

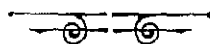
П. М. Яблоковъ.

Профессоръ Демидовскаго Юридическаго Лицея.

ВЛІЯНІЕ
ВИНЫ ПОТЕРПѢВШАГО
НА РАЗМѢРЪ
ВОЗМѢЩАЕМЫХЪ ЕМУ УБЫТКОВЪ.

ТОМЪ ВТОРОЙ.

ОЧЕРКИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ.



Ярославль.

Типографія Губернскаго Правленія.

1911.

Оглавление.

ВВЕДЕНИЕ.

Итоги предшествующаго труда. Отвѣтъ на критику проф. В. А. Удинцева. Планъ работы. Методологическіе приемы изслѣдованія института взаимной вины въ европейской законодательной и судебной практикѣ	1—41

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Зачетъ вины въ римскомъ правѣ.

§ 1. Ученіе о причинной связи. I. Господствующія толкованія источниковъ. Теорія Моммзена. [Его школа: Windscheid, Cohnfeldt и др.]. Теорія Перниса. Теорія Hass'a [школа адекватнаго причиненія]. II. Наше толкованіе источниковъ. Толкованіе: l. 30 § 4, l. 52 pr. D. 9. 2; l. 11 § 3, l. 15 § 1 D. 9. 2; l. 51 pr. D. 9. 2	42—59
§ 2. Ученіе о винѣ. Критика господствующей теоріи. Построеніе понятія вины съ точки зрѣнія индивидуализма (l. 36 D. 50. 17). Diligentia boni patris familias, какъ критерій вины (culpa). Наше толкованіе § 4 l. 4. 3. и l. 9 § 4 D. 9. 2	59—89
§ 3. Ученіе о зачетѣ вины. Критика существующихъ теорій. Наше объясненіе римской «compensatio culpaе». Взаимное отношеніе «culpa» и «iniuria». Толкованіе текста Помпонія: l. 203	

IV.

D. 50. 17. Вопросъ о взвѣшиваніи вины. Теорія Gottschalk. Wening — Ingenheim, v. Leyden, Wendt, Ruhm.—Теорія: Pernice, Levison, Labowsky.—Наша теорія.—Зачетъ вины при *dolus* потерпѣвшаго.—Наше толкованіе текстовъ: § 5 I. 4. 3, 1. 31 D. 9. 2;—1. 9 § 4 D. 9. 2, § 4 I. 4. 3;—1. 11 pr. D. 9. 2;—1. 52 § 1 D. 9. 2;—1. 62 §§ 5—7 D. 47. 2 89—110

§ 4. Ученіе о зачетѣ деликтовъ. Теорія Фааса. Критика его теоріи. Наша теорія. Выводы 110—116

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Обще-германское право.

I. Старая практика «общаго права» (*Gemeines Recht*).—II. Вліяніе Моммзена въ 60-хъ годахъ;—III. Вліяніе каузальныхъ теорій Бара и др. въ 70—80-хъ г.г.;—IV. Практика 90-хъ г.г. Возвратъ къ теоріи Моммзена;—V. Опубликованіе B. G. B. (§ 254) 117—131

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Германская юриспруденція по примѣненію имперскаго закона 7 іюня 1871 г. (§ 1 R. N. G.).

§ 1. Юриспруденція 70-хъ г.г. прошлаго столѣтія. [Конструкція: всякая вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь между жел.-дор. эксплуатаціею и несчастіемъ] 132—134

§ 2. Юриспруденція 80-хъ и 90-хъ г.г. [Конструкція: преимущественная вина = настоящая причина несчастія] 135—138

§ 3. Юриспруденція переходнаго времени 1896—1903 г.г. [Конструкція: преимуществен-

V.

ная причина = исключительная причина несчастия] 138—143

§ 4. Юриспруденція при дѣйстви общегражданскаго Уложенія (§ 254 В. Г. В.).
[Конструкція: взвѣшиваніе вины потерпѣвшаго съ опасностью промысла] 143—160

§ 5. Общіе выводы. Критика новѣйшей германской юриспруденціи. Понятіе «Betriebsgefahr», въ качествѣ самостоятельнаго фактора несчастія. Возраженія Traeger, Eger, Dronke. Опроверженіе ихъ возраженій 160—167

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Гражданское Уложеніе Германской Имперіи.

§ 1. Исторія созданія статьи 254, и объёмъ ея содержанія 168—171

§ 2. Ученіе о причинной связи въ Германскомъ Уложеніи. Толкованіе положительнаго матеріала въ литературѣ. Теорія общей причинной связи (Liszt). Теорія адекватнаго причиненія (Rümelin, Traeger). Критика этихъ теорій. Комментаторы Герм. Ул. [Matthias, Plank, Enneserger]. Критика ихъ толкованія.—Судебная практика 172—181

§ 3. Понятіе собственной вины потерпѣвшаго.

А. Объективное содержаніе. I. Потерпѣвшій содѣйствовалъ созданію самого правонарушенія. II. Потерпѣвшій упустилъ предотвратить убытокъ [«den Schaden abwenden»]. III. Потерпѣвшій не принялъ мѣръ къ уменьшенію вреда [«den Schaden... zu mindern»] 181—192

В. Субъективное содержаніе. I. Вопросъ о вмѣ-

VI.

ненія. Еволюція судової практики по цьому вопросу. II. Степень требуемой заботливости. Понятіе «доброй вѣры» 192—202

§ 4. Условія необходимыя для примѣненія ст. 254 и оправданія пониженія отвѣтственности при винѣ потерпѣвшаго. Теорія зачета вины. Конструкція Рейхсгерихта: зачетъ вины=зачетъ двухъ деликтовъ 202—208

§ 5. Отвѣтственность потерпѣвшаго за своихъ представителей. Вопросъ объ объемѣ примѣненія § 831 и § 278 въ § 254,—въ литературѣ и судебной практикѣ 208—218

§ 6. Распредѣленіе убытковъ между делинквентомъ и потерпѣвшимъ при взаимной винѣ. Толкованіе словъ:... «von den Umständen»... (§ 254 I) комментаторами и судебной практикой 218—226

§ 7. Вліяніе вины потерпѣвшаго на притязанія третьихъ лицъ (§ 846 B. G. B.) 226—227

§ 8. Отвѣтственность держателя животного за вредъ, причиненный животнымъ (§ 833 B. G. B.). Условія отвѣтственности по § 833 B. G. B.—Примѣненіе § 254 къ § 833.—Теорія «doppelte Gefährdung» 227—236

§. 9. Критика нѣмецкой юриспруденціи по вопросамъ, входящимъ въ составъ ученія о зачетѣ вины. I. Несостоятельность ученія Рейхсгерихта о деликтоспособности.—II. Несогласованность въ построеніи вины потерпѣвшаго на базѣ доброй вѣры.—III. Критика конструкціи зачета вины, какъ зачета двухъ деликтовъ.—IV. Критика ограничительнаго толкованія ст. 278 въ ст. 254.—V. Критика принципа вины, какъ масштаба разложенія убытковъ между сторонами.—

VII.

VI. Критика суд. практики по примѣненію § 833	
В. Г. В.	236—256

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Французское право.

§ 1. Законъ и судейское усмотрѣніе въ установленіи гражданской отвѣтственности .	257—259
§ 2. Ученіе о причинной связи во французской юриспруденціи .	259—263
§ 3. Ученіе о винѣ во французской юриспруденціи .	264—265
§ 4. Ученіе о собственной винѣ потерпѣвшаго .	265—273
§ 5. Зачетъ вины. Разложеніе убытковъ .	273—286
§ 6. Критика основныхъ положеній, выработанныхъ французской юриспруденціей .	286—297
§ 7. Отвѣтственность держателя животного за вредъ, причиненный животнымъ .	297—302

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Швейцарская юриспруденція по примѣненію
Союзныхъ Законовъ 1 іюля 1875 г. и 28 марта
1905 года.

§ 1. Юридическая природа отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ .	303—311
§ 2. Смѣшанная вина .	311—321

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Цюрихское Гражданское Уложеніе. Общее
Гражд. Уложеніе Австрійской Имперіи. Кали-

VIII.

форнское Гражданское Уложение. Сводъ мѣст-
ныхъ Узаконеній губ. Прибалтійскихъ . . . 322—329

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Практика русскихъ волостныхъ судовъ . 330—334

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

«Смѣшанная вина» и ст. 683 т. X ч. I.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Историческій очеркъ русскаго законодательства
по вопросу объ отвѣтственности желѣзно-дорожнаго
Управленія за вредъ, причиненный при эксплуатаціи
желѣзно-дорожнаго предпріятія 335—346

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Судебная практика по примѣненію ст. 683 т. X ч. I.

§ 1. Юридическая природа отвѣтственности
желѣзной дороги по ст. 683 347—356

§ 2. «Смѣшанная вина» въ русской судеб-
ной практикѣ 357—364

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Критика судебной практики по вопросу объ юридической природѣ
желѣзно-дорожной отвѣтственности по ст. 683 т. X. ч. I.

§ 1. Историческое толкованіе ст. 683-т.
X ч. I. 365—374

§ 2. Логическое толкованіе ст. 683 т. X. ч. I. 374—385

IX.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Идея профессиональнаго риска въ русской судебной практикѣ. Примѣненіе принципа легальной отвѣтственности къ ученію о смѣшанной винѣ.

§ 1. Ограничительное толкованіе термина «эксплоатація»	386—395
§ 2. Фигированіе вины желѣзной дороги, какъ логическій приемъ для обоснованія отвѣтственности на базѣ «общей опасности промысла (Betriebsgefahr)»	396—409
§ 3. Конструированіе отвѣтственности желѣзной дороги по ст. 683, какъ «obligatio e lege»	409—421
§ 4. Предпріятіе (договоръ перевозки), какъ основа отвѣтственности владѣльца желѣзной дороги	421—428
§ 5. Каузальный моментъ въ собственной винѣ потерпѣвшаго	428—432

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Экзегеза ст. 683 т. X ч. I.

§ 1. Событія, освобождающія желѣзную дорогу отъ отвѣтственности	433—445
§ 2. Смѣшанная вина и ст. 683 т. X ч. I	445—462

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Проектъ Гражданскаго Уложенія.

I. Кн. V. (ст. 474, 1078, 1087). Редакція 1899 г.

§ 1. Юридическая природа отвѣтственности владѣльцевъ транспортныхъ предпріятій	463—474

X.

§ 2. Смѣшанная вина	474—478
II. Кн. V (ст. 440, 1048, 1056). Редакція 1903 г.	478—484

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Итоги изслѣдованія. Нашъ законопроектъ	485—498

Приложеніе.

I. Гражданская отвѣтственность дуэлянтовъ	498—533
II. Обязанность потерпѣвшаго подвергнуть себя операціи	534—565
III. Юридическое значеніе актовъ самопожертвованія	566—600

Предисловіе.

Настоящая книга представляетъ изъ себя продолженіе нашего изслѣдованія: «Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ», томъ I-й котораго, содержащій «часть теоретическую», опубликованъ нами въ концѣ 1909 года. Разсматривая т. I и т. II нашего труда, какъ единое цѣлое, объединенное и съ внѣшней стороны однимъ общимъ заглавіемъ, мы считали себя въ правѣ при цитированіи авторовъ, на которыхъ уже была сдѣлана ссылка въ т. I, не указывать тѣ сочиненія, кои мы имѣемъ въ виду, за исключеніемъ развѣ только тѣхъ случаевъ, когда автору принадлежитъ нѣсколько сочиненій, и когда экономія труда и мѣста была бы уже неумѣстна.

Авторы.

Апрѣль, 1911 г.

г. Ярославль.

ВВЕДЕНИЕ.

Итоги предшествующаго труда. Отвѣтъ на критику проф. В. А. Удинцева. Планъ работы. Методологическіе приемы изслѣдованія института взаимной вины въ европейской законодательной и судебной практикѣ.

Выпуская въ свѣтъ томъ II-ой моей монографіи, я считаю полезнымъ подвести итоги сдѣланному въ предшествующемъ трудѣ. Результаты моего изслѣдованія я свожу къ слѣдующимъ основнымъ тезисамъ.

I. Проблема о формахъ *волевой* причастности пострадавшаго къ неправомерному состоянію, созданному делинквентомъ, обязана своеобразному [т. е. отличающемуся отъ ученія философіи] взгляду науки права на взаимное отношеніе активнаго и страдательнаго элементовъ въ понятіи причины.

II. Институтъ зачета вины можетъ быть оправданъ съ точки зрѣнія уже установившихся въ наукѣ права общихъ началъ гражданской отвѣтственности, но все ученіе о зачетѣ вины не можетъ быть уложено въ рамки *одною* какого либо правового принципа (напр. въ рамки какой либо каузальной теоріи и пр.).

III. Прочному обоснованію института «зачета вины» въ литературѣ вопроса препятствовала невыясненность понятій *вины и причинной связи*.

IV. Даваемое зап.-европ. доктриной опредѣленіе матеріальнаго содержанія (объективный составъ) вины, какъ учиненіе дѣянія вредоноснаго, необходимо и нерасторжимо связаннаго съ идеей гражд. отвѣтственности передъ потерпѣвшимъ лицомъ, не способно объять всѣхъ типовъ вины и первымъ дѣломъ—*вины потерпѣвшію*. Всѣ попытки согласовать вину

потерпѣвшаго съ традиціоннымъ опредѣленіемъ вины [теорія «вины противъ самого себя», теорія вины потерпѣвшаго, какъ нарушение правовой обязанности передъ отвѣтчикомъ] должны быть признаны несостоятельными.

V. Вина не есть отношеніе поведенія извѣстнаго лица къ правовой сферѣ другого лица; она есть лишь субъективно-каузальное отношеніе поведенія лица къ извѣстному *вредоносному событію*,—независимо отъ того,—на кого падаютъ фактическія и юридическія послѣдствія дѣянія. Разсматриваемое же съ точки зрѣнія отношенія вредоноснаго событія къ субъектамъ деликтнаго правоотношенія, понятіе вины представляется *prima facie*, какъ оскорбленіе дѣятелемъ своей собственной правовой сферы [нарушеніе границъ *своею законною интереса*].—Критеріемъ для отличія вины отъ другихъ видовъ неправомѣрнаго состоянія является вовсе не *гражд. отвѣтственность*, какъ таковая, а рекомендуемость со стороны правового порядка другого образа поведенія.

VI. Въ наукѣ права нѣтъ мѣста различію «вины технической» и «вины нетехнической». Вина «противъ самого себя» и вина «противъ третьихъ лицъ» —одинаковы по своей юридической природѣ. 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 потерпѣвшаго. Установленіе дуализма вины: технической и нетехнической [въ зависимости отъ тѣхъ или другихъ вызываемыхъ виною правовыхъ послѣдствій] погрѣшаетъ противъ принциповъ права, покоящихся на логикѣ и здоровомъ смыслѣ. Оно, кромѣ того, не можетъ быть оправдано ни текстомъ, ни матеріалами, какъ Германскаго Уложенія, такъ и другого какого либо положительнаго законодательства.

VII. Даваемое зап.-европ. доктриной опредѣленіе *субъективнаго* содержанія «технической вины» (субъективный составъ вины), какъ наличность деликтоспособности, т. е.

совокупности тѣхъ психическихъ качествъ, наличностью коихъ положительный законъ (§§ 827—828 В. Г. В.) обуславливаетъ гражд. отвѣтственность, оказывается непригоднымъ для понятія *вины потерпевшаго*. Попытки юристовъ сгладить ту несправедливость передъ делинквентомъ-отвѣтчикомъ, къ которой ведетъ примѣненіе этой конструкціи при отношеніи зачета вины, должны быть признаны безрезультатными.

VIII. Субъективнымъ содержаніемъ понятія вины должно быть признано не деликтоспособность, а волеспособность, т. е. отнесеніе дѣянія къ *иниціативѣ* лица. Эта «естественная волеспособность» есть минимумъ того субъективнаго момента, который долженъ входить въ понятіе *вины*, какъ таковой; всѣ же дальнѣйшія предположенія свободы воли и зрѣлости разума, установленныя положительнымъ закономъ, какъ *условія гражд. отвѣтственности*, не имѣютъ ничего общаго съ понятіемъ *вины*.

IX. Уясненіе сущности *причинной связи* имѣетъ для ученія о *зачетѣ вины* двоякое значеніе: 1) о «зачетѣ вины» можетъ идти рѣчь лишь въ томъ случаѣ, если между дѣяніемъ делинквента и вредомъ лежитъ причинная связь, не прерванная виной потерпевшаго. Въ зависимости отъ того или другого воззрѣнія на сущность причинной связи (и въ частности—признанія каузальной силы за *упущеніями*) опредѣляется бѣльшій или меньшій объемъ сферы технического «зачета вины». 2) Въ зависимости отъ того или другого воззрѣнія на сущность причинной связи опредѣляется возможность измѣренія степени *каузальною* участія каждой стороны въ созданіи событія, и, значить, разрѣшается вопросъ о самомъ *принципѣ каузальности*, какъ критеріи распредѣленія отвѣтственности между сторонами.

X. Господствующія каузальныя теоріи (индивидуализирующія и обобщающія) не даютъ намъ достаточно ябь ой конструкціи, способной служить практическимъ цѣлямъ юриста. при разрѣшеніи вопросовъ о гражд. отвѣтственности. Въ

частности, онѣ обнаружили свое полное безсиліе передъ предполагаемымъ въ институтѣ зачета вины дробленіемъ различныхъ причинъ по степени ихъ участія въ созданія результата.

XI. Матеріалистическое представленіе о причинной связи, какъ о механическомъ сцѣпленіи внѣшнихъ событій, должно быть замѣнено *соціальнымъ* представленіемъ. «Причина» есть то условіе, которое, *въ противоположеніе прежде текущей цѣпи 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 житейской точки зрѣнія *общую опасность* наступленія даннаго рода явленій.—Въ основу сужденія о вѣроятіи слѣдуетъ класть всѣ условія, наличныя въ моментъ совершенія дѣянія, доступныя [познанію «ex ante» самому предусмотрительному человѣку (объект. т. з. судьи), и, кромѣ того,—всѣ условія, привходящія 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 познаваемо «ex ante» въ каждый изъ послѣдовательныхъ моментовъ.—При сужденіи о перерывѣ причинной связи, надлежитъ брать масштабомъ наше житейское представленіе объ *обычномъ*; «необычность» лежитъ не въ ненормальности *результата*, а въ ненормальности *развитія* каузальной серіи. «Взвѣшиваніе каузальностей» должно производиться путемъ сравненія двухъ степеней благопріятствованія. Главная причина лежитъ на той сторонѣ, отъ которой должна исходить *большая инициатива* въ дѣлѣ отвращенія несчастія.

XII. При разложеніи убытка между сторонами мы должны исходить отъ вопроса: поскольку справедливо присудить убытки съ делинквента, имѣя въ виду его дѣятельность и объемъ его упречной воли. При всякомъ возмѣщеніи убытковъ *prima facie* спрашивается не то—справедливо ли потерпѣвшему получить возмѣщеніе, а—справедливо ли возло-

жить это возмѣщеніе на данное лицо (отвѣтчика). Въ принципѣ съ поведеніемъ потерпѣвшаго мы считаемся лишь въ качествѣ момента *понижающаго* отвѣтственность делинквента.

XIII. Поведеніе потерпѣвшаго *не отражается* на размѣрѣ отвѣтственности делинквента: 1) когда поведеніе потерпѣвшаго есть адекватное слѣдствіе поведенія делинквента, 2) когда каузальная серія, исходящая отъ делинквента конструировалась до момента привхожденія вины потерпѣвшаго.

XIV. Поведеніе потерпѣвшаго можетъ *устранить отвѣтственность* делинквента: 1) погашая виновность поведенія делинквента, 2) прерывая причинную связь между правонарушеніемъ и вредомъ.

XV. Вина потерпѣвшаго не можетъ въ принципѣ снять всей отвѣтственности съ делинквента, если она является *содѣйствующей* причиной вредоноснаго результата. При наличности обоюдной вины, въ роли масштаба разложенія убытковъ между сторонами мы должны взять принципъ *каузальности*, а принципъ *вины* допустить лишь въ качествѣ акцессорнаго масштаба. Всякіе другіе масштабы [напр. имущественная состоятельность сторонъ и пр.] въ этой роли неприемлемы.

XVI. Зачетъ вины въ случаѣ виновнаго содѣйствія законнаго или договорнаго представителя той или другой стороны, также въ случаѣ преемства на сторонѣ истца, долженъ послѣдовать на основаніи установленныхъ нами принциповъ безъ всякой модификаціи.

Таковы тѣ положенія, къ которымъ я пришелъ въ результатѣ кропотливаго и продолжительнаго изученія сюда относящейся литературы, законодательной и судебной практики. И обогащеніе моей эрудиціи изученіемъ новѣйшихъ трудовъ по тому же вопросу и выслушанная мною критика, послѣдовавшая, какъ на публичномъ диспутѣ, имѣвшемъ мѣсто 24-го октября 1910 г. въ Университетѣ Св. Владиміра, такъ и въ печати, не только не заставляютъ меня посту-

Вотъ, противъ этихъ то приѣмовъ изслѣдованія положительнаго матеріала я и возстаю со всей силой своего убѣжденія въ т. I и пребываю въ этомъ убѣжденіи и до настоящаго времени. Если на стр. 62 т. I я и говорю, что «не теоріи мы должны извлекать изъ положительныхъ нормъ, а, наоборотъ, положительные нормы мы должны свѣрять съ тѣми выводами, къ которымъ мы пришли чисто логическимъ путемъ, справляясь только съ чувствомъ справедливости и съ «природой вещей»,—то подъ «логикой» я разумѣлъ не самостоятельный факторъ, который направлялъ бы правовую жизнь народа, а—лишь приѣмъ мышленія, безъ котораго невозможна никакая научная работа. Выводы комментаторовъ В. Г. В.—утверждаю я въ т. I—часто произвольны. Текстъ закона всегда оказывается достаточно эластичнымъ, чтобы съ примѣрнымъ безпристрастіемъ дать приютъ всякимъ теоріямъ (т. I, стр. 62). Использовать текстъ закона мы можемъ лишь при томъ условіи, что будемъ справляться съ чувствомъ справедливости и «природой вещей». Подъ «природой вещей» я разумѣю данныя философіи, медицины и другихъ наукъ, игнорировать которыя не смѣетъ юристъ и преступить которыя—не во власти даже самого законодателя. Опираясь на эту «природу вещей», я, наперекоръ господствующей доктринѣ, устанавливалъ, на примѣръ, возможность исхожденія *виновнаго* поведенія отъ всѣхъ лицъ,—безъ различія возраста, пола, умственнаго развитія. II, обратившись къ толкованію положительныхъ источниковъ, я выяснилъ, что такова настоящая точка зрѣнія всѣхъ новѣйшихъ законодательствъ. (т. I, стр. 310—327).

Въ т. I всѣ кардинальные вопросы я пытаюсь выяснитъ этимъ путемъ и обосновать по возможности многочисленными ссылками на европейскія законодательства и юриспруденцію. Вопросъ, напр., о взаимномъ отношеніи деликтоспособности и вѣняемости, какъ субъективныхъ элементахъ вины (стр. 157, 315 сл.), истолкованіе актовъ умысла и небреженія, неза-

висимо отъ идея отвѣтственности (стр. 310—327), юридическая природа самовины (стр. 192, *passim*), каузальное дѣйствіе самовины (стр. 195 сл., 408), вопросъ о соціальномъ положеніи сторонъ, какъ масштабъ разложенія убытковъ (стр. 420 сл.), вопросъ объ отвѣтственности потерпѣвшаго за представителя (стр. 449—458)—всѣ эти, какъ и другіе вопросы, обоснованы мною въ т. I (на указанныхъ страницахъ) не на отвлеченныхъ разсужденіяхъ, а на возможно полномъ изученіи западно-европейскихъ законодательствъ и судебной практики, ссылки на которыя приведены мною въ примѣчаніяхъ и текстѣ.

Прискорбно мнѣ поэтому слышать отъ критика тотъ упрекъ, что мои теоретическія разсужденія лишены практической почвы и «приводятъ изслѣдователя къ излишней и даже вредной абстрактности»,—прискорбно потому, что упрекъ мнѣ кажется не совсѣмъ справедливымъ. Всѣ мало мальски отвлеченныя разсужденія я стараюсь иллюстрировать на примѣрахъ, взятыхъ изъ практики, и иногда въ такомъ количествѣ, что я опасался даже упрека въ загроможденіи моей книги казусами. [Въ особенности это касается двухъ заключительныхъ главъ. См. стр. 331—332, 355—362, 387, 396—400, 421, 430—436, 441—445, 450—453].

Само указаніе проф. Удинцева, что нельзя судить о выводахъ т. I до появленія въ свѣтъ т. II, что онъ сомнѣвается въ правильности нѣкоторыхъ теоретическихъ выводовъ, въ чемъ и я—авторъ—убѣждусь впоследствии, когда перейду къ фактическому матеріалу,—это предположеніе наврядъ ли правильно. Дѣло въ томъ, что я вовсе не работалъ такъ: изучалъ сначала теоретическую литературу и написать томъ I: «Часть теоретическая». Затѣмъ приступилъ къ изученію судебной практики и написать томъ II: «Часть практическая». Если бы это было такъ, то вся моя работа не стоила бы той бумаги, на которой написана рецензія на нее. Это было бы не научный трудъ, а груда никому ненужной исписан-

ной бумагой! Такими приемами изслѣдованія я никогда не пользовался. и оба тома, теперь вышедшіе въ свѣтъ, служатъ тому доказательствомъ. На самомъ дѣлѣ, матеріалъ, лежащій въ основѣ т. II, изученъ мною со всей доступной мнѣ тщательностью за долго до того, какъ я приступилъ къ печатанію т. I.

Конечно, обоснованность многихъ положеній выиграла бы, если бы я часть матеріала изъ т. II перенесъ въ т. I-ый. Въ этомъ отношеніи, быть можетъ, упрекъ проф. Удинцева и правиленъ. Но съ точки зрѣнія *методологическихъ* *пріемовъ*, раздѣленіе работы на два тома, думается мнѣ, вполне допустимо, ибо оно не оказало вліянія на формулировку окончательныхъ выводовъ.

Оба тома объединены не однимъ только заглавіемъ, но и общностью мыслей и тезисовъ, которые я формулирую въ т. I, и пользуясь которыми я подвергаю критикѣ нѣкоторые положенія западно-европейской юриспруденціи.

Вотъ почему, я полагаю, что отъ тома II-го мои критики ждутъ большаго, чѣмъ онъ можетъ дать по своей задачѣ. Раздѣленіе моего труда на два тома вызывалось обилиемъ матеріала, которымъ я оперировалъ. Соединеніе обоихъ томовъ въ одинъ сдѣлало бы мой трудъ нелегкообозрѣваемымъ и запутаннымъ. Конечно, я могъ бы всю тему изложить въ одномъ томѣ, даже и въ одной журнальной статьѣ... Все зависитъ отъ задачи, поставленной себѣ авторомъ, который въ этомъ вопросѣ совершенно свободенъ. Все зависитъ отъ той подробности и тщательности, съ которой задуманъ планъ работы. Но, задумавъ крупное научное предпріятіе, я не могъ расположить матеріалъ иначе, какъ я распредѣлялъ его послѣ долгихъ колебаній и размышленій.

«Отдѣливъ теоретическую часть отъ практической—продолжаетъ мой уважаемый рецензентъ,—т. е. утративъ практическую почву, авторъ переоцѣнилъ значеніе самого вопроса, который можно и должно было разрѣшать не на столь

большомъ количествѣ страницъ. Въ Герм. Гражд. Уложеніи вопросу, изучаемому авторомъ, удѣленъ одинъ §. Комментары съ большой пользой для дѣла, съ полнымъ указаніемъ литературы, разъясняютъ этотъ вопросъ на нѣсколькихъ страницахъ».

Съ этимъ замѣчаніемъ я не могу согласиться. Помимо того, что едвали правильно исчислять объемъ предпринимаемаго изслѣдованія количествомъ §§-овъ, посвященныхъ тѣмъ или другимъ Кодексомъ или количествомъ страницъ, отводимыхъ комментаторами (вѣдь комментаторы и не задаются разрѣшеніемъ вопроса во всей его полнотѣ, а ограничиваются приведеніемъ новѣйшихъ касс. рѣшеній подѣ соответствующими §§-ами и новѣйшей литературы,—а все это занимаетъ, конечно, нѣсколько строкъ!]¹⁾), говоря по существу, моя работа, посвященная важнѣйшему отдѣлу гражданского права—ученію о возмѣщеніи убытковъ,—никакъ не можетъ быть уложена на нѣсколькихъ страницахъ. Тема моего изслѣдованія охватываетъ массу вопросовъ такой первостепенной важности (випа, самовина, вмѣненіе, причинная связь и т. п.), что упущеніе одного изъ нихъ способно было бы обезцѣнить всю работу. Во всѣхъ монографіяхъ отводится самое широкое мѣсто ученію объ этихъ институтахъ; и не напрасно! Вѣдь, отъ того или другого построенія понятія вины или причинной связи зависитъ разрѣшеніе самаго вопроса объ зачетѣ вины! И въ тѣхъ монографіяхъ, гдѣ этого нѣтъ, нѣтъ и твердо научныхъ выводовъ. «Оперируя безъ оговорокъ съ неустановившимся понятіемъ вины, строя на немъ цѣлыя теоріи,—писалъ я въ т. I—изслѣдователи вопроса приходятъ перѣдко къ видимому, внѣшнему согласію съ ихъ противниками, лишь потому, что вливаютъ въ это понятіе

¹⁾ Замѣтимъ, что критикъ не правъ, утверждая, что моей темѣ въ В. Г. В. касается одна лишь статья (§ 254). Моя тема охватываетъ еще §§ 846, 276, 823, 827—829 и др. §§. Въ другихъ кодексахъ интересующему насъ институту посвященъ цѣлый рядъ статей. Напр. въ Цюрихскомъ Гр. Уз., Св. Мѣст. Узак. Губ. Приб., и т. п.

различное содержаніе. Отсюда недоразумѣнія, какъ результаты сбивчивости воззрѣній самихъ авторовъ. Исправить ошибку этихъ юристовъ мы ставимъ въ скромную заслугу нижележащей работы» (Введеніе къ т. I, стр. 61)...

Далѣе проф. Удинцевъ продолжаетъ такъ: «но казалось вполнѣ естественнымъ г. Яблочкову направить все свое вниманіе, именно, на самовину и подумать о перестройкѣ этого, видимо, искусственнаго понятія».... «Оставивъ неприкосновеннымъ понятіе самовины, г. Яблочковъ все свое вниманіе устремилъ на вину и причинную связь, рѣшивъ радикально перестроить общепринятыя понятія».

Мнѣ думается, что слѣдовать совѣту проф. Удинцева наврядъ ли возможно.

Что предлагаетъ мнѣ уважаемый рецензентъ? Оставить понятіе *вины* и обратиться первымъ дѣломъ къ перестройкѣ понятія *самовины*! Однако какъ могу я послѣдовать совѣту проф. Удинцева, когда я *принципіально* отвергаю искусственное различіе между виной технической и виной нетехнической и съ этой точкой зрѣнія согласенъ самъ же проф. Удинцевъ. Исполненіе совѣта проф. Удинцева мнѣ кажется фактически и невыполнимымъ. Вѣдь, самовина есть въ правовой области рѣдкое, исключительное явленіе, вина же деликвента есть типичное явленіе. И на практикѣ, какъ и въ литературѣ «вина нетехническая» разрабатывалась примѣнительно къ типическому явленію—винѣ технической. Одни юристы самовину конструировали, какъ вину деликтную; другіе юристы,—какъ особое искусственное явленіе на ряду съ виной деликтной. Тѣ и другіе юристы, такимъ образомъ, строили и перестраивали самовину на почвѣ вины деликтной. Вотъ почему, понятіе вины подлежитъ изслѣдованію первымъ дѣломъ. Вѣдь нельзя же заниматься перестройкой аномальнаго понятія прежде постройки типическаго понятія. Въ введеніи къ т. I (стр. 61) я пишу: «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 предпослать изслѣдованію самовины потерпѣвшаго изслѣдованіе понятія вины технической». Это мы и исполнили въ главѣ I, давъ «Ученіе о винѣ технической» и въ гл. II—«Ученіе о винѣ нетехнической». И другое расположеніе матеріала едва ли допустимо! Когда же въ ч. II я перехожу къ своимъ выводамъ, то я de plano устраиваю несостоятельное традиціонное различіе двухъ видовъ вины ¹⁾ и потому слѣдовать совѣту проф. Удинцева опять не имѣю возможности.

Что же я долженъ былъ, по мнѣнію проф. Удинцева, перестраивать въ понятіи самовины? На это проф. Удинцевъ даетъ такой отвѣтъ.

«Можетъ быть, автору слѣдовало задуматься надъ тѣмъ, что терминъ и понятіе самовины, подобно тому, какъ выраженіе напр. Цицерона—non est ista mea culpa sed temporum,—или Ульпіана—si machinae culpa factum est—суть выраженія и понятія бытовые, а не юридическія. Авторъ могъ бы въ изобиліи ознакомиться съ исторіей терминологіи у Pernice, у котораго и я заимствовалъ приведенные примѣры...»

Разберемся въ этомъ замѣчаніи. Проф. Удинцевъ указываетъ мнѣ, что мнѣ слѣдовало бы задуматься надъ тѣмъ, не есть ли понятіе самовины понятіе *бытовое*, а не юридическое, и въ подкрѣпленіе своего указанія ссылается на работы Pernice. Pernice исторію выработки понятія небреженія

¹⁾ Вотъ что я говорилъ по этому поводу въ вступительной рѣчи передъ диспутомъ въ Университетъ Св. Владиміра 24-го октября 1910 г.
« Если традиціонная конструкція вины технической даетъ несправедливые выводы для ученія о зачетѣ вины, и если, съ другой стороны, дуализмъ вины, установленный новѣйшей доктриной, ничѣмъ не можетъ быть оправданъ, то не напрашивается ли тѣмъ самымъ вопросъ: *да правильна ли сама традиціонная теорія?* Этотъ вопросъ ставлю я въ своей монографіи. И онъ даетъ мнѣ поводъ пересмотрѣть еще разъ правильность ученія о субъективныхъ и объективныхъ элементахъ въ понятіи вины. Мои выводы я изложилъ въ Тезисахъ: V, VI и VIII».

[Labeo, II, Abt. II, 2 изд. 1900, стр. 6—9] излагаетъ такъ. Въ республиканскую эпоху и въ началѣ императорскаго времени съ понятіемъ «culpa» писатели не-юристы не связывали никакого опредѣленнаго содержанія.

Это слово переносилось поэтому и на бездушныя вещи и на представленія, которымъ обязано явленіе. *Однако, иначе обстоитъ дѣло у юристовъ.* Они пользуются словомъ «culpa», какъ техническимъ выраженіемъ, хотя нерѣдко не въ опредѣленномъ смыслѣ «небреженія» (стр. 8, прим. 4, 5, 6). Иначе говоря, юристы взяли выраженіе изъ обычнаго словоупотребленія. *«Seine Bedeutung wurde in bestimmter Weise eingeschränkt und juristisch zugespitzt»* (стр. 9)...

Итакъ, ученіе римскихъ юристъ наврядъ ли обязывало меня оставить путь научныхъ юридическихъ построеній. Но съ основной мыслью проф. Удинцева я—при извѣстныхъ оговоркахъ—согласенъ. Согласенъ не потому, что двѣ тысячи лѣтъ тому назадъ адвокатъ въ порывѣ ораторскаго краснорѣчія воспользовался краснымъ словцомъ, а по тѣмъ логическимъ и практическимъ соображеніямъ, которыя я привелъ въ т. I, ч. 2, гл. 1. Я задался цѣлью очистить понятіе вины и самовины отъ тѣхъ наслоеній, которыми поросли эти понятія въ ученіяхъ западно-европейскихъ юристовъ. Въ результатъ цѣлой вереницы доводовъ я считаю необходимымъ конструировать понятіе вины, независимо отъ идеи гражданской ответственности, а вмѣстѣ съ тѣмъ выкидываю изъ этого понятія моменты *неправомерности* и условіе *деликтоспособности*. Все объективное содержаніе понятія вины сводится мною къ упречному поведенію лица ¹⁾. Вина есть отношеніе поведенія лица къ инкриминируемому *событію*,—а не къ страдающему субъекту. Субъективное же содержаніе понятія вины сводится къ от-

¹⁾ Съ этой точки зрѣнія, виновное поведеніе есть то, чего не надо было дѣлать. Ср. 1. 52 § 1 D. 9. 2: „culpa[m] recte enim residere“... кто началъ драку. „Culpa“ здѣсь употреблена, очевидно, не въ техническомъ смыслѣ „небреженіе“.

несенію дѣянія къ свободной инициативѣ лица. Вотъ та общая формула, которая объединяетъ оба вида вины: технической и петехнической. Съ этой точки зрѣнія, можно согласиться, что вина въ своемъ содержаніи есть *бытовое* понятіе. Не въ томъ смыслѣ, что юристъ смѣлъ бы связывать это выраженіе съ неодушевленными предметами, и не въ томъ смыслѣ, что оно исключало бы необходимость ближайшаго изслѣдованія содержанія понятія вины,—какъ это полагаетъ проф. Удинцевъ,—а въ томъ смыслѣ, что оно свободно отъ строго юридическаго момента *неправомерности*; а потому вина можетъ быть конструирована и какъ отношеніе лица къ *своей собственной сферѣ*, не получая отъ этого того искусственнаго значенія, которое ему придаютъ германскіе юристы.

Слѣдуемъ даже за нашимъ критикомъ.

«Авторъ мало задумался и надъ мыслями, напр. того же *Pernice* и *Wendt'a*, которыя ему хорошо извѣстны, и которыя заставляютъ изслѣдователя идти дальше по пути раздѣленія двухъ явленій—зачета деликтовъ и такъ называемаго зачета вины. Въ мою задачу не входитъ увеличивать существующія «теоріи» еще одной, но я при изслѣдованіи вопроса не отказался бы отъ попытки подмѣнить такъ называемый зачетъ вины—зачетомъ убытковъ».

Въ чемъ выразилось то, что ставить мнѣ въ упрекъ проф. Удинцевъ—«авторъ мало задумался надъ мыслями *Pernice* и *Wendt*»—я не совсѣмъ понимаю. На стр. 12 т. I въ историческомъ обзорѣ существующихъ теорій я ставлю въ заслугу *Pernice* и *Wendt* различіе двухъ видовъ зачета. *compensatio culpaе* и *compensatio delictorum*, и на стр. 14 говорю: «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 солид-

ная постановка вопроса объ юридическомъ оправданіи зачета вины въ деликтной сферѣ».

Проф. Удинцевъ выражаетъ дальше свое недовольство и вѣбшимъ планомъ сочиненія. «По системѣ автора вопросъ о винѣ трактуется имъ трижды: въ первой главѣ первой части, въ первой главѣ второй части и, наконецъ, въ заключительной главѣ. Причинная связь также изучается въ три приѣма. Нечего и говорить, что такой порядокъ затрудняетъ читателя, заставляя его по своему перестраивать всю работу при ея штудированіи».

Позволю себѣ, прежде всего, исправить неточность. Вопросъ о винѣ трактуется мною не трижды, а *дважды*. Въ заключительной главѣ я подвожу итоги, т. е. примѣняю свои конструкціи вины и причинной связи къ разрѣшенію вопроса о вліяніи вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ; въ этой главѣ я понятіемъ вины не занимаюсь. Причинную связь я изучаю также дважды, а не трижды. Именно, — въ гл. 3 ч. I и гл. 2 ч. II, и нигдѣ болѣе изученію сущности причинной связи я не посвящаю ни одной строчки. Но и изученіе одного и того же вопроса и въ *два* приѣма требуетъ оправданія (введеніе, стр. 62—63). А оправданіе и объясненіе этому слѣдующее. Понятіе вины и причинной связи суть понятія сложнымъ. Выясненіе того и другого понятія требуетъ послѣдовательнаго разрѣшенія цѣлаго ряда вопросовъ (см., напр. §§ 1—5 гл. 2 ч. II). Если бы я приурочилъ свою критику господствующихъ теорій и свои построенія къ изложенію каждаго мелкаго вопроса, входящаго въ составъ болѣе сложнаго понятія вины, причинной связи и т. п. то я распылилъ бы свою собственную теорію на десяткахъ и сотняхъ разрозненныхъ страницахъ своего труда, и читателю, интересующемуся моей теоріей, пришлось бы передѣлывать ту работу, которая лежитъ на самомъ авторѣ: ему надо было бы выписывать къ одному мѣсту мои разрозненные замѣчанія, чтобы собрать ихъ въ одно цѣлое,

въ одну стройную теорію. Или, быть можетъ, мнѣ пришлось бы для облегченія работы читателя самому резюмировать свои теоріи, т. е. впасть въ повторенія и тогда не было бы оправданія ненаучности моей системы! Вотъ почему, я рѣшился отдѣлать болѣе отчетливо мои теоріи отъ чужихъ теорій. Обиліе матеріала требовало того повелительно. И я думаю, что этимъ я сдѣлалъ болѣе нагляднымъ мою систему, облегчилъ пользование моей книгой, а вовсе не «затруднилъ читателя, заставляя его по своему перестраивать всю работу при ея штудированіи».

Проф. Удинцевъ далѣе упрекаетъ меня въ недостаточно рѣзко проведенной грани между двумя понятіями: вины и причинной связи. «На стр. 392 авторъ говоритъ: «итакъ, вина потерпѣвшаго погашаетъ отвѣтственность делинквента. Ея *каузальное содѣйствіе* стараетъ виновность поведенія делинквента». На стр. 397 вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь»... Въ литературѣ въ настоящее время считается важнѣйшимъ успѣхомъ въ ученіи о зачетѣ вины—строгое отграниченіе вопросовъ собственно *зачета вины* отъ вопросовъ о *перерывѣ причинной связи*».

Эти упреки мнѣ кажутся не совсѣмъ справедливыми. Строжайшее различеніе понятій *вины* и *причинной связи* я поставилъ задачей своей монографіи. Не мнѣ, конечно, судить, насколько она,—эта задача—выполнена мною удовлетворительно. Но обратимся къ примѣрамъ рецензента. На стр. 392 я обсуждаю тотъ случай, когда потерпѣвшій виновенъ въ томъ, что не указалъ делинквенту на необычайно высокій размѣръ убытковъ, угрожаемыхъ отъ задуманнаго или предполагаемаго имъ дѣйствія. Если бы онъ не сдѣлалъ этого упущенія, отвѣтчикъ не совершилъ бы соотвѣтствующаго дѣянія, которое само по себѣ иначе квалифицировалось бы, какъ *виновное*. Если бы, напр., онъ зналъ, что переданный ему на храненіе пакетъ содержитъ десять тысячъ рублей, онъ принялъ бы особыя мѣры охраны, кото-

рыхъ онъ не предпринялъ потому, что полагалъ, что онъ безцѣленъ. Поэтому то убытокъ здѣсь *причиненъ* упущеніемъ самого потерпѣвшаго. «Его каузальное содѣйствіе наступленію вредоноснаго факта стираетъ цѣликомъ виновность поведенія делинквента». Гдѣ же здѣсь смѣшеніе *причинной связи съ виной*? На стр. 397 я начинаю § 3: «вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь между правонарушеніемъ и вредомъ». Что вина потерпѣвшаго можетъ прервать причинную связь, исходящую отъ дѣянія делинквента,—на этомъ согласны всѣ юристы. Но, утверждая это, развѣ мы смѣшиваемъ понятіе *причинной связи* съ понятіемъ *вины*? Если топоръ разрубаетъ веревку, означаетъ ли это, что топоръ есть веревка? Въ основѣ понятія причинной связи лежитъ идея планомѣрности явленій. Вина, какъ фактъ патологическій, ненормальный, прерываетъ причинную связь. Вотъ и все. Есть ли какая либо путаница понятій въ такомъ построеніи?

Не понимаю я и дальнѣйшаго замѣчанія: «въ литературѣ въ настоящее время считается важнѣйшимъ успѣхомъ въ ученіи о зачетѣ вины—строгое отграниченіе вопросовъ собственно *зачета вины* отъ вопросовъ о *перерывѣ причинной связи*». Въ смѣшеніи этихъ вопросовъ нѣкоторыми юристами—совѣсть моя чиста. Если я особо изслѣдую (въ § 3 гл. III) случаи *перерыва причинной связи виной потерпѣвшаго*, то на это я имѣю право, ибо тема моего изслѣдованія—не «зачетъ вины», а «вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ». Тема моя широкая, она не ограничивается изслѣдованіемъ только зачета вины, а охватываетъ всѣ комбинаціи, въ коихъ вина потерпѣвшаго можетъ оказать вліяніе на окончательный размѣръ его претензій. Протестуя противъ смѣшенія указанныхъ вопросовъ нѣкоторыми юристами (Pernice, Bag), я самъ указываю, что «надо ясно различать случаи зачета вины отъ случаевъ перерыва -причинной связи» (стр. 11, 39, 136, *passim*). «Существенное условіе ограниченія отвѣтственности

по принципу «зачета вины» есть наличность не нарушенной причинной связи между деликтомъ и конечнымъ результатомъ» (стр. 191, 407).

Какъ видимъ, указанный упрекъ проф. Удинцева не можетъ быть принятъ мною на свой счетъ. Проф. Удинцевъ, однако, настаиваетъ на какой то неясности и противорѣчии, обязанныя подмѣченной имъ спѣшности, съ коею составлялась моя работа. «Такого смѣшенія (вопросовъ о винѣ и причинной связи) авторъ не произвелъ бы—объясняетъ онъ,—если бы стоялъ на общепринятой точкѣ зрѣнія, по которой вина есть лишь направление воли. Но автору показалось неизбѣжнымъ отысканіе какого то объективнаго элемента, и на этой почвѣ возникъ цѣлый рядъ недоразумѣній, напр. въ противоположеніи воззрѣній французскихъ юристовъ нѣмецкимъ (стр. 68). Авторъ убѣжденъ, что французская доктрина... находилась подъ вліяніемъ римскаго ученія о несомѣстимости вины и права, выраженнаго въ популярномъ афоризмѣ Павла: «*nemo damnum facit, nisi qui il fecit quod facere jus non habet*». Очевидно, что въ приведенномъ афоризмѣ вовсе нѣтъ рѣчи о винѣ, а лишь объ *убыткѣ*, каковой можетъ быть причиненъ и безъ вины».

Со всѣмъ этимъ возраженіемъ согласиться я не могу. Проф. Удинцевъ полагаетъ, что я что то сочинилъ самъ, открывъ «какой-то» *объективный* элементъ въ понятіи вины. Я долженъ указать моему уважаемому рецензенту, что различіе между объективнымъ и субъективнымъ элементами въ понятіи вины проводятъ съ тѣми или другими измѣненіями и разногласіями *все* юристы, какъ *все* западно-европейскіе, такъ и *все* отечественные. «Общепринятая точка зрѣнія», на которую намекаетъ рецензентъ, мнѣ неизвѣстна ¹⁾. На

¹⁾ Единственный пандектистъ—Windscheid,—на котораго указывалъ проф. Удинцевъ на публичномъ диспутѣ, мною принятъ во вниманіе въ моей диссертации. Поэтому я не останавливаюсь болѣе подробно на этомъ вопросѣ. Замѣчу, что ссылка на *Windscheid'a* также не вѣрна, какъ и ссылка на «общепринятую точку зрѣнія».

стр. 65—78 для технической вины и на стр. 135—156 для нетехнической вины я выясняю содержание этого объективного элемента, т. е. я излагаю и систематизирую, но не сочиняю от себя того, чего не было до меня и не должно быть въ наукѣ. «Объективный составъ понятія—говорю я *отъ лица установившейся теоріи*—обнимаетъ: а) тѣлесное движеніе, б) причиненный результатъ, с) объективную неправоумѣрность. Эта погрѣшность во внѣшнемъ поведеніи необходима, что бы упречная воля проявилась, какъ реальный фактъ; воля, чувствованіе, настроеніе, помыслы не вызываютъ правовой порядокъ къ реагированію, пока они не воплотились въ дѣяніи,—будь то положительное или негативное». (т. I, стр. 65). Что я тутъ выдумалъ такого, съ чѣмъ проф. Удинцевъ могъ бы быть несогласенъ, и что порождало бы «рядъ недоразумѣній»? .

Проф. Удинцевъ намекаетъ на какой то «рядъ недоразумѣній», вытекшій изъ допущенія «какого то» объективного элемента. Въ видѣ примѣра, онъ указываетъ на противоположеніе мною французскихъ и германскихъ школъ.

Проф. Удинцевъ указываетъ, именно, на невозможность строить понятіе вины на афоризмъ Павла: «*nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet*». Очевидно—говоритъ проф. Удинцевъ—что въ приведенномъ афоризмѣ вовсе нѣтъ рѣчи о *винѣ*, а лишь объ *убыткѣ*, каковой можетъ быть причиненъ и безъ вины».

Съ этимъ заключеніемъ я не могу согласиться. «*Damnum*» въ афоризмѣ Павла означаетъ вовсе не убытокъ, а *iniuria* въ смыслѣ *lex Aquilia*. «*Damnum ponitur pro culpa*» (см. *Pernice, Labeo, II, Abt. 2, стр. II сл.*). И иначе быть не можетъ! Вѣдь, ясно, что «*damnum*» можетъ быть причиненъ по праву и безъ права и не эту тривиальность хочетъ сказать Павелъ. Такъ же, какъ въ афоризмѣ: «*qui suo jure utitur neminem laedit*», «*laedit*» вовсе не означаетъ «причиняетъ убытокъ», а означаетъ—«не нарушаетъ чужого права», такъ же въ афоризмѣ Павла, «*damnum*» вовсе не

обозначает просто матеріальный убытокъ въ его физической сущности!

Павелъ говоритъ, что не *виновенъ* тотъ, кто пользуется своимъ правомъ. Конечно, нельзя дѣлать отсюда то заключеніе, что вина есть превышеніе своего права. Несостоятельно строить понятіе вины на столь узкомъ принципѣ. Но при чемъ я тутъ!? Вѣдь, это — методъ *французскихъ* юристовъ, а не автора этихъ строкъ, который слишкомъ много мѣста посвящаетъ безпощадной и рѣзкой критикѣ французской школы, чтобы оставить тѣнь сомнѣнія въ сочувствіи этой школѣ:

«Nul n' est en faute dans l' exercice régulier et prudent de son droit» — повторяютъ одинъ за другимъ французскіе юристы (т. I, стр. 69). «Мы видимъ — говорю я на стр. 292 послѣ длиннаго ряда разсужденій — что традиціонный аргументъ о несовмѣстимости понятій *права* и *вины* несостоятеленъ, ибо вина можетъ привзойти и при осуществленіи своего права». Въ чемъ же заключается различіе между *французской* и *нѣмецкой* школами? Въ принципиально различномъ обсужденіи. какъ субъективнаго, такъ и объективнаго элементовъ въ понятіи вины. Проф Удинцевъ отвергаетъ наличность *объективнаго элемента* въ понятіи вины. А между тѣмъ, съ нимъ оперируютъ и французскіе и германскіе юристы, — только къ моменту *неправомѣрности* они подходятъ съ разн. точки зрѣнія. Французскіе юристы строятъ понятіе *вины*, исходя отъ идеи личной обязанности делинквента [индивидуальная точка зрѣнія], германскіе же юристы выдвигаютъ на первый планъ права страдающаго субъекта (интересы оборота). Въ конечномъ выводѣ тѣ и другіе юристы ставятъ понятіе вины въ неразрывную связь съ идеей *неправомѣрности*.

Вотъ это есть то построеніе, разрушить которое я ставлю въ скромную заслугу моей работы. Между тѣмъ, я долженъ указать на то, что литература чуть ли не ежедневно **даетъ намъ** новыя и новыя работы въ области ученія о воз-

мѣщеніи убытковъ, и въ этихъ работахъ юристы продолжаютъ по традиціи ставить понятіе *вины* въ нерасторжимую связь съ понятіемъ *неправомерности* и по прежнему продолжаютъ запутываться, какъ только съ *вины* деликтной переходятъ на *вину* потерпѣвшаго. Укажу лишь въ видѣ примѣра на новѣйшее изслѣдованіе *Dr. Hans Fischer. Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München. 1911 [XXI Band, Heft 2, O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess]* ¹⁾.

¹⁾ Н. Fischer исходитъ отъ положенія: „Unsittlichkeit ist Rechtswidrigkeit und zwar subjective Rechtswidrigkeit. Unsittlichkeit ist Verschulden“ (стр. 147). Затѣмъ, Н. Fischer (стр. 170 сл.) поднимаетъ вопросъ: не надо ли измѣнить понятіе неправомерности въ такомъ направленіи. Очевидно, запрещенное осуждается правомъ, но также очевидно, что дѣйствующій *въ своихъ собственныхъ дѣлахъ* виновно (т. е. небрежно) подлежитъ правовому осужденію, которое выражается въ навлеченіи правовыхъ невыгодъ и отказъ въ правовыхъ выгодахъ. Поэтому можно слить запрещенное и незапрещенное. Объединяющимъ моментомъ былъ бы элементъ правового осужденія (das Element rechtlicher Missbilligung) и всякое человеческое поведеніе такого рода было бы *неправомерно*. — Далѣе Fischer (стр. 171) спрашиваетъ: существуетъ ли вообще такое общее правовое осужденіе? „Надо понять—говорить ояъ,—что запретительные законы (въ широкомъ смыслѣ слова) могутъ быть и *leges imperfectae*, что во всякомъ случаѣ они не должны непремѣнно влечь за собою тяжелыя невыгоды (наказаніе, возмѣщеніе убытковъ), но могутъ удовольствоваться назначеніемъ болѣе мягкихъ невыгодныхъ послѣдствій. Выраженіе:—опредѣленное человеческое поведеніе съ правовой точки зрѣнія *не запрещено*, а лишь *правово осуждено* (gemissbilligt) и снабжено правовыми невыгодами—это выраженіе, для того, что бы не впасть въ *contradictio in adjecto* должно означать: въ одномъ случаѣ (при правовыхъ запрещеніяхъ) неодобрительная оцѣнка (Werturteil) создано и измѣрено правомъ, въ другомъ случаѣ неодобрительная оцѣнка, которая имѣетъ корни въ этическихъ и народно-бытовыхъ воззрѣніяхъ, воспринимается правомъ для того, что бы дать справедливыя рѣшенія при коллизіи интересовъ и безъ того, чтобы право въ другихъ отношеніяхъ усвоивало бы это осужденіе“. — Fischer доказываетъ далѣе, что такое внѣ правовое неодобреніе или не существуетъ или не уполномочено существовать. И во всякомъ случаѣ такое расширенное понятіе неправомерности нецѣлесообразно. Гораздо выгоднѣе понятіе *неправомерности* ограничить рамками правово запрещеннаго, ибо понятіе это—едино (стр. 172). — Такимъ образомъ, *вина въ своихъ собственныхъ дѣлахъ не неправомерна* (nicht rechtswidrig ist). Масштабъ осужденія имѣетъ здѣсь корни—не право! Почему же притязаніе потерпѣвшаго на возмѣщеніе убытковъ по § 254 умаляется или устраняется?—спрашиваетъ Fischer (стр. 177). „Здѣсь, думаю я, основанія лежатъ въ существѣ болѣе на поверхности, чѣмъ

Проф. Удинцевъ—далѣе—не согласенъ со мной, что всякая вина представляется намъ *prima facie* какъ оскорбленіе

это обычно полагаютъ. Рѣчь идетъ не о глубоко религіозномъ или этическомъ осужденіи отдѣльнаго поврежденія... § 254 содержитъ, наоборотъ, простой принципъ справедливости для регулированія распределенія убытковъ. Надо сознаться, что народное воззрѣніе на плохого хозяина, какъ на плохого человека, содѣйствовало въ вопросѣ о распределеніи убытка къ невыгодѣ потерпѣвшаго.... Но мы не нуждаемся въ такомъ морализирующемъ моментѣ, который обличаетъ довольно узкій горизонтъ. Кто желаетъ взвалить на другого *весь* убытокъ, въ возникновеніи или увеличеніи коего онъ самъ содѣйствовалъ, нуждается въ оправданіи уже по принципамъ каузальнаго закона. Собственная вина въ § 254 есть, въ сущности говоря, ничто другое, какъ остатокъ принципа распределенія убытковъ, исключительное господство котораго давно уже побѣждено. Раньше думали, что въ гражданскомъ правѣ можно привлечь къ отвѣту повредителя лишь въ томъ случаѣ, если онъ виновенъ. Когда сказалась потребность для дальнѣйшаго расширенія отвѣтственности, ее обосновывали тѣмъ, что хулили повредителя. Изъ этого времени происходитъ знаменитое рѣшеніе, по которому эксплуатанція жел. дор. можетъ быть вменена въ *вину* предпринимателю. Въ настоящее время думаютъ, что—въ правѣ отнять у потерпѣвшаго притязаніе на возмѣщеніе убытковъ лишь послѣ того, какъ его предварительно очернили (*wenn man ihn zuvor schlecht gemacht hat*). Кго заставляютъ „отвѣчать“ за собственный вредъ такъ же, какъ заставляютъ отвѣчать делинквента (стр. 178).... Въ настоящее же время, хотя знаютъ, что самовредитель не можетъ быть самовинновенъ, на немъ съ щепетильной точностью измѣряются всѣ требованія *неправомерной вины*. Такова точка зрѣнія установившейся практики и преобладающей доктрины. Самоповредителя обсуждаютъ по чисто „деликтному праву“ (стр. 179).

Н. Fischer долженъ былъ посчитаться и съ текстомъ § 254. Конечно, текстъ § 254 В. Г. В. не совсѣмъ точенъ. Но такъ какъ собственная вина не можетъ быть собственно *неправомерной виной*, то было ясно, что законодатель здѣсь оставилъ техническое словоупотребленіе и впалъ въ общенародный языкъ, который обозначаетъ словомъ *вина* рѣшительную причину какаго либо нежелательнаго дѣйствія“ (стр. 180).

Такое построеніе Н. Fischer'a! Какъ видимъ,—ничего новаго! Fischer стоитъ на ложной дорогѣ, а потому и съ недоумѣніемъ озирается по сторонамъ, не узнавая, гдѣ онъ находится. Авторъ систематически путаетъ понятія *вины* и *субъективной неправомерности*. Неправомерность онъ понимаетъ узко: это все то, что погрѣшаетъ противъ права. Что касается понятія *неправомерности* (*Rechtswidrigkeit*) то я согласенъ съ Fischer'омъ, что „das missbilligende Werturteil vom Rechte geschaffen ist“. Но, съ другой стороны, я полагаю, что по отношенію общегражданскаго понятія *вины* вѣрно то, что Fischer говорить о *собственной винѣ* потерпѣвшаго: „der Massstab für die *Missbilligung* nicht aus dem Recht stammt“.—Дѣло въ томъ, что Fischer спускаетъ въ ученіи о собственной винѣ потерпѣвшаго (въ смыслѣ § 254) два вопроса: когда сталъ доказывать, что „das Verschulden in eigenen Angele-

дѣтелемъ своей собственной правовой сферы (т. I, стр. 306). «Г. Яблочкова ввело въ заблужденіе и выраженіе юриста Павла: «*ea igitur quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur* (l. 14 D. 13. 7). Павелъ говоритъ о томъ, какъ надо опредѣлять степень требуемаго правомъ въ извѣстныхъ случаяхъ вниманія. Будь внимателенъ къ чужимъ дѣламъ настолько же, насколько внимателенъ къ своимъ дѣламъ. А г. Яблочковъ подумалъ, что виновенъ тотъ, кто не внимателенъ къ своимъ дѣламъ».

Кто не читалъ моей книги, тотъ подумаетъ, что я всю свою теорію строю на l. 14 D. 13. 7. Укажу здѣсь на то, что такое заключеніе было бы неправильно, ибо мою конструкцію я пытаюсь обосновать на строго логическихъ началахъ (стр. 298 сл.); она находитъ опору даже въ *Motiven I zu § 144* (стр. 298—299).

Неправъ, думается мнѣ, проф. Удинцевъ и по существу. Проф. Удинцевъ утверждаетъ, что въ l. 14 D. 13. 7 Павелъ говоритъ о томъ, какъ надо опредѣлять степень требуемаго правомъ въ извѣстныхъ случаяхъ вниманія. Однако обратимся къ тексту. L. 13 § 1, l. 14 D. 13. 7: «*venit autem in hac actione (pigneraticia) et dolus et culpa... Ea igitur quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur*». Иначе говоря, юристъ поясняетъ, что такое *culpa* (levis), за которую отвѣчаетъ залогодатель по *a^o. pigneraticia*. На

genheiten nicht rechtswidrig ist". Отсюда и странность его упрека „установившейся практикѣ и преобладающей доктринѣ“: „къ самовредителю съ щепетильной точностью примѣняются всѣ требованія *неправомерной вины*“. Если это прискорбное явленіе имѣетъ мѣсто, то оно обязано, именно, той путаницѣ понятій, въ которой виновенъ первый же Fischer! На самомъ дѣлѣ, всякая *вина*, съ одной стороны, и *неправомерность*, съ другой стороны, не имѣютъ ничего общаго между собою. Они стоятъ *рядомъ* въ деликтѣ, отнюдь не входя одинъ въ другое. Одно понятіе (неправомерность) можетъ отсутствовать при наличности другого (вины), какъ это имѣетъ мѣсто въ § 254 B.G.B.—

Отсюда—опроверженіе и дальнѣйшихъ разсужденій автора о толкованіи самовины въ смыслѣ голаго *причиненія*. Такое толкованіе, правда, находятъ защитники, но оно несостоятельно (см. т. I, стр. 173—177) и не можетъ быть согласовано съ яснымъ текстомъ закона.

идеѣ отношенія *pater familias* къ *suis rebus* строятъ понятіе вины *Paulus* (l. 25 § 16 D. 10. 2), *Gajus* (l. 35 § 4 D. 18. 1) и *Юстиніанъ* (§ 5 I. 3. 24). Въ l. 14 D. 13. 7 Павелъ вовсе не говоритъ: «будь внимателенъ къ чужимъ дѣламъ настолько же, насколько внимателенъ къ своимъ дѣламъ»,—какъ это утверждаетъ проф. Удинцевъ. Вѣдь, —такова формула для *culpa in concreto* (*diligentia quam in suis rebus praestare solet*). А о ней и рѣчи нѣтъ въ l. 14, гдѣ говорится о *culpa levis*, и здѣсь то построение вины на *diligentia boni patris familias* (абстрактно!), а этой *diligentia* на «*suis rebus*» знаменательно и поучительно.

Слѣдуемъ дальше за критикой проф. Удинцева. «Въ ученіи о субъективномъ составѣ понятія вины авторъ приходитъ къ слѣдующему замѣчательному выводу: «всѣ недоумѣнія отпадаютъ, говоритъ г. Яблочковъ, разъ мы встанемъ на нашу точку зрѣнія; т. е. отрѣшимся отъ традиціоннаго смѣшенія понятій вины и деликта» (315).— «Съ этой точки зрѣнія, продолжаетъ авторъ на стр. 317, 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» (317). Авторъ полагаетъ, что отвѣтственность родителей за своихъ дѣтей покоится, именно, на винѣ дѣтей и, что «въ дѣяніи малолѣтняго должны быть на лицо всѣ элементы деликта, за исключеніемъ деликтоспособности» (319). Я очень сомнѣваюсь, что бы новое понятіе вины было принято современными юристами. и опасаясь, какъ бы не отразились невыгодно отмѣченныя мною неясности автора на практической части его изслѣдованія; не допускаю, чтобы выводы теоретической части обоснованы были на фактическомъ матеріалѣ—настолько они представляются чуждыми современному правовоззрѣнію».

Рецензентъ атакуетъ здѣсь одно изъ главнѣйшихъ положеній моей диссертациі, для обоснованія котораго и логическимъ и положительнымъ матеріаломъ я не поспешилъ мѣ-

стомъ въ моей книгѣ [т. I, стр. 86—110, 157—177, 310—327, 442]. Не входить въ мою задачу еще разъ пересказывать въ настоящемъ введеніи мои соображенія, изложенныя въ т. I. Замѣчу лишь, что мои мысли начинаютъ высказываться и въ западно-европейской литературѣ и завоевываютъ все большій и большій кругъ умовъ въ Германіи и начинаютъ восприниматься практикой низшихъ судебныхъ установленій въ Германіи.

Но проф. Удинцева не удовлетворяютъ не только мои «теоретическія разсужденія», но и сами выводы.

«Но, думаю, — говоритъ онъ, — далеко не всѣ согласятся на распредѣленіе убытковъ по преимущественному причиненію съ помощью рекомендуемыхъ авторомъ дробныхъ псчисленій: $\frac{3}{5}$ преимущественнаго причиненія и убытковъ онъ относитъ въ одномъ примѣрѣ на делинквента, $\frac{2}{5}$ — на пострадавшаго...».

Это возраженіе покоится на недоразумѣніи. Проф. Удинцевъ сомнѣвается въ возможности дробныхъ исчисленій квотъ, по коимъ разлагается убытокъ между сторонами. Между тѣмъ, ни одинъ юристъ д. с. н. не сомнѣвался въ необходимости этой работы, — какъ теоретикъ, такъ и практикъ, къ какому направленію въ литературѣ онъ ни принадлежалъ бы. Стремленіе къ конкретной справедливости въ данной области такъ велико, что въ австрійской, напр., юриспруденціи судьи распредѣляютъ убытокъ на неравныя квоты ($\frac{1}{3}$, $\frac{2}{3}$ и т. п.), даже въ тѣхъ случаяхъ, когда могли бы безъ дальнѣйшаго труда распредѣлить его пополамъ въ силу § 1304 Австр. Гр. Улож. ¹⁾. Въ нашихъ волостныхъ судахъ присужденіе къ обоюдной отвѣтственности не всегда выражается въ раздѣленіи судомъ убытковъ пополамъ между сторонами: иногда потерпѣвшій вознаграждается лишь извѣстной частью исковой суммы убытковъ, напр. $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{3}$ и т. п. ²⁾, — и это несмотря на всѣ

¹⁾ Zeiller. Kommentar zum oöterr. B. G. B., Bd. III, 726; A. Randa. о с., стр. 59.

²⁾ Ср. Тимофеевъ, Вѣстн. Права 1903, № 1, стр. 19, 27; С. Пазманъ, Обычное гражд. право. I, стр. 427—437.

трудности практическаго примѣненія и оправданія передъ тяжущимися такого порядка и вопреки тексту самого обычнаго правила: *грѣхъ—пополамъ*! Въ западно-европейской и русской юриспруденціи, какъ покажетъ настоящее изслѣдованіе, убытокъ также распредѣляется на самыя причудливыя квоты, и дѣленіе убытка *пополамъ* встрѣчается даже рѣже, чѣмъ дѣленіе на другія болѣе дробныя квоты!

Можетъ быть, проф. Удинцевъ имѣлъ въ виду лишь невозможность дать судѣ такой принципъ причиненія, который служилъ бы *непреложнымъ* и *точнымъ* масштабомъ для разложенія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ убытка на дробныя квоты. Но въ такомъ случаѣ, здѣсь — недоразумѣніе! Я и не думалъ связать судью своими дробями и дать ему какія-либо точныя указанія, касающіяся квотныхъ разложеній убытковъ, которыя навязывались бы съ логической необходимостью! Не только при распредѣленіи убытковъ по принципу *причиненія* (стр. 52), но и по акцессорному принципу *виновности*, я предоставляю судѣ полную свободу усмотрѣнія. «Мы возложили бы на судью — говорю я въ т. I на стр. 441 — 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 требованіями отчета въ той области, которая по своей природѣ входитъ въ область сувереннаго судейскаго усмотрѣнія!».

«Авторъ стремится — продолжаетъ проф. Удинцевъ — институтъ зачета вины оправдать съ точки зрѣнія уже установившихся въ наукѣ права общихъ началъ гражданской ответственности, взявъ въ качествѣ масштаба разложенія убытковъ, при обоюдной винѣ, принципъ каузальности и допустивъ принципъ вины лишь въ качествѣ акцессорнаго...» «Авторъ полагаетъ, что его выводы *справедливы* (445). Но, вѣдь,

неюридическій принципъ справедливости г. Яблочковъ признаетъ непригоднымъ для зачета вины. И это противорѣчіе неизбежно, потому что авторъ, занимавшійся такъ много и долго построениемъ точныхъ принциповъ для института зачета вины, кончилъ тѣмъ, чѣмъ только и занимается судья—практикъ, для котораго въ данномъ вопросѣ теоретики не въ состояніи указать строго научныхъ масштабовъ».

Итакъ, вопросъ, занимающій умы юристовъ, начиная съ Mommsen'a, по воззрѣнію проф. Удинцева есть праздный вопросъ. Вопросъ о *возложеніи* убытковъ на отвѣтчика есть вопросъ научный и практически важный, вопросъ же о *разложеніи* убытковъ между сторонами есть вопросъ бесплодный. Все здѣсь должно базироваться на свободномъ усмотрѣніи судьи—практика, «для котораго въ данномъ вопросѣ теоретики не въ состояніи указать строго научныхъ масштабовъ». Дѣйствительно, исключительное въ области права явленіе! Институтъ рождаетъ десятки вопросовъ, трудныхъ и запутанныхъ, а доктрина безсильна помочь чѣмъ нибудь практику. Практикъ долженъ бродить на ощупь, не просвѣщенный отзывомъ научной доктрины, и рѣшать всякое затрудненіе по своей судейской совѣсти. Не думаю, что можно было бы согласиться съ проф. Удинцевымъ ¹⁾. Вѣдь, развѣ тщательность, съ которой я старался, пользуясь строго научными методами, разрѣшить вопросъ о масштабахъ разложенія убытковъ, можетъ быть поставленъ мнѣ въ минусъ? Не думаю, чтобы поверхностное разрѣшеніе вопросовъ, связанныхъ съ темой моего изслѣдованія, заслужило бы чью либо похвалу. Далѣе. «Противорѣчія», на которое указываетъ проф. Удинцевъ, не существуетъ. Я съ прискорбіемъ замѣчаю, что мое изложеніе не понято моимъ критикомъ. Правда, я ставлю себѣ задачей,

¹⁾ Самъ же проф. Удинцевъ называлъ въ началѣ своей рецензіи мою тему «поучительною для практиковъ», а господствующее ученіе о зачетѣ вины не вполне яснымъ и не обоснованнымъ. Далѣе рецензентъ ставитъ въ упрекъ германскимъ юристамъ, что они не способствовали разъясненію вопроса о зачетѣ вины.

на мѣсто туманнаго и неуловимаго признака *справедливости*, которымъ любятъ оперировать многіе юристы, не могущіе найти юридическаго обоснованія института зачета вины, разрѣшить всю проблему съ точки зрѣнія уже установившихся въ наукѣ права общихъ началъ гражданской отвѣтственности. [Съ этой цѣлью и предпринята перестройка понятій причинной связи и вины!]. Отсюда рядъ положительныхъ формулъ (гл. III, части II). Но въ нихъ не можетъ быть уложена вся тема. Встрѣчаются комбинаціи, въ коихъ *справедливо* понизить отвѣтственность делинквента, но это какъ будто идетъ въ разрѣзъ съ основными положеніями права (см. напр. ч. II, гл. III, § 2, с.). Тогда моя задача сводится къ созданію негативныхъ формулъ, коими я пытаюсь, по крайней мѣрѣ, согласовать пониженіе отвѣтственности съ общими началами права, чтобы устранить кажущееся противорѣчіе (напр. стр. 397). И въ томъ и другомъ случаѣ мои разсужденія строго юридическаго содержанія, а конечные *выводы* я свѣряю съ требованіями *справедливости*, ибо справедливость есть цѣль всякаго правопорядка. Никакого противорѣчія между отказомъ моимъ отъ пользованія «справедливостью» и ссылкой на справедливость—нѣтъ. Я отказываюсь отъ справедливости, какъ отъ методологическаго приѣма распредѣленія отвѣтственности между сторонами, т. е. какъ отъ всеобъемлющаго, исключаящаго необходимость дальнѣйшаго изслѣдованія вопроса, фактора разложенія убытковъ между отвѣтчикомъ и потерпѣвшимъ. Но мои *выводы*, къ какимъ я прихожу строго научными приѣмами, были бы никуда не годны, и я первый отказался бы отъ нихъ, если бы они давали несправедливыя или нелѣпыя рѣшенія! Для вѣщаго подкрѣпленія правильности моихъ методологическихъ приѣмовъ я и указываю читателю, что мои *выводы* справедливы.

На этомъ оканчивается критика проф. Удинцева, останавлиюсь и я въ своихъ возраженіяхъ моему уважаемому критику. Какъ отъ проф. Удинцева, такъ и отъ другихъ уче-

ныхъ мнѣ приходилось выслушивать пожеланія скорѣйшаго выпуска въ свѣтъ 1. II-ого моего изслѣдованія. Эти пожеланія я исполняю въ настоящее время, издавая свои «*Очерки законодательной и судебной практики*».

Тема моей работы оказалась настолько обширна, что я поневолѣ долженъ былъ—болѣе или менѣе произвольно—ограничить рамки задуманнаго научнаго предпріятія. Разрабатывая одинъ матеріалъ, откидывая, всегда съ сожалѣніемъ,—но часто не на всегда, а лишь на время, другой матеріалъ, я руководился при выборѣ матеріала однимъ соображеніемъ: поскольку велика и достойна обработки накопившаяся судебная практика по данному вопросу.

Мнѣ казалась, напр. въ высшей степени интересной тема о *профессіональномъ рискѣ* въ области ответственности владѣльцевъ фабрично-заводскихъ предпріятій за вредъ, причиняемый рабочимъ при отправленіи работъ предпріятія. Въ различныхъ законодательствахъ вопросъ о вліяніи вины потерпѣвшаго рабочаго на судьбу его претензій къ патрону разрѣшается различно. Тема,—казалось бы, богатая и заманчивая. Но, изучая относящійся сюда матеріалъ, я убѣдился, что соотвѣтствующіе законы изданы сравнительно недавно и богатой и поучительной судебной практики по этимъ законамъ еще не накопилось, ни на Западѣ, ни у насъ въ Россіи.

Вотъ почему, я изыалъ этотъ вопросъ изъ кадровъ моего изслѣдованія. За то я отвелъ самое широкое мѣсто изслѣдованію профессиональнаго риска въ области *жельзнодорожной ответственности*. Здѣсь накопилась и богатая законодательная и судебная практика и богатая литература.

Какъ же расположилъ я свой матеріалъ и какими методологическими приѣмами пользовался я при разработкѣ этого матеріала?

Мнѣ казалось, во первыхъ, важнымъ не ограничивать своего изслѣдованія однимъ дѣйствующимъ правомъ въ разныхъ странахъ. Не только «по традиціи», но и съ полнымъ

сознаніемъ внутренней необходимости я отвелъ должное мѣсто *праву римскому* (глава I) и примыкающему къ нему *общему праву*, (*Gemeines Recht*) (глава II). Характерная постановка «*compensatio culprae*» въ римскомъ правѣ: вина потерпѣвшаго (даже *culpa levis*) *исключаетъ цѣликомъ отвѣтственность* делинквента,—думается мнѣ, не достаточно была оцѣнена и изучена въ литературѣ вопроса. Истолкованіе римскихъ источниковъ Моммзеномъ никого не удовлетворило (см. т. I, стр. 15 сл.). Но критики Моммзена дальше критики не пошли и своей собственной теоріи на мѣсто уничтоженной они не предложили. Самъ Pernice въ своемъ *Labeo* [Bd. II, I, стр. 90] излагаетъ этотъ вопросъ не столько осторожно, сколько туманно. И, такимъ образомъ, въ литературѣ вопроса **правило** Помпонія: *quod quis ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum sentire*—въ коемъ желаютъ найти разгадку своеобразной римской конструкціи *compensatio culprae*,—остается загадочнымъ афоризмомъ, внутренній смыслъ котораго не открытъ до настоящаго времени. Попытку восполнить этотъ пробѣлъ дѣлаю я въ главѣ первой. Коренную ошибку моихъ предшественниковъ по работѣ я усматриваю въ томъ, что изслѣдователи подходили къ институту *compensatio culprae* съ модерными взглядами на понятія: *вины, причинной связи* и т. п. Мнѣ думается, что надо пересмотрѣть эти понятія, установить ихъ *въ духъ римскихъ источниковъ*, и тогда **лишь** приступать къ ученію о *зачетѣ вины*. Попытку сдѣлать эту работу я и даю въ главѣ I-й. Конечно, я не могъ изучить всѣхъ указанныхъ понятій во всей широтѣ исторической перспективы. Да это наврядъ ли требовалось поставленной мною задачей: представить институты римскаго права въ законченномъ къ эпохѣ Юстиніана видѣ.

Глава вторая: «*Gemeines Recht*» служить мостомъ, соединяющимъ отжившее римское право съ современнымъ **германскимъ** правомъ, которое я изучаю въ одной изъ послѣдующихъ главъ. Однако историческая послѣдовательность тре-

бовала, чтобы я прежде изложенія нормъ и юриспруденціи по примѣненію нормъ новаго Гражданскаго Уложенія Германской Имперіи (глава IV), остановился со всѣмъ должнымъ вниманіемъ на «Германской юриспруденціи по примѣненію имперскаго закона 7 іюня 1871 г.» [§ 1 R. N. G.] [Глава III].

То вниманіе, съ которымъ мы изучаемъ всѣ теченія, пробивающіяся въ германской судебной практикѣ по примѣненію § 1 R. N. G., требуетъ оправданія. Мы изучаемъ институтъ *зачета вины* въ неразрывной связи съ вопросомъ объ *юридической природѣ ответственности желѣзныхъ дорогъ*. Лишь въ этой взаимной связи изслѣдованіе интересующаго насъ института можетъ быть поставлено нами на строго научную почву. Изданіе имперскаго закона 1871 г (§ 1 R. N. G.) справедливо разсматривается изслѣдователями, какъ эпоха въ развитіи европейскаго жел.-дорожнаго права. Ростъ примѣненія силы пара въ теченіе XIX вѣка родилъ въ оборотѣ новыя опасности, которыя угрожали всѣмъ и всякому, кто имѣлъ нужду войти въ соприкосновеніе съ даннымъ монопольнымъ предпріятіемъ. Юристамъ показалось неестественнымъ, что извѣстное предпріятіе, связанное съ особыми опасностями, можетъ быть эксплуатировано безъ того, чтобы владѣлецъ не отвѣчалъ за несчастные случаи, которые, если и не обязаны его ясно выраженной винѣ, то, во всякомъ случаѣ, коренятся въ специфической опасности, присущей данному предпріятію. Лицо ввело въ оборотъ новый видъ исключительной опасности. Оно и должно отвѣчать за него,—не потому, что эта отвѣтственность была бы эквивалентомъ за получаемыя выгоды и не потому что лицо погрѣшило противъ требуемой въ оборотѣ заботливости, а въ силу особаго принципа *профессиональнаго риска*, который возлагаетъ убытокъ не на пострадавшаго, а на причинившаго этотъ убытокъ ¹⁾.

¹⁾ М. Rümelin Grunde der Schadenzurechnung, стр. 45, такъ формулируетъ принципъ „Gefährdungshaftung“: „Es sind dies die Fälle, in denen die Verfolgung des einen Interesses nicht notwendig, sondern nur möglicherweise vielleicht nur entfernt möglicherweise—eine Verletzung anderer Interessen mit sich bringt“.

Изъ этой идеи («Gefährdungshaftung») выросло почти во всѣхъ культурныхъ странахъ особое желѣзно-дорожное законодательство, которое возлагаетъ усиленную отвѣтственность на владѣльцевъ желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій за несчастные случаи, происшедшіе при отправленіи ихъ промысла.

Такъ, эта идея получила законодательное признаніе въ прусскомъ законѣ 3 ноября 1838 г. (§ 25), австрійскихъ законахъ: 16 ноября 1851 г. (§ 19); 5 марта 1869 г. и 12 іюля 1902 г. Но наиболѣе ярко эта идея воплотилась, именно, въ *германскомъ имперскомъ законѣ 7 іюня 1871 г.* (§ 1 R. N. G.); отсюда она и разрослась пышнымъ цвѣтомъ по всемірному праву.

Имперскій законъ 7 іюня 1871 г. является образцомъ для всѣхъ послѣдующихъ европейскихъ законодательствъ: швейцарскому (законы 1 іюля 1875 г. и 28 марта 1905 г.), итальянскому (законы 1885 г., 17 марта 1898 г.) и др. На него [также какъ и на швейцарскій законъ 1 іюля 1875 г.] прямо ссылается и нашъ законодатель 1878 г. [П. С. З. 1878 г. янв. 25 (58 111) II, ст. 1—8].

Все это обязывало меня не пощадить ни времени ни труда на изученіе германской юриспруденціи по примѣненію § 1 R. N. G., во всѣхъ ея историческихъ наслоеніяхъ. Выводы, къ которымъ я прихожу, служатъ мнѣ матеріаломъ для критики нашего отечественнаго права.

Послѣ имперскаго жел.-дорож. закона я въ *главѣ четвертой* перехожу къ *Гражданскому Уложенію Германской Имперіи* (§ 254 B. G. B.). Въ этой главѣ я опять ставлю ученіе о зачетѣ вины во всю широту вопроса. Я изслѣдую ученіе о причинной связи въ B. G. B., о самовинѣ (объективное и субъективное содержаніе), объ отвѣтственности за представителей и за вредъ, причиненный животными. Въ § 9 той же главы я даю критику основныхъ положеній *германской юриспруденціи* по примѣненію § 254.

Въ *Главу пятую* я изучаю *Французскую юриспруденцію*. Также какъ и въ главѣ четвертой, я учению о зачетѣ вины предпосылаю изслѣдованіе понятій: вины и причинной связи по воззрѣніямъ французскихъ юристовъ—практиковъ. Своеобразныя конструкціи этихъ понятій сказались на институтѣ зачета вины, характерныя особенности котораго во французской юриспруденціи подвергнуты мною критикѣ (§ 6).

Въ *Главу шестую* я изучаю «*швейцарскую юриспруденцію по примѣненію Союзныхъ законовъ 1 іюля 1875 г. и 28 марта 1905 г.*» Возвратъ къ старому закону 1 іюля 1875 г. диктовался тѣмъ соображеніемъ, что этотъ законъ послужилъ образцомъ нашему отечественному законодателю при составленіи закона 1878 г., а потому имѣетъ для насъ особый историческій интересъ. Законъ же 28 марта 1905 г. важенъ намъ потому, что на почвѣ его примѣненія выработалась въ результатъ долгаго историческаго процесса та практика о «смѣшанной винѣ», которая рекомендуется нами русскимъ судебнымъ дѣятелямъ, какъ единственно правильная и справедливая.

Въ *Главу седьмую* я поверхностно излагаю соответствующія нормы Цюрихскаго Гражд. Уложенія, Общаго Гражд. Улож. Австрійской Имперіи, Калифорнскаго Гражд. Уложенія и Свода Мѣстныхъ Узаконеній губерній Прибалтійскихъ. Болѣе детальное изученіе сюда относящейся судебной практики не входитъ въ задачу моей работы. Въ послѣдующихъ трехъ главахъ [VIII—X] я изучаю *русское право*. Обще-гражданское право, какъ договорное, такъ и внѣдоговорное, не даетъ почти никакого матеріала для изслѣдователя. Вотъ почему, я сосредоточиваюсь въ трехъ послѣдовательныхъ главахъ на 1) практикѣ волостныхъ судовъ (Гл. VIII), 2) на ст. 683 т. X ч. 1, (гл. IX) и 3) на проектѣ Гражданскаго Уложенія (Гл. X).

Главное мѣсто я отвожу критико-догматическому изслѣдованію ст. 683 т. X ч. 1, регулирующей отвѣтственность владѣльцевъ желѣзныхъ дорогъ за несчастія, случившіяся при

эксплоатации жел. дорогъ. Тѣ особые методологическіе приемы, которые я впервые въ русской литературѣ примѣняю, анализируя конструкцію «смѣшанной вины», вызываются самой юридической природой жел.-дорож. отвѣтственности. Изяснить юридическую природу жел.-дорож. отвѣтственности и составлять, поэтому, главную задачу главы IX.

Въ нашей литературѣ по желѣзно-дорожному праву ¹⁾ было уже давно отмѣчено, что ст. 683, т. X ч. I, (по прод. 1879 г.) представляетъ собою ту замѣчательную особенность, что она не имѣетъ своей исторіи въ обыкновенномъ смыслѣ этого слова.

Во-первыхъ, эта статья не является историческимъ продуктомъ всѣхъ до нея существовавшихъ законоположеній: ея созданіе есть дѣло случайное; 21 іюля 1868 г. Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ былъ выработанъ «Проектъ Устава Общества страхованія пассажировъ». Была назначена особая коммисія для разсмотрѣнія этого Устава. И вотъ, по предложенію Министра Юстиціи на эту коммисію возложено было, *между прочимъ*, разсмотрѣніе вопроса о желательныхъ измѣненіяхъ въ дѣйствующихъ узаконеніяхъ объ желѣзно-дорожной отвѣтственности. Результатомъ работъ этой коммисіи и была выработка ст. 683, т. X, ч. I въ новой редакціи.

Во-вторыхъ, начало *легальной* отвѣтственности, возложенное въ нашемъ правѣ впервые въ ст. 683, вырастаетъ наперекоръ всѣмъ логическимъ законамъ, какъ будто не изъ твердо опредѣленной воли законодателя, которая нашла бы въ надлежащей формѣ соответствующее выраженіе ²⁾, а изъ

¹⁾ Деминскій, Отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за вредъ и убытки. Ж. Гр. и Уг. Пр. 1886 № 6, стр. 7—8; Осецкий, Отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за вредъ въ здоровьѣ, ibid. № 10, стр. 2; Зейлигеръ, Отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за вредъ и убытки, ibid. 1889 № 4, стр. 13.

²⁾ Нѣкоторыя ясно опредѣленные мысли редакторовъ закона выдѣлились въ точную (споръ о понятіи «при эксплуатациі»!) или даже прямо неприемлемую форму [напр. споръ о «каждомъ потерпѣвшемъ» (пассажиры?), «не имѣющемъ управленія» и др.].

идеи, которая непроизвольно зародилась въ сознаниі юристовъ второй половины XIX вѣка.

Эта идея и нашла выраженіе въ § 1 R. N. G. и Швейц. Союзн. законѣ 1 іюля 1875 г.,—послужившихъ, какъ я указалъ выше, образцомъ для нашего отечественнаго законодателя.

Вотъ почему, толковать законъ 25 января 1878 года [ст. 683 по продол. 1879.] обычными приемами интерпретаціи законовъ—думается мнѣ—нельзя. Надо обратиться непосредственно къ тѣмъ идеямъ, изъ которыхъ выросъ принципъ специальной желѣзно-дорожной отвѣтственности и логически анализировать тѣ начала, которыя положены въ основу указаннаго закона. Я убѣжденъ, что ни одинъ методъ, какъ бы онъ ни былъ позитивенъ, не раскроетъ интерпретатору ст. 683 т. X ч. I сокровищницы права, скрытой въ выраженномъ законодателемъ текстѣ этого закона.

Русскіе юристы—и въ особенности нашъ упрекъ относится до судебныхъ дѣятелей—идутъ по ложной дорогѣ, ибо они имѣютъ въ виду открыть норму права поверхностнымъ приемомъ толкованія законодательнаго текста ¹⁾. Они упустили изъ вниманія, что законодательный текстъ есть лишь эфемерная и случайная оболочка нормы права. Надо прорвать эту оболочку и обратиться къ тѣмъ социальнымъ и юридическимъ факторамъ, которымъ обязано созданіе этой нормы ²⁾.

Къ этому насъ побуждаютъ, повторяю, особенности образованія ст. 683 въ ту эпоху, когда идея *профессиональнаю*

¹⁾ По свидѣтельству сенатора Гражд. Касс. Д-га Правительствующаго Сената К. Н. Змирова нашъ кассационный судъ при толкованіи ст. 683 руководится не только мотивами, на коихъ законъ основанъ, но и первоисточникомъ его—*германскимъ закономъ 7 іюля 1871 г.* См. „Предисловіе“ къ работѣ автора: „Вознагражденіе за вредъ и убытки, вследствие смерти или поврежденія здоровья“ Спб. 1908. Наше изслѣдованіе (гл. IX) покажетъ намъ, насколько обосновано утвержденіе автора.

²⁾ Нетолкованіе закона не есть „Darlegung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber tatsachlich mit dem Satze verband, sondern des Sinnes, welcher dem Gesetze immanent ist“. Wach. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, I (1885), стр. 257.

риска еще не достигла достаточной степени зрѣлости, чтобы быть усвоенной русскимъ законодателемъ ¹⁾).

Эта идея нашла себѣ болѣе точное выраженіе въ германскомъ законѣ 7 іюня 1871 года. Изученіе римскаго права въ широкихъ кругахъ юристовъ обезпечило на германской почвѣ черезъ рядъ поколѣній жизненность римскаго *преторскаго эдикта* о легальной отвѣтственности судохозяевъ (*navitae*), содержателей гостиницъ (*caupones*) и постоянныхъ дворовъ (*stabularii*): «*hoc edicto omnimodo tenetur, etiamsi sine culpa eius damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit*» (I. 3 § 1. D. 4. 9). Законодателю [3 ноября 1838 г., 7 іюня 1871 г.] осталось заимствовать эту идею для вновь народившихся потребностей ²⁾).

¹⁾ Принципъ „профессиональнаго риска“ вовсе не извѣстенъ юристамъ 70 и 80-хъ годовъ. См. напр. *Утинъ*. Объ отвѣтственности жел. дорогъ. Ж. Гр. и Торг. Пр. 1871, кн. 4, стр. 643—644. Авторъ исходитъ отъ началъ англійскаго права, проводить различіе между перевозкой грузовъ и пассажировъ [„живого человѣка нельзя такъ перевозить, какъ перевозятъ тую то вара“] и приходитъ къ выводу, что „отъ эксплуатирующихъ жел. дорогу требуется величайшая заботливость наиболее осмотрительныхъ лицъ“. Къ тому же рез. лтату приходитъ *А. Боровиковскій*. Къ вопросу объ отвѣтственности ж. д. Жур. Гр. и Уг. Пр. 1872, кн. 4, стр. 725. См. еще *Демчинскаго*, ук. с. 14—15. Авторъ „отвѣтственность по закону“, „принципъ солидарности“ и пр. называетъ „громкими словами“ (sic!!), а усиленную отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ объясняетъ прямо таки курьезно: „общество сводило съ ними (ж. д.) счеты за всѣ ихъ прошлыя провинности, которыхъ накопилось несмѣтное количество“ (sic!!!). Противъ него г. *М. Б.*, ук. соч., стр. 328 сл. „для нашихъ жел. дорогъ отвѣтственность прекращается, какъ только исполнены всѣ постановленія, инструкціи и правила, когда управленіе ж. дороги не заслуживаетъ никакого упрека въ небрежности“.

²⁾ См. поучительное въ этомъ отношеніи рѣшеніе прусскаго Обертрибунала отъ 16 марта 1839 г. (Entsch. Bd. IV, стр. 359), которое оправдываетъ строгую отвѣтственность горнопромышленниковъ (еще неясно основанную въ Прусс. A. L. R.) на идеѣ „Gefährdungshaltung“: „Den Grundsätzen der Billigkeit dürfte es mit Rücksicht auf das Angeführte nun unzweifelhaft gemäss sein, wenn derjenige, der sich *um seines Vorteils willen* zu einem Unternehmen entschliesst, bei welchem er die Folgen durchaus nicht in seiner Gewalt hat, und der es darauf ankommen lässt, durch seine Handlungen *unmittelbar das Eigentum Dritter in Gefahr zu bringen*, für verpflichtet erachtet wird, diesen Dritten für den ihnen solchergestalt verursachten Schaden aufzukommen“.

Нашъ русскій законодатель не находился въ этихъ счастливыхъ условіяхъ. Онъ былъ лишенъ возможности обратиться къ первоисточникамъ ¹⁾. Онъ ограничился поэтому копированіемъ готоваго образца, а потому нѣтъ удивленія, что выработанная имъ норма потеряла ту яркость красокъ, которая присуща лишь «оригиналу»!

Все это уполномачиваетъ меня на тотъ методъ интерпретаціи, которую я рекомендую здѣсь и который я примѣняю самъ въ главѣ IX-ой. Это есть методъ изученія судебной практики по примѣненію того иностраннаго желѣзно-дорожнаго права, который послужилъ образцомъ русскому законодателю, съ тою цѣлю, чтобы съ твердымъ и надежнымъ масштабомъ въ рукахъ подойти къ толкованію и нашей ст. 683 т. X ч. I и къ критикѣ сложившейся русской юриспруденціи по примѣненію этой нормы.

Такой приемъ интерпретаціи ст. 683 обнаружитъ намъ настоящее основаніе ответственности желѣзно-дорожныхъ владельцев: *профессиональный рискъ*, а вмѣстѣ съ тѣмъ и единственно вѣрную конструкцію «смѣшанной вины».

Какъ я покажу въ своемъ мѣстѣ, господствующая русская доктрина базируетъ ответственность желѣзныхъ дорогъ на принципѣ предполагаемой вины, а отношеніе «смѣ-

¹⁾ Наши русскіе законодательные органы также вдохновлялись преторскимъ эдиктомъ и иностранными законодательствами, но, увы, не изъ научныхъ источниковъ, а изъ доклада дѣлопроизводителя комиссіи сенатора Селяфонтова *И. Деларова*. Этотъ доклад былъ переработанъ авторомъ въ отдельную книгу: «Объ ответственности желѣзно-дорожныхъ предпринимателей и ихъ агентовъ за причиненіе эксплуатаціею вреда лицамъ и имуществу». Спб. 1874 г. Содержаніе этой книги отъ *а* до *з* представляетъ собою искаженіе до неузнаваемости римскаго права и иностранныхъ законодательствъ по вопросамъ объ ответственности хозяевъ предпріятій за профессиональный рискъ. На этотъ «источникъ» и опиралась законодательная комиссія при выработкѣ проекта ст. 683 въ новой редакціи!! Къ сожалѣнію, эта книга д. с. п. служитъ пособіемъ для знакомства съ римскимъ правомъ для юристовъ-практиковъ. См. напр. *Ф. Осеній*, Смерть и увѣчье при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ. Спб. 1890, стр. 51—55. Авторъ, повидимому, не знакомъ съ римскимъ правомъ по первоисточникамъ, а все же думаетъ дѣлать на основаніи римскихъ законоположеній самостоятельные выводы!!

шанной вины» разрѣшаетъ на общегражданскихъ началахъ, установленныхъ юриспруденціей для деликтной ответственности. И это построение казалось юристамъ настолько логичнымъ, что они и не вдавались въ болѣе глубокое изслѣдованіе сущности «смѣшанной вины» ¹⁾. А между тѣмъ все это построение не выдерживаетъ критики, ибо невѣренъ самъ исходный пунктъ разсужденія! Невѣрность ученія объ *юридической природѣ* ответственности желѣзной дороги за несчастія, случившіяся при эксплуатаціи, какъ *obligatio quasi e delicto*, приводятъ къ совсѣмъ неприемлемымъ выводамъ, какъ только судья призывается *in casu* не возлагать убытокъ, а *разлагать* его между сторонами.

Вотъ почему, ученіе о смѣшанной винѣ невозможно излагать отдѣльно и независимо отъ ученія объ *юридической природѣ* желѣзно-дорожной ответственности. И въ гл. IX (отд. II) я трактую эти вопросы въ взаимной связи. Лишь этотъ единственно правильный методологическій приѣмъ поможетъ намъ разрѣшить вопросъ о смѣшанной винѣ въ области желѣзно-дорожной ответственности на вполне научныхъ основаніяхъ.

Мое изслѣдованіе я начинаю краткимъ изложеніемъ исторіи созданія ст. 683 т. X ч. I по изд. 1857 г. и ст. 683 т. X ч. I по изд. 1900 г. [Отдѣлъ I. «*Исторія созданія ст. 683 т. X ч. I*»]. Всей исторіи во всемъ ея объемѣ я не касаюсь, ибо она меня и не интересуетъ; я сосредото-

¹⁾ Ср. напр. *А. Гордонъ*, ук. соч. 33: „железная дорога свободна отъ ответственности, когда ущербъ произошел по собственной винѣ пострадавшаго. Причина тому слишкомъ очевидна и не требуетъ объясненія: „*quod quis ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum sentire*“. И только!? Это въ монографіи, посвященной выясненію юридической природы желѣзно-дорожной ответственности!!! *Ф. Осецкий*, ук. соч. 215 утверждаетъ противное: „вопросъ объ ответственности въ случаѣ совокупной вины предпринимателя и потерпѣвшаго принадлежитъ къ весьма труднымъ вопросамъ для теоретическаго разрѣшенія“. На „значительныя трудности“ этого вопроса указываетъ и *В. И. Литвиновъ-Фалицкий* *Новый Законъ о вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ*, (изд. 5), стр. 185. Но, повидимому, эти авторы не особенно затруднились разрѣшеніемъ этого „труднаго вопроса“! Объ этомъ ниже въ гл. IX.

точиваюсь на изложении лишь тѣхъ матеріаловъ, которые непосредственно касаются темы моего изслѣдованія: объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности.

Въ Отдѣлѣ II: «*Судебная практика по примѣненію ст. 683, т. X, ч. I, [вопросъ объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности, ученіе о смѣшанной винѣ]*» я излагаю русскую судебную практику по примѣненію ст. 683 въ интересующемъ меня вопросѣ «смѣшанной вины»; такъ какъ усвоенная судебной практикой юридическая конструкція смѣшанной вины стоитъ въ тѣсной связи съ пониманіемъ ею юридической природы обязанности, устанавливаемой ст. 683, то я начинаю Отд. II съ изслѣдованія, именно, послѣдняго вопроса (§ 1), и затѣмъ (въ § 2) перехожу къ ученію о смѣшанной винѣ.

Отдѣлъ III я посвящаю «*критикѣ судебной практики по вопросу объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности по ст. 683*». Эту критику я основываю и на толкованіи ст. 683 съ точки зрѣнія «цѣли законодателя» и на общихъ теоретическихъ доводахъ и на соображеніяхъ здраваго смысла.

Въ Отдѣлѣ IV: «*Идея профессиональнаго риска въ русской судебной практикѣ. Примѣненіе принципа легальной отвѣтственности къ ученію о смѣшанной винѣ*» я доказываю такое положеніе: идея профессиональнаго риска начинаетъ просачиваться и въ русскую судебную практику. Сенатъ во многихъ новѣйшихъ кассационныхъ рѣшеніяхъ инстинктивно приходитъ къ выводамъ въ духѣ ученія о профессиональномъ рискѣ. Онъ, правда, не порываетъ связей съ деликтной теоріей и тѣмъ паче не оперируетъ открыто съ понятіемъ «опасность промысла» (Betriebsgefahr), а приходитъ къ предвзятымъ рѣшеніямъ кружнымъ путемъ; изслѣдовать этотъ кружный путь и составляетъ предметъ этого отдѣла. Сенатъ, впрочемъ, какъ я и доказываю въ той же главѣ, не умѣлъ сдѣлать изъ произвольно создаваемой имъ

конструкціи всѣхъ выводовъ въ области «смѣшанной вины», и, такимъ образомъ, неправильность его построеній усугубляется несогласованностью между его новымъ ученіемъ объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности и со старою конструкціей смѣшанной вины!

Въ Отдѣлѣ V: «*Экзегеза ст. 683*» я обращаюсь къ тексту ст. 683 съ той цѣлью, чтобы выяснитъ вопросъ о смѣшанной винѣ изъ предѣловъ власти, отмежеванной закономъ суду, при опредѣленіи размѣра убытка, причиненнаго эксплуатаціею.

Таково содержаніе Главы IX. Въ главѣ X-ой я изслѣдую на основаніи тѣхъ же методологическихъ приѣмовъ «*Смѣшанную вину по проекту Гражданскаго Уложенія*». Въ Главѣ XI я подвожу итога моему изслѣдованію русскаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ я начерчиваю de lege ferenda законопроектъ, отвѣчающій тѣмъ научнымъ требованіямъ, которыя я установилъ [въ т. I и т. II] въ результатъ изученія западно-европейской судебной и законодательной практики.

Наконецъ, въ концѣ книги я прилагаю три самостоятельныя статьи: 1) «*Гражданская отвѣтственность дуэлянтовъ*», 2) «*Обязанность потерпѣвшаго подвергнуть себя операци*и », 3) «*Юридическое значеніе актовъ самопожертвованія*». И на содержаніе и оправданіе появленія этихъ статей въ настоящемъ (II) томѣ я уже указывалъ въ *Введеніи* къ т. I, стр. 63—64.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Зачетъ вины въ римскомъ правѣ.

§ 1. Ученіе о причинной связи.

I. Господствующее толкованіе источниковъ. — Общее мнѣніе ученыхъ возводятъ въ крупную научную заслугу Моммзена разрушеніе имъ господствовавшаго до него въ литературѣ «общаго права» [*Gemeines Recht*] ученія, что отвѣтственность не идетъ далѣе предвидимаго вреда.

Моммзень, опираясь на римскіе источники ¹⁾, доказалъ, что возмѣщаемый убытокъ не долженъ быть непременно необходимымъ и неизбѣжнымъ слѣдствіемъ инкриминируемаго дѣянія: делинквентъ отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія правонарушенія, даже если эти послѣдствія стоятъ лишь въ голомъ условномъ отношеніи къ факту: «римскіе юристы требовали возмѣщенія убытка, поскольку вообще могла бытъ доказана связь».

L. 30 § 3 D. 9. 2: *nam et qui occasionem praestat damnum fecisse videtur.*

Къ этой теоріи примкнули въ общемъ и цѣломъ: Windscheid ²⁾, Cohnfeldt ³⁾, Enneccerus ⁴⁾, Faas ⁵⁾, Gottchalk ⁶⁾, Meumann ⁷⁾, Ruhm ⁸⁾, Dernburg ⁹⁾ и другіе юристы.

¹⁾ Моммсенъ въ особенности пользуется слѣдующими текстами: l. 22 pr. D. 9. 2. (*servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi*), l. 23 pr. D. 9. 2 (*si servus heres institutus occisus sit*), ср. l. 23 § 4 D. 9. 2.

²⁾ Lehrbuch des Pandectenrechts, II, 44.

³⁾ Die Lehre vom Interesse, 136.

⁴⁾ Lehrbuch, I, стр. 403.

⁵⁾ О. с. 19 и слѣд.

⁶⁾ О. с. 36—39.

⁷⁾ О. с. 149—164.

⁸⁾ О. с. 20.

⁹⁾ Dernburg. Pand. II § 131, Anm. 10.

Однако, всё эти исследователи наткнулись, какъ на камень преткновения, на *l. 52 pr. D. 9. 2* [*Alfenus, libro secundo digestorum*].

«*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut homini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur*»¹.

Никакому искусству интерпретации не удавалось примирить выраженное въ этомъ текстѣ ограниченіе ответственности (а⁰. е *vulnerato*) съ условно каузальной теоріей, и исследователямъ не оставалось другого исхода, какъ найти умѣряющій ответственность моментъ въ *субъективной каузальной связи*, приурочивающей данный вредъ къ *винѣ* делинквента.

Здѣсь нѣтъ рѣчи—говорятъ они—о причинной связи²);—рѣчь идетъ о томъ «стоитъ ли смерть раба въ такой связи съ виной повредителя, что она способна служить основаніемъ притязанія на интересъ³». Но «неопытность врача не можетъ быть ему вѣнена въ вину, т. е. результатъ лежалъ внѣ всякаго предвидѣнія лица».

Такимъ образомъ, цѣлой логической нагажки и самопротиворѣчія⁴) спасалась условно-каузальная теорія!

¹) Ср. *l. 15 § 1 D. 9. 2*: «*Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse...*»

²) *Cohnfeldt*, о. с. 143 указываетъ на то, что вопросъ о томъ, могъ ли быть убытокъ избыгнутъ или нѣтъ, безразличенъ для причинной связи: для последней важно—*случился ли убытокъ и черезъ что*. *Arnoldi*, о. с. 41, *Wendt* о. с. 158 замѣчаютъ, что надо строго различать каузальный вопросъ отъ вопроса объ объемѣ возмѣщаемого интереса.

³) *Hefke* о. с. 331—371 доказываетъ, что лишь тѣ *causae mediae* могутъ быть вѣнены автору *causae remotae* которыхъ охвачены его *volens*, т. е. предвидѣнъ или предвидимостью. Аналогичныя конструкции даются: *Meumann*, о. с. 149—164 и *Pernice*, *Labo*, II, 1 (2 Aufl.) 98, и для истолкованія *l. 15 § 1 D. 9. 2* *Endemann* *Die Rechtswirung*, 43—44.

⁴) См. *Введение* къ 1-й нашей монографіи, с. р. 20 [касательно *Mommesen'a*] *Confeldt* 147, также попадаетъ въ самопротиворѣчье, начиная различать «*wirkende Ursache*» и «*Gelegenheitsursache*». *Ennecerus* о. с. 404, идетъ дальше и прямо сдаетъ свои позиціи, ронуская въ *l. 11 § 3 l. 15 § 1*,

Указанное соображение и выставляется школой Моммзена, как юридическое основание для диктуемого справедливостью ограничения интереса въ случаяхъ конкурирующей вины потерпѣвшаго: тотъ убытокъ не можетъ быть принять въ расчетъ, который могъ быть избѣгнутъ при примѣненіи надлежащей заботливости со стороны потерпѣвшаго. Это ограничение потому справедливо, что нѣтъ ничего естественнѣе, какъ то, что каждый несетъ послѣдствія своей небрежности ¹⁾.

Въ I. 9 § 4, I. 11 pr. D. 9. 2, I. 45 § 1, I. 21 § 3 D. 19. 1, I. 23 § 8 D. 21. 1, I. 22 § 4 D. 13. 7 мы видимъ проявленіе этого принципа: *субъективная причинная связь* прерывается въ моментъ привхожденія *виновной дѣятельности* потерпѣвшаго.

Теорія Моммзена не могла удовлетворить запросовъ широкаго круга ученыхъ изслѣдователей ²⁾. Критикамъ ея бросалась въ глаза и логическая непослѣдовательность ея и несоотвѣтствіе ея римскимъ источникамъ ³⁾. Она не могла справиться съ текстами, которые ясно говорили, что объективная причинная связь отсутствуетъ, если въ качествѣ причины выступаетъ другой фактъ или дѣяніе—и безъ различія того обличаетъ ли оно вину потерпѣвшаго или третьяго лица.

I. 51 pr., § 2 D. 9. 2 перерывъ *объективной причинной связи* между дѣяніемъ и убыткомъ.

¹⁾ L. 56 § 3 D. 21. 2: *culpa sua hoc fecisse videtur*, I. 23 § 8 D. 21. 1, I. 16 pr. D. 33. 8. emptor не можетъ требовать отъ продавца то, что оазъ упустилъ истребовать отъ звантора: *hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum*; I. 61 § 5 D. 47. 2, I. 30 § 34, I. 52 pr. D. 9. 2. депонентъ и мандантъ отвѣчаютъ за кражу, учиненную ихъ рабомъ „*si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum suscepit, intercedat*”; I. 21 § 3 D. 19. 1 (*pretium tritici*), I. 19 D. 18. 6 („*usuras dumtaxat praestabit*“).

²⁾ Послѣдователей Моммзена см. въ т. I настоящей монографіи, стр. 18 сл.

³⁾ Слишкомъ далеко идетъ въ своихъ возраженіяхъ Моммзену Brinz о. с. 353, который доказываетъ, что „форизмъ I. 203, D. 50. 17 говоритъ лишь о *sua culpa*, и что во всѣхъ текстахъ идетъ рѣчь лишь объ односторонней винѣ потерпѣвшаго. Такимъ образомъ, авторъ приходягъ къ полнѣйшему отрицанію вопроса о *comp. culpa*!

На смѣну теоріи Моммзена родилась другая теорія, прямо ей противоположная. Если въ теоріи Моммзена ни время наступленія условія, ни интенсивность силы его не играютъ никакой роли при сужденіи о причинности условія, то въ новомъ направленіи въ литературѣ мы видимъ стремленіе, какъ разъ подчеркнуть эти моменты.

Опредѣленіе *Pernice*, попутно и необоснованно брошенное имъ въ его юношеской работѣ (*Die Lehre von Sachbeschädigungen*, стр. 174): «то условіе не есть причина, которое само отдѣльно не вызываетъ дѣйствія»—дало толчекъ другимъ юристамъ дѣлать поиски, именно въ этомъ направленіи.

«Лишь то условіе (дѣятельность человѣка) заслуживаетъ названія причины, которое стоитъ ближе всего къ результату»¹⁾ вотъ опредѣленіе [въ духѣ каузальной теоріи κατ'ἐξουχίη], которому суждено было вытѣснить теорію Моммзена²⁾.

Деланиевътъ отвѣчаетъ лишь постольку, поскольку его дѣйствіе—«causa» результата. Онъ перестаетъ быть «causa», разъ вторгается новая причина,—ближайшая къ результату. Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ *перерывъ причинной связи*—будутъ ли то чужія человѣческія дѣянія (l. 11 § 3, l. 15 § 1, l. 51 pr. D. 9. 2), силы природы (l. 57 D. 19. 2) или дѣйствія потерпѣвшаго (l. 52 pr. D. 9. 2, l. 11 pr. D. 9. 2).

Съ той же идеей перерыва объективной причинной связи оперируетъ и теорія адекватнаго причиненія³⁾. Но причин-

¹⁾ l. 11 pr. D. 9. 2: „gula sit praecisa“, l. 7 § 5 D. 9. 2: „percusserit“, l. 52 pr. D. 9. 2: „medici inscientia“, l. 11 § 3 D. 9. 2: „exanimaverit“, l. 15 § 1 D. 9. 2: „alio ictu“, l. 57 D. 19. 2: „adsiduis pluvii“.

²⁾ *Deinburg*, *Pand.* II § 45, 127; *Weinrich*, о. с. 11—12; *Plög*, 25, 59—61. *J. Luchsing*, *Das Verschuldungsprinzip*, Zurich, 1909, стр. 130. Авторъ, указывая на то, что римская „Kulpa-kompensation“ была „Kulpa-absorption“, замѣчаетъ: „das hängt damit zusammen, dass das römische Recht den Schaden auf eine Ursache zurückführt“.

