотъ вредъ». Здѣсь *умышленность* дѣянія не предполагаетъ непременно *погрѣшности противъ права*. Редакція ст. 823 I [«кто противузаконно умышленно или неосторожно лишить жизни...»] также показываетъ, что въ *умышленности* не содержится непременно момента *незаконности*: иначе законодателью незачѣмъ

<sup>1)</sup> Если вина есть всегда лишь составной элементъ въ канонъ либо юридическомъ отношеніи, то юридическія послѣдствія того или другаго отношенія не входятъ въ понятіе вины. Поэтому, не правъ *Weyl, System, § 70*, трактующій о „*Folgen des Verschuldens*“.

было бы ставить рядомъ оба эти понятія, какъ самостоятельные реквизиты въ болѣе широкомъ понятіи деликта.

Эти аргументы уже высказывались въ литературѣ вопроса<sup>1)</sup>. *Weyl*<sup>2)</sup>, примыкающій къ традиціонной теоріи, пытается опровергнуть силу этихъ аргументовъ слѣдующими возраженіями.

1) «Ссылка на содѣйствующую вину потерпѣвшаго въ § 254 потому не состоятельна, что самовина не подпадаетъ подъ «вину въ собственномъ смыслѣ»; здѣсь, поэтому, «умыселъ» не покрывается съ «умысломъ» въ интересующемъ насъ сейчасъ значеніи».

Это возраженіе кажется намъ несостоятельнымъ.

Авторъ доказываетъ соображеніями, которыя сами нуждаются въ доказательствѣ. Нетехническое значеніе *самовины* авторъ устанавливаетъ а priori, т. е. произвольно, и, какъ мы видѣли выше, ложно. Ссылаясь на нетехническое значеніе самовины, что бы доказать, что значеніе умысла въ § 254—не техническое, авторъ впадаетъ въ явное *petitio principii*!

2) «Если въ нѣкоторыхъ текстахъ *незаконность* положительно упоминается рядомъ съ *умысломъ*, то въ этомъ обстоятельствѣ скорѣе [но я склоненъ этого вывода не дѣлать] надо видѣть излишнюю тавтологію, плеоназмъ, чѣмъ изъ этого одного выводить для всѣхъ законодательныхъ текстовъ, въ которыхъ идетъ рѣчь объ умыслѣ безъ упоминанія незаконности, что законодатель, вопреки юридической логики, хотѣлъ не считаться съ этимъ требованіемъ».

Этотъ аргументъ самъ авторъ погашаетъ ссылкой (стр. 397, прим. 1) на страницы 366—367; въ этомъ мѣстѣ авторъ противопоставляетъ «*widerrechtlich*» и «*vorsätzlich*», указывая при этомъ на § 823 I. Въ этомъ §-ѣ при иномъ толкованіи,—

<sup>1)</sup> *Windscheid-Kipp*, I, стр. 452.

<sup>2)</sup> *Weyl, System*. 396—397.

сознается самъ авторъ, — «läge eine im höchsten Masse merkwürdige und geradezu unerklärliche Tautologie vor» (!).

3) «Законодательные тексты касаются по большей части случая убійства, и здѣсь законодатель потому могъ принять излишній прибавокъ: «*widerrechtlich*», что здѣсь соприкасался обратный вопросъ о свойствѣ убійства по требованію убитаго».

Противоположеніе Weyl'a несостоятельно уже потому, что соизволеніе на убійство не снимаетъ характера неправомѣрности убійства.

4) «Указаніе на незаконность обязано и тому, что бы обратить вниманіе на исключеніе неправомѣрности, и, слѣдовательно, — и ответственности въ случаяхъ крайней необходимости и т. д.».

Но, зачѣмъ же законодателю нужно было ставить «*des points sur les i*», разъ умыселъ включаетъ уже въ себѣ моментъ незаконности?!

Мы видимъ, такимъ образомъ, что аргументы нашихъ противниковъ очень слабы, что бы опровергнуть защищаемую нами конструкцію вины.

Если бы сознаніе неправомѣрности было бы необходимымъ и неотвратимымъ моментомъ въ понятіи умысла, то *мотивы*, которыми руководствовался дѣятель, и которые исключали бы сознаніе незаконности дѣянія, потащали бы умыселъ, не смотря на то, что, воля его была направлена на совершеніе дѣянія и воспроизведеніе даннаго результата.

Этотъ выводъ тѣмъ болѣе неприемлемъ, что само господствующее ученіе<sup>1)</sup>, однимъ изъ представителей котораго является Weyl, остерегается отъ смѣшенія понятія умысла съ лежащими въ его основаніи мотивами; «какъ бы извинительны

<sup>1)</sup> *Endemann*, I, 637, прим. 8; *Kipp*, I, стр. 452; *Dernburg*, II, § 63, стр. 135.

или даже благородны мотивы ни были, они не затрагиваютъ сущности умысла въ юридическомъ смыслѣ слова<sup>1)</sup>.

Weyl даетъ такіе примѣры: сосѣдка изламываетъ чужія двери для спасенія отъ огня дѣтей; большичный сторожъ убиваетъ кошекъ, нарушающихъ ночной покой больныхъ; братъ по любви къ сестрѣ уничтожаетъ ей принадлежащую старомодную шляпу, которая высмѣивалась уже рядъ лѣтъ прохожими; онъ имѣетъ при этомъ въ запасѣ другую шляпу, — ей въ подарокъ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ — утверждаетъ онъ — мотивы не снимаютъ съ дѣянія характера умысла. «Особнякомъ стоитъ вопросъ [*etwas anderes ist es...*] — оговаривается онъ въ примѣчаніи — отсутствуетъ ли здѣсь «незаконность» поврежденія вещи, — тогда, конечно, должно отпасть и сознаніе этой незаконности».

Нестройность конструкціи автора бросается въ глаза.

По его же ученію [*ibid.* 393—396] отсутствіе сознанія субъективной неправомѣрности дѣянія исключаетъ безусловно умыселъ. Но, ясно, что мотивы въ приведенныхъ имъ случаяхъ исключаютъ это сознаніе. Поэтому, эти мотивы, по ученію самого же Weyl'a, не могутъ быть третируемы, какъ «особый вопросъ»: въ нихъ — центръ тяжести вопроса!<sup>2)</sup>

Теорія Weyl'a, какъ мы видимъ, идетъ въ разрѣзъ съ его же ученіемъ о роли незаконности въ понятіи умысла.

Всѣ эти натяжки, противорѣчія, логическія сантеморталы мы избѣгнемъ, если пожелаемъ понять одно: вина есть *упречное отношеніе воли лица къ известному событію* и не стоитъ въ необходимой связи съ вопросомъ о правомѣр-

<sup>1)</sup> *Weyl*, System. 389—390. Теорія автора, впрочемъ, не совсемъ выдержана: на стр. 302 своего труда Weyl самъ считается съ мотивами дѣянія для установленія умысла технического. См. выше: ч. I, гл. II, § 1.

<sup>2)</sup> Болѣе последователенъ въ своихъ выводахъ *Rockoll*, *Vorschläge*, стр. 67, прим. 145, который отождествляетъ *Vorsatz* съ римскимъ *dolus*: «Denn von guten Vorsätzen zu sprechen hat man keine Veranlassung».

ности дѣянія съ точки зрѣнія интересовъ страдательнаго субъекта.

Этой конструкціей мы придаемъ *винѣ* ту простоту, которая присуща этому понятію.

II. Сдѣлаемъ еще шагъ впередъ въ нашемъ ходѣ мыслей. Изъ того тезиса, что *вина* есть понятіе независимое отъ тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій, которыя она вызываетъ въ связи съ другими элементами правоотношенія, мы дѣлаемъ то заключеніе, что само объективное содержаніе понятія *вины* сводится ко всякому уклоненію отъ поведенія *boni patris familias*, т. е. такого образцоваго типа, который не только не преступаетъ границъ своего права, но который и въ своей правовой сферѣ поддерживаетъ репутацію хорошаго домохозяина. Иначе говоря, объектомъ оскорбленія можетъ быть не только чужая сфера, но и сфера самого дѣятеля<sup>1)</sup>.

Понятіе *вины* обнимаетъ, такимъ образомъ, двѣ родственныя вещи: небреженіе на чужой счетъ и небреженіе на свой счетъ, болѣе или менѣе сознательное равнодушіе изъ эгоизма—непредусмотрительность и неосторожность изъ невниманія.

Если бы теперь мы пожелали отдать дань современному стремленію ставить во что бы то ни стало всѣ правовыя явленія и институты въ связь съ идеей *субъекта права*, то оба эти вида упречнаго состоянія воли мы могли бы и должны были бы объединить въ единое понятіе *вины* на одной общей основѣ: неисполненіе того, что «*diligens pater familias in suis rebus praestare solet* [I. 14 D. 13, 7]»<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Этого не чувствуютъ даже такіе тонкіе юристы, какъ *Weyl*. Послѣдовательно проводитъ различіе между *виной* въ тѣсномъ и широкомъ смыслѣ слова, этотъ авторъ и въ *самодѣлѣ* фигурируетъ вторженіе въ чужую сферу!

<sup>2)</sup> Ср. Motiv. I (zu § 144), стр. 279, сл.: „Fahrlässigkeit im Sinne des Entwurfes liegt vor, wenn dienige Sorgfalt nicht angewendet worden ist, welche ein ordentlicher Hausvater in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt...“

Не во всякой *винѣ* лежитъ проявленіе эгоизма,—сюда не подойдутъ всѣ случаи *самовины*,—но во всякой *винѣ* мы можемъ усмотрѣть небреженіе *на свой счетъ*,—въ томъ смыслѣ, что лицо, даже нарушая *prima facie* чужіе правовыя интересы, можетъ быть разсматриваемо, какъ нарушитель обязанностей *boni patris familias* передъ своей правовой сферой. Воровство, напр., не есть признакъ правовой сферы *boni patris familias*, а потому воръ, даже прежде чѣмъ совершитъ кражу, еще только собиравшій у себя дома на своей опасной и преступной промыселъ, становится въ противорѣчіе съ кругомъ тѣхъ обязанностей, которыя возлагаетъ на него *bonus pater familias* передъ его личной сферой<sup>1)</sup>.

Если я неосмотрительно перехожу оживленную улицу и попадаю подъ экипажъ,—я *виновенъ* въ несчастномъ случаѣ, хотя никакой правовой обязанности я не нарушилъ.

Хозяинъ равнодушно смотритъ на течъ изъ своей бочки съ виномъ. Онъ—*виновенъ* въ происшедшемъ убыткѣ, хотя ни передъ кѣмъ не отвѣчаетъ.

Отсюда явствуетъ, что не правовое обязательство является основой понятія *вины*, а поведеніе добраго хозяина: а) блюдушаго свои интересы, в) рачительнаго въ полномъ и добросовѣстномъ соблюденіи границъ своего права, с) заботящагося о безупречномъ *modus vivendi* въ предѣлахъ своего домашняго очага или въ кругу своей хозяйственной и юридической дѣятельности.

И такъ, обязанность къ приложенію рачительности, вниманія идентично съ обязанностью избѣгать предвидимыя вре-

Die pflichtmässige Sorgfalt wird gemessen an dem Fleisse, der Umsicht, der Thatkraft eines tüchtigen, sorgsamen Hausvaters, welcher über die Seinigen und das Seine mit Gewissenhaftigkeit und Treue wacht“.

<sup>1)</sup> Вспомнимъ примѣръ, приведенный выше, на стр. 66—67: Иванъ проходитъ мимо горящей соломы соседа и не тушитъ огня по индифферентности къ чужимъ интересамъ. Совершилъ ли онъ *вину*? По нашему мнѣнію—*нѣтъ*! Потому—нѣтъ, что критеріемъ для поведенія *bonus pater familias* является всегда соблюденіе своего законнаго интереса.



доследныя явленія, независимо отъ того, чье право нарушено: свое или чужое. Поэтому, всякій долженъ предотвращать возможные убытки отъ своей сферы, хотя бы эти убытки шли извнѣ. Иначе онъ—in culpa!

Тѣмъ самымъ мы устанавливаемъ единое понятіе *вины*,— общее и для технической вины и для собственной вины потерпѣвшаго: въ своей матеріальной сущности *вина* есть упречное отношеніе поведенія лица къ извѣстному нежелательному событію.

Съ т. з. теоретической, конструктивной содержаніе вины надо искать въ отношеніяхъ лица къ его личной сферѣ.

Въ этомъ смыслѣ всякая вина есть самовина!

Тотъ же элементъ, который характеризуетъ, согласно господствующему ученію, техническую вину—вмѣшательство въ чужую сферу—[«нарушеніе чужого права»] есть лишь *условіе* [вѣрнѣе: одно изъ условій] для возникновенія отвѣтственности виновнаго лица.

Отвергая *неправомерность* и *отвѣтственность*, какъ существенныя и неотъемлемыя условія понятія *вины*, мы вовсе не дѣлаемъ этотъ институтъ такимъ безсодержательнымъ и безцѣльнымъ, какъ это можетъ показаться на первый взглядъ тѣмъ, кто стоитъ на почвѣ традиціонной теоріи.

Правовой порядокъ не одобряетъ виновнаго поведенія, какъ такового,—въ томъ смыслѣ, что, облагая въ извѣстныхъ случаяхъ виновное поведеніе той или другой пеней, онъ предостерегаетъ другихъ членовъ гражданскаго общества отъ совершенія такого же упречнаго дѣянія.

Вотъ это, именно, ярко окрашиваетъ институтъ вины. Не *отвѣтственность*, какъ таковая, характеризуетъ вину,—вѣдь и другого рода состоянія влекутъ за собой отвѣтственность (сосѣдское право, профессиональный рискъ и пр.),—а тотъ моментъ, что заинтересованныя лица могутъ *протестовать противъ совершенія даннаго акта*: дѣяніе получаетъ санкцію «въ натурѣ», а не въ видѣ эквивалента.

Изученіе права показываетъ, что въ настоящее время гражданская отвѣтственность обнимаетъ два самостоятельныхъ принципа: отвѣтственность—*регуляторъ человеческихъ дѣяній* и отвѣтственность—*возмѣститель убытка (регуляторъ людскихъ отношеній)*.

Первый принципъ проявляется въ томъ, что правовой порядокъ, высказывая по тому или другому поводу свое неодобреніе, желаетъ, что бы дѣятель поступалъ иначе<sup>1)</sup>.

Второй принципъ выражается въ томъ, что законодатель не упрекаетъ вовсе поведенія дѣятеля, даже обеспечиваетъ ему осуществленіе его воли,—но все же возлагаетъ гражданскую отвѣтственность за причиненные убытки, какъ *плату* за пользование своимъ правомъ.

Лишь первый принципъ есть указатель *виновнаго* поведенія. Что характеризуетъ *виновное* поведеніе это то, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, взаимнѣ даннаго инкриминируемаго поведенія лица, можетъ быть—въ уваженіе къ конкретнымъ обстоятельствамъ дѣла, *рекомендуемъ другой образъ дѣйствія*<sup>2)</sup>.

Вотъ почему, при сужденіи о *виновности* поведенія мы не должны останавливаться на внѣшней, видимой сторонѣ дѣла, а должны войти въ изслѣдованіи того,—въ правѣ ли мы требовать иначе—дѣланія со стороны даннаго лица.

Дѣяніе само по себѣ можетъ на первый взглядъ шоки-

<sup>1)</sup> И въ положительныхъ законодательствахъ мы замѣчаемъ тенденцію выдвинуть на первый планъ не возмѣщеніе убытка (деньгами), а возстановленіе первоначальнаго состоянія [restitutio in integrum § 249 B. G. B.; французскія *astreintes*]; важно не какое либо удовлетвореніе потерпѣвшаго, важно, что бы *status quo* былъ возстановленъ, и что бы лицо продолжало дѣйствовать, какъ доброму хозяину свойственно. Не деньги нужны, а поведеніе лица!

<sup>2)</sup> Ср. докладъ *Bertraud de Greuille* въ *Tribunat* [Loché. Législation civile, XIII, 40—41]: „Partout où elle (la loi) aperçoit qu' un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer, et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait“.

ровать безпристрастного наблюдателя и представляться без дальнѣйшихъ разсужденій предосудительнымъ.

Въ этихъ случаяхъ,—когда, именно, дѣяніе съ внѣшней стороны предосудительно, и оправдывающіе моменты скрыты отъ глазъ третьихъ лицъ, власть полицейская, призванная не «разсуждать», а «пресѣкать» и «предупреждать», можетъ иногда вмѣшаться, что бы положить конецъ видимому правонарушенію.

Юристъ, имѣющій дѣло уже съ готовыми фактами, обзрѣвающей *ex post* всю обстановку дѣянія, не долженъ быть такъ торопливъ въ своихъ заключеніяхъ. Онъ долженъ хладнокровно вѣрсить: *могло ли* иначе дѣйствовать данное лицо *rebus sic stantibus*, или нѣтъ. Если онъ найдетъ, что лицо дѣйствовало такъ: «*cum alias non posset*» [I. 3, § 7, D. 47, 9], онъ не признаетъ виновности поведенія, ибо это поведеніе вызывалось обстоятельствами дѣла.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами взятыми изъ германской практики.

Дверца жел.-дор. вагона не отворялась, не смотря на всѣ усилія пассажира г. А, который и долженъ былъ проѣхать лишнихъ двѣ стціи. Тогда г. А отворяетъ правую дверцу вагона (не обращенную къ платформѣ), соскакиваетъ и ломаетъ себѣ ногу.

*Reichsgericht*<sup>1)</sup> не нашель здѣсь *вини* г. А. Онъ разсуждалъ при этомъ такъ: «пассажиръ въ спѣхѣ не имѣлъ времени разсуждать объ опасности, несчастный случай былъ къ тому же непредвидимъ, такъ какъ счастливый исходъ выдѣзанія былъ возможенъ для него».

Намъ кажется рѣшающимъ здѣсь то соображеніе, что правовой порядокъ не можетъ требовать, что бы пассажиръ, взявшій билетъ до стціи X, и по своимъ дѣламъ (служеб-

<sup>1)</sup> R. G. 25 апрѣля 1899, Jur. Woch. 1899/28, стр. 344.

нымъ, семейнымъ и т. п.) долженъ выйти именно на этой стціи, ѣхаль безъ конца вдаль отъ мѣста своего назначенія, помимо своей воли и желанія. Пассажиръ, если бы даже онъ предвидѣль печальный исходъ выдѣзанія,—и въ этомъ случаѣ даже—чѣмъ паче!—долженъ быть свободенъ отъ какого либо упрека, ибо мы не можемъ рекомендовать ему другого какого либо образа поведенія при сложившихся обстоятельствахъ.

Еще примѣръ изъ германской практики<sup>1)</sup>. Городская учительница хотѣла ѣхать 6 ноября 1906 года по городской желѣзной дорогѣ съ *Lehertter Bahnhof* къ вокзалу *Friedrichstrasse*. Тщетно пытается она открыть дверь одного купе: ручка двери не поддается; дама дѣлаетъ усиліе и получаетъ растаженіе жилы большого пальца. Она вынуждена прибѣгнуть къ медицинской помощи. Эти расходы на леченіе она требуетъ отъ Королевскаго Управленія Берлинскими желѣзными дорогами.

Истинца проиграла искъ во всѣхъ инстанціяхъ. Суды разсуждали такъ. Несчастіе обязано собственной виной потерпѣвшей. Дама, именно, сдѣлала усиліе сильнѣе, чѣмъ она могла вынести; она знала свое тѣлесное сложеніе и силы и должна была примѣнить особенную осторожность. Она должна была тотчасъ же отказаться отъ попытки отворить данную дверь и обратиться къ другой двери.

Мы глубоко убѣждены въ томъ, что всѣ инстанціи были неправы, отказывая въ данномъ случаѣ городской учительницѣ. Какой другой образъ поведенія можетъ быть рекомендованъ потерпѣвшей учительницѣ? Суды отвѣчаютъ: она должна была отказаться отъ этой двери и открыть другую дверь «*was ihr ohne jede Mühe und Verzögerung möglich gewesen wäre*».

<sup>1)</sup> Кауэсъ долженъ въ передовицѣ отъ 3 іюня 1907, Berl. Localanzeiger.

Но развѣ можно усмотрѣть вину въ напряженіи силы человѣка въ томъ случаѣ, когда примѣненіе силы вызывается обстоятельствами дѣли? Вѣдь, мы не можемъ требовать отъ учительницы, зарабатывающей свою жизнь уроками, что бы она рисковала уступить побѣдъ, потерять драгоценныя ей минуты и можетъ быть опоздать къ классу!

Но не вдаваясь въ неумѣстную здѣсь полемику съ Amts- и Landgericht'омъ, мы должны признать, что эти суды правильно поступили въ данномъ рѣшеніи, указывая на желательный *in concreto* способъ дѣйствія лица. Судъ не можетъ дѣлать упрека лицу, если не укажетъ ему, —какого поведения онъ ждалъ отъ этого лица при данныхъ обстоятельствахъ.

Итакъ, при изслѣдованіи наличности виновнаго поведения мы должны въ каждомъ конкретномъ случаѣ установить всю совокупность обстоятельствъ, вызвавшихъ инкриминируемый поступокъ, въ тѣхъ цѣляхъ, что бы опредѣлить рекомендуемую линію поведения.

Правда, предѣлы и границы между актами терпимыми и актами рекомендуемыми не могутъ быть установлены *a priori*. Но это несколько не компрометируетъ нашу конструкцію *винны*. Эти границы могутъ быть болѣе или менѣе узки въ зависимости отъ общаго духа и направленія юриспруденціи. Здѣсь можетъ быть установленъ лишь одинъ тезисъ: мѣрой требованія правового порядка къ дѣятелю есть *свобода дѣятельности всякаго индивидуума*.

Я знаю, что на меня готовится покушеніе въ дорогѣ; я могу избѣжать это нападеніе, отказавшись отъ побѣдки. Но, развѣ не будетъ вопіющимъ стѣсненіемъ моей свободы, если продолженіе моего путешествія будетъ квалифицировано, какъ *виновное* поведение?

Еще примѣръ: отецъ взыскиваетъ съ патрона убытки, причиненные его сыну несчастнымъ случаемъ въ опасной работѣ. Надо ли считаться при вычисленіи убытковъ съ тѣмъ,

что онъ не воспрепятствовалъ его сыну работать въ столь опасной индустріи? <sup>1)</sup>

Тотъ или другой отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ общаго отношенія государственной власти къ объему свободы, —т. е. не нарушимоу ни физическимъ, ни юридическимъ (угрозой лишенія правовыхъ благъ) принужденіемъ опредѣленію воли <sup>2)</sup>, —которую она предоставляетъ гражданамъ въ предѣлахъ ихъ правовой сѣры.

Съ этой точки зрѣнія, установленіе границы между дѣянiami терпимыми и дѣянiami рекомендуемыми требуетъ особой осторожности.

Каждый гражданинъ въ правѣ располагать собою, проявлять свое *я* безгранично. Обеспечить свободную дѣятельность людей —задача всякаго правового порядка, ибо индивидуальная свобода есть залогъ развитія гражданского оборота <sup>3)</sup>. —Я знаю, что та отрасль индустріи, которая даетъ мнѣ, какъ и тысячи другимъ лицамъ, кусокъ хлѣба, сопряжена съ опасностями.

Я лично, какъ данный индивидуумъ, могу и не идти навстрѣчу опасности. Но развѣ правовой порядокъ можетъ квалифицировать мое поведение *виновнымъ*, если я предпочту голодной смерти честный заработокъ? Развѣ созданная опасность можетъ быть поставлена въ вину лицу, которое эту опасность не создавало?

<sup>1)</sup> Утвердительный отвѣтъ даетъ французская практика. *Pandectes Belges. Responsabilité* № 1186.

<sup>2)</sup> *Stahl*, Philosophie des Rechtes, II, 313; *Tellmeck*, System der subject. öffentl. Rechte, 108; v. *Liszt*, Strafr. § 79, II: „die Rechtsordnung... gewährleistet dem einzelnen die ungestörte Betätigung seiner Eigenart. Das ist das oberste Rechtsinteresse des einzelnen, das Rechtsgut desselben“.

<sup>3)</sup> Проток. II, 585; Ср. Pr. L. R. I, 3, 26: „Niemand darf den anderen etwas zu tun zwingen oder sonst dessen Freiheit zu handeln einschränken, dem nicht ein besonderes Recht dazu gebührt“; § 823 I B. G. B. защищаетъ эту свободу (осуществленіе избирательнаго права, посвященіе церковной службѣ, отправленіе религиозныхъ обрядовъ, выборъ карьеры, работы и пр.).

Развѣ не вопиющее стѣсненіе моей гражданской свободы— квалифцировать, какъ *виновног*, отправленіе обычнаго и общественно-полезнаго промысла?

Когда правовой порядокъ штемпелуетъ извѣстное поведеніе, какъ *виновног*, онъ предполагаетъ наличность другого образа дѣйствія, который онъ и рекомендуетъ, взаимѣ инкриминируемаго дѣянія.

Но развѣ это примѣнимо въ цитированныхъ выше случаяхъ?

При той массѣ опасностей, которыя грозятъ намъ отовсюду и непрестанно, широкое и логическое проведеніе критикуемаго принципа (ограниченіе воли) привело бы къ упадку всякаго развитія, дѣятельности, прогресса, такъ какъ рекомендуемымъ образомъ поведенія было бы всегда бездѣятельность, сидѣніе дома со сложенными на груди руками!

Изъ предшествующаго изложенія вытекаетъ съ достаточной ясностью вся ложность исходнаго пункта и конечныхъ выводовъ традиціонной теоріи.

I. Мы рѣшительно отвергаемъ конструкцію *вины*, усматривающую сущность *вины* въ упречности отношенія поведенія одного лица къ другому лицу.

Вина не есть отношеніе поведенія извѣстнаго лица къ правовой сферѣ другого лица (потерпѣвшаго); она есть лишь субъективно-каузальное отношеніе поведенія лица къ извѣстному вредоносному событію, — независимо отъ того, — на кого надаютъ фактическія и юридическія послѣдствія дѣянія.

Разсматривая же понятіе *вины* съ точки зрѣнія отношенія вредоноснаго событія къ субъектамъ деликтнаго правоотношенія, мы пришли къ выводу, что всякая вина представляется намъ рѣша facie, какъ оскорбленіе дѣятелемъ своей собственной правовой сферы.

Этимъ самымъ мы отвергаемъ установившійся въ доктринѣ дуализмъ *винъ*: технической и нетехнической; вина по своей природѣ едина въ своемъ содержаніи.

II. Критеріемъ для стлічія *вины* отъ другихъ видовъ неправомѣрнаго состоянія является вовсе не *гражд. ответственность*, какъ таковая, а рекомендуемость со стороны правового порядка другого образа поведенія.

IV. Границы между инкриминируемой линіей поведенія и рекомендуемой линіей поведенія должны быть устанавливаемы судомъ при полномъ уваженіи принципа свободы дѣятельности и движенія индивидуума.

**§ 2. Вина есть «ошибка въ познаніи» каузальности дѣянія, обязанная недостаточному напряженію духовныхъ силъ (non providere).**

Установившаяся зап.-европейская доктрина сущность *небреженія* усматриваетъ въ непредвидѣнн предвидимаго результата, т. е. въ недостаточномъ напряженіи интеллектуальныхъ силъ (non providere, non intelligere). Что лежитъ по ту сторону этой границы—входитъ въ область *умысла* (dolus, dolus eventualis).

Съ первымъ положеніемъ въ общемъ и цѣломъ мы солидарны. Мы согласны, тѣмъ болѣе, съ господствующей доктриной; которая учитъ, что субъективное содержаніе *вмѣненія дѣятелю результата* (въ указанномъ смыслѣ—«непредвидѣніе») тождественно для понятій *вины* и *самовины*<sup>1)</sup>. Но мы не согласны со вторымъ положеніемъ.

Критикуемая нами доктрина исходитъ изъ того предположенія, что если бы лицо *предвидѣло* возможность даннаго результата, — оно поступило бы иначе.

<sup>1)</sup> См. ч. I, гл. I, § 2, II, п; гл. II, § 4, IV.—Конечно, если обѣ стороны совершили проступокъ, погрывающій противъ закона, охраняющаго правовое благо другого, то упречная воли простирается не на результатъ дѣянія, а на самое нарушеніе запретительной нормы. Громадное практическое значеніе этого положенія мы увидимъ въ т. II, глава: „Гражданской ответственности дуалистовъ“.

Намъ кажется, что опредѣленіе *небреженія*, какъ *погрѣшность въ познаніи*, не исчерпываетъ этого понятія.

Этимъ опредѣленіемъ выбрасывается за бортъ большая категория случаевъ, когда тотъ субъективный моментъ, который мы называемъ *виной*, отпослется къ совершенію самого дѣянія. Въ этихъ случаяхъ вина заключается въ *небреженіи опасности*, въ *слабости воли* отказаться отъ предначертаннаго дѣянія. Это не есть всегда пренебреженіе чужими интересами, такъ какъ опасность можетъ угрожать и наиболее драгоценнымъ благамъ самого дѣятеля.

Лицо можетъ имѣть сознательную волю, поступая известнымъ образомъ, оно можетъ предвидѣть результатъ и сознавать неправомѣрность его, — и все же отнестись къ нему индифферентно. Напр., капитанъ пускаетъ корабль въ плаваніе, не смотря на штурмъ. Онъ погрѣшаетъ противъ закона, онъ предвидитъ возможность результата (гибель корабля), но дѣйствуетъ на авось. Если судно погибнетъ, мы скажемъ и обвинимъ добръ и о самомъ кораблѣ, что несчастный случай обязанъ небреженію, непечительности капитана. Онъ допустилъ слабость психическихъ способностей и заслуживаетъ упрека *bonus pater familias*'а. Эта погрѣшность воли направлена не на отдаленный моментъ, — моментъ вторженія въ чужую сферу, — а болѣе близкій, — на созданіе самого дѣянія.

Другое дѣло, если бы капитанъ предвидѣлъ результатъ своей оплошности и мысленно одобрилъ его. Онъ сознательно идетъ на то, что корабль будетъ потопленъ. Здѣсь на лицо *умыселъ*.

То же рѣшеніе мы должны дать въ наиболѣе частыхъ случаяхъ *dolus eventualis*.

Хирургъ или докторъ пробуютъ на безнадежно больномъ новыя средства леченія съ цѣлью спасти его.

Они *предвидятъ* возможность плохого исхода.

Развѣ не противорѣчитъ «природѣ вещей» усматривать *умыселъ* въ дѣяніи такого врача и облагать его великодуп-

ное дѣяніе всѣми сугубыми послѣдствіями умысла, въ случаѣ печальнаго исхода операціи?

Еще примѣръ: человекъ, ругаясь на темпоту, спускается съ лѣстницы; онъ предвидитъ, что можно сломать себѣ ногу. И вотъ, онъ падаетъ и въ дѣйствительности ломаетъ себѣ ногу. Онъ былъ застрахованъ противъ несчастныхъ случаевъ. Можетъ ли страховое общество отказать въ выдачѣ страхового вознагражденія, ссылаясь на то, что, предвидя случай и не принявъ специальныхъ мѣръ, что бы избѣжать его, онъ эвентуально желалъ сломать себѣ ногу?

Мы категорически даемъ отрицательный отвѣтъ. Одно предвидѣніе возможности результата не возмозитъ *небреженія* въ *умыселъ* <sup>1)</sup>!

Если дѣятель предвидитъ событіе, какъ возможность, мы не имѣемъ всегда и безусловно *умыселъ*, а — лишь тогда, когда онъ одобрялъ мысленно наступленіе событія. Предвидѣніе *возможности* наступленія результата обличаетъ умыселъ лишь тогда, когда предвидѣніе результата, какъ *наоборотъ*, не удержало бы дѣятеля отъ его поступка: при наличности этого сознанія, психологическая дѣятельность лица не ограничивается простымъ представленіемъ объ известныхъ эвентуальностяхъ, у него эти послѣдствія входятъ въ его активную волю.

Этимъ мы опредѣляемъ область *сознательнаго небреженія* <sup>2)</sup>. Погрѣшность воли лежитъ не въ *непредвидѣніи*, и вообще не столько въ интеллектуальномъ промахѣ, сколько въ *индифферентности*, т. е. въ этической винѣ. Иначе говоря, — погрѣшность — не въ *неразумнѣи*, а въ *неуваженіи обстоятельствъ* дѣла.

Такимъ образомъ, мы полагаемъ, что законный приказъ:

<sup>1)</sup> На той же точкѣ зрѣнія: *Cosack*, I, стр. 249: „In Ansehung solcher unsicheren Folgen gilt vielmehr sein Verhalten nur dann als vorsätzlich, wenn er gerade diese Folgen beabsichtigt hat“.

<sup>2)</sup> Терминъ *Esslinger*'а, о. с. 173.

«примѣнять требуемую въ оборотѣ заботливость» имѣеть двойное содержаніе. Дѣятель обязанъ:

1) Съ требуемымъ въ оборотѣ напряженіемъ своего разумія предусматривать предвидимыя послѣдствія своего дѣянія <sup>1)</sup>.

2) Если онъ предвидитъ возможность наступленія нежелательнаго событія,—считаться съ этимъ и имѣть силу воли отказаться отъ своего плана дѣйствія <sup>2)</sup>.

Безъ преувеличенія мы можемъ сказать, что большая половина случаевъ ответственности за *небреженіе* принадлежитъ къ послѣдней категоріи.

Примѣненіе теоріи *dolus eventualis* привело бы во вѣсѣхъ этихъ случаяхъ «сознательнаго небреженія» къ рѣшеніямъ, оскорбляющимъ наше чувство справедливости <sup>3)</sup>.

Вотъ почему, полное забвеніе искусственной теоріи объ «эвентуальномъ умыслѣ» <sup>4)</sup> отмѣтило бы большой шагъ впередъ въ области разграниченія видовъ виновнаго поведенія!

### § 3. Виновное дѣяніе можетъ исходить лишь отъ виновнаго лица.

Во гл. I-ой мы видѣли, что французскіе и германскіе юристы необходимымъ элементомъ понятія *вины* выставляютъ моментъ *вмѣняемости*.

<sup>1)</sup> Ср. ст. 3294 Св. Гр. Уз. Губ. Приб. „Всякое незаконное дѣйствіе, учиненное безъ злого умысла, признается, на сколько оно можетъ быть вѣнваемо совершившему его, только неосторожностью (*culpa*), безъ различія въ томъ, произошло ли оно отъ шалости или своеволя, не сопряженныхъ съ злостнымъ намереніемъ, или отъ легкомыслія, небреженія, лѣности, или допущаемаго невѣдѣнія“.

<sup>2)</sup> Ср. ст. 3298 Св. Гр. Уз. „Легкой неосторожностью признается отсутствіе той заботливости и *попечительности*, которыхъ вообще долженъ имѣть каждый хорошій и рачительный хозяинъ“.

<sup>3)</sup> Въ т. II, въ гл.: „Гражд. ответственность дуэлянтовъ“ мы покажемъ, къ какимъ логическимъ противорѣчіямъ ведетъ „*Vorstellungstheorie*“ при установленіи формы виновности дуэлянтовъ.

<sup>4)</sup> Ср. ст. 3290 Св. Гр. Уз.: „Подъ злымъ умысломъ, злой волею или безсовѣстностью (*dolus*) разумѣется всякое преднамѣренное причиненіе вреда“.

Вмѣненіе лицу убытка предполагаетъ предрассудительное забвеніе правилъ осторожности, и, слѣдовательно,—способность познанія этихъ правилъ: лица, не располагающія свободнымъ усмотрѣніемъ (дѣти, безумные), т. е. сознаниемъ своихъ поступковъ, не могутъ совершать *вины*.

Такимъ образомъ, *виновное* дѣяніе можетъ исходить лишь отъ *виновнаго* дѣятеля!

Само же содержаніе понятія вѣняемости—не одно и то же во французской и германской доктринѣ.

Тогда какъ первая <sup>1)</sup> подъ этимъ терминномъ понимаетъ ту духовную зрѣлость лица, которая необходима для сознанія моральнаго и фактическаго значенія совершаемаго,—послѣдняя <sup>2)</sup> понимаетъ подъ вѣняемостью ту духовную зрѣлость, которая необходима для познанія своей ответственности за послѣдствія своего дѣянія.

Таковы тезисы, которые мы подвергнемъ нашей критикѣ <sup>3)</sup>.

Намъ кажется, что представители господствующихъ доктринъ погрѣшаютъ противъ тѣхъ задачъ, которыя ставятъ себѣ право практическое и теоретическое изслѣдованіе.

Праву практическому важна не только виновность *дѣятеля*, но *prima facie*—виновность *его поведенія*.

Это виновное поведеніе предполагаетъ волю лица.

Положительный законъ опредѣляетъ, насколько воля

<sup>1)</sup> См. выше ч. I, гл. I, § 2, I, 1.

<sup>2)</sup> См. выше, ч. I, гл. I, § 2, I, 2.

<sup>3)</sup> Совершенно неприемлемымъ является ученіе *Проекта Гражд. Ул.* т. V, гл. 4, ст. 1071; которое признакомъ *вины* выставляетъ сознаніе „*противозаконности* или вредности“ дѣянія. Помимо указанныхъ нами въ текстѣ соображеній о роли сознанія въ понятіи *вины*, замѣтимъ, что введеніе въ ст. 1071 признака *противозаконности* вообще едва ли удачно, такъ какъ гражданскіе деликты являются не противозаконными, а *недозволенными* дѣяніями, т. е. такими, которые сами по себѣ не представляются нарушеніемъ закона, а оказываются *недозволенными* только по нарушенію имъ чуждаго права, т. е. по причиняемому ими вреду.

должна быть свободна, что бы обосновать гражданскую ответственность; это—вопрос о «деликтоспособности», который стоит *en* вопроса о существі вины. Если мы отвлекемъ отъ этихъ элементовъ «деликтоспособности», какъ специальныхъ условий ответственности, то съ теоретической точки зрѣнія вопросъ о вѣняемости, какъ элементѣ вины, намъ представляется не выходящимъ за предѣлы изслѣдованія происхождения дѣянія отъ *свободной инициативы* лица. Въ самомъ инкриминируемомъ поступкѣ мы должны видѣть *дѣяніе* лица,— въ томъ негативномъ смыслѣ, что лицо, поступая известнымъ образомъ, не должно быть игрушкой чужой силы, вліяющей на него извнѣ.

Нѣтъ виновнаго поступка, если причина поведенія лица лежала внѣ его самоопредѣленія: «*sine facto personae*» (I. 61 D. 26, 7).

Этимъ разграничивается область *случая*. Это суть факты, которые уничтожаютъ инициативу лица, дѣлаютъ изъ него пассивное орудіе—передатчика чужой силы.

Замѣняя деликтоспособность, какъ элементъ вины, понятіемъ *инициативы* лица, мы становимся въ разногласіе съ господствующей юридической доктриной<sup>1)</sup>, но въ то же время мы вполне отвѣчаемъ практическимъ и теоретическимъ запросамъ изслѣдованія сущности *вины*.

Лишь живучести римскихъ традицій мы должны приписать популярность того современнаго ученія, которое усматриваетъ волю лишь тамъ, гдѣ—на лицо совокупность всѣхъ субъективныхъ моментовъ, къ которымъ законодатель приурочиваетъ гражданскую ответственность.

<sup>1)</sup> Субъективное содержаніе *вѣняемости*, какъ элемента вины, мы опредѣляемъ, такимъ образомъ, отлично и отъ традиціонной теоріи (*вѣняемость*—*деликтоспособность*) и отъ новой «теоріи полнаго вѣненія» [«позитивная субъективирующая понятіе вины»]. Мы далеки также и отъ «теоріи причиненія» [Эндеманна].

Отмежевывая понятія *инициативы* отъ понятія *деликтоспособности*, мы, тѣмъ самымъ, строго разграничиваемъ два вполне самостоятельныхъ правовыхъ института: *вѣняемость* или—*способность ко вѣненію* и *деликтоспособность*. Первое есть отнесеніе дѣянія на счетъ дѣятеля, т. е. къ его волѣ, какъ къ причинѣ совершившагося [духовная связь инициативы лица съ его дѣяніемъ]. Последнее есть обладаніе известными произвольно устанавливаемыми положительнымъ закономъ психическими свойствами, безъ наличия которыхъ человекъ не признается способнымъ совершить правонарушеніе и быть привлеченнымъ къ гражданской ответственности: это область—не научныхъ изысканій, а—положительнаго законодательства.

Этимъ разграниченіемъ мы дѣлаемъ шагъ впередъ передъ традиціоннымъ ученіемъ, которое склонно обсуждать гражданское и уголовное понятія *вѣняемости* на равныхъ началахъ.

Мы согласны съ тѣмъ, что съ точки зрѣнія тѣхъ задачъ, которыя преслѣдуетъ криминалистъ, въ понятіе *вѣняемости* надо вливать всю совокупность признаковъ, опредѣлившихъ то состояніе лица, въ которомъ дѣяніе его можетъ быть вѣнено ему въ вину: ставя вопросъ о *вѣняемости*, криминалистъ можетъ интересоваться лишь тѣмъ,—подлежитъ ли лицо личной уголовной ответственности<sup>1)</sup>.

Иначе,—въ области гражданского права. Здѣсь вопросы о *вѣняемости* и *деликтоспособности* не совпадаютъ. Въ самомъ дѣлѣ, при сужденіи о деликтоспособности цивилістъ

<sup>1)</sup> Ср. считаемое въ уголовной литературѣ образцовымъ опредѣленіе *вѣняемости* Проекта новаго Русскаго Уложенія о наказаніяхъ, ст. 33: «не вѣняется въ вину дѣяніе, учиненное лицомъ, которое по недостаточности умственныхъ способностей, по болѣзненному разстройству душевной дѣятельности, или по безсознательному состоянію, не могло во время учиненія дѣянія понимать свойства и значенія совершаемаго или руководить своими поступками».

преслѣдуетъ цѣль установить гражданскую отвѣтственность лица; къ сужденію же объ общей виновности дѣятеля цивилистъ обращается всякій разъ, когда, и *помимо вопроса объ отвѣтственности*, онъ желаетъ установить, что данное дѣйствіе не было результатомъ слѣпой силы. Это изысканіе интересуетъ его, напримѣръ, во всѣхъ случаяхъ самовинны, когда объ отвѣтственности потерпѣвшаго, какъ таковой, не идетъ и рѣчи, а судѣбъ важно, для опредѣленія размѣра отвѣтственности делинквента, установить *виновность поведенія* этого потерпѣвшаго.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы, вполне въ согласіи съ ученіями философіи и медицины <sup>1)</sup>, признаемъ возможность исхожденія виновнаго поведенія отъ всѣхъ лицъ, — безъ различія возраста, пола, умственного развитія.

Мы держимся того воззрѣнія, что отрицаніе волеиспособности у ребенка, съ точки зрѣнія гражданской, мы должны понимать лишь, какъ условное выраженіе юристовъ, имѣющихъ въ виду не волю ребенка, а ея правовое значеніе.

Законъ, отрицающій способность къ волѣ и къ дѣйствию, отрицаетъ лишь *правовыя послѣдствія* этой воли и дѣйствія: вина его не имѣетъ юридическихъ послѣдствій.

Съ точки зрѣнія господствующей доктрины, вносящей въ опредѣленіе самой вины юридическія послѣдствія послѣдней, вполне послѣдовательно отрицать наличность *воли* въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ отрицаетъ ее, преслѣдуя ту или другую положительную цѣль.

На другую точку зрѣнія становимся мы, задавшись цѣлью очистить понятіе вины отъ наслоенія всѣхъ случайныхъ элементовъ.

<sup>1)</sup> *Geouffre de Lapradelle. Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, Paris, 1894, стр. 428, и сл. доказываетъ, что отождествленіе дѣянія *furiosus* и *infans* съ движеніемъ *quadrupes* и *tegula*, дѣлаемое римскими правовъ (L. 5 §§ 1—2 D. 9, 2), есть съ философской точки зрѣнія глубокое заблужденіе.

Зап.-европейскихъ юристовъ смутило отклоненіе нѣкоторыми законодательствами отвѣтственности отъ такихъ лицъ, которыя не могутъ предвидѣть отвѣтственности своей за причиненный ими убытокъ.

Одни изъ нихъ усмотрѣли въ этомъ субъективномъ моментѣ общій существенный признакъ *вины*. Другіе (*Liszt*, о. с. 52) ограничиваютъ этотъ выводъ кругомъ лицъ, указанныхъ въ §§ 827—828 Герм. Уложения и впадаютъ въ такое недоумѣніе: предвидѣть отвѣтственность за убытки значитъ предвидѣть наступленіе самихъ убытковъ; какимъ же образомъ законъ для несовершеннолѣтнихъ лицъ требуетъ *предвидимость убытка*, тогда какъ этого не требуется для взрослыхъ?