³⁾ Не имѣетъ большого значенія подмѣченная некоторыми представителями школы адекватнаго причиненія неточность выраженія: „причинная связь *прервана*“, вмѣсто „причинная связь *отсутствуетъ*“, *Haggs*, о. с. 414; *Kries*, о. с. 210.

ную связь она конструирует иначе, чѣмъ каузальная теорія κατ'ἐξοχήν¹⁾. Не послѣднее по времени (рѣшающее) условіе есть причина, а всякое обстоятельство, вообще благопріятствующее наступленію даннаго рода результата²⁾.

Въ I. 62 § 5 D. 47. 2, I. 18 pr. D 13. 6, L. 1 § 4. D. 44. 7 I. 14 § 1 D. 19. 5, I. 7 § 5 D. 9. 2 всѣ возмѣщаемыя послѣдствія правонарушенія причинены адекватно: «возможность быть обокраденнымъ, ограбленнымъ, замерзнуть, умереть и т. д. вообще значительно повышена, благодаря изложеннымъ въ текстахъ обстоятельствамъ».

Обычность и нормальность должны пониматься не какъ правомѣрность или желаемость даннаго теченія событій, а какъ общая возможность, съ которой надо считаться³⁾.

Наоборотъ, нѣтъ отвѣтственности за необычныя послѣдствія [I. 15 § 1, I. 11 § 3, I. 52 pr. I. 30 § 4 D. 9. 2, I. 57 D. 19. 2], напр. смерть отъ раны, такъ какъ черезъ пораненіе возможность смерти отъ «guinea», чужого насилиія и т. п. не повышается.

Нѣтъ отвѣтственности и за необычайное направленіе, которое приняло дальнѣйшее каузальное теченіе въ имущественной массѣ потерпѣвшаго: L. 13 § 1 D. 8. 2. (non pluris quam vulgaria tectoria), I. 39 § 4. I. 40 pr., I. 43 D. 39. 2 (non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri).

Всякое новое обстоятельство, нарушающее правомѣрное теченіе событій, прерываетъ причинную связь и пресѣкаетъ съ этого момента отвѣтственность делинквента⁴⁾.

¹⁾ См. т. I настоящей монографіи, стр. 262—284.

²⁾ Kühlenbeck. Von den Pandekten. II, стр. 123 (его толкованіе I. III C. 7. 47).

³⁾ I. 18 pr., I. 5 § 7 D. 13. 6, I. 1 § 4 D. 44. 7 небезопасность тогдашнихъ дорогъ вводитъ нападеніе разбойниковъ въ каузальную серію, заложенную кожмодатаріусомъ. Нѣтъ ничего удивительнаго, если кто либо не умѣетъ плавать (I. 5 § 7 D. 9. 2), или что температура падаетъ (I. 14 § 1 D. 19. 5) и замерзаетъ раздѣли чловѣкъ, или что организмъ потерпѣвшаго отклоняется отъ нормальнаго (I. 7 § 5 D. 9. 2).

⁴⁾ Traeger. о. с. 227 Rumelin. о. с. 273; Labowsky. о. с. 19—20 Bar. о. с. 130. L. Kühlenbeck. II. 122; Hass. о. с. 408—454. Pernice, II (2 Aufl.) стр. 102, Castellani. о. с. 339

Въ качествѣ такого «пертурбаціоннаго» момента является всякій поступокъ потерпѣвшаго, заслуживающій упрека *boni patris familias*.

Такъ, необычнымъ результатомъ просрочки въ доставкѣ съѣстныхъ припасовъ можно считать смерть людей и животныхъ (I. 21 § 3 D. 19. 1). необычна небрежность лица, купившаго раба—вора, «*qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre*» (I. 23 § 8 D. 21. 1), необычно довѣряться ненадежному человѣку (I. 61 § 7 D. 47. 2, I. 29 § 1, I. 56 § 1 D. 21. 2), не соотвѣтствуетъ «правилу жизни», что *dominus* допускаетъ небрежность въ уходѣ за раненымъ рабомъ (I. 52 pr. D. 9. 2), необычно явленіе бритья на публичномъ мѣстѣ (I. 11 pr. D. 9. 2).

Таково отношеніе трехъ главнѣйшихъ каузальныхъ теорій къ вопросу о сущности *причинной связи* и «*compensatio culpaе*» въ римскомъ правѣ.

Насколько правильны выводы этихъ теорій покажетъ дальнѣйшее изложеніе.

II. Наше толкованіе источниковъ. Изученіе римскихъ источниковъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что доминирующей идеей, отъ которой должны исходить всѣ наши научныя изысканія о сущности причинной связи по римскому праву есть *пенальный* характеръ деликтныхъ исковъ. Намъ думается, что литература предмета не слѣлала надлежащихъ выводовъ изъ этого характернаго свойства аквиліанова иска. Конструируя причинную связь по римскимъ источникамъ, изслѣдователи не могутъ отрѣшиться отъ современной чисто *патримониальной* точки зрѣнія на сущность гражд. отвѣтственности. Они говорятъ о «текущей каузальной серіи», о «перерывѣ причинной связи», о «исчисленіи интереса» и т. п. въ томъ же смыслѣ, какой они придаютъ этимъ понятіямъ при толкованіи современнаго положительнаго матеріала.

Уже а priori этотъ методъ внушаетъ къ себѣ недовѣріе. Слишкомъ уже велика пропасть, отдѣляющая римскій правопорядокъ отъ современнаго, чтобы смотрѣть на римскіе институты сквозь призму современныхъ представленій!

Современное право имѣетъ цѣлью очистить потерпѣвшаго отъ убытковъ. Римское право — *наказать* делинквента ¹⁾2).

Интересъ лица можетъ быть погашенъ, *legis autem Aquiliae actio durat* (I. 27 § 2 D. 6. 1) ³⁾ «*quum sit poena*» (I. 11 § 2 D. 9. 2.) ⁴⁾.

Потому то въ римскомъ правѣ всякій отвѣчаетъ за себя въ размѣрѣ содѣяннаго (или имѣющаго неотвратимо наступить) вреда ⁵⁾ ибо въ этомъ размѣрѣ выразилась его *преступная воля*. А такъ какъ отъ роена не могутъ освободить чуждые воли делинквента моменты [напр. дѣйствія 3-го лица], то онъ отвѣчаетъ въ томъ размѣрѣ убытка, который опредѣлился бы, если бы эти моменты вовсе и не привзошли ⁶⁾.

Вотъ почему, если современное право центръ тяжести кладетъ въ конкретномъ результатѣ [т. е. концѣ казуальной серіи], какъ онъ, именно, фактически наступилъ, то римское право, наоборотъ, центръ тяжести кладетъ въ от-

1) См. характернѣйшее I. 32 § 1 D. 9. 2 „*duo enim sunt delicta*“ На пенальный характеръ указываетъ и „*singulos in solidum obligare*“. Тексты тщательно собраны у *Tuzina*, о. с. 52.

2) Слѣдуетъ подчеркнуть, во избежаніе недоразумѣній, что построение *причинной связи* на идеѣ *вмѣненія*, конечно, направляется само собою на упреки изслѣдователя, желающаго построить понятіе причинной связи на строго объективныхъ началахъ. Но изученіе римскихъ источниковъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что такова, именно, была точка зрѣнія *римскихъ юристовъ*.

3) *Brinz*, о. с. 350; *Labowsky*, о. с. 29; *Dernburg*, Pand. II § 45, 121

4) *Savigny*, Obl. II, 302; *Ihering*, Geist. I, 131.

5) L. 57 D. 19. 2 „*damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae non extrinsecus alia causa oblata, damno quic adfectus est*“.

6) Даже *должность* делинквента не въ состояніи здѣсь что нибудь измѣнить. I. 52 пр. D. 9. 2: „*Si ex plagis*“ (конечно, *dolus*!) рабъ будетъ въ состояніи опасенія умереть, — „*medici inscientia*“ или „*neglegentia domini*“ и другія обстоятельства не м. б. вмѣсны делинквенту.

попленіи дѣятеля къ дѣянію (т. е. къ началу каузальной серіи).

L. 14 D. ad leg. Corn. de sicariis: «In maleficiis voluntas spectatur non exitus».

L. 49 § 1 D. 9. 2: «Et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare»¹⁾.

И это вполне соответствует историческому происхождению *actio legis Aquiliae*. Первоначально *lex Aquilia* имѣла въ виду то, «qui adhibita vi et quasi manu causam mortis prae-buisset». Позднѣ *causa* была расширена: отвѣчаютъ и тѣ, «quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum». Такимъ образомъ, не конецъ каузальной серіи, приводящей къ данному результату (съ точки зрѣнія современнаго права!), а начало каузальной серіи, относящееся къ делинквенту есть основаніе понятія римской «causa»!

На это указываютъ и слѣдующіе тексты:

L. 15 D. ad leg. Corn. de Sicar. «Nihil interest, occidat quis, an causam mortis praebeat».

L. 51 pr. D. 9. 2: «occidisse dicitur vulgo quidem, qui causam mortis quolibet modo prae-buit».

Представители извѣстнаго направленія въ литературѣ истолковываютъ «causam mortis prae-bere» въ смыслѣ общей причинной связи [причина—*conditio sine qua non*].

Какъ разъ обратное толкованіе придаемъ мы этимъ текстамъ,—именно, въ пользу нашего построения. **OK. A.**

Римскіе юристы приравнивали къ законченному убійству (*occidere*) такое дѣяніе, которое вызываетъ смерть (*causam mortis prae-bere*), ибо въ последнемъ проявляется въ той же интенсивности злая воля делинквента, какъ и при непосредственномъ убійствѣ.

¹⁾ См. Contra: I. 7 § 4 D. 43. 24.

«... et si quis...»

Вѣдь не *exitus* важенъ [l. 45 § 1 D. 9. 2: *Lege Aquilia agi potest et sanato vulnerato servo*] а—*voluntas!* ¹⁾).

Вотъ почему, они не требовали, что бы данное дѣяніе уже само по себѣ необходимо должно приводить къ данному результату: сопутствующія обстоятельства [напр. «*dies ventosus*» въ l. 30 § 3 D. 9. 2: «*servum aegrotum*» въ l. 7 § 5 D. 9, 2] входятъ въ кругъ тѣхъ моментовъ, которые долженъ учитывать дѣятель: «*nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur*» (l. 30 § 3 D. 9. 2).

Съ другой стороны, разъ положено начало каузальной серіи (напр. раненъ рабъ), то въ эту серію входятъ всѣ послѣдующія событія, которыя сами по себѣ или въ связи съ инкриминируемымъ дѣяніемъ не представляются съ точки зрѣнія житейскаго опыта ²⁾ ненормальными.

Отсюда слѣдуетъ, что въ ученіяхъ римскихъ юристовъ и не могло быть спорнаго вопроса о перерывѣ причинной связи. Если первая сауса неспособна приводить къ результату [l. 57 D. 19. 2: одна гряда земли не привела бы къ разрушенію зданія; l. 30 § 4, l. 52 pr. D. 9. 2: смертельная рана не привела бы къ смерти], а привела къ нему изъ сдѣленія со случайно привзошедшими силами, то она не можетъ быть вѣтна дѣятелю и безъ того, что бы подвнялся вопросъ о перерывѣ причинной связи.

Наше толкованіе римскихъ источниковъ вполне правильно. Обратимся къ текстамъ.

1.

L. 30 § 4 D. 9. 2. [*Paulus, libro vicensimo secundo ad edictum*]: «*Si vulneratus fuerit servus non mortifere: neg-*

¹⁾ Этимъ объясняется то явленіе, что римскіе юристы при рѣшеніи вопроса: кто изъ вѣсколькихъ соделинквентовъ несетъ убытки, входили въ разсмотрѣніе не вопроса о *причинѣ*, а о виновной связи и на первый планъ выдвигали, какъ рѣшающій моментъ, — *culpa*. Напр. l. 11 pr. D. 9. 2. Вмѣсто того, что бы ломать голову, кто помогилъ *сауса*, Ульпіанъ рѣшаетъ просто: „in quocumque eorum *culpa* sit, eum lege Aquilia teneri“.

²⁾ На то, что римскіе юристы считались съ послѣднимъ, указываютъ: l. 31 § 20 D. 21. 1: ea enim, quae sunt *moris et consuetudinis*. l. 31 D. 9. 2 „cum *plerumque* per privata loca vulgo iter fiat“ и др.

«...ntia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso».

L. 52 pr. D. 9. 2. [*Alfenus*, libro secundo digestorum]: «Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur».

Толкование и взаимное отношение этих текстовъ въ литературѣ вызываетъ много споровъ.

Одни юристы: Pernice ¹⁾, Ruhm ²⁾, Leyden ³⁾, Priester ⁴⁾ усматриваютъ въ *L. 52 pr.* случай примѣненія *compensatio culpaе*. Они признаютъ *адекватную связь* между пораненіемъ раба и его смертью: «ибо пораненіе вызвало медицинскій уходъ, а небрежность въ уходѣ есть такой фактъ, съ которымъ надо считаться». Но делинквентъ не отвѣчаетъ все же за смерть, *которую онъ причинилъ*, потому что хозяинъ виновно упустилъ что либо сдѣлать для спасенія раба.

Эта конструкція легко опровергается однимъ возраженіемъ: зачетъ вины не допускается при *dolus* делинквента, тогда какъ *L. 52 pr.* предусматриваетъ *dolus* делинквента и все же исключаетъ его отвѣтственность!

Наоборотъ, Mommsen ⁵⁾, Cohnfeldt ⁶⁾, Pernice ⁷⁾, Wind-

¹⁾ Pernice. Sachbeschädigungen. 61: „Es fragt sich nur—compensirt sich hier die culpa des Beklagten, welcher den Slaven schlug mit der des Herrn, welcher ihn nicht heilen liess? Und diese Frage wird bejaht, die Klage also abgewiesen“.

²⁾ Ruhm o. c. 39.

³⁾ v. Leyden o. c. 32.

⁴⁾ Priester. Compensatio Culpaе (1896, Würzburg). 72 усматриваетъ здесь „nur partielle Comp. Culpaе“.

⁵⁾ Mommsen. o. c. 162.

⁶⁾ Cohnfeldt. o. c. 143.

⁷⁾ Pernice. Labeo II, 1 (2 Aufl.). стр. 101—102 въ перемѣну своего признаннаго толкованія, онъ допускаетъ перерывъ причинной связи даже при ~~поврежденіи хозяина~~.

scheid ¹⁾, Endemann ²⁾, Arnoldi ³⁾, Plog ⁴⁾, Labowsky ⁵⁾, Levison ⁶⁾, Demelius ⁷⁾, Weinrich ⁸⁾, Hass ⁹⁾, Unger ¹⁰⁾—придают «neglegentia domini» и «inscientia medici» значение момента, который прерывает причинную связь между действием и следствиями.

«Ибо необычно, что врач, который должен обладать «probitas morum et peritia artis» не соответствует своему призванию. Также необычно, что dominus требует от больного servus ту же работу, как и от здорового, или не дает ему врачебной помощи».

Иное толкование даем мы приведенным текстам. Прямой смысл этих текстов говорить следующее: нанесение рабу легкой раны, которая сама по себе не способна вести к смерти (vulneratus non mortifere) обосновывает а^o. de vulnerato, хотя бы раб умер, вследствие привождения не состоящих в связи с волей делинквента обстоятельств. А^o. de occiso (arg^m. a contrario!) дала бы только в том случае, если смерть последовала «ex plagis». Делинквент отвечает в том размере, в каком выразилась его преступная воля: в размере вреда, происшедшего от поранения. Вопрос о том, стоит ли *поранение* в адекват-

ншомъ, атоққоған

¹⁾ Windscheid. Lehrbuch (1887), 44.

²⁾ Endemann Die Rechtswirkung. 45; с оговоркой: neglegentia=небрежное действие.

³⁾ Arnoldi. о. с. 32, 71 с оговоркой Эндеманна.

⁴⁾ Plog о. с. 54—56 различает I. 30 § 4 D. 9. 2 [здесь нет перерыва причинной связи, т. к. причинная связь между легкой раной и смертью раба не может существовать] и I. 52 pr. D. 9. 2 [здесь — перерыв причинной связи, т. к. делинквент *in dolo*, а потому *an und für sich* он отвечает и за смерть; ответственность же отпадает потому, что смерть, вследствие новой *causa* не является больше следствием поранения].

⁵⁾ Labowsky, о. с. 25.

⁶⁾ Levison о. с. 33.

⁷⁾ Demelius о. с. 70. «Нельзя сказать, что тот *occisus*, кто умер от *medici* inscientia».

⁸⁾ Weinrich о. с. 13 в общем и целом примыкает к Demelius'у.

⁹⁾ Hass. о. с. Iher. Jahrb. XXVII, 426.

¹⁰⁾ Unger. Oesterreichische Viertel. Bd. 14, 116.

той причинной связи со смертью и не поднимается у римских юристов, какъ вопросъ безразличный. Тѣмъ не менѣе можно идти рѣчи здѣсь о «перерывѣ причинной связи»: ибо каузальная серія не течетъ, а опредѣляется въ деликтныхъ правонарушеніяхъ размѣромъ содѣяннаго зла.

Съ другой стороны, установленіе вмѣняемой причинной связи вовсе не сводится къ выясненію предвидѣнія результата делинквентомъ. Делинквентъ могъ предвидѣть *neglegentia delicti* или *imperitia medici*, и все же причинная связь не обнижается этихъ обстоятельствъ, ибо не субъективное предвидѣніе, а матеріальное содержаніе и размѣръ содѣяннаго зла проявляютъ вонѣ объемъ преступной воли ¹⁾.

II.

L. 11 § 3 D. 9. 2. [*Ulpianus*, libro octavo decimo ad edictum]: «Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percussit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit».

L. 15 § 1 D. 9. 2. [*Ulpianus*, l. c.] «Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu fortuitus perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait. Haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est de ruina apparere an sit occisus».

Къ этому, ср. Iulianus l. 51 pr. D. 9. 2: по а. leg. Aquil. de occiso отвѣчаютъ не только тѣ, которые убили на мѣстѣ, но и тѣ. «quorum ex vulnere certum esset aliquem vita decessurum»].

Преобладающее мнѣніе юристовъ, какъ то Windscheid ²⁾.

¹⁾ Вотъ почему мы не можемъ согласиться и съ теоріей Mommsen'a II, 161, который все толкованіе l. 52 pr. D. 9. 2 ставитъ на почву субъективной предвидѣнія делинквентомъ.

²⁾ Windscheid 6 c 43.

Endemann ¹⁾, Arnoldi ²⁾, Gottschalk ³⁾ Enneccerus ⁴⁾, Plog ⁵⁾ А. Hess ⁶⁾ усматривают въ приведенныхъ текстахъ типичный случай *перерыва причинной связи*.

«Новая каузальная серія, приведшая къ смерти, обрываетъ ответственность перваго делинквента, т. к. препятствуетъ, чтобы пораненіе служило причиной смерти». «Второе дѣяніе предвосхищаетъ результатъ перваго дѣянія».

1) Такое огульное и простое рѣшеніе вопроса насъ удовлетворить не можетъ.

Различная мотивировка въ томъ и другомъ текстѣ [l. 11 § 3: «quia ex alio vulnere perit», l. 15 § 1: «non est passa ruina apparere an sit occisus»] указываетъ на то, что юристъ (Ulpianus) имѣлъ въ виду различныя обстоятельства дѣла.

На послѣднее указываетъ и противорѣчіе, которое мы должны были бы поставить въ упрекъ Iulianus'у въ l. 15 § 1 и въ l. 51 pr., если бы мы не признали, что въ цитированныхъ текстахъ не все договорено компиляторами Юстиніана.

Во первыхъ, по argumentum a contrario мы можемъ заключить, что если «passa ruina» не скрыла бы, что рабъ «sit occisus» (въ смыслѣ l. 51 pr.), то случай подошелъ бы подъ категорию l. 51 pr., т. е. первый поранитель отвѣтилъ бы за смерть раба.

Весь вопросъ, такимъ образомъ, сводится къ чисто фактическому моменту—*доказательству* безусловной смертель-

¹⁾ Endemann. Die Rechtswirkung, 42-43¹⁴¹ усматриваетъ въ l. 11 § 3 нормальный случай перерыва причинной связи.—Въ l. 15 § 1 ruina, naufragium—силы природы не кладутъ начала новой каузальной серіи и не могутъ прервать причинной связи. Основание безответственности здѣсь—*caret culpa*.

²⁾ Arnoldi, 27-32 въ общемъ повторяетъ Endemann а.

³⁾ Gottschalk о. с. 36 говоритъ въ сущности о перерывѣ субъективной причинной связи.

⁴⁾ Enneccerus. о. с. 404. *Вопросъ о причинѣ*

⁵⁾ Plog о. с. 50

⁶⁾ А. Hess, Kausalzusammenhang Arch. f. civ. Pr. 97 (1905), стр. 68: делинквентъ не отвѣчаетъ за послѣдствія „die ausserhalb aller Berechnung liegen“.

ности раны. Въ l. 15 § 1 а⁰. de occiso не допускается, потому, что сама рана не была безусловно смертельна, или, по крайней мѣрѣ, это не было установлено. и, къ тому же, последующее обстоятельство совсѣмъ лишило возможности установить свойство раны.

А если наше разсужденіе вѣрно, то отсюда слѣдуетъ, что слово «*mortifere*» въ римскихъ источникахъ указываетъ на безусловную смертельность раны лишь при томъ условіи, тогда ясно, что при отсутствіи пертурбаціонныхъ обстоятельствъ рабъ «*ex vulnere periit*», «*quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas*».

Этихъ условій очевидно нѣтъ въ l. 11 § 3, гдѣ говорится: «*ex alio vulnere periit*», а потому делинквентъ отвѣчаетъ лишь по а⁰. de vulnerato ¹⁾. вижт ог

III.

L. 51 pr. D. 9. 2 [*Julianus*, libro octagensimo sexto digestorum]: «*Ita vulneratus est servus. ut eo ictu certum esset moriturum:... postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit:... rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent. sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus intulxerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur. quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri*».

[Ср. l. 11 § 2, l. 51 § 1: если рабъ раненъ нѣсколькими лицами и неизвѣстно, отъ какого удара онъ погибъ, каждый изъ нихъ отвѣчаетъ за убійство раба].

Толкуя l. 51 пр. въ смыслѣ нашей теоріи, мы находимъ авторитетную поддержку въ трудахъ глоссаторовъ [*Farinacius*,

¹⁾ Второй делинквентъ отвѣчаетъ *de occiso*, хотя бы нанесъ легчайшую рану, которая въ связи съ предыдущей раной приводитъ къ смерти. Здѣсь проявляется свою силу принципъ „*aliud alii mortiferum esse solet*“ l. 7 § 5 D. 9. 2

Clarus, Blancus, Bavo] ¹⁾: «ibi (l. 11 § 3) primum vulnus non erat ex necessitate mortiferum, sed dubitatur: hic (l. 51 pr.) autem ex primo necessario erat moriturus, ex forte post diem».

Теорія глоссаторовъ оставлена въ наше время ²⁾. Ученые изслѣдователи пытаются примирить l. 51 pr. съ l. 11 § 3 и не прибѣгая къ «сомнительному различію» ранъ тяжелыхъ и смертельныхъ. Главной опорой ихъ толкованію служатъ имъ различіе редакціи этихъ текстовъ: въ l. 11 § 3 говорится о томъ, что смерть наступаетъ непосредственно и тотчасъ же черезъ вторую causa [exanimaverit], а въ l. 51 pr. наступленіе смерти лишь ускоряется [«maturius»]. Здѣсь вторая рана въ связи съ первой раной ранѣе (maturius) вызываетъ смерть, чѣмъ это было бы отъ первой раны. Такъ какъ обѣ раны должны быть на лицо, что бы вызвать смерть, именно, въ то время, въ которое она послѣдовала, то оба поранителя должны разсматриваться, какъ убійцы. Смерть здѣсь не есть необходимый и исключительный результатъ второй раны ³⁾. «Оба пораненія—говоритъ Endemann ⁴⁾—являются равно сильными и равно непосредственными причинами смерти: ибо то, что второе пораненіе выигрываетъ въ близости къ результату, то первое пораненіе отыгрываетъ на интенсивности пораненія: оно потому не прерываетъ причинной связи, а конкурируетъ съ первой» ⁵⁾.

Такимъ образомъ, господствующая доктрина усматриваетъ въ спорномъ l. 51 pr. идею, выраженную въ l. 51 § 1:

¹⁾ Литературу глоссаторовъ по вопросу о различіи vulnera mortifera omnimodo—non omnimodo см. у *Schultingius*. Notae ad Digesta Bd. II, 384 сл.

²⁾ Старую литературу см. у *Vangerow*. Pand. III, 586. Главныя возраженія противъ нихъ сводятся къ слѣдующему: во 1-хъ) l. 11 § 3 говорить ясно о смертельной ранѣ (mortifere); во 2-хъ) наврядъ ли можно ожидать отъ здраваго практическаго смысла римскихъ юристовъ сомнительнаго различія между просто смертельной и безусловно смертельной раной.

³⁾ *Vangerow*. о. с. 587.

⁴⁾ *Endemann*. Die Rechtswirkung 42.

⁵⁾ Паллаторъ, *Pernice*. Sachbesch. 180; *Plog*. 51. *Arnoldi*, 30 особое значеніе придаютъ тому, что не сказано,—какая рана болѣе тяжела: поэтому смерть обязана обѣимъ ранамъ.

«cum a pluribus idem servus vulnerasset esset, *ut non apparet, cuius ictu perisset*, omnes lege Aquilia teneri» ¹⁾).

Наперекорь этой доктринѣ, мы съ большою силою убѣжденія отстаиваемъ нашу конструкцію: убили не только тотъ, на чьихъ рукахъ умерла жертва, но и тотъ, отъ чьей раны «*certum*» esset aliquem vita excessurum»: тотъ и другой отвѣчаютъ за убійство!

И не трудно разбить аргументы нашихъ противниковъ!

I. Утвержденіе, что въ l. 52 пр. «не сказано, что одна рана тяжелѣе другой: лишь обѣ раны совместно *скорѣе* привели смерть», не согласуется съ буквальнымъ смысломъ текста. Въ l. 52 пр. говорится, что рана № 1—безусловно смертельна, а рана № 2 лишь ускорила смерть. Роль каждой раны вполне отмежевана, и отвѣтственность распределяется такъ, не потому, что неизвѣстно, отъ чьей раны умеръ рабъ, а, именно, потому, что вполне установлено это обстоятельство.

II. Неправильно указаніе на различіе редакціи въ l. 51 пр. (*maturius*) и l. 11 § 3 (*exanimaverit*). Въ самомъ дѣлѣ, l. 15 § 1 тоже говоритъ о *maturius*, и однако второе событіе (*ruina, ictus, etc.*) «прерываетъ причинную связь». Ясно, что «*maturius*» означаетъ общее разсужденіе, что раненый умеръ раньше, чѣмъ слѣдовало, а вовсе не указываетъ на внезапную смерть. Вѣдь, въ l. 52 пр. ясно, что *inscientia, negligentia* не приводятъ къ внезапной смерти, и, однако, результатъ—одинъ и тотъ же, что и въ l. 11 § 3 eod.

III. Непонятно, почему разсужденіе юристовъ о l. 51 пр. (неизвѣстно, отъ какого удара умеръ рабъ) не примѣнить и къ l. 11 § 3, l. 15 § 1, l. 52 пр. D. 9. 2? Это можно было бы съ тѣмъ болѣе основаніемъ, что въ l. 51 пр. подчеркивается абсолютная смертельность перваго пораненія,

¹⁾ Ср. l. 11 § 2 D. 9. 2 и l. 51 § 2 eod. „*non facile constatur possit, ut prius lege teneatur*“

въ другихъ же текстахъ это значеніе первой раны не подчеркивается, а въ l. 15 § 1 юристъ даже сомнѣвается въ смертельности раны!

IV. Солидарность по образцу l. 51 § 1 наступаетъ только тогда, когда нѣсколько лицъ *одновременно* общими усиліями вызвали данный результатъ, и не можетъ имѣть мѣста при условіяхъ l. 51 pr. Съ этой точки зрѣнія, авторы [Perisse, Endemann, Plog, Arnoldi и др.] допускаютъ неослѣдовательность, утверждая, что въ l. 51 pr. второе пораненіе не разрушаетъ причинную связь между первымъ пораненіемъ и смертью. Они становятся въ противорѣчіе съ ихъ собственной каузальной теоріей: «причина есть ближайшее къ результату условіе». Мало того! Оспаривая, съ одной стороны, въ вопросѣ о каузальности какое либо значеніе за интенсивностью содѣйствія результату, они все же въ толкованіи l. 52 pr. скорбятъ, что не установлено, «чья рана была тяжелѣе». Последнее тѣмъ болѣе неприемлемо, что второй делинквентъ долженъ брать на свою голову неблагоприятныя послѣдствія перваго дѣянія (l. 7 § 5 eod.).

V. Что римскіе юристы не стояли на точкѣ зрѣнія «последней причины» указываетъ то, что не последняя по времени рана имѣетъ значеніе, а та которая сама по себѣ смертельна. По *arg^{m.} a contrario* изъ l. 11 § 2, l. 51 § 1 мы можемъ вывести заключеніе, что, если «*apparet cuius ictu servus perierit*», то соответствующая рана и будетъ причиной смерти, безъ различія того, — когда она была нанесена: можетъ быть она была *первой* раной! Мы видимъ, что даже l. 11 § 2, l. 51 § 1 говорятъ въ пользу нашей теоріи!

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ слѣдующему выводу: понятіе *каузальной связи* было построено въ римскомъ правѣ на началахъ индивидуализма, что, въ свою очередь, было обязано пенальному характеру деликтныхъ исковъ.

[L. 51 § 2 D. 9. 2: — «*cum neque impunita maleficia esse oporteat*...]. Делинквентъ считается *причинившимъ*

только то, что непосредственно связано съ его *волевой* дѣятельностью. А размѣръ его воли опредѣляется объемомъ послѣдовавшаго зла, проистекшаго отъ его дѣянiя.

§ 2. Ученіе о винѣ.

Приступая къ изслѣдованію римскихъ источниковъ для выясненія сущности *вины* по римскому праву ¹⁾, мы должны уже а priori исходить изъ того предположенія, что наши выводы будутъ различествовать отъ тѣхъ построеній, которыя являются результатомъ изысканій новѣйшихъ юристовъ въ области деликтныхъ правонарушеній, совершаемыхъ въ современномъ намъ социальномъ бытѣ. Двадцать вѣковъ отдѣляютъ нашъ социальный бытъ отъ того быта, въ которомъ могла вырасти аквиліанова отвѣтственность, такъ ярко несущая отпечатокъ своей эпохи, и это различіе во времени и въ социальныхъ условіяхъ обществiя не даетъ намъ права смотрѣть на римскій институтъ глазами современнаго юриста.

Мы можемъ поставить въ упрекъ новѣйшимъ изслѣдователямъ то, что они вливаютъ въ римскую *culpa* тоже содержаніе, которымъ обладаетъ современная вина.

Сущность вины они рассматриваютъ съ точки зрѣнія оскорбленной сферы, и вмѣстѣ съ тѣмъ они опредѣляютъ вину *prima facie*, какъ *нарушеніе чужого права*, и это опредѣленіе приурочиваютъ равно къ римскому и современ-

¹⁾ Понятіе *culpa* въ гражд. правѣ получило разработку впервые въ теченіи послѣдняго столѣтія республики на почвѣ примѣненія *Legis Aquiliae*.

Классическая юриспруденція еще работаетъ надъ его образованіемъ. См. *Pernice*, *Labeo*, II, *Abi.* II (2 изд. 1900), стр. 3, 60. — Въ настоящемъ изслѣдованіи мы не задаемся целью исторически прослѣдить выработку этого понятія, а ограничиваемся догматической стороной вопроса. Позднѣйшіе римскіе юристы опредѣляютъ *culpa* въ *lex Aquilia* такъ же, какъ и въ договорныхъ отношеніяхъ, т. е. они исходятъ отъ *diligentia*, и всякій промахъ въ рачительности, осторожности и профессиональномъ знаніи авалифицируютъ *виновнымъ*. Опредѣлить сущность виновнаго поведенія и выяснить идею, лежащую въ основѣ этого понятія и составляетъ тему § 2 настоящей главы.

ному праву. Сущность аквиліановой вины—говорят они ¹⁾—заключается въ томъ, что лицо дозволило себѣ совершить дѣяніе изначала и само по себѣ *неправоу́рное* (*an sich widerrechtlich*). Неправоу́рность есть указатель вины. Тотъ фактъ, который обосновываетъ отвѣтственность, есть непосредственно вызвавшее неправоу́рное состояніе виновное дѣяніе.

Однако, сама основа этой конструкціи противорѣчитъ римскимъ источникамъ. Въ послѣднихъ мы находимъ, какъ разъ, обратное положеніе: дѣяніе *неправоу́рно* потому, что оно *виновно* [l. 1 § 12 D. 39. 3 земляныя работы на собственномъ участкѣ становятся неправоу́рными, какъ скоро они виновны; ср. l. 31 D. 9. 2]; дѣяніе (субъективно) не *виновно*, а потому (объективно) *не неправоу́рно* [l. 49 § 1 D. 9. 2: cessare leg. Aqu. actionem: justo enim metu ductus... vicinas aedes intercidit. Ср. l. 3, § 7, D. 46, 9: l. 151 D. 50. 17; § 2 I. 4. 3].

Такимъ образомъ, попытка подвести новый фундаментъ подъ старую римскую *culpa* оказывается неудачной, а вмѣстѣ съ тѣмъ авторы и лишаются базы для точнаго установленія сущности римской вины.

Неудачу этого построенія мы усматриваемъ въ упорной тенденціи современныхъ юристовъ конструировать понятіе вины на особой «соціальной» точкѣ зрѣнія,—исходящей отъ идеи конфликта свободы двухъ лицъ.

На противоположную точку зрѣнія становимся мы. Мы

¹⁾ *Hesse* (о. с. 23, 39, 47—48) ссылается на l. 45 § 4 D. 9. 2. Qui cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt. „Здѣсь непричисляемое дѣяніе: убійство или пораненіе чужого раба, неправоу́рно *in genere*. Но оно сопровождается обстоятельствами, которыя дѣлаютъ его *in specie* правоу́рнымъ“. *Hefke* (о. с. 234) ссылается на l. 36 D. 50. 17: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti. „Immiscere“—само по себѣ (объективно) неправоу́рное дѣяніе; а потому деликвентъ—in culpa. *Unterholzner*. Quellenmässige Zusammenstellung. 697 также требуетъ для понятія вины „неправоу́рности *an sich*“: дѣяніе можетъ быть оправдано *in specie* лишь при особыхъ обстоятельствахъ“.

анализируемъ понятіе римской вины не съ точки зрѣнія *общественности*, а съ точки зрѣнія *индивидуализма*, т. е. подходимъ къ изслѣдованію съ той стороны римскаго правопорядка, которая чужда для современнаго правосознанія.

Мы нисколько не впадаемъ въ крайность, утверждая, что все римское ученіе о деликтной отвѣтственности исходитъ изъ идеи *индивидуума*, обособленнаго въ своихъ правахъ и съ точно ограниченными обязанностями.

Какъ каждое зданіе было отдѣльнымъ «*insula*», такъ и каждый *civis* былъ особнякъ въ его нравственной и имущественной обособленности. Каждый индивидуумъ съ его имущественной сферой былъ, если можно такъ выразиться, «правовой *insula*».

Мы знаемъ какую суровую санкцію дало древне-римское право оскорбленію границъ земельной собственности. Обрядъ отмежевыванія отъ сосѣдскихъ угодій сопровождался религіозными церемоніями; нарушеніе межевыхъ знаковъ обращало виновнаго въ *sacer* ¹⁾.

Засаживать свой участокъ можно было лишь на извѣстной дистанціи («*ambitus*») отъ границъ, развѣ только [и это исключеніе ясно показываетъ намъ важность, которую римляне придавали эффективному разграниченію владѣній] хотѣли засадить ограду ²⁾. Каждый хотѣлъ быть полнымъ хозяиномъ у себя дома!

Полная свобода движенія и дѣятельности внутри своей сферы ³⁾ и право поддерживать и защищать ее своими силами всѣми средствами ⁴⁾ имѣютъ ограниченіе въ обязан-

¹⁾ Girard. Manuel. 251.

²⁾ Cuj. Les institutions juridiques des Romains. t. I, 271; Karlowa, Rechtsgeschichte. II, стр. 518.

³⁾ Cp. I. 8 § 5 D. si serv-vindicat: „In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat“.

⁴⁾ Cp. I. 18 D. 2. 4: „quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit“.

ности не преступать этой границы («ambitus») и не вмѣшиваться тѣмъ самымъ въ чужую сферу ни съ плохими, ни съ добрыми намѣреніями. *Noli me tangere*—вотъ идея, воодушевляющая римское право ¹⁾).

Каждая имущественная сфера строго разграничена и индивидуальна, какъ индивидуаленъ ея носитель—субъектъ. Вмѣшательство въ нее само по себѣ есть уже *culpa*, независимо отъ намѣренія лица ²⁾).

L. 36 D. 50 17. [Pomponius, libro vicensimo septimo ad Sabinum]: Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti ³⁾).

Въ связи съ этой идеей получаетъ вѣрное объясненіе: *l. 54 § 1—2 D. 41. 1.* Modestinus различаетъ: 1) *liber homo, qui bona fide nobis servit*; по *a^o. leg^s. Aquiliae* онъ отвѣчаетъ лишь за *culpa lata* [«ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem»] и 2) *extraneus* отвѣчаетъ за *culpa levis* [«nec tamen levem quam ab extraneo»].

Рабъ приходитъ въ соприкосновеніе съ тѣми или другими вещами хозяина не произвольно, а по приказу или одобренію хозяина. «*Extraneus*» могъ избѣжать соприкосновенія съ чужими вещами, и если онъ все же вмѣшивается

¹⁾ Въ этомъ отношеніи очень характерно слово „*servitus*“. Участокъ земли, на которомъ тяготеетъ право сосѣда, ассимилируется рабу, подчиненному власти хозяина: „*servit praedium*“ Юриконсультъ *Pedius* говоритъ намъ, что установленіе сервитута влечетъ за собою „*juris deminutio*“ служащаго участка (*l. 5 § 9 D. 39. 1*).

²⁾ Ср. *l. 6 § 3 D. 3. 5*: дѣятельность того *qui negotia alterius gessit* и *qui depraedandi causa accedit* подводятся подъ понятіе *negotiorum gestio*; они обсуждаются одинаково, ибо соприкасаются со сферой, которая имъ не принадлежитъ. Ср. равное третиrowаніе того, кто „*introiret, quamvis in jus vocat*“ (*l. 23 D. 47. 10. 1. 18 D. 2. 4*) и того, кто „*fugandi causa introivit*“ (*l. 21 § 7 D. 47. 2*). Ср. еще вина прохожаго въ томъ, что „*in taberna proxima se immisisset*“ *l. 2 § 1 D. 9. 1, Pauli Sent. 1, 15, § 3*.

³⁾ Отсутствие сильной правительственной власти, способной принять подъ свою охрану безхозяйное имущество породило институтъ *negotiorum gestio*, т. е. законодатель поручаетъ общественной (амодѣятельности) и почину то, что нынѣ беретъ на себя „казенный присмотръ“. Ср. *l. 1 D. 3. 5*. Но слѣды прежнихъ воззрѣній сохранились въ строгой ответственности *gestor'a* § 1 *l. 3. 27*: „*ad exactissimam quisque diligentiam compellitur redere rationem*“.

въ чужую сферу,—онъ безусловно отвѣчаетъ за все, что ле-
жать въ предѣлахъ человѣческаго предвидѣнія и что было
въ его власти предотвратить.

Въ римской правовой жизни объемъ и границы юриди-
ческой личности были строго опредѣлены закономъ. Лица,
не связанные договоромъ, не стояли между собой въ *juris*
vinculum. Каждый жилъ изолированно въ своихъ правахъ и
обязанностяхъ. Деликтная отвѣтственность рождалась изъ са-
маго *деликта*, заранее предусмотрѣннаго закономъ.

Вслѣдствіе римскаго индивидуализма, всякое нарушеніе
границъ своихъ правовыхъ полномочій влекло за собой оскор-
бленіе чужой правовой сферы, т. е. нормально всякая *culpa*
имѣла своей обратной стороной *iniuria*.

Такимъ образомъ, въ понятіи *iniuria* издавна лежитъ
моментъ *culpa*, который вырабатывается въ теченіи столѣтій
юриспруденціей ¹⁾.

Ставши на эту точку зрѣнія, мы вполне поймемъ юри-
дическую возможность выработки субъективнаго понятія *culpa*
изъ объективнаго понятія *iniuria* ²⁾.

Римская теорія индивидуализма конденсирована въ те-
зисъ:

Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus
non habet. [l. 3 § 2 D. 43; 29; l. 155 § 1 D. 50. 17].

Всюду римскіе юристы выдвигаютъ *nullum jus* право-
нарушителя и исходнымъ пунктомъ берутъ его индивидуаль-
ную сферу.

Conductor, осуществляющій ему по контракту принад-
лежащее право, не совершаетъ вторженія въ чужую право-

¹⁾ L. 1 pr. D. 47. 10 *iniuriae* appellatione *damnum culpa* datum signi-
ficatur. Обстоятельное изложеніе исторіи поглощенія *iniuria* понятіемъ *culpa*
см. у *Pernice* о. с. 26—30 и *Hefke*, о. с. 232—242.

²⁾ Частичнымъ проявленіемъ этого развитія мы имѣемъ первоначально
объективные понятія *iusta—iniusta possessio*, изъ которыхъ вырабатываются
благодаря той же идеѣ субъективные *bona—mala fide possessio*. Ср. *Pernice*.
Laber, II, 1 (2 Aufl.) стр. 460 сл.

вую сферу другого *conductor'a*—сосѣда, хотя бы жизнь послѣдняго была имъ отравлена, а право его на спокойное *uti frui licere* было нарушено.

По примѣру этихъ *conductores*, римское право конструировало взаимныя отношенія всѣхъ гражданъ. Оно подчеркиваетъ, что *iniuria* есть нѣчто чисто субъективное, т. е. лежащее въ лицѣ правонарушителя¹⁾. Неправомѣрность дѣянія надо искать не въ правѣ, которое *нарушено*, а въ правѣ, которое *превышено*²⁾.

См. напр. характерное оправданіе въ I. 7 § 4 D. 9. 2 отсутствія *iniuriae* не соизволеніемъ потерпѣвшаго, а моментами, лежащими въ лицѣ делинквента: «quia gloriae causa et virtutis... videtur damnum datum» [ср. еще I. 49 § 1 eod., I. 3 § 7 D. 47. 9].

Классическіе юристы послѣ Адріана выставляютъ, какъ *naturalis ratio* то положеніе, что тотъ свободенъ отъ ответственности, кто уполномоченъ обстоятельствами на дѣйствія по принципу *honeste vivere, se ipsum deserere turpissimum*, т. е. на все, что лично, какъ *bonus pater familias*, обязанъ своему самоохраненію³⁾, своей чести⁴⁾, своему имуществу⁵⁾, своему семейству⁶⁾. Вотъ предѣлы его законной дѣятельности.

¹⁾ Обратной стороной этого понятія является, конечно, оскорбленіе чуждой правовой сферы. Въ этомъ лежитъ признакъ, отличающій *culpa* отъ *iniuria*.

²⁾ Pernice. Zur Lehre, 45. Существо аквиліановой винны кладеть не въ правонарушеніи, а въ превышеніи своего права. Эта конструкція не нашла сочувствія въ литературѣ. *Exner*. Krit. Vierteljahrschr. XI (1869), 313 сомнѣвается въ правильности толкованія Pernice'омъ I. 4 пр. D. 9. 2 (состояніе необходимой обороны), на которомъ онъ, главнымъ образомъ, базируетъ свою теорію.

³⁾ § 2 I. 4. 3; I. 5 пр., I. 45. § 4 D. 9. 2. I. 14 пр. D. 19. 5; Pauli Sent 5, 23. 8

⁴⁾ I. 5 § 1, I. 7 § 4 D. 9. 2.

⁵⁾ I. 29 § 3, I. 49 § 1 D. 9. 2; I. 3 § 9 D. 43. 16. Однако, вопросъ о предѣлахъ допустимости защиты имущества противъ неправомернаго нападенія (*Notwehr*) споренъ. См. Pernice. *Leben II* (2 Aufl.) стр. 76.

⁶⁾ I. 11 § 1 C. de repudiis, I. 9 D. de minoribus.

Онъ можетъ нарушать чужіе интересы, но не совершаетъ *iniuria*, если не преступилъ своего права.

Точно также въ предѣлахъ своей правовой власти лицо не можетъ совершать *culpa*, ибо понятіе и сущность *culpa* состоятъ въ томъ, что правонарушитель преступаетъ границы своихъ правовыхъ владѣній.

Въ этомъ смыслѣ я толкую:

§ 5 I. 4. 3: *putator in medio fundo подчиняетъ саль, и, обрасывая сушь, ранить прохожаго, который проникъ въ чужую дачу, гдѣ «nulli extraneo jus fuerat versandi».*

Онъ не совершаетъ *culpa* «*cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit*» [I. 31 D. 9. 2; *Pauli Sent. V. 23 § 12*] ¹⁾.

Съ этой точки зрѣнія получаетъ особое освѣщеніе и смыслъ текстъ *Ulpianus'a: l. 29 § 1 D. 9. 2*: «*interest enim quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit*» ²⁾.

Водопроводъ, проложенный самовольно черезъ чужой участокъ, можетъ быть разрушенъ хозяиномъ участка; навѣсъ же, выдающійся въ воздухъ надъ чужимъ участкомъ, можетъ быть устраненъ лишь путемъ иска. По мысли римскихъ юристовъ, право самовольно разрушить нарушающее имущественную сферу предпріятіе сосѣда имѣетъ мѣсто, если послѣднее совсѣмъ перешло во владѣніе собственника участка [«*per cunius domum traiectus erat aquae ductus citra servitutem*»] ³⁾.

L. 28 pr. l. 29 pr. D. 9. 2. Если кто-либо будетъ искалѣченъ, попавъ въ ямы для ловли звѣрей, юристъ Павелъ различаетъ—гдѣ вырыты ямы: если у себя *ubi fieri solent*.—

¹⁾ Невѣрно толкованіе *Unterholzner'a*, о. с. 697: „лишь при особыхъ обстоятельствахъ оправдываемъ недостатокъ въ внимательности“, т. к. въ данномъ случаѣ и нѣтъ на лицо недостатка въ внимательности, какъ ясно говорить юристъ въ *l. 31 D. 9. 2*.

²⁾ Невѣрно толкованіе *Bar'a* *Die Lehre vom K. Z. H.*, 127: устройство „лишкомъ далеко выдающагося навѣса не представляется для правонарушителя такимъ очевидно неправомѣрнымъ дѣяніемъ, какъ устройство водопровода.

³⁾ *Pernice. Labeo. II, 1, (2 Aufl.)*, стр. 52 выражается по поводу *l. 29 § 1 D. 9. 2*: „*Die Begründung ist mehr spitz als überzeugend*“.

nihil tenentur. если въ другомъ мѣстѣ—lege Aquilia obligati sunt.

лат. *L. 1 § 11 D. 39. 3.* „aquam pluviam *in suo* retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, *dum opus in alieno non fiat*, omnibus jus esse...».

Полной свободѣ дѣтельности положенъ одинъ предѣлъ: *dum opus in alieno non fiat!*

Римскіе юристы центръ тяжести клали повсюду въ правѣ правонарушителя и не считались первымъ дѣломъ съ тѣмъ, что нарушено. Вредъ, совершенный при этомъ, обосновываетъ *деликтъ*, а не *quasi-delictum* [какъ по законодательствамъ французскаго типа¹⁾], ибо не намѣреніе вредить (*intention de nuire*) имѣетъ рѣшающее значеніе, а объективное *opus in alieno*²⁾.

iii) Поэтому, въ предѣлахъ своего хозяйственнаго особняка хозяинъ въ правѣ держать свое имущество въ любомъ состояніи и предпринимать, что ему угодно³⁾.

iv) Никто въ принципѣ по гражданскому праву не имѣетъ къ нему притязанія, если угрожаемый *damnum* обязанъ дѣтельности или упущенію хозяина въ предѣлахъ его хозяйства⁴⁾. Лишь преторъ вмѣшивается, но—характерно. Онъ обязываетъ хозяина заключить *stipulatio*, и хозяинъ отвѣчаетъ

¹⁾ *Sourdat. Traité général* 1, 516 719

²⁾ *Ulp. D. 13 § 2 D. 7. 1* „... qui in *aliena re* tale quid commiserit“ *L. 14 § 3 D. 19. 5* „... *quia non in tuo* pascitur...“, *L. 5 § 10 D. 39. 1* [противоположеніе: „*in suo* quid faciat“—„*in nostro* aliquid facere.“], *L. 7 § 2 D. 43. 24* тотъ не отвѣчаетъ *vi aut clam*, кто дѣствуетъ въ границахъ своего владѣнія.

³⁾ *L. 18 § 1 D. 24. 3.* „quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda“. *L. 30 § 3 D. 9. 2* содержать такую идею „на своемъ участкѣ разводи огонь, и если случайный порывъ вѣтра перенесетъ его на чужое поле, ты не отвѣчаешь, хотя бы огонь уничтожилъ сосѣднее владѣніе до тла“ Лишь свойство огня, какъ особо опасной стихіи, древнѣйшими римлянами возводившееся даже въ предметъ культа, объясняетъ ограниченіе, которое дѣлаетъ римскій юристъ Павелъ.

⁴⁾ *L. 24 § 12 I 26 D. 39. 2; L. 9 D. 8. 2, I 21 D. 39. 3. I 41 § 12 D. 39. 3* „*in suo* fodiens“ *I 21 eod.* „*si in tuo* aqua exsapat, *aquae ex tuo fundo* venas habeat“.

изъ этой послѣдней: именно, если будетъ причиненъ убытокъ послѣ дачи обезпечительной *satisfactio*, рождается договорное притязаніе на его возмѣщеніе, поскольку на лицо—условія, на которыхъ было дано такое обезпеченіе и не истекъ срокъ, на который послѣднее было дано. Если *stipulatio* не дана,—угрожающая опасностью *insula* продолжатъ стоять независимымъ особнякомъ отъ угрожаемой *insula*, и что бы создать между ними юридическую связь, преторская власть вводитъ потерпѣвшаго во владѣніе угрожающей опасностью *insula*, и дальнѣйшія юридическія послѣдствія потому и возможны, что послѣдній дѣйствуетъ теперь *in suo*, а не *in alieno*.

Общій принципъ: «*qui jure suo utitur, neminem laedit*» ¹⁾ получаетъ ясный смыслъ съ точки зрѣнія изложеннаго мною правовоззрѣнія. Этотъ принципъ есть выразитель идеи индивидуализма. ибо въ словѣ *uti* (*utitur*) лежатъ моменты, исключающіе произвольное вторженіе въ чужую имущественную сферу ²⁾.

Лицо въ принципѣ не обязано считаться съ интересами другого лица. Оно въ правѣ предпринимать все, даже во вредъ другому: 1) дабы избѣжать самому положительный вредъ (l. 29 § 3 D. 9. 2), 2) для улучшенія своего положенія (l. 1 § 12 D. 39. 3). Вообще лицо можетъ предпринимать все, что позволяетъ ему *naturalis ratio*: *se defendere, vim vi repellere*, акты крайней необходимости.—Вотъ объективныя границы его законной дѣятельности. Въ нихъ онъ можетъ исчерпывать всю полноту своего интереса, огораживаясь *jure meo usus sum* ³⁾.

¹⁾ Абстрактно устанавливаютъ этотъ принципъ l. 55 D. 50. 17, l. 3 § 2 D. 43. 29; l. 42 pr. D. 19. 1; l. 151, l. 155 § 1 D. 50. 17. См. *Pernice, Labeo* II, 1 (2 Aufl.), стр. 48 сл.

²⁾ *Serafini—Arndts. Le Pandette* (Bologna, 1882), vol. I § 92, *nota* 1 ~~не~~ допускаетъ возможность пользованія несуществующимъ правомъ. Его исходная идея: „L'esercizio d'un diritto è cosa di fatto“. См. прекрасные строки у *Pernice. Labeo*, II (2 Aufl.), стр. 52 сл.

Этому правомочию позднѣйшіе классическіе юристы ¹⁾ противопоставили принципъ: «si modo non hoc animo fecit, ut tibi poseat». Однако, такая отвѣтственность основывается не на culpa e lege Aquilia, а на dolus'ѣ. какъ таковомъ. Въ римскомъ dolus'ѣ лежалъ столь интенсивный этический моментъ, что онъ наказывался самъ по себѣ по принципу malitiae non est indulgendum ²⁾. Другія же ограниченія права собственности въ уваженіе интересовъ страдающаго сосѣда оправдывались не юридическими соображеніями, а соображеніями справедливости.

L. 2 § 5 fine D. 39. 3: «haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus»; l. 2 § 6 fine D. eod.: «in hunc casum aequitatem admisimus».

Если собственникъ разрушаетъ bona fide свою вещь, находящуюся въ b. f. possessio другого лица, онъ осуществляетъ свое право. Если онъ—mala fide, то хотя онъ—во внѣшнихъ границахъ своего права, но правомъ пользуется доложно въ ущербъ другому. И этотъ случай римское право приравниваетъ тому случаю, когда лицо преступаетъ объективныя границы своего права: онъ дѣйствуетъ безъ права, какъ если бы онъ не имѣлъ никакого правоваго исходнаго пункта ³⁾.

Напр., послѣ того какъ отразилъ vim vi, что либо «ulciscendi causa factum sit». Это приравненіе мы видимъ

¹⁾ Большинство текстовъ о *dolo jure uti* интерполированы. Pernice, Labeo II (2 Aufl.). 64 и слѣд.

²⁾ Nov. 63. Юстиніанъ приравниваетъ лицъ, *dolo* пользующихся своимъ правомъ къ разбойникамъ (дѣло идетъ о лицахъ, доложно застраивающихъ видъ на море).

³⁾ Поэтому рѣшительно не вѣрна конструкція *dolus'a* Krutz'a: Ueber die culpa nach römischem Rechte. Leipzig 1823, 25 „То, что законодатель не признаетъ за вину, то въ принципѣ не можетъ быть учинено и доложно. т. к. *dolus* предполагаетъ *culpa*, какъ псевденіе, не соответствующее данному отношенію, съ особой квалификаціей его моментомъ намеренности“. Лучшее опроверженіе находимъ въ l. 31 fine D. 9. 2: „dolum tumtaxat praestare debet... nam culpa ab eo exigenda non est“. Его дѣяніе не кульпно, и отвѣтственность рождается изъ *dolus* непосредственно.

въ текстѣ Помпонія: 1. 39 pr. D. 9. 2: лицо причинило выкидышъ, прогоняя съ своего луга жеребую кобылу. Онъ отвѣчаетъ по а^o. leg^s. Aq, если онъ позволилъ *percutere*—бить (нарушеніе объективныхъ границъ своего права!) или *consulto vehementius agere*.

Изъ простого *vehementius agere* нельзя сдѣлать упрека хозяину, но можно изъ *consulto* ¹⁾.

Animus nocendi возводитъ дѣяніе до степени противозаконнаго.

Злоупотребленіе правомъ конструировалось, какъ превышеніе его внѣшнихъ предѣловъ.

Такова теорія классическихъ юристовъ. Она вся исходитъ изъ развиваемаго мною положенія, что при обсужденіи деликтной отвѣтственности римскіе юристы центръ тяжести клали въ правѣ правонарушителя, и правонарушеніе конструировали, какъ *превышеніе границъ своего права*.

Вотъ почему, деликтная culpa для римлянъ—недѣлимое понятіе: отступило ли лицо на одинъ шагъ отъ своего правового особняка или дальше—для дѣла безразлично: вѣдь онъ во всякомъ случаѣ—*внѣ* своего особняка—и это достаточно! ²⁾.

L. 44 D. 9. 2. «In lege Aquilia et levissima culpa venit» ³⁾.

¹⁾ Ср. 1. 15 § 42 D. 47. 10. „modum tamen excesserit“: 1. 17 § 1 D. 7. 1; 1. 6 D. 9. 2; 1. 1 § 12 D. 39. 3; 1. 2 § 20 D. 47. 8. —Тоже толкованіе даетъ тексту (1. 39 pr.) *Pernice* Zur Lehre. 43. См. еще *Pernice*, Labeo II (2 Apil.), стр. 59—60: „diese Regel ist kein Rechtssatz“.

²⁾ Въ этомъ отношеніи деликтная culpa сходится съ уголовной culpa. См. *Mommsen* Strafrecht, I, № 89, стр. 102: „Уголовная culpa не знаетъ градаций, т. е. долгъ каждаго чловѣка передъ его ближнимъ повсюду и всегда одинъ и тотъ же, тогда какъ договорная вина принимаетъ разнообразныя формы съ точки зрѣнія особенностей договорной связи“.

³⁾ Невѣрно поэтому толкованіе *Ihering'a* [Das Schuldmoment im rom. Privatr.] Vermischte Schriften, I, 215 и *Degenkolb*, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, Arch. Pr. 76, стр. 79 римскихъ источниковъ въ смыслъ сообразованія римлянами размѣра возмѣщаемаго убытка со степенью вины. L. un. C. 7. 47 (duplum pretii=maximum интереса) ровно ничего не токазы-

Изложенная нами конструкция вины имѣетъ основой правовое воззрѣніе римлянъ на личную и имущественную сферу *boni patris familias*, какъ на единый замкнутый кругъ.

Каждая имущественная сфера была строго разграничена и индивидуальна, какъ индивидуаленъ ея носитель—субъектъ права, т. е. стоящій въ ея главѣ *bonus pater familias* ¹⁾).

Въ тѣсной связи имущественной массы съ личностью и выражается присущій римскому праву индивидуализмъ.

Эта связь придаетъ единство, цѣльность, взаимное равенствіе и солидарность всѣхъ частей хозяйственной сферы лица.

Римское право всѣ полномочія индивидуума сосредоточивало въ его лицѣ, и, такимъ образомъ, приходило къ понятію совокупности гражданскихъ правъ лица, такъ наз. «*patrimonium*», въ которомъ стираются характерныя особенности отдѣльных родовъ имущества.

Правовыя отношенія отдѣльныхъ имущественныхъ статей были объединены настолько сильной связью личного обладанія ими со стороны даннаго объекта, что со смертью послѣдняго оставшаяся имущественная масса не распадалась, а становилась единымъ объектомъ *hereditatis usucapio*. Въ болѣе позднюю эпоху изъ этихъ представленій выросла не-
васть. Thering самъ сознается: „правда, ни одинъ римскій юристъ положи-
тельно не высказалъ этой идеи соответствія пени винѣ, но эта идея выте-
каетъ изъ всѣхъ текстовъ, если мы изслѣдуемъ ихъ внимательно“ (о. с. 62—
64). Также не состоятельно указаніе на то, что въ случаѣ *долознаго* право-
нарушенія долженъ быть возмѣщенъ убытокъ въ полномъ размѣрѣ. Этотъ
принципъ объясняется тѣмъ, что поведеніе *долознаго* дѣятеля имѣетъ болѣе
широкій объемъ каузальной силы. Тоже и въ другихъ правахъ. См. *Binding*
Normen. I, стр. 448; *F. Meili*. *Der internationale Streit betreffend die Eisen-
bahnlinie Lorenzo Marques*. Zürich. 1892, стр. 107—109 (для англійскаго
права); *Kuhlenbeck*. II, стр. 121—122.—Невѣрно обоснованіе полной отвѣт-
ственности за *culpa levissima Cohnfeldt*’омъ (о. с. 19): „man würde sonst den
Beschädigten in seinem wohlbegründeten Rechte verkürzen“. Римское право
по высказаннымъ нами въ текстѣ причинамъ никогда не знало *юридическихъ*
соображеній, лежащихъ въ лицѣ потерпѣвшаго, отъ которыхъ оно исходило
бы при установленіи ответственности делинквента.

¹⁾ *L. Mitteis*. *Römisches Privatrecht*. Bd. I (1908), стр. 74: „... denken die Römer sich die Rechtssphäre von vornherein als ein Ganzes, von dem die einzelnen subjectiven Rechte nur Funktionen sind“.

ликая идея *универсальной сукцессии* или преемства во всю совокупность правовых отношений умершаго (а не въ отдѣльныя вещи), на которой было основано все римское наследственное право ¹⁾).

Тѣсное взаимодействіе между точно опредѣленным индивидуумомъ и ясно ограниченной имущественной массой сказывается въ ученіяхъ римскихъ юристовъ въ томъ, что, какъ имущественная масса должна знать своего хозяина, и право не терпитъ никакой неопредѣленности въ этой области, такъ же и хозяинъ долженъ знать всѣ свои имущественные объекты, ихъ слабыя и хорошія качества, и нести послѣдствія своего незнанія. Въ самомъ незнаніи лежитъ по римскимъ понятіямъ culpa, которая ждетъ случайнаго инцидента, чтобы обосновать отвѣтственность лица. «*neq. est iniquum. potuit enim ea nota habere venditor*». Отвѣтственность продавца, депонента и т. д. не обусловлена тѣмъ, что онъ зналъ или могъ знать опасное свойство вещи, онъ отвѣчаетъ безусловно, потому что онъ долженъ былъ знать его ²⁾).

Индивидуальность субъекта кладетъ отпечатокъ на эту замкнутую цѣльную имущественную сферу. Субъектъ, поступаясь частью своего имущества, какъ бы отдѣляетъ частицу своего собственнаго Я, и, съ другой стороны, въ сознательномъ вторженіи въ чужую имущественную сферу содержалось неуваженіе чужой личности (а⁰. *iniuriarum*) ³⁾).

Съ этимъ совпадаетъ поразительное вліяніе личнаго интереса на собственную вещь. Если искъ истца напра-

¹⁾ Windscheid Pandekten. III § 528

²⁾ L. 1 § 2 D. 21. 1: 1. 61 § 5 D. 47. 2. Выводы изъ этой конструкции, см. ниже.

³⁾ *Thermy* Gesam. Ansätze. B. III. 276 и сл. Отсюда—тѣсная связь между *iniuria* и *contumelia* у республиканскихъ юристовъ. *Pernice*. *Labo* II, 1. (2 Aufl.) 31—47 и слѣд.—Характерно и то, что римское право (I. 3 § 7 D. 47. 9; I. 29 § 3 D. 9. 2) не раздѣляетъ строго личной (*damna quae in corpus eius admittuntur*) и имущественной (*— quae in rem hominis libera facta sunt*) неприкосновенности и допускаетъ „состояніе необходимости“ и при имущественной опасности.—См. еще *M. Voigt*. *Die Lehre von Jus naturale, aequum et bonum* (Leipzig 1856) III, 415 и сл.

влени на выдачу чужой вещи.—ответчикъ долженъ возмѣстить лишь денежный интересъ; если—на выдачу своей вещи—то и нравственный интересъ (*quantum in litem actor iuraverit*). Кто продаетъ свою вещь въ правѣ *legem dicere* какой угодно, каковыя ограниченія на чужую вещь—безъ силы [1. 19 D. 8. 1; 1. 6 pr. D. 8. 4; 1. 11 D. 11. 7; 1. 61 D. 2. 14] и т. п. ¹⁾).

Вмѣстѣ съ тѣмъ въ высшей степени характерно то, что подъ *имущественной сферой, достойной правовой защиты*, римскіе юристы понимали не всю совокупность цѣнностей (матеріальныхъ и идеальныхъ), принадлежащихъ данному лицу. Они исходили изъ данномъ вопросѣ изъ понятія *bonus pater familias* и вмѣстѣ съ тѣмъ включали въ имущественную сферу его все, къ чему онъ прилагаетъ на томъ или другомъ основаніи трудъ и что способно быть орудіемъ производства—новыхъ объективныхъ хозяйственныхъ цѣнностей. [1. 49 D. 50. 16: *quod beant... beare est prodesse*]. Защищается не собственникъ, какъ таковой, а *bonus pater familias*; не право собственности само по себѣ,—а *дѣловая, серьезная хозяйственная сфера* ²⁾).

Поэтому, *lex Aquilia* предусматриваетъ поврежденіе только такихъ животныхъ и объектовъ, которые имѣютъ хозяйственное значеніе въ сельско-хозяйственномъ быту. Дѣловому хозяину не свойственно держать у себя *ursi, leones, pantherae*, такъ какъ они *iumentorum operam non praestant*, в, сами угрожая всѣмъ своей *natura fera*, не могутъ претендовать на защиту закона (1. 2 § 2 D. 9. 2).

Поэтому, лицо, давшее *cautio damni infecti*, обязано

¹⁾ Эти проявленія вліянія личнаго интереса собраны у *Ihering'a*. Ein Rechtsgutachten. III, Gesam. Aufsätze. III, 160

²⁾ Поэтому *lege Aquilia* защищается не одинъ собственникъ, но и (въ позднѣйшую классическую эпоху) *bonae fidei possessor*, какъ *bonus pater familias*, даже противъ собственника (1. 17: 1. 30 § 1 D. 9. 2). Но не лицо съ обязательственными правомочіями! Оно—само гость въ чужой имуществ. сферѣ. Его имущ. сфера не страдаетъ, хотя терпѣть его временныя интересы.—Непониманіе этого принципа въ *Gemeines Recht*, см. *Senff Arch.* 39/7.

при обвалѣ своего дома представить только умѣренное возмущеніе, хотя бы обвалъ уничтожилъ цѣнныя «tectoria» и «picturae» сосѣда, «quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda» (l. 40 pr., l. 39 § 4, l. 43 D. 39. 2, l. 13 § 1 D. 8. 2).

Изъ той же идеи вытекаетъ, что цѣнность вещей опредѣлялась «non ex affectione», а «communiter». Римляне, какъ и глава bonus pater familias устанавливали объективные признаки, такъ и цѣнность убытка измѣряли не особымъ пристрастіемъ даннаго лица, а объективными данными: все, что каждому мило, что кажды́й похвалить, что съ общежитейской точки зрѣнія хорошо, только то требуетъ законъ и съ тѣмъ только онъ и считается. [l. 33 pr. D. 9. 2: «Si servum meum occidisti non affectiones aestimandas esse puto... sed quanti omnibus valeret... Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi»].

Такимъ образомъ, id quod interest не охватываетъ affectio (личное чувство пріязни), а охватываетъ лишь тѣ интересы, которые на глазахъ каждою достойны защиты, хотя бы не подлежали матеріальной оцѣнкѣ ¹⁾ ²⁾.

Таковъ объемъ и содержаніе той имущественной сферы boni patris familias, въ предѣлахъ которой допустима свободная дѣятельность лица, и, съ другой стороны, вторженіе въ которую римляне признавали за iniuria.

Изъ предшествующаго изложенія явствуетъ, что какъ понятіе bonus pater familias опредѣлялось особыми объективными признаками, также и составъ имущественной сферы

¹⁾ Тексты, трактующіе о защитѣ идеальнаго интереса глательно собраны у Ihering. Ges. Aufs. III. Ein Rechtsgutachten, 131 и сл. Ср. Mommsen. Zur Lehre von dem Interesse (1855) II, 122—133.—Названные авторы, впрочемъ, не дѣлаютъ указаннаго мною различія между affectio и id quod interest.

²⁾ Не правъ, поэтому, Schlossmann. Der Vertrag, 293, утверждающій, что понятіе имущества не имѣетъ никакого отношенія къ идеѣ сожитія многихъ лицъ въ обществѣ: оно-де-есть самостоятельное отъ права понятіе.

ограничивался признаками «*honeste*» (l. 33 D. б. 1), «*honeste ex causa interest*» (l. 11, l. 77 (76) § 1 D. 47. 2). Въ этомъ лежитъ характернѣйшее отличіе современнаго права отъ римскаго. Тогда какъ въ современномъ правѣ въ принципѣ всякое благо защищается, въ римскомъ правѣ защищалось лишь то, что достойно защиты: имущественная сфера *boni patris familias*, какъ таковаго. Эта недостойность можетъ лежать въ самомъ имуществѣ; но она можетъ лежать, какъ мы увидимъ ниже, и въ лицѣ самого потерпѣвшаго.

Главный выводъ, который мы можемъ сдѣлать изъ изученія римскихъ источниковъ въ этомъ направленіи тотъ, что римскіе юристы, съ одной стороны, глубоко уважали и охраняли неприкосновенность индивидуальной имущественной сферы (въ вышеуказанномъ смыслѣ) лица, съ другой стороны—предписывали строго держаться въ ея границахъ. Поэтому, нарушеніе границъ «правового особняка» на лицо не только тогда, когда лицо предпринимаетъ дѣйствія, на которыя оно имѣетъ *nullum jus*, но вообще, когда оно выходитъ изъ границъ своей хозяйственной сферы, т. е. изъ круга своихъ обычныхъ и свойственныхъ ему занятій и промысла,—изъ предѣловъ своей профессиональной дѣятельности¹⁾. Имѣли ли въ виду римскіе юристы какой либо масштаб для оцѣнки дѣятельности лица, или же все они представляли свободному усмотрѣнію судьи («*boni viri arbitrati*»)?

¹⁾ Эта послѣдняя можетъ быть сама по себѣ вредна, опасна и предосудительна, но въ ея обычныхъ границахъ эта вредность, опасность и предосудительность не можетъ имѣть особыхъ юридическихъ послѣдствій, разь сама дѣятельность не преслѣдуется государствомъ [l. 4 § 3 D. 12. 5: *quod meretrici datur repeti non potest... illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*] или заинтересованнымъ лицомъ [l. 23 D. 13. 6: *Si commodaveris tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit*].

Въ литературѣ—въ особенности новѣйшей—типъ «*bonus pater familias*»,—совсѣмъ было укоренившійся въ наукѣ права,—подвергся рѣзкой критикѣ, какъ безсодержательное выраженіе, не отвѣчающее къ тому же римскимъ источникамъ.

Надо сознаться, что въ римскихъ источникахъ мы нигдѣ не найдемъ *verbis expressis* указанія на рачительность (*diligentia*) *boni patris familias*, какъ на такое образцовое поведеніе, уклоненіе отъ которой образовывало бы *culpa*. Ни въ одномъ текстѣ *diligentia* [*boni p. f.*] не противопоставляется прямо понятію *culpa*.

Но все же не подлежитъ сомнѣнію, что всѣми римскими юристами, какъ идеальная линія поведенія при данномъ положеніи вещей выставлялось «*quod quisque pater familias idoneus facit*» (l. 10 D. 26 7), «*quod diligens pater familias in sua domo facit*» (l. 65 pr. D. 47 1).

Это ясно вытекаетъ изъ всѣхъ относящихся сюда выраженій римскихъ юристовъ.

«*Diligens pater familias*» (l. 137 § 2 D. 45. 1, § 5 l. 30 24) не является здѣсь единственнымъ техническимъ терминомъ; тождественное значеніе имѣти выраженія: «*homines frugis*» (l. 12 (11) D. 18. 6), «*studiosus p. f.*» (l. 25 pr. D. 22. 3), «*idoneus homo*» (l. 16 pr. D. 17 2, l. 27 § 9 D. 9. 2) «*diligentissimus quisque*» (l. 25 § 7 D. 19. 2) «*alius*» (l. 1 § 4 D. 44. 7, § 1 l. 3. 27), «*diligens*» (l. 31 D. 9. 2), «*dominus*» (l. 62 § 7, D. 47. 2), «*pater familias idoneus*» (l. 10 D. 26. 7).

А, съ другой стороны, изъ общаго смысла всѣхъ сюда относящихся текстовъ явствуетъ, что римскіе юристы, именно, противопоставляли понятію *culpa* понятію поведенія образцовою хозяина, и вредъ, происшедшій даже при примѣненіи этой «*diligentia, qualem diligens pater familias praestare solet*» приписывали не винѣ, а случаю (*casus*).

Ср. § 3 I. 3. 23: «quidquid enim sine dolo et culpa venditoris acciderit, in eo venditor securus est» — и l. 35 § 4 D. 18. 1 [Gajus, 1^o. 10 ad edictum provinciale].... «si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem *bonus pater familias* suis rebus adhibet».

L. 25 § 16 D. 10. 2. [Paulus, 1^o. vicensimo tertio ad edictum]: «non tantum dolum sed et *culpam* in re hereditaria praestare debet coheres:... non tamen *diligentiam* praestare debet, qualem diligens pater familias:... talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus».

L. 22 § 4 D. 13. 7. [Ulpianus, 1^o. 30 ad edictum]: «et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut *pater familias diligens* id gessit».

L. 13 § 1 [Ulpianus], l. 14 D. 13. 7. [Paulus]: «venit autem in hac actione [pigneraticia] et dolus et culpa... Ea igitur quae *diligens pater familias* in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur».

§ 5. I. 3. 24: «Custodia talis desideratur, qualem *diligentissimus pater familias* suis rebus adhibet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur».

«Diligentia» есть то, что через профессиональный навык стало второй природой.

Римляне не требовали отличія, т. е. проявленія выдающагося таланта, но въ тѣхъ сферахъ дѣятельности, которыя не принадлежать къ кругу занятій обыденной жизни и предполагаютъ чрезвычайную физическую или духовную силу, опытъ или знаніе—и требуется соответствующая особая, профессиональная внимательность ¹⁾.

Это не значить, что всякій дѣятель долженъ отвѣчать и за случай, который выходитъ изъ силъ человѣка; повсюду

¹⁾ См. напр. касательно врачей *Pauli Sent.* V, 23, 9: 1 D. 50. 9.

требуется обычная заботливость; ответственность не идет дальше того, что может искусство в своей области ¹⁾).

Съ этой точки зрѣнія получаетъ смыслъ принципъ Celsus'a: «imperitia, infirmitas culpaе adnumeratur» ²⁾).

L. 8 § 1 D. 9. 2: [*Gajus* libro septimo ad edictum provinciale]: «nec videtur iniquum si infirmitas culpaе adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram».

Обоснованіе этого принципа лежитъ въ юридическомъ понятіи *bonus pater familias*, а не въ предположеніи особыхъ знаній и способностей. Imperitia постольку считается за culpa, поскольку лицу можетъ быть поставлено въ упрекъ, что онъ предпринимаетъ то, въ чемъ ничего не понимаетъ ³⁾). Взявшись не за свое дѣло, онъ вводитъ въ заблужденіе другихъ: въ этомъ его culpa.

Римская конструкція такова: *специалистъ и сильный*

) Господствующее мнѣніе въ литературѣ привлекаетъ къ построенію типа *bonus p. f.* индивидуальные моменты, лежащіе въ лицѣ деликвента. Такъ, *Zirkler*, R. L. III, Culpa: „Отвлеченный типъ *bonus p. f.* долженъ быть индивидуализированъ по тѣмъ требованіямъ, которыя мы можемъ предъявить по личнымъ и другимъ условіямъ *habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis et hominum eiusdem conditionis*“. Того же мнѣнія: *Hasse* о. с. 101; *Hesse* о. с. Arch. Pr. 1878, 213; *Wendt* о. с. Arch. Pr. Bd. 87, 438; *Schaaf*. Abhand. 38; *Unger* System., 245; *Hänel*. Versuch etc. § 27.—Эта конструкція рѣшительно не вѣрна. Если *tempus, aetas, sexus, valetudo* не позволяютъ порядочно исполнить дѣло, лицо при этихъ условіяхъ не должно браться за несвойственное ему дѣло. Вѣдь, каждый долженъ дѣлать не только то, что онъ можетъ въ предѣлахъ своихъ силъ, а то что онъ долженъ уметь въ предѣлахъ своего искусства.—*L. 137 § 2—3 D. 45. 1* касается договорной области, гдѣ потерпѣвшій контрагентъ можетъ считаться съ *aetas, sexus* и т. п. другого контрагента. Въ внедоговорной области правонарушитель односторонне вторгается въ чужую сферу и не можетъ ссылаться на *aetas, sexus* etc.

²⁾ *L. 132 D. 50. 17; L. 7 § 8, l. 29 § 1,—l. 8 § 1.—l. 27 § 29 D. 9. 2; L. 1 § 5 D. 9. 1; l. 6 § 7 D. 1. 18; § 7—8 I. 4. 3.*

³⁾ *Wendt*. о. с. 426; *Hefke*. Der Artz im röm. und heut. R., 148 не понимаютъ эту идею. Они считаютъ *infirmitas* за самостоятельный принципъ, рядомъ съ *neglegentia*.

человѣкъ въ принципѣ не допускаютъ *imperitia* или *infirmetas* ¹⁾.

L. 25 pr. D. 22. 3. [*Paulus*. libro tertio quaestionum]: Homo diligens et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est in aliquo facile erasse.

Если же данное лицо, взявшись за дѣло, оказалось не на высотѣ своего призванія, онъ—не *idoneus homo* ²⁾.

Напр. лицо, «ut artifex conduxit» и испортило вещь. Тексты ясно намекаютъ на моментъ сознательности, обмана деципенента (*decipere, consilium*) ³⁾.

Иначе говоря, дѣятель совершаетъ *culpa* не въ той или другой погрѣшности при исполненіи специальности, а уже ранѣе въ томъ, что взялся не за свое дѣло. И здѣсь мы видимъ проявленіе принципа индивидуализма: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* ⁴⁾.

¹⁾ Ср. *L. 42 D. 50. 16*: „nec enim natura probum est. quod potest etiam in hominem idoneum incidere“.

²⁾ Характерна въ этомъ отношеніи замѣна выраженія *culpa* словомъ *vitium*. *Gaj.* 2. 154; *L. 21 D. 3. 5*; *L. 15 D. 29. 4* (ср. *vitium aedium, operis*).

³⁾ *L. 8 D. 9. 2*: *affectare non debeat*; *L. 6 § 7 D. 1. 18* „*delictum decipientis*“. Ср. *L. 16 § 1 D. 6. 1*; *L. 45 § 1 D. 10. 2*; *L. 21 § 2 D. 19. 1*; *L. 9 § 5, L. 13 § 5 D. 19. 2* („*pro perito se locat*“).—Правда, на ряду съ этой теоріей не чужда была римскому правосознанію и другая конструкція, приближающаяся къ нашей современной: спеціалистъ и сильный человѣкъ, даже наиболее опытные,—могутъ погрѣшать. [Современная конструкція: *Salvilles. Les accidents de travail*, 32; *Hasse. о. с.* 70; *Mommsen III*, 362]. На всякаго мудреца довольно простоты! *Culpa* здѣсь не предшествуетъ погрѣшности, а заключается въ томъ или другомъ актѣ неопытности. Ср. *Julianus. L. 20 D. 13. 6. idoneus homo... mali homines interceptissent*.—Римскіе юристы всѣчески протестовали противъ этой конструкціи. Въ смыслъ этого протеста и голку: *Ulp. 1. 27 § 9 D. 9. 2*. Здѣсь юристъ предвидитъ возраженіе, что *idoneus servus* можетъ совершить общечеловѣческую ошибку—заснуть передъ огнемъ, но возражаетъ, что *idoneus servus* прежде чѣмъ расположиться спать приметъ мѣры противъ пожара. Ср. *L. 57 § 7 D. 19. 2*; *L. 8 § 1 D. 9. 2* и др.—Съ этимъ совпадаетъ то, что *imperitia* въ договорной области обособляется деликтъ (*L. 7 § 8 D. 9. 2*): въ современномъ же правѣ только *culpa in contractu*.

⁴⁾ Выводы изъ этого правовоззрѣнія въ области ответственности за *culpa in eligendo*, см. нашу брошюру „Понятіе вины въ римск. правѣ“. (Москва. 1907) стр. 36—37.

занятіе для насъ, тѣмъ болѣе растетъ наша отвѣтственность до *periculum'a*. Тѣмъ болѣе это занятіе уклоняется отъ *обычнаго* житейскаго ремесла, въ которомъ *bonus pater familias* долженъ индивидуализировать свою общую дѣятельность, тѣмъ болѣе онъ дѣйствуетъ *suo periculo*. Возвращаясь

Такъ я толкую иначе не ясный текстъ:

§ 4 *I. 4. 3*: «Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a *milite* quidem in campo eoque, ubi solitum est exercitari, admissum est, *nulla culpa eius intellegitur*: si *alius* tale quid admisit, *culpa reus est*. Idem juris est de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit».

Случай таковъ: военный и штатскій метаютъ копье на площади, предназначенной для военныхъ упражненій. Если военный убьетъ проходящаго раба,—онъ *не виновенъ*; если—штатскій,—онъ *виновенъ*!

Отъ штатскаго требуется какъ будто внимательность къ проходящимъ, тогда какъ военный къ этому не обязанъ.

Въ *Digesta*хъ мы находимъ параллельное мѣсто:

§ 4 *D. 9. 2*: [*Ulpianus*. libro octavo decimo ad edictum] «Sed si per lusum jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. Sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere».

Случай таковъ: на мѣстѣ, специально отведенномъ для игры, во время игры проходитъ рабъ; метаящій копье попадаетъ въ него и ранитъ его. Отвѣтственность изъ *lex Aquilia* не рождается, такъ какъ самъ рабъ—*in culpa*, проходя черезъ площадь въ неурочное время.

Толкованіе этихъ текстовъ и ихъ взаимное соотнощеніе до сихъ поръ не установлено изслѣдователями. олимп'юльковск

Pernice [Zur Lehre.... 72 и сл.] утверждаетъ, что здѣсь—привилегія солдатамъ. Отъ частнаго лица требуется при упражненіи внимательность къ прохожимъ, къ чему не «бязаны солдаты».

§ 4 I. 4. 3 устанавливаетъ другой принципъ, чѣмъ I. 9 § 4 D. 9. 2, такъ какъ Ulpianus не дѣлаетъ того различія между «miles» и «alii», которое мы встречаемъ въ Институціяхъ Юстиніана.

Это противорѣчіе Юстиніана съ Ульпіаномъ—Pernice устанавливаетъ какъ непреложный фактъ, объясняя его такъ: «Юстиніанъ, что бы отвратить частныхъ лицъ отъ упражненія оружіемъ, расширилъ ихъ отвѣтственность» (стр. 73).

Моммсен [Beiträge, III; 366], мнѣніе котораго опровергаетъ въ цитированной работѣ Пернисъ, предполагаетъ, что передъ § 4 въ I. 9 D. 9. 2 выпущены слова, сходныя съ § 4 I. 4. 3, говорящія о miles; на это—де указываетъ противоположеніе: «sed si cum alii». Такимъ путемъ онъ старается согласовать оба текста.

Поправка Моммсен'а неудачна и не устраняетъ противорѣчія въ текстахъ. Объясненіе же Pernice совсѣмъ неприемлемо. О какой «привилегіи» можетъ быть рѣчь, когда, наоборотъ, для штатскаго (alii) здѣсь—*ius singulare*, а военный пользуется общимъ правомъ: онъ не совершаетъ *culpa*, такъ какъ метаетъ копье «in loco qui exercitandis militibus destinatus est» [ср. l. 11 pr. D. 9. 2]; если же упражняется въ другомъ мѣстѣ, его «привилегія» падаетъ. И можно ли говорить объ ограниченной отвѣтственности воина, если самъ Pernice сознаетъ, что «ни отъ кого не требуется вниманія къ прохожимъ, разъ упражненія оружіемъ происходятъ на урочномъ мѣстѣ» (стр. 73).

Неприемлемо объясненіе и Bar'a [о. с. 122—123]: «сравнительная строгость Институцій объясняется черезъ различіе правовъ. Если различіе между штатскими и солдатами проводится болѣе ясно, и если отъ штатскаго нравы

болѣе не требуютъ упражненія оружіемъ, то масштабъ за кульпозныя поврежденія при упражненіи, конечно, долженъ быть строже. Если отъ прохожихъ требуется осторожность, когда упражняются солдаты, то обязанность штатскаго при упражненіи—быть осторожнымъ къ прохожимъ».

Это объясненіе очень натянуто. Вина штатскаго, какъ увидимъ ниже, не въ неосторожности, а въ томъ, что онъ *ипраз*: несчастный же случай есть лишь необходимый реквизитъ для отвѣтственности.

По моему мнѣнію, § 4 I. 4. 3. надо толковать въ связи съ предыдущимъ § 3: «Ac ne is quidem hac lege [lege Aquilia] tenetur, qui *casu* occidit, si modo culpa eius nulla invenitur».

Непосредственно слѣдующій § 4 служить примѣромъ, поясняющимъ теоретически выставленный принципъ въ § 3.

Юстиніанъ говоритъ: случайное само по себѣ дѣяніе можетъ обосновать отвѣтственность лица, если этому дѣянію предшествуетъ culpa этого лица.

Въ чемъ же заключается вина штатскаго, на основѣ которой всякій casus вменяется ему въ отвѣтственность?

Все предшествующее изложеніе даетъ на это ясный отвѣтъ: дѣло въ томъ, что miles дѣйствуетъ въ своей сферѣ,—подобно тому охотнику въ дикомъ лѣсу, который на охотѣ по кабанамъ не обязанъ окликать кусты. Штатскій же (alius) дѣйствуетъ *вне своей обычной и свойственной ему сферы* и подобно студенту, стрѣляющему по воробьямъ, берясь уже за копье, совершаетъ *culpra*, которая получаетъ въ случайномъ инцидентѣ матеріальное содержаніе

§ 4 I. 4. 3 устанавливаетъ этотъ общій принципъ.

Л. 9 § 4 D. 9. 2 же имѣетъ въ виду частный случай: «compensatio culprae», указать на который онъ имѣетъ исключительной цѣлью, для чего и пользуется житейскимъ примѣромъ, взятымъ Юстиніаномъ для установленія особаго общаго принципа. Лишь тождественность обстановки въ томъ

и другомъ текстѣ объединяетъ ихъ. Внутреннее ихъ содержаніе различно. На это указываетъ то, что Ulpianus центръ тяжести кладетъ въ томъ, что *seruus per eum locum transierit*, гдѣ шла игра, и въ томъ, что «non debuit per campum jaculatorium iter intempestive facere», тогда какъ Юстиніанъ центръ тяжести кладетъ въ виновности самого правонарушителя (а не потерпѣвшаго), и говоритъ только о томъ, «*quis dum jaculis ludit vel exercitatur transeuntem servum traiecerit*»...¹⁾.

Иначе говоря, Юстиніанъ имѣетъ въ виду опредѣленіе сущности *виновнаго* поведенія,—Ульпіанъ же—опредѣленіе юридическаго эффекта «*compensatio culpaе*».

Этимъ и объясняется то, что Ulpianus не проводитъ различія между «*mihi*» и «*alii*» въ l. 9 § 4. D. 9. 2. Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что *alii* въ l. 9 § 4 могутъ быть разложены на двѣ категоріи лицъ: на *воина* (*culpa caret*) и *штатскаго* (*culpaе reus est*). Если это различіе и не проводится самимъ Ульпіаномъ въ l. 9 § 4, то по той простой причинѣ, что юридическій эффектъ будетъ одинъ и тотъ же: раненъ ли онъ *воиномъ* (=односторонняя вина потерпѣвшаго) или *штатскимъ* (=взаимная вина), отвѣтственность повредителя не наступитъ!

Намъ лично важно теперь же установить то положеніе, что въ l. 9 § 4 вина можетъ быть обоюдна на сторонѣ повредителя и потерпѣвшаго для того, чтобы имѣть право привлечь этотъ текстъ для изслѣдованія сущности *compensatio culpaе*.

§ 4 I. 4. 3 же интересенъ для насъ, такъ какъ подтверждаетъ наши выводы о римской *culpa*: *вина есть нарушение делинквентомъ границъ своей правовой сферы въ двоякомъ смыслѣ: 1) превышеніе своего права, 2) превы-*

¹⁾ Ср. l. 11 пр. D. 9. 2: одинъ и тотъ же случай утилизируется съ двухъ точекъ зрѣнія: 1) *culpa* отвѣтчика, 2) *compensatio culpaе*.

шеніе границъ своей хозяйственной сферы (профессиональной дѣятельности).

Изъ предшествующаго изложенія явствуешь, что въ римскомъ правѣ центръ тяжести клали не въ дѣяніи лица, а въ *culpa* его, т. е. въ предшествующей дѣятельности лица; и если лицо дѣйствовало *in culpa*,—оно отвѣчаетъ, хотя бы явленіе, непосредственно причинившее вредъ, могло бы разсматриваться, какъ *casus*. Отвѣтственность вытекаетъ не изъ дѣянія, а изъ вины лица. Поэтому тотъ или другой характеръ дѣянія не имѣетъ никакого значенія въ дѣлѣ установленія отвѣтственности.

§ 3 I. 4. 3. «Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla invenitur».

§ 2 I. 3. 14 «propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus inter-
venit».

Culpa лица заключается *prima facie* въ упречномъ отношеніи его къ его-же правовой сферѣ. Оно упречно потому, что делинквентъ создаетъ такую опасную обстановку, дѣйствуя въ которой, онъ можетъ причинить убытокъ третьему лицу. Само дѣяніе можетъ носить характеръ *casus*'а, т. е. быть явленіемъ, лежащимъ внѣ воли лица, и, однако, это дѣяніе будетъ вмѣнено въ отвѣтственность его автору, благодаря тому, что его воля была направлена на созданіе вышеупомянутой опасной обстановки.

L. 10 D. 9. 2 [*Paulus*, libro vicensimo secundo ad edictum]: «nam lusus quoque noxius *in culpa* est»...

L. 27 § 11 D. eod. [*Ulpianus*, «1^o. octavo decimo ad edictum]... «Si noxios servos (colonus) habuit, damni eum injuria teneri *cur tales habuit*».

Въ обоихъ этихъ случаяхъ *lusus* и наемъ плохихъ рабовъ предприняты сознательной волей лица.

Въ этомъ—его culpa, достаточная, что бы придать характеръ неправоу́мности всякому случайному инциденту, происшедшему безъ всякаго участія воли правонарушителя.

Затѣявъ опасную игру, грозящую увѣчиемъ постороннимъ людямъ, лицо создало для нихъ опасную обстановку, а потому, этотъ *lusus*, можно сказать, «*culpaе adnumeratur*», и обосновываетъ отвѣтственность такъ же, какъ *imperitia* или *infirmitas*, такъ какъ *infirmus* или *imperitus* такъ же грозятъ ежеминутно причинить матеріальный убытокъ или личное поврежденіе всѣмъ окружающимъ ¹⁾.

L. 11 pr. D. 9. 2. [*Ulpianus*, 1^o. octavo decimo ad edictum]. Парикмахеръ (*tonsor*) стрижетъ раба «ubi ex consuetudine ludebatur», и метательный дискъ случайно падаетъ ему въ руку, которой онъ перерѣзаетъ горло рабу. Прокуль рѣшаетъ: «*in tonsore esse culpam*». Вина его въ созданіи обстановки кліенту, и онъ отвѣчаетъ за убытокъ, хотя само дѣйствіе, причинившее увѣчіе, само по себѣ имѣетъ характеръ *casus* а. Лица же, метавшія копье на урочномъ мѣстѣ—вины. такъ какъ дѣйствовали въ своей сферѣ.

L. 10 § 1 D. 14. 2 [*Labeo*, 1^o. 1 pithanon a Paulo epistomatorum]: хозяинъ корабля нагружаетъ товары не на нанятый, а на другой худшій корабль, который *случайно* терпитъ аварію. Онъ—*in culpa*, такъ какъ «*nulla necessitate coactus*», поступилъ вопреки волѣ контрагента; а потому онъ отвѣчаетъ за убытки ²⁾.

L. 26 § 6 D. 17. 1. [*Paulus*, 1^o. 32 ad edictum]. Мандантъ не обязанъ возмѣщать мандатаріусу «*quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus, quaedam erogaverit*», потому что здѣсь нѣтъ *culpa*.

¹⁾ Ср. 1. 52 § 1 D. 9. 2.

²⁾ Ср. 1. 5 § 7, 1. 18 pr. D. 13. 6; 1. 1 § 4 D. 44 7. 1 13 § 3 D. 19 2.

Culpa есть созданіе въ лицѣ самаго правонарушителя такихъ условій, дѣйствуя въ которыхъ можно причинить убытокъ другому лицу; въ данномъ же случаѣ условія создаются въ лицѣ самого потерпѣвшаго, хотя бы по почину другого лица. Но это послѣднее не приказывало! ¹⁾ Mandatum принимается совершенно добровольно: *mandatum originem ex officio atque amicitia trahit* (l. 1 § 5 D. 17. 1) ²⁾.

Уже изъ предшествующаго изложенія явствуетъ, что само дѣяніе, причинившее убытокъ третьему лицу, можетъ быть само по себѣ вполне правомѣрнымъ, и все же быть поводомъ къ отвѣтственности лица.

Вспомнимъ, хотя бы цитированный выше l. 27 § 9 D. 9. 2: «*fornicarius obdormisset*». Вѣдь, то, что рабъ заснулъ, самъ римскій юристъ признаетъ за «*res cum humana et naturalium passum*»! И обоснованіе отвѣтственности юристъ находитъ въ его предшествующемъ поведеніи.

Укажемъ еще на l. 29 § 3 D. 9. 2: рыбацья лодка запуталась въ чужихъ сѣтяхъ или якорныхъ канагахъ. Рыбаки, что бы спасти свое имущество, перерубаютъ канаты или рвутъ сѣти.—До рванья сѣтей не можетъ быть рѣчи о не-правомѣрности. Такимъ образомъ, одно и то же объективное дѣйствіе (*nautae funes praecidissent*) обосновываетъ и не обосновываетъ *lex Aquilia* въ зависимости отъ предшествующей дѣятельности *nautarum*: «*si culpa nautarum id factum esset*».

Все вышеизложенное какъ нельзя лучше опровергаетъ теорію Hasse и Hefke, согласно которой тѣмъ такое вроденное дѣяніе должно разсматриваться, какъ «*damnum iniuria datum*», которое само по себѣ и *in genere* — неправомѣрно: «Дѣяніе, которое *in genere* неправомѣрно

¹⁾ Поэтому, если опасная обстановка создана лицу помимо его воли—*lege Aquilia teneri*. l. 7 § 7 D. 9. 2.

²⁾ Противоположное рѣшеніе основывается не на правѣ, а на соображеніяхъ справедливости: «*justissime damnum non passum, si id mandatum non suscepisset*». (l. 61 § 5 D. 47. 2).

можетъ сопровождаться обстоятельствами, которыя дѣлають его *in specie* правомѣрнымъ».

Мы, наоборотъ, утверждаемъ, что римляне въ вопросѣ о правомѣрности имѣли въ виду весь случай въ цѣломъ, они не сосредоточивали своего вниманія на конечномъ дѣйстви, непосредственно причинившемъ тотъ или другой убытокъ, а считались со всѣмъ предшествующимъ поведеніемъ лица, приведшаго его къ данному дѣянію. Поэтому дѣятельность лица сама по себѣ *in genere* можетъ быть правомѣрна, и въ тоже время называется римскимъ юристомъ «*iniuria*» въ связи со всей обстановкой *in specie*, среди которой онъ дѣйствуетъ.

Намъ нѣтъ надобности входить въ изслѣдованіе римскихъ источниковъ для построенія римскаго понятія *dolus'a*. Въ литературѣ предмета по этому вопросу нѣтъ существенныхъ controvertz. Мы вполнѣ примыкаемъ къ установившейся въ литературѣ ¹⁾ констукціи, а потому ограничиваемся лишь голымъ перечисленіемъ реквизитовъ, входящихъ въ составъ понятія *dolus*:

I. Сознаніе совершаемаго.

II. Желаніе результата.

III. Направленіе воли непосредственно на моментъ не-
правомѣрности, лежащей въ результатѣ, т. е. на правонару-
шеніе, какъ таковое. [Поэтому, въ l. 7 § 7 D. 4. 3, l. 7
§ 7. pr. D. 16. 3 отрицается *dolus*].

Дальнѣйшій выводъ, который напрашивается изъ выше-
изложеннаго, тотъ, что въ римское понятіе вины приходилъ

¹⁾ Pernice, *Labco*, II, (2 Aufl.), стр. 140. „Dolus malus den römischen Juristen die mit Bewusstsein auf Schädigung gerichtete Absicht ist“, *Hesse* u. c. *Arch. Pr.* 1878, 238; *Ryck*, *Lehre von den Schuldy.*, 403. *Zirkler*, *R. L.* 1901 *Dehn*, *I. Luckingst.* u. c. 8.

элементъ *сознательности*: правонарушитель сознательно превышаетъ такъ или иначе свое право ¹⁾: въ этомъ—его вина; само же дѣяніе, непосредственно причинившее ущербъ, можетъ лежать внѣ воли лица.

Ср.: L. 2 § 7 D. 50. 8; 1.12. D. 48. 8: *Infans* не отвѣчаетъ за свои дѣянія «*cum innocentia consilii tnetur*».

§ 18 I. 4. 1 «*intellegat se delinquere*».

Этимъ (т. е. сознательностью правонарушения) и объясняется отчасти пенальный характеръ римскихъ деликтовъ: при а⁰. leg. Aquiliae, какъ и при а⁰. *doli* правонарушитель, какъ виновный, наказывался батогами ²⁾.

Этимъ объясняется то явленіе, что римляне не приурочивали деликтоспособности «*infantia maiorum*» къ определенному возрасту абстрактно, а оставляли сужденіе о разумѣніи индивидуальной оцѣнкѣ судьи.

L. 23 D. 47. 2: «*nos putamus cum impubere culpa carere Aquilia agi posse*».

Характерно и многозначительно также то, что по возрѣніямъ римскихъ юристовъ лица, лишенныя полной воле-способности, не способны совершать вины; иначе говоря, они свободны отъ отвѣтственности не потому, что правовой порядокъ не считается съ ихъ виной, а потому что въ ихъ дѣяніи отрицается сама наличность вины.

L. 5 § 2 D. 9. 2: [*Ulpianus*. 1^o. octavo decimo ad edictum]: Quae enim in eo culpa sit cum suae mentis non sit? Quodsi impubes id fecerit... teneri et Aquilia eum... si sit jam iniuriae carax.

Поэтому, убытокъ, причиненный лицами, лишенными

¹⁾ L. 5 § 2 D. 9. 2. «*eius aetatis ut rei intellectum capere possent*», 1. 7 C. 9. 47: «*impunitas delictis propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen quod intenditur cadere potest*». L. 108 D. 50. 17: «*fere in omnibus penalibus judiciis et aetati et imprudentiae succurritur*».

²⁾ L. 9 D. 47. 9 «*levius castigatur*»: 1. 24 § 3 D. 4. 4: «*verberibus castigandus*». Тоже въ правѣ Юстиніана. L. 6 § 6 C. 1. 54: 1. 6 C. 9. 19: ср. Gaj. 3. 211.

выполнѣ сознательной воли, падаетъ на самого хозяина «*quo modo si casu aliquo sine facto personae id accidisset*» (l. 61 D. 26. 7).

§ 3. Ученіе о *compensatio culpaе*.

Изъ предшествующаго изложенія вытекаетъ, что при наличности правонарушенія въ умѣ римскаго юриста представлялись два «правовыхъ особняка», не имѣющие между собой другой юридической связи, кромѣ договорной. Правонарушитель становился *prīma facie* въ неправомѣрное отношеніе не къ оскорбленному,—а къ своему праву, которое онъ преступилъ [Ср. l. 54 D. 9. 2: «*ipse sibi... iniuriam fecisse videtur*»].

Но для возникновенія отвѣтственности в *lege Aquilia* этого было мало. Кромѣ *culpa* римскіе юристы требовали еще *injuria*.

Взаимное отношеніе этихъ двухъ понятій явствуетъ изъ сопоставленія l. 52 § 1 и l. 45 § 4 D. 9. 2.

L. 52 § 1. Хозяинъ выставляетъ близъ своей харчевни ночью фонарь. Прохожій похищаетъ его. Хозяинъ задерживаетъ его и требуетъ фонарь обратно. Похититель оказываетъ сопротивление ударомъ кнута. Возникаетъ драка, въ которой хозяинъ вышибаетъ глазъ похитителю. Отвѣчаетъ ли онъ? Юристъ отвѣчаетъ: «*non videri damnum iniuria fecisse. culpa enim penes eum qui prior flagello percussit, residere*».

L. 45 § 4. Не отвѣчаетъ тотъ, кто причинилъ виновно вредъ—*damni culpam dederint*.—если онъ не могъ спастись другимъ путемъ [«*vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*»].

Изъ сопоставленія этихъ текстовъ мы видимъ, что оба они предусматриваютъ совершенно тождественную обстановку. Дельнквентъ совершилъ *culpa* [«*damni culpam dederint*»].

но не совершилъ *iniuria* [«non videre damnum *iniuria* fecisse»] въ виду виновнаго поведенія потерпѣвшаго. Потому и нѣтъ мѣста а^о. leg. *Aquiliae*.

Ср. еще *l. 7 § 4 D. 9. 2* [*Ulpianus*, 1^о octavo decimo ad edictum]: если во время спортивной публичной борьбы одинъ убьетъ другого,—нѣтъ отвѣтственности по *lex Aquilia*: «quia gloriae causa et virtutis, non *iniuriae* gratia videtur damnum datum».—Ульпіанъ говорить за одно и тоже пораненіе, сдѣланное по неосторожности борель отвѣчаетъ и не отвѣчаетъ въ зависимости отъ того—есть ли *iniuria* [борьба съ рабомъ] или нѣтъ [борьба съ свободнымъ]. Въ томъ и другомъ случаѣ есть *culpa*, но въ последнемъ случаѣ нѣтъ *iniuria*. вследствие особыхъ отношеній борца къ личной сферѣ потерпѣвшаго [«quoniam ingenii solent certare»], а потому и «cessat *Aquilia*».

Отсюда мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы:

I. *Culpa* и *iniuria* были не тождественныя по содержанію понятія. На практикѣ одинъ моментъ можетъ существовать и при отсутствіи другого. Для отвѣтственности e lege *Aquilia* необходима была наличность *обоихъ* этихъ моментовъ.

II. *Iniuria* есть неправомерное отношеніе къ *чужой* правовой сферѣ [*culpa*, какъ мы видѣли выше, есть упречное отношеніе къ *своей* сферѣ].

III. *Iniuria* возможна лишь противъ *невиновнаго* потерпѣвшаго. Потерпѣвшій *damnum* имѣетъ только тогда искъ, когда отвѣчаетъ условіямъ, противоположнымъ для наличности *culpa*: онъ необходимо долженъ оставаться въ границахъ *своей* правовой сферы; если онъ пренебрегаетъ ими въ свою очередь, юридически немыслима *iniuria* къ нему, ибо будетъ страдать не *право*, а *безправіе* [*l. 5 § 1 D. 9. 2: Iniuriam .. hoc est contra ius*].

Iniuria, такимъ образомъ, есть оскорбленіе чужой правовой сферы, находящейся въ состояніи правомѣрности и законности. Въ римскомъ правѣ—основа отвѣтственности—

оскорбленіе сферы *bonus pater familias*, какъ таковаго ¹⁾. Само дѣяніе, взятое отдѣльно, еще ничего не говорило уму юриста. Оно должно быть превышеніемъ идеальныхъ границъ правовой сферы лица, и, съ другой стороны, быть въ извѣстномъ отношеніи къ правовой сферѣ другого лица—потерпѣвшаго. Лишь наличность этихъ моментовъ даетъ уравненіе, въ результатѣ котораго мы получаемъ Аквиліанову отвѣтственность.

И дѣйствительно, во многихъ текстахъ мы находимъ указаніе, именно, на эту идею: страдающій субъектъ съ юридической точки зрѣнія не считается потерпѣвшимъ, если онъ своимъ поведеніемъ ставитъ себя внѣ условій защиты его личности закономъ. Защищается не *pater familias*, а *bonus pater familias* [*nullum crimen patitur, is qui non prohibere potuit*, l. 109 D. 50. 17: ср. l. 52 pr. D. 9. 2], не *homo*, а *idoneus homo* [«non videtur esse celatus...». l. 1 § 1 D. 19. 1], не *vanus homo*, не *supinus homo* (l. 15 § 1 D. 18. 1), а *homo constantissimus*, (l. 6 D. 4. 2), *sanus*, а не *factus inbecillior* (l. 24 § 5 D. 39. 2).

Эта идея и служитъ намъ ключемъ къ разгадкѣ сущности римской «*compensatio culprae*» ²⁾. Многие и многие изслѣдователи пытались разъяснить своеобразную постановку римскими юристами проблемы объ отвѣтственности при наличности вины потерпѣвшаго: *полный отказъ въ искъ вины потерпѣвшаго* ³⁾. Не имѣя одной руководящей идеи, имъ

¹⁾ Касательно *имущественной* стороны этой сферы обоснованіе этого тезиса, см. выше, стр. 73—74.

²⁾ Не опровергаетъ наше объясненіе l. 108 D. 50. 17: „*fero in omnibus, penalibus judiciis et aetate et imprudentiae succurritur*“, т. е. здѣсь рѣчь идетъ объ „*imprunitas propter aetatem*“ (l. 7 C. 9. 47: l. 5 § 2 D. 9. 2)

³⁾ См. напр. V. Forestier La notion de la faute Lausanne 1897, стр. 136 сл. Авторъ объясняетъ разницу между римской системой *погашенія* отвѣтственности и современной системой *пониженія* отвѣтственности такъ: Римская система компенсаціи покоилась на той идѣе, что тотъ, кто не оказалъ самъ достаточно вниманія, необходимаго для сохраненія своей жизни и здоровья, не долженъ имѣть права требовать отъ другого этого вниманія: онъ

приходилось создавать нѣсколько конкурирующихъ принциповъ, давать каждому тексту особое толкованіе ¹⁾, однимъ словомъ, цѣной всякихъ логическихъ натяжекъ создавать теоріи, которыя не могли удовлетворить даже самыя скромныя требованія критика.

На мѣсто этихъ теорій мы даемъ римской «compensatio culprae» одно объясненіе, которое для современнаго юриста, быть можетъ, въ свою очередь само нуждается въ объясненіи, но которое достаточно для юриста-романиста, проникнутаго сознаниемъ того послѣдовательнаго индивидуализма, которое составляетъ даже въ позднѣйшую классическую эпоху оплотъ римскаго правосознанія: *защищается не всякій потерпѣвшій, а лишь тотъ, который достоинъ защиты*. Разъ потерпѣвшій виновенъ, римскій юристъ отказываетъ ему въ своей защитѣ [*«peti autem utiliter non poterit»*, I 29 § 1 D. 21. 2]. На свой искъ потерпѣвшій получить возраженіе: «... *nec succurrendem tibi debere: culpa enim tua id accidisse»* (I. 43 D. 15. 1).

Въ самомъ дѣлѣ, совершая самъ culpa, потерпѣвшій выходитъ за предѣлы своей идеальной правовой сферы и поэтому терпѣть отъ деликта не «*jus*», а состояніе безправія²⁾.

можетъ лишь требовать, что бы тотъ не предпринималъ ничего намеренно, что могло быть причиной убытка для него. Современная система распределенія ответственности по свободному усмотрѣнію судьи покоится на той идеѣ, что потерпѣвшій, участвуя самъ въ созданіи вреда, освобождаетъ автора вреда отъ соответствующей части ответственности, которую онъ навлекъ на себя. Современный принципъ: *à chacun sa part de responsabilité...*».

¹⁾ Ср. *Pernice*, *Labco*, II, 1 (2 Aufl.), стр. 90: „und von einer einheitlichen Auffassung sämtlicher hierher gehöriger Verhältnisse sind sie weit entfernt“. См. теорія *Моммзена*, *Перница*, *Вейдта* и др. въ т. I Введеніе, стр. 15 сл. См. еще *H. Fischer*. *Die Rechtswidrigkeit*. München. 1911, стр. 165, толкуетъ I. 203 D. 50. 17 въ смыслѣ: „ein Schade ist da, aber er wird wie ein kasueller behandelt“.

²⁾ Въ этомъ отношеніи мы можемъ провести отдаленную аналогію между идеей, лежащей въ „compensatio culprae“ и древнѣйшимъ институтомъ „лишенія покровительства законовъ“. О „*Friedlosigkeit*“ и „*Sacertät*“ см. *Mommsen*. *Staatsrecht*, II, 302. — И въ древне-германскомъ правѣ виновное

Въ этомъ смыслѣ мы толкуемъ текстъ Помпонія *l. 203 D. 50. 17*:

«Quod quis ex culpa sua *damnum* sentit non intellegitur *damnum* sentire».

Подъ словомъ «*damnum*», несомнѣнно юрискъ Помпоній разумѣлъ *iniuria* ¹⁾.

На это указываютъ слѣдующіе тексты:

L. 151 D. 50. 17 [*Paulus*, 1^o. 64 ad edictum]: «Nemo *damnum* facit, nisi qui id fecit, quod facere *jus non habet*».

L. 5 § 1 D. 9. 2 [*Ulpianus*, 1^o. 18 ad edictum]... «igitur *iniuriam* hic *damnum* accipiemus culpa datum».

L. 7 § 4 D. 43. 24 [*Ulpianus*, 1^o. 71 ad edictum]... «quoniam nullam *iniuriam* aut *damnum* dare videtur aequo perituris aedibus».

L. 24 § 12 D. 39. 2 [*Ulpianus*, 1^o. 81 ad edictum]...

лицо черезъ свое дѣяніе выпадало въ силу закона въ относительную „Friedlosigkeit“, именно, тѣмъ, что оно ставило себя по отношенію къ потерпѣвшему и его семьѣ внѣ покровительства закона („aus dem Frieden“). Оно — „*laidosus*“, т. е. подверженъ непріятельскому („*feindlichen*“) нападенію на его лицо и его имущество. Правонарушитель выставлялся праву мщенія (*Fehdrecht*) пострадавшаго, и это послѣднее легитимировало послѣднее на вѣсудебное воздѣйствіе на тѣло и здоровье виновнаго.

¹⁾ То, что на юридическомъ языкѣ *damnum* означаетъ не всякое нарушение интереса, но нарушение противоправное, составляетъ издавна *communis opinio doctorum*. Ср. *Brunetti*. Il delitto civile, 16: „Tantoche la stessa parola „*danno*“, nel senso proprio e ristretto, non significa qualunqua lesione d'interesse, ma bensì una lesione antigiuridica“. — *Ferrini*. Delitti e quasi-delitti n^o 136: „Un nocumento svantaggio che non si risolve nella lesione di un diritto non costituisce *danno* in senso tecnico“. — Но защищаемый мною тезисъ вращается въ другомъ кругу идей. Въ *l. 203 damnum sentire* означало не „терпѣть противоправный вредъ“, а — „терпѣть въ юридическомъ смыслѣ обиду (*iniuria*)“. — На связь *damnum* съ *iniuria* указываетъ и терминъ *noxia*. *Noxia* издревле обозначала *убытокъ* (*damnum*), а позднѣе въ республиканское еще время apud poetas et oratores означало *culpa* („*proditor pro culpa*“), но не въ смыслѣ *небреженія*, какъ противоположность *solus* у, а въ общемъ смыслѣ погрѣшенія, оскорбленія права и нравовъ. *Gaius* прямо опредѣляетъ *noxia*, какъ *omne delictum*, т. е. въ смыслѣ *неправомѣрнаго поврежденія*. *Pernice*, *Labeo*, II, Abt. II (2 изд. 1900 г.), стр. 11—13.

«neque enim existimari operis mei vitio *damnum* tibi dari in ea re, in qua *jure meo usus sum*» ¹⁾).

Выше цитированный текст Помпонія мы переводимъ такъ: кто терпитъ убытокъ въ тотъ моментъ, когда онъ—«*in culpa*», тотъ не терпитъ «*iniuria*» ²⁾).

Перефразируя правило: «*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*» [l. 1 § 5 D. 47. 10], мы можемъ всю сущность римской *compensatio culpaе* формулировать въ текстѣ: «*nulla iniuria est, quae in culpabilem fiat*» ³⁾).

Этимъ положеніемъ, конечно, не исчерпываются всѣ вопросы, поднимаемые ученіемъ о «*compensatio culpaе*».

Толкованіе афоризма: «*quod quis ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum sentire*» вызываетъ еще и другое недоумѣніе: при какихъ условіяхъ принимается въ соображеніе *вина* потерпѣвшаго? Или точнѣе: какой степени интенсивности должна соответствовать эта вина, чтобы исключить отвѣтственность делинквента? Вопросъ о «взвѣшиваніи вины» очень споренъ.

¹⁾ Ср. l. 12 § 2 D. 4. 2* „Julianus ait eum qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis, quae *damnum* exigit“. Та идея, что лицо, учинившее „*vis*“ не отвѣчаетъ по спеціальнымъ эдиктамъ, запрещающимъ насиліе [„*sed aliter multabitur*“!], если оно получаетъ *себя* *должное* [l. 2 § 18 D. 47. 8: „*suam rem rapuit*“: l. 12 § 2 D. 4. 2* „ut ei solveret“] высказывается много разъ въ римскихъ источникахъ.

²⁾ Ср. l. 96. D. 45. 1. „Qui servum mihi ex stipulatu debebat, si *in facinore* eum deprehenderit, impune eum occidit, nec utilis actio erit in eum constituenda“.

Ср. l. 53 § 3 D. 1. „Si heres hominem legatum occidit ob facinus, *hoc est merentem*, sine dubio dicendum erit eum ex testamento non teneri“.

Характерные и поучительные тексты (ихъ можно умножить)! Убийство карается, но не безусловно. Надо посмотрѣть, при какихъ условіяхъ совершено оно. И если эти условія таковы, что дѣлали пострадавшаго не заслуживающимъ защиты закона [„*hoc est merentem*“!] „*impune eum occidit*“. Лицо—„*in facinore*“ не достойно защиты закона—вотъ идея римской *compensatio culpaе*!

³⁾ И это положеніе примѣнялось не только при деликтной отвѣтственности отвѣтчика, но и при легальной отвѣтственности за животныхъ. l. 2 § 1 D. 9. 1; l. 52 § 3 D. 9. 2: „Si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere“.

Какъ на установленное и общепризнанное положеніе можно указать лишь на абсолютную силу *dolus*: *долозный делинквентъ* отвѣчаетъ даже за тотъ вредъ, который потерпѣвшій могъ избѣгнуть черезъ примѣненіе надлежащей заботливости ¹⁾).

Это положеніе дало цѣлому ряду юристовъ съ именемъ поводъ сдѣлать такое обобщеніе: не всякая вина потерпѣшаго исключаетъ отвѣтственность делинквента, а лишь такая, которая перевѣшиваетъ вину делинквента.

Такъ, Gottschalk ²⁾, Wenig-Ingenheim ³⁾, v. Leyden ⁴⁾, O. Wendt ⁵⁾, Ruhm ⁶⁾ не придаютъ указанному принципу безусловной силы,—примѣненіе его они ограничиваютъ случаями *преимущественной вины* потерпѣшаго, т. е. исключеніе отвѣтственности повредителя они обусловливаютъ бѣльшей интенсивностью вины на сторонѣ потерпѣшаго.

Противоположнаго мнѣнія держатся Pernice ⁷⁾, Levinson ⁸⁾, Labowsky ⁹⁾: римское право не считалось съ взаимными степенями вины: *culpa levis* потерпѣшаго исключаетъ отвѣтственность делинквента, даже допустившаго *culpa lata*.

Все предшествующее изложеніе подсказываетъ намъ—на чьей сторонѣ правда. Выше мы объяснили и обосновали

¹⁾ Это оспариваетъ лишь Confeldt, о. с. 149—152 явно несостоятельной ссылкой на I. 45 § 1 D. 19. 1.

²⁾ о. с. 58, авторъ опирается на I. 11 pr., I, 28 pr. D. 9. 2.

³⁾ о. с. 48, 78, авторъ опирается на I. 45 § 1 D. 19. 1.

⁴⁾ о. с. 37, авторъ ссылается на „общій смыслъ римской юриспруденціи“.

⁵⁾ о. с. 1h. Jahrb. XXXI, 169, опирается на общія соображенія *aequitas* и на I. 9 § 4 D. 9. 2; I. 45 § 1 D. 19. 2. Но на стр. 175, 185 впадаетъ въ самопротиворѣчіе, не допуская иска всякаго кульпознаго истца.

⁶⁾ о. с. 20, 51, 53. ссылается на общія соображенія справедливости и на I. 2 § 1 D. 9. 1: оставленіе хозяиномъ собаки на свободѣ—преобладающая вина хозяина, и онъ отвѣчаетъ.

⁷⁾ Pernice, Labeo II, 1 (2 Aufl.), стр. 101 выражается, впрочемъ, не совсемъ осторожно: „Es wird also gerade hier daran festgehalten, dass die Stärke des Verschuldens gleich sein müsse“.

⁸⁾ о. с. 52.

⁹⁾ о. с. 38.

римскими источниками то положеніе, что римскому понятію вины не соотвѣтствуетъ сообразованіе размѣра возмѣщаемыхъ убытковъ со степенью вины. Та же идея несомнѣнно должна имѣть свою силу и при обсужденіи вины потерпѣвшаго: здѣсь также «et culpa levissima venit». Виновенъ ли потерпѣвшій мало или весьма—для дѣла безразлично, разъ установлено, что онъ—виѣ идеальныхъ предѣловъ своей правовой сферы, и что поэтому его *jus* не можетъ терпѣть *iniuria*.

Итакъ, установленный нами принципъ зачета вины римскими юристами не примѣнялся въ случаѣ *dolus'a* делинквента.

Должный повредитель не можетъ ссылаться на собственную вину потерпѣвшаго: «*omnimodo teneri debet*» [I. 45 § 1 D. 19. 1] ¹⁾.

Этотъ эффектъ *dolus'a* не можетъ быть оправданъ съ точки зрѣнія чистаго имущественнаго права возмѣщенія;—въ особенности—въ римскомъ правовомъ мірѣ: вѣдь, при наличности *culpa* потерпѣвшаго не можетъ быть рѣчи о *iniuria*, хотя бы правонарушеніе исходило отъ должнаго делинквента.

Если римскіе юристы и придавали такое энергичное дѣйствіе *dolus'у*, то это объяснимо, думается намъ, съ точки зрѣнія цѣли гражд. политики: «*neque impunita maleficia esse oporteat*» (I. 18 § 1 D. 5. 1. 1. 51 § 2 D. 9. 2. 1. 70 § 5 D. 46. 1) «*malitiis non est indulgendum*» (I. 38 D. 6. 1).

Въ *dolus'ѣ* лежалъ такой интенсивный подлый моментъ, что онъ наказывался самъ по себѣ и потому, не встрѣчая *dolus'a* съ противной стороны, долженъ былъ вызвать реакцію судебной власти ²⁾. Такимъ образомъ, безусловная отвѣтственность долента оправдывается, какъ репрессія противъ *злости* и *improbitas*, лежащихъ въ понятіи *dolus* ³⁾.

¹⁾ I. 9 § 4 D. 9. 2. 1. 52 § 1, I. 3 § 1 D. eod.; I. 45 § 1 D. 19. 1.

²⁾ Вліяніе *dolus'a* делинквента на объемъ отвѣтственности его послѣдовано нами въ т. I нашей монографіи, стр. 445—449.

³⁾ Ср. I. 12 § 1 D. 47. 2: *nemo de improbitate sua consequitur actionem* I. 14 § 3 D. eod. *non debet ex dolo quaerere actionem*.

И, съ другой стороны, *dolus* потерпѣвшаго исключаль искъ его безусловно, даже при наличности *dolus* делинквента, по принципу: «*Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit*» (l. 154 D. 50. 17). Ср. L. 4 § 13 D. 44. 4. «*Cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi*».

Защищается *simplicitas*, а не *dolus*! (l. 1 D. 4. 3). Въ l. 4 § 13 D. 44. 4 Labeo исходитъ изъ того положенія, что при взаимномъ *dolus*'ѣ сторонъ присужденіе иска было бы равносильно обогащенію истца на счетъ противника [*petitori quidem praemio esse*]: кромѣ того, что каждый изъ нихъ удовлетворилъ на чужой счетъ свою «*malitia*»,—одинъ изъ нихъ еще желаетъ получить добавочный плюсъ, въ видѣ «*praemium*».

Въ этомъ смыслѣ римскіе юристы говорили, что при взаимномъ *dolus*'ѣ нѣтъ той разницы въ интенсивности ихъ виновности, которая позволила бы завязаться юридическому отношенію, служащему базой для иска о возмѣщеніи убытковъ.

Эту идею Юстиніанъ ¹⁾ формулировалъ въ картинномъ выраженіи *компенсаціи взаимнаго dolus'a*.

L. 36 D. 4. 3. «*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*».

L. 3 § 3 D. 2. 10. «*Neutri eorum praetor succurrere debet, ab utraque parte dolo compensando*».

L. 57 § 3 D. 18. 1. «*dolo inter utramque partem compensando*».

Въ тѣсной связи съ этимъ стоитъ вопросъ объ отождествленіи въ разсматриваемой области умысла (*dolus*) съ тяжелой виной (*culpa lata*).

Старая школа ²⁾ стояла на почвѣ такого отождествленія. Это ученіе оставлено въ новѣйшей литературѣ. *Dolus*,

¹⁾ Цитированные тексты интерполированы. *Pernice*, Labeo II, 1 (2 Aufl.), 96.

²⁾ *Mommsen*, II, 258; *Chironi*, *Culpa contrattuale*, 339; *Glück*, IV, § 323.

характеризуемый как *malus* и содержащий 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 ¹⁾, 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] ²⁾.

Отсюда выводы: *dolus* делинквента не можетъ быть компенсированъ «*lata culpa*» потерпѣвшаго ³⁾. *Culpa lata* делинквента не устанавливаетъ безусловной ответственности его: она можетъ быть погашена легкой виной потерпѣвшаго. Точно также и *culpa lata* потерпѣвшаго не исключаетъ безусловно и изначала ответственности делинквента.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ текстовъ, привлекаемыхъ нами къ изслѣдованію ученія о *compensatio culpaе*.

I.

§ 5 I. 4. 3 ⁴⁾; I. 31 D. 9. 2 ⁵⁾. [Paulus, I^o. 10 ad Sabinum].

¹⁾ *Castellari*. Della Legge Aquilia. Arch. Giuridico, XXII (1879). стр. 341.

²⁾ Въ виду отождествленія *dolus* и *culpa lata* Моммзень и не замѣтилъ суровости своего ученія о *compensatio culpaе*. Вѣдь, потерпѣвшій, если на его сторонѣ—*culpa levis*, при *culpa lata* правонарушителя удерживаетъ все же свое притязаніе и терпѣть нестъ безусловно, если и на его сторонѣ по крайней мѣрѣ—*culpa lata*.

³⁾ *O. Wendt*, о. с. 171; *Demelius*, о. с. 72 ссылается на I. 9 § 4, I. 31 D. 9, 2; *Arndts*, Lehrbuch (1883), 611; *Berner*, о. с. 15; *Pernice*, Sachbesch., 62. На той же почвѣ и германская суд. практика. *Souf-Arch* 32. стр. 117.

⁴⁾ § 5 I. 4. 3. „Item si putator ex arbore deiecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est neque praeclamavit, ut casus evitari possit, culpaе reus est: si praeclamavit neque ille curavit cavere, extra culpam est putator. Aequè extra culpam esse intellegitur, si seorsum a via forte vel in medio fundo caedebat, licet non praeclamavit, quia eo loco nulli extraneo ius fuerat versandi“.

⁵⁾ L. 31 D. 9. 2: „Si putator ex arbore ramum cum deiecerit vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si in publicam decidat

Обстоятельства дѣла въ обоихъ текстахъ тождественны.

Обрѣзчикъ деревьевъ (*putator*), подчищая деревья, кидаетъ внизъ суки и убиваетъ проходящаго раба.

Если онъ производилъ свою работу на дорогѣ—публичной или частной—онъ отвѣчаетъ, если не окликнулъ прохожаго, или не считался съ возможностью опасности, или окликнулъ, но слишкомъ поздно: если *putator* окликнулъ, а прохожій не обратилъ вниманія, то онъ не отвѣчаетъ. Если же обрѣзчикъ деревьевъ производилъ свою работу на томъ мѣстѣ, гдѣ нѣтъ никакой дороги, напр. по срединѣ своего участка, то онъ не виновенъ, даже если онъ не окликнулъ, ибо онъ не могъ знать, что кто либо пройдетъ черезъ то мѣсто, а постороннее лицо не имѣло права находиться на томъ мѣстѣ. Но въ последнемъ случаѣ, онъ отвѣчаетъ за *dolus*, т. е. онъ не смѣетъ кидать сучья на тѣхъ прохожихъ, которыхъ онъ видитъ.

Эти тексты можно сопоставить съ [*Paulus*] l. 28 pr. § 1 D. 9. 2 ¹⁾: «Кто роетъ ямы для ловли медвѣдей или оленей, тотъ отвѣчаетъ по *lex Aquilia*, если онъ дѣлаетъ это на дорогѣ, и что либо другое попадаетъ въ эти ямы и терпѣть увѣчье. Если же онъ дѣлаетъ это на урочномъ мѣстѣ,—онъ ни за что не отвѣчаетъ. Но этотъ искъ дается лишь

aut ille proclamavit. ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne occidat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit».

§ 1 L. 28 D. 9. 2: «Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa fecerunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decedit lactumque deterius est, *lex Aquilia* obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. Hanc tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum esse neque aliter providere potuerit: et multa huiusmodi deprehendantur, cum periculum poterit».

при извѣстныхъ условіяхъ; именно, если не было предупрежденія, или если самъ потерпѣвшій не зналъ или не могъ знать объ опасности. И въ другихъ случаяхъ того же рода потерпѣвшій не имѣетъ притязанія, если онъ могъ избѣжать опасности».

До настоящаго времени эти тексты не привлекались изслѣдователями вопроса для выясненія сущности *compensatio culprae*.

Указывается обыкновенно на то, что въ цитированныхъ случаяхъ мы имѣемъ лишь *одностороннюю вину* потерпѣвшаго. «Здѣсь хозяинъ свободенъ отъ отвѣта не въ вслѣдствіе сопутствующей вины потерпѣвшаго, а вслѣдствіе отсутствія его личной вины, ибо хозяинъ сдѣлалъ все, что зависѣло отъ *bonus pater familias*, сдѣлавъ предостереженіе на опасныхъ мѣстахъ» ¹⁾.

Мы не согласны съ такимъ толкованіемъ источниковъ. Цитированные фрагменты ясно говорятъ намъ, что разъ ямы сдѣланы на урочномъ мѣстѣ (*ubi fieri solent*), или садовникъ подрѣзаетъ деревья, гдѣ нѣтъ дороги,—«*culpa ab eo exigenda non est*», т. е. хозяинъ не виновенъ, а виновенъ исключительно потерпѣвшій. Но, разъ *putator* производитъ работу на публичномъ мѣстѣ, то онъ безусловно—*in culpa*. Правда, I. 31 D. 9. 2, какъ будто, устанавливаетъ еще одно условіе: «*neque ille proclamavit*», но цѣль этого предупрежденія—подчеркнуть вину потерпѣвшаго [«*ut casus eius evitari possit*», «*si evitare periculum poterit*»], а не установить невиновность делинквента; § 5 I. 4. 3 прямо указываетъ [«*si praesclamavit neque ille curavit cavere*»] на цѣль установленія

¹⁾ Demelius. о. с. 60, Ruhm. о. с. 26; Labowsky. о. с. 36; Brinz. о. с. 353: „Здѣсь нѣтъ виновнаго дѣателя. Хозяинъ участка причинилъ вредъ, но онъ сдѣлалъ предостереженія, или они были излишніи, а потому онъ—не виновникъ вреда“. Endemann. Die Rechtswirkung etc. 57.—Наоборотъ, Priester, о. с. 70 въ I. 28 D. 9. 2 усматриваетъ *Comp. culpa*, но безъ серьезной мотивировки.

этой оговорки объ окрикѣ: прохожій иначе (если нѣтъ этого окрика), не *in culpa*, разъ гуляетъ (*iter fiat*) «*per publica* (или *privata*) loca».

Наше толкованіе вполне согласно съ буквальныймъ смысломъ текста. Въ l. 28 § 1: «*haec tamen actio danda est*»... относится къ началу (l. 28 pr.) текста, т. е. если *culpa* хозяина на лицо. Рытіе волчьихъ ямъ на дорогѣ—безусловная вина. Но, если потерпѣвшій также виновенъ (онъ не считается съ очевидной опасностью), то отвѣтственность не наступаетъ по общему принципу «*compensatio culprae*». Вина пострадавшаго не снимаетъ вины делинквента; а поэтому погашеніе отвѣтственности можетъ быть объяснимо только съ точки зрѣнія нашего общаго ученія о сущности и взаимномъ отношеніи *culpa* и *iniuria*. Самовина влечетъ за собой отрицаніе самого возникновенія обязанности возмѣщенія, такъ какъ потерпѣвшій не достоинъ защиты.

II.

L. 9 § 4. D. 9. 2. [*Ulpianus*, 1^o. 18 ad edictum] ¹⁾: «Если рабъ будетъ убитъ играющими во время метанія копья,—имѣетъ мѣсто а^o. leg. Aquiliae. Но если рабъ проходитъ черезъ площадь въ то время, какъ другіе (*cum aliis*...) играютъ здѣсь, отпадаетъ а^o. leg. Aquiliae. такъ какъ онъ не долженъ былъ проходить въ неурочное время черезъ площадь, отведенную для игры. Однако, тотъ изъ играющихъ, кто намѣренъ бросить въ него копье, отвѣчаетъ безусловно по lex Aquilia».

§ 4. I. 4. 3 ²⁾: «Если кто либо, играя или упражняясь въ метаніе копья, ранить проходящаго раба, надо различать. Если это сдѣлаетъ солдатъ на площади, отведенной для военныхъ упражненій, онъ не виновенъ. Если же это сдѣлаетъ

¹⁾ Латинскій текстъ см. выше, стр. 80.

²⁾ Латинскій текстъ см. выше, стр. 80

кто либо другой (si alius...)—онъ виновенъ. Тоже, если солдатъ сдѣлаетъ это на мѣстѣ, не предназначенномъ для военныхъ упражненій».

Исслѣдователи вопроса и эти тексты не привлекаютъ для изясненія сущности *compr^o. culpa*.

Господствующее въ литературѣ мнѣніе не усматриваетъ здѣсь наличности взаимной вины.

Безотвѣтственность *jaculator'a* объясняется имъ тѣмъ, что онъ не *in culpa*.

Почему же онъ не—*in culpa*?—на этотъ вопросъ изслѣдователи даютъ разные отвѣты.

Такъ, *Demelius* ¹⁾ говоритъ: «легкомысліе прохожаго есть такая возможность, не считаясь съ которой не можетъ быть квалифицировано *виновнымъ дѣяніемъ*».

Если бы это разсужденіе было вѣрно, то не могло бы имѣть мѣста различіе между *alii* и *miles*, проводимое въ § 4 I. 4. 3.

Weinrich ²⁾ и *Faas* ³⁾ отрицаютъ вину играющаго «такъ какъ на *campus jaculatorius* всякій можетъ упражняться». «Потерпѣвшій долженъ это знать, а потому онъ—*in culpa*: другое дѣло, если *jaculator*—*in dolo*. Эту возможность по-

¹⁾ *Demelius*. о. с. 59.

²⁾ *Weinrich*. о. с. 15—16, авторъ на стр. 11—12 отрицаетъ въ I. 9 § 4 *Compr^o. culpa*, усматривая здѣсь случай перерыва причинной связи между виной играющаго и вредомъ; а на стр. 14, въ противорѣчіе самому себѣ усматриваетъ здѣсь случаи *Compr^o. culpa*, а на стр. 16 опять въ противорѣчіе самому себѣ склоненъ отрицать *вину* играющаго.

³⁾ *Faas*. о. с. 21 въ I 9 § 4 D. 9. 2 дѣлаетъ различіе: а) рабъ убить людьми, играющими для удовольствія (*per lusum*) въ метаніе копей. Они отвѣчаютъ, такъ какъ на лицо объект. и субъект. условія отвѣтственности. Ихъ вина—играть въ копей на прохожемъ мѣстѣ. б) Рабъ убить людьми на *campus jaculatorius*. Здѣсь нѣтъ субъективной связи между поведеніемъ играющаго и смертью раба. Рабъ—*in culpa*, игрокъ не—*in culpa*.—Противъ этого различія можно возразить, что оно не оправдывается прямымъ текстомъ Ульпіана.

терпѣвшій не могъ предвидѣть, а потому поврежденіе нельзя вѣнчать ему въ вину» ¹⁾).

Совершенно невѣрная конструкція! Вѣдь, и при *dolus* дѣльнквента, потерпѣвшій — *in culpa*! — Критикуемая конструкція не объясняетъ различія, дѣлаемаго въ § 4 I. 4. 3.

Brinz ²⁾ толкуетъ I. 9. § 4 въ духѣ своей теоріи. Этотъ авторъ оспариваетъ само существованіе института *compensatio culpaе*, и правило «*quod quis ex culpa sua...*» толкуетъ въ смыслѣ убытка, порожденнаго собственной виной, «*der aber aus fremder Schuld herrührt nicht*».

«Тамъ, гдѣ рабъ убитъ, вслѣдствіе неосторожности играющихъ, возникаетъ *legis Aq. actio*, безъ различія того, могъ ли рабъ уклониться или нѣтъ; въ случаѣ I. 9 § 4, разъ *leg. Aq. actio* не возникаетъ, исключительно неосторожность раба виновата въ его убіеніи, дѣльнквентъ внѣ вины».

Таково ученіе *Brinz*'а. Толкованіе правила «*quod quis*» въ этомъ смыслѣ несостоятельно потому, что оно навязываетъ римлянамъ тривіальность. Первая половина разсужденія автора, къ тому же, не оправдывается текстами I. 9 § 4 D. 9. 2 и § 4 I. 4. 3. — Вторая половина представляетъ *petitio principii*. Намъ, именно, важно знать, почему *a^o. leg. Aquiliae* не должна рождаться, а авторъ беретъ эту безотвѣтственность для доказательства своего голословнаго утвержденія.

Наконецъ, господствующее мнѣніе въ литературѣ оправдываетъ *jaculator*'а тѣмъ, что «на маневрахъ солдатъ не обязанъ къ осторожности передъ третьими лицами». «Провинилъ смерть раба не играющій, а самъ потерпѣвшій, такъ

¹⁾ Другое объясненіе для *dolus*'а даетъ *Faas*. о. с. 22: „Вина раба вообще не была въ состояніи проявить свое дѣйствіе. Ибо безъ *dolus* играющаго рабъ имѣлъ шансы, не смотря на свое легкомысліе, пройти живымъ черезъ площадь. Съ субъективной стороны отношенія, *culpa* раба не стоитъ въ причинной связи съ его смертію, хотя съ объективной стороны, эта связь — налицо“.

²⁾ *Brinz* Lehrbuch. II, § 281 I., прим 14

какъ играющій не былъ обязанъ дѣлать предупрежденія» ¹⁾).

Но развѣ этимъ послѣднимъ соображеніемъ исчерпывается весь вопросъ о винѣ играющаго?!!

Всѣ эти теоріи насъ не могутъ удовлетворить, такъ какъ онѣ не смотрятъ въ корень вещей.

Выше (стр. 82) мы объяснили взаимное отношеніе этихъ текстовъ. Мы доказали, что § 4 I. 4. 3 служить цѣннымъ матеріаломъ для изясненія сущности *винны*, а I. 9 § 4 D. 9. 2—для изясненія сущности *compensatio culprae*. Въ I. 9 § 4 вина можетъ лежать на сторонѣ делинквента, но можетъ и отсутствовать: все зависитъ отъ того, *кто* является *jasulator*омъ. Если на «сапро *jasulatorio*» упражнялся штатскій, мы имѣемъ взаимную вину сторонъ. Здѣсь штатскій *виновенъ* въ игрѣ, ему несвойственной: онъ «*contra naturam [sui generis] pauperiem dedit*» [I 1 § 7 D. 9. 1]. Если упражнялся воинъ, мы имѣемъ одностороннюю вину потерпѣвшаго.

Впрочемъ, юридическія послѣдствія вины потерпѣвшаго въ томъ и другомъ случаѣ будутъ одни и тѣ же: *отвѣтственность играющаго не наступитъ*. Оба случая обсуждаются одинаково, въ виду важности одного факта: *вины потерпѣвшаго*, которая дѣлаетъ его недостойнымъ защиты закона. На лицо—*culpa jasulatoris*, но нѣтъ *iniuria*!

III.

L. 11 pr. D. 9. 2. [Ulpianus, l^o. 18 ad edictum]: ²⁾
«Mela пишетъ: если во время игры въ метаніе диска одинъ

¹⁾ *Priester*. о. с. 58; *Ruhm*. о. с. 26; *Endemann*. о. с. 57; *Labowsky*. о. с. 31; *Plog*. о. с. 69; *Levison*, о. с. 41.

²⁾ *L. 11 pr. D. 9. 2.* „Item Mela scribit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servum, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere“.

изъ играющихъ съ силой бросить дискъ и упадетъ въ руку парикмахера бреющаго раба, такъ что черезъ движеніе бритвы будетъ перерѣзано горло рабу. виновный отвѣчаетъ по lex Aquilia. Наоборотъ, Proculus утверждаетъ, что виновать парикмахеръ. И, въ самомъ дѣлѣ, ему можно вѣнать въ вину то, что онъ брилъ тамъ, гдѣ обыкновенно производится шра или на проходномъ оживленномъ мѣстѣ: хотя вѣрнѣй то положеніе, что, кто вѣряетъ себя услугамъ парикмахера, который ставитъ свое кресло для бритья на такомъ опасномъ мѣстѣ, тотъ долженъ пенять на самого себя».

Толкованіе этого текста въ литературѣ очень спорно.

Одни изслѣдователи усматриваютъ въ этомъ текстѣ случай *перерыва причинной связи* между виновно-каузальной дѣятельностью *tonsor'a* и поврежденіемъ.

Такъ, *Plog* ¹⁾ говоритъ: «отвѣтственность исключается, вслѣдствіе привзошедшей вины раба: тѣмъ что онъ довѣрился *tonsor'u* въ текущую каузальную серію привходитъ *новая причина*—неосмотрительность потерпѣвшаго. Правда, перерывъ причинной связи здѣсь другой природы, чѣмъ въ другихъ случаяхъ: вторая причина совпадаетъ во времени съ первой причиной».

Къ этому толкованію въ общемъ и цѣломъ примыкаютъ *Bar* ²⁾ и *Faas* ³⁾.

Эта конструкція явно несостоятельна!

Во-первыхъ, *Plog* впадаетъ въ противорѣчіе съ раньше сказаннымъ. На стр. 34 по поводу того же текста онъ говоритъ, что неосторожность раба не каузальна, такъ какъ его дѣятельность—не ближайшее къ результату условіе [«то

¹⁾ *Plog*. о. с. 59 и слѣд.

²⁾ *Bar*. Die Lehre vom K. Z. II., 123 „Необычное поведеніе *tonsor'a* и *segrvus'a* прерываетъ причинную связь между метаніемъ диска и пораненіемъ“.

³⁾ *Faas*. о. с. 24: „*Tonsor* отвѣтилъ бы, если бы онъ ранилъ третье лицо, напр. случайнаго прохожаго. Но передъ пациентомъ онъ не отвѣчаетъ, т. е. вина раба прерываетъ субъективную связь между его поведеніемъ и поврежденіемъ“.

условіе заслуживаетъ названіе *причины*, которое по своему дѣйствию ближе всего стоитъ къ результату»]: она наступаетъ ранѣе каузальнаго движенія (перѣза) *tonsor'a*. Здѣсь, еще новое самопротиворѣчіе: теперь авторъ утверждаетъ, что обѣ *causae* совпадаютъ во времени!

Во-вторыхъ, *Plog* исходитъ изъ сбивчивой каузальной теоріи. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь, причина есть фактическое отношеніе поведенія къ результату; а между тѣмъ, по теоріи автора выходитъ, что прежде чѣмъ *tonsor'омъ* положено начало каузальной серіи [онъ еще ждетъ кліентовъ], а причинная связь уже прерывается. Изъ изложенія автора, какъ будто вытекаетъ, что *tonsor* = причина въ моментъ удара ножомъ, а *servus* = причина въ тотъ моментъ, когда довѣрился ему; но въ такомъ случаѣ обѣ причины не совпадаютъ во времени, вопреки утвержденію автора.

Въ-третьихъ. Логическое противорѣчіе кроется въ утвержденіи, что изъ двухъ одновременныхъ причинъ одна прерываетъ другую.

Наконецъ, конструкція *Plog'a* ровно нічего не объясняетъ. Освободить *tonsor'a* отъ отвѣтственности, потому что *servus* далъ себя брить, нелогично. Вѣдь, если бы *servus* не давалъ себя брить,—не было бы самого казуса. Если мы станемъ на точку зрѣнія автора, то виновный *tonsor* всегда будетъ свободнымъ, такъ какъ несчастный результатъ только и мыслимъ при томъ условіи, что паціентъ будетъ на лицѣ.

Ученіе *Plog'a* приводитъ къ выводу, что правонарушитель а priori свободенъ, потому что потерпѣвшій потерпѣлъ! Несостоятельность этого вывода очевидна. При такомъ построеніи мы изначала откидываемъ отъ обсужденія дѣятельность потерпѣвшаго, т. е. отбрасываемъ самый инкриминируемый случай! Ясно, что *servus* не вноситъ чего либо новаго къ готовому составу событія, а впервые образуетъ его: безъ него дѣятельность *tonsor'a* была бы не каузальна, а

пассивна (ожиданіе кліентовъ). Лишь благодаря *servus* у онъ сталъ каузаленъ!

Со всѣхъ точекъ зрѣнія, объясненіе *Prolog*'а несостоятельно, а потому неприемлемо.

Не менѣе неудачно и другое толкованіе текста, предложенное *Labowsky* ¹⁾ и *Pernice* ²⁾.

Въ l. 11 пр. они видятъ не настоящій случай конкурирующей вины: самовина потерпѣвшаго есть основаніе исключенія вины отвѣтчика.

Особнякомъ стоитъ *Gottschalk* [о. с. 60]: «Здѣсь нѣтъ рѣчи о *compensatio*, а весь вопросъ—въ томъ, на чьей сторонѣ лежитъ бѣлая вина. Если—на сторонѣ истца, то надо считать, что убытокъ возникъ черезъ его вину, и здѣсь примѣняется принципъ: *quod quis ex culpa sua...*».

Конструкція совершенно чуждая и буквальному смыслу текста и общему духу римскаго права!

Преобладающее же мнѣніе изслѣдователей ³⁾ усматриваетъ въ l. 11 пр. D. 9. 2 типичный случай *compensatio culpaе*.

Къ этому воззрѣнію присоединяемся и мы. Текстъ ясно говоритъ, что вина кліента не исключаетъ вины *tonsor*'а. Но юридическое отношеніе между ними все же не завязывается, потому что право отказываетъ виновному потерпѣвшему въ правовой защитѣ. И не потому отказываетъ, что вина потерпѣвшаго снимала бы вину *delinquente*, а потому что «*qui ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum [=iniuriam!] sentire*»! И беря лишь конечный результатъ, юристъ можетъ говорить о потерпѣвшемъ: «*de se queri debet*».

IV.

L. 52 § 1 D. 9. 2. [Alfenus, 1^o. 2 digestorum] ⁴⁾.

¹⁾ *Labowsky*. о. с. 34.

²⁾ *Pernice*. *Labeo*. II, 1 (2 Aufl.), стр. 99. „Der Beschädigte wird wegen der eigenen culpa des Beschädigten nicht als schuldvoll kausal... angesehen“.

³⁾ *Priester* о. с. 67; *Ruhm*. о. с. 28; *Levson*. о. с. 44; *Leyden*. о. с. 29; *Endemann*. Die Rechtswirkung, 57; *Bekker* Die Actionen. I (1871), 173.

⁴⁾ L. 52 § 1: „*Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat; quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius enim consecutus lu-*

«Лавочникъ поставилъ ночью близъ лавки на камень фонарь. Прохожій похитилъ его,—лавочникъ догоняетъ его, требуетъ возвращенія фонаря и задерживаетъ похитителя при попыткѣ его спастись бѣгствомъ; этотъ, чтобы освободиться, начинаетъ бить лавочника бывшимъ въ его рукахъ кнутомъ, въ которомъ была вдѣта трость; отсюда возникла драка, въ которой хозяинъ выбиваетъ глазъ у похитителя. Лавочникъ спрашиваетъ—можно ли признать, что онъ нанесъ неправомѣрный вредъ, вѣдь, онъ первый получилъ ударъ кнутомъ? И отвѣтилъ, что если онъ выбилъ глазъ не намѣренно, то нельзя допустить, что онъ учинилъ неправомѣрный вредъ, такъ какъ вина лежитъ на той сторонѣ, которая первая ударила кнутомъ. Но если хозяинъ не получилъ перваго удара отъ похитителя, а вступилъ въ драку съ нимъ, желая отнять фонарь, то надо признать вину хозяина».

Преобладающее мнѣнiе изслѣдователей толкуетъ этотъ текстъ не въ смыслѣ *compensatio culpaе*, а съ точки зрѣнiя принципа *необходимой обороны*.

Такъ, *Demelius*¹⁾ говорить: «Лавочникъ въ моментъ нападенiя на него въ правѣ предпринимать исключительныя дѣйствiя, которыя за вѣдомо для него вредны противнику. Это

cernam reposcebat et fugientem relinebat: ille flagello. quod in manu habebat. in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, at se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse. culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri». Cp. L. 1 § 11 D. 9. 1.

¹⁾ *Demelius*. о. с. 61; ср. *Priester*. о. с. «Хозяинъ въ правѣ отнять у вора украденное добро; воръ, защищаясь, поступаетъ неправомѣрно, и защита хозяина отъ нападенiя вора есть самооборона... Последнiя освобождаетъ хозяина отъ *culpa*, а потому здѣсь нѣтъ мѣста *compensatio culpaе*». *Plog*. о. с. 59; *Ruhm*. о. с. 27; *Levison*. о. с. 42; *v. Leyden*. о. с. 28.—Къ этому воззрѣнiю примыкаетъ *O. Wendt*. о. с. [Her. Lahrh. XXXI] 147: «Въ этомъ казусѣ вопросъ ставится о томъ: надо ли *tabernarius*’у вѣнпнть въ вину тяжкое пораненiе противника или же пострадавшiй, начавшiй драку, долженъ приписать свое поврежденiе своей винѣ?».

направленіе воли, которое иначе было бы culpa, здѣсь не—culpa, такъ какъ лицо находилось въ состояніи обороны. Здѣсь поэтому нѣтъ речи о погашеніи вины конкурирующей виной противника».

Наоборотъ, меньшая группа юристовъ усматриваетъ въ этомъ текстѣ compensatio culpaе.

Такъ, *Pernice* ¹⁾ говоритъ: «Во всемъ фрагментѣ рѣчь идетъ объ опредѣленіи лица, находящагося—*in culpa*: о правѣ бить здѣсь нѣтъ ни полъ-слова. Здѣсь—идея: кто началъ драку, не можетъ жаловаться на вредъ, который онъ самъ терпитъ».

Compensatio culpaе въ l. 52 § 1 усматриваемъ и мы. Если бы не было нападенія противника, то причиненіе тяжкаго увѣчья (выбитіе глаза) было бы culpa хозяина, такъ какъ послѣдній прибѣгъ къ самоуправству; но вина вора, который первый нанесъ ударъ и тѣмъ началъ драку ²⁾, ставитъ его внѣ защиты закона, и пока tabernarius не навлекаетъ на себя упрека въ «data opera», все что будетъ «высыпано» вору, онъ долженъ снести, если и не какъ заслуженное, то по началу: кто виновенъ, тотъ не терпитъ съ точки зрѣнія закона iniuria!

V.

† L. 62 § 5—7 D. 47. 2: [*Africanus*, 1^o. 8 quaestio-nium]: Мандантъ и депонентъ отвѣчаютъ за кражу, совер-шенную работою у мандатарія и депозитарія ³⁾. Но—лишь

¹⁾ *Pernice*, Labeo, II, 1 (2 Afl. 98); Sachbesch., 62—63; *Bar.* о. с. 125; *Castellari*, Della legge Aquilia, 341; *Hartter*, о. с. 139. *Krug.* о. с. 138; *Bekker.* о. с. I, 172 усматриваютъ въ l. 52 § 1 компенсацію взаимныхъ деликтовъ. Особнякомъ стоитъ *Heimdach*, R. L. Compensatio, II, 745; онъ основаніе компенсаціи видитъ въ „prozessualischen Begünstigung des Beklagten“.

²⁾ Утвержденіе *Priester'a*. о. с. 65, что лавочникъ во всякомъ случаѣ кладетъ начало драки: „ибо онъ преслѣдуетъ вора, первый хватаетъ его и долженъ знать, что противникъ не отдастъ украденнаго“—неверно. Въ l. 52 § 1 ясно говорится, что *rixā* начинается съ момента *verberare*.

³⁾ L. 62 § 5 fine: „nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret“.

при томъ условіи, что и потерпѣвшіе не допустили вины: «если же этотъ добровольно довѣрилъ рабу охрану своего серебра или денегъ, чего никогда не сдѣлалъ бы хозяинъ, то мы должны дать другое рѣшеніе» ¹⁾).

Въ литературѣ ²⁾ не принято привлекать эти тексты къ ученію о *compensatio culpaе*. Намъ думается—это неправильно. Текстъ мотивируетъ отказъ въ искѣ не отсутствіемъ вины на сторонѣ депонента или манданта, а тѣмъ, что потерпѣвшіе сами виновны, а потому недостойны правовой защиты.

§ 4. Ученіе о «*compensatio delictorum*».

Исслѣдованная нами *compensatio culpaе* характеризуется слѣдующими признаками: 1) *A* совершилъ деликтъ противъ *B*, 2) *B* не совершилъ деликта противъ *A*, но онъ виновенъ самъ въ созданіи конечнаго вреда.

Отъ этого вида *compensatio culpaе* надо отличать *compensatio delictorum*. Исслѣдованіе этого зачета не входитъ, въ сущности говоря, въ тему нашей работы, но мы не можемъ уклониться отъ хотя бы и краткаго изложенія нашей точки зрѣнія и на этотъ институтъ, такъ какъ то толкованіе, которое придается ему въ литературѣ, стоитъ въ разрѣзъ со всѣмъ нашимъ ученіемъ о зачетѣ вины въ римскомъ правѣ.

Въ римскихъ источникахъ ³⁾ мы находимъ такое положеніе: если два лица провинились другъ передъ другомъ въ одномъ и томъ же деликтѣ, вытекающіе отсюда частные де-

¹⁾ L. 62 § 7. „Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum suscepit, intercedat: ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est“

²⁾ Brinz. о. с. 353; Labowsky. о. с. 34.

³⁾ Въ видѣ общаго принципа это положеніе, повидимому, впервые формулируется Юліаномъ. См. Pernice, Iubeo, II, 1 (2 Aufl.), стр. 90.

ликтные иски погашаютъ другъ друга «in ipsa nativitate»¹⁾— не только «quoad summam concurrentem», а цѣликомъ.

Источники требуютъ, кромѣ *paritas delicti* (dolo, vis, adulterium, negligentia), еще того, чтобы вина каждой стороны скрещивалась съ виной другой стороны на одномъ какомъ либо юридическомъ отношеніи: бракъ (l. 39 D. 24. 3), договоръ (l. 57 § 3 D. 18. 1) и т. п.

Въ литературѣ неоднократно высказывалось мнѣніе, отрицающее здѣсь дѣйствіе *компенсации*. «Compensatio doli» — съ точки зрѣнія этого воззрѣнія — не болѣе, какъ — картинное выраженіе для той простой мысли, что *каждая вина производитъ самостоятельное, присущее ей дѣйствіе*.

Такъ, *Faas*²⁾, старается доказать, что тексты, говорящіе о «mutua pensatio delictorum», хотять лишь обрисовать чисто внѣшнее дѣйствіе обоюдныхъ деликтовъ: два однородныхъ деликта извнѣ не проявляютъ никакого эффекта: именно, потому, что каждая сторона самостоятельно теряетъ, благодаря *своему* поведенію притязаніе къ другой сторонѣ.

Авторъ ссылается на слѣдующіе тексты.

I. *L. 10 pr. D. 16. 2*. Если оба товарища равно небрежны въ веденіи дѣлъ товарищества, ни одинъ изъ нихъ не имѣетъ къ другому притязанія, ибо вина одного зачитывается виной другого «ipso jure compensatione negligentiae facta». Здѣсь рѣчь идетъ не о culpa compensatio, а о простомъ *зачетѣ требованій*, который имѣетъ мѣсто, если ихъ «par negligentia» «eadem quantitate aestimatur» — на что указываетъ конецъ того же фрагмента.

II *L. 3. § 3 D. 2. 10*: «Si et stipulator dolo promissoris et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit quominus ad judicium veniret: neutri eorum praetor succurrere debebit, ab utraque parte dolo compensando».

Рѣчь идетъ о cautio judicio sisti. Истецъ должно пре-

¹⁾ Терминъ *Eisenbach'a*. См. г. I нашей монографіи, стр. 12.

²⁾ *A. Faas. Zur Lehre von der sogen. Culpa compensation 1904.*

пятствуетъ promissor'у явиться въ судъ или въ цѣляхъ получить сумму стипуляціи, или объявить отвѣтчика contumax. Если бы отвѣтчикъ не явился въ судъ помимо козней истца послѣднему принадлежали бы эти права.

Но онъ—доложенъ, а изъ своего dolus'a никто не смѣетъ извлекать выгоды, а потому онъ теряетъ свои права: «praetor ei non succurrere debet».—Но вотъ, и на сторонѣ отвѣтчика—dolus. И онъ мѣшаетъ истцу явиться на судъ, чтобы требовать отъ судьи устраненіе иска.

Если бы истецъ не явился, помимо dolus'a отвѣтчика,—послѣдній имѣлъ бы то право. Но здѣсь отвѣтчикъ несетъ послѣдствія своего dolus'a и теряетъ свои права.

Отсюда результатъ: «neutri eorum praetor succurrere debet».

«Но развѣ здѣсь имѣетъ мѣсто *зачетъ* двухъ винъ? На самомъ дѣлѣ, каждый несетъ полностью послѣдствія *своего* dolus'a, которыя выражаются въ потерѣ своего притязанія».

III. *L. 57 § 3 D. 18. 1.* Проданъ домъ, уничтоженный огнемъ безъ вѣдома продавца и покупателя. Договоръ не дѣйствителенъ, если сгорѣла бѣольшая половина дома. Но 1) если одинъ продавецъ зналъ о пожарѣ, то купля продажа не состоялась, если весь домъ уничтоженъ;—если же *часть дома* осталась,—договоръ сохраняетъ свою силу и продавецъ долженъ возмѣстить покупщику интересъ. 2) Если одинъ покупательъ зналъ о пожарѣ, то продажа дѣйствительна, и покупательъ долженъ заплатить всю покупную плату. 3) Если оба знали о уничтоженіи всего или части дома, то договоръ—безъ силы «nihil actum dolo inter utramque partem compensando».

Гаас толкуетъ этотъ текстъ такъ. Въ 1) при частичномъ уничтоженіи дома юридическій эффектъ обязанъ одной цѣли—наказать доложнаго контрагента. Въ 2) разъ покупательъ знаетъ о несуществованіи дома,—значить, онъ хочетъ купить то, что есть (площадь и т. п.).

Въ 3) при *полномъ* уничтоженіи дома не наступаютъ юридическіе эффекты п. 2), потому что въ п. 2) покупатель, именно, хотѣлъ купить площадь, а не домъ, а въ 3) дѣло сложнѣе: здѣсь = *dolus* его, если онъ симулируетъ незнаніе о разрушеніи дома, чтобы вызвать отвѣтственность продавца за интересъ. Юридическія же отношенія между сторонами не завязываются, потому что объектъ договора не существуетъ *in rerum natura*. Нѣтъ мѣста ученію о *comp^o. culpaе* въ 3) и при частичномъ разрушеніи дома. Будь *emptor* добросовѣстенъ, онъ получилъ бы объектъ за уменьшенную цѣну + интересъ; будь *venditor* добросовѣстенъ, онъ получилъ бы всю сумму сполна во 2) и часть ея въ 1). Но въ 3) *dolus* — на той и другой сторонѣ, а потому эти притязанія отпадаютъ. Каждый контрагентъ несетъ послѣдствія *своего* *dolus'a* и лишается притязаній, которыя онъ приобрѣлъ бы въ случаѣ своей добросовѣстности. «Innerlich jede culpa mit ihren Folgen unberührt geblieben ist», но ни продавецъ, ни покупатель не должны изъ своего *dolus'a* извлекать выгоды!

IV. L. 39 D. 24. 3: два прелюбодѣянія супруговъ: «*paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*». И здѣсь нѣтъ *compensatio culpaе*, такъ какъ текстъ ничего не говоритъ о взаимномъ отношеніи вины, а описываетъ лишь чисто внѣшнее дѣйствіе обоюдныхъ деликтовъ: извнѣ они не выражаютъ никакихъ послѣдствій. Мужъ лишается права на *dos* и на разводныя пени — въ результатъ своего кульпознаго поведенія. Жена лишается права на *donatio propter nuptias* и разводныя пени — въ результатъ своего кульпознаго поведенія.

Такова теорія Фаас'а. Эта теорія является на смѣну старымъ теоріямъ, которыя, не смотря на различіе въ мотивировкѣ и даже — въ существенныхъ воззрѣніяхъ на вопросъ ихъ представителей, имѣютъ общую черту: онѣ подчеркиваютъ не самостоятельность вины каждой стороны, а ихъ взаимную связанность. Съ точки зрѣнія этого направленія, судебная власть не защищаетъ ни той, ни другой стороны, — не потому,

что она облагала бы особой юридической санкціей тотъ и другой деликтъ, а потому что *само отношеніе* между сторонами не заслуживаетъ ея защиты ¹⁾).

Толкованіе источниковъ Гаас'омъ насъ не удовлетворяетъ. Въ комбинаціи 3) въ l. 57 D. 18. 1 авторъ усматриваетъ *dolus* покупателя въ нѣчто другое, чѣмъ въ комбинаціи 2). Но текстъ не даетъ основанія къ такому различію! Кромѣ того, если строго слѣдовать методу автора, мы должны были бы въ комбинаціи 3)-ей *при частичномъ разрушеніи дома* прійти къ другому выводу, не совпадающему съ выводами автора.

Въ самомъ дѣлѣ, методъ автора заключается въ слѣдующемъ: *сложить дѣйствія dolus'a на каждой сторонѣ особо*. Авторъ утверждаетъ, что получится тоже что и при традиціонной «*compensatio culpaе*». Однако, если мы послѣдуемъ примѣру автора, то увидимъ, что слагая дѣйствія *dolus'a* продавца (1) и покупателя (2), при частичномъ разрушеніи дома, получимъ: «*stare emptionem—venditionem*».

Тогда какъ юристъ рѣшаетъ: «*nihil actum dolo inter utramque partem compensando*».

Сомнительна и универсальность дѣйствія провозглашеннаго авторомъ принципа: «*делинквентъ не долженъ изъ своего dolus'a извлекать выгоду*»—для объясненія всѣхъ случаевъ *compensatio culpaе*.

Вѣдь, въ l. 39 D. 24. 3 выгоды каждой стороны вытекаютъ не изъ ея *dolus'a*, а все же «*paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*».

Намъ думается, что идея, лежащая въ основѣ *compensatio delictorum* та, что законъ, давая потерпѣвшему извѣст-

¹⁾ Pernice, II, 1 (2 Aufl.), стр. 90 92: „Wird es als der Billigkeit entsprechend angesehen, dass aus einer communis malitia keine Klage entspringe“. Hartter. o. c. 138: „Diese Abrechnung lässt das Gesetz zur Strafe eintreten, indem es keinem Schutz gibt, weil beide es verletzen“. Ruhn. o. c. 49. „Лица должны стоять въ особомъ отношеніи, въ которомъ наказуемость одной стороны въ некоторомъ родѣ обусловлена невпновностью другой“.

ныя права противъ оскорбителя [извѣстнаго рода—актъ мести]. имѣть въ виду защиту лишь такого пострадавшаго, который самъ держится въ рамкахъ законности. Лицо же, находящееся *in pari turpitudine* не было достойно защиты, а потому деликтный искъ исключался ¹⁾).

Картинное выраженіе о «*compensatio doli*» не было только красивой, но безсодержательной формулой.

Оно указывало на суть дѣла: именно, на то, что само отношеніе между делинквентами не становилось юридическимъ, оно оставалось фактическимъ, которымъ не интересовалась судебная власть ²⁾).

Конструкція Гаас'а: каждая *culpa* производитъ свое дѣйствіе,—по нашему мнѣнію,—ложна. Всѣ тексты съ поразительной ясностью подчеркиваютъ ту связанность между сторонами [l. 40 § 1 D. 39. 2: «*parem utriusque causam esse*»], которая исключаетъ возможность разложенія ея на два одностороннихъ отношенія.

L. 39 D. 24. 3: «*ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur*».

L. 154 D. 50. 17. «*Illi debet permitti poenam petere qui in ipsam non incidit*»!

Въ основѣ всѣхъ этихъ текстовъ лежитъ одна идея: правовой порядокъ защищаетъ лишь невиновнаго пострадавшаго. Эта идея—общая основа всѣхъ видовъ зачета вины [*compensatio culpaе, compensatio delictorum*]. Не потому не

¹⁾ Характерно то, что за исключеніемъ *ad e delicto*, всѣ другія правовыя средства для устраненія ущерба, не отнимаются: *rei vind.*, *ad in factum*, *condictiones*, *ad e contractu* и т. п. Серьезная дѣловая сторона правоотношенія не страдаетъ отъ взаимной вины. Напр. разводъ дается, но ни одна изъ сторонъ не можетъ быть наказана по закону, который она нарушила (l. 39 D. 24. 3). Лишь штрафную сторону отношенія имѣютъ въ виду тексты, говоряшіе о *compensatio doli* [въ сторонѣ оставляемъ своеобразный актъ *doli*].

²⁾ Многозначительно то, что эта картина зачета встрѣчается въ римскихъ источникахъ лишь примѣнительно къ *comp^o. delictorum*.

отвѣчаетъ делинквентъ при наличности вины потерпѣвшаго, что вина потерпѣвшаго прерывала бы причинную связь между дѣяніемъ отвѣтчика и убыткомъ (Wendt) или прерывала бы субъективное причинное отношеніе между виной дѣателя и конечнымъ вредомъ (Mommson) или потому, что повредитель, вслѣдствіе вины потерпѣвшаго не разсматривается, какъ «schuldvoll kausal» (Pernice), а потому,—что виновный потерпѣвшій не достоинъ защиты; онъ не терпитъ, съ точки зрѣнія римскаго правовоззрѣнія, «iniuria» со стороны делинквента. По воззрѣніямъ римскихъ юристовъ ¹⁾ делинквентъ продолжаетъ быть *виновнымъ*, но онъ не отвѣчаетъ за причиненный вредъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Обще-германское право.

[*Gemeines Recht*].

I. Старая практика «общаго права» (*Gemeines Recht*) не относилась строго къ потерпѣвшему; она далеко не была склонна всякое упущеніе или неосмотрительность потерпѣвшаго разсматривать, какъ обстоятельство, изначала исключющее его притязаніе къ делинквенту.

И объясненіе этому снисходительному отношенію къ потерпѣвшему мы находимъ въ томъ обстоятельстве, что юристы того времени не проводили ясной границы между двумя отношеніями: *compensatio culpaе* и *compensatio delictorum*, первое входило и поглощалось во второмъ.

И при конкурирующей винѣ потерпѣвшаго, способствовавшей возникновенію вреда, они требовали для исключенія ответственности делинквента наличности въ дѣятельности потерпѣвшаго всѣхъ реквизитовъ, входящихъ въ составъ понятія *delictum*: нарушеніе существующей обязанности, направленной противъ делинквента неправоумѣрности, строго технической вины.

Въ *Seuf. Arch. Bd. 13, стр. 329* ¹⁾ мы находимъ такое дѣло: Собственникъ лѣса предъявилъ искъ къ жел. дороге по случаю пожара лѣса, вызваннаго искрой паровоза. Жел. дорога возражаетъ: истецъ самъ виноватъ, что увеличилъ опасность пожара тѣмъ, что на опушкѣ лѣса свалилъ хворостъ в сухую траву.

¹⁾ *Oberhofgericht zu Mannheim* 20 Dec. 1859. См. еще: *R. G. Entsch Bd. I, стр. 274*; *II, стр. 88*; *VI, стр. 1*; *VII, стр. 26*; *VIII, стр. 167*

Судъ рѣшилъ: «хотя это и способствовало распространенію огня и обусловило вредъ, но эта неосторожность не была неправомѣрной (*widerrechtliche*) по отношенію къ отвѣтчику, т. к. не было никакого правового основанія, которое обязывало бы истца удалить хворостъ и сухую траву. Въ договорныхъ отношеніяхъ никто не обязанъ быть дѣятельнымъ въ интересахъ другого и отвращать отъ себя вредъ».

И въ другихъ рѣшеніяхъ [Seuf. Arch. 13/28, 29] мы находимъ выраженной ту же идею: разъ упречность поведенія потерпѣвшаго не можетъ быть подведена подъ понятіе *деликта* противъ отвѣтчика,—нѣтъ мѣста примѣненію правила: «*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire*».

Снисходительное отношеніе къ потерпѣвшему поддерживалось еще не развитой и неустановившейся каузальной теоріей ¹⁾.

Правда, преобладающее мнѣніе въ старой теоріи и практикѣ не считалось съ теоріей общей (условной) причинной связи: отвѣтственность не шла далѣе непосредственнаго вреда. Но юридическій міръ былъ очень далекъ отъ сознательнаго пользованія понятіями *въ ро ятія* и *возможности*, такъ какъ объ теоріи *адекватнаго* причиненія въ ту эпоху еще никто и не слыхалъ.

Поэтому и виновное поведеніе потерпѣвшаго само по себѣ не было способно оказать какое либо рѣшающее вліяніе на отвѣтственность делинквента.

Къ тому же, въ теоріи «общаго права» (*Gemeines Recht*) издавна сомнѣвались въ каузальной силѣ актовъ упущеній ²⁾.

Всякій деликтъ имѣлъ въ своей основѣ положительное дѣяніе. Упущеніе обязывало лишь постольку, поскольку со-

¹⁾ R. G. Entsch. Bd. XII, стр. 190; XIII, стр. 65; XV, стр. 147; XVI, стр. 147; XXII, стр. 236

²⁾ *Götschen. Pand. Vorles.* § 589. *Seuffert Pract. Pandectenrecht* § 400 n^o. 2 *Glück, Kommentar.* § 700.

вершеніе дѣянія предписывалось и вызывалось предшествующей или послѣдующей дѣятельностью лица, или наличностью законной или договорной обязанности дѣятеля ¹⁾. Такъ какъ юристы не умѣли найти обоснованіе такой обязанности потерпѣвшаго къ дѣятельности въ римскихъ источникахъ, правило «quod quis ex culpa sua...» имѣло самое ограниченное примѣненіе. Потерпѣвшій лигался своего притязанія лишь тогда, когда его виновная дѣятельность стояла въ несомнѣнной каузальной связи съ возникновеніемъ убытка ²⁾.

II. Эпоху въ развитіи данного вопроса въ теоріи и практикѣ «общаго права» сдѣлалъ извѣстный трудъ *Mommsen'a*, опубликованный въ 1855 г. ³⁾.

Mommsen истолковалъ римскіе источники въ томъ смыслѣ, что делинквентъ долженъ возмѣстить *весь* вредъ, который стоитъ въ связи съ его дѣятельностью. Но эта неограниченная отвѣтственность обусловлена однимъ: потерпѣвшій долженъ вести себя, какъ *bonus pater familias*. Тотъ вредъ не возмѣщается, который могъ быть избѣгнутъ при примѣненіи потерпѣвшимъ надлежащей заботливости ⁴⁾.

Практика «общаго права» рецепировала ученіе Mommsen'a [«Fürsorgepflicht des Beschädigten»], первоначально, главнымъ образомъ, въ договорной сферѣ, а позднѣе—и въ сферѣ деликтной.

¹⁾ Senf. Arch. 3/55; 4/96; 10/164,165; 13/28; 15/129; 25/128.

²⁾ Senf. Arch. 9/273; 10/258; 11/130; 12/255; 13/28; 15/209; 19/227.

³⁾ Mommsen. Die Lehre vom Interesse.—Изложеніе взглядовъ Mommsena, см. въ т. I нашей работы. Къ его воззрѣніямъ примыкаетъ Windscheid. II § 258.

⁴⁾ Подъ влияніемъ этой теоріи, повидимому, создана § 688 Саксонск. Уложенія: „Der Beschädigte kann Ersatz des Schadens, welcher von ihm durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen aufmerksamen Hausvaters hätte abgewendet werden können, nicht verlangen, ausgenommen wenn die verletzende Handlung auf absichtlicher Verschuldung eines Andern beruht“. Примѣненіе этого принципа, см. Urf. O. L. G. zu Dresden 17 Dec. 1886; Senf. Arch. 42/189.

Впервые *O. L. G. Lübeck, 24 Nov. 1866* [Seuf. Arch. 22/26] выставило при прямой ссылкѣ на Mommsen'a новый принципъ: «*потерпѣвшій обязанъ передъ правонарушителемъ къ отвращенію вреда*».

Въ цитированномъ, именно, рѣшеніи судъ указываетъ на то, что истецъ—покупщикъ послѣ просрочки продавца долженъ, какъ *bonus pater familias*, озаботиться покупкой товара въ другомъ мѣстѣ. Обязанность возмѣстятъ *lucrum cessans* отпадаетъ, если убытокъ могъ быть избѣгнутъ черезъ примѣненіе надлежащей заботливости: «такъ какъ иначе отпадаетъ причинная связь [*Causalnexus*] между правонарушеніемъ и вредомъ».

Ср. *O. L. G. Stuttgart 29 April 1868* [Seuf. Arch. 23/216]. Истецъ ищетъ убытокъ отъ неиспользованія мельницы, вслѣдствіе просрочки въ доставкѣ пшеницы. Въ искѣ отказано: «черезъ своевременную заботливость, которой истецъ былъ обязанъ отвѣтчику, онъ могъ бы отвратить дальнѣйшій убытокъ» ¹⁾).

Erk. des O. L. G. Wohlfenbüttel, 24 Nov. 1871 [Seuf. Arch. 27/122]: Отвѣтчикъ плохо исполнилъ заказъ ледника. Ледъ въ 1868 г. растаялъ, а истецъ въ 1869 г. снова набиваетъ его льдомъ, и теперь ищетъ убытки за два года: *beide Parteien haften einander die Fürsorge eines guten Hausvaters zu leisten*».

O. Trib. Stuttgart, 26 Febr. 1875 [Seuf. Arch. 32/44]. Истецъ въ базарный день оставилъ безъ призора среди улицы свою лошадь. Последняя, испугавшись быстрого приближенія мчавшейся лошади отвѣтчика, сдѣлала скачекъ въ сторону, вслѣдствіе чего и была ранена наскочившей лошадыю и околѣла. «Небрежность потерпѣвшаго исключаетъ, какъ сама-вина, всякое притязаніе на возмѣщеніе убытковъ».

¹⁾ „Von dem saumigen Verkäufer kann neben der Preisdifferenz der Ersatz weiteren Schadens nur im Falle seiner Unvermeidlichkeit verlangt werden.“—Здѣсь же богатая ссылка на другія рѣшенія въ томъ же духѣ.

Seuf. Arch. 29/237; 31/235, 37, 16: ответственность за животных исключается, если потерпѣвшій самъ неосторожно вызвалъ раздраженіе чужого животного.

Во всѣхъ этихъ и массѣ подобныхъ случаевъ ¹⁾ судебная практика оправдываетъ полное исключеніе притязанія на возмѣщеніе убытковъ тѣмъ, что вина потерпѣвшаго ставитъ въ сомнѣніе субъективную причинную связь между правонарушеніемъ и вредомъ ²⁾.

Однако, *dolus* делинквента безусловно обосновываетъ его ответственность, даже при конкурирующей винѣ другой стороны [*Erk. des O. G. N. Bayern.* 26 Juli 1873, *Seuf. Arch.* 30/9].

Изъ цитированныхъ примѣровъ явствуетъ, что въ 60—70 г.г. прошлаго столѣтія практика «общаго права» создала новый принципъ. Она подъ вліяніемъ ученія Моммзена возложила на потерпѣвшаго двоякаго рода обязанность ³⁾: 1) отвращать вредъ, 2) уменьшать, по мѣрѣ силъ, возникшій убытокъ.

Если нѣтъ вины потерпѣвшаго,—делинквентъ долженъ возмѣстить весь убытокъ.

Если на лицо—вина потерпѣвшаго въ вышеуказанномъ смыслѣ,—тогда всякое его притязаніе на возмѣщеніе убытковъ отпадаетъ цѣликомъ.

Эта конструкція, какъ видимъ, не даетъ мѣста третьему исходу: для ограниченія ответственности делинквента: по-

¹⁾ *Seuf. Arch.* 26/227; 27/122; 30/75; 32/44, 35/285; 38/211; 41/89 44/86; 46/17.189.

²⁾ *Arch. Seuf.* 35/285: „...Sofern es in einem Fall ungewiss geblieben; ist, ob die Nachlässigkeit eines Anderen den Schaden überhaupt zur Folge gehabt hätte, falls nicht das eigene Verschulden des Beschädigten als wirkende Ursache hinzugekommen wäre“. Ср. *Seuf. Arch.* 31/16, 235; 42/190, 44/86, 46/189.

³⁾ Эта обязанность не безусловна. Такъ, напр. Рейхстерихъ извиняетъ упущеніе мѣръ къ отвращенію вреда, вслѣдствіе относительно большой ихъ стоимости. *Seuf. Arch.* 42/190.

слѣдній или (aut) отвѣчаетъ цѣликомъ, или (aut) вовсе не отвѣчаетъ!

III, Сильный ударъ нанесло этой конструкціи развитіе новыхъ каузальныхъ теорій съ начала 70-хъ годовъ того же столѣтія.

Къ этому времени относятся начало интенсивной научной разработки сущности понятій: *причины* и *причинной связи*.

На смѣну теоріи Моммзена завоевываютъ себѣ вниманіе и авторитетъ теоріи *Bar'a*, *Birkmeyr'a*, *Binding'a* Ученіе о множествѣ причинъ уступаетъ мѣсто ученію о принципиальной ограниченности причинъ,—какъ условій, обладающихъ созидательной силой [теоріи *κατ'ἐξοχήν*], или—какъ условій, каузальная сила которыхъ покоится на опытѣ и на наблюденіи регулярности явленій [теоріи адекватнаго причиненія].

Если до настоящаго времени ученіе о допустимости множества причинъ въ одномъ явленіи уживалось съ ученіемъ о рѣшающемъ значеніи причины, исходящей отъ дѣятельности потерпѣвшаго,—уживалось потому, что ученіе о *compensatio culpaе* не ставилось въ связь съ господствующей каузальной теоріей, а покоилось на особыхъ, самостоятельныхъ постулатахъ,—то теперь впервые явилась возможность поставить принципиально въ основу проблемы о *compensatio culpaе* ученіе о сущности *причинной связи*.

Въ теоріи ¹⁾ и практикѣ ²⁾ «общаго права» все болѣе и болѣе у рѣпляется мнѣніе о каузальной силѣ *упущеній* (*omissio*). *Seuf. Arch. Bd. 45'90*: «es muss der Nachdruck nicht auf die objective Verursachung des Schadens als darauf gelegt werden, ob dieselbe auf ein Tun oder Unterlassen beruht».

¹⁾ Windscheid. Pand. II, § 455; Brinz. Pand. II, § 340; Busch. o. c. Arch. Pr. 45, 135 152.

²⁾ Seuf. Arch. 25/125; 29/237; 31/37,229; 32/238; 35/25; 47/196.

Въ этомъ отношеніи не было теоретическихъ препятствій разсматривать виновное бездѣйствіе потерпѣвшаго, именно, съ точки зрѣнія его *каузальной* содѣйствія созданію искомаго вреда, и, слѣдовательно,—разрѣшать вопросы объ отвѣтственности делинквента по общимъ принципамъ права и не прибѣгая къ помощи стороннихъ, покоющихся на особыхъ постулатахъ, тезисахъ.

Съ начала 80-хъ годовъ практика начинаетъ противоплагать «естественной каузальности» [«*natürliche Causalität*»] «причинную связь въ правовомъ смыслѣ» [К. З. Н. *im Rechtssinne*]¹⁾.

Подъ послѣднимъ выраженіемъ практика понимаетъ взаимную связь явленій, покоющуюся на наблюденіи обычности въ ходѣ событій: «*Kausalzusammenhang nach dem regelmässigen und gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu beurteilen ist*»²⁾.

R. G. 5 Nov. 1898, [Entsch. Bd. 42, стр. 293]: Каузальное отношеніе прерывается необычайными, лежащими внѣ расчета обстоятельствами. Въ такомъ случаѣ, вредоносное дѣяніе сводится на степень побочной причины [Gelegenheitsursache]³⁾.

O. L. G. Kiel. 20 März 1885 [Seuf. Arch. 40/15]. Слуга А поставилъ въ уголъ горницы заряженное ружье. Другой слуга—мальчикъ 15 лѣтъ, играя имъ, выстрѣлилъ и ранилъ дѣвочку. Причинная связь между дѣяніемъ А и вредомъ установлена, хотя вредъ является послѣдствіемъ сего дѣянія лишь черезъ привхожденіе другихъ обстоятельствъ.—

На основаніи этихъ началъ, каузальность исключается при неразумномъ, не принимаемомъ обычно въ соображеніе

51 1) R. G. 30 Nov. 1895. Seuf. A. 52/18; R. G. 24 Febr. 1882, Gruch. B. 26. 1110.

2) R. G. 13 Nov. 85. *Bolze* II, 407. 27 Febr. 85; *Bolze* I, n^o 352; 18 Sept. 85, *Bolze* II, 408; 24 März 90, *Bolze* X, 189.

3) Ср. еще R. G. 11 Juli 1883, Entsch. Bd. 10, стр. 51.

вмѣшательствѣ *потерпѣвшаго*, поведеніе котораго и является самостоятельной причиной несчастья ¹⁾).

Причинная связь, вслѣдствіе виновнаго поведенія потерпѣвшаго, *прерывается* ²⁾), развѣ только отвѣтчикъ могъ бы предусмотрѣть неосмотрительность истца, какъ общую возможность, напр. неопытное врачеваніе его ³⁾), или же само неосторожное движеніе его ⁴⁾).

И при сопутствующей во времени конкурирующей винѣ потерпѣвшаго новая практика «общаго права» сознательно отклонилась отъ теоріи Моммзена.

Это обязано тому, что она стала понимать справедливость иначе, чѣмъ Моммзенъ.

Слабой стороной теоріи Моммзена была ея огульность: *всякая* вина потерпѣвшаго исключала цѣликомъ отвѣтственность делинквента. Грубо неосмотрительному дѣятелю шла на пользу легкая вина потерпѣвшаго, такъ какъ освобождала его отъ всякаго обязательства возмѣщать убытки.

На мѣсто этого огульнаго, упрощеннаго приѣма новое теченіе въ практикѣ «общаго права» выдвигаетъ иной методъ, который болѣе приближалъ рѣшенія къ искомой справедливости, чѣмъ прежнее право: методъ не обобщенія, а конкретизаціи отдѣльнаго случая.

Практика съ начала 80-хъ годовъ стала требовать болѣе глубокаго изслѣдованія конкретнаго случая; она стала детально взвѣшивать всѣ обстоятельства дѣла *для сравненія степени виновности поведенія истца и отвѣтчика*; центръ же тяжести при разрѣшеніи вопроса

¹⁾ R. 15 Oct. 1883, Bolze, X, 74; 9 Juni. 1885, Entsch. Bd. 14, 255; 16 Mai 1887, Bolze IV, n° 250; 30 Nov. 1895, Seuf. Arch. 52/18; 14 Dec. 1896, Bolze, 23, n° 168.

²⁾ R. G. 16 April. 86, Bolze III, 243; 12 Juli 85, Bolze II, 403.

³⁾ R. G. 5 Jan. 86, Bolze II, n° 395; 1 Apr. 87, Bolze IV, n° 244; 17 Oct. 89, Bolze VIII, n° 178.

⁴⁾ R. G. 11 Febr. 87, Bolze IV, n° 246; 22 Dec. 92, Bolze XV, n° 115; 14 Dec. 96, Bolze, XXIII, 168, 15 Oct. 1881, Seuf. Arch. 37 n° 298, здѣсь же ссылки на старыя рѣшенія: 23 Sept. 86, Bolze, III, 244.

объ ответственности кладесть въ томъ—кто изъ нихъ: потерпѣвшій или делинквентъ—*преимущественно* причинилъ несчастіе: «*welche Verschuldung als die überwiegende, somit eigentliche Ursache des Unfalls ist*» [R. G. III, 194/86, 8 Nov. Bolze III, 263].

Вмѣстѣ съ тѣмъ, она начинаетъ говорить о поведеніи той или другой стороны, какъ о «*eigentliche*», «*Hauptursache*» ¹⁾, «*wirkende Ursache*» ²⁾, «*wirkliche Ursache*» ³⁾.

При установленіи этой *преимущественной* причины, она пользуется, какъ критеріемъ, методомъ взвѣшиванія тяжести *взаимной вины* той и другой стороны ⁴⁾.

Такъ, было рѣшено:

R. G. V; 164/84. 10 Dez. [Bolze I, N. 359]. Хозяинъ не огородилъ системы колесъ своей машины. Рабочій легкомысленно смазывалъ машину на ходу и получаетъ увѣчіе.

Упущеніе хозяина—грубѣйшая неосторожность, а потому—«*eigentliche Ursache*». Вина рабочаго—лишь конкурирующая, т. к. «при устройствѣ машины согласно регламента ошибка служащаго осталась бы безвредной». Поэтому, хозяинъ не освобождается привходящей виной рабочаго.

R. G. II, 418/84, 23 Jan. 1885 [Bolze, I, по 363]. Рабочій былъ заваленъ при земляныхъ работахъ; причина—слишкомъ крутой откосъ земляной стѣны. Потерпѣвшій виновенъ, такъ какъ не удалился съ мѣста, не смотря на крики другихъ рабочихъ объ опасности. Но его вина безконечно мала сравнительно съ виной надзирателя за работами, кото-

¹⁾ R. G. 21 Nov. 85, Bolze, II, 397.

²⁾ R. G. 23 Dec. 84, Bolze I, 367; 3 Nov. 85, Bolze, II, 399; 9 Oct. 85, eod. n^o 406.

³⁾ R. G. 25 Juni 86, Bolze III, n^o 254.

⁴⁾ Senf. Arch. 44/86. Истецъ своимъ положительнымъ необычайнымъ дѣяніемъ поднялъ созданную виновнымъ упущеніемъ отвѣтника *возможность опасности* до степени *реального факта*. Искъ отвергнуть. R. G. 20 Mai 85, Bolze I, 58; 23 Sept. 86, Bolze III, 244; 25 Juni 86, Bolze, III, 254; *Contra*: R. G. 11 Jan. 94 Bolze, 18, n^o 117. Senf. Arch. 38/211; 41/89; 37/219; O. L. G. Bd. 16/32, 20/40.

рый и является «wesentliche Ursache» несчастія. Ибо рабочий не сознавалъ опасности, которая ему угрожала. При конкурирующей винѣ судья предстоить задача изслѣдовать и рѣшать: «welches *Verschulden* den Umständen nach als die *eigentliche Ursache* des Unfalls zu betrachten sei».

R. G. II. 25/84, 23 Dez. [eod. I, N. 367]. Рабочій въ темную ночь идетъ за масломъ, въ которомъ не было особой надобности, но извѣстному ему своей опасностью пути, лежащему черезъ крышу фабричнаго зданія. Въ этой самовинѣ надо видѣть, сравнительно съ возможной виной патрона, — «wirkende Ursache» несчастнаго случая.

R. G. 2 Jan. 92 [Seuf. Arch. 48/244]. Преимущественная причина несчастія [истецъ попалъ подъ поѣздъ, когда вспрыгнулъ на ходу поѣзда на подножку], — вмѣшательство начальника станціи, который стащилъ силой потерпѣвшаго съ подножки. Искъ удовлетворенъ.

Всѣ эти рѣшенія показываютъ, что практика «общаго права» и въ 80-хъ годахъ, не желая удовлетвориться теоріей негативно-условной каузальности, въ тоже время не примкнула ни къ одной изъ господствующихъ въ литературѣ каузальныхъ теорій. При привожденіи виновнаго вмѣшательства (дѣйствія, упущенія) потерпѣвшаго въ каузальную серію, заложенную делинквентомъ, она пользуется теоріей *Bar'a* [regelmässige Z. H.] или *Dernburg'a* и *Cohnfeldt'a* [противоположеніе между дѣйствующей причиной и поводомъ — побочной причиной].

При совмѣстной же сопричинной дѣятельности потерпѣвшаго и делинквента она пользуется теоріей *Birkmeyer'a* [wirksamste Ursache] ¹⁾.

Результатъ этого метода одинъ — во всѣхъ случаяхъ: полное погашеніе ответственности делинквента при на-

¹⁾ Изложеніе этихъ теорій см. въ т. I. ч. I. гл. 3.

личности *преимущественной* причины на сторонѣ потерпѣвшаго.

Не трудно усмотрѣть, что изложенное нами теченіе 80-хъ годовъ въ практикѣ «общаго права», хотя и отклоняется отъ метода, господствовавшаго въ 60 и 70-хъ годахъ, но не разрываетъ съ нимъ всякой связи.

Въ результатѣ и она приходитъ къ системѣ: «*aut—aut*»: дѣятель отвѣчаетъ за все или за ничто. Разница въ этихъ двухъ направленіяхъ сводится, такимъ образомъ, къ одному: тогда какъ въ старой практикѣ всякая вина потерпѣвшаго исключала отвѣтственность делинквента, въ новой практикѣ судья возлагалъ отвѣтственность на того,—кто изъ сторонъ является *главной причиной* несчастія.

Какъ видимъ, и новая практика «общаго права» создала конструкцію,—очень далекую отъ идеала индивидуализирующей справедливости.

Модная «*Bewirkungstheorie*», обнаружила свое полное банкротство въ разрѣшеніи практической задачи: распределить доли каузальнаго участія нѣсколькихъ лицъ въ созданіи одного деликта.

Эта теорія, пользовавшаяся такимъ незаслуженнымъ кредитомъ въ 80-хъ годахъ, задержала развитіе «общаго права» на пути къ достиженію истинной справедливости: частичному пониженію отвѣтственности делинквента при конкурирующей винѣ потерпѣвшаго.

Не достигло этого идеала «общее право» и въ 90-хъ годахъ!

IV. Даже наоборотъ! Съ начала 90-хъ годовъ мы съ изумленіемъ наблюдаемъ поразительно рѣзкое возвращеніе «общаго права» къ старой практикѣ ¹⁾. Послѣ десятилѣтняго

¹⁾ Вмѣстѣ съ тѣмъ мы замѣчаемъ еще съ 80-хъ годовъ возвратъ къ старой условно-каузальной теоріи Моммзена. См. R. G. 15 Oct. 1881, Gruch. B 26, стр. 1107. Мы не можемъ различать „*Gelegenheitsursache*“ и „*bewir-*

забвенія воскресаеъ ученіе Моммзена, и снова афоризмъ: «quod quis ex culpa sua...» получаетъ жизненную силу въ низшихъ судахъ при авторитетной поддержкѣ Рейхсгерихта.

O. L. G. Braunschweig, 27 März 1889=R. G. 12 Juli 1889 [Seuf. Arch. 45/182]. Желѣзно-дорожный барьеръ былъ такъ плохо устроенъ, что при малѣйшемъ напорѣ открывался. Тихо ѣдущая повозка истца, который спалъ (culpa!), безъ труда опрокинула барьеръ, и сѣдокъ попалъ подъ поѣздъ.—Искъ исключенъ, «согласно римскому праву».

«Покоятся ли эти нормы на общемъ правилѣ справедливости, такъ что при всякомъ дѣйствиіи лицо обязано къ вниманію и оглядкѣ, и тамъ, гдѣ таковое имъ примѣнено не было, онъ самъ несетъ вредъ, какъ со-причиненный имъ самимъ, —или же надо конструировать отношеніе такъ, что въ этихъ случаяхъ на лицо—лишь одна причина вреда [=погашеніе прежней каузальности]—*a^o. leg^s. Aquiliae* все равно исключается, независимо отъ размѣра взаимной вины¹⁾».

R. G. Mai 1891, [Seuf. Arch. 48, n^o. 30].

Истецъ ѣхалъ навстрѣчу повозкѣ отвѣтника и въ виду ея повернулся спиной, затѣмъ былъ задѣтъ повозкой и получилъ ущербъ.

«Поведеніе истца виновно и каузально. Хотя поведеніе отвѣтника также виновно, но въ искѣ должно быть отказано. Какъ принципъ, должно быть принято такое положеніе: при-

kende Ursache“. Въ эти обстоятельства дѣйствуютъ вмѣстѣ „und es darf daher nicht bloss das letzte Glied in der Kette der Voraussetzungen als Ursache desselben angesehen werden“. [Здѣсь же ссыла на l. 30 § 3 D 9. 2: „nam et qui *occasionem* praestat, damnum fecisse videtur“].—R. G. 20 Jan. 1886, Bolze II № 385; R. G. 29 Juni, 1886, III № 256; R. G. 9 Nov 1888, Bolze, VI, № 189.

¹⁾ Cp. R. G. III, 58/89, 29 Mai, Bolze 8, n^o 168; Entsch. des bayer. Obersten L. G. 5 Mars 1892, Bd. XIV, 30.—Интересно измѣненіе взгляда Рейхсгерихта на юридическія послѣдствія *Versari in re illicita*. R. G. VI, 77/89, 27 Mai, Bolze, VIII, n^o 169 устанавливаетъ принципъ: защищается лишь правомѣрный оборотъ. *Contra*: R. G. 25 Sept. 1885, Seuf. Arch. 41/89

тязаніе е lege Aquilia отпадаетъ, если пострадавшій навлекаетъ на себя упрекъ въ собственной неосторожности. Этотъ принципъ не имѣетъ примѣненія лишь тогда, когда вина потерпѣвшаго была безъ значенія (unerheblich) для наступленія вреда. Если же, какъ въ настоящемъ случаѣ, эта самовина конкурируетъ такимъ образомъ, что вредоносное несчастіе безъ него было бы избѣгнуто,—притязаніе на убытки поашается,—безъ различія того, въ какой мѣрѣ падаетъ на делинквентна вина»

O. L. G. Bayern, 10 Febr. 1894. [Senf. Arch. 50/17].
[См. тождественный казусъ и разрѣшеніе въ томъ же смыслѣ: *O. L. G. Darmstadt, 24 Oct. 1890, Senf. Arch. 46/96].*

Истица спускалась по неосвѣщенной лѣстницѣ въ чужомъ домѣ и, упавъ, получила увѣчіе.—Искъ отвергнуть ибликомъ.

«На ея сторонѣ—неосторожность, и она несетъ саму вину въ томъ, что бѣжала внизъ по лѣстницѣ и при этомъ получила увѣчіе. Лежитъ ли и на сторонѣ отвѣтчика небрежность—этотъ вопросъ не требуетъ изслѣдованія, такъ какъ во всякомъ случаѣ въ лицѣ истицы лежитъ конкурирующая, исключаящая отвѣтственность отвѣтчика вина».

R. G. II, 189/94, 7 Dez. [Bolze, XIX, n° 154].

Истецъ на ночь загналъ въ загородъ своихъ овецъ подъ наблюденіемъ особаго овчаря. Собака отвѣтчика проникла въ загородъ и искусала много овецъ, многія были задушены въ паникѣ другими овцами. Искъ отклоненъ, такъ какъ овчарь ушелъ на продолжительное время, а его присутствіе устранило бы вредъ.

«Поведеніе овчаря можно считать каузальнымъ для несчастія. Вопросъ же какое изъ двухъ виновныхъ поведеній—овчаря или хозяина собаки—является преимущественной причиною «ist an sich tatsächlicher Natur und lässt einen Rechtsirrtum nicht erkennen».

Знаменательно и полно значенія здѣсь уклоненіе Рейхсгерихтомъ отъ дачи судамъ какихъ либо руководящихъ началъ подъ тѣмъ предлогомъ, что обсуждаемый вопросъ есть вопросъ факта. Рейхсгерихтъ и не считаетъ нужнымъ входить въ изслѣдованіе «преимущественной причины», и оправдываетъ это «фактической природой» — вопроса.

На самомъ дѣлѣ, мы находимся лицомъ къ лицу съ болѣе глубокимъ явленіемъ: кореннымъ переворотомъ практики «общаго права» во взглядахъ на трактуемый вопросъ. Рейхсгерихтъ настолько убѣжденъ, что полное исключеніе отвѣтственности при конкурирующей винѣ потерпѣвшаго есть дѣло естественной справедливости, что не считаетъ нужнымъ входить въ полемику съ той или другой конструкціей, лишь бы только она приводила къ одному желаемому выводу: полному погашенію отвѣтственности, независимо отъ взаимной тяжести вины на той и другой сторонѣ.

Таково — послѣднее слово «общаго права»! ¹⁾.

V. Надо было наступить зарѣ XX вѣка, что бы судья получилъ въ свои руки право судить и рѣшать по конкретнымъ обстоятельствамъ дѣла вопросъ: — отвѣтственъ ли и въ какомъ размѣрѣ одна сторона передъ другой за причиненный вредъ.

Опубликованіе *Новаго Германскаго Уложенія* знаменуетъ въ этомъ отношеніи новую эпоху: лишь теперь судья получилъ право индивидуализировать отдѣльный казусъ, соотвѣтственно настоящей справедливости.

Ст. 254 п. I Герм. Ул. постановляетъ:

«Если наступленію вреда способствовала вина потерпѣвшаго, то обязанность къ возмѣщенію и размѣръ

¹⁾ См. еще R. G. 21 März. 1892, Bd. 29, стр. 120; 3 März 1892, Bd. 29, стр. 122; 14 Dec. 1896; Bolze, Bd. 23 n^o 168.

ея зависить отъ обстоятельствъ, въ частности отъ того, насколько вредъ былъ обусловленъ преимущественно той или другой стороной».

Вмѣсто неуклюжаго и ригорознаго правила «общаго права» — «все или ничего» — дается мѣсто массѣ всевозможныхъ выводовъ. Судья не рѣшаетъ отнынѣ огудомъ «съ плеча», — онъ выступаетъ въ роли неограниченнаго въ своихъ полномочіяхъ арбитра между сторонами *для распределенія между ними ответственности, сообразно всѣмъ обстоятельствамъ конкретнаго дѣла.*

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Германская юриспруденція по примѣненію имъ
перскаго закона 7 іюня 1871 г. (§ 1 R. Н. G.).

§ 1. Юриспруденція 70-хъ годовъ прошлаго столѣтія.
(Конструкція: всякая вина потерпѣвшаго прерываетъ причинную связь между желѣзно-дорожною эксплоатаціею и несчастіемъ).

§ 1 R. Н. G. гласитъ:

«если при эксплоатаціи (bei dem Betriebe) желѣзной дороги человекъ будетъ убитъ или поврежденъ въ здоровьѣ, то владѣлецъ предприятия отвѣчаетъ за возникшій отъ этого вредъ, если онъ не докажетъ, что несчастіе (der Unfall) произошло вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы или по собственной винѣ умершаго или пострадавшаго въ здоровьѣ».

По мысли закона желѣзная дорога не отвѣчаетъ во-первыхъ, за тѣ извнѣ привходящія силы природы или дѣйствія третьихъ лицъ, которыя не могутъ быть предотвращены примѣненіемъ разумныхъ (съ экономической точки зрѣнія) мѣръ осторожности ¹⁾. Этому «внѣшнему случаю» (äussere

¹⁾ *Egger*, Das R. Н. G. (Hannover, 1900), стр. 112 сл. опредѣляетъ „vis major“, какъ извнѣ привзошедшее событіе, которое пертурбационно вторгается въ само по себѣ безупречное функционированіе всѣхъ органовъ, людей и подвижнаго состава предприятия, и приводитъ къ катастрофѣ. Здѣсь же *Egger* приводитъ и литературу вопроса. Рейхсгерихтъ ²⁾ даетъ такое опредѣленіе „высшей силы“: R. G., Bd. 64, стр. 404: „Der Begriff der höheren Gewalt setzt erst dann ein, wenn der Unfall in einem äusseren, unabwendbaren, mit den dem Betriebe eigentümlichen Gefahren ausser Zusammenhang stehenden Ereignissen seinen Grund habe“. „Ein solcher, in seiner Ursache und in seiner

Zufall) противопоставляется «внутренний случай» (innerer Zufall), под которым понимается всякое несчастье, вытекающее изъ функционирования орудій и органовъ желѣзно-дорожнаго промысла, какъ то подвижнаго состава, служащихъ и т. д. За этотъ «внутренний случай» желѣзная дорога отвѣчаетъ безусловно ¹⁾, такъ какъ въ этихъ случаяхъ причина несчастія должна быть отнесена къ особенной опасности желѣзно-дорожной эксплуатаціи ²⁾.

Первоначальная судебная практика ³⁾ и съ особымъ упорствомъ до настоящаго времени и часть доктрины ⁴⁾ обо-

Wirkung einem elementaren Ereignis gleichkommender, auf den Betrieb der Strassenbahn von aussen einwirkender Vorgang muss als ein ungewöhnliches, mit diesem Betricbe nicht schon seiner Natur nach verknüpftes Ereignis angesehen werden und es hat daher höhere Gewalt zu gelten“. O. L. G. Köln 22 Jan. 1910, Eis. E. 1910, 1 Heft, № 17: „Unter den Begriff der höheren Gewalt fallen alle diejenigen äusseren Ereignisse, Naturereignisse und Handlungen Dritter, deren Vermeidung nicht möglich ist ungeachtet der Vorkehrungen, welche nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in vernünftiger Weise getroffen worden sind, um den Eintritt jener Ereignisse abzuwenden“. Прекрасный очеркъ о развитіи идеи *vis major* въ литературѣ вопроса см. у I. R. Luchsinger, Vis major. Zürich., 1909, стр. 93—141.

¹⁾ См. Прусскій желѣзно-дорожный законъ 3 мая 1838 г.: „Опасная природа предприятия не должна быть рассматриваема, какъ случайность, освобождающая отъ обязанности вознаградить за ущербъ“.

²⁾ Merkel, о. с. 187—190; Exner, Der Begriff der höheren Gewalt (vis major), 1883, стр. 30. R. G. 23 Sept. 1909, Eis. E. XXVI, 203. „Die Unvermeidbarkeit, die ihren Grund in der gefährdenden Natur des Unternehmers selbst haben und deshalb auch nicht als von aussen in den Betrieb eingreifende Ereignisse zu erachten sind, ist nicht geeignet, den Einwand der höheren Gewalt zu begründen“.

³⁾ R. G. 20 Juni 1880, Eis. E. Bd. I, стр. 103; Seuf. Arch. Bd. XIV (1861) 208. „Betrieb einer Eisenbahn notwendig und unzertrennlich eine kulpöse Handlungsweise mit sich führt“!

⁴⁾ Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, стр. 433; Weinrich, Die Haftpflicht. Berlin. 1902, стр. 150; H. Waentig, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen (Leipzig, 1875), стр. 83, 87; Croissant, Eigenes Verschulden. Strassburg. 1893, стр. 28—30: „то что для профана есть случай, то для специалиста есть вина“. Contra: Endemann, Die Haftpflicht der Eisenbahnen, 1885, стр. 18: „Die Haftpflicht ist vorhanden... ohne dass es des Nachweises und Prüfung bedarf, ob den in Anspruch genommenen Haftbaren ein Verschulden trifft“. Ею же, Das Recht der Eisenbahnen. II, § 135, стр. 701: „Nichts liegt näher als in der Haftpflicht eine Versicherung zu

сновываютъ эту отвѣтственность на той идеѣ, что «внутренній случай» есть проявившійся вовнѣ недоступный внѣшнему познанію промахъ въ веденіи эксплуатаціи. Въ виду опасности промысла законъ возлагаетъ на предпринимателя обязанность «чрезвычайной рачительности»; погрѣшеніе противъ послѣдней есть неосторожность.

Такимъ образомъ, спеціальная желѣзно-дорожная отвѣтственность стала базироваться на презумпціи перманентной *вины* владѣльца предпріятія.

Дѣйствию «*vis major*» законъ приравниваетъ и *собственную вину потерпѣвшаго*. По мысли закона, въ основѣ того и другого явленія лежитъ то общее, что привхожденіе новой причины *прерываетъ* каузальную связь между желѣзно-дорожной эксплуатаціей и несчастіемъ ¹⁾.

Законъ говоритъ вообще о «собственной винѣ» [«*durch eigenes Verschulden*»] ²⁾ и не дѣлаетъ различія въ отвѣтственности желѣзной дороги по бѣльшей или меньшей степени вины потерпѣвшаго; всякая—даже ничтожнѣйшая—вина потерпѣвшаго обосновываетъ возраженіе владѣльца предпріятія изъ § 1, если только эта вина была *причиной* несчастія ³⁾.

Таковы положенія, которыя извлекла первоначально юриспруденція изъ текста закона.

erblicken, die der Betriebsunternehmer zu tragen hat“. Тѣ же идеи высказываетъ *Westerkamp*, *Die Haftpflicht*, [*Endemanns. Handbuch des Handelsrechts*], III. стр. 640, 643.

¹⁾ R. G., Bd. X, стр. 51: „...weil durch diese mitwirkende selbständige Ursache der Kausalzusammenhang mit der Eisenbahnbetriebe im rechtlichen Sinne als *unterbrochen* erscheint“. *Endemann. Haftpflicht*, 16 *Das Recht der Eisenb.*, 700.

²⁾ Законъ 1871 г. преслѣдовалъ цѣль опредѣлить желѣзно-дорожную отвѣтственность для всего государства по возможности однородно. Поэтому, онъ исключаетъ примѣненіе мѣстныхъ законовъ (*Landesgesetze*) о конкурирующей винѣ. R. G. Febr. 1880, *Gruch. Beil.* 24, стр. 1112.

³⁾ *Weinrich*, Sind die §§ 254, 846 B. G. B. auf H. G.... nicht anwendbar. *Eis. Ent.* XIX, 369 сл.; *Kah*, Kommentar zum H. P. G. (Mannheim. 1874), стр. 54; *Egers*, *Eisenb. E.* III, стр. 245; XIV, стр. 137; R. G. 23 Febr. 1897, Bd. 38, стр. 164; R. G., Bd. 53, стр. 400, Bd. 51, стр. 278.

§ 2. Юриспруденція 80-хъ и 90-хъ годовъ прошлаго столѣтія. [Конструкція: «преимущественная вина==настоящая причина несчастія»].

Жизнь скоро показала, что въ эти тезисы не можетъ быть уложено все разнообразіе случаевъ, выдвигаемыхъ практикой. Судамъ скоро пришлось приспособлять текстъ закона къ тѣмъ отношеніямъ, когда презюмированная вина желѣзной дороги воплощалась въ вину реальную. Въ этихъ случаяхъ поднимался вопросъ: можно ли исключить *возраженіе собственной вины потерпѣвшаго* на томъ основаніи, что воспроизведенію несчастія содѣйствовала не только вина потерпѣвшаго, но какая либо вина желѣзной дороги, и вина потерпѣвшаго, такимъ образомъ, не является *единственной причиной несчастія*?

Или же и въ этой категоріи случаевъ мы должны допустить «возраженіе собственной вины» цѣликомъ на томъ основаніи, что буквальный текстъ закона не проводитъ различія:—содѣйствовала ли собственная вина потерпѣвшаго наступленію несчастія одна или лишь частично ¹⁾.

Судебнымъ дѣателямъ было ясно одно: какъ первое, такъ и послѣднее рѣшеніе представляютъ крайности.

Въ самомъ дѣлѣ, законодатель отнюдь не желалъ отказать желѣзной дорогѣ въ возраженіи собственной вины потерпѣвшаго, если при очень серьезной винѣ потерпѣвшаго несчастію содѣйствовала незначительная неосторожность желѣзной дороги; точно также онъ не желалъ дать это возраженіе и тогда, когда рядомъ съ незначительною неосторожностью потерпѣвшаго конкурируетъ тяжелая вина желѣзной дороги ²⁾.

¹⁾ *Eger* о. с. 159—160.

²⁾ *Eger*. о. с. 161; *Eick*, Die Rechtswirkungen des *konk. Verschuldens*, 1904, стр. 111 приводитъ такой примѣръ изъ немецкой практики: пассажиръ хочетъ вскочить въ повозку, когда тотъ уже тронулся. Желѣзно-дорожный стужащій старается оторвать его отъ подножки; отъ этого пассажиръ падаетъ подъ колеса повозки. Здѣсь на *сторонахъ* желѣзно-дорожного служащаго болѣе тяжелая вина.

21. Изъ этихъ соображеній, однако, никакъ нельзя было сдѣлать выводовъ въ духѣ «индивидуализирующей справедливости».

Пониженію отвѣтственности виновной желѣзной дороги при наличности собственной вины потерпѣвшаго стояла та помѣха, что, разъ обязанность вознагражденія на сторонѣ желѣзной дороги установлена, она должна его возмѣстить въ *полномъ* объемѣ, ибо текстъ закона не даетъ опоры для соизмѣренія объема отвѣтственности желѣзной дороги степенью ея виновности.

Отсюда остается сдѣлать тотъ выводъ, что возраженіе собственной вины потерпѣвшаго обосновано при томъ условіи, если съ виной желѣзной дороги конкурируетъ *болѣе тяжкая* вина потерпѣвшаго: это возраженіе, наоборотъ, недопустимо, если болѣе тяжкая вина лежитъ на сторонѣ желѣзной дороги. Устанавливая болѣе тяжкую вину («überwiegendes Verschulden») на той или на другой сторонѣ, судья тѣмъ самымъ констатируетъ—на чьей сторонѣ лежитъ *дѣйствительная причина* (eigentliche Ursache) несчастія: результатъ этого изслѣдованія и разрѣшаетъ въ ту или другую сторону вопросъ объ отвѣтственности или безотвѣтственности желѣзной дороги ¹⁾.

Къ такому выводу и пришла судебная практика въ 80-хъ годахъ прошлаго столѣтія.

R. G. 25 Febr. 1882, Seuf. Arch. Bd. 37. № 219:

„Въ случаѣ конкурирующей вины желѣзной дороги и потерпѣвшаго важно то, является ли вина послѣдняго настолько преобладающей

¹⁾ R. G. 22 Juni 03, J. W. 1903, 32, Beil., стр. 92: „Wenn dem eignen Verschulden des Verunglückten ein *überwiegendes Verschulden* der Eisenbahn als Ursache des Unfalls gegenüberstehe.—dann ist dieser Unfall nicht im Sinne jenes § 1 durch *eignes Verschulden* des Verletzten verursacht“; R. G. 18 Febr. 1882, Eis. E. II, стр. 209—213. 21 März. 1884, Eis. E. III. стр. 200; 25 Jan. 1882, Eis. E. III, стр. 245 центръ тяжести кладутъ въ томъ „ob nicht das Verschulden der Bahn *überwiege* und als die *eigentliche Ursache* des Unfalls zu betrachten sei“. См. еще рѣшенія, приведенныя у Eger, Das. R. H. G. стр. 160—164 и Tracger Der Causalbegriff, 359—360.

(vorwiegend), что можно сказать, что несчастіе *причинено* ею. Лишь въ послѣднемъ случаѣ желѣзная дорога въ уваженіе собственной вины пострадавшаго, согласно § 1 R. H. G., свободна отъ обязанности возмѣщенія“.

R. G. 11 Juni 1887. Zeit. für franz. Civilrecht. Bd. 18 (1888), стр. 426. „При возраженіи собственной вины потерпѣвшаго судъ долженъ не раздѣлять убытокъ по соразмѣрности доказанной вины между обѣими сторонами, а долженъ установить,—какая вина должна быть разсматриваема, какъ *настоящая, дѣйствующая причина* [eigentliche, wirkende Ursache] вредоноснаго событія. Законъ требуетъ, именно, для присужденія возмѣщенія убытковъ доказательства, что убытокъ *причиненъ* черезъ вину отвѣтчика. Это доказательство не представлено, если оказывается, что обѣ стороны виновнымъ образомъ содѣйствовали возникновенію убытка“.

Такимъ образомъ, по ученію юриспруденціи, въ области § 1 R. H. G. собственная вина потерпѣвшаго *превышаетъ причинную связь* между отправленіемъ предпріятія и несчастіемъ: если несчастіе не обязано специфической опасности желѣзно-дорожнаго промысла, то отпадаетъ разумное основаніе строгой отвѣтственности желѣзной дороги; въ этомъ случаѣ вина потерпѣвшаго не «mitwirkt», а «bewirkt».

Для тѣхъ же случаевъ, когда вина потерпѣвшаго конкурируетъ съ виной желѣзной дороги, старая судебная практика выработала переходную теорію. Она избѣгаетъ говорить объ «преимущественной причинѣ», а, опираясь на природу вещей и на общіе директивы закона ¹⁾, она предпочитаетъ давать рѣшающее значеніе «преимущественной винѣ», какъ «главной», «настоящей» причинѣ несчастія.

При такомъ построеніи цѣль «взвѣшиванія вины» отно-

¹⁾ Seuf. Arch. Bd. 31, № 331. На самомъ же дѣлѣ, R. G. находится въ этомъ вопросѣ подъ непосредственнымъ вліяніемъ французской практики, которая также рѣшающее значеніе придавала преимущественной винѣ той или другой стороны. Zachariae. Französische Civilrecht. § 444. note 11. О французскомъ правѣ прирейнскихъ провинцій см. Scherer, Das Recht der Schuld. (1899), стр. 29.

силась къ опредѣленію самой отвѣтственности, и не распространялась на объемъ подлежащаго возмѣщенію убытка.

При конкурирующей винѣ потерпѣвшаго и желѣзно-дорожныхъ служащихъ, желѣзно-дорожное предпріятіе цѣликомъ не отвѣчаетъ, если несчастіе причинено, именно, собственной виной потерпѣвшаго, т. е. вина его является «*eigentliche Ursache*» несчастія.

И, наоборотъ,—оно отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ, если вина желѣзно-дорожныхъ служащихъ «*überwiege, und als die eigentliche Ursache des Unfalls zu betrachten sei*»¹⁾.

Желѣзно-дорожное предпріятіе, такимъ образомъ, отвѣчаетъ за все или за ничто, оно отвѣчаетъ или не отвѣчаетъ: третьему исходу,—пониженію отвѣтственности указанная конструкция мѣста не давала.

Но, хотя такая практика и не давала рѣшеній, диктуемыхъ индивидуализирующей справедливостью, однако, она должна быть отмѣченной историкомъ-юристомъ, какъ знаменательное въ исторіи изслѣдуемаго нами института явленіе²⁾.

§ 3. Юриспруденція переходнаго времени 1896—1903 г. [Конструкция: «преимущественная причина=исключительная причина несчастія»].

Эта переходная теорія, выработанная юриспруденціей, была воспринята и комментаторами § 1 R. N. G., у кото-

¹⁾ *Reindl, M. Textausgabe des R. N. G. 1901*, стр. 84: изъ приведенныхъ имъ рѣшеній явствуетъ, что въ случаѣ сомнѣнія суды рѣшались въ пользу потерпѣвшаго: „*in dubio pro reo*“.

²⁾ Эта практика по примѣненію § 1 R. N. G. пробиваетъ первую брешь въ практикѣ „общаго права“ (*Gemeines Recht*) въ старомъ ученіи о зачетѣ вины. Тогда какъ, въ 60-70-хъ годахъ прошлаго столѣтія въ области общегражданскихъ отношеній всякая вина потерпѣвшаго изначала и цѣликомъ исключала отвѣтственность деликвента,—съ начала 80-хъ годовъ мы видимъ новое теченіе въ практикѣ „общаго права“: вина потерпѣвшаго вызываетъ полное погашеніе отвѣтственности деликвента, но при условіи, что эта вина является *causa efficiens* несчастія. Желѣзно-дорожное законодательство и практика по примѣненію § 1 R. N. G. дали толчекъ практикѣ „общаго права“ стать на этотъ путь.

рых¹⁾ она продолжает пользоваться кредитомъ и послѣ того, какъ она потеряла авторитетъ въ судебной практикѣ,

И въ литературѣ вопроса нѣкоторые теоретики²⁾ до сихъ поръ склонны при конкурирующей винѣ потерпѣвшаго рѣшающее значеніе придавать не обстоятельству бѣльшей или меньшей мѣры вины, а тому факту, — кака была «*wirklich kausal*» для несчастія.

Однако, эта модная въ практикѣ и доктринѣ 80-хъ годовъ конструкція отнюдь не можетъ быть представлена нами, какъ такое окаменѣлое и консервативное построеніе, которое исключало бы возможность дальнѣйшаго движенія къ цѣлямъ конкретизирующей справедливости.

Даже наоборотъ! Мы должны смотрѣть на это направленіе, именно, какъ на этапъ въ общемъ развитіи ученія о совмѣстной винѣ по пути къ болѣе гибкой и совершенной конструкціи.

Какъ мы видѣли выше, изысканіе *causa efficiens* замѣнило собой установленіе *leichter* вины потерпѣвшаго. Этимъ самымъ развивался уже одинъ принципъ будущаго § 254 В. Г. В.: *идея конкурирующей причины*³⁾.

Вмѣстѣ съ уничтоженіемъ партикуляризма въ Германіи

¹⁾ Eger, Kommentar (1900), стр. 161; Henle-Eischer, Burg Gesetzbuch. München. 1904, прим. 5 къ ст. 42 Einf. G. M. Reindl, o. c. 80.

²⁾ Rutz. Ueber die Aenderungen am R. H. G. Blätter für R. A., Bd. 64, стр. 1—91: Dernburg, Bürg. R. I. стр. 28, IV.

³⁾ Въ самомъ дѣлѣ, торжеству идеи „конкурирующей причины“ послужилъ, именно принципъ *causa efficiens*, развившіеся въ практикѣ въ видѣ судебного обычая. *R. H. G.* молчитъ о содержаніи собственной вины: но несомнѣнно, что онъ не имѣлъ въ виду предоставить выработку этого понятія партикулярнымъ законодательствамъ. Объединяющую роль въ дѣлѣ единообразнаго примѣненія *R. H. G.* играетъ Рейхсгерихтъ, который и выработалъ конструкцію „преимущественной причины“. R. G. 7 Febr. 1880, Gruch. Beitr. XXIV, стр. 1112: „Die Vorschriften der Landesgesetze über das konkurrierende Verschulden des Beschädigten sind bei Anwendung des R. H. G. nicht zu berücksichtigen“.

явилась возможность примѣнить къ желѣзно-дорожному закону обще-гражданскій законъ [§ 254 B. G. B.] ¹⁾.

Нельзя, впрочемъ, сказать, что этотъ послѣдній шагъ, сдѣланный Рейхсгерихтомъ, оправдывался строгимъ толкованіемъ воли законодателя, выраженной въ изданныхъ имъ текстахъ.

Даже наоборотъ! Мы можемъ отмѣтить здѣсь мужество Рейхсгерихта, который не постѣснился стать въ прямой расколъ, какъ съ буквою закона ²⁾, такъ и съ Матеріалами къ B. G. B. ³⁾, и, наконецъ, съ господствующимъ мнѣніемъ въ литературѣ ⁴⁾.

¹⁾ § 254 B. G. B. „Если наступленію вреда способствовала вина потерпевшаго, то обязанность къ возмѣщенію и размѣръ ея зависятъ отъ обстоятельствъ, въ частности отъ того, насколько вредъ былъ обусловленъ преимущественно той или другой стороной“ (абз. 1.).

²⁾ R. G. 9 Nov. 1903, Bd. 56 (1904), стр. 154 сл. ссылается на аналогію съ каузальной ответственностью за животныхъ (§ 833). гдѣ § 254 примѣняется несомнѣнно. Ср. еще: Eis. Ent., XX, стр. 263. Этотъ аргументъ разбиваетъ *Königslöw*, Unzulässigkeit der Schadensteilung. (Berlin. 1905), стр. 8: „въ § 833 нѣтъ спеціальнаго указанія на то, что держатель животного не отвѣчаетъ, если онъ докажетъ, что поврежденіе было вызвано личной виной потерпевшаго“.

³⁾ R. G. 29 Jan. 1906, Bd. 62, стр. 350, пытается обосновать свой взглядъ ссылками на законод. матеріалы. Однако,—неудачно *Protok.* VI, стр. 591, 594, прямо указываютъ на то, что здѣсь непримѣнимы общіе принципы гражданскаго права. *Königslöw*, о. с. 6.—Важно то, что § 42 E. G., указывая на измѣненія въ редакціи ж. д. закона послѣ вступленія въ силу B. G. B., умалчиваетъ о примѣненіи здѣсь § 254 B. G. B. *Eger*, R. H. G. 161; *Plank*, B. G. B., Bd. VI, № 7, zu Art. 42. *Mugdan*, Materialien., I, 129. v. *Weinrich* A. Die Haftpflicht wegen Körperverletzung. Berlin. 1902, стр. 370.

⁴⁾ *Fischer-Hentle*, Pandausgabe, стр. 1029; *Scherer*, Kommentar II, zu § 254, стр. 31; *A. Eick*, Die Rechtswirkungen des konkur. Verschuldens, Rostock. 1904, стр. 111; *Aron*, Eis. E. XIV; 190; *Rutz*, Ueber die Aenderungen am R. H. G. Blätter für R. A. т. 64 (1899), 91; *Reindl*, Komm. zum. H. G., 81; *Krückmann*, Verschuldensaufrechnung. Iher. Jahrb. XIX (1909) стр. 168—169; *Eger*, R. H. G. (1906) 151, *Plank*, Komm. zum B. G. B. т. VI, № 7, zu Art. 42 E. G.; *Königslöw*, о. с. 3; *Lass u. Maier* Haftpflichtrecht (2 Aufl.) стр. 99; *A. Weinrich*, о. с. 87, 150, 158. Противоположнаго мнѣнія: *A. Weinrich*. Sind die §§ 254, 846 B. G. B. auf die H. G. anwendbar? Eis. E. XIX, 369—370 (въ измѣненіе своего прежняго взгляда!). *Schollmeyer*, Schuldv., прим. 1, къ § 254; *Schierlänger*, Das. R. H. G. und § 254 B. G. B.—Bl. f. R. A. 70 (1905), стр. 109; *Endemann*, Einführung. I, стр. 595.

Опираясь на то, что «новое право Гражданскаго Уложения вмѣстѣ съ прежнимъ имперскимъ правомъ. упомянутымъ въ ст. 32 «Закона о введеніи въ дѣйствіе Уложения», представляется, какъ цѣльная [einheitliche] кодификація»¹⁾, Рейхсгерихтъ пришелъ къ выводу, что «послѣ изданія Германскаго Уложения» нѣтъ болѣе основанія въ области железнодорожно-дорожнаго законодательства оспаривать, вслѣдствіе простаго перевѣса одной причины, *каузальность* другой причины, разъ этотъ принципъ не выраженъ въ общегражданскомъ законѣ»²⁾.

Такимъ образомъ, железнодорожное законодательство на пространствѣ тридцати лѣтъ вступаетъ съ 1900 года въ третью фазу своего развитія: вина потерпѣвшаго, по новому ученію Рейхсгерихта, не исключаетъ а ргіогі отвѣтственности железной дороги; даже и въ томъ случаѣ, когда она перевѣшиваетъ вину железнодорожныхъ служащихъ, она въ принципѣ служитъ моментомъ, *умѣряющимъ* отвѣтственность железной дороги.

Однако, рѣзкость перехода отъ ученія объ «одной причинѣ» къ гибкимъ принципамъ Германскаго Гражданскаго Уложения была смягчена практикой Рейхсгерихта, который для этого переходнаго времени—между изданіемъ Уложения (1896 г.) и вступленіемъ его въ силу (1900 г.)—создаетъ еще новое построеніе.

¹⁾ R. G. 5 Mai 1906, Bd. 63, стр. 67; 27 Nov. 1902, Bd. 53, стр. 75: „поэтому общія нормы Уложения охватываютъ и законодательный матеріалъ, нормированный въ специальныхъ законахъ“. См. рѣшенія Рейхсгерихта въ J. D. R. 1904, II, 1, стр. 148—149.