Всѣ недоумѣнія отпадаютъ, разъ мы станемъ на нашу точку зрѣнія, т. е. отрѣшимся отъ традиціоннаго смѣшенія понятій *вины* и *деликта*.

Герман. Уложеніе для всѣхъ, — для взрослыхъ, и для малолѣтнихъ — устанавливаетъ одно понятіе вины, какъ *предвидимость вредоноснаго результата дѣянія*. Но для обязанности возмѣщенія убытка законъ выставляетъ еще одно условіе, входящее въ составъ понятія деликта, это — *предвидимость гражд. отвѣтственности* (деликтоспособность).

Законъ по отношенію ко взрослымъ устанавливаетъ презумпцію, что дѣятель, который совершаетъ правонарушеніе дѣяніе, предвидитъ, что онъ эвентуально отвѣтитъ за могущіе послѣдовать убытки.

Если эта презумпція несокрушима ко взрослымъ, то она, наоборотъ, къ малолѣтнимъ должна быть доказана, на основѣ тѣхъ презумпцій, которыя устанавливаетъ законъ въ §§ 827—828.

Если даже согласиться съ Листомъ, что отвѣтственности предполагаетъ предвидимость *убытка*, то оба эти момента все же входятъ не въ понятіе *вины*, а въ болѣе широкое понятіе *деликта*, т. е. обосновывающаго гр. отвѣтственность юридическаго факта.



Но мы не согласны и съ тѣмъ положеніемъ Листа, что сознание ответственности за убытки предполагаетъ предвидимость самого *убытка*.

Въ самомъ дѣлѣ, сознание ответственности вращается въ кругу совсѣмъ другого порядка идей, чѣмъ понятіе убытка.

Знать, что есть законы, есть суды, примѣняющіе эти законы, есть государственная власть принудительно исполняющая судебное рѣшеніе—составляетъ понятіе *сознанія ответственности*; это есть сознание, что законъ и судъ охраняютъ чужія права.

Десятилѣтній мальчикъ, натравливающий собаку на прохожаго, можетъ предвидѣть убытокъ (напр. порча пальто), истекающій изъ его дѣянія, но онъ можетъ быть настолько не развить, что не знаетъ, что онъ долженъ будетъ возмѣстить этотъ ущербъ, и—возмѣстить его независимо отъ его воли. Избалованный ребенкомъ, которому родители спускали ежедневно десятки шалостей въ стѣнахъ дома, можетъ вынести свои проказы на улицу и прекрасно предвидѣть матеріальные результаты своей мальчишеской выходки, которые онъ наблюдалъ много и много разъ раньше, но онъ можетъ не сознавать, что, то что произошло дома не простится другимъ, которые потребуютъ отъ него возмѣщенія.

Важно не предвидѣніе ответственности за данный убытокъ, а—сознание ответственности *вообще* за убыточные послѣдствія своего дѣянія.

Въ этомъ смыслѣ мы должны толковать спорные тексты и этимъ толкованіемъ мы отключаемъ упрекъ въ непослѣдовательности, дѣлаемый Листомъ законодателю.

Вина, такимъ образомъ, есть понятіе отличное отъ той деликтоспособности, о которой говорятъ ст. 827—828 В. Г. В. Безсознание, болѣзненное нарушеніе душевной дѣятельности, глухонѣмота и прочіе моменты, съ которыми оперируютъ эти статьи и съ которыми онъ связываютъ условія безответственности лица, не входятъ ни положительной, ни отрицательной

стороной въ понятіи небреженія и умысла. Эти моменты суть установленные положительнымъ закономъ предѣлы ответственности, которые не имѣютъ ничего общаго съ сущностью *виновнаго* поведенія. Статьи эти имѣютъ въ виду—не отрицать въ соответствующихъ случаяхъ *упречность дѣянія*, какъ таковую, а независимо отъ наличности прочихъ составныхъ моментовъ таковой, исключить въ известныхъ случаяхъ по особымъ соображеніямъ *ответственность* лица.

Вотъ почему, всѣ эти опредѣленія о деликтоспособности не касаются тѣхъ случаевъ, когда рѣчь о *винѣ* идетъ не по поводу гражд. ответственности; въ этихъ случаяхъ вины, какъ непредвидѣнія вредоноснаго результата, не поднимается вопроса о деликтоспособности лица.

Напѣ выводъ стоитъ въ гармоніи съ общей цѣлью права: не столько *возмѣщать* возникшій убытокъ, сколько *пріимая facie предупредить* приказомъ *иначе дѣланія* возникновеніе убытка. Если эта превентивная цѣль недостижима, мы имѣемъ на лицо—casus: это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда поступокъ исходитъ не отъ инициативы лица, а отъ сторонней силы,—слѣпымъ орудіемъ котораго служить лицо; напр. проходій подкальзывается въ гололедицу или толкается постороннимъ лицомъ и при паденіи разбиваетъ витрину въ магазинѣ; сумасшедшій въ припадкѣ эпилепсій судорожнымъ движеніемъ руки ранитъ больничнаго сторожа.

Съ этой точки зрѣнія, вина можетъ исходить отъ всякаго лица отъ перваго дня его рожденія до гробовой доски и независимо отъ того—помраченъ ли былъ его разумъ или нѣтъ. Важна не вполне сознательная воля, а инициатива движенія лица. Поэтому, не все что дѣлаетъ ребенокъ есть случай. И въ ихъ поступкахъ надо усматривать продуктъ ихъ личной инициативы: вѣдь, наказываютъ же родители своихъ дѣтей, когда они провинятся, въ цѣляхъ превентивныхъ! И, наоборотъ, тѣ факты, за которые родители не наказали бы ребенка,



как бы чувствительна ни была потеря для них, — представляются правово-безразличными *случаями*.

Въ подтвержденіе правильности нашего тезиса мы можемъ указать на то, что различныя законодательства, устанавливая отвѣтственность родителей за вредъ, причиненный ихъ дѣтьми, имѣютъ въ виду не только обязанности надзора, но и рѣша *faciē* — обязанности воспитанія, лежащія на родителяхъ передъ обществомъ и государствомъ. Отвѣтственность родителей и другихъ лицъ за малолѣтнихъ, находящихся подъ ихъ надзоромъ, основывается на презумпціи вины съ ихъ стороны. Но развѣ въ этой винѣ родителей мы не должны видѣть и *вину* ребенка? Ибо всегда дѣяніе ребенка, носящее характеръ *случая*, не предотвратимо отцомъ и не можетъ быть приписано плохому воспитанію ребенка. Условіемъ отвѣтственности родителей является наличность дѣянія, исходящее отъ инициативы ребенка и съ объективной точки зрѣнія предосудительное. О винѣ же ребенка не можетъ идти рѣчь, если ребенокъ былъ лишь слѣпымъ орудіемъ въ воспроизведеніи вредоноснаго дѣянія, т. е. не обнаружилъ въ своемъ дѣяніи плохого воспитанія <sup>1)</sup>.

Изъ этого можно вывести заключеніе, которое не подчеркнуто въ западно-европейской литературѣ, что не простое физическое дѣяніе ребенка ал *sich* обосновываетъ отвѣтственность родителей <sup>2)</sup>, а дѣяніе *виновное* (проявленіе плохого

<sup>1)</sup> „La nouvelle coutume de Bretagne“, редактированный около 1230 г., содержитъ ст. 656: „Si l'enfant fait tort à autrui tant qu'il sera au pouvoir de son père, le père doit payer l'amende civile, parcequ' il doit châtier ses enfants“. *Toullier* (t. 11 p. 260) утверждаетъ, что этотъ принципъ былъ принятъ всѣми кутумами и образовалъ *droit commun* во Франціи. Отсюда онъ перешелъ въ § 1384 Cod. Civ.—*Treilhard*, *Exposé des motifs*, № 11, (*Loché*, t. VI, стр. 276): „всякій проступокъ малолѣтняго облачаетъ *слабость* домашней дисциплины, вѣренной отцовской и материнской власти“.

<sup>2)</sup> Это было бы, если бы идея § 1384, 4 Cod. Civil была *défaut de surveillance*. Ср. ст. 653, 686 X т. ч. 1; Австр. Ул., ст. 1308—1309; Герм. Гр. Ул. ст. 832.

воспитанія) <sup>1)</sup>. Въ дѣяніи малолѣтняго должны быть на лицо всѣ элементы *деликта*, за исключеніемъ *деликтоспособности*. Мы должны мысленно поставить на мѣсто малолѣтняго — совершеннолѣтняго и спросить себя: отвѣтилъ ли бы самъ совершеннолѣтній за данное дѣяніе при тѣхъ же условіяхъ? При утвердительномъ отвѣтѣ — отвѣтственность родителей обоснована.

Изъ этихъ разсужденій мы должны сдѣлать тотъ выводъ, что *деликтоспособность* есть вполне самостоятельное понятіе, не входящее въ понятіе *вины*, а наряду съ виной, представляющее одно изъ условій личной гражданской отвѣтственности *дѣятеля*.

И этотъ выводъ нашъ вполне отвѣчаетъ законодательной практикѣ. Для того, что бы обнаружить яснѣе всю обоснованность германской доктрины и юриспруденціи, обратимся къ изслѣдованію самого германскаго законодательнаго матеріала.

Ст. 752 Проекта II устанавливала принципъ *вины*, какъ основу отвѣтственности. Лицо свободно отъ отвѣтственности: 1-хъ, если оно не допустило небреженія или злостности, т. е. если оно не виновно; во 2-хъ, если оно было въ состояніи невмѣняемости (по возрасту, или другимъ обстоятельствамъ). Но по индивидуальнымъ обстоятельствамъ каждаго случая, отвѣтственности можетъ быть все же установлена судомъ, если это отвѣчаетъ справедливости, хотя лицо было или 1) *невинно*, или 2) *невмѣняемо*.

<sup>1)</sup> Въ этомъ смыслѣ толкуетъ статью французская, бельгійская и итальянская юриспруденція, несмотря на fine § 1384, въ которомъ подчеркивается, повидимому, идея надзора (идея, ведущая и къ отвѣтственности за тѣянія дѣтей, которыя могли быть предотвращены строжайшимъ наблюденіемъ за каждымъ шагомъ ихъ, но которыя, исходя отъ взрослыхъ, были бы валифицированы, какъ „cas fortuit“). *Chironi*, *Colpa extracontrattuale* № 295; *Laurent*, t. XX, § 443, 446, § 554 и сл.; *Sourdat*, t. II, № 829. Agen, 23 juin, 1869, S. 69, 2, 253; Pau, 2 juill. 1898, S. 99, 2, 137; 31 oct. 1908, S. 1908, 2, 296.

Когда Союзный Совѣтъ замѣтилъ, что исключеніе изъ общаго принципа ответственности за вину, въ такой обобщенной формулѣ ведетъ къ устраненію самаго принципа *вины* <sup>1)</sup>, онъ ограничилъ это исключеніе лицами безответственными въ силу недостатка воли <sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, создались ст. 829 Уложения.

Лицо всегда свободно отъ ответственности, если оно не виновно, т. е. не совершило акта небреженія или умысла, но не всегда, — если оно недееспособно. И, съ другой стороны, всегда (даже въ случаяхъ примѣненія ст. 829) ответственность имѣетъ основой актъ виновный, т. е. небреженіе или умыселъ.

Ответственность по ст. 829 никогда не можетъ наступить, если душевнобольной или малолѣтній былъ побужденъ къ совершенію вредоноснаго дѣянія черезъ какое либо внѣшнее воздѣйствіе, такъ, что онъ является исключительно орудіемъ чужой воли или непреодолимаго явленія природы. «Никогда не соответствуетъ справедливости привлекать къ ответственности больного, если его волеизъявленіе не принимало въ событіи никакого участія» <sup>3)</sup>.

Такимъ образомъ, въ самомъ дѣяніи безумнаго и малолѣтняго, для обоснованія ихъ исключительной ответственности по ст. 829, должны быть признаки *небреженія* или *умысла* <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Saleilles, Essai etc. 2 éd. (1901), стр. 389: „C'était revenir purement et simplement au principe de la responsabilité objective“.

<sup>2)</sup> Höchster, о. с. [Arch. Prax. 1909] 434, защищая традиционное воззрѣніе на отношеніе момента *деликтоспособности* къ понятію *вины*, ссылается на исторію возникновенія § 829 В. Г. В.: „In seiner heutigen Gestalt ist er ein Ueberbleibsel (—2Absatz—!) jenes § 752 des II Entwurfs, welcher Zurechnungsfähigen und=Unfähigen eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Kausalhaftung auferlegte“. Указаннаго нами въ текстѣ конечнаго пункта въ исторіи созданія § 829 В. Г. В. авторъ не договариваетъ. Добросовѣстный приемъ полемики!!

<sup>3)</sup> P. Brunsing, о. с., 149.

<sup>4)</sup> Protokolle (zu § 829) Bd. II, 592: „Bei Beschädigungen durch eine willensunfähige Person werde im Einzelfalle festzustellen sein, ob die Hand

Въ этой нормѣ мы имѣемъ доказательство того, что право, говоря о *винѣ*, принимаетъ въ уваженіе исключительно «естественную воледееспособность» лица. Эта «естественная воледееспособность» есть минимумъ того субъективнаго момента, который долженъ входить, какъ упречность воли, въ понятіе *вины*; всѣ же дальнѣйшія предположенія свободы воли и зрѣлости разума, установленныя положительнымъ закономъ, какъ *условія гражданской ответственности*, не имѣютъ ничего общаго съ понятіемъ *вины* <sup>1)</sup>.

Выкидывая изъ понятія *вины* ультра-субъективные элементы (полноту свободы воли и зрѣлости сознанія), мы вовсе не затрагиваемъ жгучаго вопроса объ объективированіи гражданской ответственности <sup>2)</sup>.

Въ подтвержденіе правильности нашего мнѣнія мы можемъ указать на то, что въ тѣхъ странахъ, гдѣ положительный законъ не выставляетъ *деликтоспособности*, на ряду съ простымъ вмѣненіемъ, какъ условіе наступленія деликтной ответственности, судебная практика, правда, довольно робко, —

lung, abgesehen von dem Mangel der Zurechnungsfähigkeit, *vorsätzlich* oder *fahrlässig* in das absolute Recht eines anderen eingreife...; denn auch die Handlungen dieser Personen können, *obgleich bei ihnen das Bewusstsein von der Tragweite und Verantwortlichkeit ihres Tuns fehle*, absichtlich auf die Herbeiführung des vom Gesetze verbotenen Erfolges gerichtet sein“.

<sup>1)</sup> Такъ какъ направленіе сознанія въ понятіи *деликтоспособности* (сознаніе ответственности) не можетъ совпадать съ сознаніемъ въ понятіи общей вины (сознаніе учиненнаго), то германской практикѣ пришлось совершенно произвольно отождествлять внутреннее содержаніе этихъ двухъ сознаній. Отсюда—рядъ логическихъ промаховъ. О нихъ—ниже, см. т. II, глава: „Германское Гражданское Уложение“.

<sup>2)</sup> Въ настоящемъ изслѣдованіи мы и не задаемся вопросомъ о сравнительномъ достоинствѣ объективной или субъективной ответственности. Этотъ вопросъ не входитъ въ кадры нашей работы; мы остаемся на консервативной почвѣ *субъективной вины*, какъ основы гражданской ответственности.—Грубую ошибку дѣлаютъ Puricesso, о с. 191—204 и Buttin, L'usage abusif du droit. (Grenoble, 1904), стр. 105; они, исходя изъ другихъ соображеній—явно ложныхъ—исключаютъ *вмѣненіе* изъ *вины*, и отсюда дѣлаютъ выводъ, что оно не есть условіе гражданской ответственности. Это-де есть „расширенное понятіе вины“.

стала приходить къ вѣрному различенію актовъ *иниціативы* и актовъ *машинальныхъ*, отнюдь не понимая подъ этимъ расширеніе ответственности за предѣлы существующей *виновной* ответственности <sup>1)</sup>).

Въ признаніи цивилистами возможности виновнаго поведения лицъ, не обладающихъ полнотою зрѣлости или разумія, мы можемъ усмотрѣть шагъ впередъ по пути разграниченія ответственности *уголовной* отъ *гражданской*.

Понятіе *полной свободы разумія* замѣняется понятіемъ *иниціативы*, исходящей отъ лица.

Въ этомъ отношеніи, ученіе о винѣ переживаетъ въ настоящее время кризисъ. Оно готово окончательно сбросить съ себя послѣднюю личину римскаго права, которое для понятія вины требовало не только наличность общаго предвидѣнія вреда, но и способность различать добро отъ зла, т. е. способность оцѣнить самый актъ въ его моральномъ значеніи: вопросъ о виновности дѣянія поднимался и разрѣшался неразрывно вмѣстѣ съ вопросомъ о виновности самого дѣятеля. Эта послѣдняя точка зрѣнія обязана смѣшенію уголовного права съ правомъ гражданскимъ въ классическую эпоху.

<sup>1)</sup> Cour de Nancy, 7 fév. 1867 D. 67, 2, 73: „во всякомъ случаѣ, недостаточно, что бы устранить эту ответственность, установить общее состояніе безумія, въ которомъ находилось лицо въ моментъ совершенія дѣянія. Надо доказать, что его дѣяніе было чисто машинальнымъ актомъ, въ которомъ его воля была совсѣмъ чужда“. Тоже: 31 mai 1866 D. 67, 2, 3; (Tribunal de Pau, Loi, 1893, 27 juillet, стр. 662). Въ этомъ дѣлѣ г. А.—эпилептикъ и алкоголикъ—имѣлъ сношенія съ малолѣтней дѣвочкой, отданной въ его семью на воспитаніе. Уголовный искъ былъ устраненъ, но гражданскій уваженъ. А принявъ всякаго рода предосторожности, что бы скрыть свое дѣяніе отъ своей жены и постороннихъ, и этотъ фактъ и между прочимъ обидѣли потерпѣвшей указываютъ, что его дѣяніе не было машинальнымъ.—Paris 6 juillet 1884 г. *Dalloz*, Respons. № 50.—Изъ положительныхъ законодательствъ, проводящихъ ясно различіе между актами *произвольными* и *непроизвольными* (unwillührliche), укажемъ на: A. L. R. I, 6, § 29, O. B. G. B. § 1306, Cod. Fed. Suisse, Art. 59 § 2, Попрѣч. Ул. §§ 2377, 2379.

Въ наше время подобное смѣшеніе двухъ разнородныхъ точекъ зрѣнія не допустимо.

Укорь въ этомъ смѣшеніи мы обращаемъ къ традиціонной западно-европейской доктринѣ <sup>1)</sup> и установившейся германской судебной практикѣ <sup>2)</sup>, но отнюдь не къ самому законодателю <sup>3)</sup>.

Новѣйшій законодательный памятникъ, какъ мы видѣли, привлекаетъ къ ответственности безумныхъ и малолѣтнихъ лишь въ видѣ исключенія (§ 829 B. G. B.). Но изъ самой редакціи закона и законодательныхъ мотивовъ мы усматриваемъ, что оно также отдало дань современному теченію эмансипироваться отъ римскихъ традицій, и, если въ принципѣ отклоняетъ гражданскую ответственность отъ этихъ лицъ, то не потому, что въ ихъ дѣяніи оно отказывается усмотрѣть *умыселъ* или *небреженіе* въ строгомъ смыслѣ этого слова, а по другимъ право-политическимъ соображеніямъ.

Поэтому, согласно съ разумомъ закона, т. е. съ цѣлью и намѣреніемъ законодателя,—толковать акты *умысла* и *небреженія*, независимо отъ всякой идеи ответственности.

Изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ положительный законъ не обуславливаетъ ответственности наличностью особыхъ качествъ правонарушителя, мы не въ правѣ изыскивать на сторонѣ отвѣтчика—помимо естественной его волеспособности—еще какія либо повышенныя психическія способности.

Такъ, напр. *Французскій Кодексъ* (ст. 1382, 1383)

<sup>1)</sup> См. выше гл. I-ая, § 2, I.

<sup>2)</sup> См. т. II глава: „Германское Гражд. Ул.“.

<sup>3)</sup> Ср. и постановленія нашего X т. ч. I. Безответственность за дѣяніе *случайное* (ст. 647) уживается съ ответственностью лицъ недееспособныхъ (ст. 653—654, 686 X т. ч. I). Значитъ, и по смыслу дѣйствующаго русскаго права понятія *случай* и *невозможности* несовпадаютъ. Впрочемъ, въ этихъ нормахъ ясно подчеркнута *идея надзора* родителей и *каузальная* ответственность самихъ малолѣтнихъ. Ср. еще § 1310 Cod. Civ.: „Le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit“.

говорить о «впнѣ» (*faute, négligence*), но ни словомъ не обмолвивается о «деликтоспособности».

Однако, французская судебная практика склонна исключать ответственность малолѣтнихъ и безумныхъ, не признавая за ними «*culpaе caracitas*». Что бы остаться строго логичной, она должна была бы оправдать малолѣтнихъ и безумныхъ, учинившихъ правонарушение даже при такихъ условіяхъ, при которыхъ ихъ гражданская ответственность диктовалась самой справедливостью.

Французская юриспруденція—все же—предпочла отдать дань запросамъ жизни и справедливости, чѣмъ требованіямъ строгой логики. Что бы сохранить цѣльность своего построения, она ищетъ *вину* отвѣтчика въ другихъ предшествующихъ моментахъ, напр. усматриваетъ вину (*faute première*) безумнаго въ предшествующихъ добровольныхъ порокахъ—пьянствѣ и развратѣ,—приведшаго его къ безумію <sup>1)</sup>,—вину лица, совершившаго деликтъ въ состояніи опьяненія—въ употребленіи спиртнаго напитка <sup>2)</sup> и т. д.

Всѣ эти трюки и натяжки не могутъ считаться юридически правильными построениями. Въ чемъ виновенъ безумный? Въ томъ, что онъ потерялъ рассудокъ отъ безпутной жизни!

Но, вѣдь, потерпѣвшій требуетъ возмѣщенія убытковъ не потому, что отвѣтчикъ—безумный, а потому, что онъ—потерпѣвшій—понесъ ущербъ.

Съ точки зрѣнія строгой логики, безумный можетъ быть признанъ виновнымъ въ учиненіи дѣянія лишь при томъ условіи, что онъ могъ предвидѣть совершеніе въ будущемъ данного деликта въ состояніи безумія.

<sup>1)</sup> Cour de Rouen, 17 Mars 1874 S. 74, 2, 199; Caen, 9 nov. 1880, S. 1882, 2, 118. *Laurent*, t. XX, стр. 472; *Demolombe*, t. XV, стр. 154; *Sirey*, Note. S. 1866, I, 237.

<sup>2)</sup> Nancy 12 août, 1885, *Le Droit*, 26 août, 1885; *Dalloz*, Responsabilité, № 142, 150.

Иное построение погрѣшаетъ и противъ текста закона. Ст. 1382 Французскаго Кодекса требуетъ наличности прямой связи между совершеною *виной* и созданнымъ *вредомъ*, что бы искъ объ убыткахъ былъ обоснованъ. Потому, для установленія ответственности не достаточно, что бы какія либо сознательныя дѣйствія были причиной безсознательныхъ дѣйствій: надо, что бы само *причиненіе* вредоноснаго событія было сознательнымъ <sup>1)</sup>.

Это прямо признаетъ и научная литература во Франціи, отступление коей отъ ея основныхъ положеній въ ученіи о понятіи вины показываетъ намъ одно: что это ученіе въ самой своей сущности невѣрно.

Если мы встанемъ на единственно вѣрную точку зрѣнія, что «деликтоспособность» не есть необходимый элементъ понятія вины, мы должны будемъ [во французскомъ правѣ] приурочить ответственность къ упречному дѣянію, исходящему отъ свободной инициативы лица, т. е. въ большей половинѣ случаевъ обосновать ответственность безумнаго и малолѣтняго и помимо тѣхъ логическихъ натяжекъ, къ которымъ прибѣгаетъ юриспруденція, а въ другихъ случаяхъ [рефлективныхъ движеній] отвергнуть ответственность этихъ лицъ, что вполне отвѣчаетъ цѣли французскаго законодателя, хранящаго вообще молчаніе объ специальной [каузальной] ответственности лицъ безумныхъ.

Ту же вину, въ смыслѣ исхожденія упречнаго поведенія (небрежность, умыселъ) отъ свободной инициативы лица, мы разумѣемъ, говоря и о *винѣ потерпѣвшаго*. То соображеніе, что потерпѣвшій не «отвѣчаетъ», а «страдаетъ», нисколько не побуждаетъ насъ рядомъ съ виной деликтной строить еще другую вину для потерпѣвшаго.

<sup>1)</sup> *Morand*, La question de la liberté et la—conduite humaine [Alcan. 1897], стр. 127: «il importe peu que l'acte causateur soit conscient quant à certains de ses effets, si ces effets sont autres que ceux qu'il s'agit d'imputer».

Установленіе дуализма вины: технической и нетехнической [въ зависимости отъ тѣхъ или другихъ вызываемыхъ виною правовыхъ послѣдствій] не можетъ быть оправдано ни текстомъ, ни матеріалами, какъ Германскаго Уложенія, такъ и другого какого либо положительнаго законодательства.

Оно погрѣшаетъ и противъ основныхъ принциповъ права, покоящихся на логикѣ и здоровомъ смыслѣ.

Правильная конструкція вины избавляетъ насъ отъ тѣхъ логическихъ натяжекъ, которыя допускаетъ часть доктрины для смягченія несправедливости, къ которой ведетъ ея ученіе въ тѣхъ случаяхъ, когда *ответчикъ-делинквентъ* имѣетъ несчастье имѣть не деликтоспособнаго, но виновнаго *потерпевшаго—истца*.

Въ этихъ случаяхъ, несмотря на *виновное содѣяніе* потерпевшаго наступленію вреда, делинквентъ долженъ отвѣчать *полностью* за послѣдовавшіе убытки! Такъ и рѣшаютъ вопросъ господствующая доктрина и юриспруденція въ Германіи.

Меньшая часть доктрины желаетъ, оставаясь на почвѣ традиціоннаго ученія о винѣ, понизить отвѣтственность делинквента.

Для этого она привлекаетъ идею отвѣтственности, будто лежащую на потерпевшемъ, и затѣмъ понижаетъ эту отвѣтственность по началу *справедливости*, «поскольку это диктуется справедливостью» (§ 829 B. G. B.). И, такимъ образомъ, отвѣтственность делинквента то отрицается, то признается ею, смотря по тому случайному обстоятельству, — приводятъ ли, или нѣтъ какія либо «соображенія справедливости» на противной сторонѣ.

Что же имѣетъ общаго вопросъ объ отвѣтственности делинквента съ этими случайными индивидуальными моментами, лежащими въ лицѣ его противника? Этому вопроса не ставила себѣ представители оспариваемаго нами ученія.

Вмѣсто того, что бы пересмотрѣть еще разъ правиль-

ность ихъ ученія о субъективныхъ элементахъ въ понятіи *вины*, они предпочли, какъ мы видѣли выше, длинный кружной путь всякихъ оговорокъ и натяжекъ, который все же не всегда велъ къ справедливымъ рѣшеніямъ.

Наша конструкція вины—единая для вины «технической» (делинквента) и «нетехнической» (потерпевшаго)—единственно правильна теоретически и единственно способна дать справедливыя рѣшенія въ интересующемъ насъ вопросѣ о пониженіи отвѣтственности при наличности вины потерпевшаго!

#### § 4. Выводы.

Высказанныя нами въ §§ 1—3 соображенія приводятъ насъ къ слѣдующимъ выводамъ:

I. Вина есть упречность дѣянія лица. Правовой порядкомъ не одобряетъ даннаго дѣянія, потому что лицо не вело себя, какъ *bonus pater familias*, которому свойственно всегда держаться въ границахъ своего законнаго интереса.

II. Исслѣдуя вину въ конкретномъ случаѣ, юристъ ограничивается установленіемъ упречнаго отношенія поведенія лица къ данному нежелательному событію. При этомъ онъ не задается вопросомъ о томъ, нарушено ли *чужое* благо и отвѣчаетъ ли лицо условіямъ *деликтоспособности*, определеннымъ въ законѣ, на случай гражданской отвѣтственности.

III. При этой конструкціи нѣтъ мѣста различенію *вины технической* и *вины нетехнической*. Вина «противъ самого себя» и вина «противъ третьихъ лицъ» —одинаковы по своей юридической природѣ. Первая не представляетъ какого либо исключительнаго явленія въ области права. Всякое *небреженіе* и всякій *умыселъ* есть *вина*, неодобреніе къ которой правовой порядокъ высказываетъ, когда ему представляется къ этому случай,—по поводу ли сужденія о поведеніи делинквента или поведенія потерпевшаго.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Понятіе причинной связи.

#### § 1. Сущность проблемы. Общая критика философско-логической теории.

I. Установление причинной связи между дѣяніемъ чело-вѣка и убыткомъ есть сложная работа.

При наличности *damnum corpro corpro datum*, когда мы имѣемъ дѣло съ распознаваемыми и непосредственными явлениями, констатированіе причинной связи не представляет затрудненій: ударившій топоромъ другого причинилъ смерть несчастнаго, и убытки опредѣляются тѣмъ лишеніемъ, которое терпитъ его семья, потерявшая своего кормилица.

Но въ жизни по большей части между дѣяніемъ лица и конечнымъ убыткомъ приходится цѣпь событій. Напр. раненный топоромъ обращается къ неопытному врачу, что и влечетъ за собой его смерть; его беременная жена узнаетъ о смерти и отъ испуга разрѣшается отъ бремени и т. д. Тутъ обязанность юриста-теоретика заключается въ выясненіи въ конкретномъ случаѣ необычныхъ явленій въ ихъ временной послѣдовательности. Затѣмъ—въ юридической квалификаціи каждаго изъ нихъ съ точки зрѣнія ихъ отношенія къ предшествующему событію. Наконецъ,—въ установленія интенсивности связи между рядомъ отдѣльныхъ событій, достаточной для признанія наличности причинной связи между первымъ дѣяніемъ и инкриминируемымъ результатомъ.

Первый вопросъ есть вопросъ факта и по своей природѣ не можетъ подлежать нашему разсмотрѣнію.

За нимъ слѣдуетъ вопросъ объ установленіи самихъ звеніевъ каузальной сѣри, изслѣдованіе взаимной связи которыхъ и составляетъ содержаніе знаменитаго вопроса о причинной связи.

Критическое изученіе западно-европейской судебной практики и литературы предмета <sup>1)</sup> приводитъ насъ къ установленію слѣдующихъ звеніевъ въ развитіи каузальной сѣри:

I. *Обосновывающей отвѣтственности моментъ* [Die zum Schadensersatz verpflichtende Tatsache, haftungsbegründender Vorgang].

Напр. неприкрѣпленіе черепицы на крышѣ. Неправильность жел.-дорож. пути.

II. *Непосредственное вторженіе въ [чужую] личную или имущественную сферу* [Tat, Unfall].

Напр. паденіе черепицы. Жел.-дорож. катастрофа. Нападеніе на улицѣ.

III. *Начальный результатъ* [Anfangserfolg, Verletzung].

Напр. пораненіе, увѣчіе.

<sup>1)</sup> Въ литературѣ д. с. п. господствуетъ хаосъ въ этомъ вопросѣ. Одни юристы различаютъ между „*средними* результатомъ“ („haftungsbegründende Vorgang“, „rechtsverletzender Erfolg“) и „*дальнейшими слѣдствіями*“ („weitere Wirkungen“, „dessen Folgen“): *Mommsen*, Lehre vom Interesse, 138—140; *Rümelin*, о. с. 237; *Endemann*, I, 732; *Zitelmann*, I, 154.—Другіе различаютъ между „*начальнымъ результатомъ*“ (Anfangserfolg), „*дальнейшими слѣдствіями*“ (weitere Wirkungen)—„*конечнымъ результатомъ*“ (Enderfolg): *Bar*, Die Lehre vom K. Z. H., 139; *Litten*, Die Ersatzpflicht, 25, 105.—Третья группа юристовъ различаетъ: *результатъ* (Erfolg, verpflichtende Tatsache) и *убытки* (Schaden): *Liszt*, о. с. 60; *Ennesseger*, I, (1909) § 195.—Шагъ назадъ дѣлаютъ: *Windscheid*, о. с. Krit. Zeit. II, 546; *Cohnfeldt*, о. с. 145; *Hass*, о. с. (Bd 37), 385, 390; *Linckelmann*, о. с. 51, 56; они признаютъ лишь „*единное проявленіе воли правонарушителя*“ („schuldhaftes Verhalten“, „verpflichtende Moment“), и противопоставляютъ этому фактору все прочіе факторы [„Folgen des Willens“, „die Summe der schadenden Tatsachen“, „bloss schadende Moment“].



IV. *Дальнейшія слѣдствія перваго результата* [weitere Wirkungen].

Напр. пораненіе ведетъ къ осложненіямъ.

V. *Конечный результатъ* [Enderfolg].

Напр. осложненія въ болѣзни ведутъ къ смерти.

При установленіи этой *каузальной серіи* нѣтъ рѣчи объ «развитіи убытковъ». Вопросъ о размѣрѣ убытка составляетъ предметъ особаго изслѣдованія судьи, разбирающаго дѣло по существу. Вопросъ этотъ есть *вопросъ факта*. Задача же науки права—установить возможно точное.—*когда* возмѣщается убытокъ, т. е. какое звено въ развитіи каузальной серіи можетъ быть вѣтнено дѣятелю.

Поэтому, надо противопоставлять не *нарушеніе права—убытокъ*, а *нарушеніе права—послѣдующія слѣдствія*, съ одной стороны, и *вредоносное слѣдствіе и убытокъ*, съ другой стороны.

*Правонарушеніе* [Verletzung, Einbruch] есть оскорбленіе, такъ сказать, оболочки права, брони чужой правовой сферы, напр. жизни, тѣла, свободы, собственности и т. д.

*Убытокъ* [Schaden] есть матеріальное содержаніе оскорбленнаго права: то что лицо лишилось отъ оскорбленія его сферы.

Я разбиваю стеклянный сифонъ, бочку пива: это—«вредоносное событіе». Вытекаетъ содержимое: это *убытокъ*.

Я толкаю жел.-дорож. вагонъ по рельсамъ:—вредоносное событіе. Въ вагонѣ падаетъ человѣкъ и терпитъ увѣчье, которое ведетъ къ смерти: «дальнѣйшее слѣдствіе». Расходы на леченіе, рента семьѣ и т. д. есть *убытокъ*.

Вопросъ объ *убыткахъ* есть *quaestio facti*, такъ какъ, если они вытекаютъ изъ вредоноснаго результата, они подлежатъ возмѣщенію въ полномъ размѣрѣ, безъ того, что бы

поднимался вопросъ о какихъ либо условіяхъ вѣтненія (предвидѣніе и пр.)<sup>1)</sup>.

Лишь въ интересахъ краткости терминологіи допустимо традиціонное выраженіе, что «обязанность возмѣстить убытокъ падетъ далѣе ответственности за провиненный *убытокъ*, и охватываетъ и тотъ убытокъ, который лишь *причиняетъ* правонарушителемъ»<sup>2)</sup>. На самомъ же дѣлѣ, правонарушитель «*провиняетъ*» и «*причиняетъ*» не *убытокъ*, а *вредоносное событіе*. Задача юриста—двоѣка: онъ долженъ изъ ряда вредоносныхъ явленій остановиться на такомъ явленіи, которое можетъ быть разсматриваемо, какъ результатъ перваго пачальнаго звена каузальной серіи. Это—юридическій элементъ въ работѣ судьи. Затѣмъ онъ долженъ опредѣлить *убытокъ*, вытекающій изъ даннаго звена каузальной серіи<sup>3)</sup>.

Иллюстрируемъ нашу мысль на примѣрѣ:

**Серія каузальныхъ событій:**

**Убытокъ:**

I. *A* разбиваетъ раму въ домѣ *B*.

Ia. Цѣнность рамы и порченныя вещи, лежащія на окнѣ и пр.

II. Ночью залѣзаютъ въ домъ воры черезъ разбитое окно.

Ia. Воры похищаютъ шубы и взламываютъ шкапъ съ бѣльемъ.

III. *B* приглашаетъ рабочаго для ремонта шкапа.

IIIa. Убытка нѣтъ, такъ какъ приглашеніе рабочаго не есть вредоносное дѣйствіе, а платежъ поденной платы входитъ въ IIIa.

<sup>1)</sup> Ср. В. Г. В. §§ 249, 252, 823 I: "...ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".—Французская судебная практика и доктрина приходятъ къ тому же выводу на почвѣ прижененія §§ 1150—1151 Code Civil. Toullier, t. III, 2 partie, № 286; Demolombe, XXIV, № 600 и сл. Sourdat, I № 691; Aubry et Rau, t. V, § 445 note 9.

<sup>2)</sup> Такова, напр. формула *Linckelmann'a* о. с. 51.

<sup>3)</sup> Аналогичную работу дѣлаетъ судъ въ порядкѣ исполнительнаго производства, когда раздѣляетъ вопросъ о *правѣ* отъ вопроса о размѣрѣ *убытковъ*.

IV. Рабочій похищаєт что IVa. Утрата цѣнныхъ часовъ, либо въ домѣ, напр. часы.

Когда мы ставимъ вопросъ о причинной связи, мы никогда не должны ставить одного вопроса: былъ ли данный *убытокъ* (напр. IVa)—слѣдствіемъ дѣянія *A* (I)? или: есть ли дѣяніе *A*—причина *убытка* (IVa)? Это означало бы—перепрыгнуть изъ одной категоріи понятій въ другую, что не допустимо съ точки зрѣнія логики. Мы должны спросить себя:

1) являются ли I, II, III, IV и т. д. звеньями одной каузальной серіи? Для этого мы должны изслѣдовать постепенно развитіе серіи отъ I къ II, отъ II къ III и т. д.

При этомъ каждое послѣдующее звено можетъ быть связано съ предшествующимъ, не только непосредственно вытекающая изъ него (I—II), но и—черезъ посредство моментовъ, лежащихъ въ категоріи Ia, IIa и т. д. [напр. IIa—III].

2) Разъ мы установили каузальную серію,—и только тогда!—мы должны спросить себя—какъ великъ *убытокъ*, причиненный [не первымъ волепроявленіемъ, а] соответствующимъ звеномъ каузальной серіи? И вотъ, при отвѣтѣ на этотъ вопросъ мы должны исходить изъ принципа: *весь убытокъ* долженъ быть возмѣщенъ, хотя бы онъ наступилъ въ связи съ другими событиями и свойствами потерпѣвшаго организма [«Aliud alii mortiferum esse solet»], развѣ только эти событія, являясь самостоятельными вредоносными факторами, не подпадаютъ подъ понятіе «слѣдствій» и послужать предметомъ нашего особаго изслѣдованія съ точки зрѣнія дальнѣйшаго развитія каузальной серіи <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Французская судебная практика стоитъ, повидимому, на этой почвѣ. Она различаетъ строго: *préjudice* и *dommages-intérêts*. Trib. comm. Auvers. *Pand. Franç. Périod.* 1907, v. 64: „En matière de quasi délit, on peut allouer des indemnités résultant des *dommages indirects*, pourvu que le *préjudice* soit une conséquence nécessaire du délit; on ne peut étendre la responsabilité aux *dommages* qui n' en sont qu' une suite éloignée, qui peuvent avoir d' autres sources, et dont le fait incriminé n'a été que l'occasion et non la cause efficiente“. Эта практика находится подъ вліяніемъ *Pothier* (Oblig. № 116),

Итакъ, говоря о *причинной связи*, мы оперируемъ съ отношеніемъ: *дѣяніе—результатъ—дальнѣйшія слѣдствія*, а не съ отношеніемъ *дѣяніе—убытокъ*.

Отсюда слѣдуетъ, что, устанавливая перерывъ причинной связи, мы имѣемъ въ виду перерывъ въ ряду послѣдовательныхъ слѣдствій, а не перерывъ между *дѣяніемъ* и *убыткомъ* <sup>1)</sup>.

Какъ ни просто и ни логично наше требованіе—различать теченіе каузальной серіи событій отъ установленія убыточныхъ слѣдствій каждаго изъ ряда послѣдовательныхъ звѣний въ этой серіи,—это различеніе не составляетъ *communis opinio doctorum*.

Западно-европейскими юристами не различаются ясно два понятія: *размѣръ убытковъ* (*damnum emergens, lucrum cessans*) и комплексъ тѣхъ факторовъ и событій, которые *обосновываютъ отвѣтственность*, и изъ которыхъ вытекаютъ эти убытки.

У нѣкоторыхъ же юристовъ мы видимъ даже прямое смѣшеніе этихъ понятій. Въ ихъ устахъ аксіома, что *возмѣщается весь убытокъ*, превращается въ положеніе, что каузальная серія охватываетъ и *случайный вредъ*.

Таково—шаткое обоснованіе философско-логической каузальной теории: причина=*conditio sine qua non!*

ученіе котораго, въ свою очередь, опирается на ученіе: *Dumoulin's* (Tractatus de eo quod interest, № 179) „Intelligitur venire omne detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset, quia istud est *damnum remotum* quod non est in consideratione“.

<sup>1)</sup> Примеръ: *A* владеть 1-го января бомбу передъ домомъ *B*; 5-го января *B* вноситъ въ свой домъ драгоценныя вещи (картины, мебель); 7-го января происходитъ взрывъ бомбы: рушится домъ, и погибаютъ и вновь внесенныя вещи. То что погибло—есть отвѣтъ на вопросъ—въ какомъ размѣрѣ подлежить возмѣщенію убытки, т. е. какіе убытки имѣли мѣсто (*quaestio facti*)?. Нельзя говорить о дѣятельности *B*, какъ о моментѣ прерывающемъ причинную связь между дѣяніемъ *A* и конечнымъ вредомъ.

Характерно то, что представителя этой школы сами указывают на то, что «*Ob*» и «*Umfang*» [der Haftung] должны быть строжайше различены.

Такъ, *Mommsen*<sup>1)</sup> и *Windscheid*<sup>2)</sup> съ упрекомъ предостерегали юристовъ отъ указанного смѣшенія понятій, но сами же впали въ ту же ошибку.

Толкуя I. 22 pr.<sup>3)</sup>, I. 23 pr. D. 9, 2<sup>4)</sup> и др. тексты, *Mommsen* говоритъ<sup>5)</sup>: «въ этихъ случаяхъ убытокъ вызванъ не исключительно черезъ обязывающій фактъ; здѣсь содѣйствовали еще *другіе факты* (убійство раба, запроданнаго sub poena или назначеннаго наследникомъ и т. п.). Значить не важно,—была ли причинная связь между обосновывающимъ отвѣтственность фактомъ и наступившимъ вредомъ непосредственная или посредственная».

*Windscheid*<sup>6)</sup>, указывая на суть *interessa*: «надо считаться съ особыми обстоятельствами, которыя лежатъ въ лицѣ кредитора (напр. зараженіе скота, впаденіе въ poena conventionalis)», — заключаетъ, что «не требуется, что бы наступившій вредъ былъ непосредственнымъ и необходимымъ слѣдствіемъ соответствующаго факта: и тотъ вредъ долженъ быть возмѣщенъ, который обязанъ привожденію другихъ фактовъ».

Не трудно усмотрѣть, что *Mommsen* и *Windscheid* смѣ-

<sup>1)</sup> *Mommsen*, II, 167: „...man die Frage ob überhaupt eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse besteht, nicht gehörig von der Frage gesondert hat, welcher Umfang dem zu leistenden Interesse beizulegen ist“.

<sup>2)</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pand. (Auf. 1887) II § 258, стр. 41. „Man verwechsle übrigens nicht das Ob der Verhaftung mit dem Umfang der Verhaftung“.

<sup>3)</sup> I. 22 pr. D. 9, 2. „Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium“.

<sup>4)</sup> I. 23 pr. D. 9, 2. „Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire“.

<sup>5)</sup> *Mommsen*, II, 144.

<sup>6)</sup> *Windscheid*, о. с. 41.

шиваютъ вопросы о размѣрѣ отвѣтственности съ условіями отвѣтственности за убытокъ<sup>1)</sup>.

Во всѣхъ приведенныхъ ими текстахъ мы видимъ разрѣшеніе лишь одного вопроса: quanti aestimandum? Римскіе юристы послѣдовательно проводили идею: «aliud alii mortiferum esse solet» и въ области имущественныхъ правонарушеній. Они смотрѣли на «patrimonium», какъ на организмъ, который терпѣлъ нарушенія извнѣ. Неблагопріятныя условія, лежащія въ немъ, падали на голову делинквента, такъ какъ они входили въ «major quaestio»: «quanti eius intersit» (I. 32 D. 47. 2), а не образовывали особыхъ самостоятельныхъ факторовъ, проявляющихъ свою силу *наравнѣ* съ деликтнымъ факторомъ.