²⁾ R. G. 22 Juni 1903, J. W. 1903/32, Beil., стр. 92—93; см. еще ссылки на прежнія рѣшенія въ R. G. 5 oct. 03. J. W. 1903/32, стр. 121; Bd. 63, стр. 332; 30 Apr. 1900, Gruch. B. 47, 924; 12 März 03. Gruch. B. 47, 907; 5 Febr. 03 D. J. Z. 1903, 177; 2 Nov. 03, Seuf. Archiv, 59 № 123. стр. 154; 24 Nov. 1903, Bd. 53, стр. 75. Въ этомъ рѣшеніи Рейхсгерихтъ считаетъ возможнымъ примѣненіе лишь „общей части“ Уложения, т. е. статей кн. I-ой и отд. 1 кн. II-й Уложения. Но въ рѣшеніи 27 июля 1904, Bd. 58, стр. 335 онъ счелъ возможнымъ примѣненіе *вообще* всѣхъ общихъ нормъ Уложения.

Въ эту эпоху Рейхсгерихтъ уже считается съ Уложениемъ какъ съ авторитетнымъ источникомъ права, долженствующимъ получить вскорѣ силу закона; но онъ не разрываетъ круто связи съ прежней установившейся практикой.

Съ одной стороны, онъ склоненъ, въ согласіи съ своимъ прежнимъ ученіемъ, придавать каузальной виновности потерпѣвшаго значеніе момента, *снимающую* отвѣтственность съ желѣзной дороги, — съ другой стороны, какъ уступка новому теченію, полагаемому ст. 254 Уложенія, онъ центръ тяжести кладетъ не въ бѣльшей или меньшей *винѣ* той или другой стороны, а въ томъ фактѣ, — чья вина *была каузальна*: если несчастный случай *причиненъ* виной потерпѣвшаго, желѣзная дорога не отвѣчаетъ за послѣдовавшій вредъ.

Такъ, было рѣшено:

R. G. 14 Febr. 1899 [J. W. 1899, т. 38, стр. 185].

Въ данномъ случаѣ кондукторъ былъ виновенъ, такъ какъ далъ сигналъ къ отъѣзду поѣзда, прежде чѣмъ пассажиры вышли. Но несчастіе не случилось бы, если бы пассажиръ не предпринялъ виновнаго вылезанія изъ вагона на ходу поѣзда. „Это покоящееся на самостоятельномъ волевомъ актѣ убитаго дѣяніе не было ни вызвано, ни управляемо положеніемъ вещей, созданнымъ кондукторомъ, а потому образуетъ *причину* несчастія“.

Въ этомъ и другихъ рѣшеніяхъ¹⁾, Рейхсгерихтъ не говоритъ о винѣ потерпѣвшаго, какъ основаніи для исключенія отвѣтственности желѣзной дороги; «преимущественная вина» продолжаетъ штемпелеваться имъ, какъ «Hauptursache» несчастія.

Той же самой конструкціи держался Рейхсгерихтъ и въ первые годы своей практики при «новомъ режимѣ».

И подъ господствомъ ст. 254 B. G. B., какъ закона, онъ первоначально держится того своего воззрѣнія переходной эпохи, что, есть ли вина на сторонѣ желѣзной дороги²⁾, или ея

¹⁾ R. G. 18 Sept. 1896: *Bolze*, II, н^о. 164; 21 März. Eis. E. III, стр. 200; 13 April. 1897, *Gruch. B.* 41, стр. 1129; 25 Febr. 1898, I. W. 1898, стр. 227, н^о. 26.

²⁾ R. G. 2 Febr. 1903, I. W. 1903/32, Beil. 45.

нѣтъ ¹⁾, судья долженъ считаться *prima facie* съ *каузальнымъ* значеніемъ собственной вины потерпѣвшаго сравнительно съ *каузальностью*, исходящей отъ желѣзно-дорожнаго промысла ²⁾ для опредѣленія того, на чьей сторонѣ лежитъ «исключительная причина» [«*vorwiegende*», «*alleinige*» Ursache] несчастія ³⁾.

§ 4. Юриспруденція при дѣйствіи обще-гражданскаго Уложенія (§ 254 В. Г. В.) [Конструкція: взвѣшиваніе вины потерпѣвшаго съ „опасностью промысла“].

Лишь съ конца 1903 года мы видимъ окончательный переходъ судебной практики по примѣненію § 1 R. Н. Г. къ новому режиму, установленному § 254 В. Г. В. Съ этого времени начинаютъ вырабатываться [и *могутъ* вырабатываться, на базѣ единого общегерманскаго законодательства!] въ доктринѣ и юриспруденціи понятія «собственной вины потерпѣвшаго» и вины отвѣтчика, примѣнительно къ специальной желѣзно-дорожной отвѣтственности.

Отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ начинаетъ окончательно базироваться германскими юристами на идеѣ «Gefährdungshaftung» ⁴⁾.

¹⁾ R. G. 24 Nov. 1902, Bd. 53, 75; Eis. E. XIX, 344; 22 Juni 1903, I. W. 1903, Beil. 92: „das schwerer wiegende Verschulden als die ausschlaggebende Ursache des Unfalls zu erachten sei“.

²⁾ R. G. 12 Febr. 1903, Bd. 53, 394—400. Ц. З. *Августъ* 1903, № 1, с. 1.

³⁾ R. G. Mai 1902, Bd. 51 (1903), 257; 2 April 1903, I. W. 1903/32 Beil. 67.

⁴⁾ „Угроженіе“ (Gefährdung) относится къ *причиненію*, какъ возможность къ увѣренности. М. Rümelin, о. с. 24—29 неопровержимо доказать, что принципа чистой каузальной отвѣтственности не существуетъ, и тамъ, гдѣ проведена каузальная отвѣтственность, дѣйствительно привходятъ всегда особые моменты, которые оправдываютъ отвѣтственность. И выраженіе „Gefährdungshaftung“ не разрѣшаетъ еще вопроса о томъ, запрещено или позволено угроженіе правами другого. Посему, по болѣе правильному мнѣнію [H. Fischer, о. с. 107; M. Rümelin, о. с. 45; Contra: Beling, Lehre vom Verbrechen, 1906, стр. 176], несчастные случаи, связанные съ отправленіемъ крупныхъ предпріятій, поскольку послѣдніе необходимы для нашей хозяйственной жизни, отнюдь не являются *неправомѣрными* явленіями. Во всѣхъ случаяхъ Gefährdungshaftung рѣчь идетъ о *каузальной отвѣтственности* за

Мы должны войти въ изслѣдованіе этихъ понятій. Сначала мы изслѣдуемъ содержаніе и юридическое значеніе вины потерпѣвшаго [субъективный + объективный элементы], а затѣмъ вины желѣзно-дорожныхъ служащихъ. Послѣ этого мы можемъ приступить къ изложенію непосредственно интересующаго насъ вопроса о вліяніи вины пострадавшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ: 1) въ случаяхъ содѣйствующей вины желѣзной дороги и 2) въ случаяхъ, когда эта вина желѣзной дороги не приводить.

I. Субъективный элементъ въ понятіи «вины потерпѣвшаго» опредѣляется юриспруденціей также какъ и въ сферѣ деликтной ¹⁾; на сторонѣ потерпѣвшаго должна быть субъективная ²⁾ неоправдываемость поведенія ³⁾, потерпѣвшій долженъ обладать разумѣніемъ необходимымъ для познанія учимаго ⁴⁾.

несчастные случаи. Обратнаго мнѣнія: *Brinz*, *Rand.* (2 изд.) II, стр. 151 сл., вмѣняетъ предпринимателю въ отвѣтственность не конкретно наступившее несчастье, а уже само *Gefährdung*. Это объяснено его исходной точкой зрѣнія, что „*schon die Verursachung blosser Gefahr ist ein Delict*“.

¹⁾ См. т. I нашего изслѣдованія: „Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ“, стр. 78—134, 157—177 и ниже, главу „*Германское Гражданское Уложеніе*“, § 3.

²⁾ *R. G.* Bd. 53, стр. 400; 51, стр. 278: Та' неосторожность, которая вызвана притупленіемъ чувства самосохраненія, вследствие постоянной близости опасности, образуетъ часть специфической опасности промысла.

³⁾ *R. G.* Eisenb. E. II, стр. 224. Если солдаты на маневрахъ по приказу начальства вступаютъ на желѣзно-дорожное полотно и тамъ получаютъ увѣчье, то желѣзная дорога за это не отвѣчаетъ.

⁴⁾ *R. G.* 11 Mai 1901, Bd. 54, стр. 407; 1 Nov. 1904, Bd. 59, стр. 221; 7 Dez. 1905, *Gruch. B.* 50, 1134: двухгодовалый ребенокъ проникъ черезъ ограду на рельсы и былъ изувѣченъ поѣздомъ. Желѣзная дорога отвѣтила въ полномъ размѣръ. *R. G.* 18 Oct. 1909, *Gruch. B.* 54 (1910), стр. 622: раздавленъ 9 лѣтній мальчикъ. Его вина была признана, но въ уменьшенномъ размѣрѣ. См. еще: *Croissant*, о. с. 9; *Eger*, о. с. 154; *Bienenfeld*, „*Eigenes Verschulden*“, 492; *Krückmann*, о. с. *Iher. Jahrb.* XIX (1909), 162. На той же почвѣ и австрійскіе юристы, примѣнительно къ желѣзно-дорожнымъ законамъ 5 марта 1869 г. и 12 июля 1902 г.: *A. Randa*, *Die Schadensersatzpflicht*, 1907, 119; *Krasnopolsky*, I, стр. 335; иначе: *Unger*, *Handeln auf eig. Gefahr*, 94; *Stubenrauch*, *Komm.*, стр. 700: „Здѣсь идетъ рѣчь не объ обязанности возмѣщенія потерпѣвшаго, а объ исключеніи притязанія его на возмѣщеніе“.

Посему, лица невмѣняемыя, напр. дѣти, не способны совершить вины, годной для пониженія и эвентуальнаго исключенія отвѣтственности желѣзной дороги.

Однако, если дѣяніе потерпѣвшаго не можетъ быть ему вѣнено въ вину, то съ другой стороны, въ ихъ поступкѣ можетъ быть усмотрѣнъ «внѣшній случай» (*höhere Gewalt, vis major*), и тогда вопросъ объ отвѣтственности желѣзной дороги будетъ обсуждаться, именно, съ этой точки зрѣнія.

Напр. шестилѣтній ребенокъ, не сознавая опасности, бѣжитъ на встрѣчу мчащемуся поѣзду.¹⁾

Отрицая здѣсь *виновность* потерпѣвшаго, мы не разрешаемъ еще вопроса объ отвѣтственности желѣзной дороги, ибо въ самомъ поведеніи потерпѣвшаго можетъ крыться «внѣшній случай», за который желѣзная дорога *не* отвѣчаетъ.

Но всякая ли «собственная вина» представляетъ «внѣшній случай»? Каковъ критерій для различенія этихъ понятій?

Въ старой своей практикѣ Рейхсгерихтъ держался того воззрѣнія, что рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь то соображеніе—позволяли ли сложившіяся обстоятельства обязанному лицу (желѣзной дорогѣ) предотвратить дѣяніе потерпѣвшаго или вредоносныя его послѣдствія черезъ особыя приспособленія. Тамъ гдѣ несчастіе можетъ быть приписано собственной винѣ,—нѣтъ надобности изслѣдовать,—есть ли еще «*höhere Gewalt*»; если напр. кто либо въ цѣляхъ самоубійства бросается подъ поѣздъ, то достаточно сослаться на собственную вину. Но, если въ подобномъ случаѣ нѣтъ самовины потому, что потерпѣвшій былъ невмѣняемъ, то надо изслѣдовать, *не было ли возможно отвращеніе событія при примѣненіи крайней осторожности и предусмотрительности*²⁾.

¹⁾ R. G. 2 Dez. 1879 Eis. E., I. стр. 31., A. Schröder Die höhere Gewalt im intern. Eisenbahnverkehr. Bern 1908. стр. 109—124

²⁾ R. G. 23 März 1888. Bd. 21, стр. 13 сл., 143 сл. [здѣсь обзоръ прежней судебной практики].

Рѣшеніе R. G. 23 Mai 1882 [Eis. E. II. 297]. Въ Потсдамѣ на одной изъ людныхъ улицъ, у желѣзно-дорожнаго перѣзда была изувѣчена 5-ти лѣтняя дѣвочка, которая неожиданно подползла подъ барьеръ въ тотъ моментъ, когда проходилъ поѣздъ. На искъ отца, желѣзная дорога отвѣтила, что у барьера стоялъ сторожъ, и что общество не обязано у перѣздовъ держать кромѣ сторожей еще особую прислугу для наблюденія за дѣтьми, и стараясь объяснить все несчастье, какъ vis major. Рейхсгерихтъ рѣшилъ, что дѣяніе 5-ти лѣтняго ребенка не можетъ быть опредѣляемо понятіемъ непреодолимой силы, и что желѣзная дорога имѣетъ возможность у тѣхъ барьеровъ, которые находятся въ болѣе людныхъ мѣстахъ, устраивать желѣзные рѣшетки, которыя воспрепятствуютъ и дѣтямъ и животнымъ подходить подъ приближающіеся поѣзда.

Такимъ образомъ, Рейхсгерихтъ въ 80 лѣтъ ставитъ «höhere Gewalt» въ связь съ идеей *крайней рачительности*: если случай не можетъ быть приписанъ погрѣшности прогнѣвъ этого крайняго «предѣла виновности», то мы имѣемъ «höhere Gewalt», и желѣзная дорога свободна отъ отвѣтственности ¹⁾.

Такая конструкція не продержалась долго. Въ 1899 году [R. G. 12 Juni 1899, Bd. 44 № 9] Рейхсгерихтъ имѣлъ сужденіе по такому дѣлу: 6-ти лѣтній мальчикъ попалъ на оживленной улицѣ подъ моторъ и лишился ноги. На искъ потерпѣвшаго Общ-во Трамваевъ предъявило возраженіе изъ § 1 R. N. G., указывая на «höhere Gewalt». Это возраженіе было отброшено во всѣхъ инстанціяхъ, при чемъ Рейхс-

¹⁾ Въ этой конструкціи „непреодолимой силы“ сказываются ясные слѣды вліянія теоріи Goldschmidt'a [Zeitschrift für Handelsrecht, III, 58, 104; XVI, 326 сл.].—авторитетнаго представителя субъективнаго направленія въ литературѣ по этому вопросу. Онъ даетъ такое опредѣленіе: „непреодолима сила есть такой вредоносный случай, который, несмотря на самую большую старательность, не можетъ быть субъективно предотвращенъ,—то есть, не можетъ быть предотвращенъ мѣрами и средствами даннаго предпріятія“. Ср. опредѣленіе Reichsoberhandelsgericht. [Ent. Bd. II, стр. 247]: „Höhere Gewalt ist ein unter den gegebenen Umständen auch durch die ausserste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwendendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniss“. [Ср. Bd. XVIII, стр. 159. Bd. XII, 107].

герихтъ разсуждалъ такъ. Понятіе «höhere Gewalt» предполагаетъ такого рода необычайное событіе, съ наступленіемъ котораго нельзя считаться. Эксплоатація электрическихъ трамваевъ на улицахъ большого и богатаго движеніемъ города вносить публикѣ новую доселѣ неизвѣстную опасность. Съ другой стороны, причинная связь между эксплоатаціей и несчастіемъ можетъ считаться тогда прерванной, когда несчастіе можетъ быть отнесено къ привхожденію событія, которое въ силу своей необычайности по человѣческому предвидѣнію не можетъ быть воспринято въ кругъ расчета, наступленіе котораго по прежнему опыту не можетъ быть ожидаемо. Но безспорно то, что дѣти особенно часто становятся жертвами трамвайнаго движенія, ибо они меньше всего освоились со спеціальной опасностью новой тяги. Другое дѣло, если ребенокъ паля, подвергъ себя опасности: этотъ случай долженъ быть обсуждаемъ съ точки зрѣнія собственной вины потерпѣвшаго.

Въ рѣшеніи отъ 11 янв. 1909 г. [Eis. E. XXV, 396] Рейхсгерихтъ высказалъ слѣдующее. Къ дѣтямъ непримѣнимы тѣ же требованія, что и къ взрослымъ, что касается степени вины. Трамвайное Общество, принимая перевозку дѣтей, вмѣстѣ съ тѣмъ беретъ на себя и особыя опасности „die aus dem Naturell der Unerfahrenheit und Unbesonnenheit des Kindes sich ergeben“. Конечно, Трамвайное Общ-во въ правѣ полагаться на то, что дѣтямъ будетъ настрого запрещено ихъ родителями вскакиваніе и соскакиваніе на ходу. Но тѣмъ самымъ прочной гарантіи противъ тѣхъ опасностей не дается, и это надо отчасти положить на счетъ присущен трамвайному движенію опасности промысла.

Изъ этихъ разсужденій мы видимъ, что Рейхсгерихтъ не усматриваетъ *vis major'a* въ тѣхъ событіяхъ, которыя обычно повторяются съ извѣстной частотой въ данномъ промыслѣ.

Если несчастный случай и не можетъ быть отвратимъ даже примѣненіемъ чрезвычайной заботливости, онъ все же не представляетъ «vis major», если онъ самъ, какъ таковой,

долженъ быть отнесенъ къ связаннымъ съ отправленіемъ даннаго промысла опасностямъ и не шокируетъ наблюдатели, какъ явленіе необычное ¹⁾).

Мы думаемъ, что различіе въ указанныхъ построеніяхъ можетъ быть сведено къ слѣдующему: по старой практикѣ (Bd. 21), Рейхсгерихтъ центръ тяжести при сужденіи о личности *vis major* клалъ въ *причинахъ* даннаго событія: онъ изслѣдовалъ, — могло ли быть отращено это событіе при мѣненіемъ крайней рачительности [*«Aufwendung der äussersten Umsicht und Sorgfalt»*]: при утвердительномъ отвѣтѣ данное несчастіе приписывается погрѣшности противъ этой рачительности, какъ къ *причинѣ* событія.

По новой практикѣ, теперь окончательно установившейся въ Германіи, центръ тяжести кладется не въ *причинахъ* несчастія, а въ самомъ *свойствѣ* несчастія; рѣшающее значеніе получаетъ то соображеніе: необычно ли изслѣдуемое событіе: если Рейхсгерихтъ и говоритъ объ «отношеніи несчастія къ привхожденію необычайнаго событія», то все же онъ подчеркиваетъ значеніе этого событія, не какъ причины, а какъ момента, придающаго характеръ необычайности самому инкриминируемому явленію.

Таково значеніе *субъективнаго* элемента въ понятіи самовины. Само по себѣ безразсудное поведеніе малолѣтняго можетъ представляться или 1) какъ собственная вина его или 2) какъ «непреодолимая сила».

Въ томъ и другомъ случаѣ отвѣтственность желѣзной дороги не наступить. Но это безразсудное поведеніе невмѣняемаго потерпѣвшаго можетъ не подойти ни подъ первое,

¹⁾ По видимому, перемѣна воззрѣній Рейхсгерихта на юридическую квалификацію поведенія дѣтей обязана перемѣнѣ его взглядовъ на существо непреодолимой силы. Въ новѣйшихъ рѣшеніяхъ онъ отказывается отъ субъективной теоріи. *„Darüber kann kein Bedenken obwalten, dass höhere Gewalt nicht in dem subjectiven Sinne zu verstehen ist!“* Въ этомъ сказалось вліяніе работы *Exner, Der Begriff der höheren Gewalt*, главнаго родоначальника объективной теоріи.

ни подъ второе понятіе, — тогда оно не окажетъ никакого понижающаго вліянія на отвѣтственность желѣзной дороги.

490 II. Съ точки зрѣнія объективнаго содержанія вина потерпѣвшаго можетъ заключаться въ созданіи самой опасности ¹⁾ или неизбѣжанія опасности ²⁾ или непредотвращенія наступившихъ послѣдствій ³⁾; — и безразлично, — наступилъ ли этотъ убытокъ отъ регулярнаго ⁴⁾ или нерегулярнаго отправленія желѣзно-дорожнаго предиріятія.

Важно только то, что бы самовина не оставалась общей абстрактностью, а была въ реальной причинной связи съ несчастіемъ ⁵⁾.

Въ большинствѣ случаевъ это суть тѣ дѣянія, которыя являются нарушеніями *общихъ желѣзно-дорожныхъ полицейскихъ правилъ* ⁶⁾; но сюда подойдутъ также вообще всѣ погрѣшности противъ той степени *разумнѣя, опыта и внимательности*, которая можетъ быть предполагается въ гражданскомъ оборотѣ ⁷⁾ отъ каждаго входящаго въ соприкосновение съ желѣзно-дорожной эксплуатаціей.

¹⁾ Eger, о. с. 142.

самъ вызвалъ вредоносное дѣйствіе нарушенія отправленія промысла на свою личность; то причинная связь между его виной и поврежденіемъ установлена“.

²⁾ R. G. 3 Dez. 1903, I. W. 1904/33, стр. 88 [истецъ ъхаль на пугливой лошади по шоссе]; 11 April. 1906, I. W., 1906/35, стр. 350 [истецъ въ темнотѣ не постороился передъ ѣдущей повозкой]; 27 Oct. 1904, I. W. 1905/34, стр. 15 [истецъ переѣзжалъ рельсы конки, несмотря на очевидную опасность столкновенія съ конкой].

³⁾ R. G. 19 Febr. 1905, I. W. 1905, стр. 201, № 7 („so weil er dazu Umstände ist“).

⁴⁾ Eger, R. H. G. (1900), 143.

⁵⁾ R. G. 17 März 1904, I. W. 1904/33, стр. 233: Рабочій В. пересѣкалъ желѣзно-дорожное полотно безъ особаго позволительнаго билета, идя на работу выѣсть съ г. Н., имѣвшимъ такой билетъ. Оба раздавлены повозкою. Потерпѣвшій В. виновенъ въ нарушеніи желѣзно-дорожныхъ правилъ, но нѣтъ причинной связи между этой виной и несчастіемъ. Если бы онъ даже имѣлъ этотъ билетъ (который онъ, какъ рабочій, получилъ бы легко), несчастный случай все равно имѣлъ бы мѣсто.

⁶⁾ Eger, R. H. G. (1906), стр. 156—157.

⁷⁾ Eger, ibid., 158—159.

III. Если, такимъ образомъ, вина потерпѣвшаго имѣетъ значеніе при опредѣленіи отвѣтственности желѣзной дороги постольку, поскольку она стоитъ въ причинной связи съ специфической опасностью желѣзно-дорожного промысла, то тоже значеніе надо приписать и *винѣ желѣзно-дорожныхъ служащихъ, конкурирующей съ виной потерпѣвшаго.*

Виновное поведеніе желѣзно-дорожного служащаго представляется, какъ одинъ изъ элементовъ специфической опасности промысла ¹⁾, и каузальность этого поведенія принимается въ соображеніе, именно, въ значеніи обстоятельства, *повышающаго опасность эксплуатации и ея каузальность для поврежденія* ²⁾.

Такъ, было рѣшено:

R. G., 27 Oct. 1904, I. W. 1905/34, стр. 15: Истецъ перѣзжалъ черезъ рельсы конки въ то время, когда вагонъ былъ такъ близокъ, что опасность столкновенія была очевидна. Истецъ долженъ былъ сознавать опасность своего поведенія, а потому онъ самъ виновенъ въ несчастіи. Нельзя усматривать уменьшающее вину обстоятельство въ томъ расчетѣ, что вагоновожатый въ послѣднее мгновеніе затормозитъ вагонъ: это давало бы соблазнъ (*Anreiz*) многимъ лицамъ пересѣкать рельсы даже при очевидной опасности.

Но вагоновожатый долженъ затормозить вагонъ во всякомъ случаѣ, ибо его неосторожное поведеніе представляется, какъ *повышеніе опасности промысла въ данномъ случаѣ* [*stellt sich als eine Erhöhung der Betriebsgefahr im vorliegenden Falle dar*].

R. G., *Eisenb. Entsch.* XX, стр. 150. Потерпѣвшій по опыту и согласно полицейскимъ правиламъ въ правѣ ожидать, что на данномъ мѣстѣ послѣдуетъ сигналъ звонкомъ или рожкомъ, и

¹⁾ *R. G.* 11 Juni 1903, 22 Juni I. W. 1903/32, *Beil.* 92; 12 März 1903, *Gruch. B.*, 47, стр. 909. *R. G.*—Bd. 56, стр. 154. *Eisenb. Entsch.* XX, 363; *XXIV*, 271, 277.

²⁾ *R. G.* 9 Nov. 1903, Bd. 56 (1904), стр. 154; 14 April. 1904, I. W. 1904, 287; 3 Dez. 1903, I. W. 1904, стр. 88; 11 Dez. 05, I. W. 1906/35, стр. 54; 14 Nov. 1904, I. W. 1905/34, стр. 44; 30 Jan. 1905, I. W. 1905/34, стр. 170; 20 März 1905 I. W. 1905/34, стр. 317—318; 28 Juni 1906, I. W. 1906/35, стр. 544; см. еще *Warneper, Jahrbuch V* (1906), zu § 254, *Fe. d. E.* E. XX (1904), стр. 257, 263, 333.

что на данномъ мѣстѣ вагоны замедляютъ ходъ; „если ни то, ни другое не имѣло мѣста, то *опасность предпріятія*, за которую отвѣчаетъ владѣлецъ предпріятія, *повышается настолько*“, что его нельзя освободить отъ всякой отвѣтственности“.

Изъ этихъ рѣшеній мы усматриваемъ принципиальное воззрѣніе Рейхстерихта на значеніе вины желѣзной дороги: въ тѣхъ случаяхъ, когда съ виной потерпѣвшаго конкурируетъ вина желѣзно-дорожныхъ служащихъ, эта послѣдняя принимается въ соображеніе не какъ таковая, — какъ это имѣетъ мѣсто въ общегражданскихъ отношеніяхъ, — а лишь въ ея свойствѣ момента, повышающаго специфическую желѣзно-дорожную опасность.

IV. Что было новаго въ § 254 В. Г. В. — это не только принципъ *умѣренія* отвѣтственности, вмѣсто стараго негибкаго правила *«aut—aut»*, но и начало *каузальности*, какъ авторитетный масштабъ для распределенія отвѣтственности между отвѣтчикомъ и истцомъ, на мѣсто традиціоннаго взвѣшиванія степеней виновности.

Если первый принципъ желѣзно-дорожная судебная практика въ Германіи восприняла не сразу, — пропасть между традиціоннымъ и общепринятымъ ученіемъ о *causa efficiens* и новымъ ученіемъ о *causa concurrens* была такъ велика, что практикѣ пришлось, какъ мы видѣли, создавать промежуточныя теоріи, дабы сгладить рѣзкость перехода, — то со вторымъ принципомъ практика освоилась очень быстро.

Но ставши на путь *каузальныхъ* построеній, практикѣ пришлось съ перваго же абцуга сдѣлать выводъ, который разрывалъ окончательно связи съ прошлымъ.

При прежней практикѣ степень *вины* той или другой стороны рѣшала вопросъ объ отвѣтственности.

Поэтому, если на сторонѣ желѣзно-дорожнаго предпріятія *вины* не было, то вина потерпѣвшаго имѣла рѣшающее значеніе для его претензій. Если вина была взаимна, судья из-

слѣдовалъ—на чьей сторонѣ лежитъ *главная причина* несчастія.

Такое построение стало не мыслимо, разъ судебная практика привлекла въ сферѣ желѣзно-дорожной ответственности § 254 В. Г. В.

Эта общегражданская норма указываетъ не на принципъ вины, а на *степень причиненія*, какъ на авторитетный масштабъ при установленіи и распределеніи ответственности между сторонами.

Невиновность отвѣтчика не снимаетъ съ него изначально его легальной ответственности (*obligatio e lege*) при конкурирующей випѣ потерпѣвшаго: важна не *виновность* такого отвѣтчика, а исходящая отъ него *каузальность*.

Такую каузальность въ желѣзно-дорожныхъ несчастіяхъ судебная практика и нашла въ *общей специфической опасности желѣзно-дорожнаго промысла*.

Въ основаніи этого воззрѣнія лежитъ то соображеніе, что «при эксплуатациі» поврежденіе можетъ послѣдовать лишь при томъ условіи, если оно можетъ быть отнесено къ эксплуатациі, какъ къ *причинѣ* ¹⁾.

Если особая опасность желѣзно-дорожнаго промысла содѣйствовала наступленію вреда, то собственная вина потерпѣвшаго не можетъ быть *исключительной причиной* несчастія ²⁾.

Вотъ почему, потерпѣвшему, въ особенности если вина его весьма ничтожна, должна быть присуждена по крайней мѣрѣ *одна часть* убытковъ, хотя бы на сторонѣ желѣзно-дорожнаго предпріятія вовсе и не было вины ³⁾.

¹⁾ R. G. 19 Oct. 1903, I. Wl. 1903/32, Beil. стр. 136. колл. 111

²⁾ R. G. 30 Mai 1904, Gruch. B. 48, Beil. 917; *Scherer*, Das 1—7 Jahr des B. G. B., [O. L. G.], стр. 412. R. G. 14 Juni 1909, Eis. E. XXVI (1910), стр. 189.

³⁾ R. G. Bd. 56, стр. 54 сл.; Eis. Entsch. XX, 263; XXII, 38, 183, XXIII, 62, 68, 127; 25 Febr. 1907, Recht, 1908. № 859; 19 Oct. 1903, Bl. f. R. A. 69¹ (1904), 308: „О содѣйствующей винѣ можетъ быть рѣчь, если установлено.

Съ постановкой вопроса мы знакомимся изъ слѣдующихъ рѣшеній Рейхсгерихта.

R. G. 11 Juni 1903, I. W. 1903/32, Beil., 92: „Правила ст. 254 имѣютъ примѣненіе въ случаяхъ § 1 R. H. G. не только тогда, когда собственная вина потерпѣвшаго противостоитъ винѣ обязаннаго отвѣтственности владѣльца предпріятія, но вообще тогда, когда вина потерпѣвшаго была содѣйствующей причиной убытка. Надо взвѣсить, въ какой мѣрѣ убытокъ причиненъ съ одной стороны потерпѣвшимъ, съ другой стороны заступаемой владѣльцемъ опасностью промысла. Каузальный моментъ со стороны желѣзно-дорожной эксплуатаціи никогда не можетъ исчезнуть, и нельзя сказать, что вина потерпѣвшаго есть исключительная причина несчастія, ибо она—одно изъ многихъ условій, изъ сдѣленія которыхъ состоятъ причинность извѣстнаго событія. Но можно исключить всякую обязанность отвѣтчика къ возмѣщенію убытка, если вина потерпѣвшаго здѣсь образовала рѣшающую причину несчастія„.

R. G. 1 Dez. 1904, I. W. 1905/34, стр. 77 ст. „§ 1 R. H. G. въ его практическомъ значеніи модифицированъ черезъ § 254 постольку, поскольку должны быть взаимно взвѣшены не степени виновности, а готовая *причинность общей опасности* [die Ursächlichkeit der allg. Gefährlichkeit] желѣзно-дорожнаго промысла, съ одной стороны, и *вина* потерпѣвшаго съ другой стороны. Съ точки зрѣнія обоихъ законовъ нельзя сказать, что несчастіе должно быть отнесено исключительно къ винѣ потерпѣвшаго, какъ его причинѣ, такъ какъ несчастіе „при эксплуатаціи“ (bei dem Betriebe) всегда будетъ имѣть эксплуатацію своей причиной. Отсюда слѣдуетъ, что вина потерпѣвшаго можетъ быть принята въ уваженіе лишь, какъ *содѣйствующая* (mitwirkende Ursache), а не какъ исключительная причина. Поэтому, не всякая содѣйствующая вина исключаетъ отвѣтственность предпринимателя. Надо изслѣдовать, поскольку опасность промысла (Betriebsgefahr) или вина потерпѣвшаго образуетъ *преимущественную причину* (vorwiegende Ursache) несчастія, при чемъ въ особенности получаетъ значеніе степень этой вины, и это взвѣшиваніе можетъ привести къ тому, что потерпѣвшему должно быть отказано во всемъ его притязаніи“.

что несчастіе надо вообще отнести къ опасному свойству желѣзно-дорожнаго промысла“; R. G. 5 Oct. 1903, I. W. 1903/14, Beil., 121, № 268: 9 Nov. 1903 **Вд. 56** (1904), стр. 154.

V. Таковы абстрактные принципы, выработанные практикой Рейхсгерихта съ середины 1903 года и непоколебимо примѣняемые судами до настоящаго времени. Не степени виновности, а степени исходящей отъ каждой стороны *каузальности* являются авторитетнымъ пріемомъ для суда при распредѣленіи отвѣтственности между желѣзной дорогой и потерпѣвшимъ

А. При больше или меньше контрибалансирѣмыхъ тяжестяхъ каузальностей, исходящихъ отъ желѣзно-дорожнаго промысла и вины пострадавшаго, отвѣтственность желѣзной дороги за вредъ понижается соответственно степени приближенія этихъ каузальностей ко взаимному равновѣсію.

При нормальной, т. е. ничѣмъ не повышенной опасности промысла съ одной стороны и при ясно выраженной винѣ пострадавшаго съ другой стороны, слѣдуетъ дѣленіе отвѣтственности пополамъ ¹⁾.

Тоже самое въ тѣхъ случаяхъ, когда *повышенная* опасность промысла имѣетъ противовѣсомъ *больше интенсивную* вину истца.

Даже *грубая вина* (grobes Verschulden) потерпѣвшаго не исключаетъ de plano его притязанія, если каузальность опасности желѣзно-дорожнаго промысла *повышена*, или черезъ *силы природы* ²⁾ или черезъ вину желѣзно-дорожныхъ служа-

— 154 —

¹⁾ R. G. Bd. 62, стр. 145: неосторожная ѣзда съ пузлыми лошадьми мимо желѣзно-дорожнаго полотна: Eis. Entsch. XXII, стр. 12; R. G. 5 Febr. 1903. Eis. E. XX (1904) 49 (убытокъ 1/2); R. G. 12 Febr. 1903, cod. 51 (убытокъ 1/2).

²⁾ R. G. 23 Febr. 1905, I. W. 1905/34, стр. 229. Въ данномъ случаѣ вследствие сильной бури свистковъ паровоза нельзя было разслышать даже на близкомъ разстояніи; это увеличиваетъ опасность желѣзно-дорожнаго промысла. R. G. 2 Nov. 1903, Seuf. Arch. 1904 59, стр. 224, 29 Mai 1905, Bd. 61 (1906), стр. 54.

ших¹⁾ или вообще черезъ ясно выраженныя специфическія свойства предпріятія²⁾, или же, наконецъ, черезъ какія либо привходящія постороннія обстоятельства³⁾.

Въ этихъ случаяхъ онъ получаетъ часть убытковъ⁴⁾.

¹⁾ R. G. 2 Febr. 1903. I. W. 1903 32, Beil. 45; R. G. 29 Juni 1908, Eis. E. XXV, 274; вина вагоновожатаго, грубая вина пострадавшаго; R. G. 7 Dez. 1908, Eis. E. XXV, 318: „75 лѣтній старикъ обязанъ особенной осторожностью, находясь на улицѣ среди уличнаго движенія; его неосторожность означала болѣе повышенна, чѣмъ другого лица, сохранявшаго остроту зрѣнія, слуха и движенія. Но значительна вина и вагоновожатаго, не давшаго болѣе замѣтныхъ сигналовъ, видя опасность несчастія“. Убытокъ пополамъ. R. G. 22 Juni, 1903, Eis. E. XX, 179. R. G. 18 Oct. 1909 I. W. 1910. № 1, стр. 37. Вина потерпѣвшаго (переходъ рельсовъ въ виду поѣзда) „балансируется“ съ виной жел. дороги (отсутствіе сигналовъ, скорость хода), повышающей опасность промысла. O. L. G. Dresden, 24 Mai 1910, Seuf. A. 1910, H. 10, № 213.

²⁾ Entsch. Bd. XXII, стр. 20 (O. L. G. Dresden): переходъ черезъ рельсы трамвая на особо опасномъ мѣстѣ, заглушеніе сигнала трамвая мимо проходящимъ поѣздомъ; R. G. cit. I. W. 1905, стр. 112. Поѣздъ остановился въ полѣ въ виду станціи, вслѣдствіе закрытаго семафора: крестьянка слѣзла съ поѣзда, предполагая, что поѣздъ прибылъ на станцію; R. G. I. W. 1905, стр. 490; № 10. Преимущественная вина пострадавшаго. онъ хотѣлъ перейти улицу на томъ мѣстѣ, гдѣ лежатъ двѣ линіи рельсовъ, по которымъ трамваи ходятъ въ противоположныхъ направленіяхъ. Онъ пересѣкъ свободный путь, не усмотрѣвъ, что на вгормъ пути идетъ вагонъ. Ему присуждена 1/4 всего убытка, ради „der durch den Betrieb auf zwei dicht nebeneinander liegenden Gleisen erhöhte Betriebsgefahr“. — R. G. 1 Juli 1909, Eis. E. XXVI (1910), стр. 195—196. Велосипедистъ быстро въѣхалъ на оживленную улицу, гдѣ провозилась проба съ вагономъ городского трамвая. Публика еще не привыкла къ вновь открытой линіи, и это обстоятельство необходимо связано съ особыми опасностями. Искъ присужденъ въ половину. O. L. G. Colmar, 22 Dez. 1905, Eis. E. XXIII, 127 опасность промысла повышена черезъ „Mangelhaftigkeit der Betriebsanlage“. Возмѣщена 1/2 убытка.

³⁾ R. G. 30 Mai 1907 Eis. E. XXIV, 158. Опасность желѣзно-дорожнаго промысла повышена шумомъ отъ парового трамвая, перекрещивающаго желѣзно-дорожное полотно и заглушающаго шумъ желѣзно-дорожнаго поѣзда. R. G. 24 Sept. 1908, Gruch. B. 1909, стр. 425. Скользкость ступенекъ ж.-д. вагона въ свѣжную погоду образуетъ особую опасность ж. д. промысла. Ибо высокія, крутыя и узкія площадки ступенекъ повышаютъ опасности, созданныя сами по себѣ гололедицею; R. G. 10 Mai 1909, Recht, 1909, № 2181: повышена опасность условіями погоды, затрудняющими остановку поѣзда.

⁴⁾ Отступленіе R. G. отъ его постоянной практики мы находимъ въ R. G. 23 Sept. 1907, Eis. E. 24 (1908), 259—260. „R. G. хотя и усматриваетъ въ сихъ обстоятельствахъ (рельсовый путь пересѣкаетъ сельскую дорогу на уровнѣ дороги, эти переѣзды не огорожены и никѣмъ не охраняются, сигналовъ при приближеніи обычно не дается) повышенную желѣзно-

Такъ, было рѣшено:

R. G. 17 Juni 1907 — Eis. E. XXIV (1908), 71. Подводчикъ пересѣкалъ желѣзно-дорожное полотно по дорогѣ въ ясный день; онъ долженъ былъ видѣть приближающійся поѣздъ и слышать сигналы служащаго, находящагося на переднемъ вагонѣ. Не смотря на крики различныхъ лицъ, онъ все же наѣхалъ на поѣздъ и потерпѣлъ при этомъ увѣче. Его тяжелая вина не исключаетъ, однако, того, что желѣзная дорога должна отвѣчать, хотя бы и за небольшую часть убытка, такъ какъ опасность промысла была повышена черезъ отсутствіе шлагбаумовъ и тѣмъ, что локомотивъ былъ приближенъ сзади поѣзда.

R. G. 11 Dez. 1905 Eis. E. XXII, 385. Повышенная опасность желѣзно-дорожного промысла лежитъ въ томъ, что желѣзно-дорожное полотно проходитъ мимо сельской дороги. Вина проѣзжающаго—въ томъ, что онъ не принялъ необходимыхъ мѣръ, зная пугливость своей лошади. При этихъ условіяхъ справедливо убытокъ между желѣзной дорогой и пострадавшимъ раздѣлить пополамъ („hälftig zu teilen“).

В. Если повышена односторонне или опасность промысла или вина потерпѣвшаго, то большая часть ответственности падаетъ на ту или другую сторону [³/₄, ²/₃ и т. д. квоты убытка], смотря по тому, откуда исходитъ повышение опасности¹⁾. Тяжесть доказыванья повышенной каузальности опасности промысла лежитъ

дорожную опасность, однако, исключаетъ искъ полностью такъ какъ установлено, что директоръ фабрики, хорошо знакомый съ мѣстными условіями, при самомъ легкомъ вниманіи и осторожности могъ избѣгнуть опасность.

¹⁾ Ср. *R. G. Seuf. Arch.* 59, 224 сл.; *Eis. Entsch.* XXI, 14, *Gruch. B.* 48, стр. 874 и сл.; *L. W.* 1904, 287, № 6; *R. G.* 26 Nov. 1908 *Eis. E.* XXV (1909), 313—314: вина желѣзной дороги можетъ быть настолько преимущественной, что противъ нея легкая вина потерпѣвшаго не должна быть принимаема въ соображеніе. *R. G.* 30 Nov. 1908 *Eis. E.* XXV, 316. Потерпѣвшій пассажиръ не обязанъ считаться съ „aussergewöhnliche Hindernisse“ при выѣздѣ изъ вагона (необычайное разстояніе между ступенькой и землей). Искъ присужденъ полностью. *R. G.* 1 Febr. 1909 *Eis. E.* XXV, 404. Истецъ соскочилъ съ поѣзда на ходу; ему ¹/₄ убытка. *R. G.* 2 Nov. 1903 *Eis. E.* XXI (1905), 14. повышение опасности промысла, вследствие узости улицы и перекрещиванія нѣсколькихъ улицъ. *R. G.* 14 April. 1904. *Eis. E.* XXI. 66: прохожіи вступили на рельсы, свободный видъ на которые былъ загороженъ вагономъ. Присуждена ¹/₄ убытка. Тѣ же обстоятельства дѣла въ *R. G.* 3 Juli 1905, 18 Sept. 1905 *Eis. E.* XXII, 183. 189.

на истца, ибо конкретная вина жел. дороги не предполагается. [R. G. 23. Nov. 1908. Eis. E. XXV, 312].

Такъ было рѣшено:

R. G. 17 Jun 1907. Eis. E. XXIV, стр. 71: пассажиръ вскочилъ на отходящій поѣздъ, кондукторъ не заперъ нижняго за-
сѣла вагона; облокотившись на дверь, пассажиръ вылетѣлъ изъ ва-
гона. Ему присуждено $\frac{2}{3}$ исковой суммы. [При тѣхъ же обстоя-
тельствахъ потерпѣвшему присуждена $\frac{1}{2}$ убытковъ: R. G. 17 Mai
1906, Eis. E. XXIII, 68].

R. G. 1 Febr. 1909, Eis. E. XXVI (1910), стр. 144.
Такая короткая остановка поѣзда обуславливаетъ, въ особенности въ
виду устройства сквозныхъ вагоновъ, которые имѣютъ лишь два вы-
хода, особую опасность промысла, которая не можетъ быть остав-
лена безъ вниманія при соображеніи обстоятельствъ дѣла и при
взвѣшиваніи содѣйствующей вины потерпѣвшаго съ опасностью ж. д.
промысла. Но во всякомъ случаѣ истецъ долженъ былъ отказаться
отъ попытки сорыгнуть съ отходящаго поѣзда. Къ его оправданію
служитъ то, что онъ уже находился на нижней ступени вагона,
какъ поѣздъ двинулся, такъ что возвращеніе въ вагонъ было свя-
зано для него все же съ нѣкоторою, хотя и меньшею, опасностью.
При этихъ условіяхъ вполне уместно возложить $\frac{3}{4}$ убытка на от-
вѣтника и $\frac{1}{4}$ — на истца.

R. G. 19 Mai 1909. Eis. E. XXVI, стр. 174. Пасса-
жиръ на незнакомой ему линіи ж. дороги по извинительному за-
блужденію выѣзъ слишкомъ рано и вслѣдствіе этого при попыткѣ
вернуться въ вагонъ получилъ увѣчье. Недостаточное освѣщеніе
станціи, вслѣдствіе котораго пассажиръ не могъ прочесть названія
станціи, а кондукторъ не могъ замѣтить ошибки пассажира и пре-
дупредить его, представляетъ такое *повышеніе опасности про-*
мысла, что, въ сравненіи съ нимъ собственная вина пострадавшаго
должна быть зачтена лишь въ $\frac{1}{3}$ части.

R. G. 14 April 1904, T. W. 1904/33, стр. 287: А.
шелъ по рельсамъ трамвая, не оглядываясь; вагоновожатый могъ
еще остановить вагонъ, но удовольствовался гудкомъ и раздавилъ А.
„Такъ какъ поведеніе истца должно быть разсматриваемо, какъ въ
высшей степени неосторожное, и оно содѣйствовало возникновенію
преда въ большей мѣрѣ, чѣмъ опасность промысла, даже оглажен-

ная виной вагоновожатаго,—его притязаніе обосновано лишь въ $\frac{1}{2}$ исковой суммы¹⁾.

R. G. 11 Juni 1907. Eis. E. XXIV (1908). 177. Пешеходъ имѣетъ право идти сельской дорогой, примыкающей къ полотну трамвая, но обязанъ отъ времени до времени оборачиваться. Иначе онъ виновенъ въ несчастіи, если на него наѣдетъ трамвай. Однако, опасность эксплуатаціи трамваевъ—преимущественная причина несчастія, ибо моторные вагоны приближаются достаточно безшумно, не могутъ объѣзжать и не могутъ быть остановлены сразу. И это тѣмъ паче вѣрно, если опасность эксплуатаціи еще повышена черезъ вину вагоновожатаго, который не достаточно внимательно осматривалъ путь впередъ и не усмотрѣлъ пешехода на подотѣ.

Однако, этотъ повышенный «Betriebsgefahr» не принимается въ уваженіе, если онъ легко могъ быть избѣгнутъ, напр. потерпѣвшій зналъ о немъ и лишь легкомысленно не считался съ нимъ.¹⁾

R. G. 14 Oct. 1909, Gr. Beitr. 1910, № 22, стр. 414.

„Betriebsgefahr“ повышается тѣмъ, что трамвай идетъ черезъ населенную мѣстность и къ тому же черезъ служебную и дѣлающую загибъ дорогу, такъ что приближеніе вагоновъ можетъ быть услышано лишь на небольшомъ разстояніи. Но истица—мѣстная жительница—была хорошо знакома съ этими обстоятельствами. Поэтому, ея поведеніе было такъ неразумнымъ и неосторожнымъ, что сравнительно съ нимъ легко избѣгаемый Betriebsgefahr трамвая не могъ быть принятъ во вниманіе. Въ искѣ отказано.

С. Если на лицо нѣтъ никакихъ квалифицирующихъ условій на сторонѣ жел. дор. эксплуатаціи, то при ясно выраженной и преимущественной винѣ потер-

¹⁾ *R. G. 3 Juli 05. I. W. 1905/34, стр. 490.* Истцу присуждена $\frac{1}{4}$ ч. убытка. Онъ допустилъ грубую неосторожность, такъ какъ стоялъ на рельсахъ конки, спиной къ идущему вагону. *R. G. 18 Sept. 1905. I. W. eod., 686:* Истцу присуждена $\frac{1}{4}$ ч. убытка; онъ переходилъ рельсы къ виду вагона. *Seuf. Arch. Bd. 59. № 123; I. W. 1906, стр. 422:* Истецъ, неся косу, ударяется о вагонъ трамвая, падаетъ и, поднимаясь, ранитъ себя о лезвіе. Присуждена $\frac{1}{3}$ ч. иска.—*R. G. 21 Sept. 1909 Eis. E. XXVI, 201.* Жельзно-дорожный служащій по обязанностямъ службы пересѣкаетъ рельсы и попадаетъ подъ локомотивъ, который шелъ безшумно и безъ сигналовъ. *R. G. 11 Juni 1903 Eis. E. XX, 175.*

пѣвшаго (überwiegendes Verschulden) обычная опасность промысла можетъ быть не принята въ уваженіе и весь убытокъ долженъ быть возложенъ на потерпѣвшаго ¹⁾. Для исключенія отвѣтственности ж. дороги недостаточно констатировать грубую вину потерпѣвшаго,—надо что бы эта вина отбѣснила на второй планъ каузальность опасности промысла ²⁾.

Такъ было рѣшено:

R. G. 6 Febr. 1908, Bd. 65 (1908), № 288. Вскликиваніе вообще на ходу въ вагонъ трамвая—culpa lata. Вскликиваніе же на переднюю площадку обличаетъ на столько повышенную вину, что при извѣстныхъ условіяхъ, если на сторонѣ отвѣтчика не установлено никакихъ „die Betriebsgefahr erhöhende Umstände“,— „die Betriebsgefahr nicht zu berücksichtigen ist“, и весь убытокъ долженъ быть возложенъ на потерпѣвшаго ³⁾.

R. G. 11 April 1906, I. W. 1906, стр. 350. Истецъ шелъ ночью по улицѣ, услышалъ сзади себя шумъ вагона и свернулъ направо, что бы посторониться. Этимъ движеніемъ онъ вступилъ на путь трамвая и былъ раздавленъ тихо и со звономъ ѣдущимъ моторнымъ вагономъ, который производилъ тотъ шумъ, который былъ слышанъ потерпѣвшимъ. Истецъ полагалъ, что трамвай не ходитъ такъ поздно. Его искъ совсѣмъ не уваженъ.

R. G. 21 Mai 1908 Eis. E. XXI (1909). 165. Вина

¹⁾ R. G. 2 Juli 1908. I. W. 1908, № 16, стр. 552. „Wenn neben der gewöhnlichen Eisenbahngefahr ein großes Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, für die Regel eine Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers überhaupt auszuschliessen sein wird“. R. G. I. W. 1905, стр. 498, 1906, стр. 192. 1907, стр. 9; Eis. Entsch. XXIII, 55, 294; XXIV, 174, 259, 260, 265; XXV, 188; XXVI, 170; R. G. 28 Oct. 1909, Recht 1909, Beil. № 3867: Опасность промысла неограниченное сотрясеніе вагоновъ на ходу. Этотъ факторъ отбѣсняется на задній планъ, и искъ потерпѣвшаго исключается преимущественной виной послѣдняго: онъ отворилъ дверь купе на ходу поѣзда. *Entsch. I. W. 1907, стр. 192.*

²⁾ R. G. 10 Febr. 08, Eis. E. 24. 395. попытка пересѣчь желѣзно-дорожное полотно за три метра отъ несущагося на вѣхъ паравъ поѣзда; R. G. 26 Sept. 07, Eis. E. 24. 265; та же попытка въ виду поѣзда, уже сигнализированнаго и своевременно замѣченнаго R. G. 11 Juni 1903. I. W. Bd. 32. Beil. 92; Egers, Eis. E. XX, 175; R. G. 8 Juli 1907, Eis. E. XXIV, 174; R. G. 26 Sept. 1907 Eis. E. XXIV, 265; R. G. 23 März 1910, Eis. E. 1 XXVI, № 32.

³⁾ Сб. R. G. 26 Sept. 1907, Eis. E. XXIV, 265, R. G. 2 März 1908 Eis. E. XXV (1909), 53.

истца превѣшиваетъ настолько опасность промысла, не повышенную какими либо особыми обстоятельствами, что всякая отвѣтственность Общ-ва трамваевъ отпадаетъ. Несчастный случай могъ произойти лишь благодаря крайней неосторожности и безпечности истца; если онъ не былъ пьянъ, вопреки его утвержденію, его вина должна быть оценена гораздо тяжелѣе: если же его поведеніе было вызвано опьяненіемъ, оно является настолько преимущественной причиной несчастья, что все убыточные послѣдствія должны пасть на него.

R. G. 8 Oct. 1908 Ets. E. XXV (1909). 296. Пьяный пытается загоролить дорогу автомобилю, который объѣзжаетъ его. Но пьяный въ послѣднее мгновеніе пытается пересѣчь ему дорогу. Искъ его отброшенъ. Мотористъ не создалъ ему опасности, „solange er sie nicht absichtlich selbst schuf“.

R. G. 22. Oct. 1908 Ets. E. XXV (1909). 375. Лицо обходитъ задъ трамвая и вступаетъ на рельсы второго пути, не убѣдившись въ его свободности, и попадаетъ подъ трамвай, который медленно и со звономъ подвигается ему навстрѣчу. „Er trägt allein die Schuld“.

R. G. 11 April 1906 Ets. E. XXIII, 55. Пѣшеходъ ночью въ темнотѣ бродилъ по улицѣ: слыша сзади себя шумъ приближающагося вагона, онъ, полагая, что это — экипажъ, такъ какъ трамваи такъ поздно не ходятъ, не оглядываясь вступилъ на рельсы и былъ изувѣченъ трамваемъ, который ѣхалъ медленно и со звономъ. Его вина отбѣсняетъ совсѣмъ опасность промысла и искъ его исключенъ потому полностью.

R. G. 8 Nov. 1906 Ets. E. XXIII. 294. „66 лѣтній истецъ, не смотря на свою корпуленцію, пытается вскочить въ ѣдущій трамвай, хотя долженъ былъ сознавать особую опасность своего поведенія (дверь на площадку была закрыта, сзади прицепленъ другой вагонъ). Въ искѣ отказано.

§ 5. Общіе выводы. Критика новѣйшей германской юриспруденціи. Понятіе «Betriebsgefahr», въ качествѣ самостоятельнаго фактора несчастья.

Новѣйшая судебная практика въ Германіи можетъ быть резюмирована въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1) взвѣшиваются не виновности сторонъ; — желѣзной

и дороги и потерпевшаго,—а степени исходящихъ отъ нихъ каузальностей.

2) Подъ каузальностью понимается не каузальность въ обще-гражданскомъ смыслѣ, какъ голое причиненіе, связь факта со слѣдствіемъ, а—дѣйствіе специфической опасности, присущей желѣзно-дорожному промыслу.

3) Вина желѣзной дороги и вина потерпевшаго оцѣниваются судомъ, не какъ таковыя, а въ ихъ свойствѣ момента, возвышающаго причинность опасности промысла; здѣсь рѣчь идетъ, такимъ образомъ, не о «*compensatio culprae*», а о взвѣшиваніи вины потерпевшаго съ причинностью общей опасности желѣзно-дорожной эксплуатаціи.

Если мы спросимъ себя, даютъ ли эти положенія рѣшенія, удовлетворяющія чувство справедливости, то изслѣдованіе рѣшеній, приведенныхъ нами въ предшествующемъ пунктѣ, приводитъ насъ къ убѣжденію, что на этотъ вопросъ долженъ быть данъ утвердительный отвѣтъ.

И въ самомъ дѣлѣ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда суды первыхъ двухъ инстанцій (L. G., O. L. G.) думали итти наперекоръ практикѣ, установленной Рейхсгерихтомъ, они приходили къ выводамъ, оскорбляющимъ наше правовое чувство. Иллюстрируемъ нашу мысль примѣромъ.

O. L. G. Hamburg. 22 Dec. 1902, Eisenb. Entsch. XX (1904). 33¹⁾. Истица была равена трамваемъ въ то время, какъ переходила рельсы. Въ этомъ—ея вина. „На такой улицѣ, какъ Belle-Alliancestrasse, на которой каждое мгновеніе движутся трамваи въ обоихъ направленіяхъ, надо все время считаться съ приближеніемъ вагона“... „Истица не соблюла эту внимательность. Съ открытымъ дождевымъ зонтикомъ въ рукахъ, который загоразивалъ

¹⁾ O. L. G. Hamburg упорно противится взгляду Reichsgericht'a. Не смотря на прочно установившуюся практику всѣхъ судебныхъ инстанцій, онъ настойчиво подчеркиваетъ, что „считать опасность желѣзно-дорожнаго промысла за самостоятельную причину стоитъ въ противорѣчіи съ § 1 R. N. G.“. См. O. L. G. Hamburg 19 Jani 1907 Eis. E. XXIV. 72; 15 Jan. 1907 Eis. E. XXIV. 339. „Die blosse Betriebsgefährlichkeit der Eisenbahn kann gegenüber dem ursächlichen eigenen Verschulden des Verunglückten nicht als ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 B. G. B. angesehen werden“.

ей видъ впередъ, она вступила на рельсы трамвая. Этой неосторожностью и объясняется то, что она не замѣтила приближающагося вагона, коимъ и была захвачена и повреждена Общество трамваевъ не обязано отвѣчать по § 1 R. N. G. И положеніе вещей не измѣняется тѣмъ, что вагоновожатый упустилъ позвонить или своевременно затормозить, чтобы остановить вагонъ до встрѣчи съ истицей. Конкурирующая вина желѣзной дороги или ея служащихъ лишь тогда способна продолжить ея отвѣтственность, не смотря на собственную вину пострадавшаго, *если черезъ эту вину была уничтожена причинная связь между виной пострадавшаго и несчастіемъ*. Этого нельзя утверждать въ данномъ случаѣ. Если бы вагоновожатый J. позвонилъ на разстояніи 15—20 метровъ, весьма возможно, что истица въ уличномъ шумѣ, да еще при распушенномъ зонтикѣ не обратила бы на сигналъ вниманія и что она, испугавшись звона, въ виду непосредственной близости вагона сдѣлала бы ложное движеніе и тѣмъ самымъ подвергла бы себя еще большей опасности. Первоначальная причинная связь между ея виной и несчастіемъ, поэтому, не исключена этимъ унциеніемъ вагоновожатого. Тоже самое вѣрно и касательно своевременнаго торможенія. Нельзя утверждать, что при короткомъ разстояніи, на которомъ находилась истица отъ вагона, и при скользкости рельсъ, обусловленной дождливой погодой, было возможно остановить вагонъ такъ своевременно, что столкновеніе было бы избѣгнуто“... § 254 B. G. B. вообще не примѣнимъ въ области § 1 R. N. C.

Это рѣшеніе отвѣчаетъ намъ на вопросъ: справедливо ли отклоненіе судебной практики отъ конструкціи, разработанной Рейхсгерихтомъ.

Мы видимъ, что—нѣтъ! Вѣдь, ясно и неоспоримо, что неотвратимость несчастія въ данномъ случаѣ была обязана присущимъ ж. д. эксплуатаціи особенностямъ: уличный шумъ отъ трамвайнаго движенія, скользкость рельсъ и т. п. На это указываетъ самъ O. L. G., но дѣлаетъ отсюда противоположные выводы, не только не справедливые, но и нелогичные. Онъ приводитъ эти факты, что бы доказать, что на сторонѣ жел. дороги не было вины, и что эти факты не способны прервать причинной связи между собственной виной потерпѣвшаго и несчастіемъ, т. к. они были лишены каузаль-

ной силы. Кроме того, *O. L. G.* утверждает, что лишь тогда вина желѣзной дороги можетъ продолжить его отвѣтственность [«ihre Haftung fort dauern zu lassen»], когда она прерываетъ причинную связь между виной потерпѣвшаго и несчастіемъ.

Но возможно ли это въ дѣйствительности? Мы не можемъ себѣ представить такого случая, въ которомъ вина жел. дороги «прервала» бы подобную причинную связь. Во всѣхъ жел. дор. катастрофахъ несчастіе обязано или 1) винѣ жел. дороги, 2) или винѣ потерпѣвшаго, или 3) совмѣстной винѣ ж. дороги и потерпѣвшаго. Вина потерпѣвшаго можетъ не стоять въ причинной связи съ несчастіемъ, тогда она, конечно, и не принимается въ соображеніе; но разъ она *каузальна*, то какъ же вина ж. дороги можетъ «прервать» причинную связь? Въ послѣднихъ случаяхъ всегда мы имѣемъ двѣ сопричины.

Въ приведенномъ казусѣ особенно ясно, что конструкція Рейхсгерихта дала бы болѣе жизненное и справедливое рѣшеніе. *O. L. G.* отрицаетъ каузальность «Betriebsgefahr», хотя она бьетъ въ глаза и подчеркивается самимъ же *O. L. G.*-омъ. Въмѣсто того, что бы возвести въ конкретномъ случаѣ эту «Betriebsgefahr» на степень самостоятельнаго фактора, которому и противоположить вину потерпѣвшаго, *O. L. G.* подходит къ разрѣшенію казуса съ принципами, выработанными для общегражданскихъ отношеній; онъ говоритъ о каузальности, о винѣ, о перерывѣ причинной связи,—какъ будто имѣеть дѣло не съ особой сферой профессиональнаго риска, а съ обыкновеннымъ деликтнымъ правонарушеніемъ! Указанная нами практика Гамбургскаго Оберландгерихта, ставящаго себѣ въ заслугу неуклонное и точное примѣненіе § 1 R. N. G., не заслуживаетъ нашего одобренія. Мы всецѣло одобряемъ новѣйшую практику Рейхсгерихта.

Мы должны поставить Рейхсгерихту въ заслугу то, что онъ уразумѣлъ въ совершенствѣ и духъ и идею желѣзно-до-

рожного закона 7 июня 1871 года, и это помогло ему стать выше буквы закона при дѣйствіи новаго режима.

Разъ владѣлецъ желѣзно-дорожнаго предпріятія отвѣчаетъ безусловно за *внутренній случай*, и разъ его усиленная отвѣтственность обязана той идее, что предпріятіе, внесшее въ оборотъ новую опасность, должно и отвѣчать за все проявленія этой опасности, то ясно, что говорить о *винѣ* или *презюмпціи вины* на сторонѣ желѣзно-дорожнаго предпріятія не соотвѣтствуетъ ни цѣли, ни видамъ гражданской политики законодателя.

Поэтому, совершенно правильно поступаетъ Рейхсгерихтъ; когда обсуждаетъ вину желѣзной дороги и вину потерпѣвшаго не какъ таковыя, а—черезъ призму профессиональной опасности.

Конечно, вина желѣзно-дорожныхъ служащихъ повышаетъ не «причинность», какъ таковую, профессиональной опасности, а саму опасность,—въ этомъ отношеніи можно сдѣлать Рейхсгерихту упрекъ въ неточности выраженія. Но мысль, лежащая въ основѣ этого выраженія, мы должны признать вполне правильной: съ увеличеніемъ профессиональной опасности уменьшается значеніе вины потерпѣвшаго, такъ, что противъ бѣльшей опасности надо требовать бѣльшую вину потерпѣвшаго для исключенія возмѣщенія убытковъ, и наоборотъ,—противъ небольшой опасности достаточна небольшая степень вины ¹⁾).

Не раздѣляемъ мы и сомнѣній, высказываемыхъ въ литературѣ о возможности противопоставленія и сравненія мѣры опасности промысла и вины.

Такъ, напр., Traeger ²⁾ и (H. Eger ³⁾ восклицаютъ:

¹⁾ Иначе: Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Civilrecht. Marburg. 1904, стр. 369—370: „Чѣмъ больше профессиональная опасность, тѣмъ бѣльшую внимательность надо требовать отъ потерпѣвшаго, и тѣмъ скорѣе эта вина исключаетъ отвѣтственность за убытки“. Значитъ, чѣмъ сильнѣе вина желѣзной дороги, тѣмъ выгоднѣе для нея? Очевидная несообразность!

²⁾ Traeger. о. с. 370.

«Развѣ возможно правильное взвѣшиваніе между общей опасностью промысла и конкретной виной пострадавшаго?».

Мы отвѣчаемъ, что—возможно. Вѣдь, примѣняетъ же такое взвѣшиваніе Рейхсгерихтъ въ другихъ случаяхъ каузальной отвѣтственности, напр., въ случаяхъ отвѣтственности за вредъ, причиненный животными [§ 833 В. Г. В.], и никто не протестуетъ противъ такого приѣма! Даже болѣе: такой приѣмъ лежитъ въ ясно выраженной цѣли закона!

Въ тоже время, самый придирчивый критикъ не сможетъ упрекнуть Рейхсгерихтъ въ томъ, что онъ не справился съ поставленной имъ самимъ задачей.

Рейхсгерихтъ, какъ мы видѣли, хотя и беретъ «причинность общей ж. д. опасности» за мертвую фиксированную точку, отъ которой онъ отправляется въ своихъ построенияхъ, но это не влечетъ за собой безусловной отвѣтственности желѣзной дороги: онъ взвѣшиваетъ, въ вышеуказанномъ смыслѣ каузальности, исходящія отъ сторонъ, причемъ въ результатѣ приходитъ или къ тому выводу, что поведеніе потерпѣвшаго было или «mitwirkende Ursache», или «vorwiegende Ursache» или, наконецъ, — «überwiegende Ursache» несчастія.

Въ первомъ и второмъ случаѣ судебная практика *понижаетъ* въ большемъ или меньшемъ размѣрѣ отвѣтственность жел.-дорожнаго предпріятія, а въ третьемъ случаѣ *исключаетъ* ее цѣликомъ.

При дѣйствіи новаго режима (ст. 254) нѣтъ мѣста примѣненію строгаго и негибкаго правила *aut—aut*, которое раньше или однимъ концомъ било по жел.-дорожному владельцу, или другимъ—по потерпѣвшему. Владѣлецъ жел.-дор. предпріятія долженъ сознавать, что онъ дѣйствительно отвѣчаетъ за внутренній случай, но не въ полномъ размѣрѣ при винѣ потерпѣвшаго. Публика, съ своей стороны, должна сознавать, что она ограждена усиленной отвѣтственностью отъ проявленій ж.-дор. безхозяйства, но *лишь при условіи*, что и она сама, входя въ соприкоснове-

ніе съ жел.-дор. промысломъ, принимаетъ мѣры противъ собственной неосторожности.

Такимъ путемъ, достигается справедливое распределение обязанностей между сторонами.

Противъ теоретической правильности приѣма взвѣшиванія «каузальности опасности промысла» съ виной потерпѣвшаго и противъ воззрѣнія на вину желѣзно-дорожныхъ служащихъ, какъ на факторъ, повышающій причинность опасности промысла, выступаетъ и *E. Dronke* ¹⁾.

Авторъ рассуждаетъ такъ: «вина желѣзно-дорожного служащаго, хотя и — составная часть опасности эксплуатаціи, однако, конечно, не представляетъ признака, присущаго желѣзно-дорожному промыслу, что составляетъ предположеніе всякаго несчастія при эксплуатаціи въ смыслѣ § 1 R. N. G. — Не можетъ быть рѣчи о «повышеніи причинности» особой объективной опасности предпріятія черезъ привхожденіе субъективной вины. Опасность промысла, самовина, вина желѣзной дороги — суть скорѣе три самостоятельные и, именно, три правово значительные члены въ каузальной серіи желѣзно-дорожнаго несчастія, и значеніе § 254 B. G. B. заключается въ томъ, что обязанность судьи состоитъ не въ томъ, что бы объявить *одну* изъ трехъ содѣйствующихъ причинъ въ наступленіи вреда главной и тѣмъ самымъ рѣшающей для обязанности возмѣщенія. а въ томъ, что онъ долженъ *всѣ три* обозрѣть въ ихъ совмѣстномъ дѣйствіи и тѣмъ самымъ соизмѣрить существованіе и объемъ возмѣщенія убытка. При этомъ масштабомъ должна служить не степень вины и степень объективной опасности желѣзно-дорожнаго промысла, а мѣра *причинности каждой* изъ содѣйствующихъ обстоятельствъ, касательно возникшаго вреда. Съ точки зрѣнія процессуальной, утвержденіе вины желѣзной дороги является, какъ *replicatio* потерпѣвшаго — истца противъ *exserptio* самовины, а не, какъ

¹⁾ *E. Dronke*, Der Einfluss des Verschuldens von Angestellten des Beschädigten auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers, *Eis. E.* XXI, 418–419.

осуществленіе новаго искового основанія [вотъ почему оно можетъ быть выдвинуто впервые и въ апелляціонной инстанціи. Рѣчь идетъ о совмѣстномъ соображеніи всѣхъ содѣйствующихъ причинъ вреда при *одномъ* притязаніи, а не о предъявленіи двойного притязанія объ убыткахъ изъ отдѣльныхъ исковыхъ основаній: профессиональнаго риска и вины]. Путемъ этой *replicatio* истецъ можетъ погасить частью или даже сполна понижающее его притязаніе *exceptio самовины*».

Мы вполне согласны съ этими разсужденіями. Но, вѣдь, высказанныя авторомъ соображенія подтверждаютъ точку зрѣнія, воспринятую Рейхсгерихтомъ! Разъ «*replicatio вины желѣзной дороги*» есть не *новое* основаніе, — значитъ оно можетъ играть роль усиленія и подтвержденія *прежняго* основанія. А съ точки зрѣнія желѣзно-дорожной отвѣтственности это означаетъ только повышеніе интенсивности обязанности возмѣстить убытокъ, а такъ какъ основаніемъ этой отвѣтственности является «*Betriebsgefahr*», то ясно, что конструкція *Reichsgericht'a* вполне правильна и въ соображеніяхъ автора находитъ даже новое обоснованіе. Что усвоенный Рейхсгерихтомъ приемъ правиленъ и даетъ справедливыя рѣшенія, убѣждаетъ насъ знакомство съ практикой судовъ въ другихъ культурныхъ государствахъ, напр. съ новѣйшей швейцарской юриспруденціей. Последней мы посвящаемъ главу VI.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Гражданское Уложение Германской Империи.

§ 1. История создания статьи 254 и объемъ ея содержания.

Проектъ перваго чтенія [§ 222 Е. I], разрывая всѣ связи съ традиціями «общаго права» [Gemeines Recht], касательно задачъ и обязанностей судьи при установленіи ответственности делинквента.—въ то же время въ вопросѣ о методахъ, примѣняемыхъ для достиженія намѣченной цѣли [распредѣленіе убытковъ между сторонами] является дальнѣйшимъ развитіемъ практики «общаго права»; центръ тяжести изслѣдованія онъ кладетъ не въ каузальныхъ построеніяхъ, а во *взвѣшиваніи взаимной вины сторонъ*. 44

§ 222 Е. I: „Если возникновенію убытка, виновнымъ образомъ причиненнаго третьимъ лицомъ, содѣйствовала неосторожность потерпѣвшаго, хотя бы послѣдняя заключалась лишь въ *улучшеніи отвращенія или уменьшенія вреда*,... судъ долженъ... оцѣнить, *поскольку вина третьяго лица или неосторожность потерпѣвшаго перевѣшиваютъ другъ друга*“

При второмъ чтеніи редакторы законопроекта рѣзко мѣняютъ свои позиціи. Protokollen I, N. 45, V, стр. 300, впрочемъ, не мотивируютъ обстоятельно ихъ *volte face*, они лишь констатируютъ перемѣну: «als den für die Abgrenzung der Ersatzpflicht *vorzugsweise* massgebenden Umstand nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Causalverhältnis bezeichne».

Соотвѣтственно этому, конецъ § 222 Е. I получилъ въ § 217 Е. II такую редакцію: «судъ долженъ *взвѣсить*...

поскольку убыток преимущественно причинен той или другой стороной».

Новая редакция вносит два изменения в старую редакцию: 1) обосновывающее ответственность деяние ответчика не должно вытекать непременно из вины. 2) Не степень взаимной вины, а степень причинения является преимущественным (vorzugsweise) критерием при распределении ответственности.

Таким образом, изменение редакции обязано желанию законодателей распространить действие нормы и на такие случаи ответственности, которые не обусловлены виной делинквента. Редакторы наткнулись на затруднение говорить о выявлении «взаимной вины» в тех случаях, когда на одной стороне вообще нет вины: а потому им не оставалось ничего другого, как привлечь каузальный момент, в качестве универсального критерия для всех случаев разложения ответственности. ¹⁾ ²⁾ Е. II потерпел дальнейшее изменение при окончательном редактировании § 254 B. G. B. Именно, обязанности потерпевшего: не упускать меры к отращению или уменьшению вреда были выделены в особый абзац, составивший пункт второй ст. 254. Коммиссия Рейхстага включила сюда еще обязанность потерпевшего *обращать внимание должника на необычайно высокий размер убытков* ²⁾).

Наконец, в самом Рейхстаге абзац 2-й был расширен ссылкой на аналогичное применение ст. 278 B. G. B.

Таким образом создалась ст. 254, гласящая:

„Если наступлению вреда способствовала вина потерпевшего,

1) Старая редакция была изменена комиссией еще в одном отношении. Слово „небрежение“ было заменено термином „вина“. „дабы охватить тем самым нередкий случай“ умышленного увеличения вреда потерпевшим“. *Protok. I*, стр. 300.

2) См. *Bericht der Reichstagskommission*, включивший это определение в § 248 Reichstagsvorlage [Heumannsche Ausgabe, стр. 36], и стенографические отчеты [Guttentagsche Ausgabe, стр. 280].

„то обязанность къ возмѣщенію и размѣръ его зависятъ отъ обстоятельствъ, въ частности отъ того, насколько вредъ былъ обусловленъ преимущественно той или другой стороной.

„Правило это распространяется и на тотъ случай, когда потерпѣвшій виновенъ лишь въ томъ, что упустилъ указать должнику на опасность наступленія чрезвычайнаго вреда, которую должникъ не предвидѣлъ и не долженъ былъ предвидѣть, или же не принялъ мѣръ къ предотвращенію или уменьшенію вреда. Предписаніе ст. 278 соответственно примѣняется“.

Объ юридическомъ основаніи пониженія ответственности делинквента при наличности конкурирующей вины потерпѣвшаго ни «Motiven», ни «Protokollen» не говорятъ ни полъ-слова.

Во всякомъ случаѣ, таковымъ юридическимъ основаніемъ редакторы не считали *перерывъ причинной связи*. Даже наоборот! «Motiven» II, стр. 24 [Е. I, § 222] положительно обращаютъ вниманіе на то, что вина потерпѣвшаго не должна прерывать причинной связи между дѣяніемъ делинквента и вредомъ. Если причинная связь отсутствуетъ, не можетъ быть рѣчи объ обязанности делинквента возмѣстить убытокъ, а потому не можетъ быть и рѣчи о «зачетѣ вины».

Съ другой стороны, Проектъ [Motiven, 2^{te} § 218 E. I, стр. 18) не даетъ права судѣ при опредѣленіи размѣра возмѣщаемыхъ убытковъ принимать въ уваженіе степень вины делинквента. Всякая вина обосновываетъ обязанность возмѣстить весь причиненный убытокъ въ цѣломъ,—независимо отъ того,—предвидимы ли были всѣ слѣдствія дѣянія, или нѣтъ. И съ этой стороны, изслѣдуемое нами явленіе не можетъ быть объяснимо.

Повидимому, редакторы ст. 254, являясь продолжателями своихъ предшественниковъ—дѣятелей по выработкѣ «общаго права», и не задавались теоретическими вопросами объ основаніи пониженія ответственности делинквента при конкурирующей винѣ потерпѣвшаго. Они считали это дѣломъ спра-

ведливости, не требующимъ по^{то}му дальнѣйшаго оправданія.

Ст. 254 помѣщена въ кн. II-й [Обязательственное право], Разд. I-омъ [Содержаніе обязательствъ], главѣ I-ой [Удовлетвореніе по обязательствамъ], т. е. въ *общей части* обязательственного права.

Поэтому, само мѣсто, занимаемое ст. 254 въ Уложеніи, указываетъ на то, что эта норма примѣняется во всѣхъ случаяхъ, когда идетъ рѣчь о возмѣщеніи *убытковъ*¹⁾, хотя бы отвѣтственность вытекала изъ объективнаго существующаго правового основанія, напр. страхованія²⁾, или закона³⁾, какъ то отвѣтственность за животныхъ⁴⁾.

Въ этихъ предѣлахъ, въ В. Г. В. можно различать три группы притязаній на возмѣщеніе убытковъ, въ которыхъ имѣетъ примѣненіе § 254:

I. Виновное неисполненіе гражданскаго частно-правового обязательства.

II. Иски изъ недозволенныхъ дѣяній.

III. Притязанія на возмѣщеніе убытковъ въ силу закона⁵⁾.

1) R. G. Bd. 51, стр. 275: „Die Grundsätze des § 254 kommen überall, wo jemand aus irgend einem Grunde zum Schadensersatz verpflichtet ist, zur Anwendung, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen“. 5 Mai 1902, Bd. 51 (1903), n^o. 66; 18 Mai 1903, Bd. 55 (1904), nr. 7. R. G. 3 Mai 05. I. W. 05. 388; 18 Mai 05, *ibid.*, стр. 393. Попытки *Cohn'a* о. с. 109 ограничить объемъ примѣненія этого принципа нашли въское опроверженіе у *Gottschalk'a* о. с. 108 и *Eick'a* о. с. 8—8.—Съ другой стороны, безспорно, что ст. 254 не примѣнима въ области *Anfechtungsklage*. *Weyl* о. с. 467: и—къ вещнымъ искамъ, какъ „*restitutio in integrum*“, а^o. *negatoria*“ и т. п. *Eick* о. с. 8; *Plank*, II, стр. 629, с; *Litten*, о. с. 99 и сл.; *Endemann*, I, § 132, стр. 756, *Enneccerus-Lehmann*, I, стр. 864, *Gottschalk*, о. с. 109 и сл. *ГХНН* 2) R. G. 5 Mai 02; Bd. 51, 275; *Seuf. Arch.* 59, 56.

3) R. G. 19 Oct. 03, I. W. 32, Beil. 136; 2 Febr. 03, I. W. 32, Beil. 45 [=Eisenb. E. XX, 136], 24 Oct. 1902, Bd. 52 (1903) № 91.

4) R. G. 5 Mai 1902, Bd. 51 (1903), стр. 275; *Plank*, II, zu § 254, Bem. 5. 6. *Schollmeyer*, Kom. zu § 254, Bem. 1, стр. 41; *Enneccerus-Lehmann*, Bürg. R. I, § 372, стр. 864, III; *Oertmann*, zu § 254. Bem. 4; *Dernburg*, Bur. R. II, стр. 650; *Endemann*, Lehrb. I, § 132, 755.

5) Подробную и обстоятельную сводку относящихся къ каждой группѣ законоположеній см. у *Cohn'a*, стр. 108 и слѣд.—Въ предѣлахъ нашей работы лежитъ изслѣдованіе области примѣненія § 254 В. Г. В. къ каждой группѣ въ отдѣльности и тѣмъ паче, къ отдѣльнымъ законоположеніямъ въ

§ 2. Ученіе о причинной связи въ Герм. Гражд. Уложеніи.

I.

Какой каузальной теоріи придерживались редакторы В. Г. В.,—этотъ вопросъ не имѣетъ для своего разрѣшенія надежныхъ указаній въ законодательномъ матеріалѣ. Это облегчало, съ одной стороны, работу представителей различныхъ направлений, которые вычитывали изъ отдѣльныхъ нормъ разрозненныя указанія въ пользу защищаемыхъ ими построеній, съ другой стороны, заставляло ихъ же самихъ признать, что В. Г. В. положительно (*verbis expressis*) не исповѣдуетъ никакой теоріи, въ томъ числѣ—ни той, которую они сами пытаются вывести изъ общаго смысла законовъ ¹⁾.

Не преминула занять свою позицію къ обсуждаемому вопросу *философско-логическая* каузальная теорія [отношеніе *cond. s. q. n.*]. Въ отдѣльныхъ нормахъ В. Г. В. она нашла подтвержденіе своему тезису: причинная связь—на лицо, если поведеніе даннаго дѣятеля послужило однимъ изъ *условій* наступленія вреда, а вредоносный результатъ причиненъ лишь совмѣстнымъ дѣйствіемъ *многихъ* условий. Поэтому долженъ быть возмѣщенъ не только непосредственный, но и посредственный вредъ.

Авторитетную поддержку ихъ построенію они находятъ въ § 830 В. Г. В. п. 2: «Подстрекатели и пособники отвѣчаютъ наравнѣ съ соучастниками».

«Эти лица—говоритъ Liszt ²⁾—разсматриваются В. Г. В., какъ *причинители* результата, т. к. каждый изъ нихъ послужилъ *условіемъ* наступившаго вреда».

Это положеніе подлежитъ аналогичному примѣненію и *предѣлахъ* каждой группы.—Цѣль нашего изслѣдованія—выяснить конструкцію зачета вины въ области вѣдоговорныхъ отношеній, поэтому мы касаемся главнымъ образомъ группы II.

¹⁾ См. такія признанія у *Gottschalk'a*, о. с. 43, 48; *Rümelin*, о. с. 260; *Litten*, о. с. 35; *Kuhlenbeck*. Von den Pandecten, II, 124.

²⁾ *Liszt*. Delictobligationen, 74—81.

въ случаѣ неосторожнаго учиненія недозволеннаго дѣянія, и, наконецъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда убытокъ причиненъ нѣсколькими лицами, дѣйствующими совершенно самостоятельно другъ отъ друга.

Общій принципъ неограниченной отвѣтственности усматривается этой школой выраженнымъ и въ § 287 В. Г. В. [ср. §§ 447 II, 848]: «Должникъ несетъ отвѣтственность и за случайно наступившую во время просрочки невозможность исполненія». Отсюда выводится ¹⁾, что должникъ отвѣчаетъ и за случайный вредъ; иначе говоря,—«наступленіе факта, представляющагося случаемъ, не въ состояніи прервать причинной связи, если наступленіе случайнаго событія приведено черезъ дѣятельность отвѣтника и безъ этой послѣдней не имѣло бы мѣста».

Противъ этихъ аргументовъ можно возразить слѣдующее. Нельзя,—во первыхъ изъ § 830 В. Г. В. выводить условно-каузальную теорію. Вѣдь, приравненіе подстрекателей и пособниковъ соучастникамъ обязано не «равноцѣнности ихъ каузальности», а «общности ихъ дѣйствія» ²⁾. Центр тяжести въ § 830—не въ причиненіи, а въ виновности, а потому—степень содѣйствія и не имѣетъ значенія. Поставленіе же всѣхъ этихъ лицъ на одну доску можетъ быть объяснено тѣмъ, что гражданско-правовая обязанность возмѣщенія убытковъ не допускаетъ [какъ то допускаетъ уголовное наказаніе!] ступеней. ~~англ. винниги оиентаице кицини А. .)~~

Ссылки на §§ 287, 848 также невѣрны. Эти статьи говорятъ лишь то, что при указанныхъ обстоятельствахъ не требуется для отвѣтственности никакой *вины*, о природѣ же *каузальности* здѣсь нѣтъ и рѣчи.

Наоборотъ, въ этихъ послѣднихъ статьяхъ представители

¹⁾ *Gottschalk*, о. с. 45—48; *Cosack*. Lehrbuch. I, § 90, стр. 328. *Radbruch*. о. с. 67; *Schollmeyer* Komm. zu § 252, стр. 38.—*Scherer*, Recht, der Schuldv. (1899), стр. 30 усматриваетъ въ § 254 В. Г. В. выраженіе каузальной теоріи *Buri*.

²⁾ *Rümelin*. о. с. 247. *Tuzina*, о. с. 50.

адекватной теории усматривали исключение. подтверждающее общее правило об адекватности причинной связи.

Разъ §§ 287, 248 считают нужнымъ установить *verbis expressis* отвѣтственность за *случай*, т. е. устанавливають вмѣненіе вреда, которому отвѣтчикъ поставилъ одно условіе, — значить въ прочихъ случаяхъ, въ видѣ правила устанавливается безотвѣтственность за отдаленныя послѣдствія его дѣянія, обязанныя привхожденію *другихъ* условій ¹⁾.

Мало того! Въ законодательномъ матеріалѣ можно найти и положительныя указанія на симпатіи законодателя къ теории адекватнаго причиненія.

Такъ, ст. 252 въ вопросѣ объ отвѣтственности за «*lucrum cessans*» умѣряетъ теченіе негативно-условной причинной связи черезъ адекватную точку зрѣнія вѣроятія или общаго предвидѣнія: *von dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge*.

«...Неполученной считается та прибыль, которую можно было ожидать по обычному ходу вещей, или сообразно съ особыми обстоятельствами, въ частности сообразно съ принятыми мѣрами и сдѣланными приготовленіями».

«Этотъ принципъ релятивной (адекватной) оцѣнки вреда мы должны, — говорятъ представители адекватныхъ теорій — принять для всякаго возмѣщенія убытка, даже тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о *damnum emergens*» ²⁾.

Наконецъ, ст. 254 является выводомъ скрытаго въ В. Г. В. принципа адекватнаго причиненія. Делинквентъ не отвѣчаетъ за то, что причинено или могло быть избѣгнуто потерпѣвшимъ, ибо виновное поведеніе потерпѣвшаго не соотвѣтствуетъ нормальному ходу событій ³⁾.

¹⁾ *Traeger*. о. с. 223, 261—270; *Litten*. о. с. 34; *Rümelin*. о. с. 291; *Oertmann*. *Recht der Schuldv.* I, 26.

²⁾ *Kuhlenbeck*. о. с. II 124, („argumentum a maiore ad minus“); *Titze*. о. с. 132; *Plank*. II, 22 и слѣд.; *Staud. Komm.* 39; *Traeger*. о. с. 220 и сл. Ср. *Endemann* I § 129, 2. b. *Enneccerus*. § 160, стр. 406.

³⁾ *Titze*. о. с. 135 и слѣд. *Staud. Komm.* 40; *Rehbein*. II, стр. 46. *Kuhlenbeck*. о. с. 125 „vor allem darf die Beschaffung des Kausalnexus nicht

И эти аргументы школы адекватнаго причиненія далеко не убѣдительны.

Ст. 252, правда, выражается въ духѣ теоріи адекватнаго причиненія. Но это ограниченіе каузальнаго теченія «обычнымъ ходомъ вещей» вполне уместно и даже неизбежно, разъ мы находимся въ области не реальныхъ фактовъ [какъ это имѣетъ мѣсто при *damnum emergens*], а въ области догадокъ о будущемъ [возможность прибыли]; потому то вполне произвольно обобщать приемы, применимые для исчисления *lucrum cessans*, на исчисленіе всякаго интереса.

Статья же 254, какъ мы видѣли выше, имѣетъ предположеніемъ наличность *причинной связи* между дѣяніемъ и вредомъ, такъ что пониженіе ответственности делинквента обязано не *перерыву причинной связи*, а особымъ соображеніямъ справедливости.

Представители теоріи адекватнаго причиненія указываютъ и на характерное выраженіе В. Г. В.: «*den daraus entstehenden Schaden*». Этотъ терминъ—говорятъ они—есть выразитель идеи адекватности.

Противъ этого аргумента можно сослаться на § 447 II В. Г. В., гдѣ «*der daraus entstehende Schaden*»—по единогласному мнѣнію всѣхъ изслѣдователей—означаетъ и *случайный* вредъ. Поэтому, нѣтъ ни малѣйшаго основанія придавать этому термину указанное значеніе.

При такомъ положеніи вопроса вполне оправдываемая позиція, которую заняли большинство комментаторовъ В. Г. В. ¹⁾.

in die Willkür des Gläubigers gestellt werden*. *Crome System.* I, стр. 476; *Hass.* о. с. Iher. Jahrb. 37, стр. 360, *Oertmann.* о. с. стр. 11. Vorbem. zu §§ 249—254; *Isay* Iher. Jahrb. 39 (1898), стр. 308; *Stammler.* Das Recht der Schuldv. 124.

¹⁾ *Dernburg.* Das burg. R. (1900) I § 27, II, стр. 65, *Zitelmann.* Das Recht des B. G. B. I, стр. 154. *Enneccerus*, I (1901), стр. 402; *Matthias.* Das burg. R. (1900) I, § 76. *Plank,* Komm. zu § 249 Anm. 2. b.

Они пытаются разрубить гордиевъ узелъ утверждениемъ, что В. Г. В. не примыкаетъ ни къ одной контроверзной въ литературѣ каузальной теоріи, и все установленіе причинной связи и вопросъ о вѣѣненіи результата предоставляетъ судебной практикѣ. При этихъ условіяхъ, нѣтъ надобности въ отысканіи общагодняго понятія причины: весь вопросъ разрѣшается § 278 С. Р. О.¹⁾ въ томъ смыслѣ, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшаетъ судебное усмотрѣніе о наличности причинной связи²⁾.

Съ этой огульной ссылкой на § 287 С. Р. О., нельзя въпрочемъ, согласиться.

Правда, какъ въ теоріи³⁾, такъ и въ практикѣ⁴⁾ признано, что § 287 С. Р. О. касается и вопроса о причинной связи. Но законодательные мотивы [Motiven zu § 250 Entw. d. С. Р. О.] указываютъ, что § 287 касается лишь вопроса о *доказательствѣ* причинной связи, т. е. если *a^o. probata est*. Этимъ не разрѣшается матеріальный вопросъ—были ли утверждаемые факты вообще *причиной*, т. е. если *a^o. fundata est*. Буквальный же смыслъ § 287 С. Р. О. даетъ *arbitrium* судѣ не въ дѣлѣ установленія причинной связи, а—лишь *размѣра убытковъ*, вытекающихъ изъ отдѣльнаго звена каузальной серіи, которую судъ долженъ выяснитъ съ возможной тщательностью.

1) § 278 С. Р. О.: „Если возникнетъ между сторонами споръ—возникъ ли убытокъ, и какъ великъ убытокъ или возмѣщаемый интересъ,—объ этомъ рѣшаетъ судъ въ соображеніе всѣхъ обстоятельствъ по свободному усмотрѣнію“.

2) К. Köhler. Umfang der Schadensersatzpflicht in Geld nach dem R. G. B. (Bonn. 1901) стр. 50 приветствуетъ эту сдержанность законодателя: „Попытка законодателя дать точное опредѣленіе этому понятію привела бы къ воспринятію той или другой контроверзной въ литературѣ теоріи, что наврядъ ли отвѣчало бы практическимъ потребностямъ жизни, т. к. ни одна теоретическая формула не можетъ охватить всего разнообразія житейскихъ отношеній, и связываніе судьи какииъ либо шаблономъ привело бы къ несправедливымъ рѣшеніямъ“.

3) См. литературу у Titze. Unmöglichkeit der Leistung (1900), стр. 130.

4) Приведена у W. Piper. Verursachen und Verschuldung (1902), стр. 13. См. еще R. G. 14 Dec. 05. I. W. 1906/35, стр. 86.

Но, если ссылка комментаторовъ на § 287 С. Р. О. и не можетъ быть признана удачной, то, съ другой стороны, нельзя оспаривать того, что въ основной идеѣ указанного направленія есть зерно истины.

Дѣйствительно, нормы В. Г. В. не даютъ материала для установленія одной законченной каузальной теоріи. Изъ общаго смысла всѣхъ законоположеній съ неоспоримой ясностью вытекаетъ лишь слѣдующее: отвѣтственность не обусловлена предвидимостью вреда съ т. з. даннаго дѣятеля; иначе говоря, она не ограничена непосредственнымъ, т. е. наступившимъ безъ привожденія другихъ событій вредомъ.

Безспорно и то, что В. Г. В. допускаетъ возможность множества причинъ, участвующихъ въ созданіи одного явленія: безъ различія того—совпали ли онѣ или не совпали во времени. Всякое послѣдующее событіе не прерываетъ безусловно причинную связь, заложенную предшествующимъ событіемъ: оно можетъ играть роль сопутствующей причины, приводящей къ результату совмѣстно съ текущей уже каузальной серіей.

Въ предѣлахъ этихъ положеній судебной практикѣ дѣйствительно приходится самостоятельно прокладывать свои пути, опираясь, если и не на законодательный матеріалъ, то, по крайней мѣрѣ,—на традиціи и на собственное правовое чутье.

Какъ же справилась судебная практика съ своей задачей?

II.

Рейхстерихтъ категорически высказывается противъ теоріи одной причины [*κατ'ἑξῆς*]: «Для установленія причинной связи не требуется, что бы виновный вызвалъ всѣ причины, которыя содѣйствовали возникновенію убытка; достаточно,

что бы учинитель былъ хотя бы одной изъ содѣйствующихъ причинъ ¹⁾ и что отъ него бы зависяло ²⁾

16. Рейхсгерихтъ причинную связь между проступкомъ и вредомъ не понимаетъ въ *чисто механическомъ смыслѣ*, такъ что причинная связь исключалась, если приходило дѣятельность третьяго лица, посягающая на свободномъ опредѣленіи его воли. Надо изслѣдовать—дѣйствовало ли это третье лицо, какъ *разумный человекъ* ³⁾, или какъ членъ социальнаго организма въ сознаніи своей *нравственной или правовой обязанности* ⁴⁾; въ последнемъ случаѣ свободное и произвольное внимательство третьяго лица не создаетъ новой причины, исключаящей каузальную силу предшествующей каузальной серіи: оно входитъ въ эту последнюю, какъ звено въ самостоятельную цѣпь событій.

Всякое дѣяніе или упущеніе можетъ быть причинно для возникшаго вреда, разъ вредъ не возникъ бы безъ этого дѣянія, а само событіе не случилось бы» [R. G. 8 Juni 05. I. W. 1905/34, стр. 487].

Однако, это выраженіе не должно быть понимаемо въ смыслѣ *негативно-условной* каузальной теоріи; последнюю Рейхсгерихтъ въ рядѣ рѣшеній отвергаетъ *verbis expressis* ⁴⁾.

Наоборотъ, онъ широко допускаетъ *непрерывъ причинной связи*.

«Причинную связь надо признать, если слѣдованіе явля-

¹⁾ R. G. 29 Mai 1906, Bd. 63 (1906), стр. 343, ср. R. G. 11 Juni 1903 I. W. 03/32 Beil., стр. 92; 20 Febr. 1902, Bd. 50/222.

²⁾ R. G. 3 März 1892 I. W. 1892/21, стр. 221, R. G. 25 März. 07, I. W. 1907, стр. 308

³⁾ R. G. 9 Jan 1902 Eis. E. XIX, 18 id. R. G. I. W. 36, 307, Gruch. B. 51, 179 „лежало въ естественномъ порядкѣ вещей, что мужъ истицы пытался спастись отъ угрожающей опасности прыжкомъ изъ экипажа“.

⁴⁾ R. G. 30 Dec. 1901 I. W. 1902, Bd. 31, стр. 143; 5 März 1906, Gruch. B. 50, стр. 1973. Въ смыслѣ условно-кауз. теоріи нельзя толковать [какъ это дѣлаетъ Guex о. с. 123] R. G. 3 Nov. 1898 Bd 42, стр. 291 „Es wäre ein schiefer Gedanke, die Voraussehbarkeit der schädigenden Wirkung zur Bedingung der Verhaftung und Kausalität zu erheben“.

ній не лежить цілкомъ внѣ обычнаго житейскаго опыта» ¹⁾, и надо исключить при «неразумномъ не подлежащемъ учету въ оборотѣ вмѣшательствѣ третьяго лица, дѣяніе котораго является самостоятельной причиной несчастія» ²⁾, и вообще при привхожденіи «всякаго событія, лежащаго внѣ естественнаго хода вещей (ausserhalb des natürlichen Verlaufes der Dinge)» ³⁾.

Примѣненіе этому положенію мы находимъ въ массѣ рѣшеній *Рейхсгерихта*.

См., напр. *R. G. 5 März 1906, Gruch. B. 50, 973.*

Истецъ получилъ увѣчіе отъ своей коровы, испуганной собакой отъѣзжика. „Если дѣло идетъ о рядѣ событій, чередующихся во времени и стоящихъ другъ съ другомъ съ внѣшней стороны въ связи, предшествующее событіе можетъ считаться *причиной* послѣдующаго при томъ условіи, что при подобныхъ же обстоятельствахъ оно по опыту повседневной жизни имѣетъ необходимымъ или обычнымъ слѣдствіемъ фактически наступившій результатъ“... Тотъ же принципъ долженъ быть соблюденъ и при примѣненіи § 833. „Если воздѣйствіе одного животнаго на другое достаточно сильно, чтобы по обычному ходу вещей съ извѣстнымъ вѣроятіемъ вызвать определенное поведеніе послѣдняго, можетъ быть рѣчь о томъ, что вредоносный результатъ вызванъ первымъ животнымъ“.

R. G. 14 Oct. 1909, Gr. Beitr. 1910, H. 3, стр.

Истца Н. 21 янв. 1906 въ 7½ ч. утра шла пѣшкомъ изъ дома къ М. по линіи трамвая. Трогуаръ улицы въ извѣстномъ мѣстѣ образовалъ выбоину, доходившую до мостовой, отъ которой послѣдняя была отдѣлена невысокой перегородкой. Истца, которая

¹⁾ *Scherer*, Das 1—7 Jahr. des B. G. B (1901—1907) § 249, стр. 409; O. L. G. Hamburg 20. 03, I; R. G. 25 März 07; I. W. 1907, 308.

²⁾ R. G. 30 Dec 1901 I W. cit.: Убытокъ, размѣръ котораго обусловленъ необычайными событіями, не можетъ быть вмененъ деликвенту. R. G. 20 März 1907, Seuf. Arch. 62 (1907), стр. 132. См., однако, R. G. 9 Dec 1909, I. W. 1910 № 2, стр. 65 „Легко раненный собакой упускаетъ лѣчение. Онъ приглашаетъ врача на десятый день, а между тѣмъ самъ лечитъ себя свинымъ пометомъ. R. G. не усматриваетъ здѣсь перерыва причинной связи. Здѣсь—двѣ причины въ одномъ результатѣ. Но потерпѣвшій—главный виновникъ (Urheber) убытка“.

³⁾ R. G. 9 Juli 03 I. W. 03/32. Beil. 114: R. G. I. W. 05. 119. n^o. 25.

шла по правую сторону отъ рельсъ, услыхавъ приближеніе вагона, сдѣлала скачекъ въ сторону и упала въ выбоину, гдѣ сломала себѣ ногу.—Поднимается вопросъ: причинено ли несчастье *эксплоатаціей* трамвая? Правда, истица не пришла въ тѣлесное соприкосновеніе со средствами эксплоатаціи. Обстоятельства дѣла вызвали лишь психическое дѣйствіе испуга, имѣвшее непосредственнымъ послѣдствіемъ прыжекъ въ сторону. „Но эксплоатація была также *адекватной причиной* убытка. Вагонъ, внезапно налетающій въ темнотѣ съ большой быстротой, вызываетъ *согласно опыту* у пѣшехода, если онъ не можетъ судить о томъ, есть ли опасность отъ вагона, чувство испуга, которое заставляетъ его сдѣлать скачекъ въ сторону. Прыжекъ истицы, такимъ образомъ, стоялъ въ непосредственной мѣстной, временной и внутренней связи съ эксплоатаціей трамвая“.

И во многихъ другихъ рѣшеніяхъ Рейхсгерихтъ понятіе причинной связи противопоставляетъ понятію случая: *случайными* послѣдствіями онъ называетъ все, что не стоитъ въ *адекватной причинной связи* съ инкриминируемымъ дѣяніемъ ¹⁾).

Мы можемъ, такимъ образомъ, сдѣлать тотъ выводъ, что Рейхсгерихтъ, не находя другой опоры, кромѣ сочувствія нѣкоторой части германской доктрины, воспринялъ то ученіе, которое извѣстно подъ названіемъ теоріи адекватнаго причиненія.

Эта теорія, однако, не подверглась съ его стороны, болѣе детальной разработкѣ, а потому,—какъ увидимъ ниже (§ 6),—она оказалась бесплодной въ вопросѣ о разложеніи убытковъ между сторонами.

¹⁾ R. G. Entsch. Bd. 10/51; I. W. 37. стр. 4052, 56; R.G. 28 Febr. 02, Bd. 50 nr. 49, стр. 218; Bd. 29, nr. 31, стр. 120; Seuf. Arch. 40, nr. 95, стр. 148. Здѣсь R. G. полемизируетъ съ теоріей *Rümelin'a*, находя ее непригодной для практики [„Zu keinem befriedigenden Ergebnisse führt“]. Въ 10 Oct. 1904, Gruch. B., Bd. 49, стр. 614, Рейхсгерихтъ ставитъ теорію адекватнаго причиненія въ связь съ моментомъ небреженія (предвидѣніе дѣятеля), т. е. приближается къ теоріи субъективнаго (ex ante) обобщенія *Kries'a*.

§ 3. Понятіе собственной вины потерпѣвшаго. [§ 254 В. Г. В.]

А. Объективное содержаніе.

Изъ содержанія § 254 В. Г. В. явствуетъ, что потерпѣвшій получаетъ полное возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ ему отвѣтчикомъ, лишь при наличности слѣдующихъ условій:

- 1) самъ потерпѣвшій не способствовалъ собственной виной наступленію вреда,
- 2) потерпѣвшій принялъ мѣры къ предотвращенію вреда,
- 3) потерпѣвшій принялъ мѣры къ уменьшенію вреда,
- 4) потерпѣвшій не упустилъ указать должнику на опасность наступленія чрезвычайнаго вреда, который должникъ не предвидѣлъ и не долженъ былъ предвидѣть.

Текстъ закона не упоминаетъ случая, когда потерпѣвшій *увеличилъ* объемъ убытка, каковой случай подпадаетъ по смыслу закона подъ терминъ: *предотвратить — уменьшить вредъ* ¹⁾.

Лицо, которое своимъ поведеніемъ «увеличило размѣръ убытковъ», и лицо, которое «не предотвратило» или не приняло мѣръ къ «ослабленію убыточныхъ послѣдствій» вредоноснаго дѣянія—обсуждаются закономъ одинаково ²⁾. Тотъ убытокъ, который могъ быть предотвращенъ или умѣренъ дѣятельностью потерпѣвшаго, и который имъ въ данномъ случаѣ не былъ ни предотвращенъ, ни умѣренъ, долженъ, по духу ст. 254 п. 2, обсуждаться такъ же, какъ и тотъ убытокъ,

¹⁾ Другого мнѣнія *Endemann*. I. стр. 732: «послѣдующее увеличеніе убытка есть случай, не подпадающій подъ дѣйствіе ст. 254».

²⁾ Въ этомъ отношеніи редакція ст. 254 далеко не безупречна; она не проводитъ различія между случаями: 1) самовина *соотѣствуетъ* возникновенію убытка и 2) самовина лишь *увеличиваетъ* вредъ. *Labowsky*. о. с. 42.—Другія европейскія законодательства не знаютъ нормы, соотвѣтствующей § 254 II В. Г. В., и судебная практика и доктрина выводятъ обязанности потерпѣвшаго къ положительной дѣятельности изъ понятія *ненормальности*, какъ составной части понятія самовины. Ср. *Guhl* о. с. 90.

который *причиненъ* дѣятельностью потерпѣвшаго, т. е. онъ долженъ быть отнесенъ къ дѣятельности самого потерпѣвшаго, а не лица совершившаго деликтъ ¹⁾).

Такимъ образомъ, виновное отношеніе потерпѣвшаго къ каузальной серіи, заложенной делинквентомъ, можетъ развиваться въ слѣдующихъ формахъ:

I. Онъ содѣйствовалъ созданію самого правонарушенія: послужилъ *сопричиной* вредоноснаго явленія; или содѣйствовалъ наступленію причины несчастія, напр. не указавъ должнику на размѣръ угрожаемаго убытка. *недолѣтство, недосмотръ*

II. Онъ упустилъ предотвратить убытокъ.

III. Послѣ того какъ убытокъ наступилъ, онъ упустилъ мѣры къ его уменьшенію или своей дѣятельностью увеличилъ его объемъ.

Ст. 254 I—II есть одно цѣлое, объединяемое одной идеей: отъ перваго до послѣдняго момента свободного развитія печальнаго событія потерпѣвшій долженъ вести себя, *какъ доброму хозяину свойственно* ²⁾).

Мы должны рассмотреть каждую изъ этихъ формъ виновности въ отдѣльности.

¹⁾ Поэтому начальныя слова п. 2, ссылающіяся на п. 1 [„правило этого распространяется и на тотъ случай“]—могутъ имѣть въ виду лишь слова: „то обязанность къ возмѣщенію и размѣръ его зависятъ отъ обстоятельствъ“..., и не касается послѣдующихъ словъ: „въ частности отъ того, насколько вредъ былъ обусловленъ преимущественно той или иной стороной“. Ни въ одномъ изъ приведенныхъ въ п. 2 случаевъ убытокъ не причиненъ *преимущественно* той или другой стороной. Ср. *Conn.* о. с., 119: „Точка зрѣнія соотвѣствующей вины при возникновеніи вреда не применима въ случаяхъ, указанныхъ въ п. 2“. *Arnoldi*, о. с. стр. 56; *Contra: Eick*, о. с. 39; *Endemann*, I, 594, 599. См. еще *неудачную* первоначальную редакцію § 217 Entw. II.

²⁾ На это положительно указываютъ: *A. L. G.* 12 Jan. 03, *O. L. G.* отъ 31: 34; *Kam. G.* 26 Jan. 04; *cod.* 8, 393; *O. L. G.* 8 März 04, *cod.* 9, 281; *nov.*

1. Потерпевшій содѣйствовалъ созданію самого правонарушенія.

Это содѣйствіе можетъ вылиться въ различныя формы.
а) Самая простая и въ то же время наиболѣе обыденная форма содѣйствія заключается въ обусловливаніи несчастія, созданнаго дѣятельностью отвѣтчика, самостоятельнымъ неосторожнымъ дѣйствіемъ потерпевшаго.

Напр. по винѣ капитановъ происходитъ столкновение судовъ [R. G. 31 Jan. 06 I. W. 06. 301].

Къ этому типу отношеній мы можемъ отнести и тѣ случаи, когда не конечный вредъ, а вредоносное дѣяніе причинено потерпевшимъ.

Рейхсгерихтъ часто высказывался въ томъ смыслѣ, что содѣйствующая вина потерпевшаго, предвидѣнная ст. 254 В. Г. В.,—на лицо тогда, когда онъ виновнымъ образомъ *раздражилъ* повредителя (*gereizt hat*), который въ раздраженіи и совершилъ вредоносное дѣяніе ¹⁾. Сюда относятся, напр., случаи взаимныхъ оскорбленій.

б) Содѣйствіе наступленію вреда надо усмотрѣть и въ неотвращеніи потерпевшимъ самой *причины опасности*.

Ст. 254 п. 2 указываетъ на обязанность потерпевшаго «обратить вниманіе должника на опасность наступленія необычайно высокаго размѣра убытковъ, о которыхъ должникъ не зналъ и не долженъ былъ знать».

Съ германской доктриной по этому вопросу мы познакомили читателя въ т. I нашего изслѣдованія (стр. 384—393).

¹⁾ В. Г. 25 April 1910. I. W. 1910/12, стр. 614. Истецъ получилъ отъ отвѣтчика подщечину, отъ которой упалъ на землю и повредилъ себѣ руку и плечо. Установлено, что раздраженіе отвѣтчика провинилъ самъ истецъ, покаясь у него кукурузныхъ опилокъ и, кромѣ того, попыткой отнять у него вишню съ кукурузой. Это поведеніе должно быть разсматриваемо, какъ вина истца, которая „für die Ohrfeige mitbestimmend gewesen ist“. R. G. 5 Nov. 1906 I. W. 1907 № 1, стр. 7: „Какъ подстрекательство должно разсматриваться, какъ причиненіе дѣянія, ибо вызываетъ рѣшеніе совершить дѣяніе, также и раздраженіе можетъ опредѣлять совершеніе извѣстнаго поступка тѣмъ, что „den Entschluss zu einer Handlung bewirken oder zu Reife bringen kann, die sonst unterblieben wäre“.

Въ германской судебной практикѣ мы находимъ мало рѣшеній, въ коихъ вентилировался бы вопросъ объ этой формѣ каузальнаго содѣйствія потерпѣвшаго. Вопросъ объ обязанности потерпѣвшаго извѣстить противника о необыкновенномъ ростѣ своего интереса преимущественно поднимался въ дѣлахъ о своевременномъ исполненіи договора [напр. своевременная доставка товара].

Пока изъ имѣющихся рѣшеній Рейхсгерихта мы можемъ извлечь слѣдующіе принципы: 1) умолчаніе потерпѣвшаго можно разсматривать, какъ *сопричину* наступившаго убытка лишь въ томъ случаѣ, если представленіе о необычайной опасности послужило бы у дѣателя противомотивомъ противъ его рѣшенія дѣйствовать въ извѣстномъ направленіи ¹⁾).

2) Подъ «*необычайно высокимъ убыткомъ*» надѣо понимать такой убытокъ, который выросъ, вслѣдствіе привхожденія постороннихъ, не доступныхъ познанію делинквента, обстоятельствъ. Германскіе юристы, какъ теоретики, такъ и практики, — исходнымъ пунктомъ нормы 254 II считаютъ требованія «доброй вѣры», но этотъ постулатъ выдвигаютъ

¹⁾ R. G. 20 März 1907 Seuf. Arch. 62 (1907) n^o 132: Ответчица отказывалась добровольно погасить обезпечительную ипотеку истца. Истецъ погашаетъ ее судебнымъ порядкомъ и предъявляетъ искъ объ убыткахъ: 3569 Mark. 50 Pf. Онъ де запродавъ заложенный участокъ пивоваренному заводу; продажа не могла состояться въ время, вслѣдствіе продолжавшаго лежать на участкѣ обремененія. — Присуждена лишь часть убытковъ изъ § 254 II. Въ кассациі истецъ указываетъ на отсутствіе причинной связи: „ответчица сама дѣлъ никогда не исполнила бы добровольно своего обязательства, даже если бы ей завѣдомо угрожалъ еще высшій убытокъ. Это доказываетъ то упорство, которое она проявила въ процессѣ и даже въ стадіи исполненія суд. рѣшенія“. Кассация отвергнута. Правда, причинная связь въ указанномъ смыслѣ требуется, но „изъ упорства съ которымъ вела процессъ ответчица нельзя заключить, что она не исполнила бы своего об-ва, если бы была предупреждена объ опасности бѣльшихъ убытковъ“. R. G. 12 Oct. 1906 Recht 1906, 1255. „Обязанность потерпѣвшаго была извѣстить должника о ростѣ своего интереса въ своевременной доставкѣ товара „damit sie besondere Sorgfalt anwende“. — O. L. G. Dresden. 8 März 1904 Mugdan IX (1904), 281: „er durch die ihm zur Pflicht gemachte Benachrichtigung den Schuldner zur besonderen Aufmerksamkeit hat veranlassen, also die Entstehung eines Schadens hat verhindern sollen...“.

гается лишь как оправданіе самого полномочія пониженія отвѣтственности изъ вины кредитора ¹⁾. Наоборотъ, примѣнительно къ ст. 254, они склонны разрѣшать все правоотношеніе на почвѣ идеи *каузальности* ²⁾. Понятіе «доброй вѣры» нужно германскимъ юристамъ лишь для констатированія вины кредитора. Вопросъ же о каузальности есть центральный вопросъ въ разрѣшеніи всѣхъ практическихъ вопросовъ, поднимающихся при примѣненіи нормы 254.

Съ этой точки зрѣнія каузальности склонна суд. практика разрѣшать и вопросъ о сущности «непомѣрно высокаго убытка».