Итакъ, *Mommsen* и *Windscheid* придаютъ причинной связи между деликтомъ и убыткомъ двойное значеніе: 1) для обоснованія самого притязанія на интересъ и 2) для опредѣленія *объема* интереса, т. е. у нихъ моментъ, исключительно опредѣляющій *объемъ* отвѣтственности, сливается съ моментомъ, обосновывающимъ саму отвѣтственность. Такимъ образомъ, отвѣтственность за *весь* вредъ отождествляется съ отвѣтственностью и за *вредъ случайный*, если онъ стоитъ въ условномъ отношеніи съ дѣяніемъ делинквента.

Та же путаница понятій: 1) установленіе *причинной связи* и 2) то что *in aestimationem venit*—составляетъ эфемерную основу «Bedingungstheorie» и у новѣйшихъ теоретиковъ.

*Enneccerus* (I, 403), ссылаясь на римскіе тексты, утверждаетъ, что «убытокъ не долженъ покоиться исключительно на деликтномъ фактѣ, достаточно и необходимо, что бы онъ не наступилъ безъ факта, обязывающаго къ возмѣщенію». Наоборотъ, *Kuhlenbeck*, (о. с. 122), толкуя римскіе тексты,

<sup>1)</sup> Этому соответствуетъ ихъ упрощенное противопоставленіе „die zum Ersatz verpflichtende Tatsache“ и „Schaden“.

тракующіе объ *luxus*, считаетъ за *случайный* убытокъ «необычное направление дальнѣйшаго каузальнаго теченія въ имущественной сферѣ потерпѣвшаго» (!!).

*Radbruch*, (о. с. 69) такъ обосновываетъ «логическую» теорію: «Вредоносный результатъ уже есть факторъ, который производитъ тѣ или другія измѣненія въ имущественномъ организмѣ потерпѣвшаго и нельзя усмотрѣть,—какъ далеко поврежденіе одного члена отразится на состояніи другого: всѣ дѣйствія (*Wirkungen*), наступившія въ имуществѣ, суть осуществленіе этой опасности, и, такимъ образомъ, мы можемъ вывести изъ самаго понятія «ответственности за рожденную опасность» [*Gefährdungshaftung*] *неограниченную ответственность за все, къ чему делинквентъ положилъ лишь одно условіе*».

*Schollmeyer*, (о. с. 38) выражается въ томъ же смыслѣ: «Ответственность обязаннаго лица простирается столь далеко, какъ хватаетъ каузальная серія. Если, напр., кто либо ударяетъ другого по головѣ, тотъ отвѣчаетъ и за высшій убытокъ, который возникъ черезъ необычайную чувствительность головы потерпѣвшаго». Отсюда—авторъ дѣлаетъ выводъ: причина есть всякое *cond. s. q. n.* убытка <sup>1)</sup>.

Таковъ же логическій ходъ мыслей мы находимъ и у *Liszt'a* (о. с. 70). Онъ смѣшиваетъ понятія: *результатъ* и *убытокъ*. Поэтому его формула: «дѣятель отвѣчаетъ за все даже случайные убытки, причиненныя его дѣянiемъ» противорѣчитъ его же идеѣ, такъ какъ даетъ впечатлѣніе, будто лишь дѣяніе делинквента, а не-также постороннихъ лицъ можетъ быть причиной убытка. Доказывая будто, что всѣ послѣдовательныя «слѣдствія» [*Wirkungen*] составляютъ звенья

<sup>1)</sup> Ср. *Linskelmann*, о. с. 51 говорить о „провиненномъ убыткѣ“. Тоже—*Merkel*, о. с. 205, 209: „Этотъ принципъ можетъ во всякомъ случаѣ оправдать ответственность лишь за типическую связь между определенной активностью и конкретнымъ убыткомъ“.

одной объективной каузальной серіи, онъ, на самомъ дѣлѣ, доказываетъ и безъ того неоспариваемую истину, что делинквентъ *отвѣчаетъ за весь убытокъ*.

Это смѣшеніе понятій привело *Liszt'a* къ непослѣдовательности въ ученіи и перерывѣ причинной связи. *Liszt* (о. с. 74) вѣрно замѣчаетъ, что «условная теорія дѣлаетъ безсодержательнымъ все ученіе о такъ называемомъ перерывѣ причинной связи», но затѣмъ (о. с. 82) даетъ такой примѣръ: «Если *A* склоняетъ *B* къ самоубійству или передаетъ револьверъ преступнику въ тюрьмѣ, дабы онъ избѣгъ позора приговора, то черезъ самоубійство *B* прерывается причинная связь между поведеніемъ *A* и наступившей имущественной утратой родственниковъ покойнаго».

Эта непослѣдовательность обязана смѣшенію понятій *убытка* и *дѣйствія* (*Wirkungen*). Въмѣсто того, чтобы, говоря о перерывѣ причинной связи, имѣть въ виду перерывъ въ рядѣ послѣдовательныхъ «дѣйствій» [*Wirkungen*], *Liszt* ставитъ вопросъ о связи между *дѣянiемъ* и *убыткомъ*; потому онъ и пришелъ къ сравненію несоизмѣримыхъ величинъ и долженъ былъ признать перерывъ въ причинной связи!

II. Предшествующее изложеніе приводитъ насъ къ тому отрицательному выводу, что *условная теорія* (*Bedingungstheorie*) неприемлема, такъ какъ ея аргументація базирована на смѣшеніи разнородныхъ понятій. Положительнымъ выводомъ мы можемъ выставить такое положеніе: *подъ каузальной серіей надо разумѣть рядъ вредоносныхъ событий, связанныхъ между собой общей причинной связью*.

Въ чемъ же заключается искомая нами *причинная связь*?

Объ этомъ будетъ ити подробная рѣчь ниже. Здѣсь мы должны опредѣлить нашу позицію къ «условной теоріи» (*Bedingungstheorie*).

Какъ мы видѣли выше, эта «философско-логическая»

теорія выработку *причины* сводитъ къ установленію *условія* (*conditio sine qua non*) результата.

Liszt (о. с. 70) даетъ такой примѣръ: *A* причинилъ какую либо порчу въ домѣ *B*. При ремонтѣ рабочей совершаетъ кражу.—Не будь порчи, не было бы кражи, поэтому *A* отвѣчаетъ за конечный убытокъ.

Уже этотъ примѣръ убѣждаетъ насъ, что теорія Листа даетъ такіе выводы, которые необходимо оскорбляютъ правовое чувство практика, непосвященнаго въ тонкости юридическихъ спекуляцій ученаго юриста. Это одно заставляетъ насъ отнестись крайне скептически къ теоріи Листа.

Она, если вѣрить *communis opinio doctorum*,—логична; она не имѣетъ опоры въ ученіяхъ *Милля* и другихъ логиковъ. Но это не убѣдительно для насъ, если мы не желаемъ пренебречь требованиями реальной жизни при образованіи понятій и ихъ примѣненіи. Юристъ не смѣетъ увлекаться какими либо абстрактными формулами, въ которыхъ нѣтъ другого достоинства, кромѣ неопровержимой логичности въ ихъ образованіи, но которыя, будучи примѣнены на практикѣ, оскорбили бы житейскую справедливость, какъ ее понимаетъ простолудиятъ, на основаніи своего житейскаго опыта и знанія.

Съ этой точки зрѣнія, въ каждомъ сѣпленіи событій мы не должны непременно видѣть рядъ моментовъ одной каузальной серіи. Конечно, если брать жизнь, какъ она есть, какъ она проявилась со всѣми слабостями, присущими человеку, даже рачительному къ своимъ интересамъ, мы должны признать повсюду *причинную связь*, гдѣ обстоятельства дѣла подойдутъ подъ негативную формулу: «не будь даннаго событія, не было бы другого».

Между тѣмъ, несомнѣнная тенденція гражданскаго права,—объективировать всѣ понятія,—считаться съ жизнью не такъ, какъ она есть, а такъ, какъ она должна быть для разумнаго и мирнаго сожителства членовъ гражд. общества. Въ сѣпленіи ряда событій мы лишь тогда усматриваемъ кау-

зальную серію, когда каждое послѣдующее событіе, независимо отъ особенностей даннаго случая, проявилось бы при другихъ среднихъ мыслимыхъ условіяхъ.

Эти соображенія заставляютъ насъ склониться въ пользу *теоріи адекватнаго причиненія*. Она насъ подкупаетъ тѣмъ, что въ ея основаніи лежитъ *обычность* въ послѣдовательности ряда событій, а *обычность* вообще играетъ такую важную роль въ правѣ возмѣщенія убытковъ <sup>1)</sup>!

## § 2. Съ какаго момента начинается теченіе каузальной серіи?

Первымъ вопросомъ при сужденіи о причинной силѣ *условія* является вопросъ объ отношеніи *условія* къ предшествующимъ ему antecedентамъ.

Лишь разрѣшивъ этотъ вопросъ, мы можемъ перейти къ изслѣдованію отношенія *условія* къ сопутствующимъ ему условіямъ и къ результату.

Послѣдній вопросъ разработанъ представителями адекватной теоріи.

Первый—представителями субъективной каузальной теоріи *кат'эгохури*: ихъ несомнѣнная заслуга—въ указаніи извѣстнаго противоположенія причины къ предыдущему каузальному теченію, или предполагаемому его продолженію. Если извѣстное условіе является *необходимымъ* или *регулярнымъ* слѣдствіемъ его antecedентовъ, то у безпристрастнаго наблюдателя отпадаетъ впечатлѣніе, что оно можетъ имѣть свое особое дѣйствіе на результатъ: оно входитъ въ уже текущую

<sup>1)</sup> На это указываетъ *Steinbach*, Die Grundsätze, 65, именно, касательно сужденія о наличности *субъективной вины*, основанія отвѣтственности за созданіе необычайной опасности и пр.

каузальную серію, какъ одно изъ звеніевъ, не будучи въ силахъ само положить начала новой каузальной серіи <sup>1)</sup>).

Мы можемъ къ этому положенію сдѣлать лишь одну поправку. Для того, чтобы отказать извѣстному условию въ каузальности, не необходимо, что бы оно было «послѣдствіемъ предшествующихъ факторовъ»,—мыслимы случаи, когда оно будетъ слѣдствіемъ извѣстнаго событія, но будетъ предшествовать ему во времени. Напр., я вижу изъ окна моего вагона, что навстрѣчу моему поѣзду мчится другой поѣздъ; предвидя неминуемость столкновения, я для спасенія своей жизни, выскакиваю на ходу и получаю увѣчье. Это увѣчье стоитъ въ адекватной причинной связи съ столкновениемъ поѣздовъ. Но мое дѣяніе, совершенное подъ влияніемъ опасности, не является тѣмъ самостоятельнымъ факторомъ, который можетъ быть разсматриваемъ, какъ причина событія <sup>2)</sup>. Вѣдь, если бы я остался въ вагонѣ и получилъ отъ столкновения поѣздовъ увѣчье,—никто не сталъ бы спорить, что между моимъ увѣчьемъ и катастрофой лежитъ адекватная причинная связь.

Но тотъ же отвѣтъ мы должны дать, если я получаю увѣчье при попыткѣ спастись во время катастрофы или въ непосредственно предшествующій ей моментъ. Эта попытка—не только мое право, но даже въ извѣстной мѣрѣ—моя обязанность, возложенная закономъ (§ 254 II В. Г. В.).

Такимъ образомъ, то что есть естественное, логическое, социальное или моральное слѣдствіе предшествующихъ факто-

<sup>1)</sup> Эта конструкция развита для адекватной теоріи Schmolle'оваго (о. с. 31, сл.).

<sup>2)</sup> Другая конструкция германской судебной практики. R. G. 9 Jan. 1902 Entsch. Bd. 50 (1902), 92—96: Истецъ выпрыгнулъ изъ моторнаго вагона въ виду неизбежнаго столкновения вагона съ поездами и при этомъ сломалъ себѣ ногу. Въ этомъ прыжкѣ—причина его увѣчья. Но *вина* нѣтъ: „Drohende Gefahr den Mangel an besonnener Ueberlegung und trotz sachwidrigen Verhaltens das Vorliegen von Fahrlässigkeit ausschliessen könne“. Cp. R. G. 24/IX 1903, 27/XI 1903, *Recht*, 1904, 300, 581.

ровъ или угрожающихъ событій, то не можетъ быть самостоятельной причиной событія, хотя бы само по себѣ оно ближе всего стояло къ результату (напр. движеніе лошади, слушающейсѣ возжей кучера), или, являясь особымъ *conditio sine qua non* результата, играетъ въ немъ даже главную роль (напр. прохожій пытается остановить забѣснвшуюся лошадь и самъ терпитъ увѣчье; или *A*, чтобы спасти ребенка изъ горящаго дома, вышибаетъ окно и т. п.).

Съ точки зрѣнія высказаннаго основнаго положенія, *виновное дѣяніе* обычно должно стоять въ отношеніи противоположности къ предшествующимъ antecedентамъ. Въ самомъ дѣлѣ, какъ мы видѣли выше (ч. II, гл. I, § 1), *вина* означаетъ уклоненіе отъ «обычно ожидаемой линіи поведенія»: право при данныхъ фактическихъ обстоятельствахъ требуетъ отъ дѣятеля другого образа поведенія. Съ другой стороны, понятіе *причины* предполагаетъ возможность иначе дѣйствовать. Поэтому, эти понятія тѣсно связаны другъ съ другомъ <sup>1)</sup>.

Итакъ, не всякое условіе есть *причина*, а—условіе квалифицированное извѣстной самостоятельностью къ предшествующему теченію событій. Всякая *причина есть начало измѣнительнаго процесса въ ходѣ событій*.

<sup>1)</sup> Это отнюдь не ведетъ къ смѣшенію понятій *вина* съ понятіемъ *причины*. Въ самомъ дѣлѣ, лишь фактическія обстоятельства *an sich*, обосновывающія *вину*, а не пріуроченное къ нимъ право требованіе, влияют на наше сужденіе о *регулярности*. Степень *вины* зависитъ отъ степени уклоненія отъ поведенія вопреку *p. f.*, а часто это означаетъ повышеніе вѣроятія наступленія извѣстнаго результата, т. е. болѣе интенсивную причинность. Съ другой стороны, о степени *каузальности* мы можемъ часто судить по степени *вина*. Но этотъ приемъ есть лишь методъ для *доказыванія* интенсивности причиненія, и нисколько не ведетъ къ смѣшенію самой сущности этихъ двухъ понятій.—Характерно то, что тѣ юристы, которые упрекаютъ другихъ въ смѣшеніи понятій *вина* и *причины*, незамѣтно для себя ставятъ эти понятія во взаимную связь. См., напр., *Gottschalk*, о. с. стр. 8 и стр. 68. Другіе же юристы, какъ *Virkmejer*, (о. с. 3—4), настаивая на различеніи этихъ понятій, выдвигаютъ, въ видѣ аргумента, *субъективные* моменты *вина* (виновная воля), которые—не имѣютъ ничего общаго съ объективными понятіемъ причиненія; но они забываютъ, что, сооставляя эти понятія, мы имѣемъ въ виду исключительно *объективный* составъ *вины*.

Найти эту границу между *условіем* и *причиной* и есть задача юриста.

Ни въ какомъ случаѣ этой границей мы не можемъ представить *вторженіе въ чужую правовую сферу* («Eingriff in die Rechtssphäre»<sup>1)</sup>).

Такое суженіе понятія причаы напоминаетъ намъ соотвѣтствующую, выше нами опровергнутую, тенденцію зап.-европ. доктрины при конструированіи понятія вины. По нашему убѣжденію, построеніе понятія *причины* на моментѣ «вторженія» также не состоятельно, какъ построеніе понятія вины, въ связи съ идеей гр. отвѣтственности.

Въ самомъ дѣлѣ, эта конструкція не пригодна въ области зачета вины, гдѣ можетъ идти рѣчь и о вторженіи въ свою *собственную правовую сферу*.

Принятіе же дуализма понятія причины, подобно дуализму вины, не вызывается ни практической необходимостью, ни теоретическими соображеніями. Вотъ почему, внесеніе въ опредѣленіе причинной связи страдательнаго момента недопустимо.

Слишкомъ узкимъ надо считать и опредѣленіе каузальной теоріи кат' *εξουχῆ*: «условіе дѣлаетъ возможнымъ, причина обезпечиваетъ результатъ»<sup>2)</sup>.

Мы, конечно, согласны съ тѣмъ, что слѣдствія, объективная возможность которыхъ черезъ дѣятельность делинквента *вообще* не повышена, должны обсуждаться, какъ *случайныя*. Въ этомъ—и смыслъ и оправданіе адекватной теоріи.

Но требованіе, что бы условіе *обезпечивало* результатъ нельзя не считать чрезмѣрнымъ ограниченіемъ понятія причины; уже то условіе является, по нашему мнѣнію, причиной, которое *вообще* кроетъ опасность наступленія даннаго

<sup>1)</sup> Такова конструкція *Gottschalk'a*, о. с. 20, *passim*.

<sup>2)</sup> *A. Hess*, *Ueber K. Z. N.*, 4; *Linckelmann*, о. с. 56.

рода явленій, хотя бы эти явленія и были случайными, нежелательными, патологическими.

Напр. по случаю одного убійства подозрѣніе пало на *A*, который и былъ арестованъ и посаженъ въ тюрьму. Затѣмъ былъ открытъ настоящій преступникъ, который и былъ арестованъ. Невинно пострадавшій *A* былъ освобожденъ, и онъ подалъ гражд. искъ объ убыткахъ противъ убійцы<sup>1)</sup>.

Оставимъ въ сторонѣ вопросъ объ отвѣтственности<sup>2)</sup>.

Разсмотримъ интересующій насъ вопросъ: есть ли здѣсь *причинная связь* между убійствомъ и арестомъ.

Правовое чувство наше не протестуетъ противъ дачи утвердительнаго отвѣта.

Вѣдь, нельзя отрицать того, что преступленіе вызываетъ предварительное слѣдствіе судебной властью, которое не исключаетъ (часто воплѣтъ извинительной) ошибки слѣдователя, аресты не причастныхъ лицъ и пр. непріятности третимъ лицамъ.

По самому своему свойству, слѣдствіе, ведомое обычно среди низшаго класса населенія, рождаетъ опасность большому кругу лицъ. Общественное зло, причиняемое преступникомъ, не ограничивается *непосредственнымъ* результатомъ убійства (смерть жертвы),—нѣтъ! оно болѣе широко,—внося безпокойство и смущеніе въ общество *посредственными* результатами и отголосками преступленія: допросами свидѣте-

<sup>1)</sup> *R. Demogue*, *De la réparation civile des délits*. Paris 1898, стр. 41 приводитъ изъ практики этотъ казусъ и комментируетъ его: „Его искъ не былъ уваженъ,—и основательно. На лицо—преступленіе, убытокъ, понесенный въ слѣдствіе преступленія, но не хватаетъ достаточной связи между ними. Не будь преступленія, истецъ не понесъ бы убытка, но преступленіе было не *причиной*, а лишь *поводомъ* къ убытку. Дѣйствительной причиной была ошибка давнаго слѣдователя, приказавшаго арестъ“.

<sup>2)</sup> *Ж. М. Ю.* 1862 г., августъ. „Въ 1823 г. состоялось Высочайшее повелѣніе о немедленномъ освобожденіи троихъ невинно-осужденныхъ Б. Д. и С. обвинявшихся въ убійствѣ дворяни *A*, съ выдачей каждому по 2000 р. изъ казначейства *на счетъ виновнаго*“.

лей, арестами, обысками и пр. Все это обязано преступлению не случайно, въ видѣ исключенія, а—согласно закону, въ видѣ принципа.

Поэтому, преступникъ, создавшій *опасность*, долженъ считаться адекватной причиной ея реализаціи (арестъ невиннаго) <sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что подъ *причиной* надо разумѣть то *условіе*, которое, въ *противоположеніе* прежде текущей ильни событій и явленій, *кладетъ* новое основаніе къ процессу измѣненія въ ходѣ *событій*. Оно стоитъ въ причинной связи съ инкриминируемымъ событіемъ въ томъ случаѣ, *если* носитъ въ себѣ съ *жизнейской точки зрѣнія* общую *опасность* наступленія даннаго рода явленій.

Изъ изложеннаго явствуетъ, что такой *причиной* не должно быть непременно *положительное* дѣйствіе. Не только *измѣненія*, но и ненаступленія ожидаемыхъ по правилу жизни *измѣненій* обычно разсматриваются, какъ нарушенія *правилотѣрнаго* теченія событій.

Если же и негативныя событія могутъ имѣть свои «*причины*», то отсюда слѣдуетъ, что и *упущенія* могутъ при *известныхъ* условіяхъ разсматриваться, какъ *причины*.

<sup>1)</sup> Упущеніе каузально въ тѣхъ случаяхъ, когда къ совокупности обусловливающихъ результатъ факторовъ принадлежатъ и бездѣйствіе чловѣка, положительное дѣйствіе котораго было ожидаемо по обстоятельствамъ дѣла <sup>2)</sup>. Въ последнемъ случаѣ упущеніе вообще благопріятствовало наступленію результата.

<sup>1)</sup> Уголовная статистика подтверждаетъ нашъ выводъ. Она свидѣтельствуетъ намъ, какъ обычные случаи привлеченія къ суду лицъ невинныхъ. Достаточно указать на то, что болѣе половины (56%—74%) возбужденныхъ дѣлъ прекращается до суда. См. итоги русской уголовной статистики за 20 л. (1874—1894 г.). стр. 61 и 88.

<sup>2)</sup> *Landsberg*, о. с. 22 и слѣд. почему то считаетъ это за *субъективные* моменты, которые должны быть исключены изъ *объективнаго* понятія причины.

Такимъ образомъ, если упущеніе было *cond. s. q. n.* результата, и если результатъ долженъ быть ожидаемъ, какъ адекватное послѣдствіе *упущенія*, то оно можетъ быть причислено къ причинамъ даннаго событія.

Конечно, строго говоря, наступившій результатъ никогда не можетъ быть созданъ самимъ упущеніемъ; онъ обязанъ всегда рядомъ съ упущеніемъ—дѣйствующимъ силамъ природы. Ребенокъ, который не кормится матерью, умираетъ отъ физическаго истощенія; плохой пловецъ, не спасаемый другомъ, умираетъ отъ задушенія; ж. д. побѣды терпитъ крушеніе отъ упущенія сторожа въ надзорѣ за ж. д. путемъ,—т. е. опять таки отъ силъ природы, напр. размыва рельсъ и пр.

Но развѣ въ современномъ цивилизованномъ гражд. обществѣ, основанномъ на довѣрїи къ личной инициативѣ лица и исполненїи имъ его обязанностей, можно ограничиваться ссылкой (при сужденїи о причинѣ) на естественныя силы природы?

Не есть ли это—точка зрѣнія дикаря, чуждаго благъ *соціального* быта, живущаго растительной жизнью и всѣ явленія сводящаго къ невѣдомымъ, обоготворяемымъ имъ силамъ природы?

Человѣкъ покоряетъ природу, дѣлаетъ ее своей рабыней, и мѣсто чловѣка—звѣря занимаетъ теперь свободная личность—членъ *соціального* организма. Мѣсто естественныхъ силъ природы занимаетъ *соціальная обязанность* къ известному поведенію; силы природы теряютъ свое бывшее доминирующее положеніе и занимаютъ служебное, подчиненное положеніе. При сужденїи о причинѣ мы, поэтому, исходимъ отъ этихъ естественныхъ физическихъ законовъ, кроющихся въ себѣ «*природное* дѣйствіе», какъ отъ готовыхъ, данныхъ величинъ, и, обсуждая известное *соціальное* явленіе, ищемъ то лицо, которое не использовало эти силы такъ, какъ того повѣлываютъ законы даннаго *соціального* общежитія,—въ чемъ



бы ни заключалось это неиспользованіе,—въ *упущеніи* или *положительной дѣятельности*.

Тѣмъ самымъ мы отклоняемъ матеріалистическое пред-  
ставленіе о *причинной связи*, какъ о механическомъ сдѣп-  
леніи вѣдшихъ событій <sup>1)</sup> и замѣняемъ его *соціальнымъ*  
представленіемъ <sup>2)</sup>.

**§. 3. Отъ совонупности какихъ условий, наличныхъ въ мо-  
ментъ дѣянія и позднѣе приходящихъ, мы должны исхо-  
дить при установленіи событій, входящихъ въ составъ кау-  
зальной серіи?**

Въ § 2 мы установили, что *причину* событія надо  
искать среди *условій* (cond. s. q. n.), и что это условіе  
должно обладать общей способностью *благоприятствовать*  
наступленію даннаго рода явленій.

Степень этого благоприятствованія въ отдѣльномъ слу-  
чѣѣ зависитъ отъ размѣра круга тѣхъ исходящихъ отъ по-  
стороннихъ силъ условій, которыя мы принимаемъ даннымъ  
при сужденіи о причинной силѣ отдѣльнаго событія (см. выше  
ч. I, гл. III, II). Въ какомъ же объемѣ должны быть за-  
чтены эти силы въ каузальную серію, обоснованную инкри-  
панируемымъ событіемъ?

Это—вопросъ сложный. Онъ долженъ быть изслѣдованъ  
особо для условій наличныхъ въ моментъ *дѣянія*, привед-  
шаго къ *начальному результату* (Anfangserfolg),—и осо-  
бо—для условій, привзошедшихъ позднѣе между *начальнымъ*  
*результатомъ* и *конечнымъ результатомъ*.

<sup>1)</sup> Мы рѣшительно отстраняемъ искусственную конструкцію „Kommissivdelicte durch Unterlassen“. Причину надо усматривать не въ невинной пред-  
шествующей положительной дѣятельности, а въ самомъ *упущеніи*. На этой  
почвѣ, несомнѣнно, стояли римскіе юристы, какъ доказалъ это Busch, Beiträge,  
Arch.-Prax. 45 (1862).

<sup>2)</sup> На той же почвѣ J. Kohler, Studien. Bd. I, 46.

Разсмотримъ сначала первую группу условій.

I. Прежде всего, мы должны указать на необоснова-  
ность каузальныхъ субъективныхъ теорій (ex ante), отожде-  
ствляющихъ *причиненіе* съ *провиненіемъ* результата. Правда,  
отождествленіе вытекаетъ изъ ихъ основной посылки—  
класть въ основу своего сужденія кругъ условій, наличныхъ  
и познаваемыхъ въ моментъ совершенія дѣянія. Но сама по-  
сылка эта не выдерживаетъ критики; въ самомъ дѣлѣ, непо-  
нятно: почему «ex ante» понимается субъективными теоріями  
такъ узко? почему «ex ante» означаетъ только моментъ дѣй-  
ствія лица?

Мы избѣгнемъ этой нелогичности, если въ основу суж-  
денія о вѣроятіи положимъ всѣ условія, наличныя въ мо-  
ментъ совершенія дѣянія, доступныя познанію *ex ante* са-  
мому предусмотрительному чловѣку (объективная т. з. судьбы) <sup>1)</sup>,  
и, кромѣ того,—всѣ условія, приходящія между *дѣяніемъ*  
и *начальнымъ результатомъ*, при томъ предположеніи, что  
каждое изъ нихъ въ то самое время, *когда оно должно*  
*проявить свое дѣйствіе, можетъ быть объективно по-*  
*знаваемо ex ante въ каждый изъ послѣдовательныхъ мо-*  
*ментовъ*.

Лишь эта конструкція примиряетъ субъективныя и объ-  
ективныя адекватныя теоріи, устраняя ихъ недостатки.

Отличіе нашей теоріи отъ теоріи Rümelin'a (объектив-  
ный послѣдующій прогнозъ) то, что Rümelin воспринимаетъ  
*естъ* условія въ моментъ дѣянія, которыя могутъ быть позна-  
ны ex post, и тѣмъ самымъ поднимаетъ *спропаніе* результата  
до степени *необходимости*,—что идетъ въ разрѣзъ съ самой  
идеей адекватной теоріи; наша же теорія, становясь на точку  
зрѣнія ex ante, исключаетъ всѣ тѣ условія, которыя не вы-  
держиваютъ испытанія ихъ объективной предвидимости въ мо-  
ментъ, непосредственно предшествующій проявленію ихъ силы.

<sup>1)</sup> Конечно, и тѣ, которыя были известны только самому делинквенту.

Отличие нашей теории от теории Криса то, что мы не ограничиваемся принятием условий, познаваемых самим деятелем и существующих лишь в момент дѣянія, а воспринимаем всѣ условия, *объективно* познаваемые *ex ante*, хотя бы они наступили и позднее <sup>1)</sup>.

Тѣм самым мы принимаемъ опредѣленную позицію къ вопросу о *предвидимости* начального результата (*providere*) и его отношенію къ каузальности дѣянія лица.

Субъективныя каузальныя теории (*ex ante*), изыскивая причину, устанавливають виѣшніе предѣлы *виновнаго* вѣроятія. Наоборотъ, доминирующая идея объективныхъ каузальныхъ теорій (*ex post*) заключается въ рѣшительномъ отрицаніи предвидимости, какъ необходимаго признака адекватнаго причиненія. Такова и наша точка зрѣнія. Отождествленіе *причиненія* съ *предвидимостью* ведетъ къ смѣшенію двухъ понятій: *вины* и *причины*. При нашей же конструкціи причинная связь можетъ итти дальше, чѣмъ вина, даже въ первомъ звенѣ каузальной серіи.

Правда, въ тѣхъ случаяхъ, когда *дѣяніе* и *начальный результатъ* совпадаютъ во времени наша конструкція практически ведетъ къ тѣмъ же выводамъ, что и конструкція субъективной каузальной теоріи *ex ante* (школа Thon'a).

Другое дѣло,—если эти моменты раздѣляетъ промежутокъ времени.

Господствующія субъективныя каузальныя теоріи и здѣсь сохраняютъ свою конструкцію: въ основаніе сужденія онѣ кладутъ условия «*ex ante* познаваемыхъ», при чемъ «*ex ante*» понимаютъ, какъ моментъ инкриминируемаго дѣянія.

Наша теорія понимаетъ «*ex ante*», какъ *моментъ предшествующій каждому новому приходящему событію*. Заложивъ фундаментъ для сужденія о вѣроятіи въ общемъ духѣ

<sup>1)</sup> Оставляемъ пока (до § 4) открытымъ вопросъ о континуитетѣ каузальной серіи.

субъективной каузальной теоріи, мы расширяемъ затѣмъ конструкцію каузальности въ духѣ объективныхъ каузальныхъ теорій.

Какъ видимъ,—база узкая, но скрѣпленная достаточно прочно цементомъ «познанія *ex ante*», что бы держать всю постройку нашей конструкціи причины.

— При опредѣленіи этого круга условий мы должны быть въ высшей степени осторожными, что бы не впасть въ указанную нами выше ошибку «философско-логической» школы: мы не должны исключать изъ числа моментовъ, принимаемыхъ нами при сужденіи о вѣроятіи, неблагоприятныя условия, лежація въ самомъ (имущественномъ или личномъ) организмѣ потерпѣвшаго, съ тѣмъ, что бы возвести эти послѣдніе на степень самостоятельныхъ причинъ.

Эти условия, какъ мы доказали выше, входятъ въ составъ фактическаго понятія *убитка*, а поэтому къ нимъ мы не можемъ предъявлять требованія «обычности», «предвидимости» ихъ привхожденія и развитія <sup>1)</sup>. Къ «причинамъ» не принадлежитъ тонкій черепъ убитаго, его тѣлесная слабость, свойство его крови, расположеніе къ болѣзни и пр.

Въ самомъ дѣлѣ, всякій факторъ принимается въ соображеніе не самъ по себѣ (*an und für sich*), а въ его отношеніи къ опредѣленной пассивной массѣ, въ ея индивидуальномъ состояніи.

Вотъ почему, если моментъ правонарушенія находитъ въ организмѣ потерпѣвшаго извѣстное состояніе, которое уклоняется въ неблагоприятную сторону отъ нормальнаго состоя-

<sup>1)</sup> Адекватныя теоріи *ex ante* не признаютъ въ этихъ случаяхъ причинной связи. Адекватныя теоріи *ex post* признаютъ здѣсь причинную связь (*Rümelin, Zufall, 46; Traeger, 198, Litten, 108*). Особнякомъ стоитъ *Rumpf*, о. с. 377: «Признаніе причинной связи въ этихъ случаяхъ противорѣчитъ опредѣленной и здравой тенденціи В. Г. В. и новѣйшей наукѣ и судебной практикѣ,—тенденціи повысить требованія не только къ „active Verkehrstüchtigkeit“, но и къ „passive Verkehrstüchtigkeit“».

нія, то возникший недѣлимый вред долженъ быть приписанъ за счетъ этого правонарушения, и безотносительно къ тому, — какое влияние будетъ имѣть предшествующее болѣзненное состояние потерпѣвшаго: оно можетъ вызвать осложнения въ самихъ непосредственныхъ слѣдствіяхъ поврежденія, напр. лѣчение раны затрудняется плохимъ составомъ крови потерпѣвшаго; но оно можетъ само получить роковой исходъ, напр. больной туберкулезомъ получаетъ легкій ударъ, который обостряетъ процессъ чахотки, отъ котораго онъ и умираетъ <sup>1)</sup>).

Нѣкоторое ограниченіе мы должны установить для тѣхъ случаевъ, когда эти неблагоприятные факторы приводятъ позднѣе въ процессъ развитія измѣненій въ организмѣ потерпѣвшаго: они должны быть причислены къ текущей каузальной серіи постольку, поскольку потерпѣвшій оказался подверженъ имъ въ особой мѣрѣ, именно, вслѣдствіе перваго правонарушения; тогда въ этихъ новыхъ факторахъ лишь реализуется опасность, лежащая въ первомъ факторѣ <sup>2)</sup>).

Дальнѣйшее ограниченіе мы должны установить для той категоріи случаевъ, въ которой состояние организма потерпѣвшаго проявляетъ свои патологическія свойства лишь черезъ *волевою дѣятельность* лица потерпѣвшаго. Напр. соблаз-

<sup>1)</sup> По французской судебной практикѣ такая смерть, имѣя причиной „accident de travail“, позволяетъ вдовѣ и дѣтямъ воспользоваться закономъ о профессиональномъ рискѣ. *Sachet*, а. с. 223, указываетъ на цѣлесообразность этого принципа: „dans la conformation physique d'un individu, comme en tout, l'idéal et la perfection ne sont jamais atteints“.

<sup>2)</sup> Напр. истощеніе организма располагаетъ къ другимъ болѣзнямъ или препятствуетъ борьбѣ съ другой болѣзью. Это различіе ясно проводитъ германская судебная практика. R. G. 108/85, 24 Febr. [*Bolge*, I, № 341]: Сынъ истпа умеръ отъ чахотки. Онъ уже былъ боленъ легкими, но болѣзнь привела къ смерти исключительно вслѣдствіе операци и истощенія; то и другое обязано жел.-дор. несчастію; безъ этого онъ жилъ бы до старости: „несчастіе есть, слѣдовательно, причина преждевременной кончины“. R. G. 23/85, 28 April, [*Bolge*, I, № 344]: „Возраженіе, что плохое лѣчение перелома ноги, причиненаго паденіемъ лѣстницы, обязано delirium tremens, было бы основательно, если можно было доказать, что истецъ послѣ несчастнаго случая предался напѣстству въ винѣ“.

ненная дѣвушка кончаетъ собой, желая скрыть позоръ своей беременности. Соблазнитель натолкнулся здѣсь на исключительно нѣжное чувство стыдливости несчастной дѣвушки, и потому этотъ личный моментъ не войдетъ въ кругъ условій при сужденіи о причинной связи между соблазненіемъ и самоубійствомъ <sup>1)</sup>).

Принципъ *«aliud alii mortiferum esse solet»* вообще надо ограничивать естественными условіями, лежащими въ организмѣ потерпѣвшаго [ср. I. 7 § 5 D. 9, 2: *...aegrotum leviter percussisset*]. Правонарушитель не въ правѣ ожидать, что всѣ люди здоровы, крѣпки и пр. Но онъ въ правѣ ожидать, что волееспособные люди будутъ поступать благоразумно и здраво!

II. *Какія же условія, позднѣе наступившія, [между начальнымъ и конечнымъ результатомъ] мы должны воспринимать въ этотъ комплексъ?*

Rümelin, кромѣ условій наличныхъ въ моментъ дѣянія, воспринимаетъ въ искомый имъ комплексъ условій и условія, наступленію коихъ *благопріятствовалъ* уже существующій въ моментъ дѣянія кругъ условій.

По нашему мнѣнію, требованіе, чтобы «съ позднѣйшимъ наступленіемъ условій по общечеловѣческому опыту можно было еще считаться» («Begünstigung») необосновано у Rümelin'a, да оно и неприемлемо.

На самомъ дѣлѣ, нѣтъ ровно никакихъ основаній обсуждать послѣдующія звенья каузальной серіи («weitere Wirkungen») иначе, чѣмъ первое звено. Поэтому, согласно нашей теоріи, надо считаться и съ тѣми фактическими условіями, которыя привзошли и впоследствии, если они даже и не были обусловлены предыдущими antecedентами, но были объективно познаваемы *ex ante* въ вышеуказанномъ нами смыслѣ. [Во-

<sup>1)</sup> См. еще примѣръ изъ русской практики. *Право*. 1904 № 3, стр. 186 и сл. Варшавс. Суд. II. 1904 г.

прось о перерывѣ причинной связи есть вопросъ особый: объ немъ см. ниже § 4].

При стеченіи и сдѣленіи цѣлой массы явленій, нагромождающихся другъ на друга во временной послѣдовательности, наша конструкция на практикѣ можетъ привести и къ такому отношенію, въ которомъ первое звено (дѣяніе) и конечный результатъ будутъ стоять другъ съ другомъ лишь въ условномъ отношеніи: *conditio sine qua non*; но все же наша конструкция не имѣетъ ничего общаго съ философско-логической каузальной школой (с. s. q. n.), такъ какъ: 1)-хъ она требуетъ *обобщенія* на почвѣ познаваемыхъ *ex ante* условий, для сужденія объ адекватной связи между рядомъ слѣдующихъ другъ за другомъ событій и 2)-хъ, какъ увидимъ ниже (въ § 4), признаетъ въ широкой мѣрѣ *перерывъ причинной связи*.

Намъ надо указать еще на одну существенную поправку, долженствующую быть внесенной въ господствующую адекватную теорію. Ставя вопросъ: способно ли данное условіе вызывать данного рода результатъ при предположеніи наличности данного комплекса условий,—мы должны брать не самый конечный результатъ *in abstracto*, а—результатъ *квалифицированный конкретными моментами, прерывающими адекватный континуитетъ* между дѣяніемъ и результатомъ.

Слишкомъ широкая абстракція результата можетъ вести къ прямо невѣрнымъ выводамъ. Напр., если испуганная лошадь понесла, и сѣдокъ въ это время получилъ тѣлесное поврежденіе отъ случайнаго паденія черепицы съ крыши, то вопросъ надо ставить не такъ: «способенъ ли испугъ лошадей вызвать пораненіе сѣдока?», а—«способенъ ли испугъ лошадей вызвать пораненіе сѣдока *черезъ черепицу, сброшенную съ крыши?*».

Иначе говоря,—для установленія адекватной связи между *начальнымъ результатомъ* и *конечнымъ результатомъ*,

мы должны искать того же континуитета адекватности, какъ и между проявленіемъ воли и начальнымъ результатомъ <sup>1)</sup>. А этого мы можемъ достигнуть лишь включеніемъ квалифицирующихъ промежуточныхъ моментовъ въ данного рода результатъ, подлежащій сопоставленію съ изслѣдуемымъ условіемъ.

#### § 4. Установленіе причинной связи между послѣдовательнымъ чередованіемъ звеніевъ одной каузальной серіи. Вопросъ о «перерывѣ причинной связи».

Въ предшествующихъ §§-ахъ мы установили тотъ приемъ, которымъ мы изъ массы событій извлекаемъ тѣ явленія, которыя должны образовывать звенія каузальной серіи. Каждое изъ этихъ явленій тогда воспринимается въ каузальную серію, когда мы констатируемъ, что объективному познанію *ex ante* были доступны тѣ *условія*, которыя создали ту обстановку, среди которой могло (и должно было) родиться соответствующее явленіе; напр., если мы констатируемъ, что этому познанію были доступны: плохая постройка моста, его гнилость, размывъ устоевъ моста дождемъ, и пр. и пр., то мы говоримъ, что *случившееся несчастье*—проваль моста въ минуту переѣзда по немъ раненаго, везомаго въ больницу,—должно быть воспринято въ каузальную серію.

Такимъ образомъ, чтобы набросать послѣдовательный ходъ событій, съ которыми мы должны считаться при сужденіи о *причинной связи*, мы должны напередъ изслѣдовать комплексъ условий, создавшіе соответствующую цѣпь событій.

Если мы найдемъ, что *ex ante* (въ указанномъ нами смыслѣ) эти условія доступны познанію судьи, то мы должны принять въ каузальную серію и соответствующія явленія, въ качествѣ звеньевъ этой каузальной серіи.

<sup>1)</sup> Radbruch, о. с. 21; Litten, Die Ersatzpflicht, 45; его-же: о. с. Krit. Viertelj. XI (1906), 10—12.

Если же мы найдем, что *ex ante* эти условия не доступны познанию, то мы сразу — *de plano* — отбрасываем эти явления изъ каузальной серии.

Но это — лишь половина работы! Указанным путем мы лишь чернѣ набрасываемъ рядъ правововажныхъ явленій въ ихъ временной послѣдовательности.

Съ ними мы будемъ считаться при сужденіи о причинной связи между дѣяніемъ и конечнымъ результатомъ.

Если бы мы ограничились первой половиной работы, то мы сплошь и рядомъ приходили бы къ выводамъ въ духѣ обще-причинной каузальной теоріи.

Въ самомъ дѣлѣ, каждое событіе, *отдѣльно взятое*, можетъ быть созданиемъ доступныхъ *ex ante* условий; оно можетъ выдержать этотъ контроль, что бы занять мѣсто въ ряду механически соединенныхъ въ одну каузальную серію звеніевъ.

Но это не предрѣшаетъ вопроса объ ихъ взаимномъ отношеніи. А эту то послѣднюю связь мы и имѣемъ въ виду, говоря о причинной связи!

Въ этомъ заключается принципиальное отличіе нашего приема изслѣдованія отъ приема адекватныхъ теорій. Всѣ существующія адекватныя теоріи выясняютъ кругъ условий [познаваемыхъ *ex post*, *ex ante*], отъ совокупности которыхъ мы должны исходить для сужденія о вѣроятіи наступленія даннаго рода явленія, какъ результата инкриминируемаго дѣянія. Одной работой достигается сразу и намѣченная цѣль (установленіе причинной связи между дѣяніемъ и результатомъ)!

Мы разбираемъ эту работу на двѣ части: 1)-хъ мы устанавливаемъ голую каузальную серію въ видѣ ряда внѣшнихъ событій въ ихъ временной послѣдовательности; каждое изъ этихъ событій должно быть объективно и *ex ante* предвидимо на основаніи сопствующихъ познаваемыхъ условий; 2)-хъ, мы изслѣдуемъ съ точки зрѣнія житейскаго опыта и объективныхъ требованій правопорядка непрерывность (континуи-

тетъ) этой каузальной серіи, т. е. адекватную связь между рядомъ послѣдовательныхъ событій.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами.

Драка между двумя односельчанами — въ глухой деревнѣ (въ нашей схемѣ: звеня № 1—2). Одинъ изъ противниковъ получаетъ глубокую рану въ палецъ (звено № 3). Врачебная помощь далека (земскій пунктъ въ десяткахъ верстъ, отъ города село отрѣзано разливомъ рѣкъ и безпутницей). За отсутствиемъ помощи врача знахарка удерживаетъ кровотечение прикладываніемъ разныхъ грязей. Это влечетъ за собой зараженіе крови (звено № 4) и смерть несчастнаго (звено № 5). Въ моментъ, когда понадобилась врачебная помощь, объективному познанию *ex ante* были доступны всѣ условия, сошедшія, какъ на зло, противъ несчастнаго. Эти условия создали новое явленіе: обращеніе къ леченію мѣстной знахарки. *Ex ante* можно было предвидѣть и послѣдствія этого «леченія».

Такимъ образомъ, всѣ эти явленія: пораненіе вѣшательствомъ знахарки, смерть... должны быть приняты въ каузальную серію. Съ ними мы должны считаться при сужденіи о причинной связи.

И это не мѣшаетъ намъ въ данномъ примѣрѣ отвергнуть причинную связь между пораненіемъ пальца и смертью. Иначе мы пришли бы къ неприемлемому выводу, что дерущійся въ деревнѣ долженъ прилагать большую осторожность, чѣмъ дерущійся въ городѣ! Несправедливо на голову отвѣтника возлагать такой *ненормальный оборотъ* теченія каузальной серіи.

Еще примѣръ: продажа больной коровы ведетъ къ зараженію всего стада, къ разоренію фермера, къ его самоубійству.

Каузальная серія:

А. Продажа больной коровы.

Кругъ послѣдствій:

А<sup>1</sup>. Гибель всего стада, нѣтъ навоза, невозможность обработать поле.

- В. Неразработка полей. В<sup>1</sup>. Неплатеж аренды, уплата неустойки, разорение фермера.  
С. Самоубийство фермера. С<sup>1</sup>. Обездолжье семьи его.

*Ex ante* могут быть познаны объективные условия каузальных звеньев В и С. Однако, причинной связи между А и С нет<sup>1</sup>), так как причинное отношение здесь ненормальное. Именно, исключительность здесь надо усматривать в том, что фермер не принял всех мер, бывших в его распоряжении для предотвращения убытков.

По опыту же мы должны считать, как обычно ожидаемое, что лицо, потерпевшее убыток, обращается к обычным мерам для предотвращения или уменьшения его.

В этом смысле, мы можем говорить о *перерыве каузальной серии*. Каузальная серия прерывается в тот момент, когда судья констатирует, что связь между отдельными звеньями — не обычна, т. е. не соответствует «правилу жизни», в том образе, как он представляет его из наблюдений окружающей жизни. И в этой работе судья не конкретизирует, а обобщает, т. е. считается не с тем, что было, а с тем, что должно было быть или могло быть при нормальном ходе событий.

Здесь возникает важный вопрос: с каким моментом «дальнейших следствий начального результата» («*weitere Wirkungen*»); в нашей схеме: звено № 4) должны стоять в адекватной причинной связи: с начальным ли результатом (звено № 3) или с правонарушительным фактом (звено № 1, № 2)?

Одни юристы<sup>2</sup>) стоят на той точке зрения, что «мы

<sup>1</sup>) См. *Fothier*. Obligations № 166.

<sup>2</sup>) *Rümelin*, о. с. 287: „zur Zeit der Verletzung“; *Litten*, о. с. 108: „im Augenblick des Anfangserfolgs ex ante erkennbaren Bedingungen“.

должны вменить последующия следствия лицу, отвечающему за начальный результат, если их можно было ожидать по правилу жизни на основании условий, доступных *ex ante* познанию нормального человека в момент начального результата».

Другие юристы<sup>1</sup>) считают это излишним расширением ответственности: «суждение о вероятности и касательно конечных звеньев должно быть дано с точки зрения момента, *когда совершено деяние самого делинквента*» («*von der zu dieser Zeit gegebenen Urteilsbasis*»).

*Schmoller* дает такое обоснование своей конструкции:

«То, что этот пункт так долго не находил достаточного освещения, объясняется тем, что юристы всегда имели в виду те события, которые вторгаются в течение каузальной серии в момент же их возникновения, и потому, раз они привходят между *деянием* вредителя и *обосновывающим* ответственным событием, разрывают непрерывно между ними адекватное отношение. Эти юристы упустили из виду те случаи, когда эти inadequate фактические привхождения, с одной стороны, наступают впервые после вторжения в чужую правовую сферу, но не заставляют с собой считаться до момента наступления обосновывающего ответственность события, а, с другой стороны, очевидно, адекватно причиняют дальнейших убыточных следствий, если основанием суждения класть положение вещей в момент этого обосновывающего ответственность события».

*Schmoller* дает такой пример. Помещик строит на отдаленном от всякого жилья уединенной пустоши летний загон для своего скота; 20 лет спустя строится жел. дорога через эту местность и мимо этого загона. Вследствие упущений со стороны подрядчика при постройке колючих, строение со временем пришло в ветхость и разва-

<sup>1</sup>) *Traeger*, о. с. 225; *Schmoller*, о. с. 62.

ливается при порывѣ вѣтра. Часть камня падаетъ на ж. д. полотно, что влечетъ крушеніе пассажирскаго поѣзда. Результатъ: громадные матеріальные убытки и смерть многихъ пассажировъ.

*Schmoller* спрашиваетъ: «Можно ли привлечь къ ответственности подрядчика за все эти дальнѣйшія убыточные слѣдствія, хотя изначала абсолютно нельзя было считаться съ обусловливающимъ ихъ измѣненіемъ въ средствахъ сообщенія?»—и отвѣчаетъ: «Конечно, нѣтъ! И къ этому отвѣту мы придемъ, если сужденіе о вѣроятіи и касательно дальнѣйшихъ убыточныхъ слѣдствій дадимъ, беря исходнымъ пунктомъ не обосновывающее отвѣтственность событіе, а дѣяніе делинквента».

Со всей этой аргументаціей мы рѣшительно не можемъ согласиться. Мы считаемъ ее не логичной въ построеніи и несправедливой въ выводахъ.

Обстоятельства дѣла въ приведенномъ *Schmoller*'омъ казусѣ можно представить въ рядѣ слѣдующихъ звеньевъ одной каузальной серіи.

*Звено I.* Обосновывающій отвѣтственность моментъ:

*I. Плоская постройка конюшни.*

Приводитъ новое условіе: постройка жел. дороги.

*Звено II.* Непосредственное вторженіе въ чужую сферу:

*II. Обвалъ конюшни.*

*Звено III.* Начальный результатъ.

*III. Порча жел. дор. полотна.*

*Звено IV.* Конечный результатъ:

*IV. Крушеніе поезда.*

*Schmoller* наираетъ на то, что въ моментъ постройки конюшни нельзя было предвидѣть крушенія поѣзда, а потому, чтобы не вмѣнить, вопреки справедливости, конечный убытокъ въ отвѣтственность подрядчику, строившему конюшню,

надо при сужденіи о вѣроятіи исходить не отъ момента обвала конюшни (когда ж. д. уже существовала), а отъ момента постройки конюшни (когда ж. д. еще не было).

Формулу *Schmoller*'а мы рѣшительно не можемъ принять. Если бы стать на его точку зрѣнія, то и въ вышеприведенномъ нами примѣрѣ (стр. 333) *A* не отвѣтилъ бы за гибель мебели, внесенной въ домъ, послѣ его дѣянія, но до момента катастрофы. Не отвѣтилъ бы въ его примѣрѣ и подрядчикъ за простую порчу ж. д. полотна. Это было бы несправедливо!

А разъ *A* отвѣчаетъ за порчу полотна, онъ отвѣчаетъ и за крушеніе поѣзда, если между ними есть адекватная причинная связь.

Правильность нашего вывода будетъ вполне ясна, если порчу полотна мы будемъ разсматривать, не какъ звено каузальной серіи, а какъ фактическій моментъ—*убытокъ*. Выше (стр. 332) мы установили принципъ, что, если лицо отвѣчаетъ за убыточные послѣдствія даннаго каузальнаго звена (№ 1),— оно отвѣчаетъ и за то каузальное звено (№ 2), которое адекватно вытекаетъ изъ этихъ убыточныхъ послѣдствій, и которое въ свою очередь служитъ базой для новыхъ вредоносныхъ результатовъ.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами.

*A* по неосторожности обронилъ не потухшую спичку на коврикъ близъ задняго крыльца квартиры. Въ то время, какъ коврикъ медленно тлѣлся, съ параднаго входа приходитъ хозяинъ квартиры, принесшій съ собою вновь купленную вещь. Но вотъ, занимается огонь, горитъ домъ и погибаетъ только что принесенная вещь.

Въ этомъ случаѣ убытокъ (гибель дома и внесенной вещи) по обстоятельствамъ дѣла не кладетъ начала новому каузальному звену. Не можетъ быть спора, что онъ долженъ быть возмѣщенъ полностью.

Представимъ себѣ, что этотъ убытокъ въ свою очередь вызываетъ дальнѣйшія вредоносныя явленія.

Напр. *A* везетъ въ вагонѣ бидонъ со взрывчатымъ веществомъ. Вскорѣ *B* вноситъ въ тотъ же вагонъ другой бидонъ со взрывчатымъ веществомъ, необходимымъ ему для научныхъ цѣлей. Затѣмъ, слѣдуетъ взрывъ бидона *A*, который самъ по себѣ причинилъ бы убытковъ на *X* рублей. Но отъ сотрясенія взрывается бидонъ г. *B*. И отъ новаго взрыва слѣдуютъ убытки на 10 *X* рублей.

По теоріи Schmoller'a, *A* не отвѣтилъ бы даже за цѣну бидона, такъ какъ онъ внесенъ позднѣе его дѣянія.

Не отвѣтилъ бы онъ по той же причинѣ и за вновь внесенную въ квартиру вещь.

Эта теорія, въ реакціи противъ теоріи: причина = *conditio s. q. n.*, впадаетъ въ крайность и слишкомъ ограничиваетъ отвѣтственность дѣятеля. Она упускаетъ изъ виду то, что съ консервативной *адекватной* теоріей намъ никогда не придется бояться большого расширенія отвѣтственности; и, если намъ надо искать оправданій этой теоріи, то въ противоположномъ направленіи, — въ смыслѣ возможнаго расширенія отвѣтственности!

Причинная связь никогда не будетъ прервана явленіями регулярными, съ которыми можно считаться, — когда бы они ни привзошли, и когда бы они ни проявили свое дѣйствіе. Лишь то, что необычно или должно быть считаемо, какъ таковое, можетъ прервать теченіе причинной связи.

Таковыми необычными факторами не можетъ считаться ни проведеніе жел. дороги, ни дѣятельность хозяина квартиры. Развѣ *A* въ правѣ рассчитывать на то, что съ момента его дѣянія замретъ вся окружающая жизнь во всѣхъ ея проявленіяхъ?! Намъ кажется абсурдомъ даже фантасія, къ которой приводитъ теорія Schmoller'a, что съ какого либо момента вся окружающая культурная жизнь замираетъ, кипучій

городъ обращается въ пустыню, пустошь обрѣзается вѣками обслуживать лишь скотину и т. п.!!

Такимъ образомъ, наша конструкція такова: при сужденіи вопроса, — поскольку *конечный результатъ* соединенъ причинной связью съ *правонарушительнымъ дѣяніемъ* мы должны всегда изслѣдовать адекватную связь между рядомъ послѣдовательныхъ событій. При этомъ, базисомъ для сужденія объ адекватной связи между двумя любыми послѣдующими звеньями долженъ служить весь комплексъ познаваемыхъ *ex ante* условій наличныхъ въ первомъ изъ этихъ двухъ звеньевъ.

Этотъ выводъ тѣмъ болѣе справедливъ, что въ большинствѣ случаевъ въ первомъ звенѣ (дѣяніе) лежатъ такая сильная опасность наступленія втораго звена (начальнаго результата), что мы вправѣ ихъ мысленно слить въ одинъ актъ.

Примѣръ.

I. *Дѣяніе.*

*A* разбиваетъ выставленные на лугу для питья скотины корыты съ водой.

II. *Начальный результатъ.*

Вода медленно выливается до конца, и скотина остается безъ воды. Когда выливаются послѣднія капли, скотина, привыкшая пить, именно, въ данный моментъ, не находитъ болѣе воды въ корытѣ.

III. *Дальнѣйшія слѣдствія.*

Мучимая жаждой, скотина проламываетъ загородки и устремляется къ ближайшему пруду, прямо черезъ поля, топча молодые посѣвы.

Согласно нашей конструкціи, причинная связь между первымъ и третьимъ звеньями — на лицо; а, между тѣмъ, между первыми двумя звеньями приводитъ впервые новое обстоятельство — жажда скотины, — которое и проявляетъ свое дѣйствіе впервые *послѣ* завершения начальнаго результата



(вылилась вся вода). И на нашъ выводъ не повліяетъ различіе во времени,—*когда* приходитъ это новое обстоятельство (жажда скотины) между первыми двумя звеньями или двумя послѣдующими.

Наоборотъ,—какъ только въ каузальную серію привходитъ такое звено, которое поражаетъ насъ своей необычайностью, исключительностью, адекватная причинная связь прерывается, такъ какъ теченіе каузальной серіи принимаетъ ненормальный оборотъ.

Эта идея «перерыва причинной связи» присуща всемъ каузальнымъ теоріямъ. Безъ нея отвѣтственность делинквента простиралась бы *ad infinitum*.

Даже представители философско-логической школы (cond. s. q. п.), сами чувствовали несправедливость ихъ выводовъ, и умбряющій моментъ искали въ «перерывѣ *оиноности*». Разъ начата каузальная серія не можетъ быть остановлена—говорятъ они. Но другой вопросъ: «какъ далеко простирается отвѣтственность изъ правонарушенія»? «Не причинная связь прерывается, а виновная связь»<sup>1)</sup>.

Намъ кажется, что перерывъ каузальной серіи надо понимать, какъ объективный перерывъ между отдѣльными событиями, а не какъ исключеніе *вины* заднимъ числомъ!

Вѣдь, вина есть порочность воли лица (непредвидѣніе вреда). Въ пѣтированномъ казусѣ (I. 11 § 3 D. 9, 2) делинквентъ—*in culpa*, которая охватываетъ и конечный результатъ. Изъ его дѣянія вытекаетъ смертельное пораненіе, которое онъ долженъ былъ предвидѣть. Непостижимо,—какимъ образомъ послѣдующее «случайное объективное событие можетъ уничтожить *субъективный* моментъ—порочность воли!?! Вѣдь, если бы послѣдующаго события и не было, то *вина* делинк-

<sup>1)</sup> *Gottschalk*, о. с. 35—40, ссылается на I. 11 § 3 D. 9, 2: „Si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit“.

вента (*mortifero vulnere percusserit*) обосновала бы отвѣтственность его за смерть!

Значитъ, если здѣсь и можно говорить объ исключеніи отвѣтственности за конечный результатъ, то только съ точки зрѣнія объективной, т. е. дѣйствительной причинной связи.

Виновность же не можетъ быть прервана, разъ она установлена; можетъ быть прерванъ только объективный ходъ событий<sup>1)</sup>.

Итакъ, вопреки утвержденію философско-логической школы, мы держимся того убѣжденія, что *каузальная серія* можетъ быть прервана. Если каузальная серія прервана, мы можемъ говорить объ отсутствіи *причинной связи*.

Въ чемъ же заключается этотъ перерывъ?

И въ этомъ вопросѣ мы расходимся съ господствующими ученіями.

Всѣ юристы, къ какой бы школѣ они ни принадлежали, допускаютъ перерывъ причинной связи, лишь такими событиями, которыя принадлежатъ къ *новой самостоятельной каузальной серіи*<sup>2)</sup>; т. е. понимаютъ «перерывъ причинной связи», какъ привхожденіе новой положительной *причины*, которая одна создаетъ конечный результатъ. Вступленіе же *сама нова* можетъ имѣть мѣсто лишь такъ: она перегоняетъ дѣйствіе первой причины, и предвосхищаетъ конечный результатъ, который наступилъ бы изъ первой причины, если бы не наступило нарушенія каузальной серіи<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Gottschalk*, о. с. 55 мимоходомъ сознается, что „разъ констатированная вина остается, она не можетъ быть уничтожена послѣдующей виной потерпѣвшаго“.

<sup>2)</sup> Повидимому, здѣсь сказалось вліяніе ученія *Dumoulin'a* [Tractatus de eo quod interest. № 179:] „Intelligitur venire omne detrimentum tunc et *proxime secutum*, non autem *damnum* postea succedens *ex novo casu*, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non contigisset“...

<sup>3)</sup> *Gottschalk*, о. с. 23, 35, 67: „Каузальность простирается такъ далеко, пока не вторгнется въ измѣнительный процессъ вызванная правонарушеніемъ *новая самостоятельная каузальная серія*“. *v. Bar*, Die Lehre von K. Z. H.,

Вставши на этот путь, те юристы, которые не признавали каузальной силы за *упущениями*, естественно должны были отрицать возможность перерыва причинной связи явлениями не положительными, а негативными, пассивными <sup>1)</sup>.

Для обоснования этой конструкции юристы ищут опоры в римских текстах.

Нам кажется, что и обоснование <sup>2)</sup> и выводы этой теории неправильны.

Мы утверждаем, наоборот, что для так называемого перерыва причинной связи не надо требовать, чтобы вновь вторгнувшееся событие было способно само по себе создать *новую каузальную серию*: достаточно, чтобы, благодаря ему, тот ход событий, который дань первым действием, получил ненормальное направление.

Напр. *A* нечаянно роняет горящую сигару на ковер. *B* — хозяин — может еще потушить пожар, но не делает этого.

*A* открывает кран в бочке с вином. Хозяин *B* приходит, когда  $\frac{1}{2}$  бочки вылилась, и оставляет вино вылиться до конца.

Конечно, в обоих случаях *A* не отвечает за весь убыток.

65: „Мы должны считать, что причинная связь прервана, если произойдет чрезвычайное, не могущее никак быть учтенным действующим лицом обстоятельство, которое само непосредственно и создает предметный результат“; Piper, о. с. 19; Wichowsky, о. с. 22; Labowsky, о. с. 14; Eck, о. с. 8; Birkmeyer, о. с. 67; Oertmann, I, 41; J. Kohler, II, (1906), 477; Rosin, о. с. 312—313; Cohnfeldt, о. с. 143; Pernice, Zur Lehre, 174.

<sup>1)</sup> Endemann, Die Rechtswirkung, 4: „прерывает ли причинную связь отказ от операции, т. е. [sic!] есть ли упущение оперативного лечения действительная причина наступившего вреда?“; Eck, о. с. 8: „Чистое упущение не может создать причинной связи, а потому и не может прервать таковой“.

<sup>2)</sup> В самом деле, данное событие может „создать новую каузальную серию“ [I. 51 pr. D. 9, 2: „ictus alii“], и, однако „не прервать причинной связи“, и, с другой стороны, данное событие может „не создавать новой каузальной связи“ [I. 57 D. 19, 2; I. 30 § 3 D. 9, 2: „adsiduis pluvius“, „subita vis ventii“; I. 52 pr. D. 9, 2: „negligentia domini“], и, однако, „прервать причинную связь“.

Точно также, если *B*, раненный *A*, не обращается к медицинской помощи и истекает кровью, то *A* отвечает только *de vulnerato*.

И все же поведение *B* не кладет начала новой каузальной серии!!

Мы видим, что и *упущение*, неожиданное с точки зрения «правила жизни», может прервать адекватную причинную связь: даже такое упущение, которое само неспособно обосновать «самостоятельной ответственности упустителя»!

При суждении о перерыве каузальной серии мы всегда должны брать масштабом наше житейское представление об *обычном*.

Это *обычное* мы отнюдь не понимаем в смысле отношения *нормальности* между известным поведением и данным результатом. Центр тяжести мы кладем в том, что бы *объективная возможность* наступления данного рода результата была повышена через поведение делинквента.

Не может, например, считаться *нормальным* явлением повышение температуры, приведшее к смерти раненого: однако, в этом случае ранение должно быть признано *причиной* смерти человека.

Нельзя поэтому выставить, как общее положение, что все, что неразумно и нежелательно, то и — неожиданно, а потому безусловно прерывает адекватную причинную связь.

Житейский опыт говорит нам, что мы должны считаться, как с «правилом жизни» и с деятельностью врачей и, в известной мере, с профессиональной ошибкой врача и т. п.

Поэтому, кто выломает окно, тот отвечает и за кражу, если через образовавшееся отверстие проникнут воры. Опять так, — при том предположении, что не произойдет *винны* хозяина, упустившего задеть окно.

Можно ли сказать, что наше требование общности в ходе событий ведет к *предвидению* результата? Нет! тот

или другой ходъ событій и предвидѣніе результата не совпадаютъ. Мы часто можемъ предвидѣть ненормальныя событія и непредвидѣть нормальныя. Возьмемъ шаръ въ рулеткѣ. Куда онъ попадетъ—никогда неизвѣстно! Нѣтъ мѣста предвидѣнію! Однако, мы можемъ утверждать, что если мы среди игры ударомъ руки измѣнимъ направленіе шара, мы тѣмъ самымъ отклоняемъ тотъ результатъ, который получился бы, если бы мы были пассивны.

Такимъ образомъ, всякое воздѣйствіе, которое отклоняетъ дальнѣйшее теченіе каузальной серіи отъ того обычнаго направленія, которое оно имѣло бы при отсутствіи этого воздѣйствія, *«прерываетъ причинную связь»*.

При этомъ, вопросъ о томъ, —имѣло ли бы нормальное развитіе каузальной серіи тотъ же исходъ, какой наступилъ въ связи съ привзошедшимъ ненормальнымъ обстоятельствомъ и не долженъ подниматься, и, именно, потому, что не ненормальность *результата измѣнительнаго процесса* («Veränderungsprozess»-а), а ненормальность въ *развитіи* каузальной серіи имѣетъ рѣшающее значеніе.

Если, напр., *A* открылъ кранъ отъ бочки съ виномъ, принадлежащей *B*, то нормальнымъ результатомъ является полное опорожненіе бочки. Однако, этотъ «измѣнительный процессъ» получаетъ *ненормальное* развитіе, если напр. *B*, придя въ тотъ моментъ, когда бочка вылилась на половину, сохраняетъ пассивное отношеніе. Съ этого момента первое звено каузальной серіи (до прихода *B*) въ его процессѣ развитія получаетъ, благодаря новой обстановкѣ, въ которую оно вступаетъ, ненормальное отклоненіе.

Поэтому, съ момента появленія *B* и его упущенія прерывается адекватная причинная связь, исходящая отъ дѣянія *A*, который и отвѣтитъ лишь за половину убытка, хотя конечный результатъ въ его матеріальномъ содержаніи (опорожненіе всей бочки) самъ по себѣ и представляется *prima facie* обычнымъ слѣдствіемъ его дѣянія.

Иначе говоря: для того, что бы констатировать адекватную причинную связь между *дѣяніемъ* и *конечнымъ результатомъ* важно не только то, что бы дѣяніе было вообще способно вызывать даннаго рода результатъ, —но важно еще, что бы *теченіе каузальной серіи между этими двумя моментами было типическимъ*. Поэтому недостаточно ставить вопросъ: есть ли конечный результатъ осуществленіе опасности, лежащей въ дѣяніи; но надо, даже въ томъ случаѣ, если на этотъ вопросъ мы дадимъ утвердительный отвѣтъ, еще поставить вопросъ: не нарушилось ли теченіе каузальной серіи какимъ либо ненормальнымъ явленіемъ? Если на послѣдній вопросъ мы дадимъ отвѣтъ утвердительный, то адекватное теченіе причинной связи прерывается въ тотъ моментъ, когда привзойдетъ этотъ пертурбаціонный элементъ <sup>1)</sup>.

Итакъ, предшествующее изложеніе показало намъ, что «перерывъ причинной связи» мы имѣемъ не только тогда, когда черезъ вполне независимое новое обстоятельство предшествующій факторъ, способный самъ по себѣ воспроизвести данный результатъ, препятствуется къ этому, но и тогда, когда исключительность новаго приходящаго обстоятельства въ томъ и заключается, что оно не препятствуетъ первому фактору произвести свое дѣйствіе.

Вышесказаннымъ опредѣляются тѣ случаи, когда можетъ идти рѣчь о *перерывѣ причинной связи*: инкриминируемое дѣяніе должно въ связи съ послѣдующими событіями имѣть

<sup>1)</sup> Изъ нашего изложенія явствуетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда между дѣяніемъ и даннымъ конкретнымъ результатомъ, въ томъ индивидуальномъ видѣ, какъ онъ наступилъ, *an und für sich* существуетъ адекватная причинная связь, единственнымъ моментомъ, способнымъ прервать теченіе каузальной серіи, можетъ быть самовина потерпѣвшаго. Бездѣйствіе третьихъ лицъ, не обремененныхъ заботой о чужомъ имуществѣ не въ состояніи быть тѣмъ ненормальнымъ событіемъ, которое прервало бы теченіе причинной связи въ указанномъ примѣрѣ; ибо, съ юридической точки зрѣнія, ненормальнымъ фактомъ является лишь поведеніе самого хозяина, отъ котораго свойственно ожидать радѣнія къ своему интересу, но не равнодушіе постороннихъ лицъ.

тенденцію къ созданію даннаго рода результата.—Иначе об-  
стоптъ дѣло въ тѣхъ случаяхъ, когда текущая каузальная се-  
рія проявляетъ слишкомъ слабую по интенсивности силу,  
что бы привести къ конечному результату, который и дол-  
женъ быть приписанъ цѣликомъ новому привзошедшему об-  
стоятельству, или въ тѣхъ случаяхъ, когда, наоборотъ, теку-  
щая каузальная серия проявляетъ слишкомъ энергичное дѣй-  
ствіе, что бы она могла быть еще прервана вновь привзо-  
шедшимъ обстоятельствомъ.

Въ обоихъ послѣднихъ случаяхъ не можетъ быть рѣчи  
о *перерывѣ причинной связи*. Рассмотримъ оба случая от-  
дѣльно.

О «перерывѣ причинной связи»—во первыхъ—не мо-  
жетъ быть и рѣчи, если каузальная серия и безъ вновь при-  
взошедшаго обстоятельства не имѣла тенденціи къ созданію  
даннаго конечнаго результата.

Напр. легко ранено лицо. Не смотря на всѣ осложне-  
нія въ его здоровіи, обязанныя адекватному развитію кау-  
зальной серіи, его жизни не угрожаетъ никакая опасность.  
Раненый умираетъ, пораженный молніей, ударившей въ госпи-  
таль. Если бы это событіе (ударъ молніи) не наступило,  
первое (пораненіе) осталось бы все равно бездѣйствующимъ<sup>1)</sup>.  
Первая каузальная серия не есть *cond<sup>o</sup>. s. q. n.* результата.

О перерывѣ причинной связи можетъ идти рѣчь лишь  
тогда, когда *сама каузальная серия еще не завершилась*<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *J. Kohler*, Lehrbuch, II, 477, повидимому, не понимаетъ этого. „Этотъ перерывъ причинной связи мы имѣемъ и въ томъ случаѣ, если неразумное поведеніе исходитъ и отъ 3-го лица. Если, напр. кто либо легкомысленно остав-  
ляетъ заряженное ружье, и постороннее лицо завладѣваетъ оружіемъ и за-  
стрѣливаетъ 3-ее лицо. Въ этомъ случаѣ, не оставленіе оружія и отсюда воз-  
никшая опасность воспроизвели убытокъ, а исключительно само постороннее  
лицо“.—На самомъ дѣлѣ, здѣсь нѣтъ перерыва, а есть двѣ со-причины!

<sup>2)</sup> Ничего общаго съ учніемъ о *причинной связи* не имѣетъ вопросъ:  
долженъ ли быть ввѣненъ наступившій результатъ вредоносному дѣянію, если  
онъ поглощается новой каузальной серіей. Напр. корона пробѣгаетъ черезъ

Подъ этимъ послѣднимъ выраженіемъ мы понимаемъ  
нѣчто отличное отъ того, что принято называть въ господ-  
ствующей литературѣ.

Въ литературѣ говорятъ, что адекватное теченіе каузаль-  
ной серіи прекратилось, когда оно привело къ намѣченному  
результату. Напр. смертельно раненый умираетъ отъ раны<sup>1)</sup>.

Мы полагаемъ, что консумация причинной связи можетъ  
имѣть мѣсто еще до наступленія самого инкриминируемаго  
факта.

И это—не парадоксъ! Вѣдь, могутъ же войти въ кау-  
зальную серію моменты, наступившіе во времени до начала  
теченія этой серіи (напр. лицо въ виду неминуемой опасно-  
сти выпрыгиваетъ изъ вагона)! Почему же намъ самимъ не  
завершить каузальную серію въ виду *неминуемости* ея бли-  
жайшаго завершенія по естественнымъ законамъ природы?

Намъ кажется, что вообще вопросъ о перерывѣ причин-  
ной связи можетъ быть поднятъ лишь тогда, когда само те-  
ченіе каузальной серіи можетъ быть отклонено, т. е. когда  
какое либо событіе способно *предотвратить* имѣвшійся въ  
перспективѣ результатъ, или внести какія либо существен-  
ныя измѣненія въ ходѣ событій.

Поэтому, если между дѣяніемъ и наступившимъ резуль-  
татомъ лежатъ такая тѣсная связь, что, несмотря на раздѣ-  
леніе ихъ во времени, результатъ можетъ быть антиципиро-

засвянное поле и причиняетъ убытокъ. Вскорѣ послѣ этого маневрирующія  
войска заходятъ въ поле. О перерывѣ причинной связи здѣсь не  
можетъ быть и рѣчи, такъ какъ убытокъ уже наступилъ. Другой вопросъ о  
возмѣщеніи убытковъ, который разрѣшается различно, въ зависимости отъ  
характера права. Съ нашей современной *патримониальной* (а не пенальной)  
точки зрѣнія, вопросъ объ отвѣтственности долженъ быть разрѣшенъ отрица-  
тельно: гдѣ нѣтъ болѣе убытка, тамъ нѣтъ обязанности и возмѣстить убытокъ.

<sup>1)</sup> *Traeger*, о. с. 47: „Кто убиваетъ раненнаго смертельно, тотъ при-  
чиняетъ смерть, хотя бы сократилъ его жизнь на нѣсколько минутъ, ибо его  
дѣяніе—самостоятельный факторъ, способный привести къ тому же результату  
и при отсутствіи пораненія“.

ванъ уже въ моментъ самого дѣянія, никакое событіе не способно прервать причинную связь.

Въ приведенномъ нами выше примѣрѣ (пассивность хозяина при видѣ течи вина изъ его бочки) нѣтъ консумации результата; наступленіе его только въ перспективѣ (вино выливается понемногу, и теченіе всегда можетъ быть прервано).

Иначе обстоятъ дѣло въ такомъ случаѣ: умирающій въ агоніи срываетъ повязки съ ранъ.

Здѣсь мы имѣемъ уже консумацию результата: наступленіе его можетъ быть антиципировано (результатъ еще не наступилъ, но онъ не предотвратимъ, и теченіе каузальной серіи не можетъ быть прервано).

Конечно, эти случаи въ жизни очень рѣдки; само сужденіе о непротвратимости результата тоже въ извѣстной мѣрѣ обманчиво. Но это не колеблетъ нашего принципа. Трудность доказательства мы не должны смѣшивать съ сущностью вопроса. Оцѣнку случая мы должны довѣрить усмотрѣнію судьи, посвященному отзывомъ экспертизы.

И этотъ выводъ нашъ отвѣчаетъ вполне требованіямъ логики и справедливости.

Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ такой случай: *A* передаетъ *B* въ стаканѣ вина дозу яда, вполне достаточную, чтобы убить *B*, а *C* въ тотъ же стаканъ всыпаетъ вторую дозу яда, саму по себѣ несмертельную. *B* выпиваетъ вино и умираетъ.

Развѣ *A* не отвѣтитъ за смерть *B*? Развѣ *C* устраняетъ отвѣтственность за весь результатъ?

Конечно нѣтъ! *A* отвѣтитъ за смерть *B*! Опъ ее причинилъ. Тѣмъ паче мы должны дать то же рѣшеніе въ случаѣ, если немедленно послѣ дѣянія *A* начинаютъ уже проявляться реальныя слѣдствія! Напр. *B* выпиваетъ ядъ (смертельную дозу), въ агоніи проситъ утолить его жажду, и *C* даетъ ему въ водѣ новую (несмертельную) дозу яда, которая и довершаетъ развязку.

Тотже рѣшеніе дадимъ мы, если *A* нанесетъ смертельную рану *B*, а *C* — легкую рану, отъ которой *B* и умираетъ.

Въ самомъ дѣлѣ, въ понятіе причины входитъ моментъ: *измѣненіе въ существующемъ положеніи вещей.*

Но, развѣ *C* внесъ что либо существенно-новое въ ходъ событій? Уже съ момента перваго дѣянія предусмотрительный человѣкъ (специалистъ) можетъ предвидѣть результатъ и сказать: «результатъ осуществленъ» (какъ говорятъ сельскіе хозяева: «урожай погибъ отъ засухи» еще до жатвы) <sup>1)</sup>.

Если *B* подстегиваетъ шаръ, катящійся по наклонной плоскости и пущенный *A* и тѣмъ ускоряетъ достиженіе шаромъ извѣстнаго пункта, къ которому онъ прибылъ бы иначе нѣсколькими секундами поздне, — развѣ можно сказать, что *B* прервалъ причинную связь между поведеніемъ *A* и результатомъ?

Ускореніе извѣстнаго результата есть настолько незначительный факторъ, что передъ нимъ не можетъ блекнуть значеніе болѣе важнаго момента — первоначальная дѣятельность делинквента, направленная на созданіе этого результата.

Вѣдь, въ самомъ дѣлѣ, вопросъ о *времени* не играетъ никакой серьезной роли въ сущности понятія *причины*. Гораздо важнѣе и даже единственно важно «дѣйствующая сила», которая приводитъ *неизбѣжно* къ извѣстному результату <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. I. 15 § 1 D. 9, 2: „quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas“... I. 51 pr. D. 9, 2: „rursus Aquilia lege (de occiso) teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum“.

<sup>2)</sup> *Binding*, Normen II, 262: „So lange es noch in unserer Macht steht, den von uns gesetzten positiven Bedingungen die wirkende Kraft zu nehmen, so lange haben wir noch nicht verursacht“. — Но обратнаго логическаго вывода въ смыслъ нашей теории *Binding* не дѣлаетъ. Такъ же *Buri*, Abhand. 1878 (Beilage zum Gerichtssaal XXIX) стр. 133—134 не придаетъ каузальнаго значенія преступному бездѣйствію, если дѣйствіе не оказало бы равно никакого вліянія на возникновеніе послѣдствія, но лишь при томъ условіи, что дѣйствіе возникло бы своимъ порядкомъ безъ малѣйшей задержки.

и та цѣль, которую преслѣдуетъ правонаруждокъ (пена, отвѣтственность).

Поэтому, выясняя причину, мы должны отъ известнаго результата походить не къ ближайшему лицу, а, наоборотъ, къ дальнѣйшему лицу и различать тѣхъ лицъ,—безъ которыхъ данный результатъ вовсе не имѣлъ бы мѣста, и тѣхъ лицъ, безъ которыхъ данный результатъ не имѣлъ бы мѣста такъ, какъ онъ произошелъ, т. е. въ данное точно время, мѣсто и т. п.

Нельзя возражать, какъ это дѣлается обыкновенно, что центръ тяжести надо класть въ томъ, отчего, именно, произошло данное событіе: «вѣдь, *B* умеръ, все же, не отъ раны *A*, а отъ удара *C*»!

Это—близорукое сужденіе. Разъ мы стали на почву обобщающихъ принциповъ, подобная конкретизація случая уже недопустима. Если бы *C* и не существовалъ, результатъ былъ бы тотъ же, а *время, мѣсто* и т. п. (то что измѣнили въ ходѣ событий *B*) не играетъ для цивилиста существенной роли <sup>1)</sup>.

Другая точка зрѣнія привела бы и къ несправедливымъ рѣшеніямъ, если *B*, напр., оказался невмѣняемымъ или недееспособнымъ, или просто несостоятельнымъ: потерпѣвшій въ этихъ случаяхъ, или вовсе не получилъ бы вознагражденія, или получилъ бы его не въ полномъ размѣрѣ отъ перваго дѣателя.

За нашу конструкцію говорить еще и слѣдующее соображеніе. Въ вышеприведенномъ примѣрѣ *B* можетъ отклевнуть катящійся внизъ шаръ вверхъ; и шаръ все же откажется назадъ и повредитъ какой либо предметъ; результатъ, именно, *какъ онъ конкретно наступилъ*, обязанъ дѣятельности лица *B*. Но развѣ разница между тѣмъ результатомъ,

<sup>1)</sup> Конечно, при условіи сохраненія континуитета въ адекватномъ развитіи каузальной серіи.

который вытекъ бы изъ дѣятельности *A* и тѣмъ, который получился при содѣйствіи *B* настолько велика, что бы приписать конечный результатъ *B*, а не *A*? Вѣдь, въ данномъ случаѣ дѣятельность *A*, именно, и была направлена на созданіе результата, а дѣятельность *B*,—на отвращеніе результата, и результатъ все же имѣлъ мѣсто, благодаря *A*!

Много вѣса, значить, въ незначительныхъ замѣненіяхъ, произведенныхъ въ ходѣ событий, какъ онъ сложился конкретно, класть нельзя <sup>1)</sup>.

Мы полагаемъ, что наше ученіе объ адекватной причинѣ и о перерывѣ причинной связи, вполне стройное съ точки зрѣнія логики, дастъ и на практикѣ вполне справедливыя рѣшенія.

#### § 5. Установленіе конкурирующей каузальной серіи. Вопросъ о взвѣшиваніи со-причинъ.

Въ предшествующихъ §§-ахъ мы рассмотрѣли тѣ условія, при которыхъ приводящія событія или 1)-хъ *поглощаются* уже текущей каузальной серіей, или 2)-хъ *прерываютъ* причинную связь между звеніями данной каузальной серіи.

Намъ остается рассмотреть тѣ условія, при которыхъ приводящія событія равно стоятъ въ адекватной причинной связи съ результатомъ.

<sup>1)</sup> Къ тому же самому выводу мы придемъ даже въ томъ случаѣ, если встанемъ на точку зрѣнія традиціонной теоріи: лишь *пока сама* способна прервать *причинную связь*. Причина есть тотъ факторъ, отъ котораго зависитъ различіе двухъ состояній одной и той же имущественной массы. Это различіе должно быть достаточно серьезнымъ, что бы возвести известнѣйшій факторъ до степени *причины* даннаго результата. Съ этой точки зрѣнія очевидно, что въ убійствѣ *смертельно* раненаго раба нельзя усмотрѣть момента, могущаго быть возведеннаго на степень самостоятельной *причины* конечной развязки!

Дѣяніе делинквента и дѣяніе третьяго лица начинаютъ— каждое изъ нихъ—особую каузальную серію, но обѣ серіи соединяются и приводятъ къ одному результату. «Причинная связь» слагается изъ комбинаціи обѣихъ каузальныхъ серій, и образуетъ *одинъ* вредоносный результатъ, объемъ котораго зависитъ отъ степени содѣйствія отдѣльныхъ силъ.

Выше мы установили то положеніе, что тѣ событія, которыя, приводя послѣ, *придаютъ такую опасность* извѣстному звену первой каузальной серіи, которая ему не приуща при нормальныхъ условіяхъ, прерываютъ теченіе причинной связи.

Отсюда мы можемъ сдѣлать слѣдующій выводъ: прерыва причинной связи мы не имѣемъ, а имѣемъ *сопричинную каузальную серію* въ тѣхъ случаяхъ, когда результатъ измѣнительнаго процесса обязанъ содѣйствію и другихъ событій, *которыя ни на одно изъ звеньевъ 1-ой каузальной серіи активно не отражаются.*

Вотъ почему, тѣ событія, которыя реализируютъ опасность каждаго изъ звеньевъ 1-ой каузальной серіи,—опасность, лежащую въ самой природѣ этого звена,—никогда не могутъ прервать причинной связи, а играютъ роль *сопричиннъ*, или—при извѣстныхъ условіяхъ—*помощаютъ* 1-ой каузальной серіи.

Одно условіе результата вызываетъ другое, которое въ свою очередь порождаетъ результатъ.

Если оба условія *равноцѣнны* къ созданію результата, — въ томъ смыслѣ, что они *независимы другъ отъ друга*, а вмѣстѣ вызываютъ единый результатъ, то оба они стоятъ въ адекватной причинной связи къ результату.

Напр.: если *A* неосторожно оставляетъ порохъ, который *B* неосторожно воспламеняетъ,—оба они адекватно причинили взрывъ.—Если *A* отдаетъ свое оружіе *B* въ чистку, не предупредивъ его, что оно заряжено, а *B* неосмотрительно раз-

бираетъ его и убиваетъ *C*,—оба они адекватно причинили несчастье.

Наоборотъ, если оба условія *неравноцѣнны* къ созданію результата, въ томъ смыслѣ, что одно *зависимо и обязано другому*, то зависимое условіе входитъ въ текущую каузальную серію.

Примѣры для *зависимаго условія* приведены выше. (стр. 340).

Этимъ опредѣляется критерій для отличія случаевъ *перерыва причинной связи* отъ случаевъ параллельнаго теченія *содѣйствующей каузальной серіи.*

Въ случаяхъ прерыва связи новое событіе—нерегулярно, неожиданно съ точки зрѣнія перваго делинквента: оно повышаетъ опасность, созданную послѣднимъ.

Наоборотъ, въ случаяхъ конкуренціи новой каузальной серіи новое событіе обычно стоитъ въ адекватной связи съ какимъ либо звеномъ первой каузальной серіи: оно реализируетъ опасность наступленія результата, созданнаго первымъ дѣятелемъ.

Примѣры въ изобиліи мы приведемъ ниже въ гл. III, гдѣ мы будемъ установленныя нами положенія прилагать въ непосредственно интересующей насъ области: распредѣленіи ответственности между делинквентомъ и потерпѣвшимъ.

Здѣсь мы должны коснуться вопроса о взвѣшиваніи каузальной силы отдѣльныхъ *сопричиннъ.*

Вопросъ: какимъ критеріемъ долженъ пользоваться судья при оцѣнкѣ сравнительной интенсивности отдѣльныхъ силъ, создавшихъ конечный результатъ, есть кардинальный вопросъ въ изслѣдуемой нами области: распредѣленіи убытковъ между сторонами при наличности двухъ каузальныхъ серій, исходящихъ: одна—отъ делинквента, другая—отъ потерпѣвшаго.

Въ настоящемъ §-ѣ мы ограничимся лишь общими соображеніями, отложивъ болѣе обстоятельное разъясненіе нашей точки зрѣнія на этотъ спорный пунктъ до слѣдующей главы.

Мы вполне присоединяемся къ упреку, настойчиво дѣлаемому представителями всѣхъ направлений теоріи *Birkmeu-er'a* въ непрактичности ея масштаба. Въ самомъ дѣлѣ, его теорія («*wirksameren Bedingung*») применима лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда надо опредѣлить степени дѣйствія отдѣльныхъ однородныхъ условій, подлежащихъ измѣренію однимъ и тѣмъ же масштабомъ сравненія.

Это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ результатъ можетъ быть разложенъ и можно прослѣдить долю участія въ созданіи его со стороны отдѣльныхъ силъ. Если, откинувъ одно условіе, мы получаемъ однородный результатъ въ меньшемъ размѣрѣ, то мы можемъ утверждать, что это условіе адекватно причиняетъ часть результата: оно является *самостоятельно рѣшающимъ* условіемъ.

Напр. если нѣсколько лицъ пасутъ свой скотъ на чужомъ лугу, — каждое отвѣчаетъ за убытокъ соразмѣрно количеству головъ скота.

Тоже самое, въ случаѣ взрыва отъ 10 фунтовъ пороха. Дѣйствіе можетъ быть разложено на двѣ причины: 9 ф. + 1 ф.; въ этой пропорціи и выразится доля участія въ конечномъ результатѣ той и другой стороны <sup>1)</sup>.

Но въ большинствѣ случаевъ доля дѣйствія отдѣльныхъ условій въ общемъ комплексѣ силъ не подлежитъ учету.

Это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда условія являются не *самостоятельно рѣшающими*, а *воспоминательно рѣшающими*, т. е. лишь весь комплексъ создаетъ единый недѣлимый результатъ: если откинуть одно условіе, отпадаетъ весь результатъ.

Если напр. вредные отбросы двухъ фабрикъ, *вмѣстѣ взятые*, причиняютъ уничтоженіе рыбы въ рѣкѣ, то каждая фабрика является причинной не по размѣру спускаемыхъ не-

чистоты, но каждая — *въ полномъ размѣрѣ*. Въ самомъ дѣлѣ, если мы мысленно откинемъ одно условіе (нечистоты одной фабрики), результатъ не наступитъ въ цѣломъ!

При всемъ этомъ, мы все же считаемъ возможнымъ говорить о «преимущественной причинѣ» и въ этой категоріи случаевъ.

Правда, съ логической точки зрѣнія условія результата, касательно ихъ *условно-каузальнаго* значенія вполне равноцѣпны передъ результатомъ. Въ этомъ отношеніи условной каузальности нельзя говорить о «преимущественной причинѣ». Но, если мы отвлечемся отъ условнаго отношенія каждой причины къ результату и сравнимъ ихъ другъ съ другомъ, то мы найдемъ, что каждое событіе съ обобщающей точки зрѣнія отличается отъ другого въ присущей ему интенсивности и силѣ.