Они понимаютъ это выраженіе относительно: важенъ не абсолютный размѣръ убытка, а тотъ, который относительно выше того, который ожидался «*rebus sic stantibus*», т. е. тотъ, который при данномъ положеніи вещей, вслѣдствіе своеобразныхъ непосвященному лицу неизвѣстныхъ обстоятельствъ ³⁾, далеко превосходитъ объективно рассчитываемый, — какъ вѣроятный, — максимумъ убытка ⁴⁾.

¹⁾ R. G. 20 März 1907. *Seuf. Arch.* 62 (1907), n^o 132, стр. 227; 29 Jan. 1906, Bd. 1906, 62, стр. 347.

²⁾ Какъ мы увидимъ ниже, германская юриспруденція въ самомъ § 254 усмотрѣла, въ концѣ концовъ, ничего большаго, какъ отпрыскъ *дѣл* ¹⁾ болѣе общей идеи *адэкватной* причинной связи, воспринятой будто *R., G., P.* ²⁾

³⁾ Напр. заинтересованность третьихъ лицъ, въ договорѣ между данными сторонами не участвующихъ. *Crome. Partiarische Rechtsgesch.*, 305 и *Regelsberger*, Ersatzpflicht aus Verträgen, *Iher. Jahrb.* 41 (1900), 273 обуславливаютъ обязанность должника возмѣстить кредитору весь убытокъ тѣмъ, что должникъ зналъ или могъ знать матеріальную заинтересованность третьихъ лицъ. Contra: *W. Kunze*. Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten. Berlin. 1909, стр. 11, 57—58. «Для § 254 II надо *необычайно* высокій убытокъ; а это условіе совершенно независимо отъ того, зналъ ли должникъ или долженъ былъ знать заинтересованность третьихъ лицъ». — *Regelsberger*, о. с. 273 такъ опредѣляетъ размѣръ отвѣтственности неисправнаго контрагента: она не выходитъ за предѣлы той суммы „auf die sich der Schaden eines Vertraggegners, als Eigeninteressent belaufen würde“. — Авторъ, впрочемъ, опирается въ своихъ разсужденіяхъ лишь на римскіе источники, но не на современную судебную практику.

⁴⁾ *Eick.* о. с. 83. — На другую точку зрѣнія стали другіе авторы, высказавшіеся, хотя и бѣгло, по данному вопросу. Они отрицаютъ какую либо

кинъ. «Подъ необычайно высокимъ убыткомъ—читать Рейхсгерихтъ ¹⁾ надо понимать не всякій убытокъ, который выходитъ за предѣлы того убытка, о которомъ, можетъ быть, было бы склонно думать, какъ о ближе лежащей возможности. Рѣчь должна идти скорѣе о томъ убыткѣ, наступленіе котораго обусловлено необычайными обстоятельствами, при чемъ необычайность этихъ обстоятельствъ не должна быть выводима уже изъ одного того, что они, именно, не являются близъ лежащими».

Этими разъяснениями въ сущности исчерпывается все содержание учения о «несобычайно высокомъ размѣрѣ убытковъ», какъ основѣ пониженія ответственности дефиниента при указанной винѣ потерпѣвшаго:

В) В рассматриваемую нами группу случаев *каузаль-
ной* 'содействия' (mitwirken) потерпевшим наступлению
вреда мы должны включить те наиболее часто встречающиеся

причастность въ этомъ дѣлѣ теории адекватной причинной связи, ибо „необычайно высокій убытокъ“ можетъ быть и адекватнымъ послѣдствиемъ дѣянія, и все же возложение его въ полномъ размѣрѣ на плечи должника можетъ и не означать справедливости. „Необычайно высокій убытокъ“ означаетъ ~~здесь~~ ^{здесь} просто „огромный убытокъ“, и нѣтъ никакого основанія требовать, чтобы выгода убытка представлялась послѣдствиемъ необычайнаго сдѣянія исключительныхъ обстоятельствъ. *Tutze* о с. 136 *Paracch.* о с. 51

1) R G 20 März 1907, *Sens. Arch* 62 (1907) n° 132. В данном ка-
зусе убыток не известен истцом с ответчицы не погашившей в срок ипо-
теку, поконить на соглашении которое заключил истец с пивоваренным
заводом на тот случай, что лежащая на проданном участке ипотека не
будет погашена в срок. „Этот убыток не может быть предвиден от-
ветчицей, он является чрезвычайным“ *Gr. R. O.* 15³ Mar 1903, *Scherer I*,
417. Непозволение устройства телефона нанесло владельцу квартиры убыток
2000 марок. Ему приуждено всего 130 м, вследствие неувдомления этого
убытка хозяину R G 12 Oct. 1906 (cit). Истец имеет убытки с ответ-
чика, объявившагося договором поставки поставлять ей *сметанные* пире-
стную партию бумаги. Истец умолчал, что эта бумага предназначалась для
газеты *El Dia* в Монтенвидео, с которой она сама стояла в аналогичном
договоре. Необычайно высокие убытки и возникли при первой же просрочке
поставки. R. G. применил § 254 II „В данном случае ответчик не мог
предвидеть, что истец определит условленное договором представление
в удовлетворение сложных договорных отношений с *El Dia*“

въ судебной практикѣ случаи, когда лицо, *сознавая опасность, безъ всякихъ мѣръ предосторожности, подвергаетъ себя поврежденію.*

Рейхстерихтъ неуклонно и послѣдовательно рассматриваетъ такое поведеніе, какъ *причину несчастія* ¹⁾.

Содѣйствующая вина потерпѣвшаго была установлена, напр., въ слѣдующихъ случаяхъ.

I. R. G. 28 Oct. 07 Eisenb. E. 24. 278. Извозчикъ, зная, что его лошади въ высшей степени пугливы, передъ шумомъ уличныхъ трамваевъ, беретъ свой путь вдоль линіи трамваевъ, хотя можетъ использовать улицы, гдѣ нѣтъ трамваевъ. [Op. R. G. 11 Dec. 1903 I. W. 1906. nr. 5, стр. 54].

II. R. G. 1 Oct. 1906 Gruch. B. 51 (1907), стр. 604 (Op. R. G. 4 Oct. 08 I. W. 1906/35, стр. 710). Истица, возвращаясь вечеромъ домой, воспользовалась услужливостью малолѣтняго сына отвѣтника и сѣла въ повозку, которой онъ правил. Дорогой повозка столкнулась въ темнотѣ съ встрѣчной повозкой; истица упала и получила увѣчье. Установлено, что, вопреки помѣстнымъ правиламъ, повозка не была освѣщена. Истица ищетъ убытки по §§ 823, 831. Во всѣхъ инстанціяхъ ей отказали въ искѣ. Она сама *причинила несчастіе тѣмъ, что сознательно подвергла себя опасности* [„sich bewussterweise einer Gefahr ausgesetzt hat“], такъ какъ „должна была свазать себя, что несчастіе могло легко случиться“.

1) R. G. 22 März 07 eod. n. 16; 28 Febr. 08 I. W. 08: 299. Убитіе, причиненный подъемной машиной, который былъ обусловленъ сначала отвѣтчикомъ черезъ ненадлежащее устройство приспособленія, и затѣмъ потерпѣвшимъ черезъ пользованіе имъ, вопреки полицейскому запрещенію, причиненъ обѣими сторонами. R. G. 14 Apr. 08, Warnerer, I, n. 445 истецъ днемъ по неосмотрительности, не смотря на ясную вывеску: „подвалъ“, отворилъ дверь и рухнулъ въ подвалъ. R. G. 29 Juni 05. I. W. 05. 522; R. G. 20 Febr. 08. I. W. 1908, 235; Eisenb. E. XXIV, 389: Неосторожность того, кто гладитъ собаку, которая, какъ онъ знаетъ, покрыта ранами отъ укусовъ; R. G. 16 Nov. 1908, Warnerer, II, 68. Собственная вина того, кто, имѣя возможность воспользоваться широкой дорогой, беретъ въ темнотѣ путь, плохое состояніе котораго было ему известно; R. G. 16 Nov. 1908. I. W. 1909 № 1, стр. 14. Советъ, вина усмотрѣна въ томъ, что прохожій, зная плохое содержаніе дороги, не захватилъ съ собою фонаря при проходѣ по темнымъ улицамъ города. R. G. 22 Dez. 1908; Recht, 1909, BeiL. № 635. Жилецъ поднимался вверхъ по плохо освѣщенной лестницѣ.

III. O. L. G. zu Celle 10 Jan. 1902 *Seuf. Arch.* 1902/57 стр. 396. Ответчик не огородил канавъ, и потерпѣвшій утонуть, въ известковыхъ ямахъ, когда въ темнотѣ возвращался домой. Онъ выбралъ не настоящій путь, а сокращенный. Известковыя ямы находились тамъ издавна и были извѣстны пострадавшему. „Когда онъ выбиралъ этотъ путь въ темнотѣ, онъ могъ разсудить, что легко могъ свернуть съ дороги и попасть въ ямы“.

IV. R. G. 18 März 1910, I. W. 1910/10, стр. 468. Истецъ взялъ билетъ въ манежъ. Лошадь при представленіи перепрыгнула барьеръ, попала въ публику и ранила истца. R. G. усмотрѣлъ здѣсь собственную вину потерпѣвшаго (§ 254 B. G. B.). „Онъ зналъ объ опасности мѣста и все же выбралъ это мѣсто“. „Все равно, какъ въ томъ случаѣ, когда кто нибудь вступаетъ въ неосвѣщенную лѣстницу или дорогу, плохое содержаніе которой онъ знаетъ. Онъ дѣйствуетъ не менѣе небрежно отъ того, что на сторонѣ собственника дома или дороги лежитъ вина“.

Тоже отождествленіе въ отношеніи каузальности въ случаяхъ, когда потерпѣвшій само «создало опасность» и когда оно «сознательно подвергло себя созданной уже опасности» судебная практика (R. G.) распространило и на тѣ случаи, когда лицо подвергло себя *скрытой опасности, которую оно не усмотрѣло по небрежности* ¹⁾.

Такъ, напр., было рѣшено: „*хана*“.

I. O. L. G. Bamberg, 18 März 1904 *Seuf. Arch.* 04/59, стр. 366.

Потерпѣвшій истецъ, желая посмотрѣть посѣтителей ресторана,

¹⁾ R. G. 4 Juli 05 *Gruch. B.* 50. 366: *Recht* 1905, 469—470; *Scherer* (1906), 127. „Потерпѣвшій отвѣчаетъ за упущеніе отвращенія не только того вреда, который онъ предвидѣлъ, но и того вреда, котораго онъ не усмотрѣлъ по небрежности“. R. G. 17 März 1902 *Soergel. Rechtsprechung* 1902. стр. 37; O. L. G. Baj. 7 Apr. 1902 eod. стр. 37; *Seuf. Arch.* 57, стр. 396; R. G. 19 Oct. 1903, *Recht*, 8, 136; R. G. 4 Febr. 1904, I. W. 1904. 166; R. G. 2 Juli, 08, I. W. 08. 547: Содѣйствующая вина ученика, который по приказу учителя долженъ былъ вмѣстѣ съ своимъ товарищемъ уложить шесть, но не удостоившись въ томъ, прикрѣпить ли надлежащимъ образомъ его товарищъ *шесть* на другомъ концѣ. O. L. G. Bamberg. 15 Febr. 1910, *Seuf. Arch.* H. 10, № 211. Потерпѣвшій подскользнулся ночью на сельской неосвѣщенной дорогѣ въ гололедицу. Онъ самъ виновенъ въ несчастіи „[Er hat sich so aufs Geratewohl der Gefahr eines Unfalls ausgesetzt]“, и въ силу § 254 B. G. B. его искъ цѣликомъ исключенъ.

Прежде чѣмъ войти въ оный, прошелъ черезъ незапертый лѣтній садъ (дѣло было зимою) и тамъ упалъ въ неогороженную яму.— Истецъ—самъ причина несчастія. Вступая въ темное пространство, онъ подвергъ себя опасности, которую онъ долженъ былъ предвидѣть, какъ разумный человѣкъ.

П. I. D. R. 1905, III, стр. 104.

Проститутка заразила гостя половой болѣзью.—Потерпѣвшій, не принявшій мѣры предосторожности, самъ положилъ причину несчастія. Онъ хотя и не сознавалъ, но долженъ былъ сознавать опасность, которой онъ подвергался.

Итакъ, поведение лица, подвергнувшаго себя явной или скрытой опасности, созданной делинквентомъ—отвѣтчикомъ, разсматривается германской судебной практикой, какъ *причина, «содѣйствующая наступленію вреда»*. «Однако, не всегда и не безусловно дѣйствуетъ виновно тотъ, кто сознательно или несознательно подвергаетъ себя опасности; смотря по обстоятельствамъ, такое поведение можетъ быть предписываемо или извиняемо» [R. G. 7 Apr. 1904, I. W. 1904/33, стр. 288].

Въ этихъ случаяхъ Рейхсгерихтъ, отрицаетъ самостоятельную каузальность за дѣяніемъ потерпѣвшаго.

Это имѣетъ мѣсто, напр. при поврежденіяхъ, полученныхъ при попыткахъ самосохраненія, вслѣдствіе непосредственно угрожаемой опасности, созданной отвѣтчикомъ [R. G. 9 Jan. 1902 Eisenb. E. XIX, стр. 18], или при попыткахъ спасти чужую жизнь отъ опасности, во исполне-

1) Ср. O. L. G. zu Braunschweig. 23 April. 1891, Sent. Arch. 47, n^o.

28. Истица вошла въ неогороженный садъ отвѣтчицы и тамъ была укушена собаками необычайной злости. Висѣло предупрежденіе при входѣ въ садъ объ опасности. Искъ увѣженъ полностью. „Никому не дозволено для огражденія своихъ интересовъ предпринимать ad und für sich незаконныя дѣянія, развѣ только для защиты отъ неправоуѣрнаго нападенія или отвращенія убытка въ случаѣ „Notstandes“. Здѣсь этого нѣтъ. Если бы отвѣтчикъ самъ лично засталъ истицу въ саду, онъ долженъ былъ согласно § 1. 39 § 1. D. 9. 2 принимать разумныя мѣры, а не напускать на нее злыхъ собакъ. Съ другой стороны, истица невиновна, т. к. она могла думать, что отвѣтчица на самомъ дѣлѣ не выпуститъ на свободу опасныхъ животныхъ, и что это лишь пустая угроза.

ние нравственной обязанности передъ ближнимъ {R. G. 16 Sept. 07 I. W. 1907 стр. 1673}.

II. Потерпѣвшій упустилъ предотвратить убытокъ.

Тотъ убытокъ—*circa ipsam rem*—не возмѣщается отъ-
вѣтчикомъ, который по естественному ходу событий не на-
ступилъ бы, если бы потерпѣвшій примѣнилъ надлежащую
заботливость къ отвращенію вреда.

«Отвращать отъ себя вредъ»—законъ выставляетъ,
какъ первую и главнѣйшую обязанность добраго хозяина¹⁾.
Въ облегченіе этой обязанности онъ уполномочиваетъ хозяина
даже на самовольное воздѣйствіе на чужую вещь во всѣхъ
тѣхъ случаяхъ, когда его правовымъ интересамъ угрожаетъ
откуда бы то ни было опасность²⁾.

Но, даря всѣ льготы и преміи доброму хозяину, сто-
ящему на стражѣ своихъ интересовъ, законъ облагаетъ суро-
вой санкціей небреженіе и нерадивость его передъ лицомъ
опасности! Законъ лишаетъ нерадиваго тѣхъ правовыхъ благъ,
воими онъ пользовался бы, если бы соответствовалъ свое
поведеніе видамъ и пользѣ правового порядка³⁾.

Такъ, напр., было рѣшено.

R. G. 5 Oct. 03, *Entsch. Bd. 55* (1904). n^o 82.

Судебный приставъ по порученію повѣреннаго истцы нало-
жилъ арестъ на имущество должника, не подлежащее аресту, оста-
вивъ на свободѣ прочее имущество должника. Вскорѣ послѣ того,

¹⁾ R. G. 29 Sept. 03 I. W. 03/32 *Beil.* 121 указываетъ на то, что
нельзя ограничивать требованіе рачительности лишь тѣми случаями, когда
отвѣтчикъ вторгается какими либо положительными дѣйствіями въ его сферу.
Даже если поведеніе отвѣтника *пассивно*, истецъ долженъ быть *активенъ*.

²⁾ См. ст. 904, 228—230; 680, 908, 1134 B. G. B.

³⁾ Той же идее обязаны ст.: 836. За вредъ отъ обвала строенія отвѣ-
чаетъ въ теченіе года послѣ отчужденія прежній владѣлецъ, развѣ только
новый владѣлецъ могъ предотвратить опасность черевъ примѣненіе требуе-
мой въ оборотѣ заботливости. Ст. 839 п. 3 «Должностное лицо не обязано
возмѣщать вреда, если потерпѣвшій, *умышленно или по небрежности*, не
обжаловалъ постановленія во избѣжаніе вреда».

надъ имуществомъ должника былъ объявленъ конкурсъ. Истица потерпѣла убытки отъ упущеній судебного пристава; если бы онъ въ свое время поступилъ по закону, она получила бы полное удовлетвореніе. Установлено, что протоколъ описи судебный приставъ посылать своевременно повѣренному истицы, и тотъ не сдѣлалъ возраженій. — II.

Рейхсгерихтъ призналъ здѣсь примѣнимой санкцію ст. 254 II. Потерпѣвшая сторона должна была предотвратить вредъ, или, по крайней мѣрѣ, принять всѣ мѣры къ его предотвращенію.

Итакъ, законъ возлагаетъ на потерпѣвшаго обязанность сдѣлать все отъ него зависящее къ *отвращенію* вреда («den Schaden abwenden»).

III. Потерпѣвшій не принялъ мѣръ къ уменьшенію вреда. [„Den Schaden... zu mindern“].

Это требование закона не вызывало до сихъ поръ въ литературѣ никакихъ споровъ и недоумѣній,—въ особенности что касается имущественныхъ правонарушеній.

Убытокъ, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, не есть тотъ убытокъ, который уже завершился прежде чѣмъ наступила возможность его уменьшенія. Съ другой стороны, сколь долго и по скольку убытокъ могъ быть ослабленъ, опъ въ этой мѣрѣ еще не былъ вреденъ, такъ какъ онъ не наступилъ. Подъ подлежащимъ уменьшенію вредомъ мы должны понимать, поэтому, вредъ еще не наступившій безвозвратно, т. е. тотъ развитіе котораго можетъ быть прервано заботливостью хозяина. Возможны случаи, когда къ тому моменту, когда наступила возможность уменьшить вредъ, уже завершились извѣстныя вредныя послѣдствія деликта. Напр. А. открываетъ кранъ у винной бочки. Вино наполовину вылилось, когда приходитъ собственникъ В.; послѣдній остается пассивнымъ передъ текущимъ убыткомъ; вся бочка выливается

безпрепятственно. Потеря первой половины бочки и представляет тот законченный ^{къ} моменту прихода хозяина убытокъ, который не стоитъ въ причинной связи съ послѣдующимъ виновнымъ упущеніемъ потерпѣвшаго; о немъ и нѣтъ рѣчи въ ст. 254 II ¹⁾.—Лишь тотъ вредъ не вмѣняется делинквенту, который могъ быть уменьшенъ потерпѣвшимъ, примѣнившимъ рачительность доброго хозяина!

Этотъ принципъ въ судебной практикѣ наиболее часто встрѣчается по поводу *договорныхъ* отношений.

Послѣ просрочки контрагентъ долженъ стараться по-крыть недостающее удовлетвореніе на сторонѣ и тѣмъ умень-шать, по мѣрѣ возможности, убытокъ ²⁾. *англійскій принципъ*

Въ области деликтной высказанный принципъ вызываетъ особенный интересъ въ случаяхъ *тѣлесныхъ поврежденій*.

Обязанъ ли въ этихъ послѣднихъ случаяхъ пострадавшій принимать мѣры къ уменьшенію вреда?

Вопросъ объ обязанности пострадавшаго отъ тѣлеснаго поврежденія подвергнуть себя врачебному уходу и въ част-ности—операции всегда и неуклонно разрѣшался судебной практикой въ утвердительномъ смыслѣ. Полемика въ научной литературѣ по этому предмету не поколебала принципиаль-наго взгляда Рейхсгерихта на этотъ вопросъ, заставивъ его только касательно хирургической операции ввести нѣкоторыя умѣрающія ограниченія.

Въ виду важности и самостоятельнаго интереса вопроса, мы посвящаемъ ему ниже отдѣльную главу.

В. Субъективное содержаніе

1. Вопросъ о вмѣненіи.

англійскій

Ст. 254 говоритъ о винѣ потерпѣвшаго. Подъ виной же В. Г. В. разумѣется *пренебреженіе* требуемой въ обо-

¹⁾ v. *Leyden*, о. с. 48—49 *Linckelmann*, о. с. 56; *Ruhm*, о. с. 31. *сд*

²⁾ Это—такъ называемый „*Deckungsgeschäft*“. R. G. Bd. 57 № 25, стр. 107; O. L. G. Hamburg 20/111 1905, *Seuf. Arch.* 60, № 183, стр. 346; R. G. 15 Apr. 1910 *Seuf. Arch.* 1910. II. 10, № 207.

ротѣ заботливостью (ст. 276). Также ст. 276 говоритъ: «правила статей §§ 827 и 828 примѣняются».

Вливаясь ли В. Г. В. въ понятіе самовины тоже субъективное содержаніе, что и въ понятіе вины, — иначе говоря, требуетъ ли оно для санкціи вины потерпѣвшаго (въ смыслѣ § 254) наличность способности къ вмѣненію, регулируемой въ §§ 827—828? ¹⁾.

Таковъ вопросъ, который, — не разрѣшенный еще окончательно доктриной ²⁾, — долженъ былъ быть разрѣшенъ судебной практикой.

Первоначально низшіе суды колебались привлекать моменты *деликтоспособности* къ понятію самовины. Они, впрочемъ, не руководились соображеніями справедливости къ интересамъ отвѣтчика, а оставались на почвѣ толкованія закона.

«Ст. 828, указываемая въ ст. 276 говоритъ лишь объ убыткѣ, который наноситъ ребенокъ другому, а не объ убыткѣ, который онъ причиняетъ самому себѣ» ³⁾.

Рейхсгерихтъ энергично оспариваетъ этотъ аргументъ. Съ перваго же дня вступленія въ силу В. Г. В. онъ последовательно держится того взгляда, что ст. 254 требуетъ

¹⁾ Содержаніе этихъ статей см. т. I, стр. 94.

²⁾ См. т. I, Часть I, Гл. I, § 2; Гл. II § 2. См. еще *R. Müller-Fröbich*, *Gefährdungshaftung*. Arch. f. Civ. Prax. 106 (1910), стр. 401. Авторъ при-
мыкаетъ къ теоріи Croissant-Wendt-Endemann. Для понятія самовины не
важно, „ob sein Verhalten als schuldhaft charakterisiert werden kann oder
nicht“. Отсюда онъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что § 828 В. Г. В. не связываетъ
судью въ области самовины. Обратно: *Dr. H. Dungs*, *Drei Fragen*. Gruch. B.
1910, стр. 548, но онъ допускаетъ коррективъ въ видѣ § 829 В. Г. В.: *Ed.
Geiser*, *Ueber ausserkontraktliche Haftung Geisteskranker*. Zürich. 1906, тща-
тельно собралъ весь законодательный матеріалъ (стр. 1—51) и все мнѣнія
въ литературѣ (стр. 51—96) pro и contra ответственности безумныхъ по
§ 823 и § 254 В. Г. В. Но самъ авторъ, повидимому, не имѣетъ своего точ-
наго взгляда на вопросъ о *вины* безумныхъ; онъ то соглашается съ *Heinshei-
mer*'омъ (стр. 55 pro!), то съ *Endemann*'омъ (стр. 59, contra!), то съ *Rü-
melin*'омъ (стр. 95).

³⁾ *O. L. G. Oldenburg* I. W. 1906/35, стр. 55. *L. G. Karlsruhe*.
Rechtliche Rechtspraxis. 1901, стр. 201; *Warneyer*, *Jahrb.* I, стр. 36, № 4.

субъективно виновнаго поведенія т. с. самовина должна быть понимаема въ техническомъ смыслѣ термина вины деликтной¹⁾. Отсюда выводъ: для пониженія отвѣтственности делинквента недостаточно виновнаго поведенія потерпѣвшаго,—надо еще, чтобы это потерпѣвшее лицо было *вмѣняемо*²⁾

Если содѣйствіе наступленію вреда исходитъ отъ ребенка моложе 7 лѣтъ,—примѣненіе ст. 254 исключается, такъ какъ онъ не можетъ дѣйствовать *виновно* (*schuldvoll*), какъ бы безумно онъ ни велъ себя³⁾.

Также и лица въ возрастѣ отъ 7 до 18 лѣтъ могутъ совершать *самовину* (въ смыслѣ ст. 254) лишь при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 827—828, т. е. если они обладаютъ достаточной зрѣлостью, чтобы сознать фактическія и юридическія послѣдствія совершаемаго⁴⁾, или же впади въ состояніе безсознательности по собственной винѣ⁵⁾.

¹⁾ Въ рѣшеніяхъ отъ 30/iv 1900. Gruch. B. 47, 920: 11 v, 1903, Bd. 54, № 104, стр. 407; 14 Febr. 1903, Bd. 54, nr. 5, стр. 13, 23 Febr. 1900, Seuf. Arch. 55 (1900), nr. 202, стр. 401 Рейхсгерихтъ говоритъ объ „*eigenes Verhalten des Beschädigten*“. Позднѣе онъ окончательно устанавливаетъ свою конструкцию самовины, какъ вины *технической* въ смыслѣ § 276: R. G. 4/ii 1904, Gruch. B. 48 № 70, стр. 810, Bd. 51 (1903), nr. 66, стр. 275 сл.; 56 (1904), nr. 71, стр. 267; 57 (1904), nr. 19, стр. 87; въ особенности, см. R. G. 11 Mai 1903, Bd. 54 (1903) nr. 104, стр. 407; 1/xi 1904 Bd. 59, № 64, стр. 221; O. L. G. Bamberg. Seuf. A. 60, № 95, стр. 188.

²⁾ R. G. 12 Oct. 03. I. W. 32 (1903), Beil. nr. 14 122; Entsch. Bd. 54, стр. 404; R. G. 5 Mai 1902 Bd. 51, стр. 275; R. G. 28 Mai 1903, I. W. (32) 1903; Beil. 11, стр. 101; R. G. 1 Nov. 04 I. W. 05, 34 стр. 15; R. G. 29 Jan. 06 Eisenb. E. 22, 400; R. G. 7 Dec. 05 I. W. 06, 55; R. G. 10 April, 1902, I. W. 31 (1902), Beil. 7, стр. 234, n^o. 107.

³⁾ Напр. безразсудно бѣжалъ подъ несущійся къ нему павстрѣчу моторъ. *Warney* Jahrbuch. V, 1906 zu § 254, n^o. 7; *Scherer*, Das 1—7 Jahr. des B. G. B., стр. 127—128; O. L. G. Dresden. 23 Nov. 1899, Annalen des O. L. G. Bd. 22, стр. 49; O. L. G. 21 Nov. 1906 Zeit. f. D. B. R. 1907 Bd. 38, стр. 275: „...also auch ein ganz überwiegendes Verschulden des Knaben dessen persönliche Ansprache nicht beeinträchtigen würde“. R. G. 10 Nov. 04 Badische Rechtspraxis 1905, 117: „вина отца не можетъ быть противопоставлена ребенку до 7 лѣтъ“.

⁴⁾ R. G. 31 Mai 1906 Zeitsch. f. D. B. R. 1907 Bd. 38, стр. 123; R. G. 7 Dez. 1905. I. W. 1906, 35, стр. 55; 1 Nov. 04 I. W. 05, 34 стр. 16. O. L. G. Köln. Eis. E. XXVII (1910), II. 1, № 17. R. G. 18 Oct. 1909, I. W. 1910 № 1, стр. 37: „Für das Fehlen der in § 828 II B. G. B. erforderlichen Einsicht wären die Kläger behauptungs—und beweispflichtig“.

⁵⁾ R. G. 3 März. 1905 I. W. 05/34, стр. 229: „Потерпѣвшій, совершившій неодобряемый поступокъ въ состояніи безпамятства отвѣчаетъ, если онъ впасть въ безпамятство опьяненія добровольно и лишенъ былъ тѣмъ самымъ способности проявлять требуемую въ оборотъ заботливость“. R. G. 27 Febr. 1902, I. W. 31 (1902), Beil. 3, стр. 212; O. L. G. Dresden, 1 März, 1902, *Warney*, I, стр. 171, sub. 3 c.

Впервые мотивирует свой взгляд Рейхсгерихтъ въ рѣшеніи отъ 11 Mai 1903 I. W. 03/32, Beil. 90 [=Bd. 54 nr. 104, ср. R. G. 28 Mai 03 I. W. eod, Beil. 101]:

„Подъ самовиной надо понимать виновное дѣяніе, каковос, согласно § 276 B. G. B., можетъ покоиться лишь на умыслѣ или небреженіи, ибо далѣе этого не идетъ отвѣтственность того, кто содѣйствовалъ возникновенію вреда. Согласно же § 328 B. G. B., на который имѣется положительная ссылка въ § 276, лицо, не достигшее еще 7 лѣтняго возраста не можетъ быть привлечено къ отвѣту за причиненный имъ убытокъ, т. е. законъ не признаетъ возможности виновнаго дѣянія на его сторонѣ“.

R. G. Bd. 59 (1905), 222: „Противъ этого нельзя возражать, что § 328 касается лишь того случая, когда кто либо вредитъ другому, а не самому себѣ. Ибо, если по поводу *общей отвѣтственности въ обязательственныхъ отношеніяхъ* предписано его примѣненіе, то отсюда слѣдуетъ съ необходимостью, что нормы, данныя для не дозволенныхъ дѣяній не должны быть ограничены обстоятельствами дѣла, предусмотрѣнными въ ст. 328“.

Установивъ, такимъ образомъ, свою точку зрѣнія на отношеніе § 327—328 [условія деликтоспособности] къ § 254 [самовина], Рейхсгерихтъ долженъ былъ высказаться и по вопросу о содержаніи того разумѣнія, которое составляетъ существенное условіе деликтоспособности.

§ 328 говоритъ о «*разумѣніи, необходимомъ для сознанія своей отвѣтственности*». О такомъ сознаніи, конечно, не можетъ быть и рѣчи въ примѣненіи къ собственной винѣ потерпѣвшаго ¹⁾.

Рейхсгерихтъ ²⁾ преодолеваетъ это затрудненіе слѣдующимъ образомъ: онъ просто замѣняетъ сознаніе юридиче-

¹⁾ Въ болѣе молодой своей практикѣ Рейхсгерихтъ держался такого взгляда: малолѣтній долженъ обладать разумѣніемъ необходимымъ, что бы могъ познать, что его поведеніе стоитъ въ противорѣчій съ требуемой въ оборотѣ заботливостью. [R. G. 30 April. 1903, Eis. E. XX, 160; 28 Mai 1903, eod., 173]. Въ болѣе позднихъ рѣшеніяхъ мы болѣе не встрѣчаемъ этого взгляда.

²⁾ Низшіе суды склонны замѣнять „Bewusstsein der Rechtswidrigkeit“ ~~понятіемъ~~ „Bewusstsein der Moralwidrigkeit“. Ср. Рѣшеніе O. L. G. Braunschweig. отъ 16 окт. 1902, Jur. Ztg. VIII (1903), nr. 23, стр. 522.

скихъ послѣдствій сознаніемъ фактическихъ послѣдствій, считая, что эти сознанія покрываютъ другъ друга.

R. G. 31 Mai 1906 Warneyer, Lehrbuch VI (1908), zu § 828 n° 1 [R. G. 27 Mai 1908, Gruch. B. 1908, n° 65, стр. 1159, Warneyer Bd. 1 (1908), nr. 579].

„При дѣяніи, которымъ лицо въ возрастѣ отъ 7 до 18 лѣтъ вредитъ само себѣ, обычно разумѣніе, необходимое для сознанія *своей ответственности* за совершенное, совпадаетъ съ разумѣніемъ, необходимымъ для познанія *опасности* (um die Gefahr zu erkennen), которой подвергаетъ себя малолѣтній своимъ дѣяніемъ“.

До послѣдняго времени Рейхсгерихтъ входилъ въ изслѣдованіе этого «разумѣнія», «сознанія», «свободы волеопредѣленія» для того, что бы констатировать или отвергнуть виновность потерпѣвшаго.

Если эта виновность будетъ установлена—делинквентъ отвѣчаетъ не въ полномъ размѣрѣ за причиненный убытокъ, если эта виновность не будетъ установлена,—то делинквентъ отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ за тотъ же убытокъ.

Въ новѣйшихъ рѣшеніяхъ мы видимъ дальнѣйшее развитіе судебной практики въ дѣлѣ изслѣдованія субъективнаго настроенія потерпѣвшаго.

Рейхсгерихтъ продолжаетъ примѣнять §§ 827—828 къ § 254—и даже настолько убѣжденъ въ правотѣ своего взгляда, что не считаетъ нужнымъ мотивировать свои рѣшенія, ограничиваясь ссылкой на свою прежнюю практику,—однако онъ вступаетъ на новый путь въ вопросѣ о цѣли своихъ психологическихъ изысканій.

Онъ высказываетъ, именно, такое воззрѣніе:

R. G. 25 Jan. 1906, I. W. 1906, 160. Юный возрастъ малолѣтняго потерпѣвшаго долженъ быть принятъ въ уваженіе не при изслѣдованіи того,—падаетъ ли на него [содѣйствующая] вина, а—лишь при взвѣшиваніи степени вины его противъ ответственности повредителя. Ибо „требуемая въ оборотѣ заботливость“ есть общая нормальная мѣра заботливости, которая ожидается въ конкретномъ правоотношеніи лишь отъ порядочнаго человѣка [„ordentlicher Mensch“].

R. G. 23 Mai 08. I. W. 1908, 494: „Юный возрастъ

малолѣтняго потерпѣвшаго, которому ставится въ упрекъ самовина, долженъ быть принятъ въ соображеніе не для разрѣшенія только въ ту или другую сторону вопроса о наличности на его сторонѣ вины, а и для *взвѣшиванія степени вины его* для сопоставленія его съ отвѣтственностью повредителя“.

R. G. 27 Mai 08 Gruch. B. 1908, стр. 1159 и слѣд.

„Ст. 254 требуетъ взвѣсить всѣ „обстоятельства“ дѣла. Поэтому надо считаться съ тѣмъ, что, хотя нельзя оспаривать у истца наличности разумнѣя необходимаго для познанія опасности его дѣянія,—однако его *зрѣлость ума и опытъ* не стоятъ вполне на уровнѣ взрослага человѣка и нельзя признать, что онъ могъ *вполнѣ усмотрѣть и оцѣнить опасность, которой онъ себя подвергалъ*,—и въ особенности *при измѣреніи тяжести его вины* [sic!!] должно быть принято въ соображеніе, что у дѣтей его возраста [истцу—9 лѣтъ] *сила воли* еще не такъ укрѣплена, какъ у взрослыхъ людей и *потому они легче поддаются въ силу ихъ молодости случайнымъ побужденіямъ*“.

O. L. G. Hamburg. 24 April. 1908, Eis. E. XXV (1909), 66 - 67.

12 лѣтній ребенокъ спрыгнулъ съ передней площадки вагона городской ж. д. передъ самой остановкой. Безъ сомнѣнія ребенокъ имѣлъ необходимое разумѣніе, что бы позвать смыслъ и цѣль запрещенія соскакивать на ходу, и достаточныя познавательныя способности, что бы познать свою отвѣтственность за нарушеніе запрещенія. Однако, надо приписать естественному свойству ребенка полагаться на свою ловкость и не считаться съ опасностью. И съ юридической точки зрѣнія, что касается осторожности (Vorsicht und Umsicht) поведенія, нельзя ставить тѣже требованія къ ребенку, какъ и ко взрослому. При этихъ условіяхъ надо приписать несчастіе не только винѣ ребенка, но и опасности ж.-д. промысла.

R. G. 18 Oct. 1909, I. W. 1910 № 1, стр. 37. [Gruch. Beitr. 1910, стр. 622]. Возрастъ потерпѣвшаго истца долженъ быть принятъ въ соображеніе, если не для разрѣшенія вопроса—имѣется ли вообще вина, то по крайней мѣрѣ (!!) касательно § 254 B. G. B. [Здѣсь же приведена и предыдущая практика съ 1903 г.].

Мы видимъ, что Рейхсгерихтъ понятію *самовины* придаетъ крайне субъективное содержаніе и находятъ возможнымъ даже поставить степень вины потерпѣвшаго въ зави-

симости отъ такого ультра-субъективнаго момента, какъ степени духовной зрѣлости и силы воли даннаго индивидуума.

При такомъ направленіи судебной практики, вполне послѣдовательно со стороны Рейхсгерихта отвергать все, что способно такъ или иначе умѣрить силу §§ 827—828, примѣнительно къ § 254.

Такъ, онъ упорно ¹⁾ не признаетъ примѣненія § 829 ²⁾ касательно ответственности потерпѣвшаго ³⁾.

R. G. 12 Oct. 1903, I. W. 03/32. Beil. 122. №. 270:

„Ст. 829 содержитъ не общій принципъ, который могъ бы быть примѣненъ по аналогіи и къ § 254, а—особенную норму для точно опредѣленныхъ случаевъ: § 827—828“. „Нигдѣ въ подготовительныхъ работахъ не выражено мнѣнія, что установленное въ ст. 829 исключеніе изъ принципа *винны* должно дѣйствовать за предѣлы области вредоноснаго вторженія въ чужую правовую сферу и для случая ст. 254. § 829 относится къ лицамъ безъответственнымъ по §§ 827—828 по поводу *убытка*, нанесеннаго ими третьимъ лицамъ, и, какъ исключительная норма, не подлежитъ аналогичному примѣненію“.

Замѣтимъ, наконецъ, что, по ученію Рейхсгерихта, потерпѣвшій предполагается деликтоспособнымъ. Отсутствіе требующихъ въ § 827 В. Г. В. качествъ долженъ доказать истецъ, который хочетъ вывести отсюда свои права, въ смыслѣ полного возмѣщенія ему убытковъ отвѣтчикомъ ⁴⁾.

¹⁾ См., впрочемъ, колебанья *R. G. 7 Dez. 1905. Eis. E. XII. 302. У ребенка моложе 7 лѣтъ не можетъ быть самовины. По другой вопросъ—можно ли примѣнить здѣсь § 829 „und dadurch unter Umständen eine etwaige Unbilligkeit ausgeglichen werden konnte“.*

²⁾ Текстъ и литературныя контроверзы по данному вопросу, см. т. I, ч. I, Гл. II, § 2.

³⁾ *Scherer 1904 zu § 254, 203—204: eod. 1905, 413; R. G. 30 Apr. 03, Eisenb. E. 20, 160. R. G. 22 Oct. 03. I. W. 03/32, B. 134; Bd. 51, стр. 275; Bd. 54, стр. 407—411; R. G. 28/1903, I. W. 1903, Beil. 101. nr. 228.*

⁴⁾ *R. G. 18 Oct. 1909. I. W. 1910, № 1. стр. 37 [здѣсь же приведены и другія рѣшенія R. G.].*

II. Степень требуемой заботливости.

Рейхсгерихтъ то поведеніе потерпѣвшаго считаетъ за вину въ смыслѣ § 254, которое погрѣшаетъ противъ доброй вѣры ¹⁾. ^{тѣмъ въ} ^{лицу}

Какъ же онъ понимаетъ эту «добрую вѣру»?

Исходнымъ пунктомъ при выработкѣ этого понятія Рейхсгерихтъ беретъ то поведеніе, которое потерпѣвшій предпринялъ бы, *если не имѣлъ лица, которое отвечало бы за убытки* ²⁾.

R. G. 20 Oct. 1902 I. W. 02, Beil. 270.

„Истецъ... проявилъ ту мѣру вниманія, которая по положенію дѣла необходима была для охраны своихъ собственныхъ интересовъ“.

Однако, центръ тяжести Рейхсгерихтъ кладетъ не въ томъ, что, именно, онъ—*потерпѣвшій* дѣлалъ бы въ подобномъ случаѣ (субъективный масштабъ) и не то что вообще принято («üblich») ³⁾, а что долженъ былъ бы дѣлать

¹⁾ R. G. 24 März 05 I. W. 05-34, стр. 367: „Das Verhalten des Beschädigten als ein Verstoss gegen Treu und Glauben kennzeichnen müsse“. Тоже 24 Oct. 02 Entsch. Bd. 52 (1903), стр. 349.

²⁾ См., впрочемъ, ограниченіе этому принципу въ R. G. 24 März 05 I. W. 1905/34, стр. 367. „Можно ли усмотрѣть *виновное упущеніе* владѣльца плодовой школы въ томъ, что онъ не огорожилъ своего сада отъ звѣрей?— Нельзя выставить принципомъ, что надо считаться лишь съ тѣмъ, какъ поступилъ бы по господствующему воззрѣнію рачительный человѣкъ въ соображеніе ожидаемой выгоды и угрожаемой опасности, *если бы ему пришлось самому нести убытокъ*. Т. е. поведеніе потерпѣвшаго мы должны обсуждать съ точки зрѣнія *Treu und Glauben*, то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надо взвѣсить всѣ обстоятельства, что бы рѣшить, — какія предупредительныя мѣры по справедливости можно вѣнчать потерпѣвшему. Тѣ расходы, на которые цѣлесообразно пошелъ бы рачительный человѣкъ въ отвращеніе убытка, *который ему пришлось бы самому нести, не могутъ быть ожидаемы, какъ общее правило, и отъ того, кто имѣетъ ответчика, обязаннаго возмѣстить убытки*, напр. дорого стояющіе расходы“.

³⁾ R. G. 1 Juni 1908, Eis. E. XXV (1909) 77: важно то, что „erforderlich“, а не „üblich“. Напр. вскакиваніе въ трамвай на ходу всегда *виновно*, хотя, это *обычно*.—Contra: R. G. 4 März 1880, Bd. IV, стр. 25. Данное ж. д. предписаніе можетъ фактически не примѣняться и такимъ образомъ потерять обычнымъ путемъ [„üblicher Weise“] свое примѣненіе. „Liegt dieses vor, so ist die Einrede des Selbstverschuldens gleichfalls nicht begründet“.

разумный человек при схожих обстоятельствах (объективный масштаб!).

R. G. 13 Nov. 99 *Seuf. Arch.* 1900/55, стр. 160.

„Потерпевший должен соблюдать ту степень рачительности, которая по общим принципам должна быть предполагаема у всякаго разумнаго и вмняемаго человека при выполнении его дѣла“¹⁾; отсюда фактология при адекватном мѣ-

Мѣра требуемой заботливости и осторожности опредѣляется положеніемъ вещей, созданнымъ обстоятельствами и поведеніемъ делинквента.

Такимъ образомъ, вина *делинквента* имѣетъ тотъ эффектъ, что въ виду вновь создавагося положенія вещей, вызывается повышенная осторожность и вниманіе со стороны *потерпевшаго*, входящаго въ соприкосновеніе съ этой опасной обстановкой, который поэтому не можетъ удовлетвориться обычной заботливостью, примѣняемою при нормальномъ порядкѣ вещей²⁾.

¹⁾ R. G. 10 März 1903, D. I. Z. 1903, стр. 297. Требуемая рачительность охватывать все что „nach der Auffassung des Lebens ein ordentlicher Mann anzuwenden habe, um den Schaden abzuwenden“; R. G. 3 Apr. 06 I. W. 1906/35, стр. 342: „ein vernünftiger Mensch“; R. G. 13 Febr. 05. I. W. 05/34, стр. 201. н^о 7; Eis. E. 22, стр. 47: „als ein verständiger Mensch“ R. G. 4 Febr. 04 I. W. 1904, 166 „Вина потерпевшаго—на лицо, если онъ не принялъ не только тѣхъ мѣръ, которыя были въ его власти къ отвращенію вреда, но и тѣхъ, принятіе которыхъ по положенію вещей и по господствующимъ въ оборотѣ воззрѣніямъ по справедливости м. б. ему вменены“. Тоже хочетъ сказать O. L. G. Colmar. 19 Jan. 1906, Eis. E. XXIII, 129: истецъ упустилъ ту степень заботливости, которая по положенію вещей требовалась для *сохраненія своихъ собственныхъ интересовъ*.

²⁾ R. G. 2 Juli 1906 I. W. 1906/35, стр. 532. Кто темной ночью входитъ на улицу, на которой находится неогороженный канавы, тотъ *не можетъ удовлетвориться обычной заботливостью*, которую надо примѣнять при нормальномъ состояніи улицы. Ср. R. G. 3 Mai 06 I. W. 1906/35, стр. 378: Въ ночной темнотѣ на неосвѣщенныхъ улицахъ требуется *повышенная осторожность* (erhöhte Vorsicht) для всякаго прохожаго; R. G. 30 Jan. 05 I. W. 05/34, стр. 200 при тѣхъ же условіяхъ требуется „besondere Vorsicht“ (долженъ идти ощупью, съ фонаремъ). Ср. еще *Seuf. Arch.* Bd. 25, стр. 399; R. G., 11, 28 Nov., 13 Dec. 1904 I. W. 05, стр. 44, 45, 77; 17 Sept. 06 I. W. 06, 680; R. G. 21 Dec. 05 I. W. 1906/35, стр. 110.

Примѣненіе этихъ принциповъ на практикѣ ведетъ къ строжайшему отношенію къ поведенію потерпѣвшаго. Рейхсгерихтъ неоднократно указывалъ на то, что судья долженъ принимать въ соображеніе *всякую* вину, которая исходитъ отъ потерпѣвшаго ¹⁾.

Въ этомъ смыслѣ заслуживаютъ вниманія слѣдующія рѣшенія Рейхсгерихта.

R. G. 2 Jan. 1905 I. W. 05/34.

Г-жа Р. ѣхала по жел. дорогѣ. Недалеко отъ станціи поѣздъ остановился. Р. подумала, что пріѣхали къ станціи и вышла; но, замѣтивъ свою ошибку, хотѣла влѣзть, но было поздно,—поѣздъ тронулся. Она, что бы не быть задѣтой ступеньками вагоновъ, отодвинулась назадъ и свалилась подъ откосъ. Искъ объ увѣщаніи. Рейхсгерихтъ отказываетъ въ искѣ. „Хотя Р., какъ неопытная путешественница, могла подумать, что пріѣхала, и что поѣзда останавливаются только на станціи, но мы должны примѣнять не субъективный масштабъ, а считаться съ тѣмъ, чію *требуется оборотъ, касательно заботливости*. А этотъ послѣдній требуетъ, что бы при остановкѣ поѣзда пассажиры не выѣзжали, не справившись, пріѣхали ли они; да это и не трудно узнать: освѣщеніе платформы, крики кондуктора и т. п. указываютъ на прибытіе“.

R. G. I. W. 1905, 11, n° 7 [Eisenb. U 21, 378; Das Recht 1905, 106 n° 385].

Столкновеніе экипажа съ электрическимъ трамваемъ.

Невѣрно мнѣніе O. L. G. Dresden, что привычка къ интенсивному узичному движенію въ большихъ городахъ приводитъ къ тому, что весьма часто въ этихъ городахъ экипажи въ опасной близости приближающихся трамваевъ рѣшаются переѣзжать еще рельсы, надѣясь на то, что вагоновожатый успеетъ затормозить и уменьшить ходъ машины и избѣжать столкновеніе.

Чѣмъ сильнѣе развивается оборотъ на улицахъ, тѣмъ большія требованія должны быть предъявляемы къ пѣшеходамъ и ѣздокамъ, дабы они избѣжали опасности отъ уличнаго движенія. Вагоновожатый обязанъ къ известной скорости, и публика нарушаетъ правильность оборота, принуждая его къ замедленію хода.

Такъ какъ потерпѣвшій не достаточно осматривался,—его вина—*culpa lata*. Напротивъ,—конкурирующая вина вагоновожатого...“.

¹⁾ *R. G. 7. März. 05 Seuf. Arch. 60, 308; Das Recht 1905, 469, n. 1832.*

Приведенныя рѣшенія интересны въ двухъ отношеніяхъ: во-первыхъ, они показываютъ намъ, что при сужденіи о *степени рачительности* Рейхсгерихтъ примѣняетъ не субъективный (индивидуальная виновность), а—*объективный* масштаб (требованія оборота)¹⁾; во-вторыхъ, онъ при этомъ считается не съ тѣмъ, что *принято* (üblich), а съ тѣмъ, что *требуется* (erforderlich) въ оборотѣ.

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что Рейхсгерихтъ въ понятіе *самовины* вливаетъ тоже субъективное содержаніе, что и въ понятіе технической вины:

1) онъ требуетъ наличности *деликтоспособности* (вмѣняемости лица),

2) при опредѣленіи степени требуемой рачительности онъ примѣняетъ *объективный* масштаб (воззрѣнія оборота), и при этомъ

3) онъ сообразуется лишь съ *потребностями* оборота.

Иначе говоря, Рейхсгерихтъ не проводитъ различія между *технической* и *нетехнической* виной: вина—одна и таже въ ея юридической сущности,—обосновываетъ ли она отвѣтственность потерпѣвшаго или делинквента!

§ 4. Условія необходимыя для примѣненія ст. 254 и оправданія пониженія отвѣтственности при винѣ потерпѣвшаго.—

Теорія зачета вины.

Пониженіе отвѣтственности по принципу § 254 I возможно лишь при томъ условіи, что установлена лишь *при-*

¹⁾ Что понимается подъ словомъ „оборотъ“ (Verkehr) германскими юристами—см. т. I, стр. 74 сл. Совсѣмъ особое построеніе понятія „оборота“ мы находимъ въ O. L. G. Rostock 19 Febr. 1906 [*Mugdan*, Die Rechtspr. O. L. G. 1906, 13]. Истица пострадала на дворѣ отвѣтчика, несосвѣщенномъ и не посыпанномъ пескомъ въ гололедицу. Здѣсь O. L. G. не призналъ требуемой въ *оборотѣ* заботливости, такъ какъ на отдаленномъ дворѣ нѣтъ „Verkehr“, а имѣетъ мѣсто лишь „sehr vereinzelt Benützung des Hofes“.

чинная связь между виной повредителя и несчастіем ¹⁾), ибо разъ вина потерпѣвшаго—исключительная причина несчастія, то по общимъ принципамъ ученія о причинной связи нѣтъ мѣста гражданской отвѣтственности ²⁾).

Съ другой стороны, отъ потерпѣвшаго должно исходить виновное причиненіе ³⁾), т. е. требуется два условія: 1) вина потерпѣвшаго, 2) содѣйствіе наступленію вреда ⁴⁾).

Каждое изъ этихъ дѣяній начинается особую каузальную серію, но обѣ серіи соединяются и приводятъ къ одному результату.

¹⁾ R. G. 7 März 05, I. W. 05, 283; R. G. 28 Nov. 04. I. W. 1905/34. стр. 44—45. По твердой практикѣ Рейхсгерихта, § 254 B. G. B. примѣняется судьями, не „ex officio“, а лишь по возраженію отвѣтника. 27 Oct. 1908, Recht. 1909, Beil. 13.

²⁾ R. G. 5 Mai 1902 Seuf. Arch. 04/59, стр. 56; O. L. G. Dresden 2/III 1901, Eisenb. E. XVIII, стр. 255: Слишкомъ большая быстрота локомотива не можетъ быть разсматриваема, какъ причина несчастія, если собственная вина потерпѣвшаго была такого рода, что онъ былъ бы раздавленъ и при тихомъ ходѣ паровоза.

³⁾ Scherer. Das Recht der Schuldv. 37; Schmoller. 57; Traeger, 327; Gottschalk, 62—66; Rümelin, 307; Oertmann, 42.

⁴⁾ Такъ было рѣшено: R. G. 5 Nov. 06 Scherer, 1907, стр. 97: Само-вина—безъ значенія, если несчастіе наступило бы и можетъ быть даже еще въ болѣе высокой степени и въ томъ случаѣ, если рабочій примѣнилъ бы требуемыя мѣры охраны здоровья; R. G. 27 Febr. 02, I. W. 1902, Beil. 212 n°. 55: Несчастіе не причинено виной пьянаго потерпѣвшаго, если въ виду отсутствія освѣщенія и трезвый человѣкъ попалъ бы подъ колеса мотора; R. G. 29 Oct. 1909 Gr. B. 1909, 426 проваждъ дресировщика лошадей въ товарномъ вагонѣ безъ билета не каузально къ несчастію, а поэтому не вліяетъ на объемъ возмѣщаемыхъ ему убытковъ.—Впрочемъ, эта причинная связь понимается довольно широко. См. R. G. Juni 1909 Recht, 1909, Beil. № 2397. Хозяинъ, разбуженный ночью служанкой, по настойчивой просьбѣ последней, стрѣляетъ, чтобы напугать проникшаго на дворъ ухаживателя служанки, въ сторону, въ которой онъ не могъ предполагать присутствія человѣка и попадаетъ въ другого человѣка, проникшаго во дворъ. Потерпѣвшій получилъ лишь 1/2 убытка. Онъ виновенъ. „Лицо, проникшее ночью въ огороженное мѣсто, должно быть готовымъ на то, чтобы встрѣтить самый энергичный даже вооруженный отпоръ хозяина. Если онъ будетъ поврежденъ при этомъ отпоръ (Abwehr), то причинная связь между незаконнымъ проникновеніемъ и поврежденіемъ существуетъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда отпоръ вызванъ не черезъ проникновеніе потерпѣвшаго, а черезъ третье лицо, и было направлено противъ этого послѣдняго“. См. еще: R. G. 28 Juni 1909, Recht, 1909, Beil. № 2369.

зультату. Не смотря на наличность *причинной связи* между деликтомъ и конечнымъ результатомъ право потерпѣвшаго на возмѣщеніе убытковъ черезъ виновное поведеніе его уменьшается или исключается. Это ограниченіе отвѣтственности Рейхсгерихтъ выдвигаетъ, какъ особый принципъ справедливости, оправдываемый съ юридической точки зрѣнія неодобреніемъ правовымъ порядкомъ небрежнаго поведенія потерпѣвшаго и привлеченіемъ принципа «доброй вѣры».

Рейхсгерихтъ, впрочемъ, не умѣетъ конструировать и оправдать пониженіе отвѣтственности при наличности условій, предвидѣнныхъ въ § 254 I, т. е. въ тѣхъ случаяхъ, когда вина потерпѣвшаго *соотѣйствовала возникновенію ущерба*.

Непосредственно послѣ изданія В. Г. В., Рейхсгерихтъ оправдывалъ исключеніе отвѣтственности тѣмъ, что «вина потерпѣвшаго *исключаетъ причинную связь* между поведеніемъ потерпѣвшаго и поврежденіемъ» ¹⁾.

Въ послѣдующей своей практикѣ Рейхсгерихтъ сталъ указывать на то, что вина потерпѣвшаго прерываетъ *субъективную связь* между поведеніемъ делинквента и вредомъ, или, иначе говоря, самовина указываетъ на *невинность* отвѣтчика ²⁾ или на *извиняемость* его вины ³⁾.

¹⁾ R. G. 2 Oct. 1900 I. W. 1900/29, стр. 762: неосвѣщеніе лѣстницы хозяиномъ дома, неосторожность гостя. R. G. 30 Dec. 1901 I. W. 31 (1902), пт. 75, стр. 143: Пассажиръ на ходу выпрыгнулъ съ парохода на берегъ и убитъ до смерти. Вина пароходоуправляющаго—не были закрыты загородки. „Такое неблагоприятное поведеніе потерпѣвшаго является *самостоятельной причиной* несчастія“.

²⁾ R. G. 2 Octob. 1901 Gr. B. 49, 614. Истецъ вечеромъ бѣжалъ вверхъ по неосвѣщенной лѣстницѣ отвѣтчика и наткнулся на оконную раму, представленную къ стѣнѣ и исколѣчилъ себя ногу. Рейхсгерихтъ призналъ здѣсь *причинную связь* между выставленіемъ рамы и поврежденіемъ ноги, но отвергъ здѣсь *вину* отвѣтчика, который не могъ считаться со всякимъ легкомысленнымъ поступкомъ другого.

³⁾ R. G. 9 Juli 03. I. W. 03/32. Beil. 114: Булочникъ, вследствие неисправнаго состоянія корыта для тѣста, слегка повредилъ себя палецъ при работѣ, что повлекло за собой дальнѣйшее развитіе болѣзни. т. к. онъ не прекратилъ работы, а въ палецъ попало постороннее тѣло. Истецъ ищетъ всѣ убытки съ хозяиномъ.—Рейхсгерихтъ призналъ *причинную связь* между не-

Въ новѣйшей практикѣ Рейхсгерихта мы встрѣчаемъ все чаще и чаще ссылки на постулатъ *доброй вѣры* (Treu und Glauben): «потерпѣвшій долженъ считаться въ справедливой мѣрѣ съ интересами противника, обязаннаго нести убытки» ¹⁾.

Во имя же этой доброй вѣры возложены на потерпѣвшаго обязанности, перечисленные въ ст. 254 II B. G. B. ²⁾.

Погрѣшность противъ этой «доброй вѣры» имѣетъ мѣсто, когда не приложена та заботливость, которую по житейскимъ воззрѣніямъ обычно примѣняетъ нормальный человѣкъ, что бы отворотить отъ себя вредъ ³⁾. Потому то понятіе «самовины» шире понятія *правонарушенія* или *нарушенія законной обязанности* ⁴⁾, въ томъ смыслѣ, что положительная обязанность къ дѣйствию можетъ и не быть обоснована на законѣ, а все же соответствующее упущеніе ея должно быть разсматриваемо, какъ *виновное* въ смыслѣ § 254 II, такъ какъ *само требованіе* возмѣщенія убытковъ со стороны нерадиваго лица, упустившаго принять мѣры къ отвращенію вреда есть погрѣшность противъ доброй вѣры. «Это погрѣшеніе противъ доброй вѣры есть то, что законъ (§ 254 II) называетъ *виной*» ⁵⁾, и въ этомъ смыслѣ можетъ быть рѣчь

исправнымъ состояніемъ корыта и конечнымъ вредомъ, но отвергъ *вину* хозяина: «вина рабочаго *дѣлаетъ вину* хозяина *извинительною*, т. е. онъ всегда могъ считать, что рабочий будетъ настолько благоразуменъ, что извѣстить хозяина о дефектахъ».

¹⁾ R. G. 24 Oct. 1902, Bd. 52 (1903), nr. 91, стр. 349 сл. 13 Febr. 05. Bd. 60 (1905), стр. 147.

²⁾ R. G. 29 Jan. 1906, Bd. 62 (1906), стр. 346; Staud Komm II. стр. 40;

³⁾ R. G. 10 März 03 D. I. Z. S. 297.

⁴⁾ R. G. 10 März 03 eod.

⁵⁾ 24 Oct. 02, Bd. 52 (1903), стр. 349: *Юридическая обязанность* «Хбл»
злина плодоваго сада огораживать его противъ порчи питомника животными въ интересахъ *lagdpachter*овъ—нѣтъ, но *добрая вѣра* требуетъ, чтобы онъ воздержался отъ иска, если онъ не ремонтировалъ существующій заборъ, развѣ это не связано съ крупными расходами. Въ R. G. 24 März 05 I. W. 05/34, стр. 367 само поведеніе хозяина плодоваго сада (не огороженіе сада) признано за «погрѣшность противъ доброй вѣры» Такимъ образомъ, въ рѣшеніи 24 Oct. 02, Рейхсгерихтъ становится на *процессуальную* точку зрѣнія,

о нарушении *правовой* обязанности ¹⁾).

Такимъ образомъ, обязанности потерпѣвшаго, соблюденіемъ коихъ обусловлено его притязаніе объ убыткахъ, квалифицируются, какъ *правовыя обязанности* передъ отвѣтчикомъ—делинквентомъ, хотя бы соотвѣтствующія дѣйствія и не основывались на положительномъ законѣ, а предписывались *доброй вѣрой* ²⁾).

Разсмотрѣніе судебной практики приводитъ насъ къ выводу, что Рейхсгерихтъ вопросъ о *субъективномъ содержаніи самовины* (способность къ вмѣненію) сводитъ къ вопросу о *деликтоспособности* потерпѣвшаго, а *объективное содержаніе самовины* трактуетъ, какъ нарушение *правовой обя-*

а въ 24 März 05—на *материальную* точку зрѣнія. Разница въ этихъ конструкціяхъ сказывается въ строгости масштаба, прилагаемаго при опредѣленіи вины потерпѣвшаго. Въ *процессуальной* точкѣ зрѣнія вина сдвигается на болѣе поздній моментъ: предъявленіе иска; при оцѣнкѣ обстоятельствъ, предшествовавшихъ этому моменту, Рейхсгерихтъ соображаетъ „Aufgabe jedes ordentlichen und verständigen Menschen, sich und das Seinige tunlichst vor Schaden zu bewahren“. Наоборотъ, въ *материально-правовой* точкѣ зрѣнія вина сдвигается на болѣе ранній моментъ къ предшествующимъ (иску) обстоятельствамъ. Здѣсь оцѣнивается этическое стороны поведения потерпѣвшаго, а это ведетъ къ болѣе снисходительному къ нему отношенію. „Нельзя выставить принципомъ, что надо считаться лишь съ тѣмъ какъ поступилъ бы по господствующему воззрѣнію рачительный человекъ въ соображеніе ожидаемой выгоды и угрожаемой опасности, если бы ему предстояло самому нести убытокъ. Такъ какъ поведение потерпѣвшаго мы должны обсуждать съ точки зрѣнія „Treu und Glauben“, то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надо взвѣснить всѣ обстоятельства, чтобы рѣшить, — какія предупредительныя мѣры по *справедливости* можно вѣнчить потерпѣвшему. Тѣ расходы, на которые рачительно пошелъ бы рачительный человекъ въ отвращеніе убытка, *который ему пришлось бы самому нести, не могутъ быть ожидаемы, какъ общее правило, и отъ того, кто имѣетъ отвѣтника*, обязаннаго возмѣстить убытки; напр. дорого стоящие расходы“.

¹⁾ R. G. 13 Febr. 1905, I. W. 05/201, nr. 7; 29 Jan. 06 Entsch. Bd. 62 (1906), стр. 346. 28 Nov. 1905, cod. 106.

²⁾ Въ этомъ смыслѣ R. G. находитъ возможнымъ въ однихъ рѣшеніяхъ подчеркивать моментъ *правовой* обязанности потерпѣвшаго, а съ другой стороны не признавать момента *неправомерности* (Rechtswidrigkeit), какъ существеннаго условія самовины. R. G. 2 Oct. 1902, I. W. 02, Beil. 270; 28 Mai 03, I. W. 1903, Beil. 101; 5 Mai 1902, Bd. 51, 275.

занности, т. е. потерпѣвшій разсматривается, какъ *делинквентъ*, и правовой эффектъ его вины обсуждается, какъ *ответственность* передъ потерпѣвшимъ ¹⁾).

Выработавъ такую конструкцию: *зачетъ вины* (*compensatio culpaе*) *есть зачетъ двухъ деликтовъ* (*comp. delictorum*), Рейхсгерихтъ послѣдовательно проводитъ ее и въ области законной ответственности (*oblig^o.e lege*): въ случаяхъ ответственности внѣ условія вины отвѣтчика и «обоснованная въ законѣ объективная ответственность потерпѣвшаго должна быть принята въ соображеніе при примѣненіи § 254».

Такъ, было рѣшено:

R. G. 21 Nov. 1907 Entsch. Bd. 67 (1908), n^o 34.

Когда истецъ 1 мая 1905 г. проѣзжалъ на своей лошади мимо харчевни отвѣтчика, изъ двора харчевни выпрыгнула собака съ лаемъ подъ ноги лошади. Лошадь понесла, опрокинула экипажъ, отъ чего истецъ получилъ увѣчіе. Истецъ утверждаетъ, что собака причинила несчастье тѣмъ, что неожиданно съ громкимъ лаемъ бросилась въ ноги лошади и даже укусила ее.—Апелляціонная инстанція понизила (на ^{1, 2}) искомую сумму на основаніи § 254 I B. G. B.: „воздѣйствіе собаки совмѣстно съ животной природой лошади было сопричиной понесенія лошадей и послѣдовавшаго отсюда убытка“. „Какъ держатель животного (собаки), отвѣтчикъ отвѣчаетъ по § 833 B. G. B. Но и истецъ, какъ держатель животного (лошади), отвечаетъ за известную часть понесеннаго убытка по § 254 I B. G. B.“.—„Если п. 1 § 254 говоритъ о винѣ потерпѣвшаго, то въ смыслѣ закона винѣ его надо приравнять ответственность за вредоносное дѣяніе животного потерпѣвшаго, согласно § 833 B. G. B.“.

Рейхсгерихтъ призналъ это рѣшеніе правильнымъ, до-

¹⁾ R. G. 54 пг. 104, стр. 410 говоритъ объ *ответственности* потерпѣвшаго за причиненныи имъ вредъ. Тоже: O. L. G. Hamburg. 22 Mai 1906. Mugdan 1907, 45 (за дѣйствія животного). „Потерпѣвшій отвѣчаетъ въ томъ же объемѣ и на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и делинквентъ въ области деликтныхъ правонарушеній“.—Изъ этого положенія R. G. дѣлаетъ важные выводы въ вопросъ объ ответственности потерпѣвшаго за его законныхъ представителей. R. G. 29 Jan. 1906, Bd. 62 (1906), стр. 346 и сл.

ведя тѣмъ самымъ свою теорію до крайнихъ логическихъ выводовъ.

§ 5. Отвѣтственность потерпѣвшаго за своихъ представителей.

Отвѣтственность *делинквента* за его представителей регулирована въ двухъ статьяхъ: 278—для договорныхъ правонарушеній и 831—для деликтныхъ правонарушеній.

Ст. 278 п. 1 гласитъ:

„Должникъ отвѣчать за вину законнаго представителя или лица, черезъ посредство котораго онъ исполняетъ свое обязательство, въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и за свою собственную вину“.

Ст. 831 п. 1 гласитъ.

„Кто возлагаетъ на другого исполненіе какого-либо дѣйствія, тотъ обязанъ возмѣстить вредъ, противозаконно причиненный тѣмъ другимъ третьему лицу при исполненіи дѣйствія. Обязанность къ возмѣщенію не наступаетъ, если хозяинъ соблюдалъ необходимую въ гражданскомъ оборотѣ заботливость, при выборѣ лица, на которое возлагается дѣйствіе, и при устройствѣ приспособленій и доставкѣ орудій или наблюденіи за самымъ исполненіемъ поскольку это его дѣло, или если вредъ былъ бы понесенъ и при соблюденіи такой заботливости“.

Отвѣтственность потерпѣвшаго за его представителей регулирована въ ст. 254 п. 2 *fine* «*Предписаніе ст. 278 соответственно примѣняется*».

При истолкованіи взаимнаго отношенія этихъ нормъ, какъ въ юриспруденціи, такъ и въ доктринѣ, не вызываетъ серьезныхъ сомнѣній лишь одинъ вопросъ: о какихъ лицахъ идетъ рѣчь въ ст. 254, за какихъ отвѣтствуетъ истецъ? Въ кругъ этихъ лицъ должны войти не только помощники, при-
ставленные спеціально къ исполненію обязанностей, указан-

ныхъ въ ст. 254 ¹⁾), но вообще всѣ лица, коимъ потерпѣвшій довѣрилъ охрану своихъ интересовъ, хотя бы и не было между ними договорныхъ отношеній ²⁾). если только эти лица фактически сознательной волею должника ³⁾ представлены къ тому дѣлу, которое пострадало ⁴⁾).

Но помимо этого пункта, интерпретація послѣдняго абзаца пункта 2 ст. 254 остается однимъ изъ самыхъ спорныхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ примѣненіемъ ст. 254. Истолкованіе этого абзаца до сихъ поръ разъединяетъ доктрину и судебную практику на два враждебныхъ лагеря. Въ самой литературѣ мы не найдемъ полного единодушія по разрѣшенію главнѣйшаго сюда относящагося вопроса: *объ объемѣ примѣненія ст. 278.*

Ст. 278, какъ мы указали, регулируетъ *договорную* отвѣтственность должника за лицъ, черезъ посредство коихъ онъ исполняетъ свое обязательство. Ст. 254, охватывающая область и договорныхъ и деликтныхъ правонарушеній, ссылается только на ст. 278, давая, такимъ образомъ, поводъ предполагать, что *ссылка эта ограничивается лишь областью договорныхъ обязательствъ* ⁵⁾).

¹⁾ Contra: *Cohn*, о. с. 115; *O. Warneyer*. Jahrbuch. V (1906), zu § 254, n^o. 12.

²⁾ Contra: R. G. 26 Sept. 1903. D. I. Z. 03, стр. 5491, № III.

³⁾ Последнее съ настоятельностью подчеркиваетъ *Feder*. Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. Berlin. 1902, стр. 35.

⁴⁾ R. G. 5 Oct. 1903. Bd. 55 (1904), n^o. 82, здѣсь же ссылки на литературу Bd. 62, стр. 108. См. кромѣ нихъ еще: *Oertmann*, Recht der Schuldv. 47; *Eick*, о. с. 98.—в. *Leysen*, о. с. 81 требуетъ дальнѣйшимъ предположеніемъ для отвѣтственности уполномоченнаго къ возмѣщенію „объективную возможность контроля надъ помощникомъ“. Автору это пужно, чтобы исключить отвѣтственность за профессиональные промахи приглашеннаго врача.—Противъ него господствующая доктрина: „обязанность изъ § 254 исполнена уже тѣмъ, что приглашенъ врачъ“. *Gottschalk*, о. с. 123; *Eick*, о. с. 102; *Oertmann*, 47; *I. Kahn*. Kulprückkompensation. [Arch. f. b. R. 1910, Bd. 34] прим. 37.—Contra: *Dronke*, о. с. 214 [безъ особой мотивировки]. *O. L. G. Kiel.*, 29 Jan. 1906, *Warneyer*, V (1906) zu § 254, № 20.

⁵⁾ На почвѣ этого толкованія: *Eick*, о. с. 97; *Schollmeyer*, Komm. zu § 254, стр. 46. № 6, с. *Endemann*, Lehrbuch., § 132, прим. 25; *Weyl*, System. 605; *Gottschalk*, о. с. 68. Дальнѣйшую литературу см. у *Schröder*, Arch.—Prax. 95, стр. 298 и слѣд.—Изъ судебной практики: *R. G.*, Bd. 53, стр. 312; 54, стр. 404. 55, стр. 316, 321; *O. L. G. Hamburg*. 16/III, 1901, Rspr. II, 457.

Редакция ст. 254 дает повод и другому сомнѣнію: ссылка на ст. 278 находится въ п. 2 ст. 254, что даетъ основаніе ограничить силу этой ссылки кругомъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ п. 2 этой статьи ¹⁾).

Ограничительное толкованіе ст. 254 въ послѣднемъ смыслѣ настойчиво проводится судебной практикой. Рейхсгерихтъ, правда, избѣгаетъ говорить о договорныхъ отношеніяхъ, а примѣняетъ болѣе широкій терминъ—«*домовое отношеніе*», которое устанавливается между сторонами послѣ правонарушенія въ силу обязанностей, возложенныхъ пунктомъ II статьи 254 на потерпѣвшаго.

Тѣмъ самымъ Рейхсгерихтъ: 1) не ограничиваетъ примѣненія § 278 одними договорными отношеніями, а распространяетъ его и на вѣдоговорныя отношенія, 2) ограничиваетъ область примѣненія § 278 пунктомъ II ст. 254, не распространяя ея силы на пунктъ I той же статьи ²⁾).

Съ аргументаціей Рейхсгерихта мы знакомимся изъ слѣдующихъ рѣшеній.

R. G. Bd. 53, 312.

Кунецъ К. Р. проживалъ въ г. S. со своей семьей въ домѣ, окруженномъ садикомъ, мимо котораго были проложены рельсы парового трамвая. 25 августа 1890 г., 7 лѣтній сынъ съ другими дѣтьми игралъ въ саду отца. Скачиваясь со ступенекъ, ведущихъ изъ сада къ улицѣ черезъ тротуаръ, онъ попалъ подъ колесо проходящаго трамвая. К. Р. предъявилъ искъ къ К^о. трамваевъ, требуя, 1) пеню сыну, 2) издержки ему за леченіе. Ответчикъ защищаясь указавшемъ на вину истца: онъ упустилъ требуемый надзоръ надъ его сыномъ. Рейхсгерихтъ: „собственная вина истца (отца) имѣла

¹⁾ Въ смыслѣ такого ограничительнаго толкованія § 278 въ § 254 высказываются: *Rospatt*, о. с. 96; *Cohn*, о. с. 118, 125; *Eger*, R. H. G. (6 Aufl.) 150. *Feder*, о. с. 51; *Fischer*, о. с. 67; *Berner*, о. с. 48; *Eck*, I, стр. 255; *Mayring* [Stand. Komm.], 18, прим. 7; *R. G. Bd. 55*, № 82, стр. 331 [но здѣсь R. G. фингируетъ „Pflicht zur Schadensabwendung“].

²⁾ *R. G. 28 Dez. 1905*, *Recht*, 1905, стр. 240; *R. G. 54/103*, *Bd. 55*, стр. 316; *Warneyr*, *Jahrbuch*, V (1906), № 17; *O. L. G. Hamburg*, 16 März. 1901, *Mugdan*, II, (1901), стр. 456, № 181, б.; *O. L. G. Dresden*, 12 März. 1903, *Eis. E.* XX (1904), 229. *R. G. 18 Dez. 1905* *Eis. E.* XLII. 390.

бы значеніе лишь тогда, когда въ силу ея истецъ явился бы ответственнымъ съ своей стороны возмѣстить убытки ответчику“.

O. L. G. Dresden, 26 Febr. 1907, Eis. E. XXIV, 46.

10 окт. 1905 г. кучеръ Л. правилъ свадебной каретой, принадлежавшей истцу, направляясь отъ Ратхауза къ Югаништрассе. Перѣѣзжая черезъ рельсы городской жел. дороги, онъ столкнулся съ моторнымъ вагономъ, управляемымъ Z. Отъ столкновения повреждены экипажъ и лошади истца. Истецъ ищетъ 346 М. 95 pf. съ хозяина жел. дороги и устанавливаетъ вину Z. и хозяина жел. дороги.—Ответчикъ ссылается на вину Л. Это возраженіе было отвергнуто въ L. G. и O. L. G. „Ибо § 254 I предполагаетъ содѣйствующую вину потерпѣвшаго. Но въ данномъ случаѣ истецъ самъ не сопровинилъ несчастія,—этого не утверждаетъ и самъ ответчикъ. Вина Л. освободила бы ответчика самое большее тогда, когда бы имѣлъ мѣсто случай § 254 II [§ 254 II 2]. Но такъ какъ въ данномъ случаѣ этого нѣтъ, содѣйствующая вина Л имѣла бы результатомъ лишь то, что этотъ долженъ отвѣчать за возникшіе убытокъ *рядомъ* съ ответчикомъ“.

R. G. 29 Jan. 1906, Bd. 62 (1906), стр. 346.

3-хъ лѣтній ребенокъ упалъ изъ жел.-дор. вагона на ходу поѣзда и повредилъ себѣ руку. Искъ отца, какъ законнаго представителя, къ жел. дорогѣ удовлетворень. Жел. дорога пробовала защищаться возраженіемъ вины матери потерпѣвшаго, допустившей упущенія въ надзорѣ: благодаря этому упущенію, ребенокъ могъ открыть дверь вагона во время хода поѣзда. Возникаетъ вопросъ: примѣнима ли ст. 278 при отсутствіи договорныхъ отношеній между истцомъ и ответчикомъ?

R. G. даетъ отрицательный отвѣтъ. „Ст. 278 B. G. B. предполагаетъ наличность существующаго обязательственнаго отношенія... Но между повредителемъ и потерпѣвшимъ отъ недовольнаго дѣянія не существуетъ до учиненія послѣдняго никакого долгового отношенія. Если убытокъ уже наступилъ или угрожаетъ, тогда по принципамъ доброй вѣры возникаютъ для потерпѣвшаго извѣстныя обязанности: напр. отвращенія или уменьшенія вреда Въ этомъ отношеніи эти дѣйствія представляются, согласно ст. 254 II, какъ *обязанности* передъ лицомъ повредителя, въ смыслѣ § 278 B. G. B. Расширеніе области примѣненія ст. 278 за эти предѣлы, т. е. ответственность за вину законныхъ представителей и помощниковъ, которая *содѣйствовала возникновенію убытка* [и I ст. 254], недопустимо... такъ какъ оно несправедливо. Въ самомъ дѣлѣ, тогда какъ право-

нарушитель въ деликтной области вовсе не отвѣчаетъ за вину своего законнаго представителя, а за дѣйствія и упущенія помощниковъ отвѣчаетъ лишь въ границахъ § 831 (допущеніе опроверженія презумпціи виновности), потерпѣвшій (при такомъ расширеніи ст. 278 отвѣтилъ бы за упущенія всѣхъ этихъ лицъ безусловно (такъ какъ ст. 278 не допускаетъ опроверженія презумпціи вины)“.

O. L. G. Rostock, 8 Juli 1907 [*Mugdan*. Die Rechtspr. O. L. G. 1908, стр. 350]. [Ср. O. L. G. Hamburg. Bd. II, стр. 456].

Отвѣтчикъ своимъ автомобилемъ наѣхалъ на лошадь истца, которой управлялъ его кучеръ. Хозяинъ лошади ищетъ убытковъ съ автомобилиста. Последній возражаетъ на почвѣ ст. 254: кучеръ истца своимъ небрежнымъ поведеніемъ, —именно, онъ не зажегъ фонаря на экипажѣ,—содѣйствовалъ возникновенію убытка.

O. L. G. счелъ это возраженіе непріемлемымъ. „Распространеніе ст. 278 на ст. 254 п. I привело бы къ поразительному неравенству въ правовомъ отношеніи въ ущербъ интересамъ потерпѣвшаго. Ибо, тогда какъ въ области недовольныхъ дѣяній на сторонѣ *повредителя*, лицо представляемое и хозяинъ отвѣчаютъ за дѣйствія и упущенія ихъ слугъ и помощниковъ лишь въ границахъ ст. 831,—*потерпѣвшій* при такомъ примѣненіи ст. 278, долженъ былъ бы отвѣтить за этихъ лицъ безусловно. Это неравенство было бы устранено, если и для случая ст. 278 хозяину было бы даровано оправдательное доказательство ст. 831. Однако, эта льгота не находитъ опоры въ законѣ ¹⁾“.

Кромѣ того, ст. 278 предполагаетъ наличность долгового отношенія. До момента же учиненія деликта между деликвентомъ и потерпѣвшимъ *нѣтъ никакого долгового отношенія*. Лишь со времени учиненія дѣянія возникаетъ для потерпѣвшаго определен-

¹⁾ O. L. G., очевидно, полемизируетъ здѣсь съ тѣми авторами, которые черезъ ст. 831 пытались оправдать отвѣтственность потерпѣвшаго за вину третьихъ лицъ: *Neumann*. *Comment* zu § 254, A. 2. *Rospatt*. *Ein Beitrag*. *Recht*. 1902, 96—97. Эти юристы аргументируютъ такъ: вина потерпѣвшаго есть вина—собственная или чужая—на которую онъ отвѣчаетъ. Самъ текстъ ст. 254 требуетъ лишь того, чтобы вина его содѣйствовала *при* (bei) возникновеніи убытка, т. е. посредственно или непосредственно. Противъ этой конструкціи возражали *Heuer*. *Ein Beitrag* *Recht* 1902, 147, *Eick*, 92. Они указываютъ на то, что убытокъ, за который по ст. 831 отвѣчаетъ хозяинъ, долженъ быть причиненъ его подчиненнымъ *третьему* лицу, а не самому хозяину. Въ § 254 нѣтъ ссылки на ст. 831.

ная въ ст. 254 II обязанность, и въ этихъ предѣлахъ можетъ идти рѣчь о долговомъ отношеніи между сторонами.—Наконецъ, надо считаться и съ тѣмъ, что ссылка на ст. 278 образуетъ конечный пунктъ § 254 II, т. е. по буквальному смыслу не относится къ § 254 I.—„Такъ какъ въ обсуждаемомъ случаѣ кучеръ содѣйствовалъ возникновенію убытка, то мы имѣемъ на лицо составъ § 254 I, а не § 254 II, а потому хозяинъ не отвѣчаетъ за вину кучера, и автомобилистъ отвѣчаетъ ему за весь убытокъ“.

R. G. 5 Oct. 03. Entsch. Bd. 55 (1904) n° 82.

Истица получила ущербъ отъ неправильныхъ дѣйствій судебного пристава, который могъ быть предотвращенъ ея повѣренными. R. G. примѣняетъ здѣсь § 254.

Ст. 278 говоритъ о „должникѣ“. Но „касательно обязанности предотвращать ущербъ (§ 254 II) потерпѣвшій разсматривается, какъ должникъ и можетъ быть привлеченъ къ отвѣту за вину тѣхъ лицъ, которыя представляютъ его въ исполненіи его обязанности или которыми онъ пользуется, какъ своими помощниками“.

Выраженная въ этихъ рѣшеніяхъ аргументація не могла не встрѣтить возраженій въ сферѣ ученаго міра.

Правда, распространеніе Рейхсгерихтомъ силы ссылки на § 278 на отношенія внѣдоговорныя не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній ни у теоретиковъ, ни у комментаторовъ закона. Преобладающее мнѣніе въ теоретической литературѣ высказывается въ томъ смыслѣ, что „соотвѣтствующее примѣненіе § 278“ относится и къ деликтнымъ правонарушеніямъ ¹⁾. Но ограниченіе силы § 278 кругомъ тѣхъ слу-

¹⁾ *Plank*, II, стр. 36, прим. 5; *Hinze*, I. W. 1908, стр. 230. *Schröder*, о. с. 298. 309; *Cosack*, I. § 91; *Oertmann*. *Recht der Schuld.*, I стр. 47, 5, b. *Grünebaum*. *Recht*, 1908, стр. 97. *Cohn* о. с. 129; *Hoffmann*, *Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen*. Berlin. 1902, стр. 115; *Winter*, *Seuf.* Bl. 13. 353. *Fischer*. *Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens*. Berlin. 1904, стр. 67; *v. Leyden*, о. с. 80; *Przibilla*. I. W. 1909, № 7, стр. 180.—Логическій ходъ мыслей, который привелъ этихъ юристовъ къ указанному расширенію ст. 278 въ ст. 254, различенъ. Одни юристы (*Plank*, *Cosack*), пытаются изъ § 254 конструировать обязательство *sui generis*. Эта конструкция является слишкомъ натянутой для § 254 I. Другіе юристы (*Schröder*) желаютъ весь § 254 I—II воплотить въ одно обязательство такого содержанія: „enthalte dich deines Schadensersatzanspruches, da dich selbst ein Verschulden trifft“. Эта конструкция бесплодна. Развѣ потерпѣвшій пользуется помощниками въ интересахъ исполненія этого обязательства? Другіе

чаевъ, которые предусматрѣны *абзацомъ вторымъ* статьи 254 и мотивировка, которой Рейхсгерихтъ пытается оправдать такое рестриктивное толкованіе ст. 254, вызвали открытый расколъ между ученой доктриной и юриспруденціей.

Во-первыхъ, ссылка на редакцію ст. 254 [мѣсто занимаемое ст. 278, именно,—въ концѣ абз. II] кажется явно несостоятельной, если принять во вниманіе, что ст. 254 находится въ *общей части* В. Г. В., т. е. касается договорныхъ и внѣдоговорныхъ убытковъ. Явно недопустимо, что бы содержащаяся здѣсь ст. 278 подлежала двойному толкованію: особо для каждой области права ¹⁾. Если мы обратимся къ самой редакціи ст. 254, то увидимъ, что случаи ст. 254 II, по общему смыслу закона, являются, сравнительно съ ст. 254 I, менѣе тяжкими формами виновности: вѣдь, абзацъ II, вовсе не желаетъ расширить область примѣненія абзаца I, а желаетъ лишь пояснить, специализировать абзацъ I ²⁾.

Несостоятельна и аналогія, проводимая между *обязательственными* и *долговыми* отношеніями.

Объ «обязательственныхъ отношеніяхъ» не можетъ быть и рѣчи въ случаяхъ ст. 254 II, такъ какъ въ области *внѣдоговорной* не существуетъ обязанностей, въ смыслѣ ст.

юриссты (Oertmann) въ охраненіи своего добра отъ убытковъ желаютъ усмотрѣть юридическую обязанность. Но такая юридическая обязанность къ самому себѣ неизвѣстна гражд. праву! Наконецъ, большинство юристовъ (Przibilla и др.) становятся на точку зрѣнія справедливости и толкованія положительнаго закона.—Dr. H. Dungs, о. с. 547.

¹⁾ Grunebaum, Mitwirkendes Verschulden, Recht, 1908, № 3, стр. 99; 102; v. Leyden, о. с. 80; Oertmann, о. с. 46, 5, а; Gottschalk, 78, 120; Weyl, о. с. 608; Przibilla, о. с. 183; Traeger, о. с. 341; Winter, Bl. f. R. A. 1908, № 8, стр. 352; Hinze, I. W. 1908, стр. 232; Binder, Beiträgen, Heft. II, стр. 165; Kohler, Arch. Prax. 96, стр. 355; Sussmann, о. с. 86; Schröder, о. с. Arch.—Prax. 95, стр. 298, 306, 309.

²⁾ Kruckmann, о. с. Her. Jahrb. XIX (1909), 14—15; Cosack, I, 329; Linckelmann, о. с. 59; R. Schmidt, о. с. 28; Endemann I, § 132, стр. 761, Scherer, I, 412; R. G., Bd. 62, стр. 106. I. Kahn, 362, Oertmann, I (1906), стр. 46—47; Traeger, о. с. 341; Gottschalk, о. с. 120; Binder, Beiträge, 165; R. Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Berlin, 1902, стр. 32 сл. строить всю отвѣтственность изъ § 278 на идею „Gefährdung“.

278; вѣдь, одна угроза правонарушеніемъ не способна связать долговья отношенія между сторонами, да къ тому же тѣ обязательства, о которыхъ говоритъ ст. 254, не суть *правовыя* обязанности въ техническомъ смыслѣ слова.

Рестриктивное толкованіе противорѣчитъ и тексту закона, говорящаго о «*соотвѣтствующемъ*», т. е. аналогичномъ примѣненіи. Слово «соотвѣтствующее примѣненіе» можетъ означать лишь то, что эта норма должна быть примѣнена даже если между повредителемъ и потерпѣвшимъ не существуетъ *правово-договорныхъ* отношеній. *Фактическое* отношеніе, которое возникаетъ въ внѣдоговорныхъ случаяхъ ответственности между этими лицами, должно быть приравнено долговому отношенію, которое предполагаетъ ст. 278 ¹⁾).

Такимъ образомъ, господствующее мнѣніе въ литературѣ толкуетъ ст. 278 въ томъ смыслѣ, что слово «должникъ» должно быть *mutatis mutandis* замѣнено въ области ст. 254 словомъ «потерпѣвшій». Въ этомъ выражается цѣль закона, отсылающаго судью къ «*entsprechende Anwendung*» ст. 278 ²⁾).

Въ германской литературѣ мы встрѣчаемъ еще одну конструкторію, которая, хотя и не можетъ отмѣтить большого успѣха среди юристовъ—теоретиковъ, однако должна быть указана нами здѣсь, какъ интересная попытка согласовать буквальное толкованіе закона съ требованіями справедливости. *Dronke* ³⁾ и *Cohn* ⁴⁾ отрицаютъ примѣнимость § 278 въ деликтной области: вѣдь, § 278 говоритъ о «*Schuldner*»,

¹⁾ *Winter*, о. с. 352; *Oertmann* о. с. 47; *Grünebaum*, 102; *Binder*, Beiträge. Heft. II, стр. 164. Указанная точка зрѣнія развита особенно тщательно *I. Kahn* о. с. 254 и сл. На этой же почвѣ и *O. L. G. Naumburg*, 10 Febr. 1909, Recht, 1909 № 803 и *O. L. G. Kiel*, 9 April 1910, Seuf. Arch. 1910 (65) № 158, *K. G. Berlin*, 10 Juni 1909, E. E. XXVII (1911) № 79.

²⁾ *v. Leyden*, о. с. 79; *Weyl*, System, 604; *Hintze*, Zur Haftung für fremdes Verschulden, I. W. 37, 239, указываетъ на то, что противоположное мнѣніе Рейхсгерихта ведетъ къ недопустимому выводу, что хозяинъ въ случаяхъ § 254 I не отвѣчалъ бы даже за умыселъ своихъ служащихъ и помощниковъ. *Ср. K. G. Berlin*, 25 Mai 1906 D. I. Z. 1906, стр. 970.

³⁾ *Dronke*, о. с. Eis. E. XXI, 417.

⁴⁾ *Cohn*, о. с. 125.

котораго нѣтъ въ случаяхъ § 254 I. A, съ другой стороны, несправедливо не считаться съ виной служащихъ хозяина и въ этомъ кругу случаевъ. Вѣдь, хозяинъ можетъ быть лично *виновенъ* въ выборѣ или не надлежащемъ надзорѣ надъ служащими или въ плохомъ оборудованіи своего предприятия. Какъ отвѣтчикъ, онъ отвѣтилъ бы за вину своихъ служащихъ, въ силу законной презумпціи его вины [ст. 831 B. G. B.], пока онъ не докажетъ, что «соблюдалъ необходимую въ гражданскомъ оборотѣ заботливость»; но и какъ *истецъ*, онъ долженъ отвѣчать за вину своихъ служащихъ, по крайней мѣрѣ въ узкихъ рамкахъ ст. 831 B. G. B., т. е. не безусловно, а съ *допущеніемъ опроверженія презумпціи его виновности* («Entlastungsbeweis»).

Всѣ эти нападки на консервативное ограничительное толкованіе ст. 254 и ст. 278, допускаемое Рейхсгерихтомъ, не могли не оказать своего вліянія на судебную практику, какъ самого Рейхсгерихта, такъ и низшихъ инстанцій. Въ новѣйшей своей практикѣ Рейхсгерихтъ сталъ колебаться въ двухъ направленіяхъ: 1) то допуская (хотя робко и въ скрытомъ видѣ) ст. 831 B. G. B. для случаевъ деликтной вины служащаго потерпѣвшаго, 2) то примѣняя ст. 278 (хотя съ нѣкоторыми натяжками) и въ кругѣ случаевъ ст. 254 I.

Такъ, въ рѣшеніи отъ 1-го октября 1903 г. Рейхсгерихтъ [Eis. E. XX, стр. 249] высказываетъ такое положеніе: «Für die Frage des eigenen Verschuldens der Klägerin kommt somit ...die Ueberlassung der Führung (ihres Fahrzeugs) an einen andern und die Unterwerfung unter dessen Führung... in Betracht». Этимъ рѣшеніемъ онъ приближается къ конструкціи Dronke и Cohn. Однако, положеніе Рейхсгерихта не совпадаетъ вполнѣ съ идеей § 831 B. G. B., такъ какъ онъ не довольствуется предполагаемой виной хозяина, а требуетъ доказанную вину потерпѣвшаго.

Дальше по этому пути идетъ Кельнскій Оберландге-

рихтъ. Въ рѣшеніи отъ 24 іюня 1905 [Eis. E. XXIII (1907), 6] онъ прямо высказываетъ такой принципъ: «§ 831 имѣетъ примѣненіе и тогда, когда послѣдствія вины служащаго направляются противъ самого хозяина».

Эта практика, однако, продержалась не долго.

Тѣ вѣскія возраженія, которыя были выставлены въ литературѣ противъ оперирования съ ст. 831 въ области ст. 254 ¹⁾, заставили Рейхсгерихтъ искать другихъ путей.

Въ рѣшеніи отъ 28 ноября 1905 г. [Bd. 62 (1906), 106] мы наталкиваемся на такое построеніе.

„Если принять въ соображеніе, что и § 254 I предполагаетъ определенное [даже не представляющееся виновнымъ] поведеніе потерпѣвшаго для сохраненія части или всего иска, то соответствующее примѣненіе ст. 278 ведетъ къ признанію, что законъ, возлагая на потерпѣвшаго посредственно обязанность къ этому поведенію передъ его противникомъ, рассматриваетъ его, какъ должника и потому дѣлаетъ его ответственнымъ за вину тѣхъ лицъ, которыми онъ пользуется для исполненія своей обязанности“.

Интересна мотивировка этого рѣшенія. Считая справедливымъ установленіе безусловной ответственности потерпѣвшаго за его представителей и помощниковъ и въ случаяхъ § 254 I, Рейхсгерихтъ оправдываетъ распространеніе силы ст. 278 на абзацъ I ст. 254 старымъ пріемомъ: онъ подмѣчаетъ *долговую связь* между делинквентомъ и потерпѣвшимъ и въ случаѣ ст. 254 I [т. е. при простомъ содѣйствіи потерпѣвшаго возникновенію убытка], т. е. обсуждаетъ потерпѣвшаго, какъ должника делинквента ²⁾.

Искусственность такого построенія бросается въ глаза, а потому нѣтъ ничего удивительнаго, что эта конструкція не привилась въ юриспруденціи ³⁾, и въ теоретической ли-

¹⁾ См. т. I, стр. 454.

²⁾ Примѣненіе § 278 къ § 254 I мы находимъ въ *O. L. G. Posen*. 17 Dez. 1907. Eis. E. XXV (1909), 24. Кучеръ истца неосторожно перевозжалъ ж. д. полотно, которое не было загорожено. См. еще *O. L. G. Rostock*. 8 Juli 1907, R. XVI, 350; *O. L. G. Köln*, 4 Juli 1903. Eis. E. XXI, 295.

³⁾ Уже черезъ нѣсколько мѣсяцевъ Рейхсгерихтъ вновь подтверждаетъ свое прежнее традиціонное воззрѣніе: R. G. 29 Jan. 1906, Bd. 62, стр. 346.

тературѣ большого сочувствія не встрѣтила ¹⁾. Въ новѣйшей своей практикѣ Рейхсгерихтъ стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что § 278 примѣняется «соотвѣтственно» лишь въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 254 П. В. Г. В. Въ этихъ только предѣлахъ можетъ быть конструирована «долговая связь» между сторонами, которая предусматривается въ ст. 278 В. Г. В.

§ 6. Распредѣленіе убытковъ между делинквентомъ и потерпѣвшимъ при взаимной винѣ.

Ст. 254 предписываетъ распредѣлять убытки между сторонами въ зависимости отъ «*обстоятельствъ*», «въ *особенности (insbesondere)* отъ того, насколько вредъ былъ преимущественно причиненъ той или другой стороной».

Толкованіе этой нормы вызвало въ литературѣ три направленія. Центръ тяжести спора легъ въ истолкованіи словъ: «преимущественно причинилъ» ²⁾. Одни авторы стоятъ на буквѣ закона и протоколовъ. Они толкуютъ «*insbesondere*» не въ смыслѣ примѣра—рядомъ съ другими обстоятельствами и равносильное съ ними, а какъ авторитетное указаніе на то, съ чѣмъ судья долженъ главнымъ образомъ считаться при другихъ подлежащихъ его сужденію обстоятельствахъ. Иначе говоря, согласно этому ученію ³⁾, судья въ основу распре-

¹⁾ См. въ особенности *Huntze* о. с. I. W. 37, 230; *I. Kahn*, о. с. 254.

²⁾ Комментаторы по большей части воздерживаются отъ казуистическаго разъясненія понятія «*обстоятельствъ*», на которое имѣется ссылка въ ст. 254. Лишь *Wendt* и *Labowsky* указываютъ на различіе въ имущественномъ положеніи сторонъ, на душевное и тѣлесное развитіе, на социальное положеніе сторонъ и др. соображенія социальной справедливости. Ср. *L. G. Dresden*, 18 Oct. 1908, *Senf. Arch.* 64, 185: 85-ти лѣтняя женщина изъ простаго народа, вопреки указанію плакаты, слѣзла съ электрическаго трамвая, не впередъ, а назадъ и нехватившись за ручку вагона. Въ этомъ не усмотрѣно самовинны (*in Rücksicht auf Alter und Bildung*).

³⁾ *Cohn*, о. с. 117. „Wer bezüglich des in Frage stehenden Schadens die grösste Triebkraft entwickelte, zu dessen Ungunsten soll die Waagschale sinken“. *Endemann* I, § 132, стр. 596 указываетъ на то, что даже ссылка на

дѣленія убытковъ долженъ класть исключительно *каузальный* масштабъ, т. е. «чаши вѣсовъ должны клониться во вредъ тому, кто касательно обсуждаемаго убытка проявилъ большую силу содѣйствія».

Не меньшее число авторовъ высказалось въ прямо противоположномъ смыслѣ: не принципъ каузальности, а принципъ *виновности* долженъ быть исключительнымъ и рѣшающимъ критеріемъ при распредѣленіи убытковъ. Кромѣ ссылки на традицію (*Gemeines Recht*), этими авторами¹⁾ приводятся и всѣя практическія соображенія²⁾, какъ аргументы, долженствующіе отстранить ясную норму положительнаго закона.

Наконецъ, между этими двумя направленіями среднее мѣсто занимаютъ тѣ авторы³⁾, которые стараются примирить эти крайнія ученія на почвѣ толкованія закона. Они даютъ *каузальному* моменту главное, но не рѣшающее значеніе; на ряду съ нимъ скромное мѣсто даютъ, какъ дополнительному критерію, и масштабу *виновности*; на этотъ постѣдній, по ихъ ученію, и ссылается законъ въ словѣ «обстоятельства».

Къ какому же изъ этихъ трехъ направленій примкнула судебная практика?

Основнымъ принципомъ Рейхсгерихтъ съ перваго же

„обстоятельства“ не оправдываетъ примѣненія *виновнаго* масштаба: *Schollmeyr* о. с. 43; *Crome*, 49; *Matthias*, Burg. R. 315; *Gottschalk*, 99; *Neumann*, Komm. (2 Aufl) 134; *Fischer—Henle*, Handausgabe (4 Aufl) 137. *Wendt*, Arch. Pr. Bd. 87, 422 *J. Luchsinger* Das Verschuldungsprinzip, Zurich, 1909, стр. 140—141 (Авторъ, разсматривая вину, какъ квалифицированное причиненіе, приходитъ къ такому выводу, если конкурируетъ виновное поведеніе съ невиновнымъ, причиненіе надо искать на сторонѣ виновнаго поведенія, и гдѣ конкурируетъ умыселъ и небреженіе,—на сторонѣ умысла). *H. Dungs*, Gefährdehaftung, Gruch. Beitr. 1910, стр. 537.

1) *Rümelin* о. с. 300, 314; *Troeger*, о. с. 375; *Eick*, о. с. 77; *Leyden* о. с. 49, *Cosack*, I, 318; *Laszt*, 81; *Scheerer*, Das Recht der Schuldv. 30; *Linschmann*, Die Schadenersatzpflicht, 57.

2) См. т. I настоящаго изслѣдованія, стр. 418.

3) *Plank* II, 25; *Denburg* B. R. 75; *Oertmann*, о. с. 17; *Ruhm* о. с. 55; *Kuhlenbeck* Von den Pand. II, 126; *Enneccerus*, о. с. 405; *Rehbein* Das B. G. B., 63.

дня своей дѣятельности при новомъ режимѣ выставилъ слѣдующее положеніе, которому онъ въ общемъ и цѣломъ остался вѣренъ и до настоящаго времени: *при распределеніи убытковъ рѣшающимъ моментомъ должно быть не виновное, а каузальное отношеніе, т. е. степень причиннаго дѣйствія вины каждой стороны* ¹⁾.

«Редакція § 254 преслѣдуетъ цѣль не установить извѣстнаго рода зачетъ взаимной вины, а выразить тотъ принципъ, что при распределеніи убытковъ надо въ особен-ности принимать въ соображеніе степень причиннаго дѣйствія вины каждой стороны» ²⁾.

«Этотъ моментъ преимущественнаго причиненія съ той или другой стороны есть главнѣйшее, если и не единственное изъ обстоятельствъ, которыми долженъ руководствоваться судья при рѣшеніи вопроса объ обязанности делинквента и размѣрѣ ея къ возмѣщенію убытковъ» ³⁾.

«Если вина потерпѣвшаго перевѣшиваетъ, то отвѣтственности виновнаго отвѣтчика тѣмъ самымъ еще не исключается: ибо надо по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая обсудить, — *содѣйствовала ли та или другая сторона и въ какой мѣрѣ, возникновенію вреда*» ⁴⁾.

Изъ этихъ выписокъ явствуетъ, что первоначально Рейхсгерихтъ, находя себѣ могущественную поддержку въ авто-

¹⁾ R. G. 11 Juni 1903 I. W. 1903, 92; *Das Recht*. VII, стр. 262; D. I. Z. Bd. VIII, стр. 223; 27 Juni 05, I. W. 1905/34, стр. 490; 5 Juli 05, I. W. eod. 498.

²⁾ R. G. 7 März 1905, I. W. 05 34, стр. 283—284; *Senf. Arch.* 60, 308 12 Febr. 1903, Bd. 53, стр. 394. „Nicht das *Verschulden* beider Teile soll gegeneinander abgemessen werden, sondern es soll darauf ankommen, inwiefern der eine oder der andere die *Ursache* des Schadens ist.“ R. G. 11 Febr. 1909. Еис. Е. XXVI 43: „Каузальность и самовину надо строго различать. Даже содѣйствующая грубая вина потерпѣвшаго не исключаетъ непременно каузальность дѣянія, которое положило существенное условие для вредоноснаго результата“.

³⁾ R. G. 5 Mai 1902, Bd. 51, стр. 278; R. G. 14 Febr. 1903. Bd. 54, стр. 14.

⁴⁾ R. G. 18 Dec. 02 I. W. 03. Beil. 32; R. G. 11 Nov. 04 I. W. 05. 41. R. G. 28 Juni 06 I. W. 06. 544, I. W. 05. 284 п^о 6. I. W. 05, 491, п^о 12.

ритетъ авторовъ первой вышеуказанной нами категоріи, хотѣлъ быть послушнымъ исполнителемъ закона.

Надо, впрочемъ замѣтить, что, не имѣя наготовѣ гибкой каузальной теоріи, Рейхсгерихтъ скоро долженъ былъ сдать свои позиціи. Не разрывая рѣзко съ высказанными имъ положеніями, онъ приходитъ къ убѣжденію, что *«вопросъ о степени взаимной каузальности въ большинствѣ случаевъ совпадаетъ съ вопросомъ о взаимной тяжести винъ»*¹⁾. Такимъ образомъ, Рейхсгерихтъ начинаетъ считаться съ степенями вины; однако *«тяжесть вины принимается въ соображеніе лишь для того, чтобы опредѣлить степень причиненія»*²⁾.

Если вина истца, въ сравненіи съ виной отвѣтчика, является совершенно незначительной, то пѣтъ мѣста распредѣленію убытка³⁾.

И наоборотъ: если вина отвѣтчика, какъ причина несчастія, отступаетъ совершенно назадъ передъ несравненно болѣе легкомысленнымъ поведеніемъ истца, то послѣднему надо отказать пѣликомъ въ искѣ⁴⁾.

Если же вина одной стороны, хотя и является болѣе тяжелой, чѣмъ вина другой стороны, но, какъ причина не-

¹⁾ R. G. 14 Febr. 1903 Bd. 54 n^o 5, стр. 13; R. G. 4 Jan. 1909. Recht, 909, Beil. № 1638: „der Grad des subjectiven Verschuldens übrighens meist zugleich eine kausale Bedeutung haben wird“.

²⁾ R. G. Bd. 53, 394; I. W. 1905, 283, 717; R. G. 18 Dec. 1902. I. W. 1903/32, Beil. 32; R. G. 31 Jan. 1906 I. W. 1906, 301; R. G. 26 Nov. 1908 I. W. 1909 № 2, стр. 47: „da bedeutet „überwiegendes Verschulden“ praktisch gar nichts anderes, als „überwiegende Ursache“.

³⁾ R. G. 15 Oct. 03, I. W. 32. Beil. 122.

⁴⁾ R. G. 14 Dec. 1905, I. W. 1906/35, стр. 54. R. G. 9 Febr. 1903, Gr. B. 47 643: „Еъ полному отказу въ искѣ судъ долженъ прійти лишь въ томъ случаѣ, если установлено, что вина истца, сравнительно съ виной отвѣтчика, гораздо тяжелѣе, т. е. онъ болѣе чѣмъ этотъ пренебрегъ требуемой въ оборотъ заботливостью“. R. G. 2 Juni 03, I. W. 1903, 92: „самовина можетъ быть такъ тяжела, что потерпѣвшій ничего не получить“. Ср. R. G. 15 Oct. 03. I. W. 1903. Beil. 14 n^o 269; 17 März 1902 Soergel, 1902, стр. 37; R. G. 19 Oct. 1903. Recht 8. 136; 29 Juni 08, I. W. 08. 522; 10 Jan. 1902; Seuf. A. 1902/57, стр. 396.

счастія. не превѣшиваетъ ее настолько, что оттѣсняетъ послѣднюю до степени незначительнаго фактора, то имѣетъ мѣсто распредѣленіе убытковъ, при чемъ судья въ дѣлѣ установленія квотъ не ограниченъ никакими условіями и руководствуется лишь своимъ свободнымъ судебскимъ усмотрѣніемъ ¹⁾).

Не стѣсненъ судья при рѣшеніи вопроса объ отвѣтственности и размѣрѣ ея и наличностью умысла (*dolus*) на той и другой сторонѣ. «Норма Проекта I (§ 222) дѣйствуетъ принципиально и для случаевъ *умышленнаго* поврежденія» [Mot. zu E. I § 222, стр. 23—24]: умыселъ входитъ въ категорію *обстоятельствъ*, съ которыми лишь субсидіарно долженъ считаться судья. Однако, и доктрина ²⁾ и съ нѣкоторыми колебаніями судебная практика ³⁾ исключаютъ притязаніе *доложнаго* истца, даже и въ томъ случаѣ, если и на сторонѣ противника лежитъ умыселъ ⁴⁾, ссылаясь или на природу вещей ⁵⁾, или на томъ соображеніи, что «возникновеніе убытка тогда вытекаетъ изъ его воли» ⁶⁾.

И, обратно, въ случаяхъ умысла на сторонѣ повреждителя неосторожное поведеніе потерпѣвшаго оставляется безъ уваженія ⁷⁾.

¹⁾ R. G. 11 Nov. 04 I. W. 1905, 34, стр. 44; 24 Nov. 1902, Bd. 53, стр. 80; 2 Apr. 1903, I. W. 1903, Beil. 67, Gruch. B. 1904, стр. 914.

²⁾ Kühlenbeck, о. с. 126: „такъ какъ все рѣшеніе предоставлено усмотрѣнію судьи, судящему по *обстоятельствамъ дѣла*, то нормальная судебная практика будетъ всегда имѣть въ виду общій психологическій корень наказанія и возмѣщенія убытка“. Cohn, о. с. 118; Titzel, 138; H. Fischer, о. с. 181.

³⁾ Ср. R. G. 28 Oct. 07 Warneyer, Rechtspr. I (1908) nr. 49: § 254 имѣетъ мѣсто и при доложномъ нанесеніи убытка“. R. G. 11 Apr. 1908, *ibid.*, n^o 59, n^o 446: „§ 254—непримѣнима при столкновеніи доложнаго поведенія съ виновнымъ“.

⁴⁾ R. G. 28 März. 1908, I. W. 08. 329, Seuf. A. 63. 222; 17 Oct. 1908, Bd. 69, 277.

⁵⁾ R. G. 22 März 07, *Recht*, 1907, 506; 19 Oct. 05 I. W. 1905, 717, [=O. Warneyer, V (1906) zu § 254, n^o 10].

⁶⁾ R. G. 25 Jan. 1902 I. W. 02/31, стр. 173, Ср. R. G. I. D. R. 1905, III, стр. 104

⁷⁾ R. G. 69, стр. 277; I. W. 1908, стр. 9, Ziff. 10; стр. 715, Ziff. 12.

Для иллюстраціи установленных Рейхсгерихтомъ принциповъ приведемъ слѣдующіе казусы:

I R. G. 14 Dec. 1905. I. W. 1906/35, стр. 54 [ср. R. G. 15 Oct. 1903. I. W. 1903/32, Beil. 122; R. G. 22 Febr. 1900, Seuf. Arch. 1900/55, стр. 400]

Отвѣтчикъ—хозяинъ дома оставилъ на ночь незапертой дверь на дворъ, вопреки предписанію уголовного закона.

Истецъ пожелалъ въ отхожее мѣсто, и вмѣсто того, что бы освѣдомиться, гдѣ онъ находится или прочитать вывѣску, пустился на поиски искомаго мѣста, вышелъ на темный дворъ, вошелъ въ везнакомое темное помѣщеніе, произвольно предполагая, что тамъ нужникъ.

Отвѣтчикъ допустилъ легкое упущеніе (ein Versehen geringer Art); онъ, какъ причина несчастія, отстѣпаетъ совсѣмъ на задній планъ, сравнительно съ безусловно легкомысленнымъ поведеніемъ истца. Въ искѣ отказано.

II R. G. 29 Oct. 1906 I. W. 1906/35, стр. 738—739.

Въ сѣняхъ дома въ сторонѣ имѣется незапертая дверь, ведущая въ погребъ. Истица ищетъ въ темнотѣ парикмахершу, открываетъ эту дверь и падаетъ внизъ. Отсутствіе освѣщенія было причиною для несчастія съ истицей. Но и на сторонѣ истицы—содѣйствующая вина: безмысленно искать парикмахерское заведеніе 8 ступенекъ, т. е. около 1. 60 метровъ надъ уровнемъ улицы. Дверь не имѣла обычной вывѣски. Она открыла дверь, увидала темноту; при малѣйшемъ соображеніи она должна была сказать себѣ, что здѣсь нѣтъ парикмахерскаго заведенія. Вмѣсто этого, она слѣпо вступила въ темное, незнакомое ей помѣщеніе „Сравнительно съ этимъ недостаткомъ самой обыденной осторожности, вина отвѣтчика является касательно ея причиннаго значенія, какъ ничтожная величина въ созданіи несчастія“. Въ искѣ отказано.