Правда, и то, что долю участія отдѣльныхъ силъ выразить математически точно логически невысказано. Но, разъ мы понятіе *причинной связи* базируемъ на *сужденіи о вѣроятности*, т. е. на опытѣ жизни и наблюденія, то по *житейской статистикѣ* мы можемъ утверждать, что известное явленіе (условіе) встрѣчается въ данной конкретной обстановкѣ болѣе часто, чѣмъ другое явленіе (условіе). Такъ какъ это «взвѣшивание со-причинъ» требуется въ гражданскомъ правѣ лишь въ области «зачета вины», то мы отлагаемъ обсужденіе этого вопроса до слѣдующей главы, гдѣ специально будетъ идти рѣчь объ этомъ предметѣ.

<sup>1)</sup> Traeger, о. с 283, 348.



## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Наши выводы изъ предшествующаго изложени- я. Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ.

Въ моментъ правонарушенія потерпѣвшій можетъ занять различное положеніе къ вредоносному событію. Въ зависимо-  
сти отъ принятой имъ позиціи опредѣляется и размѣръ от-  
вѣтственности делинквента. Рѣшающее значеніе имѣетъ также  
и характеръ правонарушенія, совершеннаго отвѣтчикомъ.

Поведеніе потерпѣвшаго можетъ быть само по себѣ ви-  
новно, но если это поведеніе (въ видѣ исключенія) погло-  
щается каузальной серіей, исходящей отъ его противника,  
оно не окажетъ вліянія на отвѣтственность послѣдняго. Но  
оно можетъ быть и невиновно, и все же оказать рѣшаю-  
щее дѣйствіе на отвѣтственность делинквента, если такъ или  
иначе вліяетъ на одинъ изъ реквизитовъ гражданской отвѣт-  
ственности: виновность или причинность поведенія  
этого делинквента.

Намъ остается въ этой главѣ примѣнить общіе прин-  
ципы,—установленные нами абстрактно въ предшествующихъ  
главахъ на спеціальному правоотношеніи: между делин-  
квентомъ и потерпѣвшимъ.

Этимъ мы отвѣтимъ на вопросъ, составляющій предметъ  
нашего изслѣдованія: *вліяніе вины потерпѣвшаго на раз-  
мѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ.*

### § 1. Поведеніе потерпѣвшаго не отражается на размѣръ отвѣтственности делинквента.

I. Выше мы установили то положеніе, что то, что  
есть естественное, логическое слѣдствіе антеце-  
дентовъ, не можетъ быть: ни самостоятельной причи-  
ной событія, хотя бы само по себѣ оно ближе всего стояло  
къ результату или даже играло въ немъ главную активную  
роль,—ни такимъ факторомъ, который прервалъ бы текущую  
каузальную серію.

Отсюда выводъ: если поведеніе потерпѣвшаго находитъ  
себѣ оправданіе и объясненіе въ поведеніи дѣятеля-отвѣтчика,  
если оно естественно и обычно вытекаетъ изъ него, и не  
представляетъ ничего ненормальнаго, при предположеніи на-  
личности всѣхъ предшествующихъ антецедентовъ,—оно погло-  
щается предшествующей каузальной серіей и неспособно по-  
этому отразиться въ сторону пониженія на отвѣтственности  
делинквента <sup>1)</sup>.

Поэтому, недостаточно установить наличность вины на  
сторонѣ потерпѣвшаго. Надо строго различать ту вину, кото-  
рая была настоящимъ источникомъ вреда, отъ той вины, ко-  
торая была лишь послѣдствіемъ вины делинквента. Въ  
послѣднемъ случаѣ авторъ первой вины, хотя онъ совершилъ  
одну вину, долженъ быть привлеченъ къ отвѣту за *обѣ* вины.

Когда это имѣетъ мѣсто—не можетъ быть выражено од-  
ной формулой. Все разнообразіе житейскихъ положеній не  
способно быть подведеннымъ подъ одинъ принципъ.

Богатую практику въ этомъ отношеніи даетъ отвѣтствен-  
ность патроновъ,—владѣльцевъ всякихъ опасныхъ предпріятій.

Такъ, напр. патровъ не можетъ быть освобожденъ отъ  
отвѣтственности, хотя несчастный случай обязанъ личной нео-

<sup>1)</sup> Сергѣевскій, о. с. 85, такіа дѣйствія пострадавшаго причисляетъ къ  
кругу „совпадающихъ силъ“.

сторожности малолѣтняго подмастеря, если установлено, что онъ заставлялъ работать его въ ночное время.—Жел.-дорож. Управление, требующее отъ своего служащаго службы выше человѣческихъ силъ, отвѣчаетъ за несчастный случай съ этимъ служащимъ, обязанный той поспѣшности, съ которой онъ долженъ былъ исполнять свои многочисленныя обязанности <sup>1)</sup>).

Но и обще гражданская повседневная жизнь даетъ богатую коллекцію случаевъ, когда волевой актъ потерпѣвшаго, непосредственно и вызвавшій несчастіе, не способенъ ни создать самостоятельную конкурирующую каузальную серію, ни прервать уже существующую.

Напр. лицо пытается спастись передъ неминуемой опасностью. Конечно, «теряя голову», оно совершаетъ нерѣдко необдуманные шаги. Изъ горящаго дома жплцы выбрасываются черезъ окна, тогда какъ есть еще безопасный выходъ съ чернаго хода; или лицо выскакиваетъ изъ экипажа, когда есть еще надежда, что кучеръ остановитъ взбѣсившихся лошадей. Въ томъ и другомъ случаѣ дѣяніе потерпѣвшаго есть лишь слѣдствіе чужого обосновывающаго отвѣтственность акта: поджогъ дома, держаніе животнаго <sup>2)</sup>).

Сюда же относятся и акты самопожертвованія. «Если кто либо виновнымъ образомъ создалъ такое положеніе, что для третьяго лица возникаетъ правовая или моральная обязанность вмѣшаться, не считаясь со связанными съ этимъ вмѣшательствомъ опасностями, для спасенія чужой жизни или здоровья,—то тотъ, кто отвѣчаетъ за возникновеніе опасности,

<sup>1)</sup> Пригѣры взяты изъ французской судебной практики. *Muteau*, о. с. 429.

<sup>2)</sup> Ср. R. 9, 25 März 07. J. W. 1907, стр. 308. „Причинная связь не прервана этимъ дѣяніемъ... Вопли отвѣтало естественному и обычному порядку вещей, что г. X пытался спастись отъ угрожавшей ему опасности черезъ прыжокъ изъ экипажа. Ни одинъ разумный человѣкъ не остается пассивнымъ при видѣ угрожаемой ему опасности, но пытается устранить ее; часто такое поведеніе составляетъ даже обязанность лица, находящагося въ опасности, не исполненіе каковой можетъ влечь за собой потерю права на возмѣщеніе убытковъ“.

отвѣчаетъ и за вредъ возникшій при попыткахъ спасти чужое благо» <sup>1)</sup>).

Въ самомъ дѣлѣ, въ силу нравственнаго постулата вмѣшательства третьяго лица не является ненормальнымъ, необыкновеннымъ явленіемъ, а потому оно не способно прервать причинной связи, т. е. снять отвѣтственность съ делинквента.

Мы идемъ даже дальше и, вопреки установившейся западно-европейской судебной практикѣ, распространяемъ дѣйствіе этого принципа и на тѣ случаи, когда въ самомъ исполненіи актовъ самопожертвованія мы можемъ отмѣтить неосторожность или необдуманность потерпѣвшаго.

Обоснованіе нашей точки зрѣнія мы откладываемъ до т. II, [см. главу: «Акты самопожертвованія»].

II. Не подлежатъ здѣсь болѣе детальному разъясненію и тѣ случаи, когда поведеніе потерпѣвшаго неспособно болѣе оказать вліянія на отвѣтственность делинквента, по тому соображенію, что вредъ уже наступилъ, или можетъ быть антиципированъ по требованію логики, естественныхъ законовъ и справедливости (выше стр. 368—372).

Напр., умирающій срываетъ въ агоніи повязки съ ранъ. Этимъ движеніемъ онъ ускоряетъ смерть на нѣкоторое время (часовъ, минутъ).

Онъ не въ состояніи въ этотъ критическій періодъ измѣнить что нибудь въ природѣ вещей.

Каузальная серія, исходящая отъ делинквента (нанесшаго смертельную рану), уже консумировалась къ моменту дѣянія самого потерпѣвшаго.

Тамъ, гдѣ человѣкъ безсилень преодолѣть ходъ вещей, тамъ незачѣмъ уже считаться съ его поведеніемъ!

Послѣднее можетъ быть само по себѣ виновно; но оно будетъ лишено каузальной сплы; такимъ образомъ, въ этихъ

<sup>1)</sup> R. 9, VI, 330/31, 21 März 1892, *Bolz*, 14, № 129.

случаяхъ поведеніе потерпѣвшаго не совмѣстятъ двухъ необходимыхъ реквизитовъ: виновности и причинности.

Всѣ вышеизложенные виды виновнаго поведенія потерпѣвшаго неспособны оказать вліянія на размѣръ ответственности делинквента, такъ какъ они лишены каузальной функции: они входятъ, какъ несамостоятельныя звенія въ текущую каузальную серію, заложенную делинквентомъ, который и *отвѣтитъ за убытокъ въ полномъ размѣрѣ*.

Обратимся теперь къ изслѣдованію тѣхъ видовъ поведенія потерпѣвшаго, которые оказываютъ вліяніе на отвѣтственность правонарушителя.

#### Поведеніе потерпѣвшаго отражается на размѣрѣ отвѣтственности делинквента.

### § 2. Вліяніе вины потерпѣвшаго на виновность делинквента.

Поведеніе потерпѣвшаго можетъ поставить делинквента въ состояніе дозволенности совершить извѣстное дѣяніе самопо-себѣ неправомерное, и, — въ этомъ случаѣ, — исключить *неправомерность* (а), или же оно можетъ вызвать основательное заблужденіе въ его лицѣ объ отсутствіи объективной неправомерности, или заблужденіе въ фактическихъ обстоятельствахъ и, — въ этомъ случаѣ — *исключитъ вину* у делинквента (b), — или, наконецъ, оно можетъ лишь отчасти оправдать поведеніе делинквента, т. е. *умѣритъ* его вину (с).

Разберемъ каждый случай въ отдѣльности.

а).

Во-первыхъ, что касается тѣхъ случаевъ, когда потерпѣвшій снимаетъ съ дѣянія деликтный характеръ *неправомерности*, то мы можемъ ограничиться здѣсь парой словъ.

Если потерпѣвшій ставитъ повредителя въ состояніе *необходимой обороны*, то мы, въ сущности говоря, не имѣ-

емъ и *деликта*. Поэтому, эти случаи не входятъ въ кадръ нашего изслѣдованія.

Если потерпѣвшій соизволяетъ на совершеніе *an sich* неправомернаго акта, то мы имѣемъ на лицо *деликтное дѣяніе*. Здѣсь особо стоитъ вопросъ объ отвѣтственности (*volenti non fit iniuria*), который подлежитъ нашему особому разсмотрѣнію ниже (см. т. II, глава: «Объ отвѣтственности дуэлянтовъ»).

в).

Въ первой категоріи случаевъ вмѣстѣ съ отпаденіемъ *объективной неправомерности* отпадаетъ и *вина* делинквента.

I. Но вина можетъ отпасть непосредственно, вслѣдствіе субъективно оправдываемаго поведенія правонарушителя. Напр. лицо особенно тяжкими оскорбленіями доводится до бѣшенства и на мѣстѣ отплачиваетъ обидчику <sup>1)</sup>. Установленіе извиняемости поведенія обиженнаго должно, конечно, принадлежать дискреціонному усмотрѣнію суда.

II. Вина можетъ отпасть и вслѣдствіе извинительнаго заблужденія делинквента въ *правомерности* его дѣянія <sup>2)</sup>. Тогда отвѣтственность не возникнетъ по общимъ принципамъ гражданскаго права. Это заблужденіе можетъ создать самъ потерпѣвшій.

Напр. лицо повреждаетъ чужую вещь, *bona fide* считая ее за свою. Его заблужденіе было вызвано и укрѣплено завѣреніями самого потерпѣвшаго <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Этотъ случай регламентируется Гражд. Улож. для *Württemberg'a* (1839 г.). *Wächter*, Die neueste Fortschritte etc. Arch.-Fr. Bd. 23 (1840), стр. 83, приветствуетъ это, какъ основывающееся „auf die natürliche Billigkeit“.

<sup>2)</sup> Въ тѣхъ, конечно, случаяхъ, когда упречность поведенія дѣятеля, по обстоятельствамъ дѣла, обусловлена наличностью неправомерности.

<sup>3)</sup> Contra: *Cohn*, о. с. 379. Его аргументація очень странна: „къ поврежденію вещи завѣренія потерпѣвшаго не имѣютъ никакого отношенія. Между *b. fides* и поврежденіемъ вещи нѣтъ причинной связи“ (*sic!*). — Но развѣ это имѣетъ рѣшающее значеніе?!

III. Вина делинквента может отпасть и вследствие невнимательнаго заблужденія его въ *фактическихъ обстоятельствахъ*, и въ частности—заблужденія въ *фактическихъ послѣдствіяхъ* его дѣянія.

Послѣднее требуетъ болѣе обстоятельнаго изслѣдованія.

Въ части I, гл. I мы изложили съ достаточной подробностью господствующій взглядъ германской, австрійской и французской доктрины на сущность той духовной причинной связи между волей делинквента и убыткомъ, которая сводится по ученію всѣхъ положительныхъ законодательствъ къ предвидѣнію делинквентомъ самого абстрактнаго факта оскорбленія чужой правовой сферы. Мы видѣли, что родъ и объемъ конкретнаго убытка не играетъ никакой роли въ сужденіи о винѣ дѣятеля, какъ основы его гражданской отвѣтственности. Если делинквентъ предвидѣлъ или могъ предвидѣть поврежденіе, онъ отвѣтитъ за *всякое* поврежденіе, къ которому привели въ связи съ его дѣяніемъ тѣлесныя недостатки или другія приводящія обстоятельства, лежащія въ линіи потерпѣвшаго. Если я повреждаю палецъ знаменитому скрипачу, о профессіи котораго я ничего не зналъ въ моментъ моего виновнаго дѣянія,—я отвѣчу за убытки въ полномъ размѣрѣ. Если я попорчу или задержу вещь, которую ея хозяинъ долженъ былъ подъ страхомъ большой неустойки передать третьему лицу, я отвѣчу и за этотъ убытокъ.

Если мы, однако, отрѣшимся отъ установившихся понятій и спросимъ себя: есть ли разница въ духовной связи между дѣяніемъ и убыткомъ въ случаяхъ поврежденія пальца напр. трубчиста и скрипача,—мы не можемъ не дать утвердительнаго отвѣта.

И, дѣлая одно и то же движеніе, наносу убытки въ одномъ случаѣ на десятки и сотни рублей, въ другомъ на тысячи и десятки тысячъ.

Съ первымъ убыткомъ я долженъ считаться въ жизни, какъ съ необходимой платой за дарованную мнѣ правомъ

свободу движенія; съ послѣднимъ убыткомъ я не могу считаться, ибо не всякое встрѣчное лицо—артистъ или купецъ со сложными торговыми операціями!

Съ теоретической точки зрѣнія, мы можемъ разсматривать дѣятеля, какъ *моральную причину* убытка лишь при томъ условіи, что онъ могъ предвидѣть *всю* послѣдствія его дѣянія: иначе—его каузальное дѣяніе вытекаетъ не изъ порочнаго состоянія его воли.

Съ этими теоретическими соображеніями, конечно, не можетъ считаться законодатель, призванный къ практической задачі: распределить и обезвредить возникшій убытокъ. При правонарушеніи—два лица стоятъ другъ противъ друга: делинквентъ, виновно причинившій убытокъ и потерпѣвшій, невинно страдающій отъ чужой вины. И вотъ, приступая къ разрѣшенію вопроса—на чьи плечи должны быть возложены убытки, законодатель долженъ руководиться лишь однимъ соображеніемъ: потерпѣвшій *prima facie* долженъ быть вознагражденъ; разъ делинквентъ могъ предвидѣть наступленіе оскорбленія чужой правовой сферы,—онъ ближе къ убытку, чѣмъ другой. Было бы несправедливо, если потерпѣвшій несъ часть убытковъ лишь потому, что правонарушитель не предвидѣлъ *всѣхъ* послѣдствій его дѣянія.

Вотъ, изъ этой-то коллизіи *моральной* справедливости со справедливостью *юридической* возникло въ новой судебной и законодательной практикѣ теченіе, стремящееся умѣрить слишкомъ большую отвѣтственность делинквента, когда онъ не является *моральной причиной* всѣхъ послѣдствій его дѣянія.

Мы не можемъ сказать, что бы jurisprudенція удалось юридически обосновать ограниченіе отвѣтственности въ этихъ случаяхъ безъ помощи логическихъ и юридическихъ натяжекъ <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> *Ihering*, (Schuldmoment, 55) настаивалъ на общемъ ограниченіи отвѣтственности предвидимыми послѣдствіями дѣянія при просто небрежныхъ

Наоборот, это понижение гражданской ответственности при наступлении необычайно высокого размера убытков мы можем вполне оправдать *юридическими* соображениями в тех случаях, когда сам потерпевший мог предвидеть факт правонарушения и тот размер убытков, который лежал вня предвидения и расчета правонарушителя.

Выше, говоря о составных элементах *вины*, мы указали на то, что мы ведем себя «добрыми хозяевами», когда *приспосабливаем наше поведение к доступным нашему познанию условиям* таким образом, что бы не возникли третьему лицу убытки. Всякому доброму хозяину свойственно взвешивать пользу от своей деятельности с неблагоприятными последствиями оной. Если эта несоразмерность слишком велика и если предвидеть таковую было не в силах среднего человека при данных условиях, то деятель свободен от *вины*.

Этот тезис имеет решающее значение для существования притязания потерпевшего.

Если потерпевший не даст предостережения противнику, не укажет ему на опасность наступления необычайно высокого размера убытков, — его пассивное поведение может рассматриваться, как *сопричина* наступившего убытка, ибо представление о необычайной опасности послужило бы деятеля *противомотивом* против его решения действовать в известном направлении <sup>1)</sup>. И эта причина погашает *вину*

повреждениях. Его влияние сказалось на Entw. II (zum V. G. B.), § 215 (при неисполнении обязательства). Однако, это учение не нашло сочувствия у немецких юристов и не воспринято E. G. B. Другое направление мы видим у французских юристов, которые могли опереться на §§ 1159—1161 Cod. Civ., коими ответственность контрагента за небрежность ограничивается убытками „qui ont été prévus ou qu' on a pu prévoir“. См. подробности вт. II-омъ.

<sup>1)</sup> Поведение потерпевшего является, по мѣткому выражению *Zitelmann'a* [о. с. Arch.-Praxis 1906, стр. 65], „psychische Verursachung durch Unterlassen der Setzung eines Gegenmotives“.

на сторонѣ делинквента, такъ какъ дѣлаетъ недоступнымъ его познанию фактическія послѣдствія его дѣянія.

Въ области договорной эта обязанность обращать вниманіе контрагента на необычайно высокій размеръ убытковъ основывается на постулатахъ *доброй вѣры*, которая требуетъ, что бы контрагенты не только знали свои обязанности въ исполненіи обязательства, но и выяснили заранее эвентуальныя обязанности на случай *неисполненія* такового. Съ *доброй вѣрой* было бы несогласно такое умолчаніе контрагента объ ему только известныхъ опасныхъ свойствахъ предмета нарушаемаго договора, ибо во-1)-хъ много людей не возьмутъ на себя обязательствъ, если неисполненіе грозитъ чрезвычайно высокимъ размеромъ убытковъ; во-2)-хъ знаніе о фактическихъ послѣдствіяхъ упущенія побудило бы лицо къ приложенію соответствующей (болѣе повышенной въ виду угрожаемаго размера убытковъ) рачительности.

Примѣръ: *A* даетъ *B* цѣнный пакетъ на сохраненіе, не предупреждая его о вложеніи цѣнности. Вслѣдствіе *culpa levis*, *B* теряетъ пакетъ, и *A* проситъ полного возмѣщенія убытковъ <sup>1)</sup>.

Предположимъ, что *B* не приложилъ даже той заботливости, которая требуется при сохраненіи *всякаго* пакета, независимо отъ его цѣнности.

Развѣ *B* не можетъ сказать *A*: «ты виновенъ въ томъ, что я виновенъ въ твоёмъ убыткѣ; моя неосторожность не имѣла бы мѣста, если бы ты былъ болѣе разсудителецъ?» <sup>2)</sup>.

Въ литературѣ большія сомнѣнія возбуждаетъ вопросъ о сферѣ примѣненія обязанности уведомленія, возложенной

<sup>1)</sup> *Ihering*, Civilrechtsfälle, № 35.

<sup>2)</sup> Въ литературѣ на этотъ вопросъ дается обычно утвердительный отвѣтъ. Само же правоотношеніе конструируется, какъ зачетъ двухъ встречныхъ требованій. *Demelius*, о. с. 78; *Cohn*, о. с. 378.—Эта конструкція не правильна. На самомъ дѣлѣ, здѣсь не можетъ быть рѣчи о зачетѣ *вины*, ибо одна вина погашаетъ изначала и цѣликомъ другую *вину*.

на потерпевшаго. Возложена ли правовымъ порядкомъ эта обязанность лишь въ области *договорныхъ* отношеній, или же во всѣхъ видахъ обязательствъ, безъ различія ихъ источника? <sup>1)</sup>

Въ пользу того мнѣнія, что обязанность увѣдомленія существуетъ лишь въ предѣлахъ уже существующихъ обязательственныхъ отношеній и внѣ ихъ не можетъ быть рѣчи о подобной обязанности, указывалось на *добрую вѣру* (*Treu und Glauben*), которая предписываетъ кредитору обратить вниманіе *должника* на необычайно высокій размѣръ убытковъ, угрожаемыхъ неисполненіемъ обязательства <sup>2)</sup>. Въ деликтахъ же нельзя найти случая, когда эта обязанность возложена на потерпевшаго. Было бы, напр., абсурднымъ вмѣнить въ обязанность лицу, на которое напали на большой дорогѣ разбойники, указать напавшимъ на ту необычайно большую гражданскую отвѣтственность, которой они рискуютъ, убивая кормильца многочисленной семьи <sup>3)</sup>.

Эти аргументы намъ кажутся несостоятельными. Во-первыхъ, ссылка на «добрую вѣру», какъ на оправданіе ограниченія обязанности увѣдомленія, основана на недоразумѣніи. Въ самомъ дѣлѣ, почему только въ договорахъ проявляетъ свою силу постулатъ «доброй вѣры»? Вѣдь, правовой поря-

<sup>1)</sup> На почвѣ толкованія ст. 254 II В. Г. В. [„Правило это распространяется и на тотъ случай, когда потерпевшій виновенъ лишь въ томъ, что упустилъ указать *должнику* на опасность наступленія чрезвычайнаго вреда, которую должникъ не предвидѣлъ и не долженъ былъ предвидѣть...] вопросъ обостряется на толкованіи слова „*должникъ*“. Редакція закона наводитъ на мысль о наличности *договорныхъ* отношеній между сторонами до момента правонарушенія. Однако, достаточно указать на то, что слово „*должникъ*“ можетъ быть понимаемо и въ смыслѣ „*ответчикъ*“, что бы лишить это толкованіе всякой опоры. *Rittelin*, о. с. 186; *Gottschalk*, о. с. 88; *Cohn*, о. с. 122—123.

<sup>2)</sup> *Schollmeyer*, о. с. 44; *Planck*, II (zu § 254), стр. 26; *Dernburg*, II, Abt. I, стр. 74; *Endemann*, I, 600; *Weyl*, о. с. 271; Adm. 4; R. 9. 29 Jan. 1906, Bd. 62 (1906), стр. 346.

<sup>3)</sup> *Demelius*, о. с. 78: „Въ вѣдоговорныхъ отношеніяхъ нѣтъ иного основанія вывести встречное требованіе правонарушителя“.

докъ возглашаетъ принципъ «доброй вѣры» для всей области обязательственного права; его господство, поэтому, не можетъ быть ограничено одними договорными отношеніями <sup>1)</sup>.

Мы можемъ, и не прибѣгая къ такимъ картинкамъ, какъ нападеніе разбойниковъ на большой дорогѣ, безъ труда составить такіе примѣры, въ которыхъ, помимо договорныхъ отношеній, справедливо ожидать отъ потерпевшаго вмѣшательства для отвращенія опасности поврежденія. Въ нашей повседневной, семейной жизни мы не разъ на день отнимемъ то ту, то другую вещь изъ рукъ ребенка, боясь, что онъ ее попортитъ. Почему же не вмѣнить въ вину козявну его индифферентизмъ при видѣ, какъ гость беретъ съ шифоньерки двѣ бездѣлушки, желая ими жонглировать и не зная, что эти вещи стоятъ дорогихъ денегъ? Развѣ, во вѣдоговорной области правонарушитель не можетъ сказать, что онъ не зналъ, что грозящая громадными убытками обстановка, среди которой онъ дѣйствовалъ, обязывала его къ особой внимательности?

Потерпевшій, напр., имѣетъ дорогія «*tecturae*» и «*pictae*», выставленныя на прохожемъ мѣстѣ. Прохожіе не знаютъ, что эта «*luxuria*» стоитъ громадныхъ денегъ, иначе они быть можетъ предпочли обойти панель по мостовой, что бы избѣжать возможность разбить ихъ [ср. I. 40 pr. D. 39, 2]; потерпевшій долженъ былъ огородить свои предметы роскоши,—иначе—онъ *in culpa!*

Намъ кажется, поэтому, болѣе согласнымъ съ цѣлью вышепоставленной нами задачи—примирить *юридическую* справедливость со справедливостью *моральной*,—если мы возложимъ на потерпевшаго обязанность указывать на близость опасности и на размѣръ угрожаемыхъ убытковъ и не только

<sup>1)</sup> Такъ толкуютъ ст. 242 В. Г. В.: *Kohler*, II, 138; *Guhl*, о. с. 88—89; *Eick*, о. с. 84; *Stammier*, „*Schuldverhältnisse*“, стр. 36; *Crome*, II, 22; *Wendt*, о. с. [Arch.-Pr. 100], стр. 105.

въ договорной области, но и въ другихъ житейскихъ отноше-  
ніяхъ.

Однако, какъ то явствуетъ изъ вышеизложеннаго, эта  
обязанность не безусловна. Наступленіе юридическихъ пос-  
лѣдствій упущенія увѣдомленія обусловлено, какъ мы видимъ,  
совпаденіемъ слѣдующихъ моментовъ:

1) самъ должникъ не зналъ и не долженъ былъ знать  
о возможности наступленія необычайно высокихъ убытковъ.  
Если, напр. *A* видитъ, какъ *B* играетъ его драгоценной ва-  
зой, то его пассивное отношеніе къ этой опасной игрѣ бу-  
детъ имѣть юридическія послѣдствія лишь при томъ условіи,  
что *B* не зналъ и по обстоятельствамъ дѣла не могъ знать  
объ особой цѣнности вазы;

2) кредиторъ виновенъ въ неуведомленіи должника объ  
опасности. Онъ заслуживаетъ упрека въ винѣ въ вышеука-  
занномъ смыслѣ или потому, что по небрежности не указалъ  
на извѣстную ему опасность, или потому, что, вслѣдствіе  
непримѣненія требуемой заботливости, вообще не подумалъ  
о томъ, что съ неисполнительностью противника связанъ не-  
обычайно высокой размѣръ убытковъ.

Для исключенія его иска неуведомленіе должно быть  
вмѣнено ему, какъ непростительное отношеніе къ интересамъ  
противника.

Поэтому, когда потерпѣвшій можетъ привести своему  
поведенію извиняющіе доводы, когда, напр., онъ можетъ воз-  
разить, что онъ не былъ въ состояніи исполнить своей обя-  
занности, или потому что самъ не зналъ и не могъ знать о  
высокомъ размѣрѣ убытковъ, или потому, что не усмотрѣлъ  
и не могъ усмотрѣть самой опасности,—нѣтъ мѣста наруше-  
нію принциповъ доброй вѣры, а потому и—умаленію его  
притязанія на возмѣщеніе убытковъ <sup>1)</sup>;

<sup>1)</sup> Того же мнѣнія—*Cohn*, о. с. 123; *Schollmeyer*, о. с. 49; *Endemann*,  
I, 600; R. 9. 12 Oct. 1906, *Recht*. 1906, стр. 1255.

3) фактъ неуведомленія долженъ стоять въ *причинной*  
*связи* съ наступленіемъ убытка (вѣрнѣе—съ поврежденіемъ).  
Невыгодныя послѣдствія своей вины кредиторъ можетъ отвра-  
тить, если онъ докажетъ обстоятельства, изъ которыхъ выте-  
каетъ, что упущеніе его обязанности и вредоносное дѣяніе  
должника не стоятъ въ причинной связи.

Это требованіе причинной связи вытекаетъ изъ самой  
цѣли, которую преслѣдуетъ установленіе обязанности увѣдом-  
ленія: отпугнуть должника отъ предпрятаго намѣренія—  
вторженія въ чужую правовую сферу или неисполненія до-  
говора <sup>1)</sup>.

Если по обстоятельствамъ дѣла явствуетъ, что должникъ,  
даже сознавая эвентуальный размѣръ убытковъ, не отказался  
бы отъ своего намѣренія, то виновное упущеніе увѣдомленія  
кредиторомъ неспособно вызвать юридическихъ послѣдствій,  
предвидѣнныхъ закономъ, ибо и при его увѣдомленіи поло-  
женіе дѣла не измѣнилось бы <sup>2)</sup>;

<sup>1)</sup> *Contra: Eick*, о. с. 81—83: „Обязанность увѣдомленія лежитъ на кре-  
диторѣ даже и въ томъ случаѣ, когда безрезультатность его увѣдомленія оче-  
видна“. Эта обязанность возложена въ интересахъ противника, чтобы пони-  
зить его ответственность въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ является юри-  
дической, но не нравственной причиной убытка. Въ принципѣ онъ отвеча-  
етъ за *всѣ* убытки независимо отъ ихъ размѣра. „Но, если отказъ въ возна-  
гражденіи потерпѣвшаго не является къ нему несправедливостью, законъ воз-  
лагаетъ на дѣателя ответственность лишь за предвидимыя послѣдствія его  
дѣянія. Отказъ въ искѣ вполне правосуденъ, если на *потерпѣвшемъ* лежала  
*обязанность* обратить вниманіе дѣателя на послѣдствія его дѣянія, и онъ не  
исполнилъ этой обязанности“.—*Reitio principii!* Видѣ, важно знать: *зачѣмъ*  
*возложена на потерпѣвшаго эта обязанность?* Мысль автора:—эта обязанность  
возложена, что бы умирить слишкомъ большую ответственность должника,  
когда онъ не можетъ считаться нравственной причиной всѣхъ послѣдствій его  
дѣянія.—Но, развѣ въ этой обязанности увѣдомленія нельзя видѣть цѣли за-  
кона:—повысить вниманіе и заботливость должника, или, иначе говоря, от-  
пугнуть его отъ того движенія или того замысла, который онъ питалъ до  
этого момента? Самъ авторъ, говори объ обязанностяхъ отвращенія и умень-  
шенія убытковъ, выставляетъ условіемъ, что бы „die Tätigkeit erfolgreich  
sein würde“. „es wäre unsinnig, eine Tätigkeit zu verlangen, wenn Aussicht  
auf Erfolg nicht vorhanden ist“ (стр. 86).

<sup>2)</sup> Того же мнѣнія: *Schollmeyer*, о. с. 44; *Zitelmann*, о. с. Arch.-Prax.  
1906, стр. 64; *Köhler*, о. с. 60; *Tütze*, о. с. 136; *Endemann*, I, 600.

4) и наоборот: лицо, причинившее несоразмерный убыток (одно недѣлимое понятие), какъ не предвидѣвшее необычайности результата своего дѣянія, въ силу выставленнаго нами выше положенія, вовсе свободно отъ отвѣтственности, если обстоятельства дѣла установлено, что,—не упусти самъ потерпѣвшій исполненія возложенной на него «доброй вѣрой» обязанности,—правонарушитель не преминулъ бы приложить соответствующую рачительность.

Въ приведенномъ нами казусѣ В свободно отъ упрека даже въ совершении той *culpa levis*, которая относилась бы къ пакету безцѣнному. Иначе,—мы придемъ къ абсурду! Въ размѣрѣ первыхъ—скажемъ,—100 рублей, лицо виновно, а сверхъ 100 рублей оно свободно отъ вины! На самомъ дѣлѣ, дѣяніе—одно, результатъ одинъ, и вина едина и недробима въ своемъ бытіи!

И такъ, вина потерпѣвшаго должна въ этихъ случаяхъ имѣть послѣдствіемъ полное пошатненіе отвѣтственности *делинквента*. Его каузальное содѣйствіе наступленію вредоноснаго факта стираетъ цѣликомъ виновность поведенія *делинквента*.

5) Вышеизложеннымъ разрѣшается вопросъ: что мы должны понимать подъ «необычайно высокимъ размѣромъ убытковъ»?

Если мы вспомнимъ, что не требованіе юридической логики привело насъ къ исключенію отвѣтственности отвѣтчика, а, наоборотъ, требованія справедливости вызвали потребность юридически оправдать исключеніе отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо допустило—легчайшую вину, а убытки—непомѣрно велики, то мы придемъ къ заключенію, что о какихъ либо фиксированныхъ предѣлахъ «непомѣрнаго убытка», которые связали бы усмотрѣніе судьи, не можетъ быть и рѣчи! <sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Вотъ почему не можетъ быть одобрена та законодательная практика [ст. 702 В. Г. В., § 1953 С. Сив. § 387 Пр. Гр. Ул.], согласно которой отвѣт-

Все должно быть предоставлено дискреціонной власти судьи, который руководствуется этическими, социальными и пр. соображеніями, что бы во вниманіе всѣхъ обстоятельствъ конкретнаго дѣла возложить на даннаго индивидуума справедливую отвѣтственность <sup>1)</sup>.

с).

Основной принципъ гражданского права гласитъ: (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Это означаетъ, что *делинквентъ* отвѣчаетъ и за самую слабую вину, и отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ.

Но, можетъ ли самовина потерпѣвшаго ослабить интенсивность вины *делинквента* и этимъ путемъ понизить его отвѣтственность?

За отрицательный отвѣтъ, какъ будто, говорить буквальный смыслъ перваго принципа.

За утвердительный отвѣтъ говорить справедливость и зап.-европ. судебная практика.

Но какъ согласовать утвердительный отвѣтъ со сказаннымъ принципомъ: (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*)?! Вѣдь, какъ бы ни понижало вину *делинквента* то или другое поведеніе третьяго лица,—все же на его контѣ останется извѣстный *минимум* вины, который и долженъ обосновать его отвѣтственность въ полномъ размѣрѣ!

Внимательное изученіе судебной практики и теоретиче-

ственность содержателя гостиницы за гибель вещей ограничена математически точными цифрами. [1000 марокъ по В. Г. В.; 1000 фр. по С. Сив. 300 рубл. по Пр. Гр. Ул.]. Конечно, путешественникъ виновенъ, если онъ упустилъ большія денежные суммы или особенно драгоценныя вещи передать хозяину на сохраненіе. Но предпочтительнѣе было бы не обозначать *максимума* суммы и предоставить оцѣнку конкретнаго случая усмотрѣнію судьи, какъ это имѣетъ мѣсто въ ст. 486 п. 2 Швейцарск. Ул.

<sup>1)</sup> На этой почвѣ французская и швейцарская юриспруденція. Другое направленіе приняло ученіе о «непомѣрномъ убыткѣ» на германской почвѣ. См. т. II, глава: «Новое Германское Гражд. Уложеніе».



ское исследование составных элементов вины показывают, что такое согласование указанного юридического принципа с требованием справедливости вполне возможно.

В самом дѣлѣ, какъ мы установили въ началѣ нашего исследования, — вина есть сложное понятие; оно охватываетъ 1) *объективный* моментъ: уклоненіе отъ образцовой линіи поведения, и 2) *субъективный* моментъ: неизвиняемость дѣянія сопутствующими обстоятельствами (неизвинительное заблужденіе).

Мы убѣждены, что содержаніе формулы: «in lege Aquilia et culpa levissima venit» формируется исключительно объективнымъ моментомъ внѣшняго распознаваемого уклоненія поведения делинквента отъ типа «добраго хозяина»; т. е. когда юристы говорятъ о *culpa levissima*, они имѣютъ въ виду исключительно *объективный* моментъ [I]: какъ бы минимально ни было уклоненіе лица отъ требуемой линіи поведения, оно всегда достаточно для образования вины и его отвѣтственности.

Съ другой стороны, когда законъ говоритъ о *levissima* винѣ, какъ *условію* (обоснованію) деликтной отвѣтственности, степень *субъективной неизвиняемости* не принимается въ соображеніе. Съ этой точки зрѣнія, *culpa levissima* можетъ быть неизвинительна, и *culpa lata* можетъ быть извинительна.

*Culpa lata* есть та вина, которую легко можно было бы избѣжать; но, развѣ это означаетъ, что лицо всегда неизвиняемо, если оно ее не избѣгло? Въ конкретномъ случаѣ делинквентъ можетъ найти извиненіе въ специальныхъ обстоятельствахъ, и все же *culpa lata* остается таковой, такъ какъ право считается *prima facie* съ объективными моментами!

Въ обще-гражданскомъ правѣ это оправданіе не имѣетъ значенія столь долго, пока оно не отразится на *объективной оцѣнкѣ дѣянія* <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Вотъ почему новѣйшіе законы о профессиональномъ рискѣ (французскій законъ 1898 г., русскій законъ 1903 г. и др.) вводятъ *verbis expressis*

Въ самомъ дѣлѣ, иногда субъективные моменты вліяютъ на объективную оцѣнку дѣянія такъ, что или уничтожаютъ цѣлкомъ вину или же низводятъ вину до крайней границы со случаемъ. И когда авторомъ этихъ субъективныхъ моментовъ является самъ потерпѣвшій <sup>1)</sup>, делинквентъ, все же въ принципѣ отвѣчающій за *culpa levissima*, не отвѣчаетъ (по началамъ справедливости) въ полномъ размѣрѣ.

Иногда же вина потерпѣвшаго способна понизить и претенсивность субъективныхъ моментовъ вины [II], не затрагивая объективной оцѣнки дѣянія. Вопросъ о степени *извиняемости* или *неизвиняемости* здѣсь получаетъ значеніе для *опредѣленія размѣра отвѣтственности делинквента*.

И этотъ моментъ вполне подлежитъ градуации.

По житейскому опыту мы знаемъ, что одно и тоже дѣяніе можетъ быть обязано болѣе или менѣе неизвинительному заблужденію. Само по себѣ дѣяніе будетъ воплощеніемъ вины, а, обсуждаемое съ точки зрѣнія делинквента, можетъ заслужить извѣстное оправданіе.

Напр. кучеръ ѣдетъ по серединѣ улицы. Поллицейскими правилами запрещается переѣзжать на лѣвую половину улицы. Какъ бы минимально ни было уклоненіе кучера отъ предписанной линіи движенія, онъ — *объективно in culpa*! Несчастный случай, обязанный этому поведенію (*culpa levissima*!), падетъ всѣми своими послѣдствіями на голову этого кучера.

Но такое поведеніе можетъ отчасти быть оправдано *субъективными* моментами, лежащими въ лицѣ делинквента: кучеръ былъ нетрезвъ, напр. самъ потерпѣвшій «поднесъ ему», или кучеръ заблуждался, что онъ уже пересѣкъ половину дороги,

въ понятіе *тяжелой вины* (*faute lourde*) моментъ *неизвиняемости*. Безъ этой квалификаціи „тяжелая вина“ понижала или исключала бы отвѣтственность патрона, хотя возможно было найти оправданіе (*excuse*) этой винѣ. А это не входило въ намѣреніе законодателя!

<sup>1)</sup> Вспомнимъ напр. обманутаго депозитарія цѣннаго пакета.

такъ какъ, напр., слѣдоваль за экипажемъ самого потерпѣвшаго.

Въ этихъ случаяхъ вполне справедливо понизить его гражданскую ответственность!

Безсознательное различіе этихъ двухъ элементовъ вины (объективной и субъективной), и приданіе имъ различнаго правового значенія въ дѣлѣ: 1) установленія отвѣтчика и 2) размѣра его отвѣтственности мы можемъ прослѣдить и въ западно-европейской судебной практикѣ<sup>1)</sup>.

Ярніе примѣры мы черпаемъ изъ французской судебной практики.

*Tribunal de Versailles*, 19 juillet 1895: «Недопустимо возраженіе законной обороны на искъ матери убитаго при слѣдующихъ обстоятельствахъ». Хозяинъ дома стрѣляетъ въ глухую ночь два раза изъ окна въ субъекта, который проникаетъ въ его владѣніе, и убиваетъ его, не окликнувъ его и безъ предупрежденія, хотя этотъ субъектъ не несъ оружія и не проявилъ никакихъ агрессивныхъ намѣреній и даже не направлялся къ входу дома. Но его отвѣтственность въ высокой степени ограничена: «par la faute si lourde de la victime, qui a provoqué chez l'auteur de l'homicide une émotion et une erreur bien plausibles et par les circonstances de la cause».

*Tribunal de Muret*, 13 mai 1893 г.: Собственникъ уединеннаго дома, разбуженный ночью лаемъ собакъ и боясь злоумышленниковъ, выходитъ на публичную дорогу и при видѣ подозрительнаго субъекта стрѣляетъ въ него безъ оклика и предупрежденія. Въ данномъ случаѣ отвѣтственность понижается на половину, «la victime ayant commis une faute grave en allant, au milieu de la nuit, s'adresser, pour se faire héberger, à une maison isolée».

<sup>1)</sup> Научной литературѣ это различіе д. с. п. неизвѣстно.

«Circumstances de la cause» указываютъ на извѣстную степень грубаго уклоненія делинквента отъ обязанности «добраго хозяина» [онъ стрѣляетъ, не окликнувъ и безъ предупрежденія]. Это—*culpa lata*, съ точки зрѣнія *объективнаго* момента въ понятіи вины.

Но другія «circumstances de la cause» [émotion, erreur plausible] оправдываютъ въ извѣстной степени его поведеніе (стрѣльбу). Это—*culpa levissima* съ точки зрѣнія *субъективнаго* момента въ понятіи вины.

Итакъ, въ томъ случаѣ, когда поведеніе потерпѣвшаго влияетъ на *субъективный* составъ вины, справедливо понизить отвѣтственность делинквента<sup>1)</sup>.

Никакого нарушенія принципа: «in lege Aquilia et levissima culpa venit»—нѣтъ, такъ какъ этотъ принципъ лишь указываетъ: 1) на отвѣтственное лицо, 2) на то минимальное уклоненіе отъ *объективнаго* примѣрнаго поведенія, которое *обосновываетъ* отвѣтственность.

И этотъ принципъ цѣлкомъ сохраняетъ свое примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда поведеніе потерпѣвшаго способно *понизитъ* гражданскую отвѣтственность делинквента.

### § 3. Вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь между правонарушеніемъ и вредомъ.

I. Обозрѣвая все богатство житейскихъ отношеній, когда делинквентъ и потерпѣвшій *оба* обусловили вредоносный результатъ, мы замѣчаемъ, что все разнообразіе можетъ быть сведено къ двумъ типамъ: 1) поведеніе потерпѣвшаго, стоящее въ причинной связи съ результатомъ, *сопутствовало* каузальную дѣятельность делинквента [напр. два автомобиля

<sup>1)</sup> *Reichsgericht* также различаетъ „нецелесообразное поведеніе“ и „наличность необдуманности“. Первый—объективный моментъ—не обусловленъ непременно вторымъ субъективнымъ моментомъ.

сталкиваются по срединѣ улицы], 2) случай, когда такое совпаденіе во времени не имѣет мѣста.

Въ первой категоріи случаевъ мы обычно имѣемъ *двѣ содѣйствующія причины*, и тутъ вопросъ поднимается о распредѣленіи между ними отвѣтственности по принципу преимущественной *виновности* или преимущественной *причинности*.

Объ этомъ рѣчь будетъ идти ниже,—въ концѣ этой главы.

Во второй категоріи случаевъ одна каузальная серія можетъ *превратить теченіе другой каузальной серіи*. Но не надо думать, что этотъ перерывъ наступаетъ здѣсь всегда и безусловно съ логической необходимостью! Уже наше правовое чутье отказывается признать такой перерывъ, когда приводящее событіе (дѣяніе потерпѣвшаго) стоитъ въ адекватной связи съ какимъ либо звеномъ 1-й каузальной серіи (см. теоретическія объясненія выше, Часть II, гл. II, § 5).

Представимъ себѣ двѣ категоріи случаевъ:

I.

№ 1. *A* разбилъ окно *B*.

№ 2. *B* (хозяинъ) остается пассивнымъ.

№ 3. Воры залѣзаютъ черезъ это окно въ квартиру.

№ 1. *A* отворяетъ кранъ отъ бочки *B*.

№ 2. *B* (хозяинъ) остается пассивнымъ при видѣ течи.

№ 3. Вино выливается до конца.

II.

№ 1. Парикмахеръ устраиваетъ *sellam loco periculoso* (l. 11 pr. D. 9, 2).

№ 2. Клиентъ доверяется этому парикмахеру и

№ 3. получаетъ пораненіе бритвой.

№ 1. Хозяинъ дома не освѣщаетъ лѣстницы.

№ 2. Гость бѣжитъ по лѣстницѣ въ темнотѣ и

№ 3. получаетъ увѣчье.

№ 1. *A* наноситъ рану *B*.

№ 2. *B* упускаетъ сдѣлать операцию.

№ 3. Пораненіе ведетъ къ тяжкому увѣчью.

№ 1. Лицо даетъ мастеру заряженное ружье въ чистку.

№ 2. Мастеръ чиститъ безъ проверки ружье и

№ 3. выстрѣливаетъ въ себя изъ ружья.

№ 1. Аптекарь отпускаетъ ядъ, вмѣсто лѣкарства.

№ 2. Пациентка отравляется. Врачъ, что бы успокоить ее,

самъ проглатываетъ микстуру, и

№ 3. самъ отравляется.

Правовое чутье подсказываетъ намъ, что въ категоріи I *A* не отвѣтитъ за конечный вредъ, а въ категоріи II отвѣтитъ, хотя бы и въ уменьшенномъ размѣрѣ.

Какъ же юридически оправдать такое различіе въ нашихъ сужденіяхъ?

Какой юридическій критерій мы можемъ установить для тѣхъ случаевъ, когда приводящая дѣятельность потерпѣвшаго *прерываетъ причинную связь*, и когда она обосновываетъ *содѣйствующую каузальную серію*?

Что насъ поражаетъ въ категоріи II—это то, что второе звено стоитъ въ *адекватной связи* съ первымъ звеномъ <sup>1)</sup>.

Парикмахеръ ждетъ клиентовъ.

Хозяинъ дома знаетъ, что лѣстница на то и сдѣлана, что бы по ней ходить, ею пользоваться и днемъ и ночью.

Хозяинъ ружья даетъ его мастеру, именно, для чистки.

Аптекарь отпускаетъ микстуру для ея приема.

Дѣятель № 1 предвидитъ во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣя-

<sup>1)</sup> Но оно и не поглощается первой каузальной серіей. См. выше ч. II, гл. II, § 5.

тельность № 2, онъ долженъ считаться съ ней и не вправе жаловаться на послѣднюю.

Дѣятельность № 1 кроетъ въ себѣ ожиданіе № 2.

Наоборотъ, что насъ поражаетъ въ категоріи I, это то, что второе звено—нерегулярно, неожиданно, необычно.

Далѣе. Если къ категоріи II звено № 2 реализируетъ опасность результата, созданную звеномъ № 2,—въ категоріи I звено № 2 ненормально повышаетъ эту опасность: делинквентъ въ правѣ поэтому разсчитывать на другого рода дѣятельность потерпѣвшаго. Здѣсь причиненіе делинквента отстываетъ на второй планъ, и потерпѣвшій одинъ несетъ всѣ убыточные послѣдствія своего небреженія съ того момента, когда приводитъ его необыкновенное поведеніе.

II. Въ самомъ дѣлѣ, житейскій опытъ говоритъ намъ, что *обычно ожидаемымъ* поведеніемъ потерпѣвшаго является обращеніе его къ доступнымъ ему мѣрамъ для отвращенія отъ себя угрожаемыхъ убытковъ и уменьшенія наступившаго вреда.

Поэтому, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда конечный результатъ есть осуществленіе опасности, лежащей въ дѣяніи делинквента (напр. вылилось содержимое бочки, открытой делинквентомъ), но теченіе каузальной серіи нарушилось какимъ либо ненормальнымъ явленіемъ [=ненарушеніе теченія ея ожидаемымъ явленіемъ: внимательствомъ хозяина бочки], то теченіе адекватной причинной связи *прерывается* въ тотъ моментъ, когда привзойдетъ этотъ пертурбаціонный элементъ <sup>1)</sup>.

Съ момента, когда придетъ хозяинъ бочки, дальнѣйшая течъ вина не стоитъ болѣе въ адекватной связи съ поведеніемъ отвѣтчика и потому не можетъ быть ему вѣнена.

И это правило не терпитъ никакого ограниченія.

<sup>1)</sup> См. выше ч. II, гл. II, § 4.

Оно примѣняется,—независимо отъ того—между какими двумя послѣдовательными звеньями одной каузальной серіи оно привзойдетъ.

Рачительность потерпѣвшаго должна быть направлена: 1) на отвращеніе текущаго вреда, 2) на устраненіе или уменьшеніе возникшаго убытка.

Однако, это требованіе къ потерпѣвшему должно быть умѣрено тѣми соображеніями, которыя мы высказали выше при изслѣдованіи понятія *вина*: упречность поведенія лица предполагаетъ рекомендуемость другого образа дѣйствія при полномъ уваженіи свободы дѣятельности индивидуума <sup>1)</sup>.

Слишкомъ строгое третированіе потерпѣвшаго въ указанномъ отношеніи можетъ привести къ оскорбленію послѣдняго принципа. Въ самомъ дѣлѣ, мы не вправе требовать отъ потерпѣвшаго, что бы онъ былъ вѣчно на сторожѣ, вслѣживая со всѣхъ сторонъ опасность. Поврежденія правовыхъ благъ могутъ наступить ежеминутно и неожиданно. Если бы мы потребовали, что бы субъектъ права, въ виду этой постоянной возможности опасности, подвергъ себя стѣсненію въ своей домашней жизни и ограниченію своей свободы движенія, мы стѣснили бы излашне его индивидуальную свободу, уваженіе къ которой мы должны ставить въ основу всѣхъ нашихъ построеній. Степень возможности и вѣроятія наступленія вреда должна быть достаточно высока, для того, что бы эти ограниченія стали для него обязанностью. Наступило ли это

<sup>1)</sup> Этими построеніемъ мы отмежевываемся отъ изложенныхъ выше [ч. I, гл. II, § 3] теорій: 1) Моммзена, 2) Цительманна, 3) Дерябурга, 4) Эндеманна, по вопросу о требуемой степени виновности потерпѣвшаго. По нашему убѣжденію, всякая вина потерпѣвшаго (даже *culpa levis*) можетъ вызвать присущій ей эффектъ [Объ этомъ см. ниже, § 5, II], но матеріальное содержаніе обязанности къ заботливости опредѣляется нами одинаково снисходительно, какъ къ делинквенту, такъ и къ потерпѣвшему, по соображеніямъ, высказаннымъ нами въ текстѣ и выше въ гл. I, § 1.

состояніе опасности,—разрѣшаетъ безпристрастное сужденіе судьи на основаніи общихъ принциповъ ученія объ адекватной причинной связи. Лишь при томъ условіи, что данная степень вѣроятія заставляла считаться съ наступленіемъ убытка, мы можемъ квалифицировать пассивность потерпѣвшаго синонимнымъ упущеніемъ. Лишь въ этомъ случаѣ его поведеніе ненормально, и, какъ таковое, прерываетъ причинную связь между дѣяніемъ делинквента и конечнымъ вредомъ.

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что при сужденіи о перерывѣ причинной связи, субъективная виновность, какъ таковая, потерпѣвшаго не важна. Важно *ненормальное* поведеніе потерпѣвшаго, а потому *вина* потерпѣвшаго принимается въ соображеніе исключительно въ ея свойствахъ явленія неожиданнаго, необычнаго.

Послѣ установленія этихъ общихъ принциповъ рассмотримъ вкратцѣ случаи, когда необычномѣрное поведеніе потерпѣвшаго приводитъ 1) до того, какъ первая каузальная серія еще произвела свои реальные послѣдствія и 2) послѣ того, какъ первая каузальная серія уже начала течь.

I. Дѣятельность потерпѣвшаго можетъ привзойти такъ, что она исключитъ вмѣненіе уже перваго каузальнаго звена: *начальнаго результата*. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда, вслѣдствіе поведенія потерпѣвшаго, отпадаетъ *ex ante* познаваемая адекватная каузальная связь между обосновывающимъ отвѣтственностью фактомъ и вредомъ.

Напр. сумасшедшее лицо бросается подъ лошадей, или ребенокъ проникаетъ въ львиную клѣтку. Вслѣдствіе поведенія потерпѣвшаго наступаетъ начальный результатъ, съ которымъ по правилу жизни нельзя считаться на основаніи условій, познаваемыхъ *ex ante*, а потому держатель животнаго не отвѣтитъ за вредъ. Если такое поведеніе *предшествоуетъ* движенію животнаго, оно ведетъ къ отрицанію каузальности

тогда, когда оно имѣетъ необходимымъ или регулярнымъ слѣдствіемъ это движеніе животнаго.

Если же движеніе животнаго не вызывалось этимъ поведеніемъ, то причинная связь между движеніемъ животнаго и вредомъ будетъ налицо <sup>1)</sup>.

II. Дѣятельность потерпѣвшаго можетъ привзойти такъ, что она нарушаетъ нормальное теченіе каузальной серіи, заключенной отвѣтчикомъ.

Самъ отвѣтчикъ своимъ вторженіемъ еще раньше нарушилъ мирное благоденствіе. Но и потерпѣвшій не велъ себя при существующихъ условіяхъ (къ которымъ принадлежитъ и «нарушительное» вторженіе отвѣтчика), такъ, какъ это было ожидаемо, въ виду вновь созданнаго положенія вещей, отъ нормально мыслящаго человѣка. Объектомъ нарушения со стороны новой причины (дѣятельности потерпѣвшаго) мы должны брать то нормальное теченіе, которое мыслимо на базисѣ уже наступившаго прежняго нарушения (со стороны делинквента). И въ этой стадіи мы можемъ говорить о нормальномъ теченіи *an sich* патологической каузальной серіи. Въ самомъ дѣлѣ, въ виду уже наступившаго ненормальнаго событія нашъ житейскій опытъ при сужденіи о томъ—являются ли дальнѣйшія событія послѣдствіями этого событія, беретъ вновь созданный этимъ послѣднимъ порядокъ вещей, какъ основу для построенія новаго обычномѣрнаго теченія. При этомъ мы должны исходить изъ того принципа, что «добрый хозяинъ» долженъ быть таковымъ не только при счастливыхъ условіяхъ, но и въ несчастіи.

Изслѣдуя поведеніе потерпѣвшаго, мы должны поэтому

<sup>1)</sup> На этой точкѣ зрѣнія стоитъ зап.-европ. судебная практика. R. G. 11 Oct. 06 J. W. 1906. 739; R. G. 5 März 1906 Gruch. Beitr. 50, 973;—14 mai 1900 S. 1900, 1, 453; 23 juillet 1866 S. 67, 2, 220 „sans y être provoqué“.

считаться съ высшимъ факторомъ опредѣляющимъ поступокъ мыслящаго человѣка: *инстинктомъ самосохраненія* — въ широкомъ смыслѣ этого слова: — сохраненія неприкосновенности своего тѣлеснаго и имущественнаго благополучія.

Съ того момента, когда привзойдетъ виновная дѣятельность (дѣйствіе или упущеніе) потерпѣвшаго, дальнѣйшее теченіе вредоносной каузальной серіи должно быть поставлено на контъ самого потерпѣвшаго, отвѣтственность же делинквента ограничивается тѣмъ убыткомъ, который опредѣлился, именно, къ этому моменту.

III. До сихъ поръ рѣчь шла о той формѣ «содѣяствія» наступленію результата, когда поведеніе потерпѣвшаго, приходя позднѣе, прерываетъ причинную связь между чужимъ дѣяніемъ и конечнымъ вредомъ. Надо замѣтить, что эта форма каузальности можетъ получить противоположное направленіе: поведеніе потерпѣвшаго не приводитъ къ чужой каузальности, а предшествуетъ ей, и въ тѣхъ случаяхъ, когда оно виновно, оно можетъ вызвать соответствующій правовой эффектъ самовины.

Мы видѣли выше, что правовой порядокъ налагаетъ на потерпѣвшаго обязанность *отвращать вредъ*: въ той мѣрѣ, въ какой вредъ не отвращенъ потерпѣвшимъ, онъ считается не причиненнымъ делинквентомъ.

Здѣсь поднимается вопросъ: распространяется ли эта обязанность и на *воспрепятствованіе самого правонарушенія*?

Обязанность *предотвратить* убытокъ предполагаетъ наличность непосредственной опасности вреда. Лишь тотъ убытокъ можетъ быть «предотвращенъ», фактическія условія котораго уже наступили; онъ угрожаетъ своей неминуемостью; «предотвратить» убытокъ, поэтому, означаетъ *обезвредить* уже создавшуюся причину убытка.

Другое дѣло — *«воспрепятствовать»* наступленію вреда. Причина вреда еще не создана; лицо имѣетъ въ виду лишь возможность ея созданія и желаетъ избѣжать опасность. Путешественникъ, напр., предвидитъ, что на дорогѣ онъ подвергнется нападенію разбойниковъ. Въ его власти — избѣжать опасность, сдѣлавъ незначительный крюкъ въ дорогѣ. Обязанъ ли онъ къ этому?

Въ германской литературѣ вопросъ обострился на толкованіи словъ п. 2, ст. 254 Уложения: «den Schaden abzuwenden». Нѣкоторымъ юристамъ<sup>1)</sup> казалось рѣшающимъ то соображеніе, что законъ говоритъ объ «abwenden», а не о «verhüten» вреда.

На другой точкѣ зрѣнія стоитъ другая группа юристовъ<sup>2)</sup>, къ воззрѣніямъ коихъ мы и примыкаемъ. Мы также толкуемъ «abwenden» въ распространительномъ смыслѣ и полагаемъ, что это толкованіе имѣетъ нѣкоторую опору въ законѣ!

Въ самомъ дѣлѣ, законъ, обязывая потерпѣвшаго обратить вниманіе правонарушителя на опасность наступленія

<sup>1)</sup> *Dernburg*, Preuss. Priv. R., т. II, § 76, толкуетъ „vermeiden des Nachtheils“ [Preuss. L. R. I, 6, § 21] въ томъ смыслѣ, что отъ *уже* потерпѣвшаго законъ требуетъ соответствующей дѣятельности къ *предотвращенію* убыточныхъ результатовъ вредоноснаго явленія. *Cohn*, о. с. 120: „Ограниченіе обязанности потерпѣвшаго *отвращеніем* убытковъ и громадное различіе между понятіями *отвратить* вредъ и *воспрепятствовать* наступленію убытка обязываютъ насъ поступать съ большой осторожностью при прихвненіи п. 2, ст. 254. Отвѣтчикъ всегда будетъ склоненъ усматривать во всякомъ *невоспрепятствованномъ* — неотвращенный вредъ“; *Voetke*, о. с. 181; *Planck*, Komm. zu § 254, стр. 26, прим.

<sup>2)</sup> *Eick*, о. с. 63: „Der Gesetzgeber befiehlt vielmehr abzuwenden, also nicht abzuwarten, wenn ein Schaden droht“; *Dronke*, о. с. 90; *Gottschalk*, о. с. 88. — Ту же обязанность „предотвращать“ вредъ возлагаетъ на потерпѣвшаго и бельгійская практика. См., напр. *Pand. Belges*, Responsabilité, № 1115: отвергнуть искъ объ убыткахъ земледельца къ торговцу сѣменами, продавшему ему маисъ, — искъ, основанный на плохомъ урожаѣ, вслѣдствіе невосхожести сѣмянъ; „даже въ томъ случаѣ, если продавецъ гарантируетъ хорошую всхожесть сѣмянъ, онъ виновенъ, если не приступитъ къ опытамъ произрастанія, прежде чѣмъ употребитъ сѣмена въ дѣло“.

«необычайно высокого вреда», возлагает на него, именно, обязанность *воспрепятствовать* совершению известного правонарушительного дѣянія <sup>1)</sup>).

Несостоятельность оспариваемаго возрѣнія ясно обнаруживается въ тѣхъ случаяхъ, когда вещь, которой угрожаетъ опасность, находится въ рукахъ третьяго лица, напр. мандатарія, депозитарія и т. п. Когда для третьяго лица возникаетъ обязанность своей заботливостью и дѣятельностью отвращать убытокъ извнѣ, то и на собственникѣ вещи или хозяинѣ предприятия остается лежащей обязанность отвращать убытокъ отъ своей вещи и своего предприятия, который онъ предвидитъ или можетъ предвидѣть; онъ не имѣетъ права своимъ равнодушіемъ и нерадивостью отягощать обязанности другого или сводить на нѣтъ заботы и усилія послѣдняго!

Его вина заключается чаще всего въ томъ, что онъ не обратилъ вниманія должника на угрожаемую опасность; если она реализуется, онъ долженъ пенять на самого себя, такъ какъ онъ самъ былъ *причиной* несчастія, *предупредить* (verhüten!) которое было въ его власти <sup>2)</sup>. Этими соображеніями и разрѣшается поднятый вопросъ о содержаніи тѣхъ обязанностей, которыя мы должны вкладывать въ терминъ закона: «den Schaden... abzuwenden».

Мы должны, однако, это толкованіе привести въ согласіе съ нашими теоретическими предпосылками. Если въ случаяхъ наличности непосредственной опасности вреда, обязанность потерпѣвшаго «отвращать убытки» — несомнѣнна, то эта обязанность не такъ безусловна въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о возможной опасности наступленія *причины* правонарушительныхъ факторовъ. Въ установленіи указанной обя-

<sup>1)</sup> Это признаетъ самъ *Sohn* (о. с. 123), въ прямое противорѣчіе со сказаннымъ имъ выше на стр. 120.

<sup>2)</sup> *Hesse*, о. с. 254 и сл.; Ср. I. 61, § 5—6, D. 47, 2; I. 26, § 7, D. 17, 1. Мандантъ, поручал мандатарію купить раба, долженъ предотвратить вредъ предупрежденіемъ о воровскихъ наклонностяхъ раба.

занности мы должны быть въ высшей степени осторожны, ибо здѣсь особенно легко погрѣшить противъ принципа гражданской свободы, отъ которой мы должны исходить при всѣхъ нашихъ построеніяхъ.

Выше [ч. II, гл. I, § 1] мы установили то положеніе, что границы между инкриминируемой и рекомендуемой линіями поведения должны быть установлены судомъ при полномъ уваженіи принципа свободы дѣятельности и движенія индивидуума. А такъ какъ въ разсматриваемомъ нами типѣ правоотношенія лишь *виновная* дѣятельность потерпѣвшаго получаетъ правовой эффектъ, то ясно, что лишь тому поведенію потерпѣвшаго мы можемъ придать значеніе, отъ котораго самъ потерпѣвшій могъ отказаться, и не ограничивая себя въ свободѣ движенія и опредѣленія воли.

#### § 4. Поведеніе потерпѣвшаго можетъ быть разсматриваемо, какъ содѣйствующая причина вредоноснаго результата.

Мы дошли, наконецъ, до главной темы нашего изслѣдованія, которая въ литературѣ сокращенно называется «*зачетомъ вины*» (compensatio culpaе).

Объ этомъ «зачетѣ вины» можетъ идти рѣчь лишь тогда, когда на лицо — адекватная причинная связь между поведеніемъ повредителя и наступившимъ вредомъ, — съ одной стороны, и между вредомъ и поведеніемъ потерпѣвшаго, — съ другой стороны.

Изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что объ «обоюдной винѣ» и «зачетѣ винъ» можетъ идти рѣчь лишь при томъ условіи, что вина потерпѣвшаго стоитъ къ винѣ отвѣтчика — делинквента въ известномъ отношеніи самостоятельности, независимости: она или реализуетъ вину отвѣтчика или независимо отъ нея сама способствуетъ наступленію вредоноснаго результата.

Наоборотъ, нѣтъ мѣста общему ученію о «зачетѣ вины»,

если вина потерпѣвшаго такъ тѣсно связана въ своемъ существованіи съ виной отвѣтчика, что онѣ образуютъ вмѣстѣ и изначала одно неправомѣрное явленіе: здѣсь не *два* вины, а *одна* общая вина, не два виновника—делинквентъ и потерпѣвшій, а два *соучастника* въ одномъ общемъ правонарушеніи<sup>1)</sup>. Въ этихъ случаяхъ ответственность не разлагается между сторонами, а падаетъ цѣликомъ на потерпѣвшаго, ибо убытокъ есть его личное дѣло.

Вина потерпѣвшаго должна обладать не только субъективной самостоятельностью передъ виной делинквента,—она должна хранить въ себѣ еще самостоятельный объективный каузальный моментъ, связующій ее съ неправомѣрнымъ результатомъ.

Въ чемъ же заключается этотъ каузальный моментъ въ понятіи самовины?

Выше [часть I, гл. II, § 4, IV] мы изложили господствующую доктрину по этому предмету. Мы видѣли, что она для технической и нетехнической вины выставляетъ одинъ принципъ: лишь на первый неправомѣрный результатъ дѣянія должно простираться предвидѣніе виновнаго лица. Самовина, также какъ и вина, приурочивается ко 2-ому звену каузальной серіи: она направлена на созданіе *несчастія* (а не *причины* несчастія), т. е. того вредоноснаго явленія, отъ котораго непосредственно пострадалъ потерпѣвшій.

Критика другихъ возрѣній [ibid. § 4, I—III] показы-

<sup>1)</sup> Ср. *Cass.* 17 janv. 1844, S. 44, 2, 401. Въ бюро К<sup>о</sup>. Омнибусовъ было отказано въ выдачу билета пассажиру г. В по причинѣ переполненія омнибуса. В по соглашенію съ кондукторомъ, тѣмъ не менѣе, нагналъ въ дорогѣ омнибусъ и свѣлъ на имперіаль. Вслѣдствіе ветхости омнибуса и его переполненія, онъ опрокидывается въ пути, и В получаетъ увѣчье. Онъ предъявляетъ искъ къ К<sup>о</sup>. Омнибусовъ и кондуктору. Въ искѣ отказано: „que s'il y a eu imprudence et contravention aux réglemens. В est complice de l'imprudence et de la contravention; que, dès lors, il n'est pas fondé à réclamer des dommages-intérêts pour un fait qui lui est personnel“.

ваетъ съ очевидностью несостоятельность иной какой либо конструкціи.

Намъ остается, поэтому, присоединиться къ господствующей доктринѣ;—мы должны, впрочемъ, внести въ сказанную конструкцію одну существенную поправку, которая диктуется и логикой и справедливостью.

Эта поправка вызывается изслѣдованіемъ тѣхъ формъ самовиновности, каузальный элементъ въ коихъ prima facie не направленъ на созданіе вредоноснаго результата,—упреченный же элементъ въ коихъ ограниченъ тѣмъ, что потерпѣвшій поставилъ себя въ неправомѣрное отношеніе къ оскорбленной имъ сферѣ отвѣтчика.

Поднимается вопросъ: имѣетъ ли лицо, само вторгшееся въ чужую сферу, право требовать отъ оскорбленнаго лица соблюденія и по отношенію къ нему всѣхъ мѣръ предупредительности и осторожности? Защищаетъ ли право лишь правомѣрный оборотъ?

Напр. злоумышленникъ забирается въ чужую квартиру.

Вслѣдствіе неосвѣщенія свѣней дома или другихъ какихъ либо упущеній хозяина, которыя сами по себѣ квалифицировались бы виновными, онъ получаетъ увѣчье. Имѣетъ ли хозяинъ, привлеченный къ ответственности воромъ, exsertio самовины потерпѣвшаго?

Прелюбодѣй, пойманный на мѣстѣ преступленія, калѣчится обманутымъ мужемъ. Имѣетъ ли послѣдній возраженіе самовины потерпѣвшаго?

Конюградъ получаетъ ударъ копытомъ отъ украденной имъ лошади. Погашается ли его искъ къ хозяину («держателю») животного?

Выше [ibid., § 4, I] мы видѣли, что германская доктрина и юриспруденція даютъ отрицательный отвѣтъ.

Онѣ приходятъ къ этому выводу потому, что требуютъ для зачета вины наличности причинной связи самовины съ



несчастіем<sup>1)</sup>, каковой онъ и не усматриваютъ въ этой категоріи случаевъ.

Это ограниченіе области зачета винъ не оправдывается, по нашему мнѣнію, ни толкованіемъ положительныхъ законовъ, ни природою вещей, ни соображеніями справедливости.

Мы утверждаемъ, наперекоръ господствующей доктринѣ, что во всѣхъ случаяхъ, когда воръ, прелюбодѣй и пр. и пр. терпятъ ущербъ, именно, какъ воръ, какъ прелюбодѣй и т. д.,— ихъ поведеніе стоитъ въ виновной причинной связи съ вредоноснымъ фактомъ,—и этого достаточно, что бы отвергнуть искъ—ихъ и ихъ преемниковъ!

Другое дѣло, если увѣнче терпятъ при жел.-дорожной катастрофѣ безбилетный пассажиръ. Если пассажиръ ѣдетъ безъ билета, то его виновное поведеніе не имѣетъ юридическаго значенія<sup>2)</sup>.

Каково же различіе этихъ случаевъ?

Намъ думается, что рѣшающее значеніе имѣетъ то соображеніе, что желѣзная дорога, именно, и назначена для ѣзды всѣхъ пассажировъ, и если пассажиръ пользуется этимъ назначеніемъ жел. дороги, то неплата за билетъ получаетъ второстепенное побочное значеніе; тогда какъ лошадь не назначена (даже независимо отъ идеи самоволья) для пользованія ею третьими лицами, и завладѣніе ею получаетъ самостоятельное значеніе, снимающее отвѣтственность съ хозяина животнаго.

<sup>1)</sup> Значительная часть доктрины требуетъ, кромѣ того, отнесеніе виновны къ возникновенію убытка.

<sup>2)</sup> Тотъ же отвѣтъ мы дадимъ и въ томъ случаѣ, когда пассажиръ ѣдетъ съ билетомъ; но несчастіе произошло въ тотъ моментъ, когда онъ произвольно сѣдѣлъ въ неуказанномъ вагонѣ, напр. въ 1-мъ классѣ съ билетомъ 3-го класса: и это даже въ томъ случаѣ, когда пассажиръ не былъ бы раненъ, если бы онъ сѣдѣлъ въ вагонѣ 3-го класса. Въ самомъ дѣлѣ, если пассажиръ сохраняетъ искъ объ убыткахъ, если онъ ѣдетъ вовсе безъ билета, то почему же онъ долженъ лишиться иска, если ѣдетъ съ билетомъ? Къ тому же, развѣ не во всѣхъ вагонахъ и не во всѣхъ мѣстахъ пассажиры одинаково въ правѣ претендовать на безопасность отъ катастрофы?

Потерпѣвшій не могъ сѣсть на лошади, не укравъ ея, тогда какъ онъ могъ сѣсть въ вагонъ и ѣхать, не оплативъ билета. Въ первомъ случаѣ—на лицо причинная связь, во второмъ случаѣ—причинной связи нѣтъ!

И эти выводы вполне справедливы. Къ чему ведетъ другая точка зрѣнія господствующей доктрины?

Развѣ не къ тому, что хозяинъ долженъ услужливо освѣщать лѣстницу ворами, «tenir la chandelle» передъ соблазнителемъ своей жены и т. п.?!

Но, какое неслыханное въ исторіи права было бы явленіе, если право принимало подъ свою защиту преступниковъ, и съ тѣмъ же рвеніемъ, какъ и добрыхъ гражданъ!

Мы должны признать, что поведеніе хозяина въ этой категоріи случаевъ можетъ проявить *вину*<sup>1)</sup> и *причинность*. Но тѣ же условія лежатъ и на сторонѣ потерпѣвшаго!

Во первыхъ: *винл.* Развѣ прелюбодѣй, разрушившій семейное счастье и пойманный en flagrant délit, не провинилъ раздраженіе обманутаго мужа?

Развѣ воръ, все свое вниманіе направляющій на то, что бы не быть замѣченнымъ и услышаннымъ и пользующійся, именно, темнотою, не провинилъ своего паденія въ незапертый погребъ въ тотъ моментъ, когда спѣшно и украдкой пробирался по темному ему незнакомому двору? И можетъ ли онъ жаловаться на темноту, которой онъ передъ тѣмъ самъ хотѣлъ воспользоваться?

Во-вторыхъ: *причина*. Поведеніе того и другого преступника стоитъ въ очевидной, неоспоримой причинной связи съ вредоноснымъ событіемъ.

Утверждать противное равносильно непризнанію всѣхъ существующихъ каузальныхъ теорій!

Мы можемъ выставить такой принципъ: между двумя

<sup>1)</sup> Напоминаемъ, что по нашей конструкціи *вина* есть отношеніе воли делинвента къ факту, а не къ оскорбленной сферѣ.

виновными причинами—истца и ответчика—правовой порядок в этой категории случаев должен брать сторону не истца, вторгнувшегося в чужую сферу, а—ответчика, уже оскорбленного в своей личной или имущественной сфере.

Но и этот принцип—не безусловен! Он находит ограничение в другом принципе: *malitias non est indulgendum*. И к неправомерному обороту «добрый хозяин» должен быть корректным [тот же принцип, что и сохранение предельно необходимой обороны].

В самих средствах обороны против нападающего надо быть разборчивым<sup>1)</sup>. Никому не позволительно в целях обороны разставлять бомбы в своем саду, ставить капканы и проч., и наши требования к нему будут тем более строги, чем отчетливее его предвидение круга лиц, со стороны которых он ждет оскорбления своей сферы и неизбежности этого оскорбления; ибо, чем меньше круг лиц, от которых ему надо ждать вторжения, и чем достовернее ему время и способ этого вторжения, тем легче ему предотвратить законными и более невинными способами чужое преступление и не прибегая к суровым мерам, и тем более приближается его поведение не к акту самообороны, а к акту мести.

«Встречная деятельность»<sup>2)</sup> пострадавшего в этих случаях не может «прервать»<sup>3)</sup> причинной связью. Хозяин приспособления должен быть признан *причиной*, хотя и не единственной несчастия.

<sup>1)</sup> *Urt. O. L. G. zu Braunschweig*, 23 April, 1891, Seuf. Arch. Bd. 47, № 28: „Никому не дозволено для ограждения своих интересов предпринимать „an und für sich“ не дозволенные деяния, разве только для защиты от незаконного нападения или отвращения убытка в случае состояния крайней необходимости“.

<sup>2)</sup> Термин *Сергиевского*, о. с. 140.

<sup>3)</sup> О *перерыве* в техническом смысле слова здесь не может быть и речи; здесь мы имеем в виду вопрос о впадении результата.

Другое дело, если субъект встречной деятельности сознает или должен был сознавать<sup>1)</sup> опасность и все же по тем или другим мотивам (напр., падая на свою ловкость), не отступает от своего плана; здесь причинная связью «прерывается» его безразсудным поступком. Когда и при каких условиях потерпевший должен предусмотреть опасность,—разрешение этого вопроса зависит от конкретной обстановки каждого отдельного случая<sup>2)</sup>.

Здесь можно выставить такой принцип: повреждения, полученные третьим лицом от общеупотребительных мер охраны имущества, также как и от приспособлений открытых и явных для всякого, не могут быть вменены хозяину приспособления, так как в этих случаях причинная связью целиком исходит от встречной деятельности пострадавшего. И, наоборот, те повреждения, полученные преступником от средств охраны собственником его имущества, которые не стоят ни в какой гармонии с размером и характером причиняемого им вреда, и обязанны особой ничем не оправдываемой злостности и коварству хозяина, которые—в свою очередь—не соответствуют интенсивности упреждающей воли правонарушителя,—эти повреждения не должны быть возложены целиком ни на ту, ни на другую сторону. Хозяин приспособления не может ссылаться для сложения с себя ответственности на акт вторжения в его сферу со стороны потерпевшего, точно также как и потерпевший не в праве ссылаться, для возложения всей ответственности на противника, на злой умысел последнего. Иначе говоря, мы имеем здесь

<sup>1)</sup> Объявление хозяином приспособления о принятых им мерах само по себе не обосновывает безусловно подобного сознания опасности. Делинквент (потерпевший) может по извинительному заблуждению и не дать веры такому объявлению [напр. угрозы быть затравленным собаками].

<sup>2)</sup> *Сергиевский*, о. с. 141 справедливо замечает, что то что обычно и общепринято, то предполагается известным всем и каждому, а потому и не извиняет невздачи потерпевшего. Так, вор в провинциальном городе должен считаться с возможностью снабжения заборов гвоздями.

двѣ совинныхъ дѣятельности, и разложеніе убытка должно послѣдовать по началамъ, имѣющимъ быть изложенными нами въ слѣдующемъ §—ѣ.

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что при установленіи двухъ параллельныхъ, конкурирующихъ каузальныхъ серій, исходящихъ—одна отъ делинквента, другая—отъ потерпѣвшаго, мы не можемъ уклониться отъ сужденія объ этической сторонѣ поведенія той и другой стороны.

Разсматриваемый нами типъ отношеній [поведеніе той и другой стороны—*сопричины* одного результата], какъ мы установили выше, есть типъ сложный.

Не надо думать, что понятіе сопричины необходимо предполагаетъ одновременность дѣйствій. Изученіе практики показываетъ намъ обратное!

Отношеніе *сопричинности* мы имѣемъ не только тогда, когда столкнутся два тѣла, но и тогда, когда одинъ создалъ опасность, которую реализировалъ потерпѣвшій. Въ этихъ случаяхъ оба дѣянія не совпадаютъ во времени. Обусловленное предыдущимъ дѣяніемъ благопріятствование остается таковымъ *in abstracto* до наступленія позднѣйшаго событія и подвергается опасности чужую эвентуальную неосторожность.

Эта неосторожность заключается въ томъ, что потерпѣвшій самъ сознательно подвергъ себя созданной уже опасности, или же подвергло себя скрытой опасности, которую оно не усмотрѣло по небрежности.

Напр. хозяинъ не освѣщаетъ лѣстницы дома. Гость по неосторожности падаетъ въ темнотѣ [R. G.; J. W. 1900/29].

Истецъ ѣдетъ по шоссе полнымъ галопомъ и въ темнотѣ разбивается о повозку, стоящую около фабрики отвѣтчика [Seuf. Arch. 44/86].

Хозяинъ злой собаки оставляетъ ее безъ призора бѣгать на свободѣ. Кто либо по неосторожности дразнитъ ее, и собака кусаетъ его [I. 1 § 6 D. 9. 1].

Въ этихъ и тысячи подобныхъ случаяхъ причинная связь

между правонарушительнымъ фактомъ (*occasio*) и вредомъ не прерывается дѣяніемъ потерпѣвшаго: оба фактора вмѣстѣ привели къ конкретному несчастію. Непризнавать въ этихъ случаяхъ причинной связи между виновной *occasio* и результатомъ—значило бы *въ принципѣ* отвергнуть гражданскую отвѣтственность лица, давшего своимъ виновнымъ поведеніемъ поводъ къ имущественнымъ потерямъ или тѣлеснымъ поврежденіямъ,—быть можетъ, многимъ и многимъ лицамъ. Такая конструкція повлекла бы полную гражданскую безответственность лицъ, въ то же время отвѣчающихъ по полицейскимъ и уголовнымъ законамъ.

Въ 99% несчастныхъ случаевъ можно сдѣлать упрекъ потерпѣвшему, что онъ могъ бы избѣжать вредъ, если бы напрягъ свое вниманіе и усмотрѣлъ опасность: и во всѣхъ этихъ случаяхъ намъ пришлось бы, вопреки всей справедливости, отвергнуть притязаніе потерпѣвшаго!

Вотъ почему, мы рѣшительно отвергаемъ германскую судебную практику [съ ней мы подробно познакомимся ниже, см. т. II], которая такъ склонна всякому послѣдующему виновному поведенію потерпѣвшаго придавать значеніе момента, прерывающаго причинную связь между поведеніемъ отвѣтчика и поврежденіемъ<sup>1)</sup>.

Мы считаемъ такое построеніе нелогичнымъ и несправедливымъ.

Нелогично оно по двумъ основаніямъ: во—первыхъ, не можетъ быть рѣчи о перерывѣ причинной связи, разъ нѣтъ теченія измѣнительнаго процесса [такого теченія нельзя усмотрѣть].

<sup>1)</sup> Такъ, *Reichsgericht* съ замѣчательнымъ упорствомъ, не встрѣчая, впрочемъ, до сихъ поръ возраженій со стороны доктрины, исключаетъ полностью притязанія объ убыткахъ, если потерпѣвшій получилъ увѣchie, спускаясь по неосвѣщенной лѣстницѣ [случай, особенно часто встрѣчающійся въ германской практикѣ]. R. G. 2 Oct. 1900, J. W. 1900/29, стр. 762: „хотя хозяинъ дома, по полицейскому приказу отъ 22 ноября 1886 г., былъ обязанъ освѣщать лѣстницу, но случай былъ обязанъ тому, что потерпѣвшій неосторожно спускался по лѣстницѣ безъ свѣта“.

рѣть въ одномъ дѣяніи отвѣтчика, создавшемъ лишь общую опасность для чужой эвентуальной неосторожности]; во—вторыхъ, неосторожный шагъ потерпѣвшаго не прерываетъ причинной связи между нарушением полицейскаго закона и ущербомъ; наоборотъ, — благодаря ему то эта причинная связь и выступаетъ еще яснѣе: вѣдь, несчастный случай и не можетъ конкретно родиться изъ абстрактной опасности, созданной отвѣтчикомъ, безъ привхожденія встрѣчной дѣятельности потерпѣвшаго! <sup>1)</sup>).

Несправедливо оно потому, что весьма часто поведение потерпѣвшаго, уклоняясь съ объективной точки зрѣнія отъ поведения «добраго хозяина», однако съ субъективной точки зрѣнія является не виновнымъ, т. е. вполне извинительнымъ дѣяніемъ, или а) потому, что лицо не могло предвидѣть вреда <sup>2)</sup>, или в) потому, что, по даннымъ обстоятельствамъ, оно не могло предпочесть другого образа дѣйствія <sup>3)</sup>.

Мы установили, такимъ образомъ, то негативное положеніе, что вина потерпѣвшаго въ разбираемомъ нами типѣ отношеній [сопричиненіе результата делинквентомъ и потерпѣвшимъ при несовпаденіи во времени исходящихъ отъ нихъ каузальныхъ дѣяній] не можетъ имѣть въ принципѣ значенія момента, снимающаго всю отвѣтственность съ делинквента.

Такой возвратъ къ римскимъ традиціямъ не оправдывался бы патримональной основой всего современнаго ученія о возмѣщеніи убытковъ <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Болѣе обстоятельное развитіе этой мысли, см. т. II, глава: Римское право, § 3, [по поводу нашего толкованія I. 11 пр. D. 9. 2].

<sup>2)</sup> Напр. человекъ, незнающій дѣйствія газовъ, входитъ въ комнату, въ которой по небрежности хозяина были открыты краны отъ газовыхъ проводовъ. Онъ зажигаетъ спичку, газъ вспыхиваетъ и наноситъ ему ожоги.

<sup>3)</sup> Напр. мать бѣжитъ въ аптеку за лекарствомъ для больного сына. Лестница дома не освѣщена. Или учитель, бѣгающій по урокамъ, поднимается въ урочный часъ по лестницѣ въ темнотѣ. Какой другой образъ дѣйствія мы могли бы рекомендовать имъ, какъ не воспользоваться лестницей, какъ она есть?

<sup>4)</sup> Англо-американская юриспруденція (см. у *Fromageot*, о. с. 49, прим. 3) и нѣкоторые законодательства [Итальянское Торг. Улож. ст. 632, Голланд-

Но, съ другой стороны, какъ *сопричину*, надо разсматривать лишь ту дѣятельность, которая *содействовала созданію самого вредоноснаго явленія*. Поэтому, въ случаяхъ упущенія предотвращенія убытка, или упущенія мѣръ къ уменьшенію вреда, или положительнаго увеличенія объема вреда, мы не имѣемъ *сопричины*, и весь вредъ, стоящій въ каузальной связи съ дѣятельностью потерпѣвшаго долженъ быть цѣликомъ возложенъ на плечи послѣдняго. Лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда *конечный вредъ* стоитъ въ адекватной связи съ первоначальной дѣятельностью той и другой стороны можетъ идти рѣчь о преимущественной причинѣ, и, соотвѣственно этому, — о распредѣленіи убытковъ между сторонами.

Здѣсь, вина потерпѣвшаго, если и не снимаетъ съ делинквента отвѣтственности за убытки, она все же понижаетъ размѣръ его отвѣтственности. Каково же юридическое оправданіе этому пониженію, и каковъ юридическій масштаб для распредѣленія убытковъ между сторонами, — изслѣдованіе этихъ вопросовъ составитъ содержаніе послѣдующаго §-а.

## § 5. Распредѣленіе убытковъ между сторонами при наличности обоюдной вины.

I. Выше [часть I гл. III] мы видѣли, что всѣ господствующія теоріи [за исключеніемъ каузальной теоріи *κατ'ἑξῆς*] масштабъ для распредѣленія убытковъ между делинквентомъ и потерпѣвшимъ — при наличности обоюдной вины — выставляютъ принципъ *виновности*. Согласно этому методу, судья при пониженіи размѣра отвѣтственности делинквента долженъ обращаться не къ выясненію степени *каузальности* дѣйствія, исходящаго отъ той или другой стороны, а къ выясненію интенсивности *виновности* самихъ дѣйствующихъ лицъ. При опредѣленіи степени виновности судья ничѣмъ не связанъ въ своемъ свободномъ судейскомъ усмотрѣніи.

Онъ можетъ распредѣлять убытки на какія ему угодно

квоты ( $\frac{2}{3}$ ,  $\frac{3}{4}$ ,  $\frac{3}{5}$  и т. п.) и даже свести квоту возмѣщенія до нуля, при наличности грубой вины или умысла потерпѣвшаго, не уравновѣшиваемыхъ въ конкретномъ случаѣ равной виной его противника.

Мы лично не примыкаемъ въ этомъ вопросѣ къ господствующимъ теоріямъ.

Мы выставляемъ противоположный тезисъ: *не принципъ вины, а принципъ причиненія долженъ быть рѣшающимъ при распредѣленіи убытковъ между сторонами.*

На этомъ каузальномъ базисѣ стоитъ и Новое Германское Уложение (§ 254). Впрочемъ, выставленіе имъ принципа причиненія обязано случайнымъ, побочнымъ мотивамъ<sup>1)</sup>.

Мы же держимся принципиальной точки зрѣнія.

И выдвигая элементъ каузальный, мы стоимъ въ согласіи съ господствующей тенденціей современнаго права все болѣе и болѣе упрочивать положеніе *причины* за счетъ его конкуррента—*вины*.

Всѣ каузальныя теоріи<sup>2)</sup> сами не отрицаютъ принципиально рѣшающаго значенія за *каузальнымъ* масштабомъ.

Предпочестъ субъективный масштабъ (виновность) заставляетъ ихъ лишь практическія соображенія—невозможность взвѣшивать степени причиненія.

Если бы это затрудненіе было устранено, каузальный моментъ праздновалъ бы побѣду надъ своимъ конкурентомъ—виновнымъ моментомъ!

Попытку устранить это затрудненіе дѣлаемъ мы ниже.

---

ское Торг. Ул., ст. 535] идутъ еще дальше, исключая при всякой взаимной винѣ возмѣщеніе убытковъ. Въ этомъ замѣтны ясныя слѣды пенальной доктрины: разъ обѣ стороны виновны, одна вина контрабалансируется другой виной.

<sup>1)</sup> Исторію созданія ст. 254 см. т. II, гл. „Новое Германское Гражд. Уложение“.

<sup>2)</sup> На это мы указали въ Введеніи (стр. 40) и подробно развили въ ч. I, гл. III.

Въ признаніи *каузальною* момента въ качествѣ масштаба для разложенія убытка между сторонами мы должны видѣть выраженіе той болѣе общей идея, лежащей въ основѣ всего ученія о возмѣщеніи убытка, что *убытокъ долженъ быть возмѣщенъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ причиненъ*, т. е. полностью или частью,—смотря по обстоятельствамъ.