III. R. G. 17 Sept. 1906 I. W. 1906/35, стр. 680—681.

Кто въ темнотѣ спускается по неосвѣщенной лѣстницѣ, долженъ идти осгорожно и не долженъ полагаться на то, что всѣ ступеньки пройдены. Если истецъ оцупью не убѣдился въ послѣднемъ, эта неосгорожность есть содѣйствующая причина несчастія. Лежащая на каждой сторонѣ неосмотрительность сама по себѣ не рѣшающая: лишь ихъ совмѣстное дѣйствіе вызвало наступившія печальныя послѣдствія. Убытки распределены между хозяиномъ дома и потерѣвшимъ пополамъ.

IV. R. G. 16 Juni 1904 I W. 1904, 33, стр. 449.

Отвѣтчикъ совершилъ culpa lata: не огородилъ и не освѣтилъ канавы, вырытой близъ самаго входа и не устроилъ перехода въ Отель. Вина его болѣе тяжела и въ ней надо видѣть *преимущественную причину* наступившаго вреда. Потерпѣвшій неостороженъ тѣмъ, что спотыкнулся еще на лѣстницѣ и, скатившись внизъ, попалъ въ канаву. Възвѣшиваніе *причинной силы* взаимной вины сторонъ въ созданіи выросшаго вреда приводитъ къ такому распредѣленію убытковъ: $\frac{2}{3}$ убытка несетъ отвѣтчикъ, $\frac{1}{3}$ несетъ истецъ.

Тѣмъ случаямъ, когда отвѣтчикъ отвѣчаетъ по общему принципу изъ вины, и его отвѣтственность умѣряется виной же самого потерпѣвшаго, соотвѣтствуютъ тѣ случаи, когда отвѣтственность отвѣтчика основана на *принципѣ угроженія* [«Gefährdungsprinzip»]. Въ послѣднемъ случаѣ отвѣтственность его должна быть умѣрена на основаніи тождественнаго принципа: «Selbstgefährdung des Beschädigten» ¹⁾.

Напр. отвѣтчикъ, какъ держатель животнаго—привлеченъ къ отвѣту за дѣйствія его животнаго, причинившаго убытокъ истцу (§ 833 B. G. B.). Но истецъ—самъ держатель животнаго, и получаетъ вредъ не непосредственно отъ чужого животнаго, а отъ своего животнаго; движеніе котораго было опредѣлено поведеніемъ животнаго отвѣтчика. Въ такомъ случаѣ мы имѣемъ «самоугроженіе» потерпѣвшаго, въ его свойствѣ держателя животнаго. И этотъ моментъ долженъ вліять на отвѣтственность его противника—держателя животнаго, отвѣчающаго, въ свою очередь, на основаніи принципа угроженія.

Однако, возраженіе отвѣтчика, что истецъ, какъ держатель животнаго, долженъ нести часть убытковъ, должно быть

¹⁾ Рейхсгерихтъ такъ оправдываетъ эту конструкцію. „Законодательная мысль: принципы „конкурирующей вины“ должны быть примѣнены и въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтственность основана не на винѣ (§ 833, § 1 R. N. (r.), должна привести къ признанію, что и установленная въ законѣ *объективная отвѣтственность* потерпѣвшаго должна быть принята въ соображеніе при примѣненіи § 254“. Ср. R. G. I. W. 37, 40; Bd. 67, 120.

отброшено, если ответчикъ опредѣлилъ поведеніе животнаго истца виновнымъ образомъ ¹⁾).

Это построение очевидно заимствовано Рейхсгерихтомъ съ нѣкоторыми модификаціями у *Krückmann'a* ²⁾. Изложенію его теоріи ³⁾ и общей критикѣ ея мы посвятили нѣсколько страницъ въ т. I [стр. 53—58]. Болѣе обстоятельный критическій анализъ сюда относящихся рѣшеній Рейхсгерихта читатель найдетъ ниже въ § 8.

Вышеизложенное показываетъ намъ, что неразрѣшенный въ теоріи споръ—является ли рѣшающимъ моментомъ *виновность* или моментъ *причиненія*, или же рядомъ съ взвѣшиваніемъ взаимнаго *причиненія* надо соображаться со степенью взаимной *вины*,—судебной практикой разрѣшенъ совершенно самостоятельно. Рейхсгерихтъ считается принципиально съ моментомъ виновности, но не какъ съ самостоятельнымъ принципомъ, а какъ со средствомъ для опредѣленія степени *причиненія*, при чемъ взвѣшиваніе взаимной виновной каузальности ведетъ не къ исключенію ответственности, а—къ распредѣленію убытка, т. е. ограниченію объема ответственности, каковая ответственность можетъ быть сведена до нуля, если каузальность поведенія делинквента оттѣсняется каузальностью поведенія потерпѣвшаго совершенно на задній планъ.

Такимъ образомъ, Рейхсгерихтъ «преимущественно при-

¹⁾ R. G. 22 März 1909, I. W. 1909 № 10, стр. 277. Ответчикъ нагналъ истцу, ѣхавшую въ одноколѣ, и испугалъ шумомъ своей мотоциклетки лошадь истца. Во всѣхъ инстанціяхъ истца выигрываетъ искъ (претензія въ 5000 марокъ). Рейхсгерихтъ здѣсь привлекаетъ идею § 840 III B. G. B.

²⁾ *Krückmann*, о. с. Iher. Jahrb. 1908, стр. 131 даетъ такое опредѣленіе: „Selbstgefährdung ist Uebernahme der besonderen Gefahr, in die sich der Beschädigte hineinbegibt zum Unterschiede von allen übrigen Menschen“. Впрочемъ, опредѣленіе нмъ понятія „Gefährdung“ не совсемъ ясно. „Gefährdung ist nur ein Wort, Verursachung die Sache“. (*Krückmann*, Iher. Jahrb. 56 стр. 286). „Die Grundlage für jegliche Verschuldensaufrechnung ist in Wirklichkeit die Verursachung“ (*Krückmann* Iher. Jahrb. Bd. 54, стр. 130; Bd. 52, стр. 428).

³⁾ Ср. *eme Herbert Meyer*, Publizitätsprinzip im Deutschen Bürg. Recht. (1909), стр. 89 сл.

чинять» понимаетъ, какъ «причиненъ черезъ преимущественную вину». Въ преимущественной винѣ онъ видитъ преимущественную причину.

Никакіе другіе моменты,—какъ то степень имущественной состоятельности, социальное положеніе сторонъ и т. п. неизвѣстны нѣмецкой юриспруденціи.

Справедливы ли и правильны ли теоретически основныя понятія, отъ которыхъ исходитъ Рейхсгерихтъ, вѣрны ли съ точки зрѣнія толкованія положительнаго закона его выводы?—отвѣтить на эти вопросы мы постараемся ниже въ § 9.

§ 7. Вліяніе вины потерпѣвшаго на притязанія третьихъ лицъ.

Ст. 254 въ обоихъ своихъ абзацахъ говоритъ лишь о «той или другой сторонѣ»; подъ этими словами законъ разумѣетъ непосредственныхъ соучастниковъ въ созданіи вреда. Однако, не подлежитъ никакому спору, что принципъ, выраженный въ ст. 254, долженъ быть обобщенъ въ томъ смыслѣ, что и невиновный истецъ долженъ терпѣть умаленіе своихъ притязаній при наличности условій, предусмотрѣнныхъ ст. 254, и въ томъ случаѣ, когда онъ является лишь посредственно потерпѣвшимъ, содѣйствіе же наступленію вреда исходило отъ вины непосредственно пострадавшаго. Что бы устранить всякое сомнѣніе ¹⁾, законодатель нашелъ, однако, болѣе осторожнымъ включить это правило въ само уложение. Ст. 846 гласитъ: *«Если въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 844 и 845, наступленію вреда, понесеннаго третьимъ лицомъ, способствовала вина потерпѣвшаго, то на притязаніе третьяго лица распространяются правила ст. 254»*.

¹⁾ *Motiv.* II, стр. 24 хотѣли предоставить этотъ вопросъ науцѣ и практикѣ, однако, *Protok.* II. nr. 157, стр. 639—640 указываютъ на то, что, хотя въ сущности ст. 846 и излишня, но она принимается „Vorsichtshalber“.

Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что подъ «виной потерпѣвшаго» здѣсь разумѣется самовина въ смыслѣ ст. 254 ¹⁾).

Это правило не можетъ вызвать никакихъ новыхъ недоумѣній. Въ самомъ дѣлѣ, въ ст. 846 мѣняется только личность истца. Истецъ проситъ не какъ непосредственно пострадавшій, и не какъ *представитель* непосредственно потерпѣвшаго, а въ силу *собственной права*.

Эти три позиціи отождествлены съ точки зрѣнія вызываемаго ими правового эффекта, такъ какъ они объединяются одной общей идеей: законодатель центръ тяжести кладетъ не въ интересъ того или другого потерпѣвшаго, обсуждаемаго въ моментъ предъявленія иска;—онъ возвращается къ моменту учиненія первоначальнаго вредоноснаго событія, чтобы изслѣдовать,—какія силы создали это событіе.

Съ точки зрѣнія этой конструкціи, третье лицо, ищущее въ силу своего права, должно терпѣть *возраженіе самовины* въ томъ же объемѣ, въ какомъ подлежалъ бы этому *возраженію* и непосредственно виновный пострадавшій ²⁾).

§ 8. Отвѣтственность держателя животного за вредъ, причиненный животнымъ.

Ст. 833 В. Г. В. постановляетъ: «если животное лишить жизни человѣка, или причинитъ ему тѣлесное поврежденіе или разстройство здоровья, или повредить какую либо вещь, то лицо, которое держитъ животное, обязано возмѣстить потерпѣвшему причиненный этимъ ущербъ.

Обязанность возмѣщенія не наступаетъ, если убытокъ причиненъ домашнимъ животнымъ, которое назначено служить держателю

¹⁾ Weyl. System. 303.

²⁾ R. G. 18 Dec. 1905, Recht, 1905, 240

животнаго въ его промыслѣ, промышленной дѣятельности или пропитаніи при условіи, что или держатель животнаго при надзорѣ за животнымъ соблюлъ требуемую въ оборотѣ заботливость, или убытокъ возникъ бы и при примѣненіи этой заботливости».

Матеріалы молчатъ объ основаніи столь необычно тяжелой отвѣтственности. Но едва-ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что ст. 833 есть выраженіе «Gefährdungsprinzip»: тотъ отвѣчаетъ за вредъ, кто владѣетъ опаснымъ объектомъ въ своемъ интересѣ, къ своей пользѣ и своему удовольствію. Отвѣтственность, такимъ образомъ, базируется не на идеѣ голаго причиненія, а на идеѣ *держанія* опасной вещи.

Абзацъ II ст. 833 былъ созданъ закономъ 30 мая 1908 года. Онъ смягчаетъ отвѣтственность держателей полезныхъ въ хозяйствѣ животныхъ: такой держатель можетъ экскульпировать себя ссылкой на свою *невинность*. Прочіе держатели такой льготой не пользуются: они отвѣчаютъ *безусловно* за всякій вредъ, причиненный ихъ животнымъ.

Эта отвѣтственность не исключается тѣмъ, что движеніе животнаго было не единственной причиной вреда. Въ самомъ дѣлѣ, ст. 833 не говорятъ, что поврежденіе должно быть причинено исключительно животнымъ. Наоборотъ, примѣненіе въ области ст. 833 статьи 254 ¹⁾, положительно признающей общую допустимость множества причинъ одного и того же поврежденія, указываетъ на то, что держатель животнаго долженъ отвѣчать, согласно ст. 833 и тогда, когда животное было лишь одной изъ причинъ поврежденія.

Хотя основой отвѣтственности изъ ст. 833 является человеческое дѣяніе—держаніе животнаго,—однако условіемъ

¹⁾ Вопросъ о примѣненіи ст. 254 къ ст. 833 не вызываетъ никакихъ недоразумѣній ни въ литературѣ, ни въ практикѣ. И редакция ст. 254 и мѣсто ея въ системѣ В. Г. В. и ея исторія разрѣшаютъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ.

ответственности законъ выставляетъ *поведеніе* самого животного, которое должно быть *причиной* созданнаго вреда.

Что бы считать животное за причину вреда надо на-личность *произвольнаго движенія* [willkürliche Handlung] животного ¹⁾. Когда это имѣетъ мѣсто можно опредѣлить съ негативной точки зрѣнія: если животное проявило свою силу подѣ влияніемъ внѣшнихъ воздѣйствій, то вредъ не можетъ быть признанъ причиненнымъ животнымъ.

Конечно, не всякое внѣшнее возбужденіе, которое вызываетъ то или другое движеніе животного, способно исключить его каузальность. Надо найти извѣстное ограниченіе и опредѣлить степень этого воздѣйствія ²⁾, что бы имѣть возможность судить о томъ, можетъ ли считаться данное лицо пострадавшимъ въ правовомъ смыслѣ черезъ данное животное.

На этотъ вопросъ Рейхсгерихтъ даетъ такой отвѣтъ: «не можетъ быть рѣчи о произвольномъ актѣ животного, если какое либо внѣшнее событіе воздѣйствуетъ на тѣло или на психику животного съ такой силой, которой животное данной породы по физиологическимъ законамъ не можетъ противостоять» ³⁾.

Въ другомъ рѣшеніи ⁴⁾ Рейхсгерихтъ выражается такъ: «если одно животное воздѣйствовало на другое животное съ механической или непреодолимой психической силой, то мы должны исключить изъ каузальной серіи поведеніе второго

¹⁾ R. G. 20 Febr. 1902, Bd. 50, 222; 6 Febr. 1902, Bd. 50, 180; 26 Febr. 1903, Bd. 54, 74, O. L. G. 23 Mai 1906, Zeit. f. Fr. Civil. R. 38 (1907), N. 5.

²⁾ Schmöller, o. c. 15.

³⁾ R. G. 26 Febr. 1903, Bd. 54, стр. 73 сл.; R. G. 5 Nov. 1908, Zeit. f. R. Bayern. 1909, 50: „§ 833 не применима, если животное даетъ ударъ копытомъ подѣ невыносимомъ воздѣйствіемъ на его тѣло оператора. Въ правовомъ смыслѣ потерпѣвшій не можетъ считаться пораженнымъ черезъ животное“. 5 Nov. 1908, Bd. 69, 400. R. G. 13 März 1908, Warneyer, I, № 476. Наоборотъ испугъ лошадей при видѣ вагоновъ и локомотива громающаго цѣпами не считается за „übermächtige Gewalt“. Вообще испугъ и скачекъ въ сторону считается за произвольное движеніе животного. Ср. 4 Juni. 9 Juli 1908, Warneyer, I, № 582, № 636.

⁴⁾ R. G. 5 März 1906. Gruch. B. 50, 973.

животного»... «Лишь если воздействие на инстинкт другого животного достаточно сильно, что бы вызывать по обычному течению вещей и по природе данного рода животного съ известным вѣроятіемъ определенное поведеніе послѣдняго, можетъ быть рѣчь о томъ, что вредоносный результатъ созданъ черезъ первоначально активно дѣйствующее животное».

Если, напр. кто либо науськиваетъ вполне смирную собаку столь долго, пока она не набрасывается на чужого человѣка или животное, то собака является здѣсь просто орудіемъ лица. Если же собака по своей природѣ—кусака и считаетъ самое невинное движеніе хозяина за науськиваніе на человѣка или животное и набрасывается на нихъ, она—причина наступившаго вреда ¹⁾.

Однако, Рейхсгерихтъ расширяетъ свое понятіе «непреодолимаго воздействия», и уже съ первыхъ годовъ дѣйствія В. Г. В. подводитъ подъ это понятіе всякое движеніе животного, не обязанное его инициативѣ.

Если, напр. животное повиновалось лишь приказанію хозяина или возжѣ кучера,—надо разсматривать животное лишь какъ *орудіе* (Werkzeug) въ рукахъ человѣка, *причиной* же возникшаго вреда—самого человѣка, неосторожно правившаго животнымъ ²⁾.

Такимъ образомъ, примѣненіе ст. 833 В. Г. В. обусловлено тѣмъ, что причиной вреда является движеніе животного; животное же можетъ разсматриваться, какъ *причина*

¹⁾ K. Niemeyer. Die Haftung für Tierschaden. (Leipzig. 1904), стр. 68.

²⁾ R. G. 13 März 1908, *Warneyer*, I, № 476: „Нѣтъ самостоятельнаго, произвольнаго движенія животнаго, если вѣдоку не удастся остановить или повернуть на полномъ галопѣ лошадь передъ внезапно появившейся кучей людей“.—Contra: O. L. G. Naumburg. 7 июня 1901, *Seuf. A.* 56, № 223. Женщина была раздавлена omnibusомъ; лошадьми правилъ не самъ хозяинъ, а его рабочий. Хотя лошади слушались исключительно рукъ кучера, судъ усмотрѣлъ здѣсь наличность настоящаго „Tierschaden“ и присудилъ хозяину къ платежу убытковъ, на томъ основаніи, „что важна дѣятельность животнаго, чему бы она обязана ни была—собственному побужденію или побужденію извнѣ“.

вреда лишь при томъ условіи, что оно проявило собственную инициативу при совершеніи даннаго движенія. Конечно, это движеніе можетъ быть обязано воздѣйствію извнѣ, но разъ это воздѣйствіе не таково, что животное данной породы не можетъ не реагировать на него, то причиненіе вреда будетъ лежать въ дѣйстви животнаго.

Такъ, было рѣшено: *R. G., Bd. 61, ст. 316*: Истецъ подскользнулся на деревянной лѣстницѣ и скатился внизъ. Передъ лѣстницей стояла повозка отвѣтчика. Истецъ упалъ подъ переднія колеса экипажа подъ заднія ноги лошадей. Эти встали на дыбы и сломали ему нѣсколько реберъ. Здѣсь—произвольное движеніе животныхъ, ибо они 1) не слѣдовали возжѣ кучера и 2) не двинулись подъ вліяніемъ непреодолимаго принужденія; разъ ни того, ни другого нѣтъ, мы имѣемъ произвольное самостоятельное движеніе животныхъ.

Таковы—основныя положенія, въ которыхъ могутъ быть выражены общія условія отвѣтственности держателя животнаго за вредъ, причиненный самъ животнымъ.

На установленіе этой отвѣтственности, равно какъ и на размѣръ ея вліяетъ изъ постороннихъ силъ лишь ¹⁾ одно обстоятельство: *собственная вина потерпевшаго*.

Тамъ, гдѣ вина пострадавшаго—*исключительная* причина поврежденія, уже по общимъ принципамъ о причинной связи не можетъ быть рѣчи объ отвѣтственности держателя животнаго ²⁾.

На эту *исключительность* причины указываетъ та обстановка событія, въ которой отвѣтчикъ, не только не виновенъ въ совершившемся, но—даже болѣе—принялъ всѣ мѣры къ тому, что бы обезвредить опасныя свойства животнаго ³⁾.

¹⁾ *Mugdan*, стр. 1125.

²⁾ *Materialien zu dem Gesetz vom 30 Mai 1908 (Leipzig. 1908)*, стр. 13.

³⁾ Въ данномъ случаѣ держатель животнаго не отвѣчаетъ не потому, что онъ не виновенъ (это и не важно!),—и не съ этой точки зрѣнія и осуждается его поведеніе!—а потому, что его поведеніе указываетъ, что исключительной причиной несчастія является собственная неосторожность потерпевшаго.

На такой случай было указано въ пленарномъ засѣданіи Рейхстага: кто либо, несмотря на плакату, вывѣшенную у калитки двора: «остерегайтесь собакъ!», «безъ звонка не входить!» и т. п.. самовольно входить во дворъ, и здѣсь укусанъ собакой ¹⁾).

Судебная практика въ этихъ случаяхъ отрицаетъ отвѣтственность держателя животного, оправдывая свои рѣшенія тѣмъ, что на сторонѣ потерпѣвшаго *преимущественная и грубая вина* ²⁾).

Но это исключеніе отвѣтственности не имѣетъ мѣста безусловно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда несчастіе не было возможно безъ виновнаго поведенія потерпѣвшаго. Принятіе въ соображеніе «всѣхъ обстоятельствъ» указываетъ на то, что, при примѣненіи ст. 254, часть убытка, даже при винѣ истца, должна быть отнесена къ *опасности животного* ³⁾).

Поэтому, если на сторонѣ держателя животного *нѣтъ* вины, вина на сторонѣ пострадавшаго имѣетъ значеніе момента, въ принципѣ способнаго лишь *понизить* и эвентуально свести къ нулю отвѣтственность делинквента; при этомъ *мѣра вины* на сторонѣ истца имѣетъ значеніе для опредѣленія размѣра отвѣтственности держателя животного ⁴⁾).

Такъ, было рѣшено: *R. G. Bd. 51, стр. 275*: 15-ти лѣтній сынъ истца приблизился къ лошади сзади съ охапкой сѣна. Лошадь брыкнула и ранила его. Искъ его не исключенъ цѣликомъ, но степень его неосторожности была принята во вниманіе для умѣренія отвѣтственности держателя животного.

¹⁾ *Mugdan*, стр. 1403 сл.

²⁾ I. W. 35 (1906) стр. 3497; R. G. 23 April 1906, IV, 527/05; 27 Sept. 1906, IV, 68/06.

³⁾ R. G. 11 April 1906 I. W. 1906/35, стр. 350, 13 Juli 1904 Bd. 58, стр. 410.

⁴⁾ R. G. 5 Mai 1902, Bd. 51, стр. 275 сл.; 26 Januar 1903, Gruch. B. 47, стр. 405. 21 Nov. 1907, Bd. 67, 120; 20 Febr. 1908, I. W. 08. 235; 24 Sept. 1903, I. W. 03/32, стр. 143; 12 Nov. 1906 eod., стр. 808—809.

R. G. 11 Oct. 1906, I. W. 1906/35, стр. 739—740. Истецъ прошелъ близъ морды лошади, которая вскинула головой и ранила его въ голову. Искъ отвергнуть въ большей его части.

«Потерпѣвшій безъ нужды проходилъ мимо чужой лошади такъ близко, что онъ подвергъ себя опасности движенья лошади. Хотя его вина не является настолько преимущественной (überwiegend) при созданіи несчастія, что тѣмъ самымъ всякое притязаніе на возмѣщеніе убытковъ устранимо, однако, его неосторожность настолько груба, что несчастіе главнымъ образомъ должно быть отнесено къ ней».

Если потерпѣвшій терпитъ увѣчіе отъ своего же животнаго, напуганнаго чужимъ животнымъ, то держатель этого послѣдняго животнаго отвѣчаетъ лишь въ извѣстной части: убытокъ долженъ быть распредѣленъ *въ отношеніи содѣйствія обоихъ животныхъ*.

При этомъ, судебная практика обосновываетъ этотъ «зачетъ взаимныхъ каузальностей» или примѣненіемъ по аналогіи ст. 840 В. Г. В. [въ силу этой статьи п. III «если, наряду съ лицомъ, обязаннымъ возмѣстить вредъ, на основаніи ст. 833—838, за этотъ вредъ отвѣчаетъ еще третье лицо, то, въ отношеніи ихъ другъ къ другу, признается отвѣтственнымъ только то третье лицо»] ¹⁾ или идеей *отвѣтственности* потерпѣваго за дѣйствія своего животнаго [ср. теорію «doppelte Gefährdung»] ²⁾ или, наконецъ, фикціей *вины* потерпѣваго, какъ держателя животнаго ³⁾.

Такъ, было рѣшено:

O. L. G. Hamburg, 22 Mai 1906. Истица мирно

¹⁾ Bd. 58, 335; 62. 145; Eis. E. XXIV, 61; см. въ обобщенности R. G. 21 Nov. 1907. Bd. 67, 120.

²⁾ O. L. G. Hamburg 22 Mai 1906, *Mugdan*, Die Rechtspr. O. L. G. XIV, 1907, стр. 45.

³⁾ R. G. 21 Nov. 1907, Bd. 67, 120 «вина потерпѣваго въ смыслѣ ст. 254 I можетъ быть усмотрѣна въ томъ, что онъ является *держателемъ животнаго, содѣйствовавшаго возникновенію убытка*».

доила коровъ въ закурѣ, какъ вдругъ кошка, принадлежащая истцу, преслѣдуемая собакой отвѣтника, влетаетъ въ коровникъ подъ ноги коровамъ. Это вызвало испугъ коровъ; та, которая доилась, брыкнула и нанесла поврежденіе истцу. Искъ предъявленъ къ держателю собаки.

О. Л. Г. призналъ причинную связь между поврежденіемъ и движеніемъ, исходящимъ отъ трехъ животныхъ.

Испугъ коровы объясняется шорохомъ вбѣжавшей кошки, а поведеніе кошки объясняется поведеніемъ собаки. Поведеніе каждого животного образуетъ особую причину, совокупность этихъ причинъ и вызвало вмѣстѣ поврежденіе. Отвѣтственность должна быть разложена по количеству участвовавшихъ животныхъ. Если бы всѣ три животныхъ принадлежали разнымъ лицамъ, то отвѣтникъ безъ сомнѣнія несъ бы лишь $\frac{1}{3}$ убытка. Тоже должно быть и въ данномъ случаѣ. «Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что и въ лицѣ истца, который является держателемъ коровы и кошки, совпадаютъ условія отвѣтственности изъ § 833»... «Такъ какъ истецъ является держателемъ двухъ, а отвѣтникъ—одного изъ нанесшихъ вредъ животнымъ, то истецъ долженъ возмѣстить $\frac{2}{3}$, а отвѣтникъ— $\frac{1}{3}$ убытка».

R. G. 5 März 1906. Gruch. Beitr. 50, стр. 973.

25 февраля 1904 г. истецъ велъ корову по дорогѣ въ Бютлингъ. Передъ домомъ отвѣтника онъ остановился и вступилъ съ нимъ въ разговоръ. Въ это время изъ сада выскакиваетъ большая собака отвѣтника и бросается на корову. До этого момента спокойно стоящая корова въ испугъ бросается въ сторону. Истецъ держитъ ее за веревку, падаетъ, тащится коровой и получаетъ увѣчье. Собака нѣкоторое время преслѣдуетъ корову. Истецъ требуетъ отъ отвѣтника возмѣщенія убытковъ.

Рейхсгерихтъ присудилъ часть убытковъ, при чемъ рассуждалъ такъ: недостаточно принять каузальное поведеніе перваго животного и тогда, когда оно дало второму живот-

ному лишь *поводъ* или *побужденіе* къ такому произвольному движенію, которое является непосредственно вредоноснымъ. Въ данномъ случаѣ фактическія обстоятельства дѣла указываютъ на то, что поведеніе, какъ собаки, такъ и коровы *каузально* для увѣчія истца, а потому надо обсудить—не примѣнимы ли здѣсь по аналогіи ст. 840 и ст. 426 В. Г. В. [солидарная отвѣтственность содолжниковъ], и т. к. истецъ изувѣченъ своимъ животнымъ, присудить лишь часть убытковъ.

Но, кромѣ того, мы должны примѣнить здѣсь ст. 254 В. Г. В. Разумный человѣкъ попытался бы удержать корову за веревку, но при неуспѣхѣ онъ выпустилъ бы ее на свободу, такъ какъ изъ обстоятельствъ дѣла явствуетъ, что корова свернула на полевую дорогу, гдѣ она не была опасна для прохожихъ и легко могла быть поймана. Въ поведеніи истца (онъ держался за веревку послѣ того, какъ упалъ) мы должны видѣть собственную содѣйствующую его вину.

R. G. I. W. 37. 40 [ср. *R. G. 21 Nov. 1907, Bd. 67, 120*].

Собака отвѣтника съ лаемъ бросается на лошадь проѣзжавшаго мимо двора отвѣтника истца, лошадь понесла и причинила искомый убытокъ. Истецъ, проѣзжая на своей лошади мимо двора отвѣтника «*gefährdete sich selber durch Benutzung seines eigenen Pferdes*»; но, кромѣ того, и хозяинъ собаки «*gefährdet ihn durch seinen Hund*». Поэтому, здѣсь—«*doppelte Gefährdung*» черезъ обоихъ животныхъ, а отсюда—дѣленіе убытка пополамъ между сторонами.

Однако, этотъ принципъ [«*doppelte Gefährdung*»] не имѣетъ мѣста, если или истецъ или отвѣтникъ *виновнымъ* образомъ причинилъ (односторонне) убытокъ. Въ этихъ случаяхъ вся отвѣтственность цѣликомъ падаетъ на *виновную* сторону.

O. L. G. IX, 44: *A*, обгоняетъ повозку *B*. Лошадь *B* **брыкается** на лошадь *A*; эта пугается, понесла и причинила

вредъ. Искъ *A* не уваженъ. О. L. G. напелъ вину *A* въ томъ, что онъ хотѣлъ обогнать *B.*, хотя замѣтилъ безпокойство лошади *B.*, а своихъ лошадей онъ не держалъ крѣпко.

R. G. 22 März. 1909. Eis. E. XXVI (1910), стр. 157. Отвѣтчикъ былъ присужденъ къ полному возмѣщенію убытковъ, потому что онъ на мотоциклетѣ, не умѣрая хода и безъ сигналовъ приблизился сзади къ повозкѣ истицы. Лошадь испугалась, понесла и истица, упавъ на землю, получила увѣчье. Отвѣтчикъ виновнымъ образомъ вызвалъ испугъ лошади. Здѣсь умѣстно примѣнить § 840, III B. G. B., въ которомъ говорится, что если рядомъ съ лицомъ, отвѣчающимъ по § 833, можетъ быть привлечено еще къ отвѣтѣ и третье лицо, то въ ихъ внутреннихъ отношеніяхъ другъ къ другу единственно обязаннымъ является это третье лицо.. Такъ какъ здѣсь на одной сторонѣ—«*Gefährdungshaftung*», а на другой сторонѣ—вина, то авторъ вины, въ силу выраженного принципа и долженъ нести одинъ весь убытокъ.

§ 9. Критика нѣмецкой юриспруденціи по вопросамъ, входящимъ въ составъ ученія о зачетѣ вины.

I.

Несостоятельность ученія Рейхсгерихта о деликтоспособности. Въ т. I, ч. II, гл. I, § 3 мы доказали, что и съ теоретической точки зрѣнія и съ точки зрѣнія германскаго положительнаго законодательства, субъективное содержаніе понятія вины ис-

черпывается наличностью «естественной волееспособности» (свободной инициативы дѣйствія) лица; всѣ же дальнѣйшія предположенія свободы воли и зрѣлости разума, установленныя положительнымъ закономъ, какъ условія гр. отвѣтственности, не имѣютъ ничего общаго съ понятіемъ вины, а вхо-

дять въ содержаніе самостоятельнаго понятія *деликтоспособности* ¹⁾).

Если понятіе *вины* мы должны обсуждать независимо отъ тѣхъ или другихъ вызываемыхъ ею правовыхъ послѣдствій, то и акты *небреженія* и *умысла* мы должны толковать независимо отъ всякой идеи отвѣтственности.

На прямо противоположную точку зрѣнія становится нѣмецкая юриспруденція.

Понятіе *вины*—единое для делинквента и потерпѣвшаго—охватываетъ, по ученію Рейхсгерихта, и условія *деликтоспособности*; деликтоспособность предполагаетъ въ делинквентѣ разумѣніе, *необходимое для сознанія своей отвѣтственности*, а въ потерпѣвшемъ—разумѣніе, *необходимое для познанія опасности*, которой подвергаетъ себя малолѣтній своимъ дѣяніемъ (оба эти психологическія состоянія—де—тождественны!). Въ новѣйшей же практикѣ, Рейхсгерихтъ, какъ мы видѣли, идетъ еще дальше, и привлекаетъ юность потерпѣвшаго не только для разрѣшенія въ ту или другую сторону вопроса о наличности *вмѣняемости*, но и для установленія *степени* этой вмѣняемости и для соизмѣренія съ ней отвѣтственности потерпѣвшаго.

Несостоятельность смѣшенія понятій «вины» и «вмѣняемости» доказана нами въ т. I. ч. II, гл. I, § 3.

Посмотримъ теперь—насколько состоятельно утверждаемое Рейхсгерихтомъ тождество понятій: *сознанія отвѣтственности* и *сознанія опасности*.

Здѣсь мы наталкиваемся на характерное явленіе. Самъ Рейхсгерихтъ, обсуждая тотъ же вопросъ, примѣнительно къ отвѣтственности делинквента, не исчерпываетъ сознанія *отвѣтственности* сознаніемъ *опасности* дѣянія.

R. G. 5 Dec. 1902. I. W. 1903/3 {Beil. стр. 25}: Ср. R. G.

¹⁾ См. т. I стр. 310—315 (съ теоретической точки зрѣнія) и стр. 315—323 (съ точки зрѣнія В. Г. В.).

3 Febr. 1902, Ent. 1903, стр. 30]: „Познаніе ответственности не исчерпывается ни сознаниєм неправды, т. е. несправомѣрности вторженія въ чужую правовую сферу, ни сознаниємъ опаснаго свойства дѣянія; оно предполагаетъ, кромѣ того, пониманіе обязанности отвѣчать за послѣдствія дѣянія“.

Итакъ, разъ дѣло идетъ объ ответственности делинквента за вредъ, причиненный третьему лицу, Рейхсгерихтъ самъ различаетъ субъективные моменты, необходимые для сознанія ответственности и сознанія фактическаго значенія акта. Но разъ это такъ, то отождествлять эти моменты, въ видѣ принципа, разъ дѣло идетъ объ ответственности *потерпѣвшаго*, вполне произвольно и непоследовательно! Наконецъ, изъ того, что эти моменты совпадаютъ, вовсе не слѣдуетъ, что ст. 827 примѣнима въ ст. 254. Между первымъ и вторымъ утвержденіемъ нѣтъ никакого моста, соединяющаго оба положенія логической связью! Непоследователенъ Рейхсгерихтъ и въ другомъ отношеніи. Съ одной стороны, онъ настойчиво проводитъ ту идею, что виновный потерпѣвшій—такой же *делинквентъ* передъ его противникомъ—отвѣтчикомъ, какъ этотъ послѣдній передъ нимъ: этой идеей и оправдывается тотъ выводъ, что поведеніе потерпѣвшаго съ объективной и субъективной точекъ зрѣнія должно обсуждаться такъ же, какъ и поведеніе лица, ответственнаго за убытки.

Но, съ другой стороны, Рейхсгерихтъ, въ противорѣчіе съ своей же конструкціей, допускаетъ вліяніе на *степень вины* потерпѣвшаго такихъ моментовъ, которые явно неприемлемы при сужденіи о *размѣрѣ ответственности делинквента*: именно, большую или меньшую степень зрѣлость дѣятеля. Ст. 827—828 В. Г. В. даютъ матеріалъ для сужденія о томъ—есть ли *или* нѣтъ вмѣненіе, но онѣ не даютъ мѣста установленію *пониженнаго* вмѣненія. Если бы приведенныя выше разсужденія Рейхсгерихта были правильны, то они должны были примѣвены, не только при *самовинѣ*

(§ 254), но и при *винъ* (§ 823). Но законъ не даетъ ни малѣйшей опоры для соизмѣренія отвѣтственности степенью разумѣнія!

Несостоятельна и сама аргументація Рейхсгерихта для оправданія соизмѣренія виновности со степенью сознанія лица. Рейхсгерихтъ утверждаетъ, что масштаб § 276 B. G. B. (требуемая въ оборотѣ заботливость) есть нормальная мѣра для «*ordentlicher Mensch*», а потому—де—этотъ масштаб не примѣнимъ къ дѣтямъ, которыя [это вытекаетъ изъ разсужденій R. G.'а!] не являются «*ordentliche Menschen*»!

Не говоря уже о бросающейся въ глаза нелогичности такого разсужденія ¹⁾, мы должны обратить вниманіе на то, что по ученію самого же Рейхсгерихта ²⁾, § 276 B. G. B. дозволяетъ при установленіи требуемой заботливости **принимать** въ соображеніе различіе отдѣльныхъ группъ людей, но отнюдь не *индивидуальность* отдѣльнаго человѣка ³⁾.

¹⁾ R. G. 23 Mai 1908, Eis. E. XXV (1909), 167. Апелл. судъ высказалъ такую мысль: „отъ ребенка (9 л.) нельзя требовать ту же мѣру осторожности и заботливости, какъ и отъ взрослого человѣка“. Противъ этого выраженія возстаютъ Рейхсгерихтъ: „требуемая въ оборотѣ заботливость“ есть общая нормальная мѣра заботливости; „она не допускаетъ принятія въ соображеніе индивидуальности отдѣльнаго человѣка“. Но—продолжаетъ Рейхсгерихтъ—апел. судъ вѣрно сообразовался съ индивидуальными способностями ребенка при *взыскиваніи степени вины* истца противъ опасности промысла“. Какое туманъ!! Индивидуальныя отношенія не принимаются въ соображеніе при *опредѣленіи*, на основѣ § 276, *личности* вины, но могутъ быть приняты при *взыскиваніи* вины!!

²⁾ R. G. 11 Mai 1904, Gruch. B. 48, стр. 788.

³⁾ Въ этомъ отношеніи мы не можемъ согласиться съ R. G. I. W. 1905 № 45, Zif. 9. Малолѣтній, бѣгая въ сѣняхъ хаты, натолкнулся на утварь и получилъ увѣче. Рейхсгерихтъ упрекаетъ потерпѣвшаго въ томъ, что онъ поступилъ неосторожно. Въ сельскомъ быту принято выставлять предметы домашняго обихода (напр. сѣкору) въ сѣняхъ. Здѣсь, значитъ, Рейхсгерихтъ все основываетъ на *житейскомъ опытѣ*. Съ этой точки зрѣнія нелогично требовать „*Delictsfähigkeit*“, въ смыслѣ §§ 827—828 B. G. B.! Надо было бы вообще требовать общую зрѣлость, которая дается не одними только годами, но и воспитаніемъ лица въ соответствующей обстановкѣ и условіяхъ быта!

II.

Несогласованность въ построении вины потерпѣвшаго на базѣ доброй вѣры. Выше мы видѣли, что Рейхсгерихтъ погрѣшность противъ доброй вѣры видитъ въ томъ, что потерпѣвшій не велъ себя такъ, какъ велъ бы себя всякій разумный человекъ, если бы онъ не имѣлъ лица, обязаннаго къ возмещенію убытковъ.

Намъ кажется, что усиленное подчеркиваніе доброй вѣры, какъ основы правовой обязанности потерпѣвшаго, несовмѣстимо съ крайнимъ объективированіемъ масштаба самовины. Конечно, потерпѣвшій долженъ вести себя разумно, и не въ правѣ ссылаться на свойственную ему небрежность и халатность въ своихъ собственныхъ дѣлахъ.

Но, съ другой стороны, неоспоримо, что требованіямъ доброй вѣры не отвѣчаетъ строго объективный масштаб Рейхсгерихта. Въ самомъ дѣлѣ, «добрая вѣра» не повелѣваетъ, что бы потерпѣвшій въ чужихъ интересахъ дѣйствовалъ болѣе рачительно, чѣмъ онъ дѣйствуетъ обычно въ своихъ интересахъ. Поэтому, болѣе согласно съ справедливостью класть въ основу нашего сужденія субъективный масштабъ и лишь то объявлять правовой обязанностью, что самъ потерпѣвшій разумно сдѣлалъ бы при другихъ обстоятельствахъ ¹⁾.

¹⁾ Ср. въ этомъ смыслѣ: R. G. 24 März 1905, I. W. 1905/34. „Нельзя представить принципомъ, что надо считаться лишь съ тѣмъ, какъ поступилъ бы по господствующему воззрѣнію рачительный человекъ въ соображеніе ожидаемой выгоды и угрожаемой опасности, если бы ему предстояло самому нести убытокъ. Такъ какъ поведение потерпѣвшаго мы должны обсуждать съ т. з. доброй вѣры, то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надо взвѣсить всѣ обстоятельства, что бы рѣшить,—какія предупредительныя мѣры по справедливости можно вѣнчать потерпѣвшему. Тѣ расходы, на которые целесообразно пошелъ бы рачительный человекъ въ отвращеніе убытка, который ему пришлось бы самому нести, не могутъ быть ожидаемы, какъ общее правило, и отъ того, кто имѣетъ отвѣтчика, обязаннаго возмѣстить убытки, напр. дорого стоящие расходы“

Приведенный выше казусъ *R G. 2 Jan. 1905.* (стр. 201) лучше всего показываетъ къ какимъ несправедливымъ выводамъ приводитъ одностороннее подчеркиваніе «*требований оборота*»; намъ кажется, что не можетъ быть спора въ томъ, что несчастная г-жа Р. нисколько не погрѣшила противъ «доброй вѣры» своимъ поведеніемъ; примѣненіе *субъективнаго масштаба* не привело бы къ полному отказу въ искѣ неопытной путешественницы.

III.

**Критика кон-
струкціи зачета
вины, какъ за-
чета двухъ де-
ликторовъ.** Намъ кажется абсурднымъ конструировать «зачетъ вины» по принципу *зачета двухъ деликторовъ*. Рейхсгерихтъ, какъ мы видѣли выше, именно, такъ и смотритъ на это правоотношеніе: делинквентъ *отвѣчаетъ* передъ потерпѣвшимъ за правонарушеніе, потерпѣвшій *отвѣчаетъ* передъ делинквентомъ за упущеніе. Вставши на такую позицію, Рейхсгерихтъ послѣдовательно долженъ былъ разсматривать сквозь призму двухъ деликторовъ и тѣ случаи, когда потерпѣвшій страдаетъ непосредственно отъ какой либо части своей правовой сферы, но несчастіе вызвано чужой дѣятельностью.

Такъ и поступаетъ Рейхсгерихтъ въ случаяхъ законной отвѣтственности; см., напр. приведенное выше рѣшеніе Рейхсгерихта отъ 21 ноября 1907 года. Если вредъ непосредственно причиненъ потерпѣвшему его животнымъ, но это животное было побуждено къ этому движеніемъ чужого животного, то Рейхсгерихтъ усматриваетъ и здѣсь случай § 254: «истецъ, какъ держатель животного, *отвѣчаетъ* за извѣстную часть понесеннаго убытка по § 254 I B. G. B.».

Послѣднее рѣшеніе мы можемъ разсматривать, какъ лучшее средство опроверженія (*reductio ad absurdum*) самой конструкціи, выработанной Рейхсгерихтомъ.

Въ самомъ дѣлѣ, помимо того, что конструкція Рейхс-

герихта не соответствует общему смыслу закона ¹⁾, она покоится на соображенияхъ, идущихъ въ разрѣзъ съ установленными въ наукѣ права понятіями: понятіями активного вторженія въ чужую правовую сферу и страданія отъ этого вторженія. Лишь въ первомъ случаѣ можетъ идти рѣчь объ *ответственности*. Отвѣчаютъ не за существованіе вещи (зданія, ж. д.) или животного, а за причиненный этими предметами убытокъ третьему лицу.

Не трудно довести ad absurdum точку зрѣнія Рейхсгерихта. Предположимъ, что въ результатѣ правонарушенія терпитъ поврежденіе зданіе или какой нибудь предметъ изъ подвижного состава ж. дороги. Собственникъ зданія и ж. дороги отвѣчаетъ за несчастія, причиненныя обваломъ зданія или ж.-д. катастрофой. Но развѣ можно серьезно утверждать, что и въ этихъ случаяхъ отвѣтственность за убытокъ должна быть раздѣлена между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ, потому, де, что послѣдній отвѣчаетъ e lege за вредъ, причиненный разрушеніемъ зданія или ж. д. несчастіемъ? Эта точка зрѣнія ведетъ къ выставленію совсѣмъ новаго въ наукѣ права понятія—*ответственности* не передъ кѣмъ либо, а—за что либо, т. е. ведетъ къ непризнанію того основного въ наукѣ права принципа, что *ответственность* обусловлена наличностью третьяго страдательнаго субъекта.

IV.

Критика ограничительнаго толкованія ст. 278 въ ст. 254.

Рейхсгерихтъ ограничиваетъ силу § 278 кругомъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ абз. II ст. 254. Вопіющая несправедливость, къ которой приводитъ подобное толкованіе заставило нѣкоторые судебныя мѣста, какъ мы видѣли выше, привлечь на помощь идею § 831: потерпѣвшій (хозяинъ) отвѣчаетъ, если не безусловно (какъ по § 278), то, по крайней мѣрѣ,

¹⁾ См. ниже, стр. 252 сл.

поскольку не докажет свою невиновность *in inspiciendo*, *in eligendo* и т. п.

Эта конструкція не пользуется особымъ авторитетомъ ни въ юриспруденціи, ни въ доктринѣ, а потому мы ограничимся здѣсь парой словъ, чтобъ устранить ее *de plano* съ пути. На самомъ дѣлѣ, на сторонѣ «*bestellten Person*» можетъ лежать грубая вина или даже умыселъ, но хозяинъ («*Geschäftsherr*») — отвѣтчикъ предполагается [съ т. з. § 831] виновнымъ лишь въ плохомъ выборѣ или надзорѣ, но отнюдь не въ учиненіи того недозволеннаго дѣянія, которое учинено этимъ служащимъ ¹⁾.

Для квалификаціи виновности отвѣтственнаго хозяина по § 831, важна упречность *ei* воли, а не воли его представителя. Последній можетъ быть — *in dolo*, но это не означаетъ, что и хозяинъ — *in dolo*.

Примѣняя этотъ принципъ въ области § 254, мы находимъ, что представитель (помощникъ, слуга) потерпѣвшаго можетъ быть *in dolo*, но его *dolus*, съ точки зрѣнія § 831, не можетъ быть представленъ къ зачету противъ притязанія хозяина, даже виновнаго въ выборѣ прислуги! Несправедливость этого вывода показываетъ намъ съ убѣдительностью, что ст. 831 не способна дать всегда и безусловно справедливыя рѣшенія.

Самъ Рейхсгерихтъ не находитъ возможнымъ примѣнять § 831 въ области § 254. Но онъ идетъ дальше и вообще во всѣхъ случаяхъ примѣненія § 254 I не считается съ виной представителей потерпѣвшаго: ст. 278 ограничивается

¹⁾ См. R. G. 11 Juni 1909, Bd. 71, № 56. Истецъ привлекаетъ къ отвѣту хозяина за сознательно лживыя завѣренія посредника *F* въ томъ, что будто хозяинъ дано дозволеніе на рубку лѣса въ проданномъ участкѣ. Установлено, что *F* вообще не имѣлъ никакого полномочія къ дачѣ какихъ либо дѣловыхъ заявленій. На сторонѣ потерпѣвшаго — „*weitaus überwiegendes Verschulden*“, но онъ хочетъ, указывая на умыселъ *F*, вывести отвѣтственность отвѣтника — хозяина изъ § 831. — Его притязаніе не уважено: „хозяинъ не можетъ быть **разсматриваемъ**, какъ лицо, дѣйствовавшее съ умысломъ, если даже *F* дѣйствовалъ **умышленно**“.

имъ кругомъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ въ абз. II ст. 254.

Какъ мы видѣли, его аргументація сводится къ тому, что: во—1)-хъ, ст. 831 В. Г. В. здѣсь непримѣнима, такъ какъ она предусматриваетъ случай примѣненія вреда слугой *третьему лицу*, а не самому хозяину. Во—2)-хъ, если въ области статьи 254 можетъ идти рѣчь лишь объ ст. 278, то эта норма примѣнима лишь въ абз. II, а не въ абз. I, такъ какъ при примѣненіи ст. 278 къ потерпѣвшему мы установили бы неравенство между *делинквентомъ* [который въ правѣ по ст. 831 оспаривать презумпцію виновности] и *потерпѣвшимъ* [ст. 278 не допускаетъ этого оспариванія].

Съ первымъ положеніемъ мы согласны, хотя не можемъ не указать на то, что въ устахъ Рейхсгерихта этотъ аргументъ звучитъ фальшиво. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь, примѣняетъ же Рейхсгерихтъ §§ 827—828 къ § 254, не смущаясь тѣмъ, что эти нормы также предусматриваютъ вредъ, нанесенный третьимъ лицамъ!

Со вторымъ положеніемъ мы рѣшительно не согласны.

Право *делинквента* изъ ст. 831 (опровергать презумпцію вины) оправдывается практическими соображеніями: безусловная отвѣтственность за деликтныя дѣянія слугъ и помощниковъ отпугнула бы всякого отъ пользованія чужой силой.

Какъ *ответчикъ*, онъ можетъ защищаться отсутствіемъ своей личной небрежности въ созданіи деликтнаго дѣянія. *Истецъ* же, требующій возмѣщенія убытковъ, по всей справедливости долженъ терпѣть и возраженіе: твой искъ не обоснованъ, ибо ты или твои люди содѣйствовали возникновенію убытка; на свою неудачу въ выборѣ помощниковъ онъ не въ правѣ ссылаться! Вотъ почему, если законъ отказывается отъ общей безусловной отвѣтственности *dominus'a* за деликтное причиненіе убытковъ его помощникомъ (*Exculpationsbeweis*), то вполне обоснована *безусловная отвѣтственность* за помощниковъ (§ 278 В. Г. В.), если потерпѣвшій высту-

паетъ, какъ *кредиторъ* по требованію возмѣщенія убытковъ, которые сопричинены его помощниками.

Уже эти апріорныя соображенія заставляютъ насъ заподозрить правильность толкованія Рейхсгерихтомъ законодательныхъ текстовъ. Рѣшенія Рейхсгерихта шокируютъ насъ своею логическою непослѣдовательностью. Выходитъ такъ, что потерпѣвшій хозяинъ ни за кого не отвѣчаетъ и сохраняетъ свою претензію полностью, не смотря на быть можетъ вопіющую вину своего рабочего! ¹⁾ Если рабочий упустилъ отвратить возникшій вредъ [абз. 2, ст. 254], хозяинъ—потерпѣвшій отвѣчаетъ за него; если же рабочий сопричинилъ вредъ съ делинквентомъ—отвѣтчикомъ [абз. 1, ст. 254], потерпѣвшій не отвѣчаетъ за него! Но чѣмъ оправдывается такая различная трактовка случаевъ абз. 1 и абз. 2? Почему хозяинъ, помощники котораго сопричинили убытокъ, долженъ быть поставленъ лучше, чѣмъ хозяинъ, помощники котораго упустили исполнить соотвѣтствующія (абз. 2) обязанности? Въдѣ, *упущеніе* отвращенія вреда есть менѣе сильное оскорбленіе обязанности, чѣмъ *сопричиненіе* вреда. Въ правѣ ли мы навязывать законодателю такую непослѣдовательность въ предѣлахъ одной статьи?

Мы держимся того убѣжденія, что намѣреніе законодателя было—распространить полное и неограниченное дѣйствіе § 278 и на § 254 I. И это намѣреніе законодатель высказалъ опредѣленно, ссылаясь на «*соотвѣтствующее* примѣненіе ст. 278». Съ этой редакціей текста не посчитался Рейхсгерихтъ, а между тѣмъ въ ней лежитъ ключъ къ разрѣшенію всего спора.

¹⁾ См. напр. казусы, приведенные у *Prinzl*, I. W. 1909, № 7, стр. 179. Два автомобиля сталкиваются на перекресткѣ двухъ улицъ на полномъ ходу. Одинъ разбитъ вдребезги, другой—слегка поврежденъ. Вина—одинакова на сторонѣ того и другого шофера.—Можетъ ли собственникъ разбитаго автомобиля требовать отъ владѣльца другого автомобиля *полнаго* вознагражденія убытковъ?—Лакей г. А, несущій сзади пальто своего господина, дразнитъ собаку В. Собака повреждаетъ пальто. Можетъ ли А въ силу § 833 В. Г. В. **требовать отъ В** возмѣщенія убытковъ?

В. Г. В. употребляет выражение «entsprechende Anwendung» довольно часто въ слѣдующемъ смыслѣ: несмотря на наличность различныхъ *правовыхъ предположеній* въ двухъ нормахъ *правовыя послѣдствія* должны быть одни и тѣ же ¹⁾).

Каковы законныя предположенія ст. 278? Ст. 278 говоритъ о *должникѣ*, который *при исполненіи* своего обязательства *пользуется чужой помощью*. Такимъ образомъ, эта статья предполагаетъ: 1) наличность долгового отношенія между сторонами, 2) должникъ исполняетъ свои обязанности черезъ третьихъ лицъ, 3) вредоносное дѣяніе подпадаетъ въ кругъ дѣйствій по исполненію обязанности.

Эти законныя предположенія могутъ отсутствовать при примѣненіи ст. 254 ²⁾). Ст. 278 заключаетъ въ себѣ такую идею: тотъ, въ пользу котораго предпринимается какое-либо дѣйствіе—не самимъ обязаннымъ, а лицомъ, которымъ обязанный пользуется [*sich bedient*], не долженъ быть поставленъ хуже, чѣмъ если бы самъ обязанный предпринялъ исполненіе. Въ переносѣ на ст. 254 эта идея выражаетъ слѣдующее: обязанный къ возмѣщенію убытковъ не можетъ быть поставленъ хуже отъ того, что не самъ уполномоченный къ полученію вознагражденія, а то лицо, которымъ онъ себя замѣщаетъ, (*sich vertreten lässt*) сопричиняетъ убытокъ (положительными дѣяніями или упущеніемъ).

Это толкованіе отвѣчаетъ «общему смыслу законовъ» ³⁾). Если къ этой единственно правильной и справедливой кон-

¹⁾ I. Kahn, о. с. 254 и сл.

²⁾ Рейхсгерихтъ упускаетъ изъ виду, что въ его толкованіи (§ 278 примѣнимъ лишь при наличности „Verbindlichkeit“), ссылка на § 278 въ § 254 II В. Г. В. является совершенно излишней! Разъ стороны связаны *договорнымъ* отношеніемъ, § 278 должна быть и безъ того примѣнена, такъ какъ должникъ долженъ отвѣчать за своихъ людей.

³⁾ Къ этому толкованію и стала приходить новѣйшая практика низшихъ судебныхъ установленій. К. G. Berlin 10 Juni 1909, Ets. E. XXVII (1911) 2 Heft, № 79. Кучеръ пострадавшей истицы неосторожно переезжалъ ж. д. рельсы. Вина ж. дороги въ томъ, что не были зажжены огни у паровоза. Убытокъ распределенъ: $\frac{2}{3}$ на жел. дорогу, $\frac{1}{3}$ на истицу „mit Rü-

струкції не пришла судебная практика, то это намъ кажется, надо приписать ложности всей конструкціи зачета вины, какъ зачета двухъ отвѣтственности.

Въ самомъ дѣлѣ, оправданіе пониженія отвѣтственности делинквента при наличности вины *потерпѣвшаго* есть соображеніе справедливости къ делинквенту—отвѣтчику. При всякомъ возмѣщеніи убытковъ *prima facie* спрашивается не то—справедливо ли потерпѣвшему получить возмѣщеніе, а справедливо ли возложить это возмѣщеніе на данное лицо (отвѣтчика). Поэтому не все что является руководящимъ правиломъ для отвѣтственности делинквента является тѣмъ самымъ руководящимъ правиломъ и для отвѣтственности потерпѣвшаго. И—по одной простой причинѣ: *потерпѣвшій не отвѣчаетъ*, его поведеніе играетъ роль момента понижающаго отвѣтственность делинквента.

А потому согласно съ цѣлью института зачета вины принятіе въ соображеніе всякаго предосудительнаго поведенія, исходящаго отъ *противной стороны*, хотя бы оно и не исходило лично отъ непосредственно потерпѣвшаго истца.

V.

Критика принципа Рейхсгерихтъ «vorwiegend verursacht» толкуетъ въ смыслъ «durch überwiegende Ver-
вины, какъ мас-штабаразложенія **убытковъ между** schulden verursacht».

сторонами. «Такое толкованіе—справедливо восклицаетъ *Eick* ¹⁾ поражаетъ своей смѣлостью! Оно приписываетъ редакторамъ закона неслыханную неточность выраженія и поверхностность!».

Такое смѣлое толкованіе—думается намъ—обязано тому, что Рейхсгерихтъ не выработалъ себѣ какой либо гибкой

cksicht auf die Mitschuld ihres Kutschers». - Такимъ образомъ § 278 примѣненъ К. Г. и въ § 254 абз. 1. При этомъ К. Г. указываетъ на „entsprechende“ примѣненіе § 278 и на то, что „ein solcher Rechtszustand entspricht auch der Billigkeit und führt zu wirtschaftlich befriedigenden Ergebnissen“.

¹⁾ Eick о. с. 71.

каузальной теоріи, а потому онъ и затрудняется взвѣшивать *степени каузальности*.

На самомъ дѣлѣ, Рейхсгерихтъ въ своей практикѣ впадаетъ въ полную безпринципность: онъ считается съ обоими критеріями, но внѣ всякой послѣдовательности въ очереди; при этомъ центръ тяжести кладетъ на болѣе интенсивномъ моментѣ: или причиненія или виновности—по обстоятельствамъ дѣла. Исходнымъ же положеніемъ онъ беретъ во всѣхъ рѣшеніяхъ то соображеніе, что виновный потерпѣвшій ничего не долженъ получить, развѣ уже исключительныя обстоятельства, лежація въ лицѣ отвѣтчика, оправдываютъ частичную его отвѣтственность.

Отсюда—нерѣдко рѣшенія, которыя по своей суровости для потерпѣвшаго наврядъ ли лежали въ видахъ законодателя. Не можетъ быть спора, напр., что въ рѣшеніи отъ 14 декабря 1905 года [см. выше стр. 223] потерпѣвшій, хотя и *преимущественно причинилъ* вредъ, но его дѣяніе. (обязанное потребности въ быстромъ удовлетвореніи естественной надобности) не виновно настолько, что бы исключить цѣлкомъ его притязаніе. Съ другой стороны, въ рѣшеніи отъ 29 октября 1906 года [см. выше, eod.] потерпѣвшая *преимущественно провинила* вредъ (ея дѣятельность не вызывалась обстоятельствами дѣла), но несчастіе обязано виновному упущенію отвѣтчика, и полное исключеніе иска также несправедливо.

Рейхсгерихтъ, такимъ образомъ, считается съ преимущественной *виной* или *причиной* съ единственной цѣлью: въ преимуществѣ того или другого момента найти предлогъ къ елико возможному пониженію или исключенію отвѣтственности отвѣтчика.

Такое несправедливое отношеніе къ потерпѣвшему не оправдывается, ни буквальнымъ текстомъ закона, ни общимъ духомъ германскаго законодательства.

Лишь параллельное примѣненіе обоихъ масштабовъ—

каузальнаго и виновнаго—на тѣхъ началахъ, кои установлены нами въ т. I, ч. II, гл. III, § 5, укажетъ на тотъ средній путь, на ту золотую середину, которая дастъ справедливыя рѣшенія!

Исключительны по своей грубой несправедливости рѣшенія тѣхъ казусовъ, въ коихъ отвѣтчикъ создалъ общую опасность («sicherheitsgefährlichen Zustand»), которую пострадавшій реализировалъ черезъ свою неосторожность.

Обусловленное предыдущимъ дѣяніемъ благопріятствованіе остается таковымъ in abstracto до наступленія позднѣйшаго событія и подвергаетъ опасности чужую эвентуальную неосторожность. Эта неосторожность заключается въ томъ, что потерпѣвшій самъ сознательно подвергъ себя созданной уже опасности, или же подвергъ себя скрытой опасности, которую онъ не усмотрѣлъ по небрежности.

Напр. хозяинъ не освѣщаетъ лѣстницы дома. Гость по неосторожности падаетъ въ темнотѣ [R. G.: I. W. 1900/29].

Истецъ ѣдетъ по шоссе полнымъ галопомъ и въ темнотѣ разбивается о повозку, стоящую около фабрики отвѣтника [Seuf. Arch. 44/86].

Въ этой комбинаціи случаевъ Рейхсгерихтъ по большей части усматриваетъ въ поведеніи потерпѣвшаго «eigentliche Ursache» несчастія, которая прерываетъ причинную связь, текущую отъ дѣянія делинквента, и снимаетъ съ послѣдняго отвѣтственность.

Несправедливость такого рѣшенія бросается въ глаза въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда вина на обѣихъ сторонахъ равна и когда нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній освобождать отвѣтчиковъ отъ отвѣтственности.

Мало того! Въ этихъ и тысячи подобныхъ случаяхъ причинная связь между правонарушительнымъ фактомъ и вредомъ не прерывается дѣяніемъ потерпѣвшаго: оба фактора вмѣстѣ привели къ конкретному несчастію.

Непризнавать въ этихъ случаяхъ причинной связи между

виновной *occasio* и результатом—значило бы *ex principio* отвергнуть гражданскую ответственность лица, давшего своим виновным поведением повод к имущественным потерям или телесным поврежденіям, — быть может, многим и многим лицам. Такая конструкция повлекла бы полную гражданскую безответственность лиц, в тоже время отвечающих по полицейским и уголовным законам.

Въ 99⁰/₀ 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!

Такъ и поступаетъ Рейхсгерихтъ въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій получилъ увѣчье, спускаясь по неосвѣщенной лѣстницѣ [случай, особенно часто встрѣчающійся въ германской практикѣ]: онъ съ замѣчательнымъ упорствомъ, не встрѣчая, впрочемъ, возраженій со стороны доктрины, исключаетъ полностью притязаніе объ убыткѣ такого потерпѣвшаго ¹⁾).

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 въ одномъ дѣяніи отвѣтчика, создавшемъ лишь общую опасность для чужой эвентуальной неосторожности]; во-вторыхъ, неосторожный шагъ потерпѣвшаго не прерываетъ причинной связи между нарушеніемъ 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, создан-

¹⁾ См. напр. R. G. 2 Oct. 1900, I 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“.

ной отвѣтчикомъ, безъ привхожденія встрѣчной дѣятельности потерпѣвшаго! ¹⁾).

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 ²⁾ или б) потому, что, по даннымъ обстоятельствамъ, оно не могло предпочесть другого образа поведения ³⁾).

Итакъ, въ разбираемомъ нами типѣ отношеній вина потерпѣвшаго не можетъ имѣть въ принципѣ значенія момента, снимающаго всю отвѣтственность съ делинквента.

Если и при господствѣ такой эластичной нормы, какъ ст. 254 В. Г. В. германская судебная практика приходитъ съ такой легостью къ неэластичной формулѣ: «перерывъ причинной связи», это имѣетъ своимъ объясненіемъ то явленіе, что германская юриспруденція не выработала до сихъ поръ какой нибудь гибкой конструкціи причинной связи, которая позволила бы ему отвѣчать требованіямъ и логики и справедливости и положительнаго закона.

¹⁾ Въ нашемъ смыслѣ см. решение O. L. G. München, 7 April. 1902 [Zeitschr. für deutsches bürgerl. R. und franz. Civilrecht. Bd. 34 (1903) стр. 65]. Истецъ упалъ въ темнотѣ въ яму, находящуюся близъ улицы въ сторонѣ отъ коридора фасаднаго зданія, гдѣ помѣщалось собраніе. „Es ist nicht gerechtfertigt, wenn jemand grobfahrlässiger Weise einen sicherheitsgefährlichen Zustand geschaffen hat und etwa der Verletzte die dadurch geschaffene Gefahr durch eine leichte Unachtsamkeit ausgelöst und zur Wirksamkeit gebracht hat, lediglich in dem Verhalten des letzteren die eigentliche oder gesetzlich allein in Betracht kommende Ursache des Unfalls zu erblicken, obgleich darin physikalisch die eigentliche Ursache gefunden werden mag“.

²⁾ Напр. человекъ, не знающій дѣйствія газовъ, входитъ въ комнату, въ которой по небрежности хозяина были открыты краны отъ газовыхъ проводовъ. Онъ зажигаетъ спичку, газъ вспыхиваетъ и наноситъ ему обжогъ.

³⁾ Напр. мать бѣжитъ въ аптеку за лекарствомъ для больного сына. Лѣстница дома не освѣщена. Или учитель, бѣгающій по урокамъ, поднимается въ урочный часъ по лѣстницѣ въ темнотѣ. Какой другой образъ дѣйствія мы могли бы рекомендовать имъ, какъ не воспользоваться лѣстницей, какъ она есть?

VI.

Критика судебной практики по применению § 833 В § 8 мы видели, что практика по применению ст. 833 встрѣтила затрудненіе при установленіи *вмѣненія* дѣянія животнаго держателю животнаго. Наоборотъ, вопросъ о причинной связи между движеніемъ животнаго и поврежденіемъ не вызывало и не могло вызвать какихъ либо новыхъ недоумѣній; онъ разрѣшается по общимъ началамъ гражд. права; если поведеніе потерпѣвшаго вторгается между дѣяніемъ животнаго и конечнымъ поврежденіемъ, то оно ведетъ къ отклоненію *вмѣненія результата* хозяину животнаго, но не въ ея свойствѣ *содѣйствующей* вины, а въ роли момента, прерывающаго адекватную причинную связь между дѣяніемъ животнаго и искомымъ убыткомъ.

Вопросъ осложняется, если поведеніе третьяго лица *предшествуетъ* дѣянію животнаго.

Въ этихъ случаяхъ, какъ мы видели, Рейхсгерихтъ не признаетъ причинности за поведеніемъ животнаго, если оно было слѣпымъ орудіемъ въ чужихъ рукахъ. Правда, отвѣтственность и въ этихъ случаяхъ можетъ наступить, но уже не на основаніи ст. 833, а по общимъ принципамъ отвѣтственности деликтной (ст. 823).

Вотъ это положеніе, выработанное судебной практикой и воспринятое доктриной, мы считаемъ ложнымъ въ самомъ его основаніи.

Мы полагаемъ, что Рейхсгерихтъ, желая провести и въ области ст. 833 излюбленную имъ адекватную теорію, на самомъ дѣлѣ, искажаетъ ее.

Съ одной стороны, для понятія адекватности не требуется «непреодолимаго воздѣйствія», и, съ другой стороны, такого «непреодолимаго воздѣйствія» на животное не можетъ быть усмотрѣно въ управленіи кучеромъ лошадьми.

Слушаясь возжѣ кучера, лошадь дѣйствуетъ такъ, не

потому, что она не могла бы поступить иначе, а потому, что такова ея воля ¹⁾). Если правовое чутье подсказывает намъ, что и въ этомъ случаѣ мы должны исключить каузальную отвѣтственность держателя животного, то это рѣшеніе не трудно оправдать строго юридическими соображеніями.

Въ томъ I-омъ (стр. 340—341) мы установили то положеніе, что все, что является необходимымъ или регулярнымъ слѣдствіемъ antecedentовъ, то лишено самостоятельной каузальной силы: оно не можетъ положить начала новой каузальной серіи.

Съ этой точки зрѣнія, движеніе животного, обязанное повиновенію своему начальнику [кучеру, пастуху, хозяину, тренеру и т. п.], какъ явленіе обычное и регулярное, не можетъ обладать самостоятельной каузальностью. Причину результата мы должны искать чаще всего въ предшествующемъ фактѣ—управленіи животнымъ ²⁾).

Пользуясь тѣмъ же мѣстомъ наблюденія регулярности явленій, мы констатируемъ, что тѣ несчастія, въ которыхъ животныя паносятъ вредъ въ состояніи внутренняго аффекта, въ который они впадаютъ черезъ внѣшнее воздѣйствіе на ихъ чувства, суть событія, хотя и обычные, но не регулярныя. Вотъ почему,—въ тѣхъ случаяхъ, когда воздѣйствіе на чувства животного не было непреодолимымъ настолько, чтобы реакція животного составляла правила, всякое движеніе животного мы должны признать каузальнымъ и отвѣтственность хозяина обоснованной. И на оборотъ,—при противныхъ условіяхъ, каузальность животного должна быть нами отвергнута, а вмѣстѣ съ тѣми—и каузальная отвѣтственность хозяина ³⁾).

Эти положенія имѣютъ громадную практическую важ-

¹⁾ *Schmoller*, о. с. 17. „животное, дѣйствуя такъ, предпочитаетъ подчиненіе наказанію“.

²⁾ *Schmoller*, о. с. 39.

³⁾ *Schmoller*, о. с. 41 даетъ такіе примѣры. На бойня быкъ, плохо привязанный, въ ярости рвется и ранилъ кого либо; собака при болѣзненной операциі кусаетъ оператора; лошадь, на которую напалъ рой пчелъ, понесла.

ность при установлении ответственности, какъ передъ лицомъ непосредственно потерпѣвшимъ отъ чужого животнаго, такъ и передъ лицомъ потерпѣвшимъ посредственно отъ чужого животнаго, которое воздѣйствовало на психику животнаго, принадлежащее потерпѣвшему.

Мы устанавливаемъ такія положенія:

1) вина потерпѣшаго можетъ разсматриваться *исключительной причиной* несчастія при томъ условіи, если движеніе животнаго является адекватнымъ слѣдствіемъ поведенія потерпѣшаго, въ вышеуказанномъ нами смыслѣ. Въ этомъ случаѣ отсутствуетъ каузальность животнаго, а потому весь вредъ изначала падаетъ на сторону потерпѣшаго. Здѣсь не можетъ быть и рѣчи о «взвѣшиваніи» каузальности животнаго и вины потерпѣшаго, ибо нѣтъ мѣста самому примѣненію ст. 833, которая предполагаетъ наличность каузальности на сторонѣ животнаго. Но приложеніе ст. 254 къ ст. 833 можетъ привести къ исключенію ответственности держателя животнаго и въ томъ случаѣ, если примѣненіе метода, указаннаго въ § 254, дастъ намъ *in concreto* тотъ результатъ, что каузальность, исходящая отъ потерпѣшаго такъ далеко перевѣшиваетъ каузальность, исходящую отъ животнаго, что послѣдняя совсѣмъ ставится въ тѣнь и по правилу жизни не заставляеть съ собой считаться.

2) Мы рѣшительно отбрасываемъ, какъ логически несостоятельную и практически несправедливую Крюкмановскую теорію «*doppelte Gefährdung*», которая подъ замаскированнымъ видомъ примѣняется Рейхсгерихтомъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ созданъ дѣятельностью ряда животныхъ, Рейхсгерихтъ разлагаетъ ответственность между держателями этихъ животныхъ. При этомъ онъ руководствуется по аналогіи ст. 840 В. Г. В., устанавливающей солидарную ответственность соделинквентовъ и ст. 426 В. Г. В., устанавливающей долевую ответственность во внутреннихъ отношеніяхъ соделинквентовъ.

Искусственность такого построения бросается въ глаза, въ особенности, въ тѣхъ случаяхъ, когда держателемъ одного животнаго является самъ потерпѣвшій.

Въ ст. 840 III постановлено, что «если, наряду съ лицомъ, обязаннымъ возмѣстить вредъ, на основаніи ст. 833—838, за этотъ вредъ отвѣчаетъ еще третье лицо, то, въ отношеніи ихъ другъ къ другу, признается отвѣтственнымъ только то третье лицо».

Если быть послѣдовательнымъ и примѣнять этотъ п. III по аналогіи, понимая здѣсь подъ третьимъ лицомъ самого потерпѣвшаго, то мы никогда не придемъ къ *разложенію* убытка, а лишь—къ *односторонней* отвѣтственности потерпѣвшаго, что не соответствуетъ видамъ судебной практики ¹⁾.

Кромѣ того, ясно, что аналогія здѣсь не лежитъ въ пѣляхъ законодателя. Въ §§ 833, 254 отвѣтственность распределяется между отвѣтчикомъ, съ одной стороны, и потерпѣвшимъ, съ другой стороны.

Въ §§ 840, 426 рѣчь идетъ о распределеніи отвѣтственности между соотвѣтчиками на одной сторонѣ. Правда, Рейхсгерихтъ склоненъ разсматривать потерпѣвшаго, какъ лицо *отвѣтственное*. Противъ этой конструкціи мы привели рядъ вѣскихъ соображеній въ т. I-мъ [Введеніе, стр. 44 сл].

Не спасаетъ это построеніе и базированіе отвѣтственности потерпѣвшаго на идеѣ каузальности: это ведетъ къ теоріи «*doppelte Gefährdung*», которую мы также опровергли въ т. I-мъ. [Введеніе, стр. 55 сл.] и выше [т. II] стр. 241.

Самъ Рейхсгерихтъ, повидимому, чувствовалъ натянутость своихъ построеній. Въ рѣшеніи 21 ноября 1907 г.

¹⁾ Ср. R. G. 19 Oct. 1905. Eis. E. XXII, 284; Bd. 53, стр. 114; 58, стр. 335; 60, стр. 301. „Ж. д. предприниматель въ отношеніи къ держателю животнаго является третьимъ лицомъ въ смыслѣ ст. 840 III B. G. B., и потому въ ихъ внутреннихъ отношеніяхъ онъ *отвѣчаетъ одинъ*“.

[см. выше стр 233, прим. 3] онъ пытается обосновать отвѣтственность потерпѣвшаго на фикціи *вины* его.

Но это построеніе совсѣмъ никуда не годно! Если презюмировать вину потерпѣвшаго, какъ держателя животнаго, то мы должны были бы презюмировать вину и отвѣтчика, какъ держателя животнаго, т. е. на мѣсто ст. 833 В. Г. В. поставить совсѣмъ иную норму, не лежащую въ цѣляхъ законодателя.

Вотъ почему, мы считаемъ болѣе отвѣчающимъ юридической логикѣ и видамъ закона такое положеніе: если потерпѣвшій пострадалъ отъ своего животнаго, которое въ своихъ дѣйствіяхъ отражало воздѣйствія другого животнаго, то мы имѣемъ комбинированную каузальность двухъ животныхъ лишь въ томъ случаѣ, если животное потерпѣвшаго такъ ясно проявило опасную природу свою, что, если бы оно своимъ движеніемъ нанесло вредъ не своему хозяину, а третьему лицу, оно обязало бы своего держателя къ отвѣтственности передъ этимъ третьимъ лицомъ. Тѣ соображенія, которыя мы указали выше въ п. 1), должны имѣть и здѣсь рѣшающее значеніе.

Лишь такое построеніе способно дать справедливыя рѣшенія.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Французское право.

§ 1. Законъ и судейское усмотрѣніе въ установленіи гражданской отвѣтственности.

Французскій Кодексъ не даетъ намъ правилъ, регулирующихъ совокупную отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ, не регулируетъ онъ и случаевъ взаимной вины. Тѣмъ самымъ онъ естественно лишаетъ судебную практику матеріала для построенія общихъ принциповъ гражданской отвѣтственности. Въ данномъ правоотношеніи, поэтому, юриспруденціи приходится распредѣлять отвѣтственность между соотвѣтчиками, согласно своимъ самостоятельно выработаннымъ воззрѣніямъ объ объемѣ отвѣтственности соделинквента.

Низшіе и общіе суды лишены въ данной области и какихъ либо руководящихъ указаній Кассационнаго Суда (Cour de Cassation). Объемъ причиненнаго вреда, размѣръ возмѣщаемаго убытка—все это суть *вопросы факта*, которые довлѣны закономъ свободной суверенной оцѣнкѣ суда, и которые поэтому цѣликомъ ускользаютъ отъ контроля Кассационнаго Суда; взгляды послѣдняго на вопросы, связанные съ фиксаціей вреда и убытковъ, подлежащихъ возмѣщенію, выясняются въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, когда онъ въ видѣ исключенія принимаетъ къ своему разсмотрѣнію эти вопросы.

Что касается, — во первыхъ, *вины*, судьи, разсматривающіе дѣло по существу, констатируютъ суверенно факты, выставляемые, какъ указатели вины ¹⁾.

¹⁾ Cass. 19 Mars 1890, S. 90. I. 397: „les faits allégués comme ~~causatifs~~ *causatifs* de la faute“.

Оцѣнка большей или меньшей тяжести вины делинквента ¹⁾, объемъ вреда, причиненнаго собственнымъ поведениемъ потерпѣвшаго ²⁾—все это входитъ въ область сувереннаго усмотрѣнія судьи факта.

Кассационный судъ оставляетъ себѣ лишь небольшую область контроля: онъ изслѣдуетъ, являются ли факты, суверенно установленные судьей («*juge du fond*»), юридическіе признаки *вины*, которую судъ призналъ или не призналъ въ конкретномъ случаѣ ³⁾, и сдѣлалъ ли судъ изъ этихъ фактовъ всѣ законные выводы ⁴⁾.

Что касается объема возмѣщаемаго убытка, то установленіе *причинной связи* входитъ, такъ же какъ и вопросы о винѣ, въ суверенную оцѣнку судьи ⁵⁾.

Кассационный Судъ не высказываетъ своей теоріи причинной связи, онъ кассируетъ лишь рѣшенія, въ коихъ судъ не пытается установить причинной связи между виной и вредомъ ⁶⁾.

Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ Кассационный Судъ даетъ общія указанія о сущности причинной связи и кассируетъ рѣшенія, не согласныя съ его воззрѣніями. Намъ кажется, что это расширеніе сферы власти Кассационнаго Суда объясняется тѣмъ, что въ этихъ случаяхъ онъ уста-

¹⁾ Cass. 22 Nov. 1892, S. 93. 1. 23; *Pand. Belges. Responsabilité*. t. 88, № 1063.

²⁾ Cass. 3 Févr. 1885, S. 87. 1. 268; 2 Avr. 1878, S. 80. 1. 119.

³⁾ Cass. 2 Avr. 1878, S. 80. 1. 119; 26 Avr. 1887, S. 87. 1. 471; 3 Avr. 1889, S. 90. 1. 209; 24 Févr. 1896 D. 96. 1. 327. См. еще ссылки у *Darras. Code Civil annoté*, III (1896), Art. 1382, стр. 750; *Dalloz. Responsabilité*, № 246; *Crépon, Du pourvoi en cassation*, t. 3, № 1144 и сл.; *Dalloz. Nouveau Code civil annoté*, art. 1382, № 512 и сл.

⁴⁾ Cass. 13 janv. 1908 D. 1908. 1. 124: „le jugement qui... ne déduit pas les conséquences légales des faits par lui souverainement constatés et dès lors, doit être cassé“. Въ данномъ случаѣ судъ установилъ *вину* ответчика и *причинную связь* между виной и вредомъ и все же освободилъ его отъ ответственности. Ср. Cass. 7 août 1895, D. 96. 1. 81.

⁵⁾ Cass. 20 Janv. 1880, S. 81. 1. 359; 6 Févr. 1894, S. 91. 1. 309.

⁶⁾ Cass. 14 Mars 1892, D. 92. 1. 343; 6 Févr. 1894 cit.

навликает причинную связь не между дѣяніемъ и дальнѣйшими слѣдствіями, т. е. имѣетъ въ виду не изслѣдованіе объективной причинной связи, а—причинную связь между виной делинквента и инкриминируемымъ событіемъ ¹⁾, т. е. въ сущности, онъ обсуждаетъ вопросы о вѣнненіи совершеннаго въ вину дѣятелю, а это входитъ, какъ вопросъ юридическій, въ сферу власти Кассационнаго Суда.

§ 2. Ученіе о причинной связи во французской юриспруденціи.

Историческія связи французскаго права съ правомъ римскимъ, повидимому, должны были бы направить французскую судебную практику на путь толкованія положительнаго закона въ духѣ ученія юристовъ—романистовъ XVII—XVIII вѣка.

И у Domat ²⁾ и у Dumoulin'a ³⁾ и у Pothier ⁴⁾ мы находимъ ясно выраженной ту идею, что лишь непосредственный вредъ [detrimentum proxime secutum] долженъ быть возмѣщаемъ повредителемъ, и, наоборотъ, «damnum remotum, quod non est in consideratione» падаетъ на самого потерпѣвшаго.

И, дѣйствительно, ученіе о «relation nécessaire et directe», какъ условіи гражданской отвѣтственности, насчитываетъ

¹⁾ Cass. 7 août 1905, S. 96. 1. 127: „cette faute a avec l'accident une relation de cause à effet suffisante pour engager en même temps la responsabilité du patron“.

²⁾ Domat, о. с. III, V, 2, № 4.

³⁾ Dumoulin, Tract. de eo quod interest, n° 179: „Intelligitur venire tantum detrimentum tunc et proxime secutum, non autem damnum postea succedens ex novo casu, etiam occasione dictae combustionis, sine qua non conuenit quod sit damnum remotum, quod non est in consideratione“.

⁴⁾ Pothier, Traité des oblig., n° 167 требуетъ, что бы убытокъ былъ

непосредственнымъ слѣдствіемъ дѣянія.

ваетъ рядъ выдающихся представителей во французской литературѣ ¹⁾).

Это ученіе оказало свою долю вліянія и на судебную практику ²⁾).

Однако, оно не можетъ считаться господствующей доктриной. Противоположеніе ст. 1150—1151 (договорныя отношенія) и ст. 1382 и сл. (деликтная отвѣтственность) дало поводъ многимъ французскимъ юристамъ ³⁾ и судебной практикѣ ⁴⁾ нарушить предѣлы узкихъ адекватныхъ построеній, чтобы обосновать отвѣтственность делинквента и за отдаленныя убытки. Въ договорныхъ обязательствахъ должникъ отвѣчаетъ за убытки «*prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat*», такого ограниченія мы не находимъ въ законѣ, касательно деликтныхъ правонарушеній; здѣсь должникъ от-

¹⁾ *Toullier*, III, № 286; *Demolombe*, XXIV, № 600 и сл.; *Sourdat*, I, §§ 104, 689—691, допускаетъ примѣненіе въ § 1382 масштаба, указаннаго въ § 1151 (*suite immédiate et directe*). При этомъ онъ рассуждаетъ такъ: моментъ умысла тождественъ въ своемъ содержаніи, какъ въ договорахъ, такъ и въ деликтахъ; значитъ, нѣтъ основанія различать эффектъ его въ той и другой области. Но тѣмъ паче тоже ограниченіе отвѣтственности мы должны допустить и для квазиделиктовъ, которые обличаютъ менѣе тяжелую вину (*négligence*). Что же касается формулы § 1150 (*suites prévues*), то она не примѣнима въ сферѣ деликтовой, т. е. здѣсь «*la partie lésée n' a point suivi la foi du débiteur*». — Еще дальше идетъ *Planiol*, II (изд. 1907 г.), стр. 295. Онъ желаетъ примѣнить и § 1150 къ 1382: «въ квазиделиктахъ причина убытка всегда является смѣшеніемъ вины и случая, и этотъ посторонній элементъ долженъ привести къ ограниченію отвѣтственности».

²⁾ *Dalloz*, *Cod. Annotés. Art. 1382* (изд. 1874), № 336; *ibid.* (1903), № 200; *Cass.* 5 Févr. 1884 D. 84. I. 362; 27 Mai 1895 D. 96. I. 213 («une relation nécessaire et directe»); 28 Janv. 1894 D. 96. 2. 60 («une relation effective»); 25 Févr. 1890, D. 90. I. 473; 12 Janv. 1891, *Gaz. des. Trib.* 13 Janv. 1891 («la cause efficiente»).

³⁾ *Gueux*, о. с. 125 сл., 142; авторъ особенно настаиваетъ на томъ, что въ области профессиональнаго риска «адекватная теорія сдалась». *Larombière*, VII, 560; *Aubry et Rau*, V, § 445, note 9; *Laurent*, XX, № 530; *Merlin*, *Répertoire*, *Quasi-délit*, n^o. 1, 12; *Dalloz. Force majeure*, n^o. 37. Последние два юриста, опираются на идею: «*quando culpa praecessit casum, tunc casus fortuitus non excusat*».

⁴⁾ *Dalloz*, *Codes Annotés* (1874), *Art. 1382*, № 52, № 355; 6 Févr. 1894 D. 94. I. 192.

вѣчаетъ даже за «suites médiate», и тѣмъ паче—за слѣдствія, которыя не могли быть предвидѣны.

Эти соображенія прямо ведутъ къ признанію теоріи «общей причинной связи». Особенно ясно эта теорія проводится Кассационнымъ Судомъ въ случаяхъ солидарной отвѣтственности ряда соделинквентовъ. Эта теорія, во-первыхъ, ведетъ къ привлеченію къ отвѣту и такого лица, которое само вреда не наносило, но безъ поведенія котораго несчастіе не имѣло бы мѣста ¹⁾; во-вторыхъ, каждый соделинквентъ отвѣчаетъ солидарно за *весь* вредъ, хотя бы онъ доказуемо причинилъ лишь часть вреда, если только безъ его содѣйствія не было возможно созданія и другихъ частей вреда ²⁾; въ-третьихъ, если вредъ, который вытекаетъ изъ двухъ послѣдовательныхъ или одновременныхъ дѣяній двухъ лицъ, есть одно недѣлимое цѣлое, то онъ долженъ быть возмѣщенъ солидарно авторами вреда, хотя бы каждый актъ, взятый отдѣльно, самъ по себѣ и не составлялъ квази—деликта ³⁾.

¹⁾ См. судебную практику у *Muteau*, о. с. 419. Два кучера состязаются въ скорости. Одинъ изъ нихъ опрокидываетъ прохожаго и ранитъ его. Отвѣчаетъ не только этотъ кучеръ, но и другой, ибо не будь состязанія, не было бы происшествія: „le co-auteur peut-être considéré comme l'auteur du préjudice entier, lequel ne serait peut-être pas produit sans sa coopération“.—Cass. 5 Mars 1894 D. 95. 2. 329.—Ср. еще Req. 10 mai 1909 D. 1909. 1. 311.

²⁾ Если три лица нападаютъ на одного и ранятъ его въ разныя части тѣла, каждый изъ нихъ отвѣчаетъ не только за вредъ, который онъ нанесъ лично, но и за *весь* вредъ, ибо онъ помогъ и другимъ учинить ихъ дѣяніе. См. судеб. практику у *Muteau*, о. с. 416; Chambre de requêtes 26 Nov. 1907, D. 1908. 1. 139: „et il importe peu que, par application de la gravité respective des fautes de chacun des coauteurs du quasi-délits, une répartition inégale de la somme à payer ait été opérée entre eux“; Cass. 31 déc. 1902 D. 1903. 1. 126; 30 Dec. 1903 D. 1905. 2. 107.

³⁾ См. рѣшенія, приведенныя у *Sourdat*, I, № 706. стр. 806, прим. 4. Два фабриканта причиняютъ вредъ соседнимъ владѣніямъ испареніями, выпускаемыми изъ ихъ фабрикъ. Установлено, что личныя дѣйствія каждаго собственника могли и не быть вредоносными, но одновременность ихъ и ихъ комбинація были непосредственной причиной вреда, который и является недѣлимымъ цѣлымъ. Конечный убытокъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ послѣдствіе дѣянія каждаго отвѣтчика, потому и провозглашена солидарность ихъ обоихъ.

Знаменательно оправданіе французской юриспруденціей солидарности ответственности соображеніемъ *недѣлимости вреда* ¹⁾. Идея недѣлимости убыточнаго результата стоять въ тѣснѣйшей связи съ условно-каузальной теоріей ²⁾: каждый соделинквентъ почитается причинившимъ весь убытокъ въ цѣломъ, ибо онъ положилъ одно изъ *условій* его наступленія ³⁾.

Это воззрѣніе отразилось на методѣ, которымъ пользуется французская судебная практика при установленіи причинной связи. Судья не исходитъ отъ перваго звена къ послѣдующему и не прослѣживаетъ ихъ взаимнаго отношенія въ ихъ послѣдовательномъ развитіи, а въ основу своего сужденія о причинахъ убытка онъ кладетъ самый конечный убытокъ, какъ одно нераздѣльное цѣлое явленіе, въ воспроизведеніи котораго причиналъ участіе рядъ причинныхъ факторовъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, центръ тяжести кладется не въ томъ, — существуетъ ли причинная связь между даннымъ дѣяніемъ и результатомъ, а въ томъ — имѣло ли бы мѣсто инкриминируемое явленіе, если бы не привзошло данное событіе.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ изъ французской судебной практики для иллюстраціи нашей мысли.

Cass. 7 août 1895, D. 96. 1. 81. Патронъ задерживаетъ малолѣтняго рабочаго въ мастерской сверхъ установленнаго закономъ времени; въ это неурочное время рабочій шалитъ съ своимъ товарищемъ и попадаетъ подъ приводъ машины. Судъ призналъ наличность необходимой связи („*relation nécessaire*“) между виной патрона и несчастіемъ, случившемся во время неурочнаго продолженія

¹⁾ Противъ этого смѣшенія понятій справедливо протестуетъ *Sourdat*, I, № 481, стр. 603 и сл.

²⁾ *Dalloz. Responsabilité*, № 24 и сл., *Nouveau Code civil annoté*, Art. 1202, № 134 и сл.; *Aubry et Rau. t. IV*, § 298, *ter*, стр. 22.

³⁾ Кассационный Судъ и въ этихъ случаяхъ склоненъ усматривать между каждой виной и всѣмъ вредомъ „*une relation directe et nécessaire*“. *Cass. 11 juillet 1892. D. 94. 1. 513*; 31 Janv. 1899 *D. 99. 1. 300*; 31 déc. 1902 *D. 1903. 1. 126*; Paris, 30 déc. 1903 *D. 1905. 2. 107*; Req. 26 nov. 1907 *D. 1908. 1. 139*.

работы: „не будь задержки рабочего, онъ не могъ бы совершить въ опасной обстановкѣ своей шалости [„sans laquelle il n'eût pas été matériellement possible à celui ci de commettre l'acte d'indiscipline“]; поэтому должна быть признана причинная связь между этими двумя моментами“.

Cour de Paris, 5 juin 1908, D. 1908. 2. 325. Антикварій упустилъ вписать въ свой регистръ имя и адресъ продавца; проданныя вещи оказались краденными. Судъ призналъ антикварія отвѣтственнымъ передъ потерпѣвшимъ собственникомъ: „cette négligence avait permis au voleur de bénéficier de ses vols et de consommer ses détournements“.

Cour de Bordeaux, 23 Avril 1907, S. 1908. 2. 45. Автомобиль со всего хода влетаетъ на полотно желѣзной дороги, какъ только сторожиха пріотворила барьеръ; послѣдняя получаетъ отъ этого быстрого пассажира такое потрясеніе, что падаетъ безъ чувствъ. Установлено, что она страдала сердечными припадками и была на послѣднихъ дняхъ беременности. Судъ призналъ отвѣтственность автомобилиста: „si l'automobiliste n'avait pas passé à cette allure, l'accident ne se serait pas produit“.

Cass. 31 déc. 1900. D. 1903. 2. 236.

Кучеръ оставилъ запряженную лошадь безъ призора на многолюдной улицѣ. Пьяный прохожій сѣлъ въ экипажъ и погналъ лошадь по городу и задавилъ мальчика. Небрежность, допущенная кучеромъ дала поводъ и облегчила вину этого субъекта („a occasionné et facilité la faute de cet individu“). Между небрежностью кучера и совершеннымъ имъ проступкомъ существуетъ достаточная причинная связь, что бы обосновать его отвѣтственность.

Всѣ эти рѣшенія интересны въ томъ отношеніи, что отвѣтственность обоснована на дѣяніи, которое можетъ быть признано лишь случайнымъ поводомъ къ бытію несчастья: въ нихъ мы видимъ рецепированной чистѣйшую теорію общей причинной связи («cause occasionnelle»). Делинквентъ положилъ лишь одно условіе несчастья, и онъ отвѣчаетъ за **все** несчастье въ цѣломъ. Ибо, не будь этого условія,—не было бы несчастья: это условіе—значить—связано съ несчастьемъ причинной связью.

§ 3. Ученіе о винѣ во французской юриспруденціи.

О понятіи *винны* въ ученіяхъ французскихъ юристовъ мы подробно говорили въ т. I-омъ. Въ виду единодушія объединяющаго въ этомъ вопросѣ теоретиковъ и практиковъ, намъ остается здѣсь лишь констатировать тождество основныхъ ихъ выводовъ.

Судебная практика въ болѣе старыхъ рѣшеніяхъ склонна говорить объ естественной волеспособности лица, какъ условіи вмѣненія учиненнаго ему въ вину ¹⁾; но въ послѣдніи десятилѣтія подѣ естественной волеспособностью судьи стали понимать не только свободную инициативу дѣйствія, но нѣчто болѣе: тѣ, именно, что въ наукѣ права принято называть «*culpaе capacitas*». Лицо, не обладающее полнотою своихъ душевныхъ силъ, отвѣчаетъ, если въ тотъ моментъ, когда оно причинило убытокъ, оно не было цѣликомъ лишено своихъ умственныхъ способностей, и имѣло разумѣніе, достаточно развитое, что бы понять значеніе учиняемаго. Для отвѣтственности недостаточно имѣть общее сознаніе при совершеніи дѣянія, надо еще наличность разумѣнія, годнаго для познанія фактическихъ послѣдствій дѣянія ²⁾.

Поэтому, цѣлыя категоріи лицъ не отвѣчаютъ изначала и въ принципѣ, хотя бы въ ихъ дѣяніяхъ и нельзя было

¹⁾ Paris 6 juillet. 1844, *Dalloz*, Respons., n^o. 50; Cass. 30 mars 1854, D. 55. 2. 1 говоритъ по поводу 10-лѣтнаго ребенка о „l'imprudence naturelle à cet âge“; 2 déc. 1853 S. 54. 2. 386; Cour de Montpellier 31 mai 1866, S. 66. 2. 259 привлекаетъ къ отвѣту безумнаго: „attendu que, dans l'application des principes de la responsabilité civile, la loi ne tient compte ni de la volonté ni de l'intention“; Bordeaux, 31 mars 1852, D. 54. 5. 657.

²⁾ *Dalloz*, Cod. Annotés (1874) Art. 1382, n^o. 89, 139 [„s'ils ont agi avec discernement“], № 90 [„pour en comprendre la portée“]. Cass. 7 févr. 1867. D. 67. 2. 73; 14 mai 1866 D. 67. 1. 297; note S. 1866. 1. 237 [„un fait dépendant de la volonté“]; Trib. de paix de Lagny. 7 févr. 1908, *Gaz. Pal.* 12 mars 1908; Cass. 30 oct. 1889 S. 89. 1. 480; Nice, 17 juin 1889, *Gaz. Trib.* 2 juill. 1889; *Guyot*, o. c. 71.

усмотрѣть непроизвольнаго движенія. Сюда относятся малолѣтніе ¹⁾ и безумные ²⁾.

Послѣдніе, впрочемъ, свободны отъ отвѣтственности не безусловно ³⁾: судебная практика допускаетъ ихъ отвѣтственность, если само безуміе ихъ можетъ быть отнесено къ такимъ предшествующимъ обстоятельствамъ, которыя могутъ быть вмѣнены имъ въ вину ⁴⁾. Въ этомъ послѣднемъ ограниченіи французскіе юристы усматривали коррективъ противъ возможной несправедливости, къ которой ведетъ логически проведеніе ихъ ученія о «*culpaе caracitas*».

§ 4. Ученіе о собственной винѣ потерпѣвшаго.

Юридическая конструкція понятія *самовины* д. с. п. не установилась ни во французской литературѣ, ни въ юриспруденціи.

Впрочемъ, по нѣкоторымъ вопросамъ мы можемъ отмѣтить окрѣпленіе тенденцій, пробивавшихся ранѣе въ общихъ и не совсѣмъ ясныхъ выраженіяхъ.

1) *Communis opinio doctorum* составляетъ такое положеніе: вина истца исключаетъ его притязаніе объ убыткахъ постольку, поскольку его вина участвовала въ созданіи вредоноснаго событія; распредѣленіе убытковъ между сторонами обусловлено тѣмъ, что «*la faute de chacun est génératrice*

¹⁾ Cass. 9 déc. 1876 S. 79. 2. 229: вина ребенка моложе 14 лѣтъ; 19 août 1878. S. 79. 2. 13.

²⁾ Cass. 18 janv. 1870 отождествляетъ дѣяніе безумнаго съ *force majeure* (поджогъ имъ своего застрахов. имущества).

³⁾ См. еще Montr. 31 mai 1866. S. 66. 2. 259. Чтобы устранивъ свою отвѣтственность, отвѣтчикъ долженъ не только доказать свое обычное и общее состояніе безумія, но онъ долженъ еще установить, что въ самый моментъ совершенія инкриминируемаго дѣянія онъ не обладалъ въ полной мѣрѣ своими душевными силами.

⁴⁾ Cour de Rouen. 17 mars 1874. S. 74. 2. 199; *Dalloz*, Respons., n^o. 142 150. Caen, 9 nov. 1880, S. 1882. 2. 118; Nancy, 12 août 1885, *Le Droit*, 26 août 1885.

du fait dommageable» ¹⁾). Недостаточно, поэтому, констатировать *вину* на сторонѣ потерпѣвшаго, надо чтобы эта вина стояла въ каузальномъ отношеніи съ несчастіемъ ²⁾).

2) Но этимъ каузальнымъ моментомъ не ограничивается содержаніе понятія самовины. Самовина можетъ быть на лицо, во она не вызоветъ присущаго «*faute commune*» юридического эффекта, если фактъ, вмѣняемый въ *вину* потерпѣвшему, не будетъ имѣть того же *виновнаго* характера въ отношеніи къ самому отвѣтчику—делинквенту.

Для ограниченія отвѣтственности делинквента судебная практика требуетъ, что бы въ взаимныхъ отношеніяхъ сторонъ—делинквента и потерпѣвшаго—поведеніе каждой изъ сторонъ было бы опровержено виной передъ ея противникомъ.

Поэтому, по ученію французской юриспруденціи недостаточно, если предосудительность поведенія потерпѣвшаго ограничивалась ея отношеніемъ къ третьимъ лицамъ: дѣяніе и поступки жертвы въ ея отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ являются для делинквента «*res inter alios acta*», и, какъ таковыя, не могутъ ни вредить ему, ни служить ему на пользу. Мало того! Если актъ потерпѣвшаго касается заразъ делинквента и третье лицо, его юридическій характеръ по отношенію къ одному остается безъ вліянія на природу отношенія къ другому, и его послѣдствія могутъ быть совершенно различны, смотря по тѣмъ или другимъ лицамъ ³⁾).

¹⁾ *Pand. Belges. Respons.*, № 1070, 1085 требуютъ, чтобы „la faute soit en relation directe et nécessaire avec l'événement qui a fait naître le dommage et qu'elle en soit la cause“; Cass. 19 août 1874 S. 75. 1. 24; 12 déc. 1873, S. 74. 1. 184.

²⁾ Cass. 13 mars 1895. D. 95. 1. 19; 5 déc. 1893 D. 94. 2. 412 (безбилетный пассажиръ сохраняетъ свой искъ къ ж. д. въ случаѣ катастрофы). 19 mars 1888 D. 88. 1. 391: „Недостаточно для обоснованія отвѣтственности корабля при abordage съ другимъ кораблемъ факта, что онъ шелъ съ чрезвычайной скоростью; надо еще констатировать, что эта скорость была причиною abordage“. См. другія рѣшенія въ т. I, стр. 195.

³⁾ *Perrean. Rev. Crit.* 1902, t. 69, стр. 419: „Отношеніе между делинквентомъ и потерпѣвшимъ должно быть разсматриваемо, независимо отъ ихъ положенія къ третьимъ лицамъ“.

Иллюстрируемъ этотъ тезисъ примѣрами.

Chambre de Req. 19 mars 1901, Pand. Fr. 1901. 1. 236.

Г-нъ N. заказалъ постройку архитектору A. По приглашенію послѣдняго, онъ приказываетъ одному изъ рабочихъ подняться, что бы помочь ему, на лѣса; онъ былъ увѣренъ, что лѣса построены хорошо, но лично онъ не принялъ мѣръ предосторожности, что бы убѣдиться въ хорошемъ состояніи лѣсовъ. На самомъ же дѣлѣ лѣса не были хорошо укрѣплены, рушатся, рабочій падаетъ и получаетъ увѣчіе: Экспертиза устанавливаетъ, что хозяинъ (г. N) могъ легко замѣтить упущенія въ постройкѣ, если бы онъ потрудился изслѣдовать лѣса. Онъ присужденъ къ возмѣщенію рабочему убытковъ.

Тогда онъ обращается къ архитектору и требуетъ полного возмѣщенія ему присужденной съ него суммы.

Архитекторъ въ свою защиту указываетъ на „*faute commune*“. Хозяинъ—де—потерпѣлъ убытокъ, но по стеченію двухъ винъ: 1) плохая постройка лѣсовъ архитекторомъ, и 2) личная неосторожность хозяина, не изслѣдовавшаго прочность лѣсовъ, прежде чѣмъ приказать рабочему подняться на лѣса

„La Chambre de requêtes“ отвергла пріемлемость такой защиты. Конечно, патронъ былъ виновенъ, но *передъ кѣмъ?* Къ раненому рабочему, и только передъ нимъ, а не передъ архитекторомъ [„le patron n' avait commis aucune faute à l' égard du constructeur“]! Вотъ почему, архитекторъ обязанъ къ полному возмѣщенію суммъ, уплаченныхъ рабочему.

Cour de Cass. 21 janv. 1878 S. 1878. 2. 53.

Ж. д. служащій воспользовался содержаніемъ телеграммы къ начальнику станціи одного изъ пассажировъ, забывшаго въ W. C. свои цѣнности, и похищаетъ ихъ. Жел. дорога на искъ потерпѣвшаго пытается защищаться возраженіемъ самовины: „le vol a été facilité par l' imprudence, la négligence du voyageur“. Это возраженіе отвергнуто всѣми инстанціями. „Жел. дорога отвѣчаетъ передъ пассажиромъ въ полномъ размѣрѣ, и она не можетъ для ограниченія своей отвѣтственности ссылаться на собственную неосторожность пассажира: „considérant qu' il n'est relevé aucune *faute directe* de H. contre la Co“.

3) Старая судебная практика знала еще одно ограниченіе понятія самовины. Исходя изъ установившейся въ науцѣ права положенія: «qui suo jure utitur neminem laedit».

судебная практика, въ согласіи съ теоретической литературой, отвергла *виновность* поведенія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда это поведеніе, хотя бы и стоящее въ причинной связи съ поврежденіемъ, цѣликомъ входитъ въ автономную область хозяина, распоряжающагося своими интересами и своими благами по своему личному усмотрѣнію.

Нѣкоторыя экономическія условія городской торгово-промышленной жизни дали богатый матеріалъ для выработки такой доктрины въ интересующей насъ области зачета вины. Ростъ конкуренціи между коммерсантами заставляетъ ихъ въ цѣляхъ привлеченія покупателей украшать передній фасадъ ихъ магазиновъ особо дорогими зеркальными стеклами.

Казалось бы, что, вставляя дорогія витрины, коммерсантъ пользуется своимъ правомъ, и вопросъ о виновности его не можетъ и подниматься. Однако, судебная практика натолкнулась на недоумѣніе: не справедливо ли усмотрѣть въ самомъ фактѣ вставленія дорогой витрины такое обстоятельство, которое понижало бы отвѣтственность делинквента, напр. кучера, неосторожно разбившаго такую витрину.

Съ одной стороны, витрины, какъ предметъ роскоши, еще не получили большого распространенія въ городскомъ торговомъ оборотѣ, и лицо, разбившее ихъ, по справедливости могло сѣтовать на то, что оно не ожидало [и не должно было ожидать!], что имѣетъ дѣло съ исключительной обстановкой, обязывавшей его къ особой осторожности. Съ другой стороны, долженъ былъ получить удовлетвореніе и принципъ, хотя и старый, но не перестающій отъ этого быть менѣе вѣрнымъ: «*qui suo jure utitur neminem laedit*». Хозяинъ, вставляя дорогія витрины въ интересахъ привлеченія кліентовъ, пользуется своимъ правомъ и долженъ получить, поэтому, возмѣщеніе убытковъ въ полномъ размѣрѣ.

Въ виду такихъ взаимно сталкивающихся соображеній, изъ которыхъ каждое претендуетъ на признаніе его судомъ, судебная практика не могла сразу занять къ этому знаме-

нитоу вопросу [«bris de glace»] какой либо определенной позиции.

Въ пользу разрѣшенія вопроса въ смыслѣ принципа «qui suo jure utitur...» высказывается старая практика всѣхъ судебныхъ инстанцій. «Лавочникъ, который въ витрину вставляетъ роскошныя зеркальныя стекла, пользуется своимъ правомъ и не совершаетъ неосторожности. Поэтому, въ случаѣ разбитія этой витрины, отвѣтчикъ долженъ возмѣстить весь убытокъ цѣликомъ» ¹⁾).

Такова судебная практика въ 60—80-хъ годахъ прошлаго столѣтія. Однако, на ряду съ этой практикой мы находимъ рѣшенія, въ которыхъ высказывается діаметрально противоположный взглядъ.

Вотъ напр.:

Trib. de paix de Béziers 22 juillet 1866 D. 68. 3. 74.

Кучеръ г. Р. разбилъ при управленіи лошадью витрину г. Х. Судъ призналъ г. Х. виновнымъ: „онъ долженъ былъ принять всѣ мѣры предосторожности для сохраненія хрупкаго предмета, выставленнаго передъ прохожими, и эти мѣры должны быть приняты въ соображеніе цѣнности, хрупкости и тѣхъ опасностей, которымъ подвергался объектъ“... „Хозяинъ магазина, вставляя дорогія стекла въ витрину, совершаетъ длящуюся неосторожность („une imprudence permanente“), и потому разбившій не обязанъ къ полному возмѣщенію убытковъ“. Кучеръ г. Х. присужденъ къ половинной цѣнѣ витрины.

„Другое дѣло было бы—оговаривается судъ,—если разбитіе витрины было сознательно (volontaire), или имѣло мѣсто при совершеніи незаконнаго поступка или поступка не необходимаго для того, что бы осуществлять право циркуляціи на публичной дорогѣ: въ такомъ случаѣ причиненный вредъ былъ бы какъ бы добровольнымъ (quasi—volontaire) и долженъ быть цѣликомъ возмѣщенъ“.

¹⁾ *Dalloz. Codes Annotés (1874), Art. 1382, № 350, Dalloz. Responsabilité, № 230; Dalloz. Nouveau Code Civ. annoté. Art. 1382, № 568 и сл.—587 и сл. Trib. civ. d'Anvers 1 avr. 1865. D. 65. 3. 62; Trib. de paix de Bourb., 8 janv. 1867 D. 68. 3. 74; Cass. 8 janv. 1867 D. 68. 3. 74; Trib. com. Seine 21 nov. 1870, S. 77. 2. 23; Fontainebleau 17 mai 1876, S. 77. 2. 23; Avignon. 27 nov. 1888 S. 89. 2. 144; Nantes, 7 mars 1896, D. 1905. 2. 110; Trib. de paix de Lagny 7 févr. 1908, D. 1908. 5. 29.*

Въ этомъ рѣшеніи ¹⁾ проводится та точка зрѣнія, что потребности оборота: свободное движеніе экипажей и людей (публичный интерес!)—оправдываютъ несчастный случай, тогда какъ личный актъ лица въ его интересахъ («quasi—volontaire») кладетъ отвѣтственность цѣликомъ на его плечи.

Между этими двумя противоположными рѣшеніями во французской судебной практикѣ пробивается среднее теченіе, которому, повидимому, суждено, при авторитетной поддержкѣ со стороны ученыхъ писателей ²⁾, занять доминирующую позицію среди другихъ крайнихъ воззрѣній.

Это среднее мнѣніе можетъ быть резюмировано такъ. Вставленіе дорогихъ витринъ не образуетъ, само по себѣ, неосторожности хозяина магазина. Но не благоразумно со стороны коммерсанта украшать фасадъ своего магазина дорогими витринами, тогда, по крайней мѣрѣ, когда этотъ магазинъ расположенъ въ такой мѣстности, гдѣ циркуляція очень затруднена, вслѣдствіе узости и кривизны улицы ³⁾, слишкомъ большого оживленія на улицѣ ⁴⁾, вслѣдствіе выступленія фасада магазина изъ линіи домовъ ⁵⁾ и т. п.

Разъ подобная обстановка подвергаетъ витрины исключительному риску, потерпѣвшій коммерсантъ имѣетъ, въ случаѣ если онѣ будутъ разбиты, право лишь на вознагражденіе «réduite en proportion de l'imprudence qu'il a ainsi commise» ⁶⁾.

Такимъ образомъ, вина коммерсанта заключается не въ фактѣ пользованія предметомъ исключительно высокой цѣн-

¹⁾ См. еще *Dalloz. Code Annoté* (1870), № 352.

²⁾ *Dalloz. Responsabilité*, n^o. 230; *Ripert, Rev. Crit.* 1909, стр. 134.

³⁾ *Trib. com. de Cl.-Ferrand*, 12 nov. 1907 D. 1908. 2. 110 (искъ въ 130 fr. 60 с. былъ пониженъ до 60 fr.); *Dalloz. Responsabilité*, № 275, стр. 521.

⁴⁾ *Cass.* 3 mars 1883 S. 83. 2. 143.

⁵⁾ *Trib. de S. Briec*, 5 mars 1883, S. 1883. 2. 143 „lorsque la maison n'est pas à l'alignement“. *Béziers*, 22 juillet 1866 D. 68. 3. 74

⁶⁾ *Cass.* 3 mars 1883, S. 83. 2. 143.

ности, а въ томъ, что исключительныя условія подвергали витрины исключительному риску.

Иначе говоря, вина—не въ *вставленіи* витринъ для успѣха торговли, а въ *выставленіи* витринъ на встрѣчу опасности.

На этомъ примѣрѣ мы убѣждаемся, что французскіе юристы при конструированіи понятія самовины не успокаивались на традиціонномъ принципѣ: «*qui suo jure utitur neminem laedit*». Право на «*uti*» уживается въ ихъ представленіи съ понятіемъ неосторожности.

Вина, съ т. з. этого ученія не есть голый актъ неправомерности, а есть упречность [съ т. з. *bonus pater familias*] отношенія поведенія лица къ созданному третьими лицами событію.

Въ этомъ отношеніи, мы констатируемъ расширеніе понятія самовины за предѣлы понятія *вины* (делинквента). Въ самомъ дѣлѣ, само по себѣ указанное упречное поведеніе не способно было бы обосновать отвѣтственности передъ третьими лицами за убытки, если бы оно ихъ родило, но оно способно служить моментомъ, *понижающимъ* отвѣтственность противника, причинившаго убытки автору самовины.

4) Однако, послѣдняя формула нуждается опять-таки въ ограниченіи. Поведеніе потерпѣвшаго можетъ быть упречно съ т. з. «*bon père de famille*»; оно можетъ стоять въ казуальной связи съ вредомъ, но тѣмъ не менѣе оно не образуетъ «самовины» и не породить эффекта «*faute commune*», если вина потерпѣвшаго заключалась не столько въ участіи въ созданіи конечнаго вреда, сколько въ самомъ *соизволеніи* на вредоносное дѣяніе противника—делинквента.

Въ тѣхъ жизненныхъ отношеніяхъ, въ коихъ оба противника не столько враги другъ другу, сколько—соучастники въ одномъ общемъ преступленіи, трудно найти «виновнаго».