Вѣдь, этой же идеѣ обязано такъ детально развитое во всѣхъ существующихъ каузальныхъ теоріяхъ ученіе о *перерывѣ причинной связи!*

Мы недоумѣваемъ: почему же эта идея оказалась сразу ложной, какъ только привходящая сила, открывая теченіе новой каузальной серіи, не разрываетъ, а *сопровождаетъ* текущую уже каузальную серію, исходящую отъ делинквента?

Конечно, подъ *каузальностью* мы не подразумеваемъ взвѣшивание голой механической силы; мы всецѣло присоединяемся къ *communis opinio doctorum et legislatorum*: при наличности взаимной вины судъ долженъ рѣшать дѣло по доброй совѣсти: убытокъ долженъ быть распредѣленъ между ними не по принципу механическаго зачета причиненій, а по мѣрѣ личнаго участія каждой стороны въ созданіи вреда.

Въ этомъ—и основа «взаимной вины» и ея разрѣшеніе! Всякій другой принципъ—непріемлемъ!

Правда, въ западно-европейской литературѣ мы встречаемъ попытки выдвинуть масштабъ—хотя и аксессуарнымъ—имущественное положеніе сторонъ<sup>1)</sup>, социальное ихъ положеніе<sup>2)</sup>. Мы считаемъ эти теоріи несостоятельными.

Принципъ, по которому принимались бы въ соображеніе исключительно или факультативно *степени имущественной состоятельности* или *соціальное положеніе* сторонъ не можетъ претендовать на признаніе въ современномъ граждан-

---

<sup>1)</sup> Labowsky, о. с. 43; P. Krückmann, о. с. Iher. Jahrb. 1909, стр. 113. G. Stierle, Die Haftung für Thiere (Stuttgart. 1904), стр. 89.

<sup>2)</sup> Schierlinger, о. с. 110; Wendt, о. с. 90; G. Stierle, о. с. 90.

скомъ правѣ, по знающаго принципа состоятельности или социального положенія, какъ особой базы гражданской ответственности <sup>1)</sup>).

Мы не думаемъ, что, при этихъ условіяхъ, расширеніе принципа экономической состоятельности за предѣлы отведенныхъ ему скромныхъ рамокъ примѣненія, оправдывалось бы логическими соображеніями.

Наука права и юриспруденція оперируютъ при возложеніи гражданской ответственности на делинквента съ двумя моментами: *вины* и *причиненія*. Съ какой же стати вводить еще другіе моменты [соціальное положеніе сторонъ и проч.], если гражданская ответственность не *возлагается*, а *разлагается*? Вѣдь, въ сущности говоря, мы во всякомъ случаѣ ответственности имѣемъ, въ болѣе или менѣе скрытомъ состояніи, *разложеніе* убытка между потерпѣвшимъ и делинквентомъ: въ результатѣ возмѣщенія убытка потерпѣвшій все же—пострадавшій, ибо несетъ ту часть убытка, которая обязана участіемъ слѣпой силы, случая и т. п., и которая не возлагается на правонарушителя. Поэтому, при «зачетѣ вины» это «разложеніе», какъ таковое, не является тѣмъ то исключительнымъ, оно выступаетъ вовнѣ лишь болѣе осозательно, такъ какъ получаетъ юридическую формулировку. Значитъ, для введенія сюда новыхъ принциповъ, качественно отличающихся отъ

<sup>1)</sup> Исключеніе представляетъ факультативная ответственность лицъ *неделиктоспособныхъ* (ст. 829 Герм. Ул.; ст. 53, 61 Швейц. Ул.; ст. 3445 Св. Гр. Уз. губ. Приб.; ст. 1073 Пр. Гр. Ул.); неравенство въ имущественномъ положеніи потерпѣшаго и *неделиктоспособнаго* лица, причинившаго вредъ, обосновывается въ извѣстныхъ размѣрахъ ответственность послѣдняго передъ первымъ.—См., впрочемъ, ст. 1078 Пр. Гр. Ул.: „Размѣръ вознагражденія за вредъ опредѣляется по усмотрѣнію суда сообразно степени вины причинившаго вредъ и другимъ обстоятельствамъ“. Подъ „другими обстоятельствами“ редакторы [Объясн. Зап. V, стр. 327] разумѣютъ „въ особенности имущественное положеніе потерпѣшаго и причинившаго вредъ“. Надо замѣтить, что редакторы Проекта не могутъ для установленія этого принципа опереться, какъ они того желаютъ, на иностранную законодательную и судебную практику.

тѣхъ, коими регулируется нормальное возложеніе убытковъ, нѣтъ рѣшительно никакихъ логическихъ основаній.

Справедливо ли, по крайней мѣрѣ, вводить въ область зачета вины масштабъ имущественной состоятельности? Вѣдь, установленіе справедливости есть задача судьи, и—не призваніе юриста—бороться со справедливостью, ибо она есть цѣль всякаго правопорядка!

Мы думаемъ, что и съ этой точки зрѣнія, надлежитъ дать на поставленный вопросъ отрицательный отвѣтъ.

Въ самомъ дѣлѣ, къ чему ведетъ другая точка зрѣнія?

Возьмемъ простѣйшій случай. Потерпѣвшій переѣзжается неосторожнымъ автомобилистомъ, при условіяхъ, исключавшихъ его [потерпѣшаго] вину. При установленіи ответственности автомобилиста судья долженъ принять въ соображеніе виновность и каузальность поведенія автомобилиста. Но, если потерпѣвшій самъ будетъ виновенъ въ несчастіи, судья долженъ былъ бы принять для «разложенія» убытка и степень имущественной состоятельности сторонъ, и это привело бы къ тому, что *виновный* потерпѣвшій былъ бы болѣе щедро вознагражденъ, чѣмъ *невиновный*!!

Мы согласны съ тѣмъ, что социальное положеніе истца во многихъ и многихъ случаяхъ можетъ послужить къ оправданію оплошности его и при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ даже цѣлкомъ исключить его *правствинную* вину. Но не въ этомъ—корень вопроса! Если морально лицо и не подлежитъ упреку, то съ юридической точки зрѣнія не менѣе вѣрно и то, что социальное положеніе ни въ какомъ случаѣ не можетъ уничтожить самого факта неосторожности, точно также, какъ никогда оно одно не способно само по себѣ образовать неосторожность лица.

Французской судебной практикѣ <sup>1)</sup> пришлось разрѣшить такой казусъ: малолѣтняя дѣвочка ремесленника была раз-

<sup>1)</sup> Cour de Nancy. 22 déc. 1899. D. 1900, 2, 379.

давлена трамваемъ въ тотъ моментъ, когда она пересѣкала путь.

Установлено, что тормоза трамвая были въ неисправности.

Cour de Nancy присудилъ искъ родителей дѣвочки полностью [15 тысячъ франковъ], причемъ рассуждалъ такъ: супруги S.—ремесленники, которые по своей бѣдности не могли приставить гувернантки къ ихъ ребенку; такъ что «si on peut leur reprocher d' avoir été imprudents dans une certaine mesure, ils trouveraient leur excuse dans leur condition sociale».

Можемъ ли мы признать такое рѣшеніе справедливымъ? Мы не колеблемся отвѣтить: нѣтъ! И другая точка зрѣнія шла бы въ разрѣзъ съ самой цѣлью института зачета винъ! Отвѣтственность Общества Трамваемъ зависѣла бы отъ случайнаго обстоятельства—соціального положенія родителей заданнаго ребенка! Какъ будто этотъ отвѣтчикъ не долженъ одной и той же заботливостью ко всѣмъ потерпѣвшимъ, независимо отъ ихъ соціального положенія!

Особенно несостоятельно привлеченіе экономической и соціальной принциповъ въ случаяхъ специальной ответственности, установленной закономъ [obligatio e lege] на основаніи профессиональнаго риска, напр. ответственности желѣзныхъ дорогъ за несчастія, происшедшія при желѣзно-дорожной эксплуатаціи. Если въ области обще-гражданской ответственности принципъ имущественной состоятельности въ извѣстныхъ случаяхъ еще и можетъ дать справедливыя рѣшенія, то въ области ответственности e lege и эта возможность заранѣе исключена. И вотъ почему. Когда въ сферѣ свободныхъ обще-гражданскихъ отношеній два равноправныхъ лица сталкиваются, и одинъ изъ нихъ терпитъ ущербъ, судья изслѣдуетъ, кто изъ нихъ—правонарушитель, и въ какомъ размѣрѣ опредѣлить его отвѣтственность. Въ результатѣ этого изслѣдованія можетъ получиться, что экономически болѣе сильной стороной можетъ быть, какъ та, такъ и другая сто-

рона, и, въ зависимости отъ этого, болѣе богатый потерпѣвшій, быть можетъ, ничего не получить отъ бѣднаго отвѣтчика,—и обратно: можетъ получиться, что бѣдный потерпѣвшій будетъ имѣть счастье тягаться съ богатымъ противникомъ.

Ничего подобнаго вѣтъ, напр., въ желѣзно-дорожной ответственности. Здѣсь привлеченіе экономического принципа изначала и a priori ведетъ къ расширенію размѣра ответственности (сверхъ строгости закона въ дѣлѣ установленія самой ответственности) желѣзной дороги, такъ какъ желѣзная дорога фактически всегда будетъ болѣе богата, чѣмъ потерпѣвшій. Желѣзной дорогѣ, имѣющей миллионныя обороты, нужно раздвинуть, развѣ, миллионера или миллиардера, чтобы на excessu самовины спастись отъ replicatio имущественной состоятельности ея; иначе,—ея отвѣтственность изначала уже будетъ установлена, какъ мертвая точка, отъ которой долженъ будетъ исходить судья во всѣхъ случаяхъ желѣзно-дорожныхъ несчастій. Это въ высшей степени несправедливо!

Мы отвергаемъ, такимъ образомъ, принципъ, имущественной состоятельности, какъ масштабъ для распредѣленія убытковъ между сторонами<sup>1)</sup>.

Мы полагаемъ, что сколь долго правовое равенство отдѣльныхъ индивидуумовъ не нарушено возведеніемъ богатства и бѣдности до значенія правовыхъ категорій и до значенія непосредственной основы для правовыхъ притязаній, столь долго выраженная въ исключительныхъ нормахъ (какъ ст. 829 В. Г. В.) экономическая идея разложенія вреда не можетъ быть возведена въ области гражданского права на степень юридическаго принципа, который, какъ таковой, призванъ былъ бы разрѣшать вопросъ объ отвѣтственности между делинквентомъ и потерпѣвшимъ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Исключеніе составляетъ вопросъ объ обязанности потерпѣшаго подвергнуть себя врачебному уходу. Но это исключеніе вызывается сущностью дѣла. См. т. II, главу: „Обязанность потерпѣшаго поддержать себя операциею“.

<sup>2)</sup> Мы ставимъ, такимъ образомъ, подлежащій вопросъ во взаимную

Может ли быть привлеченъ въ качествѣ такого масштаба принципъ *винны*?

Мы полагаемъ, что болѣе согласно съ общей тенденціей права дать отрицательный отвѣтъ. Правда, принципъ *винны* можетъ имѣть здѣсь значеніе для установленія большей причастности поведенія той и другой стороны, и въ этой роли онъ всегда будетъ имѣть интересъ для юриста. Въ качествѣ же самостоятельнаго масштаба этотъ принципъ не пригоденъ, во-первыхъ, потому, что въ современной юриспруденціи интенсивность вины далеко не пользуется особымъ уваженіемъ въ дѣлѣ опредѣленія объема отвѣтственности за убытки <sup>1)</sup>. Кроме

связь съ общимъ ученіемъ объ отвѣтственности по данному положительному законодательству. Поэтому, наложенныя въ текстъ мысли не вполнѣ применимы въ русской практикѣ, которая должна считаться со ст. 657, 661—666 X т. ч. I. Конечно, — и мы вновь настаиваемъ на этомъ, — принципъ экономической самостоятельности не применимъ даже въ русской практикѣ къ ст. 683 X т. ч. I [ж. д. отвѣтственность]. Это — особая норма, на которую не могутъ быть распространены начала, установленныя для общегражданскихъ отношеній.

<sup>1)</sup> Герм. Улож. [Motiv. zu § 218, II, стр. 17, 729] сознательно отвергаетъ это начало, какъ не юридическое. Французская юриспруденція также въ общемъ и цѣломъ не считается со степенью вины при опредѣленіи размѣра вознагражденія; она дѣлаетъ только одно исключеніе въ интересахъ справедливости: если неосторожность делинквента извинительна, т. е. вина крайне легка („presque inappréciable“), а размѣръ последовавшаго убытка непонятно великъ, то судья дискреціонно понижаетъ вознагражденіе. Но въ этихъ случаяхъ сами юристы сомѣваются: есть ли здѣсь „une faute suffisante pour mériter la peine des dommages-intérêts“ [Sourdat, I, № 659, стр. 736 и сл.]. Пониженіе отвѣтственности делинквента въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій самъ опредѣляетъ извинительность настроенія делинквента (субъективный моментъ вины) нельзя отождествлять, какъ мы видѣли выше, съ *соразмереніемъ отвѣтственности со степенью вины*, ибо послѣдняя формула противорѣчитъ принципу: „in lege Aquilia et levissima culpa venit“. — Редакторы Пр. Гр. Ул. [т. V, ст. 1078, стр. 525] не понимаютъ всего этого, и устанавливаютъ, при припой ссылкѣ на зап.-европ. авторитеты, противоположный принципъ. Даже ссылка ихъ на *Laurent* не можетъ считаться удачной. *Laurent* (XX, 530) говоритъ не объ (уголовномъ) наказаніи, а о гражданской пенѣ (peine civile); къ тому же его идея — (уплата вознагражденія имѣетъ для лица значеніе гражданской пени) — идетъ въ разрѣзъ съ господствующей въ наукѣ права тенденціей развести, возможно строже область уголовного права отъ права гражданского.

того, правовое чувство подсказываетъ намъ, что въ основу распределенія убытковъ между нѣсколькими соучастниками мы должны класть, именно, *степень содѣйствія каждому изъ нихъ наступленію вреднаго результата*.

Въ самомъ дѣлѣ, легчайшая неосторожность иногда можетъ быть *главной причиной* убытка, и болѣе тяжелая неосторожность жертвы можетъ быть очень слабымъ элементомъ въ убыткѣ.

Считается поэтому только съ моментомъ *винны* можетъ вѣсти къ несправедливымъ рѣшеніямъ <sup>1)</sup>.

Противоположное мнѣніе, защищаемое въ господствующей литературѣ, обнаруживаетъ свою несостоятельность, въ особенности въ случаяхъ *каузальной* отвѣтственности, т. е. въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтственность установлена законодателемъ вѣдѣ идеи вины на сторонѣ отвѣтчика. Такъ какъ задача наша — установить единый масштабъ, одинаково авторитетный для всѣхъ случаевъ распределенія отвѣтственности между сторонами, то ясно, что таковымъ масштабомъ долженъ быть *prima facie* масштабъ каузальный.

Итакъ, не принципъ *винны*, а принципъ *причиненія*

<sup>1)</sup> Приверженцы масштаба *винны* [Leuden, Labowsky и др.] ссылаются на §§ 426, 840 В. Г. В. и на аналогичныя постановленія иностранныхъ законодательствъ: соучастники въ одномъ недозволенномъ дѣяніи отвѣчаютъ за возникшій убытокъ солидарно передъ потерпѣвшимъ, а въ ихъ внутреннихъ отношеніяхъ другъ къ другу — въ равныхъ доляхъ. Отсюда — выводъ: законъ не различаетъ степеней причиненія, а потому допустимо различеніе лишь въ степеняхъ *виновности*. — Послѣдній выводъ поражаетъ своей смѣлостью. Почему же надо различать, именно, степени *виновности*? Какъ соучастники, они отвѣчаютъ солидарно [§ 840], другъ передъ другомъ — *въ равныхъ доляхъ* [§ 426], хотя бы одинъ изъ нихъ дѣйствовалъ съ умысломъ, а другой — по небреженію! Здѣсь нѣтъ ничего страннаго. „Преимущественная причина“ можетъ быть принята лишь тогда въ уваженіе, когда тотъ, кто „преимущественно причинилъ“, требуетъ возмѣщенія убытковъ: лишь въ этомъ случаѣ законодатель имѣетъ поводъ облагать преимущественную причину правовыми послѣдствіями: противъ истца его требованіе *должно*. Кто же предъявляетъ требованіе о распределеніи отвѣтственности изъ § 426, — ищетъ изъ совѣтъ особаго правового основанія: его требованіе отношею не *должно*!



должен prima facie руководить судью въ интересующемъ насъ вопросѣ. Судья долженъ изслѣдовать—какая изъ сторонъ была «преимущественной причиной» наступившаго вреда.

Какими приемами долженъ онъ пользоваться при этой работѣ?

Мы видѣли выше [ч. I, гл. III, § 3], что большинство адвокатовъ *адекватной теоріи* [Rümelin, Traeger, Litten, Leuden и др.] не признаютъ возможности взвѣшивать степени причиненія. Нельзя—говорятъ они—установить степени въ нашемъ сужденіи о *вѣроятіи*! Что насъ поражаетъ въ этомъ аргументѣ, — это противорѣчіе его со всей сущностью самой же адекватной теоріи.

Сами представители адекватной теоріи (см. выше ч. I, гл. III, II) исходятъ отъ понятія «благопріятствованія», известная интенсивность котораго отмѣчаетъ рубежъ между простымъ *условіемъ* и адекватной *причиной*.

Мы недоумѣваемъ: почему же юристамъ для построенія адекватной причины не служитъ препятствіемъ то что служитъ препятствіемъ для соизмѣренія каузальной силы двухъ причинъ?

Почему большая или меньшая интенсивность «благопріятствованія» допустима для отличія *условія* отъ *причины* и не допустима для сравненія одной причины съ другой?

Тщетно мы искали отвѣта на наше недоумѣніе въ литературѣ вопроса!

Правда, нѣкоторые юристы выдвигаютъ такое сомнѣніе: «какъ выразить эти степени возможности въ числахъ?»<sup>1)</sup>

Намъ кажется, что германскіе юристы испугались признанія несуществующаго затрудненія.

Вѣдь, мы не должны осложнять себя тѣми задачами, которыя на насъ законъ (§ 254 B. G. B.) и не возлагаетъ!

<sup>1)</sup> Traeger, о. с. 353.

Все что хочетъ сказать законодатель есть—чье поведеніе изъ двухъ дѣятелей болѣе эффективно, чѣмъ другое?

Законъ вовсе и не возлагаетъ той непосильной задачи, которую берутъ на себя юристы,—именно, выразить точной арифметической формулой каузальное отношеніе того и другого поведенія въ вреду!

Намъ и не надо опредѣлять степени вѣроятія съ такой же точностью, съ какой опредѣлится въ известной категоріи случаевъ степень участія двухъ силъ въ воспроизведеніи результата по формулѣ *Birkmeyer'a*; напр. *A* даетъ 9 фунт. пороку, а *B*—1 ф. Взрывъ обязанъ въ 9 частяхъ *A*, а въ 1 части—*B*. Что намъ важно,—это узнать суммарно,—какая изъ двухъ причинъ играетъ большую роль сравнительно съ другой. Если напр. 10-лѣтній мальчикъ и 10-лѣтняя дѣвочка тянутъ за веревку, къ которой привязана гиря въ 5 пудовъ, мы можемъ смѣло сказать, что *обычно* мальчикъ сильнѣе своей сверстницы. *Насколько* сильнѣе—узнавать это не представляетъ большого интереса. Важенъ фактъ въ его общемъ значеніи.

Конечно,—на чьей сторонѣ лежитъ «преимущественная причина»—тотъ неизбежно несетъ и большую ответственность. Опредѣлить точный размѣръ ея на той и другой сторонѣ—это дѣло сувереннаго усмотрѣнія судьи, который принимаетъ въ соображеніе еще и другія обстоятельства.

Признаніе *каузальнаго* момента въ качествѣ масштаба для распредѣленія убытковъ между сторонами не связано и съ вопросомъ о *длительности результата*.

Мы считаемъ глубокимъ заблужденіемъ со стороны тѣхъ авторовъ, которые эти вопросы ставятъ во взаимную связь, и приходятъ истому къ отрицанію годности каузальнаго момента въ указанной роли.

На самомъ дѣлѣ, намъ надо выяснитъ лишь одно: *какое поведеніе болѣе благопріятствовало, чѣмъ другое, наступленію результата*. Насъ нисколько не интересуетъ пускаться

въ метафизическія изслѣдованія того, — *какую часть* результата оно произвело!

Какими же приемами должны мы пользоваться для установленія преимущественнаго причиненія?

Во всѣхъ случаяхъ, когда несчастіе обязано дѣятельности двухъ лицъ — делинквента и потерпѣвшаго, дѣяніе одного является главной причиной, дѣяніе другого конкурирующей причиной.

Не надо, впрочемъ, думать, что отъ делинквента всегда исходитъ главная причина.

Правда, въ литературѣ вопроса принято брать поведеніе непосредственнаго причинителя несчастія (отвѣтчика), такъ сказать, за мертвую точку, за исходный пунктъ для сравненія съ виной потерпѣвшаго.

Однако, это построеніе явно несостоятельно.

Мы, изслѣдуя вопросъ — на чьей сторонѣ первая причина, и на чьей — конкурирующая причина, должны оторвать результатъ катастрофы [искалѣченіе человѣка] отъ конкретной обстановки событія.

Возьмемъ такой примѣръ: на многолюдной улицѣ моторъ раздавилъ прохожаго, неосмотрительно переходящаго улицу.

Всѣ изслѣдователи, не задумываясь, берутъ первой причиной всегда дѣятельность моториста, для нихъ дѣятельность потерпѣвшаго всегда — конкурирующая, такъ какъ они неразрывно связываютъ ходъ мотора съ фактомъ искалѣченія.

Мы должны быть объективнѣе! Надо всегда брать случай не такъ, какъ онъ намъ представляется, а какъ результатъ создавшихъ его силъ. Нельзя становиться на точку зрѣнія случайнаго свидѣтеля — прохожаго, или читателя уличной газеты, воспринимающихъ, такъ сказать, сенсационную часть «происшествія» и отъ которыхъ ускользаетъ дѣйствительное развитіе несчастнаго случая.

Печальный фактъ (искалѣченіе человѣка) an und für sich —

имѣеть самостоятельное бытіе, которое обязано ходу мотора на глазахъ лишь тѣхъ, кто слишкомъ поздно прибѣжалъ къ мѣсту несчастія, и съ трупа переводитъ глаза на моторъ, какъ на первую причину несчастія.

Всякое несчастіе представляется, какъ столкновеніе двухъ тѣлъ. Одно изъ нихъ «потерпѣло», такъ какъ обладало меньшей степенью сопротивленія.

Но достаточно ли это послѣднее обстоятельство для сужденія объ отвѣтственности?

Съ точки зрѣнія чувства такая симпатія къ жертвѣ допустима. Но съ точки зрѣнія правосудія?

Развѣ болѣе твердый предметъ одинъ самъ по себѣ вызвалъ столкновеніе? Его крѣпость пошла ему на пользу — онъ остался цѣль, а потому и оказался «раздавленнымъ» другой предметъ.

Въ вопросѣ о преимущественной причинѣ, поэтому, надо остерегаться *силу* принимать за *причину*.

Надо узнать, кто былъ *иниціаторомъ* происшествія.

Для этого изслѣдованія само свойство *потерпѣвшаго*, какъ такового, само по себѣ безразлично.

Быть можетъ, если бы потерпѣвшій шелъ не тѣшкомъ, а ѣхалъ на еще болѣе громоздкомъ экипажѣ, чѣмъ моторъ, при тѣхъ же самыхъ обстоятельствахъ, — отъ моториста остался бы трупъ, и тогда, — въ зависимости отъ этого случайнаго условія, — *первой* причиной сталъ бы тотъ, кто въ первомъ случаѣ былъ лишь *конкурирующей* причиной.

Итакъ, мы должны изслѣдовать, на чьей сторонѣ — главная причина, и на чьей — конкурирующая причина.

И при этомъ изслѣдованіи различіе положеній сторонъ въ процессѣ [делинквентъ — отвѣтчикъ, потерпѣвшій — истецъ] — для насъ не имѣетъ никакого значенія. Что бы быть справедливыми, надо отвѣститься отъ этой пассивной роли потерпѣвшаго и разсматривать его, какъ соучастника въ одномъ несчастіи, какъ будто дебаты имѣли мѣсто между двумя со-

делинквентами, и рѣчь шла бы о распредѣленіи между ними бремени убытка <sup>1)</sup>).

Какими же приемами мы должны воспользоваться для разрѣшенія поставленной нами задачи?

Прежде всего, мы устанавливаемъ такое правило:

При изслѣдованіи «*преимущественной причины*» мы должны отвѣститься отъ конкретной обстановки данного случая. Если мы не внесемъ извѣстной дозы абстракціи въ сужденіе о каузальности содѣйствія каждой причины, мы впадемъ въ ошибочный выводъ философско-логической школы о равномъ содѣйствіи всѣхъ сопричинъ. Изслѣдуя одну причину, мы мысленно должны откинуть другую причину, какъ *реальность*. Мы спрашиваемъ такъ: вызываетъ ли одно поведеніе an sich [т. е. безъ принятія въ соображеніе другого поведенія]—ожиданіе данного рода результата съ бѣльшимъ вѣроятіемъ, чѣмъ другое поведеніе?

При этомъ, фактическое существованіе другого поведенія мы принимаемъ не какъ реальность, а какъ простую возможность.

Напр. если два велосипедиста безъ звонковъ и безъ фонарей мчатся навстрѣчу другъ другу по серединѣ улицы, то столкновеніе обязано *равносильному причиненію* обоихъ велосипедистовъ.

Другое дѣло,—если одинъ (№ 1) загибаетъ съ пустынной улицы въ многолюдную, а другой (№ 2)—обратно. Или одинъ (№ 1) ѣдетъ, вопреки полицейскимъ правиламъ, по

<sup>1)</sup> Мы не должны упускать изъ виду, что это—лишь *методъ* для достиженія практической цѣли: *распредѣлитъ каузальныя роли между сторонами*. Но мы не должны все же забывать положеніе сторонъ въ процессъ: истецъ есть потерпѣвшій, и отвѣтчикъ есть делинквентъ. Это существенно важно, такъ какъ при распредѣленіи отвѣтственности между сторонами мы имѣемъ принципиально дѣло не съ абстрактными (каузальными) силами, а первымъ дѣломъ—съ делинквентомъ, какъ таковымъ, въ интересахъ котораго и *предпринимается изслѣдованіе поведенія потерпѣшаго*. Въ этомъ—корень всей проблемы; изъ него вытекаетъ масса практическихъ выводовъ.

лѣвой сторонѣ, а другой (№ 2)—по узаконенной—правой сторонѣ.

Въ поведеніи № 1 въ обоихъ случаяхъ лежитъ большее *благопріятствованіе* результата, такъ какъ,—откидывая даже мысленно поведеніе № 2,—мы можемъ сказать, что по правиламъ жизни, поведеніе № 1 обычно вызываетъ болѣе часто несчастіе, чѣмъ поведеніе № 2.

Нельзя возражать, что это было бы равносильно смѣшенію понятій *вины* и *причины*.

На самомъ дѣлѣ велосипедистъ № 1 болѣе *виновенъ*, чѣмъ № 2, именно, потому, что его поведеніе болѣе *каузально!* <sup>1)</sup>).

Тотъ же приемъ мы должны использовать, если оба поведенія не совпадаютъ во времени.

Напр. оружейному мастеру дано ружье для чистки; оно заряжено. При чисткѣ оно разряжается и ранитъ мастера.

Мы смѣло можемъ утверждать, что *степень вѣроятія* результата болѣе высока на сторонѣ поведенія хозяина ружья, чѣмъ поведеніе мастера.

Въ самомъ дѣлѣ, если мы откинемъ поведеніе послѣдняго, какъ *фактъ*, то мы придемъ къ выводу, что неосторожность перваго дѣятеля уже хранила въ себѣ такую сильную дозу *благопріятствованія* результата, что передъ ней ступеневывается значеніе того дѣянія, которое лишь реализировало это благопріятствованіе.

<sup>1)</sup> Чѣмъ больше лицо уклоняется въ своемъ поведеніи отъ поведенія вопиющаго р. ф., тѣмъ болѣе опасность порождаетъ онъ для гражданского оборота, т. е. всѣхъ третьихъ лицъ, соприкасающихся со сферой его дѣятельности. Такъ какъ этотъ объективный элементъ входитъ въ понятіе *вины*, то ясно, что въ большинствѣ случаевъ эта операція приводитъ къ сравненію *взаимной вины*. Это, однако, не даетъ намъ права замѣнить въ принципѣ понятіе *причины* понятіемъ *вины*, и мы всегда должны имѣть въ виду исключительную *каузальную* связь и сравнивать степень участія того и другого поведенія въ созданіи результата. Если бы мы (*de lege ferenda*) выставили критеріемъ взаимную интенсивность *вины*, то мы считались бы prima facie съ субъективными моментами,—что не отвѣчаетъ нашей цѣли.

Вѣдь, развѣ нашъ житейскій опытъ не говоритъ намъ что огнестрѣльное оружіе есть такой предметъ, вокругъ котораго вѣчно рождаются «недоразумѣнія» и несчастія? Хозяинъ, увѣренный, что ружье разряжено, шутя приближается, спускаетъ курокъ... и убиваетъ своего лучшаго друга. Хроника происшествій полна такихъ несчастій. И развѣ тотъ же житейскій опытъ не позволяетъ намъ съ тѣмъ болѣе вѣрнѣе предвидѣть ex ante, что, если хозяинъ выпускаетъ изъ своихъ рукъ ружье,—такъ сказать, пускаетъ его въ оборотъ [посылаетъ съ прислугой къ мастеру, ружье принимается ученикомъ для передачи и т. п.], то несчастіе грозитъ неопредѣленному числу лицъ. Разъ заряженное ружье пошло «гулять по рукамъ», да еще, какъ разряженное [«для чистки»], напередъ надо ждать несчастія, если не съ тѣмъ, то съ другимъ лицомъ.

Въ чемъ же должно заключаться это благопріятствованіе?

Ясный отвѣтъ подсказывается уже предыдущимъ изложеніемъ. Мы пробѣримъ его, откинувъ указанный абстрактный методъ изслѣдованія. Возьмемъ любой казусъ въ его конкретномъ цѣломъ.

Изслѣдуя все разнообразіе житейскихъ случаевъ, которое намъ даетъ судебная практика, мы замѣчаемъ, что во всѣхъ почти отношеніяхъ взаимной вины одно лицо «*occasione praestat*», а другое лицо реализируетъ опасность этой «*occasio*».

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами:

I. Хозяинъ дома не освѣщаетъ лѣстницы дома.

II. Хозяинъ оставляетъ заряженное ружье въ углу горницы.

III. Хозяинъ даетъ заряженное ружье въ чистку.

I. А. Гость бѣжитъ по ней въ темнотѣ и падаетъ. Получаетъ увѣчіе.

II. А. Работникъ шалитъ ружьемъ; ружье выстрѣливаетъ и ранитъ третье лицо.

III. А. При чисткѣ оно выстрѣливаетъ и ранитъ мастера.

IV. Моторъ мчитъ по улицѣ съ неумѣренной скоростью.

V. Большая проститутка не уклоняется отъ своего ремесла.

IV. А. Прохожіи на мостовой зазѣвываясь и попавъ подъ моторъ.

V. А. Гость неосторожно не считается съ опасностью зараженія.

Уже правовое чутье подсказываетъ намъ, что I, II, III, и т. д., а не I А, II А, III А и т. д.—преимущественная (главная) причина несчастія.

«*Qui praestat occasionem*» подвергаетъ опасности *всѣхъ* безъ исключенія лицъ, которымъ была бы нужда войти въ соприкосновеніе съ созданной опасностью.

Неосвѣщенной лѣстницей могутъ воспользоваться сотни лицъ—жильцы дома, случайные гости квартирантовъ и т. п.—лица, хорошо знающія домъ, такъ и лица, входящія въ него впервые. Одни могутъ опрометчиво, не оцупывая дороги, бѣжать по лѣстницѣ,—другіе могутъ идти оцупью, медленно.

И что же? Развѣ не надъ *всѣми* нами виситъ опасность сломать себѣ ногу или голову, и, именно, вслѣдствіе темноты? Развѣ, несчастный случай непременно предполагаетъ *вину* на сторонѣ потерпѣвшаго?

Мы можемъ выставить такое положеніе: та причина является *не преимущественной*, которая,—*предполагая на личность другой occasio*,—не нуждается быть усиленной ясно выраженнымъ моментомъ *вины*, чтобы создать результатъ. Эта уже *occasio* хранитъ въ себѣ столь интенсивное благопріятствованіе результата, что не предполагаетъ непременно еще усиленія этого благопріятствованія *виновнымъ* поведеніемъ другого лица.

А передавъ мастеру въ чистку старое оставшееся неразряженнымъ ружье. Мастеръ приступаетъ къ чисткѣ, не удостоившись сначала въ безопасности ружья. Ружье выстрѣливаетъ и ранитъ мастера.

Конечно, не будь неосторожности мастера,—не была бы опасна и неосторожность *A*.

Но, развѣ мы можемъ всегда утверждать, что не будь неосторожности мастера,—не наступило бы результата? Вѣдь, ружье могло выстрѣлить и прежде чѣмъ мастеръ приступитъ къ чисткѣ и даже—проврѣлкѣ ружья! Наоборотъ,—никакая неосторожность мастера не является опасной,—безъ перваго условія—наличности *casus*, положенной *A*!

Не трудно подмѣтить одну общую черту во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ. Главная причина—на той сторонѣ, *нѣчей* должна лежать большая инициатива въ дѣлѣ отвращенія несчастія [эвентуально—чужой неосторожности]. Наше правовое чутье и потребности гражданскаго оборота суверенно рѣшаютъ этотъ вопросъ <sup>1)</sup>.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами.

Несчастный случай (искалѣченіе человѣка) обязанъ тому, что моторъ на улицѣ задавилъ неосторожнаго прохожаго.

Гдѣ—первая причина? Правовый порядокъ можетъ требовать первымъ дѣломъ отъ прохожаго осмотрительности (онъ долженъ былъ оглядываться, дать дорогу мотору),—тогда послѣдній и будетъ *первой* причиной; но онъ можетъ въ интере-

<sup>1)</sup> Во французской судебной практикѣ мы находимъ намеки на это построение. Ср. Cass. 31 мая 1895 D. 96, 2, 127; случай столкновенія кучера и велосипедиста. Кассационный судъ рѣшилъ: „велосипедистъ обязанъ къ большей внимательности, разумію и инициативѣ, чѣмъ кучеръ“. На это возражаетъ редакция сборника въ примѣчаніи: какъ кучеръ, такъ и велосипедистъ должны „*porter dans sa marche toute la circonspection, la prudence et l'initiative dont il est capable*“.—На нашъ взглядъ, это въ сущности вѣрное замѣчаніе не опровергаетъ нашей конструкции. На самомъ дѣлѣ, говоря о томъ что та или другая сторона должна была большей инициативой для отвращенія опасности, мы не имѣемъ въ виду, какъ это и явствуетъ изъ нашего изложенія, умалить на сторонѣ делинквента степень требуемой „*prudence et l'initiative dont il est capable*“: мы хотимъ лишь сказать, что вниманіе и инициатива жертвы принесли бы въ конкретномъ случаѣ болѣе пользы въ отвращеніи событія, чѣмъ вниманіе и инициатива его противника; а потому его упущеніе отличается болѣею каузальной интенсивностью въ созданіи происшествія.

ресахъ общественной безопасности требовать на первомъ планѣ, что бы моторъ свернулъ передъ прохожимъ [= первая причина].

Конструкція такова: при соблюденіи мотористомъ всѣхъ (полицейскихъ) правилъ осторожности,—неосторожность потерпѣвшаго осталась бы безвредной.

Конечно, тоже можно сказать и при обратномъ отношеніи: при осторожности потерпѣвшаго—неосторожность моториста не имѣла бы печальныхъ послѣдствій.

Корень вопроса, такимъ образомъ, сводится къ тому,—къ кому правовой порядокъ предъявляетъ въ интересахъ общественныхъ болѣе требованій.

Мы можемъ стать на такую точку зрѣнія: шофферы и кучера ѣдутъ своей дорогой; они считаются съ другими экипажами; но они не могутъ непрерывно оглядываться на право и на лѣво, что бы удостовѣриться, не сходитъ ли кто нибудь съ тротуара. Прохожій же, который хочетъ перейти улицу, знаетъ, что онъ хочетъ пересѣчь дорогу людямъ, которые, такъ сказать, находятся въ своей сферѣ. Ему и должна принадлежать инициатива движенія. Если случится несчастіе,—въ громадномъ большинствѣ случаевъ, онъ является *первой* причиной своего увѣчія.

Въ этомъ смыслѣ мы встрѣчаемъ рѣшенія въ германской судебной практикѣ <sup>1)</sup>.

Наоборотъ, мы можемъ исходить изъ того соображенія, что кучеръ обязанъ остановиться передъ препятствіемъ.

Пѣшеходъ, вступая на мостовую, вповне, если не убѣдиться сначала въ безопасности перехода улицы отъ коннаго и парового движенія. Но разъ онъ находится на улицѣ,

<sup>1)</sup> R. G. Eisenb. E. Bd. XXI, 378; *Recht*, 1905, 106, № 385: „Чѣмъ сильнѣе развивается оборотъ на улицахъ,—тѣмъ болѣеія требованія должны быть предъявляемы къ пѣшеходамъ и ѣздокамъ, дабы они избѣжали опасности отъ повышеннаго движенія на улицахъ“.

онъ можетъ продолжать свой путь, не навлекая на себя упрека въ винѣ: шофферы обязаны принять всѣ необходимыя мѣры, чтобы не причинить вреда пѣшеходамъ.

Такова точка зрѣнія французской судебной практики<sup>1)</sup>.

Еще примѣръ. Явно больная проститутка заражаетъ скверной болѣзью лицо, имѣющее неосторожность не считаться съ опасностью зараженія.

Взвѣсивая «сопричины», мы должны спросить себя: кому изъ нихъ принадлежитъ *инициатива* въ созданіи опасности? Въ этомъ случаѣ—на сторонѣ проститутки лежитъ *первая* причина, такъ какъ наше правовое сознаніе требуетъ, именно, что бы она уклонилась отъ своего ремесла,—а не то, что бы молодой человекъ вообще отказался отъ удовлетворенія половыхъ потребностей.

Намъ думается, что, примѣняя рекомендуемый нами методъ, мы всегда дадимъ рѣшенія, соответствующія правовому чувству юриста, воспитаннаго въ воззрѣніяхъ своей эпохи и своего народа.

Ученіе о причинной связи входитъ тѣбликомъ въ науку права, т. е. науку социальную, которая управляется не физическими законами, а законами социальными. Поэтому, та теорія наилучшая, которая вытекаетъ изъ законовъ социального обществитія. Эти законы и поучаютъ насъ—съ какой стороны идетъ большее давленіе при данномъ нарушеніи социального организма. А этотъ послѣдній вопросъ совпадаетъ съ вопросомъ—къ кому правовой порядокъ предъявляетъ въ интересахъ общественныхъ больше требованій для устраненія или избѣжанія ненормального явленія.

II. Выше мы указали, что въ требованіи виновнымъ потерпѣвшимъ убытковъ полностью лежитъ *dolus generalis*.

<sup>1)</sup> Cass. 11 нояб. 1891 D. 92, 1, 427; Cour d'Amiens, 27 июля 1905 D. 1908, 2, 316; 1 авг. 1905 D. 1908, 2, 316.

Судъ, руководствуясь принципомъ *доброй вѣры* (Treu und Glauben), обязанъ понизить его притязаніе въ той справедливой мѣрѣ, въ какой убытокъ не можетъ быть приписанъ каузальной дѣятельности делинквента. «Препимущественная причина» есть важнѣйшее обстоятельство для сужденія—поскольку въ требованіи потерпѣвшаго лежитъ погрѣшность протявъ доброй вѣры. Но уже ссылка на принципъ «*доброй вѣры*» указываетъ, что этотъ масштабъ не можетъ быть единственнымъ.

На ряду съ нимъ, *акцессорно* мы должны допустить и уваженіе *степеней вины*<sup>1)</sup> той и другой стороны, *поскольку онъ имѣютъ отношеніе къ возникшему вреду*<sup>2)</sup>.

Оправданіемъ допущенія такого акцессорнаго масштаба служить то соображеніе, что чѣмъ болѣе мы осуждаемъ образъ дѣйствія одной стороны, тѣмъ меньше значенія мы обычно придаемъ каузальной дѣятельности противной стороны. А такъ какъ весь институтъ зачета вины покоится на справедливой идеѣ равномернаго распределенія ответственности между сторонами, то здравая судебная практика въ этой работѣ необходимо должна считаться и со степенью *вины* той и другой стороны. И этому не можетъ служить помѣхой то соображеніе, что современное право не имѣетъ тенденціи соразмѣрять объема ответственности со степенью вины, и что соображеніе степени вины было бы возвратомъ къ давно опровергнутой теоріи, разсматривавшей возмѣщеніе вреда сквозь призму наказанія виновнаго.

<sup>1)</sup> Что надо понимать подъ *виной* потерпѣвшаго,—на этотъ вопросъ мы установили нашу точку зрѣнія выше (гл. III).

<sup>2)</sup> На этой почвѣ и § 254 B. G. B., который предоставляетъ распределеніе убытковъ усмотрѣнію судьи первымъ дѣломъ „nach den Umständen“ отдѣльнаго случая; не можетъ быть сомнѣнія, что къ этимъ „обстоятельствамъ“ принадлежитъ и степень вины той и другой стороны. Таково—общее мнѣніе германскихъ ученыхъ.

Если психологическое родство <sup>1)</sup> понятий наказания и возмещения вреда и забыто в сфере одностороннего возмещения убытков делинквентом, то это забвение вполне разумно; ибо не целью наказания преследует законодатель, устанавливая обязанность возместить вред: в интересах справедливости к потерпевшему он отвлекается от идеи наказания, с той целью, что бы возложить *весь* вред на плечи правонарушителя. Но, раз об одностороннем возложении убытка на делинквента не может быть и речи (в случаях обоюдной вины), то законодатель не имеет уже основания пренебрегать пенальной идеей. Если справедливость к ответчику требует, что бы убыток был распределен по мере личного участия каждой стороны в создании вреда, то мы не можем не считаться, хотя бы акцессорно, и со степенью вины той и другой стороны.

Съ этой точки зрѣнія, при равной интенсивности двухъ винъ [легкая вина—легкая вина, тяжелая вина—тяжелая вина] на обѣихъ сторонахъ, большая часть ответственности падаетъ на того, на чьей сторонѣ—*преимущественная причина*.

*Тяжелая* вина потерпевшаго можетъ отбросить виновную каузальность, исходящую отъ делинквента, и при наличности легкой вины и конкурирующей причинности дѣянія делинквента—свести до нуля его ответственность.

*Легчайшая* вина потерпевшаго, наоборотъ, если его поведение не является главной причиной несчастія, должна приниматься судьей въ соображеніе лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Вѣдь, въ рѣдкихъ случаяхъ делинквентъ не найдеть что упрекнуть потерпевшему! <sup>2)</sup> Конечно, потерпевшій,

<sup>1)</sup> Kahlenbeck, Von den Pandekten II, стр. 126 называетъ вину „psychologische Wurzel von Strafe und Schadensersatz“.

<sup>2)</sup> Утвержденіемъ, что *легчайшая вина* потерпевшаго способна уже произвести юридическій эффектъ—пониженіе ответственности делинквента,—мы отклоняемся отъ трехъ главнѣйшихъ разсмотрѣнныхъ нами выше [см. ч. I,

какъ добрый хозяинъ, обязанъ передъ своей же личной сферой зорко предусматривать возможные опасности и всемерно отвращать ихъ. Но, съ другой стороны, мы не должны забывать, что жертва призвана къ рачительности въ ея собственныхъ интересахъ; всякаго рода мелкія оплошности въ веденіи своихъ дѣлъ неотъемлемо связаны съ дѣятельностью даже хорошаго хозяина. Съ нами въ принципѣ мы не должны считаться, ибо, по мѣткому выраженію *Proudhon'a* [III, 1513] «on ne doit pas faire le procès à la fragilité humaine».

Умысль потерпевшаго безусловно снимаетъ ответственность делинквента, ибо мысль, какъ мы установили выше, включаетъ въ себя мысленное одобреніе результата <sup>1)</sup>, а потому потерпевшій не можетъ жаловаться на iniuria: «volenti non fit iniuria!» <sup>2)</sup>.