Таковы, на примѣръ, дѣла объ обольщеніи дѣвицы (séduction). Обязанъ ли обольститель возмѣстить убытки дѣвицъ «qui a de plein gré fait le sacrifice de sa pudeur»? [*Tourmel. Traité de la séduction* (1781), Ch. XI, Intr]. Судебная практика, въ согласіи съ доктриной ¹⁾, стоитъ на той точки зрѣнія, что обольщеніе не есть фактъ, рождающій право на возмѣщеніе.

Правда, обоснованіе этого принципа не нашло повсюду исполнѣ точнаго выраженія у юристовъ. Одни ²⁾ говорятъ о «faute commune». Другіе ³⁾ съ резонномъ отвѣчаютъ, что эта конструкція дала бы лишь право на *пониженіе* размѣра убытковъ, но не на исключеніе ихъ. Впрочемъ, и у первой и у второй категоріи юристовъ пробивается болѣе или менѣе ясно выраженная идея, что исключеніе отвѣтственности поκειται на принципъ «volenti non fit iniuria» ⁴⁾.

Тамъ, гдѣ сожителство было результатомъ взаимнаго увлеченія, свободной и сознательной воли обѣихъ, тамъ одна сторона не можетъ быть вознаграждена за либертинажъ, въ которомъ она сама участвовала ⁵⁾.

И, наоборотъ, если сожителство было опредѣлено «par des manœuvres dolosives», которыя уничтожаютъ свободу воли («libre arbitre») у жертвы ⁶⁾ или если «cause déter-

¹⁾ *Bosc*, о. с. 233; *Willems*, о. с. 65; *Sourdat*, I. № 662⁵.

²⁾ Ср. *Cass.* 5 juillet. 1875. S. 75. 2. 331; 6 juin 1881 S. 82, 2, 149; 27 mai 1892 S. 92. 2. 197.

³⁾ *Bosc*, о. с. 234.

⁴⁾ *Sourdat*, I, стр. 750: „autrement sa participation à la faute la rendrait non recevable à s'en plaindre; on lui dirait avec raison: volenti non fit iniuria!“.

⁵⁾ *Dijon* 10 Févr. 1892 S. 92. 2. 197; *Dijon* 27 mai 1892. D. 93. 2. 183; *Meaux*, 5 févr. 1895, *Le Droit*, 15 mars 1895; *Alger*, 13 févr. 1908, D. 1909. 2. 5; *Rouen*, 6 mai 1905 D. 1908. 2. 246; *Chambery* 17 mars 1908 D. 1909. 2. 263.

⁶⁾ *Nancy* 12 nov. 1896 D. 96, 2, 520; *Lyon*, 23 Janv. 1907 D. 1908. 2. 73.

minante de la séduction» было рѣшительное ¹⁾ обѣщаніе жениться,—соблазнитель отвѣчаетъ по иску объ убыткахъ въ полномъ размѣрѣ.

Правило содержащееся въ этихъ положеніяхъ обобщается судебной практикой: оно не примѣняется исключительно къ случаямъ «séduction», а, наоборотъ,—повсюду, гдѣ «т. к. желалъ отвѣтчикъ» конкурируетъ съ «т. к. желалъ пострадавшій» ²⁾).

§ 5. Зачетъ вины. Разложеніе убытковъ.

I.

Во Французскомъ Кодексѣ нѣтъ ни одной статьи, специально посвященной вопросу о зачетѣ вины. Въ области договорной законодатель въ ст. 1150—1151 указываетъ на ограниченіе ответственности неисправнаго контрагента: послѣдній отвѣчаетъ въ принципѣ лишь за убытки «qu'on a pu prévoir lors du contrat», и которыя представляютъ «une suite immédiate et directe» неисполненія договора.

Этими нормами охватываются случаи, 1) когда привходящая вина потерпѣвшаго привела къ вредоносному результату, 2) когда правонарушитель, благодаря винѣ потерпѣвшаго, не могъ предвидѣть всѣхъ результатовъ своей вины.

Въ деликтной сферѣ мы не находимъ и этихъ указаній. Наоборотъ, если бы мы примѣнили со всей строгостью начало § 1382, согласно которому всякая даже *legчайшая* вина делинквента влечетъ за собой отвѣтственность за убытокъ въ полномъ размѣрѣ, и если бы мы считались при опре-

¹⁾ Напр. такое обѣщаніе: „telle que la femme a dû nécessairement et invinciblement y croire“. Brux. 13 juillet. 1893, *Pasicrisie*. 1894. 2. 17; Paris. 14 févr. 90 D. 91. 2. 309; Paris, 4 juin 92 D. 92. 1. 558; Cour d'appel Chambéry, 17 mars 1908, D. 1909. 2. 263; *Sourdat*. I, стр. 754 *требуешь*, чтобы „abandon“ былъ „le fruit de la surprise, d'une contrainte physique ou morale“ (здесь же приведена и суд. практика).

²⁾ См. ниже статью: „Грижд. отвѣтственность дуэлянтовъ“.

дѣленія объема отвѣтственности съ условно-каузальной теоріей, излюбленной судебной практикой, то мы изначала въ правѣ были бы ожидать, что понятію самовины съ присущимъ ему юридическимъ эффектомъ нѣтъ и не можетъ быть мѣста во французской юриспруденціи.

Французскіе юристы, однако, такого вывода не сдѣлали. Указанныя нами соображенія побудили ихъ только сдѣлать такое заключеніе: «такъ какъ § 1382 не ограничиваетъ отвѣтственности того, чьей виной созданъ убыточный фактъ. тѣмъ случаемъ, что эта вина была единственной причиной этого факта, то то обстоятельство, что потерпѣвшая сторона сама совершила проступокъ, который не остался чуждымъ вреду, можетъ уполномочить судью *умѣрить убытки*, но не освободить вовсе отъ отвѣтственности того, кто былъ непосредственнымъ авторомъ убытка» ¹⁾).

Въ этой ставшей уже банальной въ рѣшеніяхъ французскихъ судовъ формулѣ ²⁾ выражается единодушное воззрѣніе французскаго юридическаго міра по вопросу о вліяніи вины потерпѣвшаго на отвѣтственность делинквента ³⁾).

¹⁾ Cass. 10 nov. 1884. S. 85. 1 129; 11 nov. 1896 D. 93. 228; 12 déc. 1893 D. 95. 1. 126; 7 août 1895 D. 96. 1. 81; 28 mars 1900 D. 1900 1. 280. Старая судебная практика отвергала искъ объ убыткахъ въ случаяхъ „*contravention aux règlements*“ потерпѣвшаго. Напр. двѣ неосвѣщенныя кареты сталкиваются на улицѣ ночью. 14 déc. 1846 S. 48. 2. 542; 17 janv. 1844, S. 44. 2. 401; 16 juin 1864 D. 65. 1. 498. При тѣхъ же условіяхъ, виновный отвѣтчикъ не могъ спастись путемъ „*exception de la faute commune*“. Rej. 9 août 1837. D. 40. 1. 353; Douai, 20 déc. 1839 S. 40. 2. 471; Lyon, 19 juil 1862. D. 63. 5. 329.

²⁾ Принципъ юриспруденціи формулированъ въ Проектѣ *Дорана*: „La faute de la partie lésée ne dispense pas l'auteur du fait dommageable de répondre de sa faute. Mais le tribunal prendra cette circonstance en considération pour modérer les dommages-intérêts“. *Pand. Belges. Responsabilité*, № 1066.

³⁾ Указанныя нами основныя положенія общаго ученія о возмѣщеніи убытковъ все же отразились на саму постановку вопроса о зачетѣ вины.

Французскіе юристы не знаютъ излюбленнаго нѣмецкими юристами понятія о *перерывѣ причинной связи*. Вина потерпѣвшаго можетъ исключить отвѣтственность делинквента, но не въ свойствѣ момента, *прерывающаго* причинную связь между деликтомъ и вредомъ, а въ качествѣ или *исключительной причины* несчастія, или *первичной вины* (*faute initiale*) въ созданіи вреда.

II.

Мы приступаемъ теперь къ разсмотрѣнію послѣдняго, но наиболѣе важнаго вопроса: по какому *масштабу* французскіе юристы *распредѣляютъ отвѣтственность* между сторонами при наличности «*faute commune*»?

Во всѣхъ рѣшеніяхъ мы находимъ ссылки на соображенія *справедливости* для оправданія ограниченія отвѣтственности делинквента при наличности вины потерпѣвшаго; судьи не находятъ юридическихъ мотивовъ для обоснованія такихъ рѣшеній. Да, это имъ и было бы нелегко, разъ Французскій Кодексъ, какъ мы видѣли выше (§ I), не даетъ рѣшительно никакихъ указаній о мѣрѣ отвѣтственности совокупныхъ должниковъ.

«Если потерпѣвшій погрѣшаетъ противъ заботы и вниманія примѣняемыхъ хорошимъ хозяиномъ въ управленіи его дѣлами, было бы *противнымъ справедливости* даровать ему возмѣщеніе убытка, которому онъ самъ даетъ поводъ или который онъ могъ легко избѣжать. При обоюдной винѣ отвѣтственность должна быть распределена въ *справедливой пропорціи*» ¹⁾).

Какъ же понимаетъ французская судебная практика «справедливость»? Какой масштабъ является для нихъ руководящимъ при распределеніи отвѣтственности между делинквентомъ и потерпѣвшимъ?

Борьба двухъ ученій въ области теоретической литературы по вопросу о вліяніи степени вины на объемъ присуждаемаго съ отвѣтчика убытка отразилась и на практическое разрѣшеніе вопроса о распределеніи убытковъ между сторонами при взаимной винѣ.

По одному ученію «*c'est à la faute que doit être proportionné la réparation*» (Dalloz, Sourdat, Proudhon, Laurent), по другому воззрѣнію: «*la seule base d'après laquelle*

¹⁾ *Pand. Belges. Responsabilité*, № 1101.

doit être calculé le chiffre des dommages—intérêts à allouer est l'étendue du prejudice allégué et prouvé» [Muteau, Bosc и др.]. Соответственно этому ¹⁾, первая категория юристов масштабом распределения убытков между сторонами выставляет принцип *виновности* [«la gravité des fautes respectives»]. Вторая категория юристов выставляет, наоборот, принцип *причинения*: важна не та или другая степень вины каждой стороны; надо рассматривать эти вины исключительно в их отношении к вреду. [«Chacun doit compte du préjudice causé par sa faute»] ²⁾.

Надо, впрочем, оговориться, что настоящая контроверза не имѣетъ на французской почвѣ большого практическаго значенія. Французскіе юристы безъ различія школъ и направленій вѣрны до сихъ поръ ихъ принципиальному и основному воззрѣнію на сущность *вины*, какъ на понятіе *объективное*, въ которомъ превалируетъ моментъ *каузальный* ³⁾. Вотъ почему, вопросъ о масштабѣ, коимъ долженъ руководиться судья при распределеніи ответственности при «взаимной винѣ», теряетъ остроту интереса въ устахъ французскаго юриста ⁴⁾. Вопросъ о масштабахъ—виновности

¹⁾ Тѣсной взаимной связи между каждымъ изъ этихъ двухъ направленій, съ одной стороны, и вопросомъ о масштабѣ разложенія убытковъ, конечно, нѣтъ. Мы говоримъ лишь объ общихъ тенденціяхъ.

²⁾ Это расхожденіе въ отправныхъ пунктахъ обусловило собой и разницу во взглядахъ на объемъ полномочій суда въ дѣлѣ распределенія ответственности при «взаимной винѣ». По господствующему ученію, вина потерпѣвшаго *можетъ* уполномочить судъ понизить цифру убытковъ, которые могли быть должными. По ученію юристовъ второй категоріи, суды не только уполномочены къ такой свободной оцѣнкѣ, но и *обязаны* къ ней: «не считаться точно съ частію вреда, причиненнаго каждой стороной, независимо отъ степени вины ихъ, означало бы освободить одного отъ ответственности, которую онъ навлекъ на себя, чтобы возложить ее несправедливо на другого!» (Muteau, о. с. 431).

³⁾ См. т. I, гл. I, стр. 80 и сл. настоящаго изслѣдованія.

⁴⁾ Ср. напр. Sourdat, I, § 660 и § 662 ter. Авторъ масштабомъ выставляетъ «gravité de la faute», а, съ другой стороны, выражается такъ: «les tribunaux doivent arbitrer jusqu' à quel point la faute de l'un et celle de l'autre sont intervenues comme élément dans la perte, et faire supporter à chacun la valeur, proportionnellement à ce qui lui est imputable». Ripert, L'exercice des

или причиненія—не выходитъ, такимъ образомъ, изъ области чисто теоретическихъ разсужденій.

Наше замѣчаніе оправдывается и изученіемъ судебной практики. Французская судебная практика въ общемъ и цѣломъ стоитъ на принципѣ виновности, какъ масштабъ разложенія вреда при обоюдной винѣ ¹⁾ ²⁾.

Изъ французской юриспруденціи мы извлекаемъ слѣдующія положенія.

1. Лицо, которое, потерпѣло ущербъ исключительно вслѣдствіе своей неосторожности, должно пенять на самого себя и не можетъ получить возмѣщенія убытковъ даже въ пониженномъ размѣрѣ.

Приведемъ нѣсколько наиболѣе интересныхъ казусовъ

Requête. 28 oct. 1895 D, 96. 1. 179. Легковѣрный крестьянинъ довѣряетъ таланту шарлатана найти источникъ воды. Этотъ совершаетъ на его участіи пассы и церемоніи „plus naïves que mystérieuses“ и затѣмъ удаляется, не найдя ничего и унося съ собой условленный гонораръ. Искъ объ убыткахъ не уваженъ, ибо обманъ былъ слишкомъ очевиденъ „et la victime s' était montrée par trop naïve“.

Cass. 17 janv. 1844 S 44. 2. 407. Въ бюро К^о. Омни-

droits et la responsabilité civile. Rev. Crit. 1906, стр. 355. „Tout dommage doit être réparti entre l'auteur et la victime dans la mesure où chacun d'eux l'a causé par son fait“. [Здѣсь же приведена французская литература].

¹⁾ На той же почвѣ стоитъ и бельгійская суд. практика. *Pand. Belges, Responsabilité, № 1160* „Quand il a faute commune, le juge doit proportionner la réparation du dommage à la faute de chacun“.

²⁾ Соразмѣряетъ ли французская судебная практика объемъ ответственности степенью виновности отвѣтчика? Какъ общее правило, такого положенія французская юриспруденція не знаетъ. Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ судъ понижаетъ возмѣщаемые убытки, если убытки непомѣрно велики, а вина отвѣтчика минимальна. Въ другихъ рѣшеніяхъ отвѣтственность соразмѣряется степенью вины: преимущественно въ случаяхъ abordage двухъ кораблей: каждый капитанъ, виновный въ abordage, отвѣчаетъ „en proportion de la gravité de sa faute“. *Cass. 15 nov. 1871 D. 73. 1. 341; 30 juin 1879 S. 81. 1. 109. 15 lévr. 1872 D. 73. 3. 57.* То же соизмѣрение отвѣтственности „suivant la gravité plus ou moins grande de la faute commise“ мы встречаемъ при отвѣтственности нотариусовъ за упущенія по службѣ. *Note, Dall. 1865. 2. 14.*

бусовъ было отказано въ выдачу билета г. В., по причинѣ переполненія омнибуса. Г. В., тѣмъ не менѣе, по соглашенію съ кондукторомъ, нагоняетъ въ дорогѣ омнибусъ и садится на имперіаль. Вслѣдствіе ветхости омнибуса и его переполненія, онъ опрокидывается въ пути, и г. В. получаетъ увѣчіе. Онъ предъявляетъ искъ къ К^о. Омнибусовъ. Въ искѣ отказано: „il n'est pas fondé à réclamer des dommages—intérêts pour un fait qui lui est personnel“.

Paris. 13 avr. 1892 D. 93. 2. 225. Въ искѣ объ убыткахъ отказано пассажиру. Его вина заключается въ томъ, что не смотря на предостереженія служащаго, онъ опирается о дверь вагона.

Seine, 11 févr. 1896. Le Droit, 10 avr. 1896. Всадникъ, желая обогнать другого, проѣзжаетъ слишкомъ близко отъ чужой лошади, и получаетъ ударъ копытомъ отъ послѣдней. Его искъ не уваженъ.

Во всѣхъ этихъ казусахъ французскіе суды исходятъ отъ принципа Помпонія—«*quod quis ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum sentire*», въ его тривиальной интерпретации: самъ потерпѣвшій виновенъ въ созданіи того вреда, который онъ потерпѣлъ. Если виновенъ также и отвѣтчикъ, то вина его не вызываетъ такого чувства возмущенія, какъ вина истца: послѣдняя, поэтому должна разсматриваться, какъ первичная причина несчастія.

И это правило имѣетъ силу безусловнаго принципа въ тѣхъ случаяхъ, когда искомый вредъ имѣетъ первичной причиной несоблюденіе самимъ потерпѣвшимъ полицейскихъ правилъ и регламентовъ ¹⁾).

Этотъ принципъ имѣетъ своимъ противоположеніемъ другое начало, устанавливающее безусловную обязанность *отвѣтчика* въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ погрѣшилъ противъ законовъ, ограждающихъ личную неприкосновенность лицъ или какія либо полицейскія правила безопасности.

Разъ отвѣтчикъ нарушилъ правило, установленное въ публичныхъ интересахъ, онъ отвѣчаетъ безусловно, и вина

¹⁾ *Pand. Belges Responsabilité, n^o. 1119 Larombière. Théorie et pratique des obligations, t. VII, стр. 562.*

потерпѣвшаго способна лишь понизить, но отнюдь не исключить его отвѣтственность.

Это начало мы извлекаемъ изъ слѣдующихъ рѣшеній.

Cass. 20 août 1879. S. 80. 1. 55. Пассажиръ соскочилъ на ходу трамвая и, запутавшись въ чужихъ ногахъ лицъ, толпившихся на подножкѣ платформы, упалъ и получилъ увѣчье. Его некъ уваженъ въ пониженномъ размѣрѣ. Вина кондуктора — въ томъ, что онъ допустилъ толпу на платформѣ и не остановилъ трамвая. „Эти факты образуютъ на его сторонѣ нарушенія правилъ, предписанныя въ интересахъ публичной безопасности и дѣлаютъ отвѣтственной К^о. Трамваяевъ, у которой онъ былъ служащимъ (préposé), т. е. они содѣйствовали паденію г. Х., какая бы то ни была, впрочемъ, неосторожность, допущенная потерпѣвшимъ, слѣзавшимъ изъ вагона на ходу...“.

Cass. 5 août 1897 S. 98. 2. 39. Въ силу полицейскихъ правилъ о циркуляціи омнибусовъ въ Парижѣ, кондуктора обязаны остановить омнибусъ по первому требованію пассажировъ и помочь, какъ вылѣзть, такъ и влѣзть, въ особенности дѣтямъ и женщинамъ. Неисполненіе этой обязанности кондукторомъ обосновываетъ гражд. отвѣтственность К^о. Омнибусовъ передъ потерпѣвшимъ пассажиромъ.

Въ данномъ случаѣ вина кондуктора заключалась въ томъ, что онъ 1) не остановилъ омнибуса, 2) не помогъ г-жѣ В сойти прежде полной остановки омнибуса, 3) не помогъ ей сойти и не предупредилъ ее, что спѣхъ связанъ съ опасностью.

Но тотъ фактъ, что пассажиръ (въ данномъ случаѣ — женщина) не выждала полной остановки вагона, составляетъ ее неосторожность, которая не уничтожаетъ, но ограничиваетъ отвѣтственность Компаніи.

Cour d' Amiens. 1 août 1905. D. 1908. 2. 316.

Циклистъ отвѣтственъ, если на перекресткѣ двухъ улицъ онъ заворачиваетъ слишкомъ широко и переѣзжаетъ на лѣвую сторону дороги, гдѣ находится прохожій, котораго онъ долженъ былъ замѣтить и избѣгнуть. Однако, искомый убытокъ долженъ быть пониженъ, такъ какъ потерпѣвшій самъ совершилъ неосторожность, переходя на лѣвую сторону въ моментъ, когда онъ видѣлъ, что циклистъ приближается съ этой стороны, вмѣсто того, что бы остаться на правой сторонѣ улицы.

Въ ихъ взаимной винѣ (faute commune) первичная причина (cause première) лежитъ на сторонѣ отвѣтчика; но истецъ былъ

также неостороженъ. Поэтому искъ присужденъ въ размѣрѣ 4000 fr. (вм. искомыхъ 50000 fr.).

Cour d' Amiens, 27 juillet 1905. D. 1908. 2. 316.

Автомобилистъ совершаетъ вину, которую онъ долженъ возмѣстить, если, замѣтивъ издалека на широкой и прямой дорогѣ пѣшехода онъ ограничился дачей сигнала рожкомъ и крикомъ, вмѣсто того, что бы остановить автомобиль, когда онъ убѣдился въ томъ, что его сигналы не были услышаны; онъ виновенъ и въ томъ, что, взявъ лѣвую сторону, вмѣсто правой стороны, онъ сдѣлалъ ложный маневръ, послѣдствіемъ коего было пораненіе пѣшехода. Но отвѣтственность автомобилиста понижена въ широкой мѣрѣ, если потерпѣвшій, страдающій глухотой, былъ такъ грубо неостороженъ, что шелъ вдоль дороги, не оглядываясь, что бы убѣдиться, что нѣтъ опасности отъ экипажа.

II. Для примѣненія принципа «faute commune» необходимо, что бы обѣ вины—и истца и отвѣтчика—стояли въ каузальномъ отношеніи къ вреду: *каждое виновное дѣяніе должно быть самостоятельнымъ звеномъ въ каузальной серіи, приведшей къ вреду*. Посему если вина одной стороны обязана своимъ существованіемъ винѣ другой стороны, то она не обладаетъ требуемой самостоятельностью и лишается со-отвѣтствующей функціи: или 1) обосновать отвѣтственность (делинквента), или 2) повязать претензію (потерпѣвшаго). Стороны въ первомъ случаѣ отсылаются судьей «dos à dos», во второмъ случаѣ делинквентъ лишается эксцепціи самовины.

Cass. 31 juil. 1894. S. 94. 1. 493. „Искъ о возмѣщеніи убытковъ, основанный исключительно на словесныхъ оскорбленіяхъ, произнесенныхъ противъ истца, можетъ быть отвергнутъ, если констатировано, что эти оскорбленія были вызваны самимъ истцомъ, который самъ грубо оскорбилъ отвѣтчика“.

Cass 14 déc. 1846 S. 48. 2. 542. Въ темную ночь на дорогѣ встрѣтились двѣ новозки. Одинъ изъ кучеровъ раненъ, вслѣдствіе того, что другой не уступилъ ему половины мостовой, согласно полицейскому регламенту.

Онъ, однако же, не можетъ требовать убытки отъ послѣдняго, если онъ самъ не освѣтилъ своей новозки.

Cass. 10 janv. 1877 S. 77. 2. 336:

„les patrons sont tenus de prémunir autant que possible leurs ouvriers contre leurs propres imprudence et légèretés“.

Последній принципъ, выработанный въ специальной сферѣ фабрично-заводскихъ отношеній, былъ обобщенъ судебной практикой ¹⁾. Зачетъ вины не допускается, хотя несчастный случай обязанъ непосредственно и цѣликомъ неосторожности самого потерпѣвшаго, если отвѣтчикъ былъ первой виной въ воспроизведеніи печальнаго событія, т. е. былъ причиной или виной неосторожности потерпѣвшаго. Иначе говоря.—делинквентъ отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ, если,—не будь его вины, вина потерпѣвшаго не имѣла бы мѣста ²⁾.

Тотъ же самый эффектъ—обращеніе сторонъ «dos à dos» —мы встрѣчаемъ во французской юриспруденціи,— правда, не въ видѣ общаго правила,—въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣ стороны являются другъ къ другу и потерпѣвшими и истцами по взаимно нанесенному вреду. Общюдность деликтовъ и убытковъ между сторонами можетъ путемъ извѣстнаго рода компенсаціи лишить ихъ взаимныхъ притязаній на убытки ³⁾.

Напр. Cass. 23 nov. 1852 D. 53. 2. 137.

Два торговца, виновные другъ передъ другомъ въ безчестной конкуренціи, именно, въ публикаціи такихъ лживыхъ свѣдѣній, которыя способны повредить репутаціи ихъ товаровъ, не имѣютъ иска другъ къ другу.

III. Если потерпѣвшій допустилъ грубую вину (*faute lourde*) ⁴⁾ въ созданіи («*faute initiale*») или неотвращеніи вреда, а делинквентъ виновенъ лишь въ легкой

¹⁾ *Pand. Belges. Responsabilité, № 1202.*

²⁾ *Pand. Belges., Responsabilité. № 1181:* „en matière civile, la réciprocité des torts et la provocation doivent être prises en considération pour apprécier le degré de gravité de la faute commise“.

³⁾ Таковы случаи abordage, происшедшаго по винѣ обоихъ капитановъ. Такого рода abordажъ „ne peut être attribué qu'à un hasard inévitable“. [См. Рѣшеніе консульскаго франц. суда въ Константинополѣ, Cass. 15 nov. 1871 D. 73. 1. 341].

⁴⁾ Такой *грубой виной* безусловно считается несоблюденіе потерпѣвшимъ полицейскихъ регламентовъ, если несчастіе обязано этой виной, какъ ~~причинной~~ причинъ («*faute première*») *Pand. Bel. Respons., № 1119.*

неосторожности, ответственность не возникает, и убыток цѣликомъ падаетъ на голову потерпѣвшаго.

Pand. Belges. Responsabilité, № 1101. Если виновный въ абордажѣ капитанъ судна желаетъ избѣгнуть ответственности, онъ долженъ доказать, что потерпѣвшій „ait manqué aux règles de la prudence la plus vulgaire“.

Eod. № 1106. Хозяинъ печатной мастерской, коему поручено изготовленіе бланковъ, не отвѣчаетъ, если рабочій украдетъ нѣсколько погашенныхъ лоттарейныхъ билетовъ и пустить ихъ въ обращеніе, если мѣняла, купившій ихъ, допустилъ самъ грубую вину, не провѣривъ ихъ и не усмотрѣвъ, что эти билеты не имѣютъ ручной подписи, что должно было обнаружить ихъ поддѣльность.

IV. Грубая вина потерпѣвшаго не подпадаетъ цѣликомъ ответственности ответчика, если на сторону послѣднюю лежитъ тяжелая вина.

Pand. Belges. Respons., № 1176. Ж. д. барьеръ по винѣ служащаго не былъ закрытъ. Неосторожность потерпѣвшаго заключалась въ томъ, что онъ пересѣкалъ путь, не осматриваясь и имѣя на головѣ мѣшокъ. Его грубая неосторожность „compense dans une certaine mesure la faute plus grave du préposé de l'Etat“.

Eod. № 1189. Корабельщикъ выбралъ мѣстомъ стоянки очень опасное мѣсто, при сліяніи двухъ рѣкъ, гдѣ онъ подвергалъ себя опасности отъ неправильнаго теченія и отъ часто проходящихъ букириныхъ пароходовъ. Вслѣдствіе неосторожности другого корабельщика, произошелъ абордажъ. Неосторожность первого корабельщика, который создалъ опасность абордажа, образуетъ на его сторонѣ первичную вину, даже тогда, когда рискъ могъ быть избѣгнутъ, если бы третье лицо маневрировало иначе. Корабельщикъ этотъ частично отвѣтственъ за убытокъ, созданный совпаденіемъ его вины съ чужой виной.

Cour de Douai. 2 juil. 1851 D. 53. 2. 126. Въ случаѣ объявленія завѣщанія ничтожнымъ, вслѣдствіе родства одного изъ свидѣтелей съ легатаріемъ, нотаріусъ долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ передъ послѣднимъ, если доказано, что онъ допустилъ небрежность, не принявъ къ свѣдѣнію или не выяснивъ этихъ родственныхъ отношеній. Онъ отвѣчаетъ даже въ томъ случаѣ, когда эти свидѣтели представлены самимъ завѣщателемъ. Однако, судьи могутъ, принимая въ соображеніе обстоятельства дѣла, понизить

въ известной мѣрѣ, диктуемой справедливостью, его отвѣтственность. Претензія въ 6000 фр. присуждена въ размѣрѣ 2500 франковъ

Cass. 11 nov. 1891 D. 92. 1. 427. Мулъ истца находился на попятѣ жел. дороги и былъ раздавленъ поѣздомъ.

Этотъ проступокъ не могъ уполномочить жел. дор. служащихъ причинить убытокъ хозяину мула, 'разъ этотъ убытокъ могъ быть избѣгнутъ, и, слѣдовательно, — имѣлъ причиной ихъ неосторожность или невниманіе.

Cass. 27 janv. 1903 D. 1905. 2. 255. Прислуга (бонна) по непростительной неосторожности стала съ двухлѣтнимъ ребенкомъ на пути трамвая въ ожиданіи вагона. Въ послѣднее мгновеніе она успѣла отскочить, но ребенокъ, скрытый отъ вагоновожатаго платьемъ бонны, былъ раздавленъ трамваемъ. Вина на той и другой сторонѣ — трамвая и прислуги. Неосторожность прислуги супруговъ М., какъ бы она тяжела ни была, безсильна уничтожить еще болѣе значительную неосторожность служителей трамвая.

Но отвѣтственность должна быть ограничена. Хотя въ данномъ случаѣ вина не на сторонѣ самого пострадавшаго (ребенка), а — третьяго лица (бонны), но здѣсь надо примѣнить принципъ „обоюдной вины“ ¹⁾.

V. Если потерпѣвшій допустилъ легкую вину, его притязаніе сохраняется, но понижается, если только эта вина не образуетъ первичной и исключительной причины несчастія.

Trib. Civ. de la Seine 25 mars—31 mars 1900, Gaz. des Trib., 1900, 1 avril. Въ 1898 г. докторъ В. выдалъ своей больной пациенткѣ рецептъ, въ составъ котораго входили различные токсическіе элементы, въ частности атропинъ.

Ученикъ аптекаря Ф., изготовлявшій лекарство, по ошибкѣ усилилъ дозу атропина. У пациентки обнаружились симптомы отравленія, и она немедленно пригласила доктора В., который, будучи увѣренъ въ безвредности прописаннаго состава, что бы успокоить пациентку, выпиваетъ остатокъ лекарства и въ свою очередь заболеваетъ отравленіемъ. Онъ подаетъ искъ къ аптекарю Ф. въ 5000 фр.

¹⁾ Судъ упускаетъ здѣсь изъ виду, что въ данномъ случаѣ погрѣшавшимъ (истцомъ) является не ребенокъ (его уже нѣтъ въ живыхъ!), а родители его, которые ищутъ отъ своего имени. Поэтому, должна быть принята во вниманіе ихъ вина, напр. *culpa in eligendo*.

за имущественный и моральный вред. Судъ присудилъ ему только 500 фр., принимая въ соображеніе непредусмотрительность (*imprévoyance*¹), которую онъ допустилъ, проглотивъ составъ.

Cour d' Amiens, 27 juil. 1905 S. 1906. 2. 270. Потерпѣвшая страдающая глухотой, пересѣкая улицу, попала подъ автомобиль. Она виновна, т. к. должна была чаще оборачиваться, въ виду автомобильнаго движенія; ей присуждено, поэтому, лишь часть убытковъ.

Pand. Belges. I. c. № 1128. Лицо небрежно даетъ свидѣтельство въ хорошемъ поведеніи порочному лицу. Его ответственность должна быть понижена, если потерпѣвшій виновенъ самъ „*par la confiance excessive*“.

Cass. 23 Oct 1888. D. 89. 1. 190 [cp. Cass. 16 juil. 1889 D. 90. 1. 488; Grenoble, 28 Mars. 1900 D. 1901. 2]. Если собственникъ и архитекторъ оба виновны: первый тѣмъ, что выставилъ условія, которыя исключали прочность работы, второй тѣмъ, что послѣдовалъ чертежамъ и указаніямъ собственника [*Il devait l' éclairer et mettre à son service sa compétence technique*“]—ответственность должна быть раздѣлена между ними.

Cour d' Appel Orleans. 23 juin 1909 D 1909 2. 355.

Вина нотариуса, даващаго невѣрную справку кліенту, по обстоятельствамъ дѣла [убытокъ обязанъ цессіи обязательства, свѣдѣнія, которыя онъ упустилъ сообщить, находились въ особой главѣ: „частныя соглашенія“, онъ вполне обоснованно могъ думать, что его кліентъ никогда не будетъ претендовать на неправильность редакціи акта] находить нѣкоторое оправданіе. Третье лицо—жертва невниманія нотариуса—не могло не знать по обстоятельствамъ дѣла [цессія обязательства въ 50250 fr. за 40000 fr.], что оно подвергалось извѣстному риску. Посему, искъ въ 41000 fr къ нотариусу пониженъ до 20000 fr.

VI. Французскимъ судамъ приходилось разрѣшать казусы, въ коихъ отвѣтчикомъ или истцомъ является не самъ правонарушитель или потерпѣвшій, а лицо которое (по закону или договору) ихъ заступаетъ. При разрѣшеніи этой категоріи случаевъ, судебная практика руководствуется слѣдующими принципами.

1. «Гражданскій отвѣтчикъ» не можетъ ссылаться на *ex c^o*. самовины въ отвѣтъ на искъ потерпѣвшаго,

если такою возраженія не имѣетъ лицо, которое онъ заступаетъ. Примѣры этому положенію мы привели выше, въ т. I, стр. 450—451 ¹⁾).

2. Истецъ долженъ терпѣть *exce^o*. самовины, постигаемой въ упрекъ не ему лично, а тѣмъ третьимъ лицамъ, которыя являются его законными представителями (правоходатели, родители и пр.).

Pand. Belges. Responsabilité, № 1094. Ребенокъ со своими сверстниками пользуется случайной отлучкой сторожа и катитъ вагонетку по рельсамъ. Эта игра стоитъ ему жизни. Онъ—жертва своей собственной неосторожности и недостатка надзора его родителей.

Eod. № 1186. Если отецъ взыскиваетъ съ патрона убытки, причиненные его сыну несчастнымъ случаемъ въ опасной работѣ (производство фосфора), надо считаться при вычисленіи убытковъ съ тѣмъ, что онъ не воспрепятствовалъ его сыну работать въ столь опасной индустріи.

Eod. № 1187. Не свободенъ отъ всякой вины отецъ, который позволяетъ малолѣтнему сыну опереться на дверцы ж. д. вагона, хотя онъ не увѣренъ, что они заперты установленнымъ порядкомъ.

Cour de Nancy 27 déc. 1899 D. 1900. 2. 379. Малолѣтняя дѣвочка ремесленника была раздавлена трамваемъ въ тотъ моментъ, когда она пересѣкала путь. Установлено, что тормоза трамвая были въ неисправности. Судъ присуждаетъ пекъ родителей дѣвочки полностью (15 тыс. франковъ) „не находя по обстоятельству дѣла (въ частности въ виду социальнаго положенія родите-

¹⁾ *Базуъ съ велосипедомъ, присвоеннымъ несовершеннолѣтнимъ мальчишкой В., разрѣшенъ неожиданно въ противоположномъ смыслѣ. Парижскій гражданскій судъ въ искѣ фабриканту г. М. къ родителям В. отказалъ, на томъ основаніи, что потерпѣвшій „не собралъ свѣдѣній о мальчикѣ, иначе онъ узналъ бы о его плохихъ наклонностяхъ и даже судимости“. Неправильность такого разсужденія бросается въ глаза. Вѣдь, г. М. ни въ чемъ не виноватъ передъ В.! Передъ воромъ не можетъ быть вины, и воръ не можетъ извиниться оплошностью потерпѣвшаго. Кроме того, вина фабриканта здѣсь незначительна (нельзя же требовать отъ него наведенія справокъ о судимости!). А вина родителей В.—въ плохомъ воспитаніи ребенка.—Не думаемъ, что бы это разсужденіе [Trib. Civ. de la Seine. 6 févr. 1894] вытекало изъ общаго принципа, усвоеннаго французскою юриспруденціей. Оно, скорѣе всего, обязано своимъ происхожденіемъ отъ вѣсть стороннихъ соображеній и влияній*

лей) возможным упрекнуть родителей въ недостаткѣ надзора за ребенкомъ“.

Cour de Douai. 2 juil. 1851 D. 53 2. 136. Въ случаѣ объявленія завѣщанія ничтожнымъ, вслѣдствіе родства одного изъ свидѣтелей съ легатаріемъ, нотаріусъ долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ передъ послѣднимъ, если доказано, что онъ допустилъ небрежность, не принявъ къ свѣдѣнію или не выяснивъ этихъ родственныхъ отношеній. Онъ отвѣчаетъ даже въ томъ случаѣ, когда эти свидѣтели представлены самимъ завѣщателемъ; однако, судьи могутъ, принимая въ соображеніе обстоятельства дѣла, понизить въ известной мѣрѣ. требуемой справедливостью [*dans certaines proportions commandées par l'équité*], его отвѣтственность. Искъ въ 6000 fr. пониженъ до 2.500 fr

3. *Посредственно пострадавшія третьи лица (истцы) должны терпѣть уменьшеніе своихъ притязаній по возраженіи самовины, представленному отвѣтчиками.*

Cour de Grenoble 19 janv. 1897 D. 98. 2. 390. Ж. д. рабочій задавленъ поѣздомъ. Установлена вина жел. дороги и рабочаго. Вдовѣ и дѣтямъ присуждена уменьшенная рента, вслѣдствіе вины непосредственно пострадавшаго

§ 6. Критика основныхъ положеній, выработанныхъ французской юриспруденціей.

Окидывая взглядомъ всю судебную практику въ Франціи по интересующему насъ вопросу, мы констатируемъ глубокое различіе, отдѣляющее французскую юриспруденцію отъ юриспруденціи германской.

Тогда какъ юристы въ Германіи ищутъ оправданіе зачета вины въ общихъ принципахъ права: пониженіе или погашеніе обязанности возмѣстить убытки является для нихъ *логическимъ послѣдствіемъ* установившихся и обще признанныхъ въ наукѣ положеній, юристы во Франціи правовымъ основаніемъ зачета вины выставляютъ общія соображенія *справедливости*, не приурочивая послѣднихъ къ какой либо юридической предпосылкѣ. Въ большинствѣ рѣшеній французскіе суды моти-

вируютъ ограниченіе отвѣтственности делинквента при винѣ потерпѣвшаго соображеніями справедливости. Въ другихъ рѣшеніяхъ они, не опираясь открыто на юридическія послылки, приходятъ къ предвзятому рѣшенію кружнымъ путемъ. Пользуясь суверенной властью оцѣнки фактической стороны правовыхъ вопросовъ, они, смотря по обстоятельствамъ дѣла, высказываютъ ббольшую или меньшую строгость при констатированіи *вины*: приписывая тотъ или другой объемъ *рачптельности* объективному абстрактному типу «*bon père de famille*», они или признають или отрицають въ данномъ случаѣ *вину* на той или на другой сторонѣ ¹⁾. Опредѣляя по своему свободному усмотрѣнію размѣръ присуждаемыхъ убытковъ, они внесли извѣстную пропорціональность между *степенью вины* и размѣромъ возмѣщенія ²⁾, и въ винѣ потерпѣвшаго усматривали моментъ, понижающій виновность *отвѣтчика*.

Намъ думается, что такое направленіе французской судебной практики по изслѣдуемому нами вопросу, обязано *нѣмъ* причинамъ: 1) полному отсутствію законодательнаго *матеріала*, могущаго служить французскимъ юристамъ отправнымъ пунктомъ для ихъ построеній и 2) неразработкѣ ученія о причинной связи во французской литературѣ ³⁾. Французскіе практики имѣють, такимъ образомъ, въ области взаимной *вины* «*tabula rasa*»: они выступаютъ здѣсь съ свободными руками и какъ законодатели и какъ теоретики.

Справились ли они съ своей задачей? Можемъ ли мы *тѣ* *пріемы*, которыми пользуются французскіе судьи, рекомендовать и для *судей* другихъ странъ? Намъ думается, что на *эти* вопросы надо дать отрицательные отвѣты. Чувство *справедливости* есть хорошая вещь, въ особенности, когда она

¹⁾ См. выше стр. 285, Cour de Nancy, 27 déc. 1899; стр. 285, прим. 1 Trib. Civ. de la Seine, 6 févr. 1894.

²⁾ См. выше, стр. 277, прим. 2.

³⁾ Во французской литературѣ нѣтъ ни одной монографіи, посвященной *проблѣмѣ* причинной связи!

руководить работой судьи. Но, съ другой стороны, судья не долженъ забывать, что онъ призванъ отправлять *дѣло правосудія*,—дѣло, которое предполагаетъ *юридически* правильное обоснованіе рѣшеній.

Съ этой точки зрѣнія, склонность французскихъ юристовъ къ конкретной справедливости: рѣшать не только «по дѣлу», а и «по человѣку»—заслуживаетъ нареканія. Разъ французскій судья рѣшаетъ сообразно особенностямъ cadaго отдѣльнаго случая, то естественно нѣтъ мѣста выработкѣ общихъ правовыхъ началъ, кои въ качествѣ отвлеченныхъ принциповъ руководили бы судей при каждомъ однородномъ дѣлѣ. Судья въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, представляемомъ ему на разрѣшеніе, устанавливаетъ «modus vivendi», обсуждаетъ не столько о правѣ, сколько о фактѣ, *улаживаетъ*, скорѣе, а не *рѣшаетъ* дѣло.

Вотъ почему, французская судебная практика доселѣ еще не выдвинула общепризнанныхъ отвлеченныхъ принциповъ, воплотившихся въ ясную и опредѣленную форму.

Тѣ положенія, которыя мы установили выше [§ 5], суть только рѣдкія вѣхи, разбросанныя по обширному полю французской юриспруденціи,—опредѣленной дороги они не указываютъ, ни самимъ тяжущимся, ни судьямъ. Прочность и надежность права этимъ самымъ сильно умалена. А неустойчивость практики—лишній толчекъ къ сутяжничеству, въ надеждѣ выиграть на «обстоятельствахъ дѣла» и «конкретной справедливости».

Въ этомъ насъ убѣждаютъ не апріорныя соображенія, а изученіе самой французской практики. Справедливость какъ будто рождаетъ подчасъ «правовую норму, вытекающую изъ правосознанія», но въ сборникахъ судебныхъ рѣшеній мы находимъ рядомъ другія рѣшенія, въ коихъ та же справедливость опровергаетъ ранѣе установленныя положенія.

Этотъ упрекъ мы постараемся обосновать ниже.

I, Прежде всего, мы убѣждаемся въ томъ, что французскіе судьи не выяснили себѣ съ достаточной опредѣленностью сущность *причинной связи*. Понятіе объективной причинной связи у нихъ затемнѣно сбивчивыми воззрѣніями на отношеніе §§ 1150—1151 къ § 1382 Code Civil. Не находя возможнымъ примѣнять ограничительныя условія §§ 1150—1151 въ сферѣ деликтныхъ правонарушеній, они **падаютъ** въ противоположную крайность: въ ихъ рѣшеніяхъ мы находимъ ясныя слѣды теоріи «общей причинной связи» (см. выше § 2).

Такая постановка вопроса о причинной связи отразилась и на ученіи о «взаимной винѣ». При разрѣшеніи вопросовъ—подлежитъ ли возмѣщенію возникшій вредъ, и если подлежитъ, то въ какомъ размѣрѣ,—французскіе судьи примѣняютъ такой методъ. Они берутъ конечный убытокъ, который терпѣло лицо, т. е. убытокъ въ его полномъ развитіи. Они устанавливаютъ «*imputatio juris et facti*» съ дѣяніемъ отвѣтника—делинквента и вмѣняютъ ему въ принципѣ *весь* убытокъ. Затѣмъ они вносятъ поправки въ полученный **вы**~~редъ~~, но имѣя всегда въ виду интересы *потерпѣвшаго*, который долженъ быть (въ идеѣ) удовлетворенъ въ полномъ размѣрѣ. Постольку, поскольку они въ *конечномъ* **убыткѣ** усмотрятъ слѣды участія виновнаго волепроявленія самого **потерпѣвшаго** (или лицъ его заступающихъ), они ограничиваютъ **отвѣтственность** делинквента.

Такой логическій ходъ мыслей, приводящій французскаго судью къ своеобразному построенію «взаимной вины». Во всѣхъ **казусахъ** неизмѣнно французскій судья задается однимъ вопросомъ: поскольку наступившій вредъ долженъ при присужденіи его съ делинквента подлежать уменьшенію въ виду **личной** вины потерпѣвшаго?

Намъ думается, что вѣрное пониманіе взаимнаго отношенія указанныхъ статей должно было бы привести французскихъ практиковъ къ другому построенію.

Въ договорной области контрагентъ отвѣчаетъ всегда лишь за прямыя и непосредственныя послѣдствія правонарушенія (§ 1150 Cod. Civ.), но и въ этихъ строгихъ предѣлахъ законъ (§ 1151 Cod. Civ.) различаетъ вредъ и убытки: 1) которые при заключеніи договора были предвидѣны или могли быть предвидѣны, и 2) которые не были, и не могли быть предвидѣны (отвѣтственность за нихъ при зломъ умыслѣ!).

Въ деликтной области (§ 1382) этихъ ограниченій мы не находимъ. Вина въ принципѣ является здѣсь моментомъ, *устанавливающимъ* отвѣтственность, а не *опредѣляющимъ* ея размѣръ. Подлежитъ возмѣщенію *весь* причиненный убытокъ. Причина же охватываетъ всю каузальную серію въ ея полномъ, законченномъ развитіи до тѣхъ поръ, пока какой либо пертурбаціонный моментъ (напр. вина потерпѣвшаго) не нарушитъ нормальнаго развертыванія событій.

Договорныя и внѣдоговорныя правонарушения, *такимъ* образомъ, нормируются разнo, и эта разница, думается намъ, вполне разумна. Въ договорной области кредиторъ, вступая въ соглашеніе съ даннымъ контрагентомъ, знаетъ *съ кѣмъ* онъ имѣетъ дѣло, и какую степень довѣрія надо ему оказывать. Съ другой стороны, самъ должникъ, вступая въ обязательство, имѣетъ въ виду опредѣленный объемъ отвѣтственности, которой онъ эвентуально подлежитъ: именно, въ размѣрѣ тѣхъ убытковъ, которые можно предвидѣть «ex ante» въ моментъ соглашенія. При этихъ условіяхъ, регулированіе отвѣтственности должника силою закона не можетъ считаться несправедливостью передъ потерпѣвшимъ.

Наоборотъ, въ деликтной области делинквентъ односторонне вторгается въ сферу господства потерпѣвшаго¹⁾. Здѣсь жертва не можетъ уберечься силою своего предвидѣнія отъ *факта* правонарушения; вотъ почему, законъ долженъ прійти ей на помощь наиболѣе энергичнымъ способомъ. Но, съ другой стороны, объектъ правонарушения находится въ рукахъ

¹⁾ Sourdat, I, № 691: „la partie lésée n'a pas suivie la foi du débiteur“.

самого потерпѣвшаго; въ его власти поэтому ограничить вредность деликта и тѣмъ самымъ умѣрить отвѣтственность дебитора—отвѣтчика.

Потому то причинная связь здѣсь и понимается такъ широко, что на практикѣ она будетъ ограничена и не пужается въ ограниченіи ея закономъ!

Ограниченіе лежитъ въ самой сущности *причинной связи*. Изслѣдуя причинную связь, мы исходимъ не отъ конечнаго убытка назадъ, а—отъ начала каузальной серіи впередъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, въ отношеніяхъ «взаимной вины» мы изслѣдуемъ не вопросъ: «поскольку наступившій вредъ долженъ при присужденіи его съ делинквента подлежать уменьшенію въ виду личной вины потерпѣвшаго». Мы изслѣдуемъ здѣсь вопросъ: «по сколько справедливо присудить убытки съ делинквента, имѣя въ виду его дѣятельность и объемъ его упречной воли?»

Первая конструкція есть конструкція французскихъ юристовъ. Вторая—принадлежитъ творчеству германскихъ юристовъ. Французская конструкція оставляетъ «суверенному усмотрѣнію судьи» просторъ, граничащій съ произволомъ. Германская конструкція «усмотрѣнію судьи» кладетъ границы въ требованіи уваженія принциповъ юридическаго характера: въ ней «вина потерпѣвшаго» получаетъ не туманное значеніе момента, понижающаго, въ силу справедливости, отвѣтственность делинквента, а—опредѣленное значеніе фактора, прерывающаго причинную связь между дѣяніемъ и вредомъ. Германская конструкція намъ болѣе симпатична, чѣмъ конструкція французская.

II. Выше (стр. 278) мы видѣли, что забота французскихъ юристовъ о «публичномъ интересѣ» побудила французскихъ юристовъ создать теорію о *первичной винѣ* («*faute primaire*», «*cause première*»), которая падаетъ на того, кто

погрѣшили противъ законовъ, ограждающихъ личную неприкосновенность лицъ или какія либо полицейскія правила безопасности. Разъ отвѣтчикъ нарушилъ правило (*lois et règlements*), установленное въ публичныхъ интересахъ, и налагавшее на него обязанность принять мѣры осторожности и предусмотрительности, онъ отвѣчаетъ безусловно, и вина потерпѣвшаго способна лишь понизить, но отнюдь не исключить его отвѣтственность.

Таковъ разумный принципъ, выработанный французской юриспруденціей. Казалось бы, что указанное правило, возведенное въ принципъ, не подлежитъ никакимъ ограниченіямъ и обусловливаніямъ.

Не то мы видимъ во французской практикѣ. Вспомнимъ хотя бы выше приведенный (стр. 278) казусъ съ г. *B*, занявшимъ по соглашенію съ кондукторомъ мѣсто въ переполненномъ омнибусѣ. Омнибусъ въ дорогѣ развалился, *B* получилъ увѣчье, но въ искѣ ему было отказано: онъ—де самъ виноватъ въ несчастіи.

Фальшивая аргументація и фальшивый выводъ съ точки зрѣнія того принципа, который выработанъ самими же французскими юристами! «*Haute première*» все же остается на кондукторѣ, на котораго возложены обязанности «въ публичныхъ интересахъ». Онъ не долженъ былъ уступать настойчивымъ требованіямъ пассажира, когда въ бюро Омнибусовъ уже прекращена выдача билетовъ. Вотъ почему, онъ виновенъ передъ потерпѣвшимъ и отвѣчаетъ за несчастіе ¹⁾.

Если бы мы признали рѣшеніе суда правильнымъ, то мы отвергли бы въ корнѣ тотъ принципъ, который возглашенъ былъ выше, мы подорвали бы значеніе регулярности

¹⁾ Конечно, не правильно соображеніе, высказанное *Lacombe* (*Théorie et pratique des obligations*, t. 7, стр. 562) „кондукторъ не свободенъ передъ пассажиромъ отъ отвѣтственности; вѣдь, онъ заключаетъ съ нимъ тѣ же обязательства, что и съ другими и отвѣтственъ за безопасность пути“ Эта (договорная) точка зрѣнія не способна была бы обосновать отвѣтственность К^о. Омни-овъ по § 1384 *Cod. Civil*.

въ отправленіи промысла, вопреки требованіямъ **правового** **порядка**, что бы тѣ которые отправляютъ предпріятіе, **про-**
изнали двойную осторожность: и за себя и за тѣхъ, кото-
рые ею не обладаютъ.

Для насъ важно не то, что французскій судъ не вѣрно
рѣшилъ данный казусъ,—намъ интересно отмѣтить лишь то
явленіе, что французскіе суды, присвоивъ себѣ въ граждан-
скихъ судахъ власть «суда присяжныхъ», признаютъ или
не признаютъ тѣ или другія обстоятельства, принимаютъ или
отвергаютъ тотъ или другой принципъ права, въ зависимости
отъ того рѣшенія, кое имъ предвзято диктуется на каждый
разъ «соображеніями справедливости».

III. При изслѣдованіи отношенія делинквента и отвѣт-
ственности къ инкриминируемому событію мыслимы два построенія.
1. Можно стать на совершенно *объективную точку зрѣнія*,
т. е. отвлечь инкриминируемый *фактъ* отъ индивидуальности
участующихъ въ его воспроизведеніи лицъ,—разсматривать
его совершенно самостоятельно, независимо отъ взаимныхъ
отношеній сторонъ, стоящихъ по ту и другую сторону этого
факта (делинквентъ—потерпѣвшій); мы изслѣдуемъ не отно-
шеніе сторонъ другъ передъ другомъ, а отношеніе каждой
стороны къ печальному событію, повлекшему за собой убытки.
2. Можно стать и на *субъективную точку зрѣнія*, т. е.
кромя отношенія сторонъ къ факту, еще считаться и со **вза-**
имными *отношеніемъ* сторонъ. Такова конструкция, разрабо-
танная французской юриспруденціей. Для того что бы обло-
жить «faute commune» юридическими послѣдствіями, она
требуетъ, что бы «l'acte imputé à faute à la victime possède ce
caractère à l'égard du délinquant lui-même» (выше § 4, 2).

Послѣднее требованіе вноситъ важное и существенное
ограниченіе въ теорію «взаимной вины». Скажемъ даже боль-
ше—ограниченіе неимовѣрное!

Непризнание самовины въ отдѣльномъ случаѣ обязано или глубокому теоретическому заблужденію ¹⁾ [быть можетъ и временному затмѣнію чувства справедливости] французскихъ судей [см. напр. выше на стр. 267 казусъ съ архитекторомъ А; примѣненіе здѣсь принципа «взаимной вины» вполне справедливо!], или въ тѣхъ случаяхъ, когда оно уместно, оно обязано соображеніямъ другого порядка [см., напр. выше на стр. 267 казусъ съ пассажиромъ. Ср. т. I, стр. 451].

Мало того! Сами французскіе судьи не всегда ~~сдѣр~~держиваются на занятой ими позиціи, и—интересное явленіе!— даже тогда, когда эта субъективная точка зрѣнія казалось бы и давала справедливое рѣшеніе!

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами:

Cass. 12 déc. 1854 S. 55. I. 593. Молодой человѣкъ женился на дѣвушкѣ, которую онъ считалъ законной дочерью ея родителей, тогда какъ она была вѣбреннымъ ребенкомъ. Ея родители скрыли ея происхожденіе, но безъ примѣненія какого либо обманнаго дѣйствія. Судъ рѣшилъ: родители, конечно, виновны. Но они не обязаны возмѣстить вредъ, такъ какъ молодой супругъ не свободенъ отъ упрека, что онъ упустилъ собрать свѣдѣнія, которыя могли бы ему открыть глаза на положеніе вещей.

Trib. civ. de la Seine. 6 févr. 1891 (cit). Искъ фабриканта М къ родителямъ мальчика В, присвоившаго себѣ велосипедъ, отвергнуть, такъ какъ потерпѣвшій самъ виноватъ, не собравъ справокъ о нравственныхъ качествахъ мальчика.

Вздорность этихъ рѣшеній бросается въ глаза.

Ни женихъ, ни фабрикантъ не имѣли рѣшительно никакихъ основаній собирать справки объ ихъ контрагентахъ! Они не виновны—первый въ женитьбѣ, второй—въ похищеніи велосипеда.

Мало того, ни женихъ, ни фабрикантъ не виновны *передъ отъѣтчиками*, а потому примѣненіе здѣсь субъективной

¹⁾ См. т. I, стр. 291.

теоріи французскихъ юристовъ могли бы дать противоположныя рѣшенія.

Итакъ, сама по себѣ непріемлемая теорія примѣняется французскими судами въ тѣхъ случаяхъ, когда она даетъ грубые по своей несправедливости выводы и не примѣняется тогда, когда она, въ силу исключенія, способна дать удовлетворительные результаты. Возможное оправданіе всякой сомнительной теоріи—жизненная справедливость ея выводовъ—отпадаетъ въ практическомъ ея примѣненіи французскимъ судомъ!

IV. Выше [§ 4, 3] мы видѣли, что французскіе юристы находятъ справедливымъ освобождать отъ отвѣтственности лицъ, нанешихъ неожиданный по своимъ размѣрамъ убытокъ, если хозяинъ поврежденной вещи неблагоразумно выставилъ ее [l'a imprudemment exposée] опасности быть разбитой или поврежденной.

Въ поведеніи послѣдняго французскіе суды усмотрѣли «une imprudence permanente», которымъ они и оправдывали отказъ ему въ его притязаніи на возмѣщеніе убытка.

Наиболѣе жизненнымъ примѣромъ въ этой категоріи случаевъ являются случаи «bris de glace».

Однако, въ однородныхъ случаяхъ тѣже французскіе суды считаютъ справедливымъ возложить всю отвѣтственность на неосторожнаго кучера, мотивируя свои рѣшенія тѣмъ, что «лавочникъ, вставляя въ свою витрину роскошныя зеркальныя стекла, пользуется своимъ правомъ».

Тѣ и другія рѣшенія намъ кажутся несправедливыми и по существу и по ихъ мотивировкѣ.

Конечно, мы согласны съ тѣмъ, что хозяинъ магазина, сообразующійся съ привычками и потребностями своей профессіи, не можетъ быть обвиненъ въ неосторожности. Но это не рѣшаетъ всего вопроса! То обстоятельство, что дорогая

обстановка важна въ дѣлѣ конкуренціи, заставляетъ насъ лишь отвергнуть вину на сторону хозяина. Это воззрѣніе («imprudence permanente») старой судебной практики и безъ того несостоятельно! ¹⁾).

Зеркальныя стекла обладаютъ бѣльшей силой сопротивленія, а потому разбиваются лишь отъ особо сильнаго удара, нанесеннаго или экипажемъ или брошеннымъ твердымъ предметомъ. А это обстоятельство не говоритъ въ пользу делинквента, ибо указываетъ на особую интенсивность силы, исходящей отъ него.

Не можетъ обосновать вины хозяина магазина и особенныя привходящія обстоятельства, какъ то узость и кривизна улицы, стѣсненіе циркуляціи экипажей, вслѣдствіе покатости улицы и пр. Всѣ эти обстоятельства опять не говорятъ въ пользу делинквента, ибо они, не стѣсня хозяина магазина въ его свободѣ пользоваться своимъ правомъ, налагаютъ на прохожихъ и кучеровъ обязанность усилить мѣры предосторожности и вниманія, а потому не способны снять отвѣтственности съ нихъ въ случаѣ несчастія.

Но — повторяемъ — всѣ эти соображенія не являются рѣшающими при разрѣшеніи даннаго рода казуса.

Хозяинъ магазина въ принципѣ не виновенъ въ самомъ фактѣ вставленія дорогихъ зеркалъ. Делинквентъ по б. ч. подлежитъ упреку въ неосторожности, разъ онъ разбилъ эту витрину. Но въ то же время мыслимы такія обстоятельства, которыя создаютъ особую фактическую обстановку, считаться съ которой не въ силахъ средняго человѣка.

¹⁾ Note, 22 juill. 1866 D 68. 3. 74 „Къ чему ведетъ эта точка зрѣнія? Потерпѣвшій никогда не получилъ бы полнаго возмѣщенія убытковъ, если онъ прибѣгаетъ не къ необходимой роскоши и потерялъ убытки отъ чужой вины. Напр. дамъ съ дорогимъ туалетомъ, въ случаѣ порчи его неволностью другого лица, была бы присуждена лишь цѣна скромнаго костюма. Лицу, роскошная карета котораго будетъ разбита при столкновении съ неосторожнымъ кучеромъ, была бы присуждена цѣна обыкновенной кареты. Но гдѣ же остановиться на пути такого толкованія?!“.

Въ этихъ случаяхъ делинквентъ не можетъ считаться *моральной причиной* всѣхъ послѣдствій его дѣянія.

Это имѣетъ мѣсто тогда, когда дѣятель приспособлялъ свое поведеніе къ доступнымъ его познанію условіямъ, такъ, чтобы не возникли для третьихъ лицъ убытки, но вредъ все же наступилъ, такъ какъ были на лицо такія условія, которыя не были доступны его познанію [непомѣрный размѣръ вреда]. Въ этихъ случаяхъ (эти случаи будутъ исключительны) делинквентъ ~~долженъ~~ долженъ быть свободенъ отъ отвѣтственности. Не потому—повторяемъ,—что «*honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda*» (l. 40 pr. D. 39. 2), а потому, что хозяинъ, не принявъ мѣръ къ огражденію своихъ «*tectura*» и «*picturae*», былъ главной причиной несчастія. Обоснованіе нашей точки зрѣнія мы дали въ т. I, стр. 384—393, куда мы и отсылаемъ читателя.

§ 6. Отвѣтственность держателя животнаго за вредъ, причиненный животнымъ.

Ст. 1385 Code Civil гласитъ: «собственникъ животнаго, или тотъ, кто имъ пользуется, отвѣчаетъ, во все время пользованія, за вредъ, который животное причинило, безъ различія, находилось ли животное подъ его присмотромъ, или оно заблудилось, или убѣжало». [Ср. § 1154 Итал. Граж. Улож.].

Буквальный смыслъ показываетъ, что отвѣтственность, установленная ст. 1385, не ложится на *собственника* животнаго, какъ такового: вѣдь, на ряду съ собственникомъ отвѣчаетъ и тотъ, кто «пользуется животнымъ» за свой счетъ и на свое имя.

Эта отвѣтственность поэтому не связана, какъ извѣстный рискъ съ фактомъ *держанія* животнаго.

Идея риска есть идея новаго времени; она была чужда

редакторамъ (Code Civil ¹⁾). Законодатель считаетъ, что убытокъ, причиненный животнымъ, всегда обязанъ винѣ лица, пользующагося имъ и наблюдающимъ за нимъ, а потому отвѣтственность базировалъ, не на идеѣ риска, а на *презумпции вины* ²⁾.

Отвѣтчикъ для сложенія съ себя отвѣтственности долженъ доказать, что онъ *не виновенъ*, т. е. что причина несчастнаго случая не лежитъ ни въ порочности животного, ни въ упущеніи хозяина ³⁾. Положительнымъ выраженіемъ того же принципа служить доказательство, что несчастіе обязано такой причинѣ, которая не можетъ быть ему вмѣнена, именно: 1) случаю (*cas fortuit*) или высшей силѣ (*force majeure*), 2) винѣ потерпѣвшаго ⁴⁾.

Самъ причиненный вредъ долженъ быть «fait de l'animal», т. е. актомъ произвольнаго движенія животного. Держатель животного отвѣчаетъ, если животное причинитъ какой нибудь убытокъ «sans y être provoqué», «en suivant la seule impulsion de son instinct» ⁵⁾.

Наоборотъ, онъ не отвѣчаетъ: 1) если животное, причиняя убытокъ, слушалось поведенья кучера [въ этомъ случаѣ отвѣтственность можетъ быть основана на ст. 1382 Cod. Civ.] ⁶⁾, 2) если животное причинило вредъ, будучи испуганнымъ или возбужденнымъ (*surexcité*) непредвидѣннымъ фак-

¹⁾ Locré, XIII, стр. 43, № 15, стр. 58, № 20.

²⁾ Ст. 65 Швейц. Союз. Зак. объ Обяз. „За убытокъ, причиненный животнымъ, отвѣтствуетъ лицо, которое его держитъ, развѣ бы это лицо доказало, что позаботилось о надлежащей охранѣ и надзорѣ надъ животнымъ“.

³⁾ Cass. 23 déc. 1879. S. 80. I. 463; 27 oct. 1885. S. 86. I. 33; 9 mars 1886. S. 86. I. 244.

⁴⁾ Cass. 31 mars 1903 D. 04. 2. 453; 21 févr. 1898 D. 1903. I. 400; 11 mars 1902 D. 1903. I. 614; 19 nov. 1900 S. 1901. 2. 6.

⁵⁾ Cass. 23 juil. 1866 S. 67. 2. 220.

⁶⁾ Sourdat, II, 682, здѣсь же ссылки на литературу и на суд. практику.

томъ ¹⁾), если «cause réelle de l'accident» была неосторожность самого потерпѣвшаго ²⁾).

Личная вина потерпѣвшаго можетъ заключаться въ 1) томъ, что онъ раздражилъ (provoqué) животное, 2) томъ, что онъ провинился въ «versari in re illicita» ³⁾).

Поведеніе потерпѣвшаго должно быть не только *каузально*, но и *виновно*: важна не причина, а—*виновная* причина. Напр. владѣлец лошади ставитъ ее на продажу на ярмаркѣ. Лошадь ударомъ копыта наноситъ увѣче лице, приблизившемуся къ ней, чтобы ее поласкать и потрепать ее по шеѣ. Ответственность хозяина зависитъ отъ фактическихъ обстоятельствъ. Если потерпѣвшій во время переговоровъ о покупкѣ лошади погладитъ лошадь, онъ не совершаетъ вины, такъ какъ таковы обычаи на рынкѣ, при условіи, что продавецъ не предупредитъ объ опасности. Виѣ этихъ условій—онъ виновенъ и не имѣетъ иска къ хозяину. (*Sourdat, ibid.*).

Еще примѣры:

Cass. 14 mai 1900 S. 1900. 1. 453. Собственникъ лошади, запряженной въ грузевую подводу, не отвѣчаетъ за послѣдствія паденія подводчика, упавшаго съ верха подводы, вслѣдствіе внезапнаго движенія впередъ лошади, въ тотъ моментъ, когда подводчикъ сѣдился на верхъ повозки: если установлено, что лошадь не была порочна, а была смѣрной и легко управляемой; если случилось, что эта лошадь трогалась ранѣе времени, то этотъ порокъ—общъ многимъ лошадямъ, и долженъ быть извѣстенъ самому подводчику. Лошадь не понесла, а медленно тронулась и тотчасъ же остановилась, послѣ паденія подводчика. Съ другой стороны, подводчикъ виноватъ въ томъ, что, не смотря на свой преклонный возрастъ, довѣрился своей ловкости и, зная хорошо нравъ лошади, не принялъ мѣръ

¹⁾ *Sourdat*, II, 691, 698

²⁾ *Cass.* 23 dec. 1879 S. 80. 1. 463; 9 mars 1886 S. 86. 1. 244; 18 dec. 1899 D. 1910. 1. 132; 14 mai 1900 D. 1900 1. 272. 29 mai 1902 D. 03. 1. 614; 2 juill 1902 D. 02. 1. 431

³⁾ Напр охотникъ или злоумышленникъ проникаетъ черезъ запертую ограду въ огороженное мѣсто и здѣсь подвергается нападенію со стороны какого либо животнаго (собакн. быка.).

предосторожности. Посему, несчастный случай не может быть приписан лошади; наоборот, причина должна быть вменена недостатку осторожности и невниманию потерпевшаго. Въ искѣ отказано цѣликомъ.

Cass. 23 déc. 1879. N. 80 1. 463 Хозяинъ животного не отвѣчаетъ за увѣче, причиненное этимъ животнымъ. Хотя установлено, что лошадь была порочная, но кучеръ—потерпевшій долженъ приписать самому себѣ несчастный случай: онъ плохо запрягъ лошадь и плохо правилъ лошадыю, правъ которой онъ долженъ былъ знать. Эта профессиональная ошибка была *единственной причиной* (l'unique cause) несчастія, которое его поразило и отчета по которому онъ не можетъ ни у кого требовать. Поэтому здѣсь нѣтъ примѣненія § 1385 Cod. Civil.

Изъ этихъ рѣшеній мы извлекаемъ слѣдующіе тезисы.

I. Пользующійся животнымъ отвѣчаетъ въ силу ст. 1385 за поврежденія, нанесенныя третьему лицу симъ животнымъ, если не докажетъ, что животное не было настоящей *причиной* несчастнаго случая.

II. Въ случаѣ самовины потерпевшаго *причиной* событія является вина самого истца, а не движеніе животного; животное въ этомъ случаѣ есть ни болѣе ни менѣе, какъ видимая, внѣшняя причина—орудіе печальнаго событія.

Такимъ образомъ, для разрѣшенія вопроса объ отвѣтственности изъ § 1385 Cod. Civil при наличности вины потерпевшаго, французскій судья ставитъ послѣдовательно два вопроса.

1) Кто былъ *причиной* печальнаго событія—животное или потерпевшій?

Если потерпевшій, то держатель животного изначала не отвѣтственъ.

Если—животное, то ставится другой вопросъ.

2) оправдывается ли здѣсь презумпція *вины* на сторонѣ держателя? Вина хозяина есть общее предположеніе отвѣтственности при условіи наличности каузальности животного: о таковомъ предположеніи идетъ рѣчь на 2-омъ планѣ, лишь послѣ констатированія этой каузальности.

Не трудно замѣтить, что эта конструкція ведетъ къ системѣ отвѣтственности: «aut—aut». Вина потерпѣвшаго не понижаетъ, а снимаетъ цѣликомъ отвѣтственность съ держателя животнаго.

Интересно въ этомъ порядкѣ идей сравнить французскую конструкцію, выработанную на почвѣ ст. 1385 Code Civil, съ конструкціей, выработанной германскими юристами на почвѣ ст. 833. В. Г. В.

Германскіе юристы и не поднимаютъ вопроса о винѣ держателя животнаго; его вина фиксирована изначала, какъ *presumptio juris et de jure*¹⁾. Дѣло поставлено такъ, какъ будто вопросъ о винѣ былъ уже поднятъ и разрѣшенъ утвердительно. Отвѣтственность его установлена, и теперь предстоитъ разрѣшить вопросъ: какое вліяніе имѣетъ на отвѣтственность—собственная вина потерпѣвшаго?

Эта конструкція ведетъ не къ системѣ отвѣтственности: «aut—aut», а къ *ограниченію* отвѣтственности (эвентуально—къ отпаденію ея).

Вопросъ о самовинѣ въ В. Г. В. служить для установленія размѣра отвѣтственности. Въ Code Civil—для установленія вопроса объ отвѣтственности.

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами.¹⁾

Cass. 14 mai 1900 S. (cit). Лошадь была порочна, но ея порокъ (трогаться ранѣ времени)—«общъ многимъ лошадямъ».

За то потерпѣвшій подводчикъ виновенъ въ своемъ паденіи [«довѣрился своей ловкости»].

Юристъ, воспитанный въ традиціяхъ «*culpa levissima*», не усомнился бы обосновать на сторонѣ хозяина общегражданскую отвѣтственность. Но здѣсь—особая область: отвѣтъ за животное! Вопросъ о винѣ хозяина и не поднимается

¹⁾ Конечно и по § 833 В. Г. В. вредъ долженъ быть *причищенъ* животному. Этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ судьей въ утвердительномъ ~~судѣ~~.

серьезно, г. к. отрицательный отвѣтъ на первый преюдиціаль-
ный вопросъ о *каузальности*—было ли животное причиной
несчастія—уже отклоняетъ искъ потерпѣвшаго.

Cass. 23 déc. 1879 S. (cit). «Лошадь была порочная».
Но вина кучера была «l'unique cause du malheur».

Это рѣшеніе очень характерно. Вопросъ о *винѣ* хозя-
ина—на второмъ планѣ! Первый и главный вопросъ о томъ,—
было ли животное—единственной причиной несчастія.

Вина потерпѣвшаго исключаетъ само примѣненіе ст. 1385.
Германскій юристъ разрѣшилъ бы этотъ казусъ иначе: вина
потерпѣвшаго не исключила бы, а лишь понизила отвѣтствен-
ность держателя животнаго.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Швейцарская юриспруденція по примѣненію Союзныхъ Законовъ 1 іюля 1875 г. и 28 марта 1905 г.

Желѣзно-дорожное законодательство въ Швейцаріи—новѣйшее изъ всѣхъ существующихъ желѣзно-дорожныхъ законодательствъ въ Европѣ. Оно датируется 28 марта 1905 г. Создано оно было на смѣну старому закону 1 іюля 1875 г.

Зачѣмъ пужна была эта реформа? Устарѣли ли старыя нормы? Народились ли новыя идеи, которыя не находили себѣ выраженія въ законѣ 1 іюля 1875 г.?

Сами швейцарскіе юристы ¹⁾,—комментаторы новаго закона даютъ намъ такой отвѣтъ: ревизія стараго закона первымъ діаломъ преслѣдовала цѣль согласовать нормы желѣзно-дорожнаго закона съ общимъ правомъ, въ особенности §§ 50—69 Союзнаго Закона объ обязательствахъ ²⁾.

¹⁾ *O. Föhltinger*, *Rev. E. XXIII*, стр. 87; *H. Guyer*, *Kommentar zum schweiz. Bundesgesetz*. Zürich, 1905, § 5, B.—„Ст. 888 Союзн. Зак. объ обяз. 1881 г. гласила: „законоположенія союзнаго закона 1 іюля 1875 г., касательно ответственности желѣзно-дорожныхъ предпріятій остаются въ силѣ безъ измѣненій“. Однако, Союз. Зак. содержитъ въ § 50—69 рядъ нормъ, которыя не были согласованы съ нормами Е. Н. Г. Цѣлью новаго закона было согласовать швейцарское союзное обяз. право съ Е. Н. Г.“. Стр. 44: „Е. Н. Г. есть спеціальныи законъ, и какъ таковой, припорованъ къ спеціальнымъ потребностямъ. Поэтому, нормы общегражданскаго права не могутъ имѣть никакого примѣненія здѣсь; они замѣнены настоящимъ *lex specialis*“. *C. Burkhard*, *Die Revision des schweiz. Obligationenrechtes*, *Zeitschr. für schw. Recht*, Bd. XXII, стр. 469 и сл. *L. Schneller*, *Das Veranlassungsprinzip*. Zürich, 1904, стр. 87. Последний авторъ, однако, признаетъ, что „da seit dem Erlass des heute bestehenden Eisenbahnhaftpflichtgesetzes über ein Vierteljahrhundert verflossen ist, lässt es sich von vorneherein begreifen, wenn manche Punkte revisionsbedürftig sind“.

²⁾ Ст. 51 Швейц. Союзн. Закона объ обязат.: „Способъ и размѣръ вознагражденія опредѣляется судомъ сообразно обстоятельствамъ и степени вины.

Намъ думается, что это объясненіе оставляетъ мѣсто сомнѣніямъ: 15 лѣтъ Е. Н. Г. уживался съ *союзнымъ закономъ объ обязательствахъ*, и вдругъ швейцарскіе юристы сознали, что эти законы не примиримы! ¹⁾ Въ самомъ законѣ 28 марта 1905 г. мы не видимъ слѣдовъ «согласованія». Этотъ законъ полонъ новыхъ принциповъ, неизвѣстныхъ до сихъ поръ западно-европейскому юридическому міру.

Все это заставляетъ насъ смотрѣть на новый законъ, какъ на такую новеллу, которая обязана не скромной задачѣ «согласовать старое и новое право», а болѣе широкой задачѣ—дать законодательное выраженіе идеямъ, вновь народившимся на швейцарской почвѣ въ концѣ XIX вѣка.

Вотъ текстъ обоихъ законовъ [привожу тѣ части, которыя касаются темы нашего изслѣдованія].

Законъ 1 июля 1875 г.

Ст. 1: „Всякое жел. дор. предпріятіе отвѣчаетъ за вредъ, причиненный несчастіями, случившимися при постройкѣ дороги и повлекшими за собой смерть или тѣлесное поврежденіе, если эти несчастія являются результатомъ какой либо вины ж. д. предпріятія.“

Ст. 2: „Если при эксплуатациіи жел. дор. или пароходнаго предпріятія будетъ убитъ или тѣлесно поврежденъ чело-

Законъ 28 марта 1905 г.

Ст. 1: „Если при постройкѣ или эксплуатациіи желѣзной дороги, или при вспомогательныхъ работахъ, съ которыми связана особая опасность, присущая жел. дор. эксплуатациіи, будетъ убитъ или тѣлесно поврежденъ чело- вѣкъ, то владѣлецъ ж. д. предпріятія отвѣчаетъ за возникшій убытокъ, поскольку онъ не докажетъ, что несчастіе причинено черезъ высшую силу, или вину третьихъ лицъ или вину самого убитаго или пострадавшаго.—За третьихъ лицъ въ смыслѣ этой статьи нельзя считать персоналъ ж. д. предпріятія или тѣхъ лицъ, которыми оно пользуется для отправленія промысла, перевозки или для постройки дороги“.

Ст. 5: „Если на сторонѣ убитаго или пострадавшаго лежитъ часть вины въ причиненіи несчастія, судья можетъ соотвѣственно умѣрить

Если убытокъ можетъ быть вмененъ въ вину и потерпѣвшей сторонѣ, то судъ вправе соотвѣственно уменьшить присуждаемое вознагражденіе, или даже вовсе отказать въ вознагражденіи“. Ср. ст. 116 для *договорнаго* права.

¹⁾ Вопросъ о ревизіи стараго закона былъ поднятъ въ законодательныхъ учрежденіяхъ въ 1895 году. См. *Guyet. Commentar*, 33.

вѣкъ, то транспортное учреждение отвѣчаетъ за возникшій отсюда убытокъ, поскольку оно не докажетъ, что несчастіе причинено: вслѣдствіе непреодолимой силы или неосторожнаго дѣянія пассажира или третьихъ постороннихъ транспортному учрежденію лицъ, безъ содѣйствія собственной вины учреждения, или вслѣдствіе вины убитаго или поврежденнаго“.

ст. 4=ст. 6. 7 закона
1905 года.

ст. 7=ст. 8 закона
1905 г.

вознагражденіе, принимая въ уваженіе всѣ обстоятельства дѣла“.

Ст. 6. „Притязаніе на возмѣщеніе убытковъ совсѣмъ погашается, если пострадавшій или убитый пришелъ въ соприкосновеніе съ желѣзной дорогой черезъ преступное или нечестное (unredliche) дѣяніе“.

Ст. 7. „Если пострадавшій или убитый пришелъ въ соприкосновеніе съ жел. дорогой черезъ сознательное нарушеніе полицейскихъ предписаній, судья можетъ ограничить обязанность возмѣстить убытокъ или совсѣмъ освободить отъ таковой“.

Ст. 8. „Если на сторонѣ ж. д. предпріятія или лицъ, перечисленныхъ въ ст. 1 п. 2 лежить вина, то судья можетъ при уваженіи особыхъ обстоятельствъ, именно, въ случаяхъ умысла или грубой неосторожности съ ихъ стороны, присудить пострадавшему, или, если этотъ умеръ, его семейнымъ, соотвѣтственную денежную сумму, даже независимо отъ возмѣщенія доказаннаго убытка“.

Ст. 20. „Судья судить всѣ притязанія, основанныя на этомъ законѣ, по свободному усмотрѣнію, не будучи связанъ правилами о доказательствахъ соотвѣтствующихъ процессуальныхъ законовъ“.

§ 1. Юридическая природа отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ.

Комментаторы, какъ стараго закона 1 іюля 1875 г.¹⁾,

¹⁾ *Blumer-Morel*, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Basel. 1887, Bd. III, стр. 575; *Ganzoni*, Ueber das Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn-und Dampfschiffahrtsunternehmen vom 1 Juli 1875. Zürich, 1879, стр. 5. *Meili*, Die Rechtsstellung der Dampfschiffunternehmen i. d. Schweiz [Sammlung Schweiz. Rechtsfragen. Heft 1]. Bern. 1883, стр. 11. Ero же: Die Kodifikation des schweiz. Zivil-und Strafrechts, стр. 10. *Schneller*, o. c. 85. *A. Zeerleder*, Die schweizerische Haftpflichtge-

такъ и новаго закона 28 марта 1905 г. ¹⁾ согласны въ томъ, что обязанность желѣзно-дорожнаго предпринимателя за несчастія, случившіяся *при эксплуатаціи* ²⁾, есть *obligatio e lege*.

Судебная практика стоитъ на той же почвѣ: ст. 1 новаго закона не содержитъ въ себѣ *презумпціи вины* предпріятія, которая могла бы быть опровергнута доказательствами противнаго [Exculpationsbeweis] ³⁾. Она не устанавливаетъ и *фикции* вины. Вообще весь законъ не имѣетъ никакого касательства къ принципу вины: отвѣтственность (Haftpflicht) предпріятія обоснована помимо всякой (реальной, презумптивной или фиктивной) вины ⁴⁾, она цѣликомъ базируется на принципѣ профессиональнаго риска.

Владѣлецъ желѣзно-дорожнаго предпріятія безусловно отвѣчаетъ за возникшій убытокъ, поскольку онъ не докажетъ [«Liberierungsgründe»], что несчастіе причинено:

- 1) черезъ высшую силу,
- 2) черезъ вину третьихъ лицъ,
- 3) черезъ вину самого убитаго или пострадавшаго

Такъ гласитъ § 1 закона; но этотъ § не перечисляетъ

setzung. Bern. 1888, стр. 2. *Guhl*, Th. Untersuchungen [Gmürs Abhandlungen. I], стр. 121. *H. Mousson*. Haftpflicht. Zürich. 1891, стр. 52. *V. Forestier*. La notion de la faute-Lausanne. 1897, стр. 84.

¹⁾ *E. Guyer*, Kommentar, 49: „ihre Quelle ist einzig und allein das Gesetz“.

²⁾ Понятіе эксплуатаціи понимается швейцарскими юристами очень узко. Trib. féd. 2 Jan. 1905 Schw. J. Z. 1905, стр. 191: „Par „exploitation“ d'un chemin de fer il faut entendre l'exploitation au sens technique du terme, soit l'utilisation de la voie ferrée en vue du transport, des personnes ou de marchandises, l'opération même du transport dans ses deux périodes, d'immédiate préparation et l'exécution“.—Законъ 1875 г. не обнималъ несчастій, случившихся въ періодъ постройки (accidents de construction); отвѣтственность за нихъ базирована на общихъ началахъ вины. Законъ 1905 г. обнимаетъ и accidents de construction и accidents d'exploitation.

³⁾ *Zeit. f. schw. R. Revue*. XV, № 44; *Bundg. E.* IV, стр. 673.

⁴⁾ *Bundesg. E.* VII, стр. 329. *L. Schneller*, о. с. 84: „Auch von einer Präsumption oder Fiktion der Culpa darf man im Ernst nicht sprechen“.

«освобождающія основанія» истерпывающимъ образомъ. Другія основанія помѣщены въ §§ 5 и 6.

Опредѣленія понятія «*höhere Gewalt*» самъ законъ (§ 1 Е. Н. Г.) не даетъ. Судебная практика по этому вопросу складывается въ томъ смыслѣ, что это понятие предполагаетъ 1) случайность событія ¹⁾, 2) необычность событія ²⁾, 3) внѣшнюю распознаваемость причины событія ³⁾, 4) непредотвратимость вредоносныхъ послѣдствій событія ⁴⁾, 5) внѣшнее происхожденіе вредоносной силы ⁵⁾.

Не отвѣчаетъ желѣзная дорога и за вину «*третьихъ лицъ*», т. е. 1) самихъ пассажировъ ⁶⁾ и 2) вообще лицъ, не стоящихъ къ предпріятію ни въ какихъ юридическихъ отношеніяхъ ⁷⁾. Вина третьихъ лицъ освобождаетъ желѣзную дорогу отъ отвѣтственности лишь въ томъ случаѣ, когда она была единственной причиной несчастья. Если же она конкурируетъ съ виной самого предпріятія, то отвѣтственность послѣдняго ни уничтожается, ни уменьшается ⁸⁾. Желѣзная

¹⁾ В. Е. IV, стр. 671; VII, стр. 329; X, стр. 522; XVI, стр. 333.

²⁾ *Zeitschr. f. schw. R. Revue*, XV, № 44: „Das Ungewöhnliche ist ihr eigen“, В. Е. VII, 814 нѣтъ высшей силы, если рельсы стали скользкими вследствие тумана. Съ точки зрѣнія желѣзно-дорожной эксплуатаціи, это лежитъ „im gewöhnlichen Laufe der Dinge“. В. Е. XXIV, 531 нѣтъ высшей силы, если лошадь испугалась приближающагося поезда. Это воздѣйствіе на животное „liegt im Wesen des Bahnbetriebes“.

³⁾ В. Е. IV, 452; 671; VII, 329: „bei unaufgeklärter Tatsache wird höhere Gewalt nicht angenommen“.

⁴⁾ В. Е. XVI, стр. 333: „нѣтъ непреодолимой силы, если горный обвалъ при нѣстныхъ геологическихъ изслѣдованіяхъ могъ быть предвидѣнъ и предотвращенъ“.

⁵⁾ В. Е. IV, 673 даетъ такое опредѣленіе „vis major“: ein solches, insbesondere von Aussen kommendes, bestimmtes Ereignis (wie Blitz, Feuer u. s. w.) zu verstehen, dessen Eintritt und schädliche Folgen trotz aller Sorgfalt nicht haben vorhergesehen und abgewehrt oder vermieden werden können. Такое опредѣленіе: ibid. X, 527 при прямой ссылкѣ на *Exner'a*.

⁶⁾ В. Е. XI, 54; XX, 888.

⁷⁾ В. Е. XIV, 74.

⁸⁾ В. Е. XIV, 451; XXIV, 49; XXIX, II, 14. Въ XIV, 611 В. Е., въ нѣтъ исключенія раздѣлять отвѣтственность между предпріятіемъ и третьимъ лицомъ на степени вины.

дорога освобождается виной третьихъ лицъ отъ отвѣтственности лишь въ томъ случаѣ, если она не могла при примѣненіи всѣхъ мѣръ осторожности и предусмотрительности предотвратить несчастіе ¹⁾).

Доп. Накопещъ, *собственная вина потерпевшаго* освобождаетъ желѣзную дорогу отъ отвѣтственности. Эта вина для того, что бы служить «освобождающимъ основаніемъ», должна быть *единственной причиной* несчастія; размѣръ вины не имѣетъ значенія ²⁾). Потерпѣвшій не предполагается виновнымъ: его вина должна быть доказана на основаніи положительныхъ данныхъ ³⁾).

Вина потерпѣвшаго проявляется въ двухъ формахъ: 1) въ формѣ техническаго гражданско-правового самопровиненія, и 2) въ формѣ уголовно-правовой провинности. Въ первой формѣ, вина потерпѣвшаго должна стоять въ причинной связи съ несчастіемъ (съ поврежденіемъ или смертью) ⁴⁾). При извѣстныхъ условіяхъ [если она не единственная причина несчастія], она можетъ быть составной частью взаимной вины [См. ниже, § 2].

Во второй формѣ, этой причинной связи не требуется. Провинность потерпѣвшаго (*versari in re illicita*) исключаетъ отвѣтственность желѣзной дороги цѣликомъ и безусловно.

Въ статьяхъ 6 и 7 Е. Н. Г. предусматривается «преступное или нечестное дѣяніе» (§ 6), «сознательное нарушеніе полицейскихъ предписаній» (§ 7), т. е. обязанныя умыслу или легкомыслію несправомѣрныя, наказуемыя дѣянія пострадавшаго.

¹⁾ В. Е. XIV, 451, 611; XXIV, II, стр. 49; XXIX, II, стр. 15.—*Zeerleder*, о. с. 113: „Das Verschulden Dritter, kann auch in höhere Gewalt übergehen wo die betreffende Handlung nicht vorgesehen, nicht verhindert und nicht unschädlich Gemacht werden konnte“.

²⁾ В. Е. IV, 171; IX, 510; XIII, 473; XXIX, II, 4, 8, 231.

³⁾ В. Е. V, 585; VII, 817; VIII, 786; XII, 278; XVIII, 242; XXIII, 163, 629.

⁴⁾ В. Е. V, 585; IX, 85, 273; X, 526; XII, 587; XIII, 473; XIV, 264, 602; XVI, 126; XVII, 118; XVIII, 247; XIX, 220, 789; XXI, 425; XXII, 764; XXIII, 163, 1613.

Эти дѣянія не должны быть непременно таковыми, что бы вызвать само несчастье. Важно преступное настроеніе и замысль преступника ¹⁾).

« Ст. 6 предполагает намѣреніе лица совершить какое нибудь преступное или безчестное дѣяніе въ области желѣзно-дорожнаго предпріятія, и это намѣреніе должно быть мотивомъ соприкосновенія съ желѣзно-дорожнымъ предпріятіемъ ²⁾. Наоборотъ, отвѣтственность желѣзной дороги не погашается, если это соприкосновеніе потерпѣвшаго съ желѣзно-дорожнымъ промысломъ было уже установлено, и тогда впервые было имъ замышлено или предпринято безчестное или преступное дѣяніе ³⁾).

Ст. 7 предусматриваетъ «сознательное нарушеніе полицейскихъ предписаній». Эта провинность обсуждается закономъ болѣе мягко, чѣмъ уголовно преслѣдуемыя дѣянія. Судь, по своему усмотрѣнію, погашаетъ отвѣтственность полностью или частью ⁴⁾).

Вотъ и всѣ «освобождающія основанія», извѣстныя швейцарскому закону 28 марта 1905 года. Въ этихъ основаній, желѣзная дорога отвѣчаетъ безусловно: никакія другія оправданія отъ нея не принимаются; она отвѣчаетъ даже за несчастья, обязанныя *случаю* (Zufall) ⁵⁾. Важно не личное отно-

¹⁾ *Guyet*, Kommentar. 93, 96.

²⁾ Напр. проникновеніе въ вагоны съ цѣлью воровства или для провоза зайцемъ, или „aus andern unlautern Motiven“ *Guyet*, *ibid.*, 93

³⁾ *Guyet*, *ibid.* 94: „Гдѣ лежитъ граница между этими двумя случаями — часто трудно опредѣлить, а потому эта норма проигрываетъ въ своемъ значеніи“.

⁴⁾ *B. E.* V, 585; XI, 273. Для сужденія важно содержаніе и цѣль полицейскихъ правилъ, способность лица усмотрѣть важность своего дѣянія и прочія обстоятельства, напр. терпимость со стороны желѣзно-дорожнаго предпріятія такихъ нарушеній.

⁵⁾ Споренъ лишь вопросъ о взаимномъ отношеніи „опасности промысла“ къ „вспомогательнымъ работамъ“ въ ст. 1. *H. Roelli*. Zur Frage der *Haftpflicht*. Schw. J. Z. 1908, N. 10, стр. 158 утверждаетъ, что эти вспомогательныя работы должны лишь принадлежать къ тѣмъ отправленіямъ, съ которыми объективно связана особая опасность ж. д. эксплуатаціи. Иначе говоря, „опасность промысла“ обозначаетъ лишь объективное отношеніе слу-

шеніе владѣльца предпріятія къ несчастному случаю, а то— стоитъ ли данное несчастіе въ *причинной* связи съ силами эксплуатаціи ¹⁾).

Противоположеніе между «accidents de construction» и «accidents d' exploitation», указанное въ законѣ 1-го іюля 1875 года, вынудило и юриспруденцію и доктрину считаться съ различной юридической трактовкой этихъ случаевъ: для періода «постройки» — отвѣтственность базирована на общегражданскихъ началахъ *виновности* отвѣтчика; для случаевъ, происшедшихъ «при эксплуатаціи» — отвѣтственность базирована на принципѣ профессиональнаго риска.

Мы должны, впрочемъ, отмѣтить здѣсь интересное явленіе. Судебная практика въ Швейцаріи чувствуетъ всю безпочвенность такого различія и старается исправить работу законодателя, распространяя безусловную отвѣтственность и на несчастія, случившіяся *при постройкѣ жел. дороги*. Она достигаетъ этого результата кружнымъ путемъ: *финируя* вину жел. дороги при сужденіи о причинахъ несчастнаго случая въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, иначе, какъ не предвзятой конструкціей нельзя объяснить ту легкость, съ которой судебная практика усматриваетъ причинное отношеніе между виной и несчастіемъ. Вопреки ясному смыслу закона, положительно требующаго *доказанной* вины ж. дороги, судебная практика склопна основывать свои рѣшенія на чистыхъ гипотезахъ и

жебныхъ работъ къ ж. д. промыслу, г. е. характеризуетъ только своеобразие вспомогательныхъ работъ, что отнюдь не „die besondere Art der der Arbeit inhärenten Unfallgefahr“. — Противъ этого толкованія *Scherer*. Die Haftpflicht des Unternehmers, стр. 26, *Scherer*, Schw. I Z. 1908, стр. 309.

¹⁾ Какъ понимаетъ Бундесgerichtъ причинную связь явствуетъ изъ B. G. VII, 349 и VI. 272: „Darauf, ob das schädigende Ereigniss die *einzigste und unmittelbare* Ursache des eingetretenen Schadens ist, oder ob zum Eintreten des Erfolges noch *andere*, vom Beklagten nicht zu vertretende Umstände mitwirkten, kann überall nichts ankommen“. [Здѣсь же ссылки на *Windscheid* и *Mommsen*].

презумпціяхъ въ ущербъ жел. дор. компаніи ¹⁾, или же даже прямо измышлять вину въ тѣхъ случаяхъ, когда обстоятельства дѣла не даютъ почвы для презумпціи вины ²⁾.

Новый законъ 28-го марта 1905 года довершаетъ это дѣло и устраняетъ ничѣмъ неоправдываемое различіе между «несчастіями при постройкѣ» и «несчастіями при эксплуатаціи», подводя тѣ и другіе случаи подъ дѣйствіе ст. 1, въ которой устанавливается принципъ профессиональнаго риска, какъ основа отвѣтственности ж. д. предпринимателя.

§ 2- Смѣшанная вина.

Здѣсь насъ интересуютъ двѣ статьи: 5 и 20 ³⁾. Статья 5 говоритъ, что «если на сторонѣ убитаго или пострадавшаго лежитъ часть вины въ причиненіи несчастія, судья можетъ

¹⁾ См. напр. T. F. 28 janv. 1882, R. O. VIII, № 19, стр. 96. Trib. féd. усмотрѣть вину жел. дороги въ единственномъ фактѣ, что она пользовалась рабочими, обычная работа которыхъ была работа въ рудникахъ, при движеніи вагоновъ. «особенно опасной работѣ, требующей полнаго вниманія и совершеннаго навыка». Ясно, что эта «вина» есть сухая фикція. Рабочие не знаютъ ихъ ремесла съ рожденія и приобретаютъ опытность въ работѣ. Если нѣкоторые приемы и отличаются особенной опасностью, то эта опасность присуща самой природѣ эксплуатаціи и отнюдь не можетъ быть разсматриваемая, какъ вина ж. дороги.

²⁾ См. напр. B. E. 7 Sept. 1878, Bd. IV, стр. 453. Trib. féd. разсматриваетъ, какъ вину, простую „hasardise“, допущенную при пробномъ пробѣгѣ поезда. Но ясно, что эта „вина“ есть фикція. Въдѣ, при всѣхъ пробахъ новой системы (напр. тормазовъ, паровозовъ и т. п.) приходится извѣстный рискъ, обязанный неизбѣжной отважностью и смѣлостью инженеровъ. Проба и имѣетъ то назначеніе, чтобы узнать, можетъ ли эксплуатація производиться безъ опасности. Если бы это было извѣстно заранее, конечно, можно было бы обойтись безъ подобныхъ „hasardises“!

³⁾ Ст. 8 (ср. ст. 12 для порчи багажа), которая даетъ право потерпѣвшему, въ случаѣ умысла или грубой вины ж. д., требовать, кромѣ возмѣщенія убытковъ „соотвѣтствующей денежной суммы“, не касается темы нашего изслѣдованія. Да наврядъ ли она имѣетъ какой-либо практическій интересъ даже въ швейцарской практикѣ. Не можемъ рекомендовать ея рецепціи и русскому законодательству, по той причинѣ, что она не согласуется съ общимъ складомъ русскаго права, въ которомъ чуждо смѣшеніе уголовно-и гражданско-правовыхъ отношеній.

соответственно умѣрить вознагражденіе, принимая во вниманіе всѣ обстоятельства дѣла». Статья 20 даруетъ судѣ право судить всѣ притязанія, основанныя на этомъ законѣ «по свободному усмотрѣнію».

Эти двѣ статьи представляютъ новеллы: ихъ не было въ старомъ желѣзно-дорожномъ законѣ 1 іюля 1875 года. Согласно установившейся при дѣйствіи этого закона судебной практикѣ, собственная вина потерпѣвшаго, чтобы быть «освобождающимъ основаніемъ», должна быть исключительной причиной несчастья; но и самая легчайшая вина имѣетъ освобождающій эффектъ ¹⁾.

Старая судебная практика даетъ намъ примѣры только сопроvincенія несчастья виной потерпѣвшаго и виной желѣзно-дорожнаго служащаго ²⁾. Всякая односторонняя вина потерпѣвшаго исключаетъ отвѣтственность желѣзной дороги ³⁾. При наличности взаимной вины, отвѣтственность распредѣляется по *интенсивности вины* на той и на другой сторонѣ ⁴⁾.

Вина желѣзно-дорожнаго предпріятія должна быть признана во всѣхъ случаяхъ, когда не были приняты мѣры, требуемыя въ интересахъ общей безопасности оборота ⁵⁾.

¹⁾ В. Е. IV, 171; XXIX, II, 4.

²⁾ В. Е. XIII, 50 [неосторожные поступки желѣзно-дорожнаго агента и пассажира]; XIV, 267 [нарушеніе регламента—недостаточный надзоръ]; XVII, 252 [опьяненіе—недостаточное огороженіе желѣзно-дорожныхъ сооружений]; XIX, 510 [высовываніе изъ поѣзда—неправильная постройка желѣзно-дорожнаго сооружения]; XX, 421; XXII, 452 [недовкій запоръ нагонной двери—оставленіе двери открытой], XXIII, 152 [переходъ черезъ рельсы—небрежность въ соблюденіи регламента].

³⁾ Надо замѣтить, что В. Г. очень снисходителенъ въ сужденіи о виновности поведенія потерпѣвшаго [см. казусы, приведенные у *Erismann*. Das schweizerische E. H. G., Basel, 1895, стр. 25—31], а, съ другой стороны, легко усматриваетъ вину желѣзной дороги даже въ побочныхъ обстоятельствахъ [см. казусъ I, *ibid.*, стр. 31].

⁴⁾ V. E. Scherer, Die Haftung des Unternehmers. Basel, 1908. стр. 169—171, Guyer, Kommentar, 88; *Guhl*, Untersuchungen, стр. 117 сл. Trib. féd. 15 xi 1906, Schw. I. Z. 1906, стр. 302: „il y a lieu, dans ce cas, pour le juge, de procéder à un départ des responsabilités, proportionnellement à la gravité de ces fautes et à leur degré de causalité à l'égard de l'accident“.

⁵⁾ В. Е. IV, 44; XX, 423, 888; XIV, 271, 440; V, 581; XXIII, 1045, 1053, 1613; XII, 582; VII, 823; XIV, 450; XXII, 445; XXX, II, 41; XXIV, 41, XXIX, II, 16.

Грубая неосторожность желѣзной дороги ¹⁾ не контра-балансируется легкой виной потерпѣвшаго и даже вызываетъ эффектъ, предусмотрѣнный ст. 8 (зак. 1905 г.): присужденіе потерпѣвшему съ ж. д. денежной суммы, даже независимо отъ возмѣщенія доказаннаго убытка ²⁾. Вина потерпѣвшаго должна быть въ *каузальной связи* съ несчастіемъ [за исключеніемъ формъ виновности ст. 6 и 7, имѣющихъ спеціальныи эффектъ].

Потерпѣвшій отвѣчаетъ за вину своихъ договорныхъ представителей. Но изъ вины третьихъ лицъ, осуществляющихъ надъ ребенкомъ правовыи или фактическій надзоръ (родственники, опекуны) нельзя выводить возраженія самовины на искъ самого потерпѣвшаго ребенка ³⁾.

Эта традиціонная теорія «*compensatio culpaе*»,—въ почетѣ въ эту эпоху и въ Германіи,—должна была выдержать въ XX вѣкѣ натискъ новыхъ идей. Въ эту переходную эпоху созданъ въ Швейцаріи новый желѣзно-дорожный законъ (28 марта 1905 г.), и въ германской юриспруденціи пробивались, какъ мы видѣли выше, новыя теченія подъ воздѣйствіемъ началъ, выраженныхъ въ обще-гражданскомъ уложеніи. Сама ревизія стараго желѣзно-дорожнаго закона, какъ мы указали, была предпринята, благодаря сознанію, что правила общегражданскаго права (и въ частности приемы взвѣшиванія вины) неприменимы въ спеціальной области желѣзно-дорожной отвѣтственности.

Правда, новыя идеи находили себѣ выраженіе постепенно, несразу. Еще въ 1901 году мы находимъ судебныя рѣ-

¹⁾ Примеры „грубой неосторожности“. оставленіе открытымъ барьера [В. Е. VII, стр. 823], оставленіе въ поврежденномъ видѣ парового котла [В. Е. XXII, 749], превышеніе максимальной скорости [В. Е. XIV, 271], упущенія по сигнальной службѣ [В. Е. XXIII, 1043], наемъ близорукаго ж. д. служащаго [В. Е. XXIII, 1053].

²⁾ *Guyet*, Kommentar, 103: „Je schwerer das Verschulden, desto grosser das Risiko und desto hoher ist die Geldsumme zu bemessen“.

³⁾ *B. E.* 2 févr. 1905 *Schw. J. Z.* 1905, стр. 62.

шенія, въ коихъ швейцарскіе суды продолжаютъ держаться старой теоріи «*compensatio culpaе*».

Вотъ, напр., рѣшеніе Obergericht Zürich [Handelsg. Entsch. XX, стр. 138].

„Содѣйствіе случайныхъ причинъ въ несчастіи, созданномъ виной пострадавшаго, съ правовой точки зрѣнія не имѣетъ значенія для отвѣтственности желѣзно-дорожнаго предпріятія; ибо эта отвѣтственность всегда исключена, если въ каузальной серіи, конечное звено которой есть несчастье, самовина образуетъ существенное звено, безъ котораго причинная связь оказалась бы прерванной. Прочія звенья серіи лишены правового значенія, при томъ предположеніи, что между ними нѣтъ ни одного, которое указывало бы на вину желѣзно-дорожнаго предпріятія или ихъ органовъ, въ какомъ случаѣ наступаетъ дѣленіе отвѣтственности“.

Это рѣшеніе отвергаетъ возможность конкуренціи въ правовомъ смыслѣ *случая* съ собственной виной потерпѣвшаго и признаетъ только традиціонную «*compensatio culpaе*» ¹⁾.

Однако, въ области примѣненія «*Fabrikhaftpflichtgesetz*» 25 іюня 1881 г. (Art. 5) ²⁾ юриспруденція стала сдаваться уже въ концѣ XIX вѣка. До сихъ поръ, «конкуренція вины» понималась въ смыслѣ ст. 51 Союз. Зак. объ обяз., т. е. какъ противоположеніе двухъ винъ: на сторонѣ рабочаго и на сторонѣ фабриканта [В. Е. XXI, 665]. Однако, мало по малу, съ конца 80-хъ годовъ практика низшихъ судебныхъ инстанцій ³⁾, а затѣмъ въ 90-хъ годахъ и практика Бундесгерихта ⁴⁾ начинаетъ рецепировать въ области фабрично-за-

¹⁾ O. Erismann, Das schweizerische E. H. G., Basel, 1895, стр. 25: „Die blosse abstracte Möglichkeit, dass neben eigenem Verschulden ein unglücklicher Zufall am Unfall mitgewirkt habe, ist für die Zuteilung der Verantwortlichkeitsfrage ohne Bedeutung“.

²⁾ Ст. 5: „Отвѣтственность фабриканта должна быть въ справедливой мѣрѣ понижена: а) если смерть или пораненіе... есть результатъ случая (accident fortuit), б) если часть вины, вызвавшей несчастіе... можетъ быть вменена потерпѣвшему“.

³⁾ Genève. Trib. civil, 22 Oct. 1886, Semaine judiciaire. 1886, стр. 714. Патронъ былъ признанъ частично отвѣтственнымъ, ибо онъ не представилъ доказательствъ, что несчастіе не имѣло другихъ причинъ, кромѣ неосторожности потерпѣвшаго, а потому оно должно быть „attribué en partie à l'accident survenu à la machine“.

⁴⁾ В. Г. 15 іюня 1898 г. В. Е. XXIV, 456; XXIX, 39.

водской ответственности такой принцип: «in allen Fällen, wo zum Selbstverschulden ein vom Verletzten nicht zu verantwortender zufälliger Umstand als Unfallsursache hinzukommt, wo also das Selbstverschulden zum Erfolge bloss «beigetragen» hat, die Haftung nicht aufzuheben, sondern bloss zu reduzieren ist».

Тот же цюрихскій Обергерихтъ въ рѣшеніи отъ 1904 г. [B. E. XXIX, II, стр. 41] признаетъ допустимость въ области фабричнаго права (§ 5. b. F. H. G.) такой конкуренціи, но здѣсь же оговаривается, что эта конструкція не можетъ быть перенесена въ область желѣзно-дорожнаго права.

Конечно, при дѣйствіи стараго закона и эта практика была большимъ прогрессомъ. Вѣдь, § 2 E. H. G. 1 іюля 1875 года придаетъ собственной винѣ потерпѣвшаго значеніе фактора, цѣликомъ исключаящаго искъ его къ желѣзной дорогѣ. Передъ такимъ огульнымъ рѣшеніемъ вопроса объ ответственности, примѣненіе къ § 2 E. H. G. статьи 51 II Союзнаго Закона объ обязательствахъ, согласно которой собственная вина потерпѣвшаго не исключаетъ, а только *понижаетъ* ответственность отвѣтчика, должно считаться крупнымъ шагомъ впередъ ¹⁾).

Установившаяся съ 1903 г. практика германскаго Рейхсгерихта окончательно толкнула практику Бундесгерихта на новый путь.

Рѣшенія Bundesgericht'a отъ 27 января 1907 года, 5 декабря 1907 года и 21 января 1909 года заслуживаютъ быть отмѣченными, ибо они служатъ поворотнымъ пунктомъ въ развитіи ж. д. практики швейцарскихъ судовъ по интересующему насъ вопросу.

¹⁾ Такое новаторство не встрѣтило поддержки въ доктринѣ. См. *Forestier*, о. с. 121: „Il nous paraît peu conforme aux principes de décider qu'un accident résulte à la fois d'une faute du lésé et d'un cas fortuit“. *E. Scherer, Die Haftung des Unternehmers aus Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Basel 1908 (2 Aufl.), стр. 80.*

B. E. 27 Jan. 1907 Egers Eisenbahn. Entsch. XXIV (1908), стр. 31—33. „Согласно ст. 1 п. 1 Е. Н. Г., 28 марта 1905 г. владѣлец ж. д. предпріятія отвѣчаетъ за убытокъ, возникшій отъ смерти или поврежденія челоѣка, поскольку онъ не докажетъ, что несчастіе причинено виной убитаго или пострадавшаго (или вышей силой или виной третьихъ лицъ). Эта норма есть буквальное воспроизведеніе стараго закона (ст. 2), и, примѣнительно къ послѣднему, основываясь на буквальномъ смыслѣ закона, практика установилась въ томъ смыслѣ, что, независимо отъ случаевъ совины жел. дороги, всякая вина пострадавшаго освобождаетъ ж. дорогу отъ отвѣтственности, такъ что не принимается въ соображеніе, ни степень вины, ни то обстоятельство, что по положенію вещей рядомъ съ поведеніемъ пострадавшаго причиною несчастія была и своеобразность ж. д. эксплуатаціи [die Eigenartigkeit des Bahnbetriebes], т. е. специфическая ж. д. опасность. Въ виду буквального совпаденія новаго закона со старымъ закономъ и въ виду исторіи возникновенія новаго закона—[предложеніе къ ст. 1—ограничить дѣйствіе собственной вины случаями грубой вины, а при легкой винѣ допустить пониженіе вознагражденія—было отклонено въ Національномъ Совѣтѣ]—казалось бы, что соизмѣреніе отвѣтственности степенью вины въ указанномъ смыслѣ недопустимо теперь, какъ и прежде. Однако, законъ обнаружилъ особымъ опредѣленіемъ ту мысль, что при каузальной конкуренціи вины пострадавшаго и опасности эксплуатаціи имѣетъ мѣсто пониженіе отвѣтственности жел. дороги. Согласно ст. 5 вознагражденіе надо умѣрить при уваженіи всѣхъ обстоятельствъ „*si l'accident est dû en partie à une faute de la victime*“. Толкованіе, что эта норма относится лишь до тѣхъ случаевъ, когда на сторонѣ жел. дороги лежитъ совина [—гдѣ „другая часть вины“ касается жел. дороги—], хотя на первый взглядъ, повидимому, соответствуетъ тексту, правильно отклонено низшей инстанціей. Уже французскій текстъ закона указываетъ на то, что норма эта имѣетъ болѣе широкое значеніе, т. е. относится, въ частности, и къ причиненію несчастія черезъ вину пострадавшаго въ конкуренціи съ своеобразіемъ жел. дор. промысла, и это построеніе является обоснованнымъ, если обратиться къ существу и имѣи ж. д. отвѣтственности. Что ст. 5 должна быть истолкована въ такомъ расширительномъ смыслѣ, показываетъ далѣе ст. 7, сравнительно съ которой ст. 4 стараго закона содержитъ аналогичное расширеніе ж. д. отвѣтственности въ тѣхъ слу-

чаяхъ, когда пострадавшій или убитый вошелъ въ соприкосновеніе съ ж. д. сферой черезъ сознательное нарушеніе полицейскихъ предписаній. Наконецъ, можно еще сослаться на *германское право*, гдѣ соответствующая статья 51 п. 2 О. Р. норма § 254 В. Г. В. судебной практикой объявлена примѣняемой и къ § 1 R. N. G. и, именно, въ случаяхъ конкуренціи собственной вины потерпѣвшаго съ опасностью промысла.