Поэтому, судья и не долженъ входить въ оцѣнку преступнаго настроенія делинквента, разъ онъ констатируетъ

гг. II, § 3, II—IV] доктрина. Оговоркой же—вина должна быть *преимущественной* причиной несчастія—мы отклоняемся отъ теоріи Моммзена [ibid., I]. Соображеніе французскихъ юристовъ, что поведение потерпевшаго нельзя оцѣнивать съ той же строгостью, какъ и поведение делинквента: „il est étranger au fait qui a causé le dommage“ (*Laurent*, XX, 574)—не всегда вѣрно. Не всегда потерпевшій играетъ въ несчастіи указанную пассивную роль; напр. два автомобиля мчатся навстрѣчу другъ другу. При столкновеніи попорченъ одинъ изъ нихъ; попорченъ—не потому, что его хозяинъ былъ въ сторонѣ отъ вредоноснаго факта, а потому что онъ обладалъ меньшей прочностью.

<sup>1)</sup> Правильно соображеніе редакторовъ Проекта Гражд. Улож. [т. V, стр. 528]: „Что же касается того случая, когда потерпевшій съ умысломъ и, следовательно, добровольно допускаетъ неосторожное или даже умышленное причиненіе ему вреда другимъ лицомъ, то этотъ случай, не смотря на вину обѣихъ сторонъ, долженъ быть обрѣченъ на основаніи ст. 1067 проекта, по которой изъяснившій *сomasie* на совершеніе дѣянія, причинившаго ему вредъ, не въ правѣ требовать вознагражденія“.

<sup>2)</sup> Contra: *Motive*, II, стр. 24: „Взвѣшиваніе взаимной вины можетъ при известныхъ обстоятельствахъ, и въ особенности, при должномъ поврежденіи, вести къ игнорированію соотствующаго небреженія потерпевшаго. Но норма Проекта (§ 222) сохраняетъ силу въ принципѣ и въ случаяхъ умышленнаго поврежденія“.—Впрочемъ, германская судебная практика, опираясь на „природу вещей“, склонна придавать умыслу потерпевшаго значеніе момента, безусловно снимающаго ответственность делинквента.

умысль потерпѣвшаго<sup>1)</sup>. Исключеніе иска въ этомъ случаѣ лежитъ въ природѣ вещей.

Мы должны оговориться здѣсь же, что подъ умысломъ (dolus) мы разумѣемъ только *умысль*, но ни въ какомъ случаѣ не приравниваемый ему въ извѣстныхъ юридическихъ послѣдствіяхъ *culpa lata*.

Старая школа юристовъ<sup>2)</sup> стояла на почвѣ отождествленія этихъ понятій даже и въ ученіи о зачетѣ вины. Мы считаемъ такое построеніе рѣшительно неправильнымъ. Dolus, характеризуемый, какъ *malus*, и содержащій моментъ *improbitas*, не количественно, а качественно отличается отъ *culpa lata* [I. 12 § 1, I. 14 § 3 D. 47, 2]. Поэтому, хотя «*lata culpa dolo comparabitur*», т. е. они идентичны, что касается юридическихъ послѣдствій, но ихъ юридическая природа различна, а потому ихъ отождествленіе немислимо въ области компенсаціи, гдѣ требуется тождественность объектовъ въ ихъ сущности, а не въ ихъ эффектахъ, ибо лишь то подлежитъ компенсаціи, что «*ex pari specie*» (Pauli Sent. II, 5, § 3) и «*quod eiusdem generis et naturae est*» (Gaj. Inst. IV, 66)<sup>3)</sup>.

Отсюда—выводы: умысль делинквента не можетъ быть компенсированъ тяжелой виной потерпѣвшаго; тяжелая вина делинквента не устанавливаетъ безусловной отвѣтственности его, точно также какъ и тяжелая вина потерпѣвшаго не исключаетъ безусловно и изначала отвѣтственности делинквента.

Если мы оставимъ въ сторонѣ исключительный случай

<sup>1)</sup> О *compensatio doli* см. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten, I, стр. 447.  
<sup>2)</sup> *Mommsen*, II, 258; *Glück*, IV, § 323; *Chironi*, Colpa contrattuale, 339.  
<sup>3)</sup> *Castellari*, Della Legge Aquilia, Arch. Giuridico, XXII (1879), стр. 341.  
*Enneccerus-Lehmann*, I, стр. 293; *Endemann*, I, 645.—Матеріалы къ В. Г. В. также указываютъ на существенное различіе тяжести вины и умысла, но при прямомъ указаніи на то, что въ отдѣльномъ случаѣ различіе между обоими понятіями легко стирается „insbesondere dann, wenn man auch den sog. *dolus eventualis* ins Auge fassen, sich häufig schwer bestimmen lasse“ [Protok. III, № 192, V, стр. 135].

умысла на сторонѣ потерпѣвшаго, то въ прочихъ случаяхъ взаимной вины, всякихъ абсолютныхъ правилъ установить мы не можемъ.

Мы настаиваемъ на томъ, что въ распредѣленіи убытковъ по акцессорному принципу *виновности* судья должна быть предоставлена полная свобода усмотрѣнія.

Мы возложили бы на судью трудъ разрѣшенія квадратуры круга, если бы потребовали отъ него мотивировки и обоснованія—почему онъ остановился въ данномъ случаѣ на однихъ квотахъ, а не на другихъ! *Aequitas* не можетъ быть уложена въ арифметическія формулы. Недовѣріе же къ дѣятельности судьи должно быть устранено другими мѣрами, но отнюдь не требованіемъ отчета въ той области, которая по своей природѣ входитъ въ область сувереннаго судейскаго усмотрѣнія!

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами.

Хозяинъ не освѣтилъ сѣней дома. Истица въ чужомъ ей незнакомомъ домѣ быстро бѣжала въ темнотѣ и натолкнулась объ ступеньку и разбѣлась.

Здѣсь: на сторонѣ хозяина—преимущественная причина, на сторонѣ потерпѣвшей—конкурирующая причина, [см. выше стр. 428—429]. Но на сторонѣ потерпѣвшей—*culpa lata*. Кто въ темнотѣ вступаетъ въ чужой домъ, тотъ обязанъ двигаться впередъ медленно и осторожно, ибо никто не имѣетъ основанія считать, что сѣни дома вполне свободны отъ всякаго рода препятствій и во всякое время допускаютъ свободную бѣготню<sup>1)</sup>.

Если бы истица не допустила *culpa lata*, ея неосторожность [не зажгла огня, не оцупала дорогу и т. д.] имѣла

<sup>1)</sup> R. G. 21 дек. С5 J. W. 1906/35, стр. 110; *Grüch. B.* 47, 43. Надо разл. нать, если потерпѣвшій „in eiligsten Tempo durch das fremde Haus getü t“ (=culpa lata), или „вдѣть шагомъ, но безъ особенной осторожности“ (culpa levis).



бы результатомъ незначительное пониженіе отвѣтственности хозяина дома. Судья могъ бы разложить убытокъ (1000 м.) на двѣ квоты:  $\frac{4}{5}$  (800 м.)—на хозяина дома,  $\frac{1}{5}$  (200 м.)—на истцу.

Въ этихъ доляхъ приблизительно выражается пропорція каузальностей вины той и другой стороны.

Благодаря, *culpa lata*— $\frac{4}{5}$  убытка (800 м.) подлежатъ новому распределенію по принципу вины: здѣсь преимущественная вина будетъ на сторонѣ истцы, а потому  $\frac{4}{5}$  убытка (640 м.) несетъ она, и  $\frac{1}{5}$  (160 м.)—хозяинъ дома.

И тотъ же отвѣтъ мы дадимъ,—независимо отъ возраста потерпѣвшей: будетъ ли ей 14 л. или 24 года—наше рѣшеніе будетъ одно и то же; ибо праву важна *виновность поведенія* (*ap sich*), а не *виновность лица* <sup>1)</sup>.

Еще примѣръ. Лошадь понесла, испугавшись шума отъ жел.-дор. поѣзда. Велосипедистъ думалъ проскочить мимо лошади, ускоривъ ходъ, но не рассчиталъ и попалъ подъ экипажъ <sup>2)</sup>.

Велосипедистъ, управляющій легкой машиной, слушающійся малѣйшаго движенія руки и ноги, всегда обязанъ болѣе *широкой индивидуальной инициативой*, въ дѣлѣ предотвращения несчастія, чѣмъ кучеръ, не могущій справиться со взбѣсившейся лошадыю. Онъ долженъ поэтому разсматриваться, какъ *преимущественная причина* столкновенія.

Справедливо было бы возложить прѣмѣрно  $\frac{3}{5}$  убытка на велосипедиста и  $\frac{2}{5}$  на хозяина лошадей.

Если по обстоятельствамъ дѣла будетъ установлено, что велосипедистъ допустилъ *culpa levis*, а кучеръ *culpa*

<sup>1)</sup> Въ последнемъ вопросѣ германская доктрина (см. выше стр. 158сл.), и судебная практика (см. т. II) стоятъ на другой точкѣ зрѣнія.—Какъ будто дѣяніе перестало быть *виновнымъ*, потому что оно исходитъ отъ лица недееспособнаго! Какъ будто, отданіе справедливости делинквенту зависитъ отъ случайнаго момента—возраста потерпѣвшаго!

<sup>2)</sup> Cass. 31 Mai 1895 D. 96, 2, 127.

*lata* [напр. ему хорошо была извѣстна пугливость лошадей, но онъ не принялъ мѣръ противъ дѣя пслуга], то въ эти квоты должно быть внесено дальнѣйшее измѣненіе: отвѣтственность хозяина лошадей должна быть повышена, напр. до  $\frac{1}{2}$  убытка.

Еще примѣръ. Козловскій предъявилъ искъ въ Либавскомъ О. С. къ А. Рейсгофу о 3000 р. вознагражденія за тѣлесное поврежденіе, причиненное его сыну Ивану, 8 лѣтъ, при слѣдующихъ обстоятельствахъ: въ декабрѣ 1896 г. въ третью часть дня Иванъ, вскочивъ на запятки савей возка Р., поранилъ себѣ колѣно однимъ изъ гвоздей, волкнутыхъ остриемъ вверхъ въ ремень, прикрѣпленный, по распоряженію Рейсгофа, на площадкѣ савей съ цѣлю воспрепятствовать дѣтямъ вскакивать на запятки <sup>1)</sup>.

Согласно нашей теоріи, поведеніе *Ивана* стоитъ въ причинной связи съ несчастіемъ. Ибо онъ потерялъ увѣніе, именно, какъ шалунъ, а этого достаточно для установленія въ этомъ типѣ отношеній причинной связи между инкриминируемымъ поведеніемъ и вредомъ. Но вредъ обязанъ и факту нахождения гвоздей, т. е. дѣятельности г. Рейсгофа.

Какая же *причинность* является въ данномъ казусѣ преимущественной?

Намъ кажется—та, которая лежитъ на сторонѣ Рейсгофа.

Къ этому выводу приводитъ насъ примѣненіе тѣхъ приемовъ взвѣшванія причинности, которые мы установили выше.

Если мы откинемъ поведеніе потерпѣвшаго Ивана, какъ *фактъ*, то мы констатируемъ, что поведеніе Рейсгофа *in abstracto* хранитъ въ себѣ такую сильную дозу *благопріятствованія* результата, что поступокъ потерпѣвшаго отступаетъ на второй планъ. Въ самомъ дѣлѣ, та обстановка, которую создалъ Рейсгоффъ, угрожала неопредѣленному числу лицъ, которыя

<sup>1)</sup> Дѣло, слушавшееся въ Сенатѣ. Засѣданіе Гражд. Кас. Деп. 22 янв. 1903 г.

могли бы войти въ соприкосновеніе съ созданной опасностью, независимо отъ степени ихъ виновности.

И съ обобщающей точки зрѣнія мы приходимъ къ тому же выводу.

Если мы сравнимъ обычность поведенія того и другого лица, то безспорно дѣйствіе Рейсгофа является фактомъ необычайнымъ, исключительнымъ, котораго никто не могъ ожидать, и съ которымъ поэтому никто не могъ считаться, а, съ другой стороны, поступокъ *Ивана* былъ также обыченъ, какъ обычны всякія шалости уличныхъ мальчишекъ.

Въ этомъ отношеніи, *инициатива* въ дѣлѣ отвращенія несчастія несомнѣнно принадлежитъ самому Рейсгофу.

Распредѣляя убытки по принципу *преимущественнаго причиненія*, мы можемъ возложить примѣрно  $\frac{3}{5}$  на Рейсгофа и  $\frac{2}{5}$  на *Ивана*.

Но это подлежитъ дальнѣйшему исправленію по критерию *виновности*.

Всякія шалости, какъ бы они ни были житейско обычны, сами по себѣ, всегда позволяютъ шалуни предвидѣть, какъ общую возможность, печальное послѣдствіе. Шалуны, вскакивающій на ходу на подножку экипажа, можетъ предвидѣть и то, что онъ можетъ подскользнуться и то что онъ можетъ напороться на старые гвозди, по неосторожности не забытые кучеромъ и т. д. Конечно, мы должны быть снисходительны къ такому потерпѣвшему;—не потому, что онъ по своему неразумію не сознавалъ вполне вредности своего дѣянія, а потому что поведеніе его (*lascivia*), по обстоятельствамъ дѣла, не возмущаетъ насъ своимъ уклоненіемъ отъ желаемого поведенія, такъ какъ само по себѣ оно не угрожаетъ неизбѣжнымъ вредомъ. Простодушная шалость всегда—*culpa levis*.

Здѣсь возрастъ потерпѣвшаго важенъ, не какъ условіе вѣщенія, а исключительно, какъ указатель на *объективный* характеръ дѣянія.

На сторонѣ *Рейсгофа* также лежитъ *вина*. Умысла на

его сторонѣ могло и не быть, но крайней мѣрѣ одинъ фактъ устройства ловушки не говорить объ умыслѣ.

Онъ желалъ не увѣчья мальчика, а лишь—отпугнуть его отъ забавы. Мысленно онъ одобрялъ результата. Но, съ другой стороны, «онъ предпринялъ такія дѣйствія, вредъ и опасность которыхъ не могли и не должны были оставаться ему неизвѣстными» (ст. 3296 Св. М. Уз.), т. е. онъ виновенъ въ грубой неосторожности.

Вотъ почему, доля ( $\frac{2}{5}$ ) отвѣтственности Рейсгофа подлежитъ дальнѣйшему повышенію, скажемъ, примѣрно до  $\frac{4}{5}$  убытка<sup>1)</sup>.

Мыслима и такая возможность, что гвозди на подножкѣ были вбиты безъ умысла, а оставались тамъ по неосторожности хозяина или кучера.

Въ такомъ случаѣ, какъ на сторонѣ отвѣтника, такъ и истца лежитъ равная вина—*culpa levis*. Поведеніе потерпѣвшаго будетъ преимущественной причиной несчастія. Поэтому, убытокъ по каузальному критерию будетъ разложенъ въ  $\frac{1}{5}$  на отвѣтника, и въ  $\frac{4}{5}$  на истца. И далѣе по принципу вины,  $\frac{1}{5}$  подлежитъ дѣлежу пополамъ между равно виновными сторонами. Въ итогѣ, хозяинъ экипажа отвѣтилъ бы за  $\frac{1}{10}$  вреда.

Мы полагаемъ, что наши выводы справедливы.

Что касается *умысла* делинквента, то въ литературѣ вопроса принята такая формула: «*умыселъ* делинквента не компенсируется *виной* потерпѣвшаго».

Эта формула нуждается въ поправкахъ и оговоркахъ.

Надо различать,—на что былъ направленъ умыселъ.

Интеллектуальное содержаніе умысла, есть *предвидѣніе* и *одобреніе* извѣстнаго факта (см. выше стр. 308—309).

<sup>1)</sup> Въ конкретномъ случаѣ убытокъ, заявленный въ суммѣ 3000 р. долженъ быть распредѣленъ такъ: 2400 р. на Р., 600 р. на самого истца.

На что же может быть направлено предвидѣніе и одобреніе?

I. Дѣятель можетъ желать вызвать лишь *самъ правонарушительный фактъ*, напр. пораненіе. При этомъ, для совершения своего преступнаго намѣренія онъ пользуется благоприятной обстановкой, созданной *виной* потерпѣвшаго <sup>1)</sup>).

Кто неосмотрительность (*levis* или *lata*) противника кладетъ въ основу и условіе своего поведенія, кто рассчитываетъ на чужую вину, — тотъ не можетъ сослаться въ свое оправданіе на такую вину: вина потерпѣвшаго является здѣсь лишь какъ бы частью вины того, кто съ нею оперировалъ. Не интенсивность вины доложнаго отвѣтчика, а зависимость отношенія, въ которомъ стоитъ вина потерпѣвшаго къ *умыслу* делинквента ведетъ къ тому, что послѣдній одинъ долженъ быть привлеченъ къ отвѣту.

Въ этой категоріи случаевъ доложный отвѣтчикъ отвѣчаетъ въ томъ же размѣрѣ, какъ и кульпозный. Его отвѣтственность не расширяется. Его умыселъ имѣетъ лишь тотъ эффектъ, что онъ не «компенсируется» *виной* потерпѣвшаго.

Болѣе строгое третированіе *умысла*, такимъ образомъ, не можетъ быть понимаемо въ такомъ безусловномъ смыслѣ, что на плечи доложнаго делинквента возлагается и то, что не можетъ быть приурочено къ его винѣ. Это означало бы не только строгость, но и беспощадность къ такому дѣятелю; послѣдній отвѣчаетъ не въ расширенномъ объемѣ, а въ обычномъ объемѣ, но — за то — отвѣчаетъ безусловно <sup>2)</sup>).

<sup>1)</sup> I. 9 § 4 D. 9. 2: „qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur“; I. 31 D. 9. 2: „quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem“.

<sup>2)</sup> Ср. I. 45 § 1 D. 19, 1. Эвицированный покупщикъ ищетъ *impensa* съ продавца, упустивъ по небрежности предъявить *exc. doli* въ эвиктору: „magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat“! — и независимо отъ того, былъ ли продавецъ *in culpa* или *in dolo*! L. 52 pr. D. 9. 2: *dolus* делинквента направленъ на пораненіе раба. Послѣдующая небрежность хозяина раба не вынуждается, однако, въ отвѣтственность делинквенту.

II. Дѣятель можетъ, кромѣ правонарушительнаго факта, предвидѣть и одобрить *дальнѣйшія слѣдствія* своего дѣянія. Напр. онъ предвидитъ, что пораненіе, вслѣдствіе повѣстной ему *negligentia* потерпѣвшаго приведетъ къ смерти, и онъ рассчитываетъ на это.

Съ принципиальной точки зрѣнія смерть пораненнаго является самостоятельнымъ звеномъ каузальной серіи, не стоящимъ въ причинной связи съ первымъ правонарушительнымъ фактомъ. Кульпозный отвѣтчикъ не отвѣтилъ бы за убытки, послѣдовавшіе изъ этого звена. Отвѣчаетъ ли доложный отвѣтчикъ за *ест* послѣдствія своего дѣянія?

Господствующая доктрина отвѣчаетъ отрицательно.

Романисты <sup>4)</sup> ссылаются на I. 52 pr., I. 30 § 4 D. 9. 2. гдѣ поранившій раба не отвѣчаетъ за смерть, обязанную *negligentia domini*, и — независимо отъ того — было ли пораненіе сдѣлано *dolo* [si *ex plagis* servus mortuus esset...] или *culpa*.

Намъ кажется, что приведенные тексты не предусматриваютъ нашей гипотезы. Они не говорятъ, что делинквентъ желалъ смерти; его *dolus* былъ направленъ только на *пораненіе*.

Другое дѣло, если делинквентъ обнималъ своей волею и послѣдующую *negligentia domini*.

Какъ каузальный дѣятель, онъ не отвѣтилъ бы за эти отдаленные убытки, вслѣдствіе *отсутствія причинной связи*. Причинная же связь отсутствуетъ потому, что *negligentia domini*, какъ фактъ патологической, *прерываетъ каузальную связь*, заложенную делинквентомъ.

Какъ же оправдать то положеніе, что делинквентъ, *должно* причиняющій вредъ и *предвидящій* отдаленныя послѣдствія дѣянія долженъ отвѣчать, тогда какъ въ случаѣ простой вины, онъ не отвѣтилъ бы?

Намъ кажется, что отвѣтъ на этотъ вопросъ можно дать, привлекая сюда общее ученіе о причинной связи.

<sup>4)</sup> *Levison*, о. с. 53; ср. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten II, стр. 121 — 122.

Каузальная серия [см. выше, ч. II, гл. II, § 4] почти всегда идет дальше, чѣмъ предвидѣніе, и если бы не было ограничительнаго момента къ адекватности, то часто отвѣтственность шла бы дальше, чѣмъ это диктуется справедливостью. Но въ основу сужденія объ адекватности [вѣроятіи наступленія результата] мы должны безусловно класть тѣ условія, которыя были доступны познанію или были извѣстны самому дѣятелю <sup>1)</sup>. Поэтому, если самъ делинквентъ предвидитъ отдаленныя послѣдствія своего дѣянія и даже дѣйствуетъ въ расчетѣ на нихъ, то его дѣяніе охватываетъ и всѣ дальнѣйшія звенья каузальной серіи, обнимаемая его волей.

Вышеустановленные нами принципы касательно умысла делинквента имѣютъ примѣненіе и въ тѣхъ случаяхъ, когда делинквентъ совершаетъ дѣяніе въ нарушение *уголовнаго* закона.

Правда, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ <sup>2)</sup> и въ литературѣ <sup>3)</sup> мы встрѣчаемъ защиту такого положенія: тотъ, кто совершилъ дѣяніе въ нарушение уголовного закона, отвѣчаетъ безусловно и передъ гражданскимъ судомъ за убыточныя послѣдствія его.

Согласно этой теоріи, дуэлянтъ, напр., долженъ былъ бы безусловно нести гражданскую отвѣтственность передъ его противникомъ за тѣлесное поврежденіе, нанесенное послѣднему.

Мы рѣшительно протестуемъ противъ возведенія въ принципъ такой взаимной обусловленности и зависимости частно-правовой отвѣтственности отъ отвѣтственности уголовно-правовой. Гражданское право преслѣдуетъ свои цѣли, которыя, не покрываются цѣлями уголовного права. Указанная доктрина,

<sup>1)</sup> Это положеніе, диктуемое природою вещей, выставлено во всѣхъ существующихъ каузальныхъ теоріяхъ. Къ нему и мы присоединились. См. ч. II, гл. II, § 3, I.

<sup>2)</sup> Напр. Мексиканск. Угол. Код. 7 дек. 1871, ст. 327.

<sup>3)</sup> *Liszt's Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 14 (1894), Anl.; *Bähr*, Gegenentwurf zum Entw. eines d. B. G. B., zu § 787 B. G. B.; *Rose*, о. с. 69.

какъ погрѣшающая противъ ясно выраженной тенденціи права поставить гражданскаго судью въ елико возможно независимое положеніе отъ судьи уголовного, должна быть рѣшительно осуждена современнымъ юрпстомъ.

III. Намъ осталось еще сказать нѣсколько словъ по вопросу о тѣхъ возможныхъ модификаціяхъ, которыя могли бы терпѣть указанныя нами положенія въ случаѣ, если отвѣтчикомъ или истцомъ является не самъ правонарушитель или потерпѣвшій, а лицо, которое [по закону или договору] ихъ заступаетъ.

Всѣ входящія въ эту категорію случаевъ вопросы разрѣшаются въ ту или другую сторону, въ зависимости отъ начальной цѣли и метода нашего изслѣдованія.

Мыслимо такое построеніе. Мы беремъ конечный убытокъ, который потерпѣло лицо, т. е. убытокъ въ полномъ его развитіи. Мы устанавливаемъ *imputatio juris et facti* убытка дѣянію отвѣтчика и вмиаемъ ему въ принципѣ *весь* убытокъ. Затѣмъ, мы вносимъ поправки въ нашъ выводъ, но имѣя всегда въ виду интересъ *потерпѣвшаго*, который долженъ быть удовлетворенъ въ возможно полномъ размѣрѣ. Постолюку, поскольку мы въ конечномъ убыткѣ можемъ усмотрѣть слѣды личнаго участія самого потерпѣвшаго, мы ограничиваемъ отвѣтственности делинквента.

Мыслимо и другое построеніе. Устанавливая возмѣщаемый убытокъ и виновное лицо въ качествѣ отвѣтчика, мы спрашиваемъ себя—поскольку справедливо присудить убытки съ *делинквента*, имѣя въ виду его дѣятельность и объемъ его упречной воли.

Въ первой системѣ мы исходимъ изъ принципа, что потерпѣвшій долженъ получить полное возмѣщеніе убытковъ, разъ онъ потерпѣлъ отъ деликта: ему безразлично—приходить ли какія либо обстоятельства (напр. вина третьихъ лицъ), которыя отчасти оправдываютъ поведеніе делинквента. По-

терпѣвшій истецъ предполагается имѣющимъ самостоятельный нарушенный интересъ; иначе говоря,—онъ стоитъ лицомъ къ лицу съ делинквентомъ.

Во второй системѣ мы имѣемъ не отношеніе потерпѣвшаго истца къ делинквенту—ответчику, а отношеніе делинквента къ инкриминируемому дѣянію. Въ томъ размѣрѣ, въ какомъ случилъ бы возмѣщеніе непосредственно потерпѣвшій, получать всякій посредственно потерпѣвшій, какъ будто онъ былъ правопреемникомъ перваго. И обратно: за что отвѣтитъ непосредственный правонарушитель, въ томъ же объемѣ отвѣтитъ и лицо его заступающее.

Все наше предшествующее изложеніе подсказываетъ намъ категорическій и ясный отвѣтъ на поставленный нами выше вопросъ. Такъ какъ мы склоняемся не къ первой системѣ, а къ второй системѣ, т. е. задачей и цѣлью изслѣдуемаго нами института мы ставимъ *prima facie* интересы *делинквента—ответчика*, какъ такового, то мы утверждаемъ, что выставленные нами въ §§ 1—5 настоящей главы положенія не должны терпѣть никакихъ измѣненій и ограниченій въ тѣхъ случаяхъ, когда происходить [но какому бы то ни было основанію материальному или процессуальному] какая либо перемѣна на той или другой сторонѣ.

Если *ответчикомъ* является не самъ правонарушитель, а лицо, которое призвано отвѣчать за послѣдняго, то оно можетъ пользоваться *возраженіями самовины* лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ коихъ это было бы доступно лицу заступаемому, если бы оно само выступало самостоятельнымъ ответчикомъ.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами.

Жел.-дорож. служащій воспользовался содержаніемъ телеграммы къ начальнику станціи одного изъ пассажировъ, забывшаго въ *W. C.* свои цѣнности, и похищаетъ ихъ <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Cour de Cass. 21 janv. 1878, S. 78, 2, 53.

Очевидно, желѣзная дорога отвѣчаетъ передъ пассажиромъ въ полномъ размѣрѣ, и желѣзная дорога для ограниченія своей ответственности не можетъ сослаться на собственную неосторожность пассажира, такъ какъ этого не можетъ и самъ жел.-дорож. служащій <sup>1)</sup>).

Еще примѣръ: 14 лѣтній мальчикъ *B* нанялъ велосипедъ, стоящій 250 фр. у *M*—велосипеднаго фабриканта; послѣдній, полагая, что мальчикъ имѣетъ разрѣшеніе отъ родителей на небольшую прогулку, не потребовалъ отъ него ни его имени, ни адреса, и не собралъ свѣдѣній объ юномъ клиентѣ, а удовлетворился лишь будильникомъ, въ качествѣ залога. Мальчикъ велосипеда не вернулъ. Фабрикантъ ищетъ убытки съ родителей мальчика <sup>2)</sup>).

Родители отвѣчаютъ за дѣтей *e lege*, такъ же какъ и жел.-дорож. К<sup>0</sup> за своихъ служащихъ.

Дать имъ самостоятельное право возраженія противъ потерпѣвшаго привело бы къ оскорбленію правового чувства и къ несоотвѣствующимъ видамъ законодателя рѣшеніямъ.

Противно праву дозволить вору въ цѣляхъ сохраненія за собой похищеннаго добра, сослаться на легость совершенія преступленія, обязанную неосторожности потерпѣвшаго.

Разъ этого возраженія самовины не имѣютъ въ приведенныхъ случаяхъ, ни жел.-дор. служащій, ни ребенокъ, было бы непослѣдовательно даровать это возраженіе жел.-дорож. К<sup>0</sup>, или отцу ребенка! Вѣдь, усиленная ответственность этихъ послѣднихъ и установлена закономъ въ интересахъ потерпѣвшаго!

Точно также и *потерпѣвшій* отвѣчаетъ за вину своихъ

<sup>1)</sup> Конечно, не важно то соображеніе, что пассажиръ не виновенъ передъ желѣзною дорогою [„Considérant qu'il n'est relevé aucune faute directe de H. contre la C<sup>0</sup>“].

<sup>2)</sup> Trib. Civ. de la Seine 6 févr. 1894. *Le Droit*, 1 mars 1894.

законных или договорных<sup>1)</sup> представителей въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ за свою личную вину.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣромъ, взятымъ изъ французской практики<sup>2)</sup>.

Прислуга (бонна) по непростительной неосторожности стала съ двухлѣтнимъ ребенкомъ на пути трамвая, въ ожиданіи вагона. Въ послѣднее мгновеніе бонна успѣла отскочить, но ребенокъ, скрытый отъ вагоновожатаго платьемъ прислуги, былъ раздавленъ трамваемъ на смерть.

<sup>1)</sup> Это суть все лица, коимъ потерпѣвшій довѣрилъ охрану своихъ интересовъ, хотя бы и не было между ними договорныхъ отношеній, если только эти лица *фактически* сознательной волей должника поставлены къ тому дѣлу, которое пострадало. Некоторые авторы (Cohn, о. с. 115; *Warneyer*, Jahrbuch. V, (1906), за § 254, № 12), впрочемъ, ограничиваютъ это понятіе кругомъ тѣхъ помощниковъ, которые *специально* поставлены къ охранѣ соответствующаго пострадавшаго блага. Это ограниченіе не вызывается природой правоотношенія. Правда, эти авторы могутъ оперѣться на толкованіе положительнаго закона: на аналогію съ § 278 В. Г. В., каковая норма предвидитъ лишь акты исполненія обязанности. Однако, и съ точки зрѣнія толкованія закона это ограниченіе едва ли вѣрно, ибо § 254 ссылается на „соответствующее“ примѣненіе § 278; кроме того, какъ вѣрно замѣчаетъ P. Oertmann [Recht der Schuldv.] (1906), стр. 47, „кто довѣряетъ другому вообще охрану всего комплекса интересовъ, тотъ по общему правилу возлагаетъ на него и принятіе необходимыхъ мѣръ отраженія возможныхъ вторженій извнѣ“.—Впрочемъ, чувство справедливости подсказываетъ намъ, что потерпѣвшій не отвѣчаетъ за погрѣшности и оплошности приглашеннаго имъ врача. Таково—и общее мнѣніе ученыхъ. Обычно этому положенію дается такое юридическое оправданіе: „лежащая на потерпѣвшемъ обязанность охраны своихъ интересовъ простирается лишь на приглашеніе врача, а не на ухаживаніе за раной“. *Gottschalk*, о. с. 123; *v. Leyden*, о. с. 48; *Eick*, о. с. 102; *Oertmann*, о. с. 47.— Намъ думается, что этикъ соображеніемъ вопросъ не исчерпывается. Вѣдь, если хозяинъ для охраны имущественнаго блага пригласитъ сторожа, дворника и т. п., онъ отвѣтитъ за ихъ вину! Значитъ, дѣло—не въ „обязанности приглашенія“! Говорить объ объемѣ обязанности *потерпѣвшаго* въ данномъ случаѣ и не приходится: не объ его винѣ идетъ здѣсь рѣчь! Мы полагаемъ, что сказанный принципъ оправдывается такимъ соображеніемъ. Врачебное искусство есть монополія немногихъ,—потому обращеніе къ *данному* врачу есть до нѣкоторой степени дѣло необходимости, за которую долженъ страдать и самъ правонарушитель. Съ этой точки зрѣнія, врачъ, дѣлающій рану, нанесенію отвѣтчикомъ, является столь же представителемъ потерпѣвшаго, сколько и представителемъ самого правонарушителя.

<sup>2)</sup> Cour de Cass. 27 Janv. 1903 D. 1905, 2, 255.

«Cour de Cassation» установилъ вину на той и на другой сторонѣ: прислуги и трамвая. Вина лежала не на сторонѣ самого потерпѣвшаго (ребенка), а—третьяго лица (бонны); однако, это не мѣшаетъ примѣнить здѣсь принципъ «faute commise».

Мы вполнѣ присоединяемся къ такой постановкѣ вопроса.

Вѣдь, при разрѣшеніи вопроса объ отвѣтственности мы должны изслѣдовать—поскольку справедливо вѣнать результатъ отвѣтчику, принимая во вниманіе ту обстановку, среди которой онъ дѣйствовалъ. Но отвѣтчику,—а лишь его интересы имѣютъ въ виду право, регулируя разбираемое правоотношеніе!—безразлично, — *кто* способствовалъ наступленію вредоноснаго результата. Разъ это содѣйствіе исходитъ изъ сферы потерпѣвшаго,—вопросъ о томъ: какой, именно, органъ имущественнаго организма пострадавшаго содѣйствовалъ наступленію результата, какъ безразличны съ точки зрѣнія интересовъ отвѣтчика, и не *должны* подниматься въ умѣ судьи, призваннаго разложить убытокъ между сторонами.

Въ пользу этого рѣшенія говорить и слѣдующее соображеніе: если лица, обязанныя надзоромъ, отвѣтственны отъ ихъ собственнаго лица за дѣянія поднадзорнаго, то ясно, что и участіе послѣдняго въ созданіи вреда, должно падать своими юридическими послѣдствіями на нихъ же, а не на третьихъ лицъ. Разъ третье лицо можетъ *предъявить искъ* къ лицамъ, обязаннымъ надзоромъ, то почему же онъ не имѣетъ меньшаго—*возраженія самовины* при упущеніи въ надзорѣ съ ихъ же стороны?

Противъ нашего воззрѣнія можетъ подняться такое возраженіе<sup>1)</sup>: мы настаиваемъ на *безусловной* отвѣтственности *потерпѣвшаго* за вину его законныхъ и договорныхъ представителей; такой безусловной отвѣтственности ни одинъ зако-

<sup>1)</sup> *Endemann*, I, § 132, Anm. 25; *Neumann*, Komm., zu § 254, A., 2. *Rospatt*, Recht, 1902, стр. 96—97; *Dronke*, Eisenb. Entsch. XXI, стр. 295.

нодатель не устанавливает для деликтной ответственности правонарушителя. Получается неравенство в третировании той и другой стороны: тогда как *правонарушитель* в деликтной области вовсе не отвечает за вину своих законных представителей, а за действия своих помощников он отвечает лишь ограниченно—при допущении опровержения презумпции его вины [*culpa in eligendo, inspiciendo...*], *потерпевший* ответил бы за упущения всех этих лиц безусловно<sup>1)</sup>.

Не справедливо ли в интересах равенства, допустить, по крайней мере, оправдательное доказательство о невинности самого потерпевшего, т. е. возможность разрушить презумпцию его вины?

На этот вопрос мы даем отрицательный ответ.

Представленные аргументы нас не убеждают в правильности воззрений наших противников.

Право *деликвента* опровергать тяготящую на нем презумпцию вины оправдывается практическими соображениями: безусловная ответственность за деликтные деяния слуг и помощников отпугнула бы всякого от пользования чужой силой.

Как *ответчик*, он может защищаться отсутствием своей личной небрежности в создании деликтного деяния. Как *истец*, требующий возмещения убытков, он, по всей справедливости, должен терпеть и возражение: твой иск не обоснован, ибо ты или твои люди содействовали возникновению убытка: на свою неудачу в выборе помощников он не вправе ссылаться!

В самом деле, при всяком возмещении убытков

<sup>1)</sup> Эти соображения побудили германскую юриспруденцию к ограничительному толкованию ст. 278 в ст. 254 В. Г. В. [См. т. II] *R. G.* 11 мая 1903 Bd. 54 № 104, стр. 410: „Gegenüber dem Anspruche des letzteren kann der Beklagte sich auf ein etwaiges Verschulden des Vaters nicht berufen“.

*prima facie* спрашивается не то—справедливо ли потерпевшему получить возмещение, а—справедливо ли возложить это возмещение на данное лицо (ответчика). Поэтому, не все, что является руководящим правилом для ответственности деликвента, является тем самым руководящим правилом и для «ответственности» потерпевшего. И по одной простой причине: *потерпевший не отвечает*, его поведение играет лишь роль момента понижающего ответственность деликвента.

А потому, вполне согласно с целью института зачета вины принять в соображение всякое предосудительное поведение, исходящее от противной стороны, хотя бы оно и не исходило лично от непосредственно потерпевшего истца.

Из сказанного можно извлечь такой принцип: третьи лица, не участвовавшие в установлении того правоотношения, которое называется обоюдной виной, не имеют больших прав, чем та или другая сторона этого правоотношения, которую они представляют на суд.

Отсюда мы можем сделать дальнейший вывод.

Посредственно пострадавшие третьи лица (истцы)<sup>1)</sup> должны терпеть умаление своих притязаний по возражению самовины, представленному ответчиками.

Правда, преемники [напр. наследники умершего] не отвечают *ex lege* за самовину их праводателя [наследодателя]. Но это и не есть основание умаления их прав.

На самом деле, решающим здесь является то соображение, что объем ответственности ответчика (правонарушителя) устанавливается по совокупности обстоятельств, данных в момент правонарушения. Разумная цель института *зачета вины*—требования справедливости—сохраняет свою

<sup>1)</sup> Кто из посредственно пострадавших уполномочен из иску определяться нормами положительного права. Во всех почти законодательствах такими лицами являются: лица получившие или имевшие право на получение содержания или других услуг от покойного.

силу и послѣ смерти потерпѣвшаго. Разъ потерпѣвшій провинилъ убытокъ въ конкретномъ объемѣ, какъ можно допустить, что послѣ его смерти исчезаютъ всѣ соображенія справедливости передъ искомъ третьихъ лицъ? Вѣдь, для отвѣтчика безразлично, *кто* требуетъ отъ него вознагражденія, также какъ безразлично и то—въ чей карманъ пойдутъ присужденныя съ него деньги, если только ему, въ концѣ концовъ, приходится платить.

Случайное обстоятельство—смерть непосредственно потерпѣвшаго—не можетъ воскресить стертую виной его отвѣтственность делинквента!

И безразлично—почему эта отвѣтственность не родилась: устраняетъ ли она *виновность* поведения правонарушителя, или *прекращаетъ причинную связь* между дѣяніемъ и вредомъ, или снимаетъ съ недозволеннаго (an sich) дѣянія характеръ *неправомерности*.

О первыхъ двухъ эффектахъ самовины мы говорили подробно выше. Но тоже остается вѣрнымъ и для третьяго эффекта. Если, напр., потерпѣвшій соизволяетъ на совершение извѣстнаго вредоноснаго дѣянія [volenti non fit iniuria], это соизволеніе должно оказать рѣшающее влияние на искъ третьихъ лицъ<sup>1)</sup>.

Въ самомъ дѣлѣ, въ понятіи деликта содержится единое понятіе *неправомерности*. Если оно устраняется тѣмъ или другимъ обстоятельствомъ, то оно устраняется навсегда и по отношенію ко всемъ. Какъ понятіе объективное, оно не можетъ быть уничтожено по отношенію къ однимъ лицамъ и сохранить свою силу къ другимъ лицамъ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Другое дѣло, если соизволеніе имѣло содержаніемъ лишь *отреченіе отъ притязанія на возмѣщеніе убытковъ*. Здѣсь само дѣяніе остается *неправомернымъ* [ибо иначе не возникло бы самого притязанія на возмѣщеніе убытковъ], и права третьихъ лицъ сохраняются, поскольку нѣтъ соизволенія и съ ихъ стороны.

<sup>2)</sup> Неприемлема конструкція R. G. 16 Sept. 1907 Bd. 66 (1907), № 71. Сожитель убиваетъ сожительницу съ ея согласія и послѣ кончается съ собой.

Правда, третьи лица могутъ предъявить искъ не какъ преемники убитаго, а какъ самостоятельно потерпѣвшіе фактомъ убійства. Въ этой роли самостоятельныхъ истцовъ имъ, казалось бы, не надо бояться *ex o.* самовины.

Въ этомъ смыслѣ конструируются ихъ права въ судебной практикѣ нѣкоторыхъ странъ [см. т. II].

Однако, эту конструкцію мы не можемъ признать правильной. Если стать на ту точку зрѣнія, что третьи лица [вдова, дѣти] выводятъ ихъ притязаніе не отъ лица потерпѣвшаго, а изъ своихъ самостоятельныхъ правъ, то послѣдовательное проведеніе этого принципа привело бы къ полному отрицанію какого-либо влияния вины непосредственно потерпѣвшаго на отвѣтственность делинквента. Даже умыселъ потерпѣвшаго не освободилъ бы делинквента отъ обязанности дачи алиментовъ, хотя бы послѣдній былъ виновенъ лишь въ легкой небрежности!<sup>1)</sup>

Воззрѣніе, что притязаніе этихъ лицъ на возмѣщеніе убытковъ вполне самостоятельно и истекаетъ изъ особаго права, хотя и защищается въ литературѣ вопроса<sup>2)</sup>, покоится на теоретическихъ соображеніяхъ, далекихъ отъ житейской правды<sup>3)</sup>. Мы не должны упускать изъ виду, что притязаніе наследниковъ умершаго все же имѣетъ основаніе въ деликтномъ дѣяніи. Лежитъ

---

Искъ матери убитой къ наследникамъ убійцы. Вопросъ: исключаетъ ли соизволеніе потерпѣвшей *неправомерность* недозволеннаго дѣянія? „Мнѣніе, по которому соизволеніе потерпѣвшаго должно быть придано это дѣйствіе отнюдь не можетъ быть принято, такъ какъ, согласно §§ 844—845 В. G. В. потерпѣло черезъ убійство не непосредственно пострадавшее лицо, а *истина*, а объ ея соизволеніи не шла рѣчь“.

<sup>1)</sup> Другой вопросъ—дѣло гражданской политики. Законодатель можетъ положительной нормой установить безусловную гражданскую отвѣтственность делинквента передъ семьей потерпѣвшаго въ цѣляхъ сохраненія общественнаго порядка и въ интересахъ семьи. Объ этомъ см. въ т. II, глава: „Гражданская отвѣтственность дуралитовъ“.

<sup>2)</sup> *Wagner*, Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig. 1879, стр. 40.

<sup>3)</sup> Ср. рѣшеніе O. L. G. Stuttgart (приведено выше, стр. 202 прим. 1), возмутительнае по своей грубой несправедливости къ отвѣтчику.



поэтому въ природѣ вещей, что они должны, — въ виду ихъ отношенія къ потерпѣвшему, взять на себя и послѣдствія его виновнаго поведенія, поскольку оно привело къ смертельному исходу.

Наконецъ, третье (посредственно) потерпѣвшее лицо можетъ само допустить *самовину*. Напр. жена убитаго на дуэли сама соблазнила его противника, родители запускаютъ леченіе раненаго сына и т. п. Если такое лицо предъявляетъ искъ отъ своего имени, то въ такомъ случаѣ принципъ зачета винъ (§ 254 B. G. B.) долженъ быть примѣненъ прямо (такъ какъ мы имѣемъ *виновнаго* истца), а не посредственно черезъ идею представительства (§ 846 B. G. B.)<sup>1)</sup>. И въ этомъ типѣ отношеній отвѣтственность между делинквентомъ и потерпѣвшимъ распределится на основаніи тѣхъ принциповъ, которые мы установили въ настоящей главѣ.



<sup>1)</sup> На этой почвѣ R. G. 18 май 1903, Bd. 55, № 7, стр. 24.—*Contra: Sohn*, о. с. 401. Его конструкция:—«если третье лицо отвѣчаетъ непосредственно потерпѣвшему, оно не можетъ предъявить иска противъ дѣятеля, ибо тогда прерывается причинная связь»—неудовлетворительна, ибо дѣятель долженъ во всякомъ случаѣ возмѣстить убытокъ въ разнѣрѣ причиненнаго имъ, а потому поведеніе третьихъ лицъ не ведетъ къ полному погашенію его отвѣтственности.

## О ПЕЧАТКИ.

Стр.	Страна.	Напечатано:	Слѣдуетъ:
31	10	объектъ	объектъ
44	6	deductio	reductio
60	16	condicio	conditio
189	17	nouveau	nouveau
196	7	pénétrer	pénétrer
331	прим. 1	доктрина	доктрина
361	5 снизу	конструкция	конструкция