Что касается измѣренія ж. д. отвѣтственности при каузальномъ содѣйствіи виновнаго поведенія пострадавшаго и своеобразія ж. д. промысла (*Eigenart des Bahnbetriebs*) по ст. 5, то, согласно сказанному, настоящий масштаб долженъ быть найденъ въ томъ, *поскольку названные факторы имѣли значение для результата*. Въ практическомъ результатѣ это, конечно,—не смотря на исторію возникновенія ст. 1—едва ли существенно будетъ отличаться отъ разложенія убытка по степени самовины въ смыслѣ пониженія отвѣтственности жел. дороги при легкой винѣ пострадавшаго. Виновный моментъ долженъ быть несомнѣнно привлеченъ сюда и потому, что здѣсь при вопросѣ о причинной связи не можетъ быть обойденъ вопросъ объ этической оцѣнкѣ поведенія пострадавшаго и въ ст. 5 вмѣняется въ обязанность судѣ „*Würdigung aller Umstände*“. Если изслѣдовать въ свѣтѣ этихъ соображеній отношенія даннаго случая, то надо признать, что виновное поведеніе истца не есть исключительная причина несчастья, что для послѣдняго *опасность промысла была не только правово иррелевантнымъ условіемъ, но и настоящей сопричиной*. —Въ данномъ казусѣ на истца лежитъ отнюдь не исключительное, противорѣчащее всѣмъ правиламъ жизни поведеніе, которое исключало бы причинную связь между промысломъ и результатомъ, а, если и не **совсѣмъ** извинительный, то все же съ точки зрѣнія **человѣческой природы** объяснимый и понятный недостатокъ въ осторожности. То **обстоятельство**, что при переходѣ черезъ рельсы трамвая упущена **требуемая внимательность**, вслѣдствіе чего разстояніе до приближающагося поѣзда опредѣлено ошибочно, принадлежитъ къ тѣмъ болѣе или менѣе обычнымъ событіямъ, которыя вообще, и, слѣдовательно, **съ точки зрѣнія** жел.-дорожн. промысла предвидимы и потому не въ состояніи прервать причинной связи между несчастьемъ и **промысломъ**. Къ этому присоединяется еще то соображеніе, что несчастье, **жертвой** котораго сдѣлался истецъ, создано не только на основѣ **общаго своеобразія трамвайной эксплуатаціи**, т. е. вообще опас-

ности промысла. Въ конкретномъ случаѣ содѣйствовало еще спеціальное явленіе промысла, что порожній поѣздъ прошелъ непосредственно передъ пассажирскимъ поѣздомъ. Это событіе несомнѣнно содѣйствовало результату. Тѣмъ самымъ вообще родилась возможность смѣшенія (въ умѣ потерпѣвшаго) обонхъ поѣздовъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ—извѣстное повышение опасности, дальнѣйшее общее благопріятствованіе несчастіямъ подобнаго рода. Въ самомъ дѣлѣ, истецъ черезъ указанный способъ эксплуатаціи (*Betriebsmodus*) введенъ въ роковое заблужденіе (которое, однако, нельзя простить), что поѣздъ будетъ стоять или еще стоитъ на станціи. И съ этой точки зрѣнія, повидимому, несчастіе причинено эксплуатаціей жел. дороги“.

В. Е. 5 Dez. 1907, *Bund. g. Bd. XXXIII*, 2. Th., стр. 25.

Вина родителей пострадавшаго ребенка принимается въ соображеніе по Е. Н. Г., какъ вина третьихъ лицъ. $1\frac{3}{4}$ годовалый ребенокъ не можетъ совершать вины. Такъ какъ виновное поведеніе родителей заключается просто въ до извѣстной степени извинительной неосторожности, какъ это, судя по опыту, часто случается при настоящихъ или подобныхъ обстоятельствахъ, оно не можетъ быть разсматриваемо, какъ исключительная причина несчастія. Сопричиной является здѣсь эксплуатація электрическаго трамвая... „При несчастіяхъ подобнаго рода, результатъ благопріятствуемъ опасностью эксплуатаціи, такъ что рядомъ съ поведеніемъ третьихъ лицъ, которыя пренебрегли надзоромъ за ребенкомъ, съ правовой т. з. и эксплуатація является конкурирующей причиной. Посему, если несчастіе не причинено исключительно виной третьяго лица, а въ тоже время является послѣдствіемъ своеобразія ж. д. эксплуатаціи, то отвѣчаетъ существу и цѣли ж. д. отвѣтственности не освобождать ж. дорогу отъ отвѣтственности, не смотря на вину третьихъ лицъ. Ст. 1 закона 1905 г., согласно которой ж. дорога не отвѣчаетъ, если несчастіе „durch Verschulden Dritter verursacht ist“, должна быть понята въ томъ смыслѣ, что освобожденіе отъ отвѣтственности наступаетъ, если поведеніе третьихъ лицъ исключаетъ въ правовомъ смыслѣ причиняющую связь между эксплуатаціей и несчастіемъ, а не тогда, когда, рядомъ съ нимъ выступаютъ, какъ сопричина, и силы эксплуатаціи“.

В. Г. 21 janvier 1909 *Entsch. Bd. 35, II Teil, H. 1*, стр. 17 сл.

16 го іюня 1907 г. въ воскресеніе трамвай № 102 Женева

ской К^о. электрических трамваевъ задавилъ 72½ лѣтняго старца рабочаго. Его вдова ищетъ 8000 фр. убытковъ. Присуждено только 1464 фр. 75 с.—Отвѣтчица пыталась уклониться отъ отвѣтственности указаніемъ на собственную вину пострадавшаго. В. Г.: „Вина потерпѣвшаго исключаетъ отвѣтственность въ силу закона 1905 года лишь въ томъ случаѣ, если она—единственная причина несчастія. Наоборотъ, она лишь понижаетъ претензію, *если она конкурировала съ опасностью, присущей жел. дор. или трамвайному движенію* [„comme cause concomitante, le danger spéciale inhérent à toute exploitation de chemin de fer ou de tramway“]. Установлена грубая вина потерпѣвшаго [его глухость не позволяла ему слышать шумъ и сигналы трамвая, онъ не оглядывался]. Но она—не единственная причина несчастія. Последнее имѣло причиной еще „le danger spécial inhérent à l' exploitation de toute ligne de tramway“. Въ самомъ дѣлѣ, глухость пѣшеходовъ, особенно пожилыхъ, стала еще болѣе опасной отъ того обстоятельства, что линія трамваевъ отсѣкаетъ часть дороги (emprunte le tablier même de la route), и вагоны циркулируютъ съ такой быстротой, что пѣшеходы не могутъ дать себѣ отчета въ разстояніи, отдѣляющемъ ихъ отъ вагона. „Это повышение опасности циркуляціи пѣшеходовъ на дорогѣ при- сущее самой эксплуатаціи транспортнаго предпріятія, такъ что, разъ несчастіе есть результатъ за разъ и вины потерпѣвшаго и проявленія повышенной опасности циркуляціи [la manifestation de l' aggravation du danger de la circulation], жел. дор. или трамвайное Общество не можетъ уклониться отъ всякой отвѣтственности, ссылаясь на вину потерпѣвшаго. Ст. 5 закона позволяетъ судѣ въ подобномъ случаѣ лишь понизить въ справедливой мѣрѣ вознагражденіе, слѣдующее потерпѣвшему или его правопреемникамъ“.

Статья 5 Союзнаго закона 25 марта 1905 г. гласитъ: **«если на сторонѣ убитаго или пострадавшаго лежитъ часть вины въ причиненіи несчастія, судья можетъ соотвѣтственно умѣрить вознагражденіе при уваженіи всѣхъ обстоятельствъ дѣла»**. И вотъ, уже черезъ 1½ года послѣ опубликованія этого закона судьи натолкнулись на затрудненіе въ примѣненіи этой нормы, и—характерное явленіе!—они обратились не къ обычнымъ приѣмамъ интерпретаціи (логическому, грамматическому, историческому и т. п.), а къ методу подражанія: они вдохновляются германской юриспруденціей. Если бы швей-

царскіе суды примѣнили обычные приемы толкованія закона, то они должны были бы прийти къ другому выводу. Вѣдь, выраженіе закона «*часть вины*» [«*ein Teil der Schuld an dem Unfall*», «*si l'accident est dû en partie à une faute de la victime*»], конечно, показываетъ, что *другая* «*часть вины*» падаетъ на желѣзную дорогу. Это вытекаетъ изъ § 1 того же закона, въ силу котораго вина потерпѣвшаго по общему принципу исключаетъ *цѣликомъ* его претензію къ жел. дорогѣ.

Отмѣченные нами рѣшенія интересны въ томъ отношеніи, что они показываютъ намъ, какъ германская конструкція мало по малу просачивается въ судебную практику Швейцаріи. Конструкція «*rechtliche Konkurrenz von Selbstverschulden und Zufall*» защищается и швейцарской доктриной ¹⁾. Теорія, казавшаяся въ 90-хъ годахъ неприемлемой (Н. Е. XX, 138), въ 900-хъ годахъ стала приемлемой для фабричнаго права (В. Е. XXIV, II, 456; XXIX, II, 41), а въ 1907 г. была объявлена единственно справедливой и примѣняемой и для желѣзно-дорожнаго права самымъ высшимъ блюстителемъ законовъ—Бундесгерихтомъ.

Итакъ, швейцарскіе суды толкуютъ ст. 5 въ томъ же смыслѣ, какъ германская юриспруденція толкуетъ § 1 R. N. G. въ связи съ § 254 B. G. B. Это—въ высшей степени поучительное явленіе, ибо доказываетъ, что конструкція, созданная германскимъ Рейхсгерихтомъ, отвѣчаетъ правосознанію и швейцарскихъ юристовъ. Изученіе германской и швейцарской юриспруденціи показываетъ намъ, что обще-гражданская норма о «*compensatio culprae*» переносится въ сферу желѣзно-дорожнаго закона съ серьезной модификаціей, вызываемой самой сущностью профессиональной отвѣтственности: она привлекается въ этой области для оправданія *пониженія* размѣра желѣзно-дорожной отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда на лицо—вина потерпѣвшаго, но полное освобожденіе желѣз-

¹⁾ *Guhl*, Untersuchungen, 121. *E. Guyer* Kommentar. 88 прим. 2; 90 прим. 1.

ной дороги отъ отвѣтственности все же было бы несправедливо потому, что несчастіе должно быть несомнѣнно отнесено къ особымъ опасностямъ, свойственнымъ жел.-дорож. промыслу. Но на этомъ роль общегражданской нормы въ сферѣ желѣзно-дорожнаго закона и ограничивается. Само разложеніе отвѣтственности между сторонами слѣдуетъ на основаніи особыхъ принциповъ *каузальныхъ* построеній, какъ это и требуется самой идеей *каузальной* отвѣтственности желѣзно-дорожнаго предпріятія.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Цюрихское Гражд. Уложение, Общее Гражд. Уложение Австрійской Имперіи, Калифорнское Гражд. Уложение, Сводъ Мѣстныхъ Узаконовеній Губерній Прибалтійскихъ.

Цюрихское гражданское Уложение въ ст. 1841 постановляетъ:

«Во всѣхъ другихъ случаяхъ общей вины потерпѣвшаго и причинившаго убытокъ, они должны нести его сообща, смотря по соотношенію вины, а въ случаѣ сомнѣнія въ равныхъ доляхъ».

Общее гражданское Уложение Австрійской Имперіи (1811 г.) въ ст. 1304 постановляетъ:

«Если при какомъ либо поврежденіи оказывается также вина со стороны потерпѣвшаго, то она несетъ вредъ вмѣстѣ съ лицомъ, причинившимъ таковой, по соразмѣрности (*verhältnissmässig*), а когда мѣра не можетъ быть опредѣлена—въ равныхъ доляхъ».

Вопросъ о зачетѣ вины, какъ видимъ, разрѣшается въ томъ и другомъ Уложеніи на тождественныхъ началахъ. Потерпѣвшій несетъ убытокъ сообща съ повредителемъ «nach dem Masse seines Verschuldens», при чемъ въ случаяхъ затрудненія опредѣленія сравнительной степени *виновности* той и другой стороны судья долженъ распределить убытокъ *попо-*

амъ, т. е. половину убытка на истца, другую половину — на отвѣтчика ¹⁾).

Соотвѣтственно этому, тождественны и общія начала гражданской отвѣтственности. Общій смыслъ ст. 1324, 1331, 1332 Австр. Уложения и общій смыслъ ст. 1832, 1833, 1847—1848 Цюрихскаго Гр. Уложения не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что въ томъ и другомъ Уложеніи объемъ отвѣтственности делинквента соизмѣряется *степенью вины* его.

Однако, болѣе внимательное изученіе нормъ того и другого памятника показываетъ, что въ деталяхъ эти послѣдніе существенно отличаются одинъ отъ другого. Разсмотримъ теперь эти различія.

Цитированной выше статьѣ 1841 Цюрихскаго Гражд. Уложения предшествуетъ ст. 1840, которая гласитъ:

«Если потерпѣвшій самъ участвовалъ въ винѣ и на него падаетъ даже вина въ грубой неосторожности, а на причинившаго убытокъ только въ легкой, то всякое право на вознагражденіе для потерпѣвшаго теряется».

Ст. 1834—1839 знаютъ только двѣ формы виновности: *умыселъ* и *неосторожность*. Хотя ст. 1835 даетъ суду право «свободнаго усмотрѣнія» въ дѣлѣ возмѣщенія убытка, — однако, судья наврядъ ли имѣетъ право входить въ болѣе детальное сужденіе обстоятельствъ дѣла и устанавливать болѣе дробное дѣленіе степеней виновности. А посему, принимая во вниманіе, что ст. 1840 предусматриваетъ *culpa lata* потерпѣвшаго, имѣющаго противовѣсомъ *culpa levis* истца [= полное погашеніе иска], въ область ст. 1841 отойдутъ слѣдующія комбинаціи взаимной виновности:

Отвѣтчикъ.	Потерпѣвшій.
(dolus+) culpa lata	culpa lata
culpa levis	culpa levis.

¹⁾ A. Benda, о. с., стр. 59—60; Pfaff, о. с., стр. 38, № 112; ~~Берн.~~ Комментар, Bd. III, стр. 726; Berner, о. с. стр. 32—33.

Можетъ ли удовлетворить насъ такое разрѣшеніе вопроса о зачетѣ вины? Нѣтъ! Почему *culpa lata* потерпѣвшаго не-ключаетъ его искъ цѣликомъ при *culpa levis* отвѣтчика,—а *culpa lata* отвѣтчика не влечетъ за собою полной его отвѣтственности при *culpa levis* потерпѣвшаго? Никакого оправданія нельзя придумать такой несогласованности! И по какимъ соображеніямъ виновный отвѣтчикъ долженъ освободиться цѣликомъ отъ отвѣтственности, разъ приходится грубая вина потерпѣвшаго? Такую конструкцію невозможно было бы оправдать ни съ теоретической, ни съ житейской точки зрѣнія!

Ст. 1075—1078 того же Цюрихскаго Гражд. Уложенія регулируютъ отвѣтственность за вредъ, причиненный животнымъ. Эта отвѣтственность основывается на презумпціи вины держателя животного. Ст. 1079 постановляетъ: «если потерпѣвшій, раздраживъ животное (дикое или домашнее, опасное или неопасное), или намѣренно поставивъ себя въ явную опасность, самъ дастъ поводъ къ причиненію вреда, то онъ не имѣетъ права на вознагражденіе».

Бросается въ глаза логическое несоотвѣтствіе ст. 1079, разрѣшающей вопросъ о зачетѣ вины, съ ст. 1075—1078, устанавливающими основаніе отвѣтственности держателя животного. Если бы эта отвѣтственность была отвѣтственностью *легальной* (въ смыслѣ § 833 В. Г. В.), т. е. основанной прямо на законѣ, внѣ идеи предполагаемой вины хозяина животного, то ст. 1079 имѣла бы полный смыслъ и объясненіе. Въ самомъ дѣлѣ, законъ, возлагая усиленную отвѣтственность на держателя животного, думаетъ объ интересахъ лишь *невинновнаго* потерпѣвшаго. Разъ же въ ст. 1075—1078 отвѣтственность держателя животного базирована на принципѣ вины, то несостоятельно такъ строго относиться къ винѣ потерпѣвшаго. Виновный потерпѣвшій долженъ получить хотя бы часть причиненнаго ему убытка!

Вернемся теперь къ общему Австрійскому Гражданскому

Уложенію. Вполнѣ понятна и подлежитъ одобренію ст. 1308 Уложенія, постановляющая: «Если сумасшедшіе либо слабоумные, или дѣти причиняютъ вредъ лицу, которое само по какой либо винѣ подало къ тому поводъ, то оно не имѣетъ права на возмѣщеніе». Отвѣтственность перечисленныхъ лицъ исключительна, а потому она должна отпадать при наличности указанныхъ въ ст. 1308 условій.

Обращаетъ на себя вниманіе ст. 1299:

«Кто публично отправляетъ какую либо должность, промыселъ или ремесло, или занимается какимъ либо искусствомъ, или кто безъ нужды принимаетъ на себя добровольно какое либо дѣло, выполненіе котораго требуетъ особыхъ техническихъ свѣдѣній, либо особеннаго старанія, тотъ даетъ этимъ понять, что онъ полагается на свое необходимое стараніе и потребныя особыя познанія; поэтому онъ долженъ отвѣтствовать за недостатки таковыхъ. Если же тотъ, кто поручилъ ему дѣло, зналъ о его неопытности, или могъ знать при обыкновенной внимательности, то онъ несетъ совмѣстную отвѣтственность за неосторожность».

Толкованіе ст. 1299 возбуждаетъ сомнѣнія. При па-личности условій, предусмотрѣнныхъ въ ней, наступаютъ послѣдствія ст. 1304: обѣ стороны должны соотвѣтственно нести убытокъ. Schuster und Schreiber [Ueber Schadenersatz, Wien. 1885]. вносятъ сюда такое ограниченіе. «Это имѣетъ мѣсто лишь касательно того ущерба, который вызванъ недостаткомъ специальныхъ знаній и необычайнаго прилежанія, ибо нѣтъ никакого основанія вносить измѣненія въ общій принципъ отвѣтственности за обычную заботливость [gewöhnliche Aufmerksamkeit], которая, согласно § 1297, требуется отъ каждого».

Съ этимъ ограниченіемъ трудно согласиться! Оно нав-редъ ли отвѣчаетъ смыслу закона. Возьмемъ такой примѣръ.

Больной сибиркой обращается къ знахаркѣ для «заговора» болѣзни. Пациентъ, очевидно, заслуживаетъ упрека въ излишнемъ довѣріи къ пѣлебнымъ свойствамъ тѣхъ средствъ, которыя примѣняются знахаркой. Правда, знахарка не примѣнила въ данномъ случаѣ той обычной, средней заботливости, которую законъ требуетъ отъ каждого лица въ гражданскомъ оборотѣ. Но могъ ли пациентъ претендовать на эту среднюю заботливость «добраго хозяина», когда онъ сознательно и добровольно шелъ на леченіе своей болѣзни тѣми средствами, которыя обязаны темнотѣ народа и суевѣрію? Schuster и Schreiber, повидимому, склонны отвѣтить утвердительно. Мы даемъ отрицательный отвѣтъ. Расширительное толкованіе ст. 1299 лежитъ, думается намъ, въ цѣляхъ законодателя.

Нѣсколько своеобразную формулировку получалъ институтъ зачета вины въ *Сводѣ Гражданскихъ Узаконеній цуберній Прибалтійскихъ*. Сюда относящіеся постановленія довольно многочисленны. Они формулированы настолько обще, что способны обнять самыя разнообразныя отношенія, въ коихъ поставляются силою обстоятельствъ стороны при учиненіи правонарушенія.

Ст. 3291: «Если обѣ стороны дѣйствовали злоумышленно, руководясь одними и тѣми же побужденіями и по тому же самому предмету, то одна не можетъ простираť по этому поводу никакихъ притязаній къ другой. Но если злой умыселъ былъ только съ одной стороны, то понесшій отъ сего вредъ въ правѣ отыскивать съ нея удовлетворенія, хотя бы самъ онъ былъ виновенъ въ неосторожности».

Ст. 3303: «При взаимной съ обѣихъ сторонъ неосторожности, истекающія изъ сего

требованія зачитаются обоюдно въ той мѣрѣ, въ какой они одно другое покрываютъ.

Ст. 3441: «Потерпѣвшій вредъ не имѣетъ права требовать вознагражденія, если самъ могъ оный устранить соблюденіемъ должной осторожности. Исключеніе изъ сего правила допускается лишь въ случаѣ умышленнаго нарушенія права».

Не трудно все же усмотрѣть, что Сводъ Гражд. Узак. губ. Прибалтійскихъ примыкаетъ къ той системѣ зачета вины, которая представлена нами въ только что перечисленныхъ западно-европейскихъ законодательствахъ. Статья 3303 только облечена въ ненаучную и сбивчивую редакцію, съ цѣлью, повидимому, создать такую норму, которая въ рукахъ судьи съ тактомъ давала бы рѣшенія для самыхъ разнообразныхъ жизненныхъ отношеній.

Въ статьяхъ 4577 сл. регулируется отвѣтственность за поврежденія, причиненныя животными. Изъ общаго смысла ст. 4577—4580 явствуется, что отвѣтственность эта падаетъ на собственника животного *e lege*, т. е. внѣ условія его виновности. Вотъ почему, слѣдующія нормы должны быть нами вполне одобрены.

Ст. 4583: «Когда вредъ причинился отъ собственной неосторожности подвергшагося ему или отъ того, что онъ раздражилъ животное, то право на вознагражденіе отпадаетъ».

Ст. 4587: «Если животные разныхъ собственниковъ взаимно другъ друга повреждаютъ или убьютъ, то обязанность вознагражденія падаетъ на собственника того изъ нихъ, которое первое напало. Когда же вопросъ о томъ, которое изъ животныхъ пер-

вое папало, нельзя привести въ ясность, то искъ не имѣетъ мѣста».

Мы разсмотрѣли въ поверхностныхъ чертахъ постановленія Цюрихскаго и Австрійскаго Гражд. Уложеній и «Свода Гражд. Узак. губ. Прибалтійскихъ. Удовлетворяетъ ли насъ содержащаяся въ нихъ регламентація вопроса о зачетѣ вины? Съ точки зрѣнія тѣхъ теоретическихъ положеній, которыя мы установили въ т. I, мы должны дать на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ. При наличности обоюдной вины, въ роли масштаба разложенія убытковъ между сторонами мы должны—таково наше основное положеніе—взять принципъ *каузальности*, а принципъ *вины* допустить лишь въ качествѣ акцессорнаго масштаба. Въ разсмотрѣнномъ нами типѣ законодательствъ принципъ вины играетъ исключительную роль, а потому онъ можетъ привести, какъ мы доказали въ т. I, къ несправедливымъ рѣшеніямъ.

На яномъ принципѣ построено отношеніе взаимной вины въ другой группѣ законодательствъ. Въ этой послѣдней группѣ принципъ *вины* замѣняется принципомъ *причиненія*. Изслѣдованію § 254 В. Г. В. мы посвящали много мѣста въ т. I (стр. 135 сл.) и въ т. II (глава IV). Укажемъ еще на *Калифорнское Гражданское Уложеніе* (1873 г.).

Ст. 1096 этого уложенія гласитъ:

«Каждый отвѣтствуетъ не только за послѣдствія своихъ умысленныхъ дѣйствій, но и за вредъ, причиненный другому, по недостатку, въ его обращеніи съ имуществомъ или личностью этого другаго, обыкновенной заботливости или умѣнія, и освобождается отъ отвѣтственности лишь поскольку потерпѣвшій самъ, намѣренно или по недостатку обыкновенной заботливости, навлекъ на себя вредъ. Размѣръ отвѣтственности

опредѣляется въ этомъ случаѣ на основаніи постановленій раздѣла о возмѣщеніи вреда (ст. 2083 сл.).

Въ ст. 2083—2085, однако, содержатся «общія начала» вознагражденія за вредъ, гдѣ опредѣляются лишь понятія «damages» и «detriment». И такимъ образомъ ясно, что конецъ ст. 1096 вовсе не обѣщаетъ дать нормы, особыя для регулированія зачета вины. Иначе говоря, fine ст. 1096 касается всей ст. 1096.

Оставляя въ сторонѣ другія редакціонныя неточности ст. 1096 ¹⁾, отмѣтимъ, что, по смыслу ст. 1096, отношеніе взаимной вины должно разрѣшаться по принципу взвѣшиванія степеней *причиненія*, исходящихъ отъ той и другой стороны. Это стоитъ въ связи и съ ст. 2111: «размѣръ вознагражденія за вредъ при нарушеніи обязательства, возникающаго не изъ договора... опредѣляется суммою, возмѣщающею *весь вредъ, непосредственно такимъ нарушеніемъ причиненный, независимо отъ того, могъ ли онъ быть преду-*смотрѣнъ или нѣтъ».

Разрѣшеніе вопроса о зачетѣ вины на основаніи этихъ законоположеній должно послѣдовать, думается намъ, въ томъ же смыслѣ, какъ это имѣетъ мѣсто въ германской юриспруденціи, на почвѣ примѣненія ст. 254. Къ ней, поэтому, относятся всѣ наши замѣчанія, сдѣланныя нами въ главѣ IV-ой, касательно принциповъ германскаго законодательства и германской юриспруденціи.

¹⁾ Слово „освобождается“ не совсѣмъ точно. Эта редакція рождаетъ идею, что *изначала* и а priori весь конечный искомый убытокъ вѣняется делинквенту, независимо отъ привходящихъ случайныхъ условій, и лишь въ видѣ какой то *льготы* съ делинквента снимается отвѣтственность, если въ созданіи убытка виновны отчасти и потерпѣвшіи. Въ самомъ дѣлѣ, слово „освобожденіе“ отъ отвѣтственности логически предполагаетъ причиненіе вреда при такихъ условіяхъ, наличность которыхъ создаетъ отвѣтственность делинквента на „общихъ началахъ“ или въ силу какого либо specialнаго закона. Въ видѣ ст. 2111. было бы болѣе правильно сказать: „*не отъчасть*“, т. е. развѣ вредъ возникъ при такихъ обстоятельствахъ, которые устраняютъ само основаніе отвѣтственности на общихъ началахъ или по specialному закону, то можно говорить *только* объ *отсутствіи*, о невозникновеніи отвѣтственности, но отнюдь не объ „освобожденіи“ отъ нея.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Практика волостныхъ судовъ.

Свѣтлой стороной судопроизводства волостныхъ судовъ надо считать ту широкую свободу, которой пользуются волостные судьи въ сужденіи конкретного случая. Судъ, стараясь разрѣшить спорное дѣло по совѣсти («что бы никому обидно не было»), даетъ подчасъ рѣшенія, воплощающія конкретную справедливость, т. е. наиболѣе отвѣчающія индивидуальнымъ особенностямъ, не только «дѣла», но и «человѣка». Однимъ изъ проявленій такого стремленія къ справедливымъ рѣшеніямъ является обычное правило: *«ирѣхъ — пополамъ»*.

Во многихъ случаяхъ, въ цѣляхъ справедливейшаго уравниванія интересовъ обѣихъ сторонъ, судъ, вмѣсто того, что бы рѣшить дѣло по негибкому юридическому принципу: *aut — aut* (все — или ничего!), распределяетъ «грѣхъ», т. е. убытокъ между сторонами. Это имѣетъ мѣсто, между прочимъ, и въ случаяхъ взаимной вины. Судъ не мотивируетъ юридическими доводами такихъ рѣшеній. Оправданіе этихъ послѣднихъ лежитъ въ стремленіи смягчить суровый принципъ неограниченной отвѣтственности за каждое виновное поврежденіе имущества и установить *справедливое* распредѣленіе тяжести потери: «что бы обида меньше была», «что бы обѣимъ сторонамъ легче было», «что бы обѣимъ сторонамъ не такъ обидно было» ¹⁾. «Въ дѣлахъ, гдѣ убытокъ сдѣланъ или нечаянно или частью по винѣ обиженнаго убыткомъ, присуждаютъ всегда обоимъ: одинъ долженъ другого вознаградить

¹⁾ С. Пашаевъ. Обычное гражд. право. I, стр. 427, 432—437

половиной убытковъ, а другую половину обиженный долженъ стерпѣть» ¹⁾).

Этотъ принципъ «грѣхъ пополамъ» примѣняется въ области взаимной вины въ самыхъ разнообразныхъ комбинаціяхъ обстоятельствъ.

Вина истца можетъ заключаться въ его пассивности по отношенію къ отвѣтчику, именно, когда истецъ могъ отвратить явное вредоносное дѣйствіе обидчика, но не отвратилъ ²⁾, или неисправность въ его хозяйствѣ содѣйствовала возникновенію вреда ³⁾, или упущеніе его обусловило несчастіе ⁴⁾. Принципъ «грѣхъ—пополамъ» примѣняется, наконецъ, въ другихъ случаяхъ неясно выраженной взаимной вины ⁵⁾.

Итакъ, согласно практикѣ волостныхъ судовъ, не ученіе о перерывѣ причинной связи или о погашеніи вины делинквента, вообще—не императивы юридическихъ принциповъ,

¹⁾ Труды Комиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ. Спб. 1874, т. I, стр. 241 (Опросная анкета Спасскаго у.).

²⁾ Труды Комиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ. Спб. 1873—1874, т. IV, стр. 384 № 1 (Полтав. г.), стр. 326, № 5 (Полтав. г.); т. VI, стр. 609 № 22 (Саратов. г.), т. VI, стр. 64, № 28 (Самарск. г.); т. I, стр. 801 № 6 (Лебед. у.). При обѣймленіи чужого поля, доходы дѣлятся пополамъ (или на другія квоты! т. VI, 609, № 22: „Хозяину П. предоставить право взять изъ числа посѣяннаго хлѣба 1/3 часть“). Тимофеевъ, Вѣстн. Пр 1903/1, стр. 18—20 въ этихъ случаяхъ усматриваетъ принципъ взаимной вины. Однако, эти рѣшенія—думается намъ—могутъ быть объяснены съ точки зрѣнія трудового начала.—Труды Ком. I, стр. 162 (Шацкій у.), № 6. Поляковъ искалъ съ своихъ пастуховъ Х. и П. 30 руб. Отвѣтчики, чтобы легче было пасти скотину, перевязали обѣимъ коровамъ заднія ноги и до того скрутили, что жили прервались, и коровы лежать на боку. Установлено, что „когда пастухи вязали коровъ, Поляковъ ихъ видѣлъ самъ и не отвлекъ ихъ отъ этого, въ чемъ онъ лично сознался,.... а потому мы на основаніи 96 ст. Общ. Пол. рѣшеніемъ сямъ положили *грѣхъ пополамъ*“.

³⁾ Труды Ком. т. VI, стр. 80, № 25 (Самарск. г.). Скотъ отвѣтчиковъ потравилъ хлѣбъ истца Бурдина, сложенный на гумнѣ. Отвѣтчики возражали что платить убытки не обязаны, „потому что загородка гумна Бурдина незаконная, т. к. въ плетнѣ вышины не болѣе 2 четвертей. Поштые показали убытку 40 пудовъ. Судъ опредѣляетъ: „принимая во вниманіе, что гумно Б. загорожено неисправно и не такъ, какъ бы слѣдовало, го взыскать съ отвѣтчиковъ половинное число, т. е. 20 пудовъ“.

⁴⁾ Труды Ком. т. III, стр. 71 (Яросл. г.): „т. к. въ дѣлѣ виновны обѣ стороны, а именно, сынъ просителя, который, оставивъ свою лошадь, отлучился къ родственнику на цѣлые 1/2 часа, и отвѣтчикъ, неосторожно обѣжавшій его лошадь, то и взыскать съ послѣдняго только половину заявленнаго иска, т. е. 5 руб.“

⁵⁾ Труды Ком. т. I, стр. 432, № 17 (Ворисоглѣб. у.); т. II, стр. 645, № 19 (Московск. г.), т. II, стр. 650, № 12 (Моск. г.). См. эти рѣшенія ниже.

а общія соображенія правосудія и справедливости ведутъ къ пониженію и эвентуально къ погашенію отвѣтственности делинквента. Въ дѣлѣ распредѣленія убытка между сторонами волостные судьи присвоили себѣ полную свободу усмотрѣнія. Это распредѣленіе выражается обычно въ дѣленіи убытка *пополамъ*. Несложное правило половинной отвѣтственности соответствуетъ и неразвитому правовому чутью крестьянъ, примѣненіе его легче на практикѣ, да и съ внѣшней стороны оно оправдывается буквальнымъ смысломъ обычнаго правила: грѣхъ *«пополамъ»*. Встрѣчаются, впрочемъ, рѣшенія, въ коихъ судьи распредѣляютъ отвѣтственность на неравныя квоты ¹⁾.

Въ литературѣ по обычному праву принято восхвалять правило «грѣхъ *пополамъ*», какъ мудрое правило, вполне отвѣчающее требованіямъ индивидуализаціи, т. е. справедливѣйшаго уравниванія интересовъ обѣихъ сторонъ ²⁾. Исслѣдователи обычнаго права рекомендуютъ сохранить означенное начало въ числѣ процессуальныхъ нормъ даже при кодификаціи обычно-правовыхъ нормъ ³⁾.

Если, однако, мы отъ поспѣшныхъ восхваленій перейдемъ къ критикѣ практики волостныхъ судовъ, то мы должны будемъ отмѣтить одно явленіе, которое, впрочемъ, надо было ожидать уже изначала и а priori. Правда, въ извѣстныхъ рамкахъ допущеніе принципа: «грѣхъ *пополамъ*» отвѣчаетъ не только общимъ требованіямъ справедливости, но и запросамъ теоретика, ибо эта формула содержитъ не только рѣшеніе

¹⁾ *Труды Ком.* т. VI, стр. 609, № 22 (Сарат. г.). Т. самовольно распалъ и заставлялъ землю П. — Хозяину П. предоставлено право взять изъ числа посѣяннаго хлѣба $\frac{1}{3}$ часть.

²⁾ *Савельевъ* въ Юрид. Вѣстн. 1883, № 6—7. стр. 524, *Тимофеевъ* Вѣст. Пр. 1903, № 1, стр. 8.

³⁾ *Тимофеевъ* l. c., стр. 7 указываетъ при этомъ на то, что статистическія наблюденія доказываютъ сравнительную удовлетворенность сторонъ при судебныхъ рѣшеніяхъ, раздѣляющихъ между сторонами отвѣтственность, согласно правилу: «грѣхъ *пополамъ*». При такихъ рѣшеніяхъ рѣдко на судебныхъ листкахъ фигурируетъ подпись стороны: «рѣшеніемъ суда остался недоволенъ». Это говоритъ намъ, что преслѣдуемая судами *aequitas* здѣсь болѣе или менѣе достигнута.

вопроса, но и оправданіе такого рѣшенія. Въ этомъ отношеніи, «грѣхъ пополамъ» мѣтче и полнѣе содержаніемъ извѣстнаго афоризма Помпонія: «quod quis ex culpa sua damnum sentit non videtur damnum sentire» въ его обычной интерпретаціи ¹⁾. Правило Помпонія не открываетъ юридическаго основанія зачета вины. Самое большее—это правило даетъ лишь конечную форму тѣмъ внутреннимъ соображеніямъ, которыя надо еще открыть. «Quod quis ex culpa sua...» еще ничего не объясняетъ, оно само нуждается въ объясненіи! Наоборотъ, «грѣхъ пополамъ» какъ будто сразу вводитъ насъ въ суть вопроса: убытокъ, въ которомъ повинны обѣ стороны, долженъ быть распределенъ между ними пополамъ: «что бы обѣимъ сторонамъ не такъ обидно было» ²⁾.

Но, съ другой стороны, изучая ближе волостную практику, покоящуюся на началѣ «грѣхъ пополамъ», мы замѣчаемъ, что это правило настолько емко и эластично, что вмѣщаетъ въ себя всѣ явленія, коимъ волостные судьи не могутъ дать юридическаго оправданія. Помимо разнообразія отношеній, покрываемыхъ этимъ правиломъ, оставаясь даже въ предѣлахъ взаимной вины, мы констатируемъ, что въ эту формулу втискиваются насильно или рѣшенія, которыя могутъ быть оправданы другими соображеніями ³⁾ или казусы, которые должны быть разрѣшены на строго юридическихъ началахъ и въ другомъ смыслѣ ⁴⁾, или, наконецъ, казусы

¹⁾ См. т. I. Введение, стр. 21—23.

²⁾ *Труды Ком.* т. I, стр. 58 (Опросная анкета Моршанскаго у.).

³⁾ См. вышеприведенныя рѣшенія [стр. 331], которыя могутъ быть оправданы отнюдь не съ точки зрѣнія взаимной вины, а на основѣ трудового начала. Кто самовольно распахалъ и засеялъ чужую землю, тотъ получаетъ часть доходовъ „pro cultura et cura“.

⁴⁾ *Труды Ком.* т. II, стр. 645, № 19 (Москов. г.). Т.—истецъ жалуется, что по винѣ отвѣтчиковъ убита его лошадь елкой въ лѣсу, гдѣ отвѣтчики ~~вазали~~ лѣсъ, а онъ возилъ шпалы. Вина ихъ заключается въ томъ, что они ~~не~~ дали ему предосторожности, чтобы не ѣздить. Лошадь стоитъ 35 руб. В. Судъ постановилъ: „признать Г съ товарищами виновными въ убійтвіи еловой лошади Т, а потому постановили: положить грѣхъ пополамъ“ (17 р. 50 к.). *Труды Ком.* т. II, стр. 650, № 12 (Моск. г.). Жеребецъ истца Н. былъ ушиб-

въ коихъ «взаимная вина» усмотрѣна была судьями только потому, что имъ не хватало теоретическихъ познаній для конструирования этого рода отношеній.

Такъ, было рѣшено. [*Труды Ком.* т. I. стр. 432, № 17 (Борисоглѣб. у.)].

Крест. *Г* заявляетъ суду, что онъ и крест *К* по ошибкѣ захватили другъ у друга телушекъ, т. к. онѣ совершенно равной шерсти; взятая имъ у *К* телушка пала, за что онъ проситъ взыскать съ *К* 11 р. 20 к. Судъ постановилъ: т. к. обѣ стороны виноваты въ неосмотрительности, то раздѣлить стоимость павшей телушки, т. е. 11 р. 20 к., пополамъ.

Изъ дѣла явствуетъ, что телушка крест. *К* пала помимо вины крест. *Г*. Послѣ надежа обнаруживается, что «casum sentit» крест. *К*, ибо онъ — dominus. Примѣнимо ли здѣсь ученіе о взаимной винѣ? Въ чемъ виноваты *К*. и *Г*? Развѣ въ надежѣ телушки? Конечно, нѣтъ! А между тѣмъ, мы знаемъ [см. г. I, стр. 11, passim] что ученіе о зачетѣ вины можетъ имѣть мѣсто лишь при томъ условіи, что вина той и другой стороны стоитъ въ причинномъ отношеніи къ исковому убытку.

Вотъ почему, мы полагаемъ, что пресловутое правило «грѣхъ—пополамъ» въ рукахъ непросвѣщеннаго судьи способно дать неправильныя и несправедливыя рѣшенія. Отношеніе «зачета вины», какъ юридическое явленіе, должно быть разрѣшаемо на строго юридическихъ началахъ, установленныхъ нами въ т. I настоящаго изслѣдованія, и помимо нихъ судья всегда рискуетъ сбиться съ пути и прійти къ тѣмъ неправильностямъ, образецъ которыхъ мы имѣемъ въ только что приведенномъ рѣшеніи волостного суда Борисоглѣбскаго уѣзда.

лень лошадей *К*. А было ранѣе запрещено пускать въ стадо свою лошадь, т. к. она грызется и бьетъ ногами лошадей. Опредѣлили взыскать $\frac{1}{2}$ часть противу стоимости ушибленной лошади

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

„Смѣшанная вина“ и ст. 683 т. X ч. I.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Историческій очеркъ русскаго законодательства по вопросу объ отвѣтственности желѣзно-дорожнаго управленія за вредъ, причиненный при эксплуатаціи желѣзно-дорожнаго предпріятія.

Толчекъ къ изданію въ законодательномъ порядкѣ особыхъ правилъ, регулирующихъ отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за смерть и увѣчья, причиненныя при отправленіи желѣзно-дорожнаго промысла далъ несчастный случай, имѣвшій мѣсто 29 декабря 1847 г. на царскосельской желѣзной дорогѣ¹⁾.

Въ поѣздѣ, отправившемся изъ Царскаго Села, у одного изъ вагоновъ сломались ось и колесо, отъ чего слѣдующій вагонъ получилъ такой сильный ударъ, что находившіеся въ немъ пассажиры выскочили вонъ и одинъ изъ нихъ, царскосельскаго уѣзда крестьянинъ Василій Пѣтуховъ, упалъ такъ неудачно, что кромѣ значительныхъ ушибовъ, переломилъ себѣ ногу.

Оберъ-кондукторъ Гельцеръ былъ привлеченъ къ отвѣту по законамъ уголовнымъ и гражданскимъ. Дѣло прошло всѣ инстанціи: царско-сельскій у. съѣздъ, СПб. Уголовная Палата, Правительствующій Сенатъ (1 отд. 5 деп.), Общее Собраніе

¹⁾ „Дѣло о причиненіи крестьянину Пѣтухову на царскосельской желѣзной дорогѣ увѣчья по нерадѣію оберъ-кондуктора“, см. Журн. М. Ю. 1864, т. XX.—Мнѣніе Госуд. Совета по дѣлу „о происшествіи, случившемся въ 1847 г. на царскосельской желѣзной дорогѣ“, напечатано въ „Сборникъ Высоч. утвержденнхъ мнѣній Госуд. Совета по гражд. дѣламъ“ 1852—1854 г.г. [Смѣб., 1867 г., стр. 150—166].

4, 5 и межевого Департаментовъ Сената, Государственный Совѣтъ.

Во всѣхъ инстанціяхъ Общество царскосельской желѣзной дороги защищалось тѣмъ: 1) что по правиламъ общества всѣ экипажи передъ каждымъ отправленіемъ поѣздовъ свидѣлствуются свѣдущими мастерами, состоящими на службѣ общества: 2) что парабанъ, у котораго лопнула ось, а вслѣдствіе сего и колесо, былъ по показанію мастеровъ, совершенно въ исправномъ видѣ и что ось лопнула дорогою отъ вліянія температуры, которая при перемѣнѣ имѣетъ вліяніе на желѣзо, — тому не мастера, а тѣмъ менѣе кто либо изъ служителей желѣзной дороги причиною быть не могутъ и предвидѣть этого не въ состояніи, а посему правленіе общества не имѣетъ основанія обвинять кого-либо за сломку оси.

Однако, слѣдствіе показало (о. с. стр. 506--508, 515--520), что несчастье должно быть приписано нерадѣнію оберъ-кондуктора Гельцера. Кондукторъ отставной унтеръ-офицеръ Лавриковъ, прежде еще отправленія вагоновъ, какъ самъ онъ показываетъ, замѣтилъ въ одномъ изъ нихъ, у коего въ послѣдствіи сломались ось и колесо, неисправность по неправильной качкѣ, докладывалъ о томъ оберъ-кондуктору Гельцеру и по его приказанію перевелъ пассажировъ изъ испорченнаго вагона въ другой (стр. 511). Согласно заключенію Академіи наукъ, настоящей причиной излома оси и колеса должно быть признано не вліяніе температуры, а неисправность вагона. Посему «не остается никакого сомнѣнія ни въ правильности назначенной оберъ-кондуктору Гельцеру личной отвѣтственности, ни въ необходимости вознагражденія крестьянина Цѣтухова».

Между тѣмъ, о настоящемъ дѣлѣ было доведено до Высочайшаго свѣдѣнія. Государь Императоръ Высочайше повелѣть соизволилъ предоставить Министру Юстиціи внести это дѣло съ своимъ заключеніемъ на разсмотрѣніе въ Государственный Совѣтъ.

Министръ Юстиціи далъ такое заключеніе. Исключительная отвѣтственность оберъ-кондуктора за убытки можетъ имѣть мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда причина случившагося несчастія не существовала при самомъ отправленіи поѣзда, и когда несчастіе это было слѣдствіемъ небреженія или неосторожности оберъ-кондуктора во время самого провозанія транспорта; въ тѣхъ же случаяхъ, когда постигнувшее во время пути несчастіе произошло отъ причинъ, которыя существовали уже на мѣстѣ отправленія поѣзда, и могли бы быть, при надлежащемъ надзорѣ, своевременно отвращены, отвѣтственность за вредъ и убытки, причиненные несчастіемъ, независимо отъ непосредственно виновныхъ агентовъ, должна падать на правленіе дороги, какъ виновное въ недостаткѣ должнаго надзора.

Приимая однако въ соображеніе, что разрѣшеніе возникшихъ по настоящему дѣлу вопросовъ, для руководства на будущее время, должно подлежать соображенію въ законодательныхъ видахъ, министръ юстиціи счелъ нужнымъ предварительно внесенія дѣла сего въ Государственный Совѣтъ сообщить самое дѣло и свое мнѣніе на усмотрѣніе бывшаго главноуправляющаго вторымъ отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи.

Графъ Блудовъ изъяснилъ, что во всѣхъ случаяхъ, отъ коихъ могло произойти несчастіе, должно различать причины оного, были ли такого рода, что онѣ могли быть предусмотрены завѣдывающими дорогою, или же напротивъ такія, что ихъ нельзя было предотвратить никакими мѣрами предусмотрительности и осторожности. Къ первому роду относятся всѣ случаи, означенные въ уложеніи о наказаніяхъ, въ томъ числѣ и несоблюденіе завѣдывающими дорогою обязанностей своихъ, съ полной точностью и ясностью опредѣленныхъ въ Высочайше утвержденномъ 6 августа 1851 г. положеніи о составѣ управленія с.-петербургско-московской желѣзной дороги, и въ особыхъ инструкціяхъ, данныхъ чинамъ всѣхъ желѣзныхъ

дорогъ; таковы, между прочимъ, несчастія, происшедшія отъ неисправности локомотивовъ, вагоновъ, отъ несвоевременнаго отправленія поѣзда и т. п. Ко второму роду должны быть отнесены причины, такъ сказать, сокровенныя, которыя въ Англіи именуются *latent sources of danger*, въ томъ числѣ трещины, которыя оказываются въ желѣзѣ и отъ коихъ происходят переломы оси; неожиданный обрывъ дороги (*éboulements*) отъ землетрясенія, необыкновенно проливного дождя, сопровождаемаго сильною бурей, или разрывомъ облака (*Wolkenbruch*) и т. п.

Графъ Блудовъ полагалъ, что въ случаѣ несчастныхъ приключеній отъ причинъ перваго рода, за вредъ и убытки должны отвѣтствовать лица, виновныя въ упущеніи; когда же они сами не въ состояніи заплатить слѣдующее вознагражденіе, то должно взысканіе онаго распространять на правительство, или правленіе компаній, смотря по тому, кто содержитъ дорогу, съ предоставленіемъ, впрочемъ, какъ правительству, такъ и компаніямъ взыскать свои убытки съ виновныхъ. Но если причина несчастія, отъ коего произойдутъ вредъ или убытки, принадлежитъ ко второму изъ вышеозначенныхъ разрядовъ или родовъ, то ни завѣдующія непосредственно дорогою лица, ни правительство и компаніи, не обязаны отвѣтствовать за происшедшіе отъ того вредъ или убытки, (стр. 520—525).

Вышеозначенныя предположенія свои министръ юстиціи представилъ, согласно послѣдовавшему Высочайшему повелѣнію, на благоусмотрѣніе Госуд. Совѣта.

По общему вопросу Государственный Совѣтъ раздѣлялъ исполнѣ мысль главноуправляющаго II Отдѣленіемъ собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи и министра юстиціи, что при опредѣленіи права на вознагражденіе за происшедшее на желѣзныхъ дорогахъ несчастіе, должно различать, были ли причины онаго такого рода, что онѣ могли быть предусмотрѣны завѣдывающими дорогами, или же напротивъ, такія, что ихъ нельзя было предотвратить никакими

мѣрами предусмотрительности и осторожности. Въ первомъ случаѣ, къ которому нельзя не присовокупить и упущеній завыдывающихъ дорогами въ принятіи мѣръ къ отвращенію предусматриваемаго несчастія,—право на вознагражденіе становится несомнѣннымъ, во второмъ, оно, конечно, признано быть не можетъ, но для устраненія сомнѣній въ обоихъ случаяхъ необходимо, что бы вышеозначенныя причины были опредѣлены въ законѣ, иначе всегда будетъ возникать споръ, къ какому роду отнести причину несчастія, и, слѣдовательно, по каждому происшествію можетъ завязаться особая тяжба.

Вознагражденіе сіе, безъ различія, существовала ли причина несчастія при отправленіи поѣзда или оно произошло единственно отъ небреженія кондуктора во время провозанія транспорта ¹⁾, должно всегда производимо быть управленіемъ желѣзной дороги, ибо тѣ, кои отправляются по ней, ввѣряютъ свою жизнь и имущество не кондуктору, а управленію дороги. Оно обязано выбирать такихъ проводниковъ, на которыхъ можетъ вполнѣ полагаться, и всякое, противное сему началу, правило, ослабляя строгость въ избраніи управленіями желѣзныхъ дорогъ агентовъ, вмѣстѣ съ тѣмъ уменьшило бы довѣренность публики къ желѣзнымъ дорогамъ, и черезъ то и самую пользу учрежденія оныхъ.

При семъ надлежитъ замѣтить, что правительство и компаніи обязаны отвѣтствовать не только за вредъ, который произошелъ отъ неточнаго исполненія кондукторами ихъ обязанностей, или отъ неисправности экипажей, которыя могли быть замѣчены передъ отъѣздомъ, но и за вредъ, происшедшій отъ неисправности самой дороги и ея принадлежностей, когда сіи неисправности не принадлежать къ числу тѣхъ, коихъ случайныя или естественныя причины нельзя было предотвратить никакими мѣрами предусмотрительности и предосторожности, но, съ другой стороны, управленіе желѣзной дороги

¹⁾ Госуд. Совѣтъ, очевидно, имѣетъ въ виду заключеніе Министра Юстиціи, съ коимъ онъ и полемизируетъ.

должно имѣть полное право искать возмѣщенія понесенныхъ отъ того убытковъ съ виновныхъ агентовъ своихъ, которые сверхъ того, для удержанія ихъ отъ оплошности страхомъ наказанія, не могутъ быть избавлены отъ личнаго, по закону, взысканія за ихъ вину.

По всѣмъ симъ уваженіямъ Государственный Совѣтъ мнѣніемъ положилъ: постановить правиломъ, а) что *«правительство или частная компанія подлежатъ ответственности передъ понесшимъ ущербъ и вредъ лицомъ, за каждое случившееся на желѣзныхъ дорогахъ несчастіе, когда оно произошло отъ причинъ, предусмотрѣнныхъ при отправленіи или движеніи поезда, но не отверженныхъ принятіемъ надлежащихъ мѣръ, или, когда оно вообще могло быть предусмотрено, но оставлено безъ вниманія... б) что правительству или частной компаніи предоставляется искать возмѣщенія своихъ убытковъ съ виновныхъ агентовъ ихъ, которые, сверхъ того, подвергаются и личному, по мѣрѣ вины ихъ, наказанію по законамъ, и в) что правительство или частная компанія не подлежатъ ответственности, когда случившееся на желѣзныхъ дорогахъ несчастіе произошло отъ такихъ причинъ, которыхъ нельзя было предотвратить никакими мѣрами предусмотрительности и осторожности»* (стр. 526—530).

Такое мнѣніе Госуд. Совѣта Высочайше утверждено 12 мая 1852 года и оно вошло въ Сводъ законовъ въ ст. 683 т. X ч. I изд. 1857 года. [П. С. З. 1852 г. мая 12 (26265) п. 1].

Въ такой редакціи ст. 683 т. X ч. I обслуживала русскую судебную практику около двухъ десятилѣтій. За это время имѣло мѣсто явленіе, не оставшееся незамѣченнымъ русскимъ законодателемъ. Мы имѣемъ въ виду изданіе двухъ

железно-дорожныхъ законовъ: въ *Германиі*—7 іюня 1871 г. и въ *Швейцаріи*—5 іюля 1875 г. ¹⁾).

Германскій «Reichshaftpflichtgesetz» гласилъ: «если при эксплуатаціи желѣзной дороги человекъ будетъ убитъ или тѣлесно поврежденъ, то предприниматель отвѣтствуетъ за причиненный этимъ ущербъ, если не докажетъ, что несчастіе произошло, вслѣдствіе высшей силы или по собственной винѣ убитаго или поврежденнаго». (§ 1 R. H. G.).

Швейцарскій Законъ 1 іюля 1875 г. гласилъ: «если при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ или пароходнаго предпріятія человекъ будетъ убитъ или тѣлесно поврежденъ, то транспортное учрежденіе отвѣчаетъ за возникшій убытокъ, поскольку оно не докажетъ, что несчастіе причинено высшей силой или проступкомъ путешественниковъ или третьихъ не причастныхъ къ транспортному предпріятію лицъ, безъ содѣйствія вины предпріятія, или черезъ собственную вину убитаго или поврежденнаго». (§ 2 E. H. G.)

И, въ самомъ дѣлѣ, когда 21 іюля 1868 г. былъ представленъ М. В. Д. въ Комитетъ Министровъ «Проектъ Устава Общества страхованія проѣзжающихъ по желѣзнымъ дорогамъ въ Россіи отъ несчастныхъ случаевъ», Министръ Юстиціи далъ по поводу этого проекта такое заключеніе: онъ находилъ полезнымъ учредить для разсмотрѣнія этого Устава особую комиссію, которой *между прочимъ* поручить разсмотрѣть: не нужно ли въ чемъ либо измѣнить дѣйствующія нынѣ узаконенія, «опредѣляющія отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ обществъ передъ пассажирами за всѣ несчастные случаи, происходящіе отъ неосмотрительности управленія этихъ дорогъ или пароходовъ, а также служащихъ на оныхъ».

Это предложеніе было принято. По Высочайшему повелѣнію отъ 30 іюля 1872 года при министерствѣ юстиціи

¹⁾ Изданіе желѣзно-дорожнаго закона 5 марта 1869 г. въ Австріи, устанавливающаго въ § 2 отвѣтственность на тѣхъ же началахъ, что и въ Германіи и Швейцаріи, повидимому, осталось незамѣченнымъ русскимъ законодателемъ.

была образована комиссія подъ предѣдательствомъ статсъ-секретаря сенатора Н. Н. Селифонтова, которой было поручено пересмотрѣть законы объ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ предпріятій за причиненіе смерти и вреда здоровью пассажировъ, служащихъ и третьихъ лицъ, и выработать, въ интересахъ безопасности движенія на желѣзныхъ дорогахъ, правила, въ надлежащей мѣрѣ обезпечивающія эту безопасность.

Разсужденія комиссіи, составлявшей проектъ ст. 683 (по продолженію) носятъ заглавіе: «Представленіе Министра Юстиціи въ Госуд. Совѣтъ объ измѣненіи редакціи 683 ст. X т. ч. 1. 28 января 1877 г. № 1565».

Изъ этихъ разсужденій мы узнаемъ, что комиссія сенатора Селифонтова исходила изъ той мысли, что «владѣльцы желѣзно-дорожныхъ предпріятій должны отвѣчать за всѣхъ приставленныхъ къ предпріятію лицъ, въ виду *ихъ полной солидарности между собою*». (*Журн. комиссіи*, засѣд. 1 дек. 1873 г., 17 янв. и 4 апр. 1874 г., стр. 17—27) ¹⁾.

Въ согласіи съ этимъ принципомъ, комиссія предложила п. 2 ст. 683 редактировать такъ: «предприниматели освобождаются отъ обязанности вознаграждать потерпѣвшаго въ тѣхъ случаяхъ, когда докажутъ, что несчастіе причинено воздѣйствіемъ непреодолимой силы или не по вину ихъ агентовъ или *отъ неисправности подвижного состава*».

Съ этимъ проектомъ, также и съ мотивацией его идеей «солидарности предпринимателя съ предпріятіемъ», вполне согласился и Министръ Юстиціи статсъ-секретарь гр. Паленъ въ его представленіи проекта Государственному Совѣту 28 января 1877 года [1—5 листы Представленія М. Ю. въ Государственный Совѣтъ].

Между прочимъ, онъ указываетъ на слѣдующіе мотивы

¹⁾ Эти соображенія развиты дѣлопроизводителемъ комиссіи *Деларовымъ* въ его докладѣ комиссіи. См. его монографію: «Объ отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ предпринимателей». Спб. 1874 г., стр. 48, 54—55, 64, 93, 95, 103.

вновь проектированных узаконеній: 1) юридическое основаніе отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпринимателей за лишеніе жизни и поврежденіе здоровья, причиненныя по винѣ ихъ агентовъ, при эксплуатаціи желѣзной дороги или пароходныхъ сообщеній,—заключается *въ солидарности предпринимателей съ предпріятіемъ и приставленными къ нему лицами, а отнюдь не въ надлежащемъ выборѣ агентовъ и недостаточности за ними надзора.* 2) Постановленія о гражданской отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпринимателей предъ пострадавшими принадлежать къ праву публичному, а не частному, а потому не могутъ быть измѣняемы путемъ частныхъ соглашеній лицъ между собою...—3),...4) сумма вознагражденія должна быть поставлена самимъ закономъ въ зависимость отъ средствъ существованія потерпѣвшаго, но отнюдь не отъ средствъ причинившаго ущербъ желѣзно-дорожнаго или пароходнаго предпринимателя (1—5 листы представленія Министра Юстиціи въ Государственный Совѣтъ).

Посему, М. Ю. предложилъ, между прочимъ, такую редакціонную поправку въ проектированную ст. 683: «Желѣзно-дорожные и пароходные предприниматели (казна, частныя лица и общества) обязаны вознаграждать потерпѣвшихъ за лишеніе жизни или поврежденіе здоровья, причиняемыя при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній на основаніяхъ, изложенныхъ въ ст 657—662, 675 и 676, *съ тѣмъ, однако, что при опредѣленіи количества вознагражденія судъ обязанъ руководствоваться исключительно размѣромъ понесеннаго потерпѣвшимъ вреда или ущерба, а не степенью имущественной состоятельности виновнаго*» [30, 31 и 42 листы представленія М. Ю.].

Министръ путей сообщенія, генераль-адъютантъ Посыетъ въ своемъ отзывѣ отъ 22 ноября 1876 г. за № 6892 и **Вопросъ** Отдѣленіе Собственной Его Императорскаго Величества **Бюро** въ отношенія отъ 6 августа 1875 г. за № 640

увѣдомили Министра Юстиціи, что они соглашаются съ проектированнымъ комиссіей измѣненіемъ ст. 683 т. X ч. I.

Разсмотрѣвъ результаты работы комиссіи сенатора Селифонтова и Представленіе Министра Юстиціи отъ 28 января 1877 года за № 1565, Государственный Совѣтъ въ соединенныхъ департаментахъ законовъ и духовныхъ и гражданскихъ дѣлъ 30 апрѣля и 15 октября 1877 года высказалъ такія соображенія:

«Соединенные департаменты не могли не отнестись съ полнымъ сочувствіемъ къ предлагаемымъ мѣрамъ, имѣющимъ цѣлью болѣе дѣйствительное, нежели нынѣ, *огражденіе безопасности на желѣзныхъ дорогахъ* и пароходныхъ сообщеніяхъ, равно какъ и лучшее обезпеченіе участи лицъ, потерпѣвшихъ вредъ или убытокъ отъ происходящихъ на нихъ несчастныхъ случаевъ. Находя помянутыя мѣры удовлетворяющими своему назначенію, департаменты соглашаются вообще съ единогласными по сему предмету заключеніями статсъ-секретаря графа Палена и генераль-адъютанта Посѣта, принятыми болѣею частью также и статсъ-секретаремъ кн. Урусовымъ». По поводу проекта комиссіи, что предприниматели освобождаются отъ обязанности вознаграждать потерпѣвшаго въ тѣхъ случаяхъ, когда докажутъ, что несчастіе причинено *воздѣйствіемъ непреодолимой силы или не по винѣ ихъ агентовъ* или отъ *неисправности подвижнаго состава*, Государственный Совѣтъ высказалъ по этому поводу слѣдующее.

«Находя первыя два обстоятельства вполне уважительными, Департаменты считаютъ неудобнымъ допускать со стороны предпринимателей представленіе доказательствъ того, что несчастіе произошло не отъ послѣдней изъ указанныхъ причинъ. Пользуясь этимъ правомъ, при недоступности для частныхъ лицъ и даже для суда ближайшихъ техническихъ изслѣдованій бывшаго въ поѣздѣ подвижнаго состава, желѣзно-дорожные предприниматели легко могли бы освободиться отъ уплаты вознагражденія въ такихъ случаяхъ, гдѣ оно представлялось бы

вполнѣ справедливымъ»... «Наблюденіе за благонадежностью желѣзно-дорожныхъ принадлежностей, необходимою для безопасности движенія, несомнѣнно входитъ въ кругъ обязанностей служащихъ на этой дорогѣ лицъ. Посему неисправность подвижного состава, свидѣтельствуя о неисполненіи этихъ обязанностей, *прямо относится къ винѣ* подлежащихъ агентовъ, при существованіи которой предприниматель, согласно проектированному правилу не можетъ быть освобожденъ отъ гражданской отвѣтственности за послѣдствія несчастнаго случая. Вслѣдствіе сего и принимая во вниманіе, что въ новѣйшихъ по этому предмету иностранныхъ законодательствахъ, именно, Прусскомъ законѣ 25 іюня 1871 г. и Швейцарскомъ союзномъ законѣ 1 іюля 1875 г. исправность бывшего въ поѣздѣ подвижного состава не показана въ числѣ причинъ, устраняющихъ обязанность предпринимателя вознаграждать потерпѣвшихъ вредъ, при эксплуатаціи желѣзной дороги, Департаменты признають удобнѣйшимъ выраженіе: «или не отъ неисправности подвижного состава» исключить» [Печатная Записка Журнала Государственного Совѣта 30 апрѣля и 30 октября 1877 г. № 63, стр. 6].

Мнѣніе Государственного Совѣта удостоилось Высочайшаго утвержденія 25 января 1878 г. [И. С. З. 58111, II ст. 1—8] и составило «ст. 683 т. X ч. 1 по продол. 1879 г.» въ такой редакціи: «**потерпѣвшіе вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровья получаютъ вознагражденіе отъ владѣльцевъ желѣзно-дорожныхъ и паровыхъ предпріятій на основаніи слѣдующихъ правилъ:** 1) владѣльцы желѣзно-дорожныхъ и паровыхъ предпріятій (казна, общества и частныя лица) обязаны вознаграждать **каждаго потерпѣвшаго вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровья, причипенныхъ при эксплуатаціи желѣзно-дорожныхъ и паровыхъ**

ходныхъ сообщеній. Вознагражденіе назначается на основаніи ст. 657—662 и 675, съ соблюденіемъ правилъ, въ слѣдующихъ пунктахъ изложенныхъ. 2) Означенные въ п. 1 владѣльцы предпріятій освобождаются отъ обязанности вознаграждать потерпѣвшихъ за причиненные имъ вредъ или убытки въ тѣхъ только случаяхъ, когда докажутъ, что несчастіе произошло: а) не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ, или же б) вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы. 3) Примѣненіе опредѣленныхъ въ пунктахъ 1 и 2 правилъ не можетъ быть устраняемо или измѣняемо частными соглашениями управленій желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній съ пассажирами или другими лицами. Всякіе договоры и условія, состоявшіеся съ нарушеніемъ сего постановленія, признаются недействительными. 4) Размѣръ вознагражденія долженъ зависѣть исключительно отъ понесеннаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ущерба... 8) Владѣльцы желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ предпріятій имѣютъ право на возмѣщеніе присужденнаго съ нихъ вознагражденія со стороны агентовъ, по винѣ которыхъ произошло несчастіе» ¹⁾).

¹⁾ Прочее содержаніе (п. 5—6) ст. 683 не интересуетъ тему нашего изслѣдованія.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Судебная практика по примѣненію ст. 683, т. X ч. I [Вопросъ объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности; ученіе о смѣшанной винѣ].

Для того, чтобы выяснять себѣ усвоенную юриспруденціей юридическую конструкцію «смѣшанной вины» при примѣненіи ст. 683 т. X ч. I, надо познакомиться предварительно со взглядомъ русской доктрины и Сената на юридическую природу отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій за увѣчья и поврежденія, причиненныя при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній. Изслѣдованіе послѣдняго вопроса дастъ намъ ниже матеріалъ для критики сенатской практики по интересующему насъ вопросу о зачетѣ вины, а вмѣстѣ съ тѣмъ и дастъ намъ прочную опору для обоснованія защищаемой нами теоріи.

§ 1. Юридическая природа отвѣтственности желѣзной дороги по ст. 683.

Рѣшающее значеніе для уясненія *юридической природы отвѣтственности по ст. 683* имѣетъ пунктъ 2 ст. 683:

„означенные въ пунктѣ 1 владѣльцы предпріятій освобождаются отъ обязанности вознаграждать потерпѣвшихъ за причиненные имъ вредъ или убытки въ тѣхъ только случаяхъ, когда докажутъ, что несчастіе произошло: а) не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ, или же б) вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы“.

Не трудно усмотрѣть даже въ этой несовершенной редакціи ст. 683, мысль, болѣе ясно выраженную въ соответствующихъ западно-европейскихъ жел.-дорожныхъ законодательствахъ.

Двѣ важныя идеи мы извлекли [Главы III и VI] изъ богатаго матеріала, даваемого западно-европейской юриспруденціей: 1) законы, регулирующіе отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за вредъ, причиненный при эксплуатаціи, запечатлѣны характеромъ *публичнаго права*, 2) основой отвѣтственности желѣзной дороги является не вина и не презумпція вины, а понятіе *профессіональнаго риска*.

Обращаясь къ русской юриспруденціи, мы констатируемъ, что эти положенія не извѣстны русскому юристу—практику!

Наша судебная практика, во-первыхъ, проглядѣла публично-правовой характеръ ст. 683, какъ *jus cogens*.

Честь отмѣтить эту сторону въ изслѣдуемой нами нормѣ принадлежитъ юристамъ теоретикамъ, которые и счумѣли примѣнить эту точку зрѣнія при разрѣшеніи нѣкоторыхъ вопросовъ желѣзно-дорожнаго права ¹⁾.

За то принципу «*профессіональнаго риска*» прямо не посчастливилось! И юристамъ практикамъ и юристамъ теоретикамъ эта идея осталась совсѣмъ чуждой ²⁾.

Рудольфъ Іерингъ въ своемъ сочиненіи «*Das Schuldmoment*

¹⁾ См. напр. *Ф. Зейдлеръ*, ук. соч. 23, доказалъ, что благодаря игнорированію публичной природы ст. 683, Сенатъ невѣрно толкуетъ п. 3 ст. 683, не допускающей соглашенія между публичкой и желѣзно-дорожнымъ предпріятіемъ, касательно п. 1 и 2 ст. 683. Еще болѣе настойчиво подчеркиваетъ публично правовую природу отвѣтственности ж. дорогъ коммиссія Моск. Юрид. Общества, выработавшая въ 1879 г. Законопроектъ „О вознагражденіи за вредъ, причиненный неисправностями ж. д. предпріятій“. Она исходитъ изъ монопольнаго положенія ж. дорож. управленій и необходимости „поддержать слабую сторону противъ сильнѣйшей“. См. Юрид. Вѣстникъ 1880 № 1, стр. 70—72. На то же указываетъ и г. *М. Б.* Отвѣтственность ж. дорогъ и русскіе суды. Юр. В. 1886 № 10, стр. 335.

²⁾ Единственный намъ извѣстный авторъ, который *verbis expressis* выставляетъ *профессіональный рискъ*, какъ основу отвѣтственности изъ ст. 683, есть сенаторъ баронъ *А. М. Нолкенъ*. Законы о вознагражденіи за увѣчье и смерть въ промышленныхъ заведеніяхъ. Спб. 1911, стр. 32.—Для обоснованія отвѣтственности жел. дорогъ не требуетъ „обнаруженія вины“ и *В. Ш. Литвиновъ-Фалицкий*. Новый Законъ о вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ, (5 изд.), стр. 184 сл. Однако, ни однимъ словомъ онъ не обмолвился о *профессіональномъ рискѣ* и всю особенность ст. 683 сводитъ къ особому распредѣленію тяжести доказыванія.

im römischen Privatrecht» (Vermischte Schriften, 195) говоритъ, что понятіе обязательнаго значенія юридическихъ отношеній должно было, вырабатываясь, сначала пройти черезъ точку зрѣнія деликта. *Деликтъ* есть та идея, отъ которой исходитъ ученіе о вознагражденіи за вредъ.

Наблюденіе Іеринга вдвойнѣ справедливо! Не только источники и исторія подтверждаютъ его замѣчаніе, но—характерное явленіе!—мы наблюдаемъ тотъ же ходъ развитія идей и въ предѣлахъ, отмежеванныхъ положительнымъ законодательствомъ для отвѣтственности лица на базѣ виѣделиктной (*obligatio e lege*). Сила традиціи такова, что юристы и XX вѣка, прежде чѣмъ дойти до чистой идеи профессиональнаго риска, установленнаго, какъ база отвѣтственности, положительнымъ закономъ, прибѣгаютъ ко всякимъ пріемамъ (аналогія, презумпціи, фикціи и пр.), чтобы спасти авторитетъ *деликтной* теоріи!

Нѣкоторые русскіе юристы, правда, доросли до сознанія, что **железно-дорожная отвѣтственность есть отвѣтственность по закону. Но они лишь доросли, но не прониклись этимъ сознаніемъ. Приведемъ, на примѣръ, —автора монографіи «Смерть и увѣчья при эксплуатаціи железныхъ дорогъ» г. Ф. Осецкого.**

На стр. 67—70 онъ убѣждаетъ читателя, что железная дорога отвѣчаетъ не за «*delictum*» или «*quasi—delictum*», а на основаніи закона—«въслѣдствіе возложеннаго на него закономъ обязательства». А на стр. 190—191, 205 и 222 авторъ говоритъ: «законодатель, въ видахъ справедливости и общественной пользы, строитъ а priori *предположеніе вины* (sic!) железнодорожнаго предпринимателя, предположеніе, которое не имѣетъ мѣста въ другихъ процессахъ объ убыткахъ. Это начало встрѣчаемъ въ п. 2 ст. 683»... «Относительно выраженія закона: не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ» слѣдуетъ твердо установить, что въ **силу** приведеннаго выраженія въ законѣ и въ силу общаго

начала отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ, на потерпѣвшемъ не лежитъ обязанность устанавливать и доказывать *вину* желѣзно-дорожнаго общества. Это и есть главное различіе между ст. 683 и ст. 684 т. X ч. I... «Слѣдуетъ признать, что вина самого потерпѣвшаго никогда не предполагается, *а должна быть* точно доказана; напротивъ, *предполагается вина желѣзной дороги*».

Еще дальше идетъ Э. Э. Цирвицъ. Онъ не отрицаетъ *легальнаго* характера отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ. [«Случай въ гражданскомъ правѣ». Ж. М. Ю. 1895, кн. 4, стр. 27]. Но, съ другой стороны, онъ полагаетъ, что «правило, выраженное въ ст. 683 т. X ч. I, о томъ, что желѣзная дорога обязана доказать предоставленныя ей оправданія и, слѣдовательно, предполагается виновною въ причиненіи вреда, не установило *никакого новаго начала*». [Значеніе вины въ гражд. правѣ». Ж. М. Ю. 1895, кн. 3, стр. 60].

Наконецъ, свое полное признаніе деликтная теорія находитъ въ воззрѣніяхъ проф. Г. Ф. Шершеневича и проф. А. М. Гуляева. Проф. Г. Шершеневичъ пишетъ: «въ виду этого законодательства освобождаютъ потерпѣвшаго отъ обязанности доказывать виновность причинившаго вредъ, а на предпріятія возлагаютъ обязанность доказать отсутствіе съ ихъ стороны всякой вины. Если предпріятію это не удастся, то оно можетъ (!!) оказаться отвѣтственнымъ даже за такой вредъ, который въ основаніи своемъ имѣетъ только случайное стеченіе обстоятельствъ». [Учебникъ, стр. 570]. Такимъ образомъ, проф. Шершеневичъ совсѣмъ не признаетъ отвѣтственности жел. дорогъ, какъ *obligatio e lege* и всю «исключительность» ст. 683 сводитъ къ распредѣленію доказыванія *вины*!!

Въ еще болѣе откровенной формулировкѣ деликтная теорія рецепируется проф. Гуляевымъ: «особый порядокъ доказыванія установленъ дѣйствующимъ закономъ для исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные при эксплоа-

тациі жел. дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій. Этотъ порядокъ создаетъ облегченія для истца и ставитъ отвѣтчика въ положеніе лица, противъ котораго дѣйствуетъ *презумпція, подлежащая опроверженію съ его стороны*. [Русское Гражд. Право, стр. 344].

Въ томъ же направленіи работаетъ мысль и нашихъ законодательныхъ прожектеровъ съ 70-хъ годовъ проплага столѣтія вплоть до нашихъ дней. Такъ. комиссія Московскаго Юридическаго Общества, учрежденная 5 марта 1879 г. и разрабатывавшая по приглашенію предсѣдателя Высочайше учрежденной комиссіи по жел. дорожному праву гр. Баранова юрид. вопросы, касающіеся жел. дор. отношеній, выработала «законопроектъ о вознагражденіи за вредъ, причиненный неисправностями ж. д. предпріятій» ¹⁾.

Въ силу ст. 1 этого проекта: «гражданская отвѣтственность за всякій имущественный или иной вредъ, происшедшій вслѣдствіе какихъ бы то ни было неисправностей въ веденіи ж. д. предпріятія, падаетъ непосредственно на владѣльца этого предпріятія». Подъ «неисправностью» редакторы этого проекта понимали всякое отступленіе отъ хозяйственнаго порядка или правила жел. дор. техники. (Объясн. Зап., 1. с., стр. 76). А въ силу ст. 9: «въ каждомъ случаѣ нанесенія кому либо вреда при веденіи жел. дор. предпріятія означенный вредъ предполагается происшедшимъ отъ неисправностей этого веденія. Доказавъ противное, владѣльцы жел. дор. предпріятій освобождаются отъ отвѣтственности, возложенной на нихъ въ 1 ст. этого закона». Въ объясн. запискѣ (1. с., 84—85) редакторы съ особенной настойчивостью подчеркиваютъ, что отвѣтственность ж. дорогъ по этому проекту основана на матеріально-правовой презумпціи виновности ж. д. въ несчастіи ²⁾ и указываютъ, что ст. 9

¹⁾ См. Юрид. Вѣст. 1880 № 1, стр. 70 сл.

²⁾ Презумпцію виновности ж. дороги редакторы оправдываютъ затрудненностью для потерпѣвшаго собирать данныя для обнаруженія неисправ-

настоящаго законопроекта отличается отъ ст. 683 п. 2 (по закону 1878 г.) лишь болѣе общою и правильною формою выраженія.

Въ этомъ же смыслѣ высказываются и редакторы *Объяснительной Записки* къ ст. 1087 Проекта Гражданскаго Уложения: «усиленіе отвѣтственности владѣльцевъ желѣзно-дорожныхъ и паровозныхъ предпріятій... заключалось: 1) въ возложеніи безусловной отвѣтственности на означенныхъ владѣльцевъ за своихъ агентовъ... 2) въ установленіи законнаго, подлежащаго впрочемъ опроверженію, предположенія о виновности владѣльцевъ и агентовъ означенныхъ предпріятій въ причиненіи вреда» (стр. 588)... «Владѣлецъ предпріятія все таки можетъ, повидимому, по смыслу лит. а пункта 2 ст. 683, освободиться отъ отвѣтственности, доказавъ отсутствіе вины (неосторожности), т. е. принятіемъ имъ и его агентами всѣхъ обязательныхъ и обыкновенныхъ мѣръ предосторожности (casus), на примѣръ, когда укрѣпленный рабочими желѣзной дороги рельсъ, осмотрѣнный технической комиссіею, лопнулъ отъ неизвѣстной причины и произвелъ крушеніе поѣзда» (стр. 589).

Истолкованіе словъ: «владѣльцы... освобождаются, когда докажутъ» и «не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ» не породило затрудненій и судебной практикѣ. По крайней мѣрѣ, мы не наблюдаемъ какихъ либо колебаній въ практикѣ Сената со времени изданія закона 25 января 1878 года.

Сенатъ упорно держится того воззрѣнія, что «нельзя допускать со стороны желѣзной дороги возраженія о принятіи ею всѣхъ предписанныхъ мѣръ предосторожности, ибо выра-

наго состоянія ж. дороги и наблюденіемъ: „опытъ учить, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ вредъ и убытки всякаго рода причиняются на ж. дорогахъ именно ихъ неисправнымъ состояніемъ“... А въ журнальной статьѣ одинъ изъ авторовъ законопроекта, С. Муромцевъ, прямо заявляетъ, что „и проектъ Общества, и законъ 1878 года одинаково оставляютъ безнаказаннымъ casus“ (!!!)... Юр. В. 1880 № 6, стр. 373.

женіе «не по винѣ желѣзной дороги» *есть ни что иное, какъ изложенное въ отрицательной формѣ положительное требованіе закона*, что бы желѣзная дорога для сложенія съ себя имущественной отвѣтственности доказала, что несчастіе произошло по винѣ самого потерпѣвшаго или третьихъ лицъ или непреодолимой силы» (К. Р. 1887/68, 69, 96; 1893/87; 1900/75).

К. Р. 1901/115: „употребленное въ ст. 683 т. X, ч. 1 выраженіе „не по винѣ“ управленія предпріятіемъ и его агентовъ *есть только изложенное въ отрицательной формѣ положительное требованіе закона*, чтобы дорога доказала, что несчастіе произошло „по винѣ посторонняго человѣка или самого потерпѣвшаго“. Посему, не установивъ, что бы увѣчіе причинено было истцу по его собственной винѣ или по винѣ постороннихъ, не принадлежащихъ къ управленію дороги лицъ, Палата не имѣла основанія освободить желѣзную дорогу отъ отвѣтственности по тому лишь соображенію, что увѣчіе лица произошло при такой случайности, которая стояла внѣ зависимости отъ вины управленія дороги и его агентовъ“.

Итакъ, по ученію Сената «не по винѣ желѣзной дороги» означаетъ «по винѣ третьихъ лицъ». Отсюда Сенатъ дѣлаетъ слѣдующее заключеніе. По своему существу отвѣтственность по ст. 683 не имѣетъ карательнаго характера и не отличается отъ всякой другой отвѣтственности за вредъ и убытки (напр. по 684 ст. т. X ч. I); особенности ст. 683 заключаются **лишь въ сокращеніи давности для начатія иска и въ распределеніи между сторонами доказательствъ**; распределеніе же это таково: истецъ обязанъ доказать лишь фактъ причиненія ущерба и причинную связь между ущербомъ и бывшимъ **при эксплуатациіи желѣзно-дорожнаго или пароходнаго предпріятія происшествіемъ, вызвавшимъ этотъ ущербъ**; отвѣтчикъ же—**владелецъ того или другого предпріятія—предполагается виновнымъ въ причиненіи ущерба пока не докажетъ, что никакой вины, никакого упущенія или отступленія отъ установленныхъ правилъ съ его стороны не было, а несчастіе,**

причинившее ущербъ, произошло или по винѣ самого потерпѣвшаго, или отъ дѣйствія постороннихъ предпріятію лицъ, или, наконецъ, вслѣдствіе непреодолимой силы, но не случайно (К. Р. 1900/75).

К. Р. 1899/64: „Въ основаніе указаннаго закона принято то начало, въ отличіе отъ общихъ правилъ по этому предмету, что владѣльцы упомянутыхъ предпріятій въ каждомъ случаѣ, причинившемъ при ихъ эксплуатаціи кому либо смерть или увѣще, *предполагаются виновными и обязанными къ выдачѣ вознагражденія до тѣхъ поръ, пока не докажутъ, что никакой вины, никакого уищенія или отступленія отъ установленныхъ правилъ со стороны предпріятій допущено не было, и что несчастіе было или результатомъ воздѣйствія непреодолимой силы, или произошло исключительно по винѣ самого потерпѣвшаго, или же третьихъ лицъ, не состоящихъ къ предпріятіямъ въ служебныхъ отношеніяхъ. Такое исключительное въ процессуальномъ отношеніи положеніе истца объясняется свойствомъ указанныхъ предпріятій и характеромъ событій, служащихъ основаніемъ иска по дѣламъ этого рода, ибо для уясненія виновности отвѣтчика въ большинствѣ этихъ случаевъ требуются особыя техническія познанія, знакомство съ дѣятельностью предпріятій и изслѣдованіе по документамъ ихъ, недоступнымъ для большинства лицъ“.*

См. еще К. Р. въ томъ же смыслѣ: 1876/575, 1885/93, 1887/68, 1894 111, 1903/103, 1905/31 и *Отд. Рѣш.* 18 іюня 1907, [по д. Поповыхъ].

Интересенъ взглядъ Сената и на взаимное отношеніе ст. 683 [по продол. 1879 г.] и ст. 683 по изд. 1857 г. Поводомъ къ дачѣ объясненія по этому предмету послужило для Сената дѣло помощника машиниста дворянина А. Сиплица, которому разрывомъ водомѣрной трубки былъ поврежденъ глазъ. Судебная Палата при постановленіи рѣшенія, коимъ она исковыя требованія уважила, руководилась отмѣненной ст. 683 по изд. 1857 г., на что и указываетъ касаторъ—повѣренный Главнаго Общества жел. дорогъ. Сопоставивъ редакціи ст. 683 по прод. 1879 г. и статьи 683 по изд. 1857 г., Сенатъ въ К. Р. 1885/93 нашелъ:

Сущность этого послѣдняго узаконенія [ст. 683 по продол.]

заключается въ томъ, что желѣзно-дорожное общество, въ каждомъ данномъ случаѣ несчастья, *предполагается виновнымъ*, пока не докажетъ противнаго. Подъ понятіе же вины, какъ основанія для гражданской отвѣтственности, подходитъ не только положительное дѣяніе, но и всякое упущеніе (ст. 684 т. X ч. I) въ исполненіи обязанности, т. е. отсутствіе той предусмотрительности и заботливости, которыя могли бы предупредить нанесеніе вреда другимъ. Посему нельзя не признать, что *узаконеніе 1878 года заключаетъ въ себѣ лишь болѣе широкое опредѣленіе основаній для привлеченія желѣзно-дорожныхъ обществъ къ имущественной отвѣтственности*, и что подъ это опредѣленіе, какъ одинъ изъ видовыхъ признаковъ вины, вполнѣ подходитъ и то указаніе, которое содержится въ ст. 683 т. X, ч. I по Своду 1857 года. При такомъ соотношеніи этихъ двухъ редакцій, принятіе въ основаніе рѣшенія того признака вины общества *желѣзной дороги*, который указанъ въ ст. 683 т. X, ч. I по Своду не можетъ быть признано нарушеніемъ какого либо закона, а тѣмъ менѣе ст. 683 по продол. 1879 г., не только не ограничивающей отвѣтственности общества передъ всякимъ потерпѣвшимъ вредъ, но распространяющей ее на *все возможные случаи вины общества и его агентовъ при эксплуатаціи желѣзной дороги*¹⁾.

К. Р. 1880-109. Цѣль закона 12 мая 1852 г. состоитъ въ томъ, что бы возложеніемъ имущественной отвѣтственности за несчастья на желѣзной дорогѣ на правительство или частныя компаніи содѣйствовать въ общихъ интересахъ возможно большому обезпеченію вознагражденія убытковъ, *причиняемыхъ по винѣ агентовъ* третьимъ лицамъ²⁾.

Такимъ образомъ, по ученію Сената, все новшество ст. 683 по продол. 1879 г., сравнительно съ ст. 683 по изд. 1857 г., заключается въ расширеніи *виновной* базы отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ¹⁾.

¹⁾ Быть можетъ, такому взгляду на взаимное отношеніе ст. 683 по Своду и по Продолженію обязано то, что Сенатъ считаетъ возможнымъ въ своихъ даже новѣйшихъ рѣшеніяхъ опираться на отмѣненную ст. 683 по изд. 1857 г. См. напр. К. Р. 1903/79: „Придя къ такому заключенію, Палата, вопреки объясненіямъ кассационной жалобы, вполнѣ правильно возложила на дорогу отвѣтственность за причиненное Суббочу увѣрье, такъ какъ, согласно 683 ст. т. X ч. I изд. 1857 г., ею установлено“. Ссылка на ст. 683 по изд. 1857 г., думается намъ, не можетъ быть оправдана тѣмъ, что несчастье случилось 29 мая 1876 г.

Изъ вышеприведенныхъ кассационныхъ рѣшеній мы видимъ, что Сенатъ отвѣтственность по ст. 683 базируетъ на предполагаемой виновности управленія желѣзно-дорожнымъ предпріятіемъ или его агентовъ; иначе говоря, — строить отвѣтственность на *деликтной* почвѣ. Такимъ образомъ, существо отвѣтственности по ст. 683 и не отличается отъ отвѣтственности за вредъ и убытки по ст. 684 т. X ч. I¹⁾. Все различіе сводится къ процессуальному моменту распределения доказательствъ: тогда какъ по общегражданскому принципу (ст. 684) истецъ долженъ доказать вину отвѣтчика, въ ст. 683 эта вина [желѣзной дороги] предполагается самимъ законодателемъ, съ тѣмъ, что бы отвѣтчикъ [желѣзная дорога] могъ экскульпировать себя представленіемъ доказательствъ, что несчастіе причинено виной постороннихъ эксплуатациіи лицъ. Если провинился желѣзно-дорожный агентъ, отвѣтственнымъ лицомъ передъ потерпѣвшимъ является не непосредственно виновный служащій, а самъ желѣзно-дорожный предприниматель. Какъ оправдать такое отступленіе отъ общегражданскихъ началъ? Сенатъ въ отвѣтъ на этотъ вопросъ указываетъ на два соображенія: *«солидность предпринимателей съ предпріятіемъ и приставленными къ нему лицами и то начало справедливости, что убытки должны падать на того, кто получаетъ барыши»* (К. Р. 1894/7, 112).

¹⁾ Въ К. Р. 1903/106 мы неожиданно наталкиваемся на совсѣмъ иное построеніе. Сенатъ выводитъ ст. 683 „изъ общей отвѣтственности, установленной статьей 644 ст. т. X ч. I“, т. е. базируетъ отвѣтственность желѣзной дороги не на общегражданскомъ принципѣ вины (ст. 684), а — на идее *преступленія или проступка* (ст. 644) Сенату предстояло опредѣлять кругъ лицъ, охватываемыхъ выраженіемъ закона „каждый потерпѣвшій“. Сенатъ истолковалъ это выраженіе расширительно („правило это вовсе не ограничивается другимъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 657 т. X ч. I“); иначе следовало бы допустить, что владельцы означенныхъ предпріятій... *освобождаются отъ общей отвѣтственности, установленной ст. 644 т. X ч. I*“. (sic!).

§ 2. «Смѣшанная вина» въ русской судебной практикѣ.

Въ своихъ рѣшеніяхъ—даже новѣйшихъ [К. Р. 1905/31 и др.]—Сенатъ неоднократно ссылается на принципъ, установленный имъ въ разъясненіи 1876/575, т. е. преподаннымъ имъ еще при дѣйствіи редакціи ст. 683 по своду 1857 г. «Отвѣчаетъ ли управленіе желѣзной дороги за вредъ, причиненный служащему при оной или ея агенту, при движеніи какого бы то ни было поѣзда, въ томъ случаѣ, когда собственная неосторожность или недосмотръ служащаго были причиною постигшаго несчастія? Вопросъ этотъ въ каждомъ отдѣльномъ дѣлѣ, конечно, долженъ быть разрѣшенъ сообразно съ обстоятельствами даннаго случая. Такъ, если судъ установить, что *со стороны управленія желѣзной дороги были приняты надлежащія мѣры, какія могли предотвратить случившееся несчастіе*, и что, несмотря на то, несчастіе произошло единственно вслѣдствіе неосторожности или недосмотра служащаго или по незнанію имъ своихъ обязанностей, то въ такомъ случаѣ, по смыслу ст. 683 т. X ч. I, управленіе желѣзною дорогою не можетъ быть признано отвѣтственнымъ за вредъ, причиненный его агенту исключительно по собственной винѣ послѣдняго.

Иначе говоря, — примѣненію принципа «смѣшанной вины» нѣтъ мѣста, если несчастіе произошло *исключительно* вслѣдствіе вины потерпѣвшаго; а это послѣднее мы имѣемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, *когда положительными доказательствами отвергнута предполагаемая вина желѣзной дороги*, хотя бы само несчастіе случилось и посредствомъ дѣйствія, принадлежащаго къ эксплуатаціи ¹⁾.

¹⁾ Сенатъ всецѣло рецепируетъ конструкцію, выдвинутую *Деларовымъ*, ук. соч., 74: „подъ понятіемъ причиненія ущерба, желѣзно-дорожной эксплуатаціе разумѣется причиненіе ущерба, во-первыхъ, — желѣзно-дорожнымъ **агентомъ**, во-вторыхъ, — **лицами**, входящимъ въ составъ желѣзно-дорожной **эксплуатаціи**. Слѣдовательно, причиненіе ущерба агентомъ, но не посредствомъ

К. Р. 1905/31. „Если судъ установить, что со стороны желѣзной дороги были приняты надлежащія мѣры, какія могли предотвратить случившееся несчастіе, и что, несмотря на то, несчастіе произошло единственно вѣдѣствіе неосторожности или недосмотра служащаго, то въ такомъ случаѣ, по смыслу ст. 683, т. X, ч. 1, желѣзная дорога не можетъ быть признана отвѣтственною за вредъ, причиненный ей агенту исключительно по его собственной винѣ, если же причиною несчастія было также и непринятіе надлежащихъ мѣръ предосторожности и со стороны желѣзной дороги, то тогда съ нея, въ силу ст. 683 т. X, ч. 1, не можетъ быть снята всякая отвѣтственность за причиненный служащему вредъ“.

Отд. Рѣш. 23 января 1908, [д. 7291—1907 г.] „О. судъ установилъ на основаніи данныхъ дѣла, что сама Василиса Серафимова признала, что будучи въ полномъ сознаніи, ѣхавши изъ С.-Петербурга въ г. Мариуполь, она вышла изъ вагона на его площадку, что бы освѣжиться, но здѣсь у нея закружилась голова, и она потеряла сознаніе, такъ что не помнитъ какъ она свалилась съ площадки на путь и расшиблась; при чемъ въ это время на площадкѣ никого не было. Принявши во вниманіе эти данныя и установивъ, что Серафимова получила увѣче при такихъ обстоятельствахъ, которыя дорога, въ лицѣ своихъ агентовъ, предотвратить не могла, о. судъ отказалъ въ искѣ родителямъ умершей Василисы Серафимовой“.

Суд. Палата отмѣнила по жалобѣ истцовъ рѣшеніе суда. Такое рѣшеніе Суд. Палаты невѣрно. „По точному смыслу 683 ст. т. X, ч. 1, желѣзная дорога отвѣчаетъ за вредъ, происшедшій отъ причиненія при ея эксплуатаціи смерти или поврежденія въ здоровьѣ, если она не докажетъ, что эти смерть и поврежденія въ здоровьѣ, произошли по винѣ самого пострадавшаго, или третьихъ лицъ, не состоящихъ на службѣ желѣзной дороги. Въ данномъ дѣлѣ судомъ установлено, что пострадавшая, вопреки закона .. и обязательныхъ правилъ, вывѣшенныхъ во всѣхъ вагонахъ, вышла во время движенія поѣзда на площадку вагона, съ которой и упала,

дѣйстви, принадлежащаго къ эксплуатаціи, или, наоборотъ, самими потерпевшими, или кѣмъ нибудь изъ его спутниковъ, или другихъ частныхъ лицъ, гоня бы и эксплуатаціоннымъ дѣйствіемъ, не подходитъ подъ техническое понятіе причиненія вреда желѣзно-дорожной эксплуатаціею“.

при чемъ такія ея дѣйствія не могли быть предотвращены агентами дороги. Такимъ образомъ, вина Василисы Серафимовой заключается въ совершеніи воспрещеннаго дѣйствія, повлекшаго за собою паденіе съ вагона на полотно дороги, при чемъ совершенно безразлично, является ли вина большею или меньшею неосторожностью со стороны пострадавшей, такъ какъ существенно то, что она пострадала отъ своихъ собственныхъ дѣйствій, которыми дорога не могла предотвратить, какъ установилъ судъ“.

Отд. Рѣш. 2 окт. 1908 [д. 1999—1908 г.]. „При установленіи судомъ факта крушенія поѣзда, вызвавшаго разстройство здоровья истца, отъ порчи полотна дороги посторонними дорогѣ лицами, желѣзная дорога отвѣтственна лишь въ томъ случаѣ, когда истецъ докажетъ, что порча могла быть предотвращена дорогою находящимися въ ея распоряженіи и точно указанными истцемъ средствами“.

И обратно: принципъ *«смѣшанной вины»* примѣняется, разъ несчастіе обязано, какъ винѣ потерпѣвшаго, такъ и доказанной винѣ желѣзной дороги. «Если причиною несчастія было также и непринятіе надлежащихъ мѣръ предосторожности и со стороны управленія дорогою, то тогда съ нея, въ силу ст. 683 т. X. ч. I не можетъ быть снята всякая отвѣтственность за причиненный служащему вредъ; тѣмъ болѣе, что и по смыслу ст. 684 т. X ч. I всякій обязанъ вознаграждать за вредъ и убытки, причиненные кому либо его дѣяніемъ или упущеніемъ» (К. Р. 1876/575).

Отд. Рѣш. 22 февр. 1900 г. по д. Рѣшетникова. Палата отказала въ искѣ просителя о вознагражденіи за увѣчье, признавъ, что таковое послѣдовало по явной его неосторожности, при отсутствіи какой либо вины со стороны желѣзно-дорожныхъ агентовъ, между тѣмъ проситель, при разборѣ дѣла въ Палатѣ, указывалъ и на вину желѣзной дороги, заключавшуюся по его объясненію въ томъ, что пассажирскій поѣздъ (которымъ проситель достигнутъ былъ на полотнѣ желѣзной дороги) не имѣлъ автоматическихъ тормазовъ: это послѣднее указаніе Палата не имѣла основанія оставлять безъ обсужденія, т. к. при установленіи вины дороги

въ означенномъ отношеніи, послѣдняя не могла быть освобождена отъ ответственности.

Отд. Рѣш. 24 ноября 1905 г. по д. Шалаховой. № 3475. Если смерть или поврежденіе въ здоровьѣ послѣдовали при эксплуатациіи желѣзной дороги по обоюдной винѣ какъ сей послѣдней, такъ и потерпѣвшаго, дорога не можетъ быть присуждена къ вознагражденію за весь причиненный несчастіемъ ущербъ.

Отд. Рѣш. 1 ноября 1906 г. по д. Попова. Неосторожность лица, пострадавшаго отъ несчастія, случившагося при эксплуатациіи желѣзной дороги, еще не исключаетъ, по силѣ ст. 683 сг. X т. ч. I, и ответственности дороги, коль скоро съ ея стороны допущено какое либо нарушеніе установленныхъ правилъ.

Какъ же распределяется отвѣтственность между желѣзною дорогою и потерпѣвшимъ при наличности «смѣшанной вины»? Судебная практика строго держится слѣдующихъ принциповъ: при наличности смѣшанной вины въ случившемся несчастіи, т. е. вины не только желѣзной дороги, но и самого потерпѣвшаго отъ этого несчастія, потерпѣвшій *не имѣетъ права на полное вознагражденіе* (К. Р. 1907/21); при этомъ судъ опредѣляетъ большую или меньшую мѣру имущественной отвѣтственности дороги, смотря по обстоятельствамъ дѣла, т. е. *соображаясь со степенью вины или неосторожности пострадавшаго отъ несчастія и со степенью упущенія, неосмотрительности или вины самой дороги.*

К. Р. 1880/55. Машинистъ Шприкъ получивъ увѣчье по винѣ желѣзно-дорожнаго Управленія (неправильное устройство резервуара) и по собственной неосторожности. Искъ его о 1200 руб. содержанія въ годъ уваженъ въ размѣрѣ 600 руб. въ годъ.

Отд. Рѣш. 28 сент. 1904 г. [по д. Игватовыхъ]. Нигдѣ въ законѣ не сказано, что бы при смѣшанной винѣ потерпѣвшему была присуждена только половина того, что онъ требуетъ, т. е. онъ можетъ отыскивать убытки и въ меньшемъ размѣрѣ, чѣмъ понесъ въ дѣйствительности.

К. Р. 1905/31. Повѣренный крест. Станислава Галята въ искѣ, предъявленномъ въ СПб. О. Судѣ къ Обществу Ивангородо-Домбровской желѣзной дороги, объясняя, что 6 ноября 1897 года,

въ 5 час. 5 м. утра, со станціи Стржеменицѣ былъ отправленъ товарный поѣздъ № 36,... а 15 минутъ спустя— въ 5 ч. 20 м. утра—былъ отправленъ вслѣдъ поѣздъ № 54, въ составѣ двухъ вагоновъ 4 класса и паровоза тендеромъ впереди, каковой поѣздъ на 267 верстѣ, на подъемѣ настигъ поѣздъ № 36, ударилъ его въ хвостъ тендеромъ, разбилъ два заднихъ и повредилъ три слѣдующихъ за нимъ вагона, при чемъ находившіеся на задней тормозной площадкѣ кондукторъ и два крестьянина ранены; что при этомъ крушеніи управляющій поѣздомъ № 54 машинистъ Галятъ получилъ ушибы въ голову, поясницу, грудь и правую верхнюю конечность и въ настоящее время онъ страдаетъ травматическимъ неврозомъ, дѣлающимъ его неспособнымъ къ труду; что до этого несчастнаго случая Галятъ зарабатывалъ не менѣе 1200 руб. въ годъ, а въ настоящее время онъ не имѣетъ никакихъ средствъ для содержанія себя и семьи, состоящей изъ жены и трехъ малолѣтнихъ дѣтей,—просилъ присудить въ пользу Галята 12000 руб. съ 0/0 со дня предъявленія иска. *О. судъ*, признавъ обѣ стороны одинаково виновными, рѣшеніемъ, постановленнымъ 4 апр. 1902 г., опредѣлилъ: взыскать съ казны, въ лицѣ управленія желѣзной дороги, въ пользу Галята 5450 руб. съ 0,0 съ 15 марта 1900 г.“...

„*СПБ. Суд. Палата* нашла, что... признана доказанною виновность Галята... между прочимъ, въ томъ, что Галятъ ѣхалъ съ недозволенною скоростью (40 вмѣсто 32 верстъ въ часъ), что онъ неосторожно, безъ всякой надобности, гналъ свой поѣздъ, хотя зналъ и былъ предупрежденъ, что ѣхалъ вслѣдъ за поѣздомъ № 36, и что, поѣхавъ тендеромъ впереди, не потребовалъ особаго кондуктора на тендеръ для управленія сигналами. Ясно, что этимъ окончательнымъ приговоромъ уголовного суда установлена не только формальная, но *оыствительная виновность* Галята въ столкновеніи поѣздовъ, происшедшемъ 6 ноября 1897 г. отъ его личной неосторожности и его неправильныхъ дѣйствій, какъ машиниста... Но виновность цѣлаго ряда должностныхъ лицъ дороги: дежурнаго по станціи, кондуктора поѣзда № 54, телеграфиста станціи, машиниста поѣзда № 36, ревизора, начальника станціи и и. д. главнаго кондуктора поѣзда № 36 въ разныхъ упущеніяхъ по службѣ, которыя въ ихъ совокупности, сами по себѣ, а тѣмъ болѣе при неосторожности Галята, должны были повлечь за собою крушеніе поѣздовъ, установлена приказомъ Ивангородо-Домбровской желѣзной дороги за № 170. *При наличности же*

такихъ данныхъ о. судъ совершенно правильно призналъ смѣшанную вину истца и ответчика и возложилъ имущественную ответственность на обѣ стороны поровну“.—Кассационная жалоба повѣреннаго желѣзной дороги была оставлена безъ послѣдствій.

К. Р. 1908/18. Правит. Севастъ находятъ, что кассационной жалобою, въ связи съ обстоятельствами дѣла, возбуждается вопросъ о томъ: долженъ ли, при вѣличности смѣшанной вины въ случившемся съ истцомъ несчастіи при эксплуатаціи желѣзно-дорожнаго предпріятія, имѣть примѣненіе выраженный въ 650 ст. 1 ч. X т. принципъ равномерной имущественной отвѣтственности пострадавшаго и дороги, или же въ дѣлахъ подобнаго рода предоставляется усмотрѣнію суда распредѣлять между совиновными мѣру отвѣтственности? Вознагражденіе за вредъ или убытокъ, понесенный потерпѣвшими вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьѣ при эксплуатаціи желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій, назначается по правиламъ, указаннымъ въ ст. 683 т. X ч. 1; размѣръ же вознагражденія опредѣляется на основаніи ст. 675 тѣхъ же законовъ, по силѣ которой количество вознагражденія опредѣляется судомъ по изслѣдованіи происшествія и обстоятельствъ дѣла. Предоставляя, такимъ образомъ, назначить вознагражденіе въ зависимости отъ особенностей каждаго случая, справедливому усмотрѣнію суда, законъ, очевидно, не требуетъ, что бы, и при вѣличности вины самого пострадавшаго, въ случившемся съ нимъ несчастіи—размѣръ имущественной отвѣтственности могъ быть назначаемъ въ заранѣе опредѣленномъ размѣрѣ. Указаніе кассационной жалобы на то, что, при установленной винѣ самого пострадавшаго и желѣзно-дорожнаго предпріятія, сумма слѣдующаго вознагражденія должна быть уменьшена на половину, ибо, съ одной стороны, наши гражданскіе законы не признають дѣленія вины по степенямъ, и оцѣнка виновности стороны не можетъ вліять на порядокъ распредѣленія между ними матеріальной отвѣтственности, а съ другой—въ ст. 675 т. X ч. 1 имѣется ссылка на ст. 650, которая предписываетъ, въ случаѣ учиненія преступленія или проступка нѣсколькими лицами, безъ предварительнаго ихъ на то согласія, и при невозможности установить количество вреда, причиненнаго дѣйствіями каждаго изъ виновныхъ, взыскивать вознагражденіе со всѣхъ поровну, —представляется явно неосновательнымъ. Во-первыхъ, какъ изъяснено выше, при опредѣленіи воз-

награжденія, судъ обязанъ сообразоваться съ обстоятельствами дѣла, къ этимъ же послѣднимъ, несомнѣнно, должна быть отнесена и виновность стороны въ несчастномъ случаѣ, если таковой произошелъ по обоюдной ихъ винѣ, а слѣдовательно должна имѣть мѣсто и оцѣнка степени этой виновности; а во-вторыхъ, случай, о которомъ идетъ рѣчь въ ст. 650, ничего общаго со случаемъ, предусмотрѣннымъ ст. 683, не имѣетъ. Въ первомъ случаѣ виновные составляютъ одну сторону, во второмъ случаѣ виновные— двѣ разныя стороны; въ первомъ виновные въ преступленіи или проступкѣ объединены общей дѣятельностью къ достиженію одного умысла, и умыселъ этотъ направленъ противъ одного объекта, во второмъ,—совпаденіе вины желѣзной дороги и пострадавшаго— чисто случайное, внѣшнее; здѣсь нѣтъ никакой общности вины, а только совокупность причинъ разнаго рода, вызвавшихъ данное событіе. Посему, обязывать судъ къ непремѣнному уменьшенію слѣдующаго вознагражденія на половину, при наличности смѣшанной вины только потому, что въ ст. 675 имѣется ссылка на ст. 650, которая указываетъ, какъ надлежитъ поступить суду при опредѣленіи вознагражденія въ случаѣ, означенномъ именно въ этой статьѣ закона, не представляется основаній. При наличности смѣшанной вины, судъ, опредѣляя размѣръ вознагражденія, согласно съ обстоятельствами дѣла (ст. 675), обязанъ только принять во вниманіе вину самого пострадавшаго, что по настоящему дѣлу, какъ видно изъ обжалованнаго рѣшенія, и было сдѣлано Судебной Палатою, которая, въ виду виновности Сапожкова уменьшила взысканіе желѣзной дороги на 560 руб. При этомъ надлежитъ замѣтить, что, хотя, опредѣляя размѣръ вознагражденія, судъ, на общемъ основаніи (ст. 141 и 711 У. Г. С.), обязанъ привести соображенія, въ силу которыхъ онъ уменьшаетъ вознагражденіе на опредѣленную сумму, чего Судебная Палата по данному дѣлу съ достаточной опредѣленностью не сдѣлала, тѣмъ не менѣе рѣшеніе это не можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ обжалованнаго рѣшенія, т. к. изъ обжалованнаго рѣшенія явствуется, что основаніемъ къ уменьшенію ответственности желѣзной дороги передъ истцами на извѣстную долю послужило для Судебной Палаты именно отношеніе вины Сапожкова (неосторожность) къ винѣ желѣзной дороги (полное невниманіе всей поѣздной прислуги къ отпращиванію возложенныхъ на нихъ обязанностей) въ случившемся съ послѣднимъ несчастіи.

Въ виду изложеннаго, Прав. Сенатъ опредѣляетъ: кассационную жалобу оставить безъ послѣдствій.

Изъ этихъ кассационныхъ рѣшеній мы усматриваемъ принципиальное отношеніе Сената къ вопросу о распредѣленіи убытковъ между желѣзной дорогой и пострадавшимъ въ случаяхъ смѣшанной вины. Претензія потерпѣвшаго должна быть понижена въ уваженіе степени вины желѣзной дороги и пострадавшаго. Судъ, устанавливая ту или другую квоту ответственности желѣзной дороги, сообразуется лишь съ обстоятельствами дѣла, а потому правильность опредѣленія этихъ квотъ кассационной повѣркѣ не подлежитъ: судья имѣетъ здѣсь неограниченную власть свободнаго судейскаго усмотрѣнія.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Критика судебной практики по вопросу объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности по ст. 683 т. X ч. 1.

Въ Отдѣлѣ II-мъ мы изложили судебную практику по примѣненію ст. 683 т. X ч. I въ специально интересующемъ насъ вопросѣ: «смѣшанной вины». Эта практика можетъ быть уложена въ рядѣ слѣдующихъ тезисовъ.

1) Отвѣтственность желѣзной дороги въ силу ст. 683 *деликтной природы* (презумпція вины желѣзной дороги).

2) Вина потерпѣвшаго *снимаетъ цѣликомъ отвѣтственность* желѣзной дороги, если на сторонѣ желѣзной дороги не лежитъ неосторожности, послужившей причиной несчастія.

3) Вина потерпѣвшаго не снимаетъ отвѣтственности желѣзной дороги, если и на сторонѣ желѣзной дороги лежитъ неосторожность, послужившая причиной несчастія: она образуетъ *«смѣшанную вину»*.

4) Вина желѣзной дороги *должна быть доказана* въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ пострадавшимъ въ отвѣтъ (*replicatio*) на возраженіе собственной его вины (*exceptio* изъ ст. 683).

5) При наличности «смѣшанной вины» отвѣтственность распределяется на опредѣленныя (суверенно устанавливаемая судомъ) квоты, *сообразно степени вины* пострадавшаго, съ одной стороны, и желѣзно-дорожнаго Управленія или желѣзно-дорожнаго агента, съ другой стороны.

Таковы тезисы, которые мы извели изъ кассационныхъ рѣшеній Сената. Въ настоящей главѣ мы подвергнемъ критикѣ первый тезисъ, касающійся вопроса объ *юридической*

природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности по ст. 683. Попутно мы намѣтимъ, въ какой взаимной связи стоитъ ученіе о смѣшанной винѣ съ тѣмъ или другимъ воззрѣніемъ на существо установленной въ ст. 683 обязанности владельца желѣзной дороги вознаграждать каждого потерпѣвшаго вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти, или поврежденія въ здоровьѣ, причиненныхъ при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ. Обстоятельную же критику конструкціи Сената «смѣшанной вины» мы помѣщаемъ въ отд. IV, приурочивая ее къ нашему изслѣдованію новѣйшихъ теченій въ сенатской практикѣ по вопросу объ юридической природѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности.

§ 1. Историческое толкованіе ст. 683 т. X. ч. 1.

Судебная практика толкуетъ пунктъ 2, а) ст. 683 «не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ» въ смыслѣ «по винѣ потерпѣвшаго или постороннихъ эксплуатаціи лицъ». При чемъ, это толкованіе она находитъ возможнымъ согласовать съ своимъ ученіемъ о *деликтной* природѣ отвѣтственности желѣзной дороги. Опору этой конструкціи она находитъ въ подготовительныхъ работахъ и мотивахъ, какъ къ закону 12 мая 1852 года, такъ и къ закону 25 января 1878 года; повсюду идетъ рѣчь о *предполагаемой винѣ* желѣзной дороги: желѣзная дорога отвѣчаетъ за каждое случившееся на желѣзной дорогѣ несчастіе, «когда оно произошло отъ причинъ... не отвращенныхъ принятіемъ надлежащихъ мѣръ, или когда оно вообще могло быть предвидѣно, но оставлено безъ вниманія».

Эта конструкція, однако, думается намъ, не соответствуетъ цѣли законодателя. Сенатъ, а вслѣдъ за нимъ и общія судебныя установленія слишкомъ много вѣса кладутъ въ мотивы и разсужденія законодательныхъ комиссій и не считаютъ съ исторіей и цѣлью созданія закона ст. 683 по продолженію 1879 года. Къ сожалѣнію, первое не совсѣмъ соответствуетъ

последнему. Мало того! Выработка желѣзно-дорожнаго закона оказалась порученной **такимъ** неудачнымъ исполнителямъ воли законодателя, что сама редакція закона (ст. 683) вылилась въ форму, не отвѣчающую мотивамъ, коими они руководились.

Все это заставляетъ насъ скептически отнестись къ «мотивамъ» законодательныхъ комиссій, и заставляетъ насъ обратиться непосредственно къ тѣмъ побужденіямъ, которыя толкали законодателя на изданіе исключительнаго закона о порядкѣ вознагражденія за увѣчіе, причиненное при эксплуатаціи желѣзной дороги.

Законъ 12 мая 1852 г., какъ мы видѣли въ отд. I-омъ, былъ изданъ въ виду той опасности, которая сопряжена съ отправленіемъ желѣзно-дорожнаго предпріятія. Опасность эта происходитъ отъ легости передвиженія предметовъ громадной тяжести по рельсовому пути съ несвойственной для другихъ средствъ передвиженія скоростью, при крайней затруднительности быстрой и свѣвременной остановки.

Законъ 12 мая 1852 года, какъ законъ, впервые вводящій въ юридическій обиходъ неизвѣстное доселѣ отечественному праву понятіе легальной отвѣтственности, не могъ, конечно, сразу расторгнуть связи съ традиціями, установившимися при примѣненіи общегражданскихъ принциповъ отвѣтственности.

И въ самомъ дѣлѣ, ст. 683 по изд. 1857 г. не расходится съ идеей *винты*. На это указываетъ не только точная редакція ст. 683 ¹⁾, но и подготовительныя работы по

¹⁾ „Правительство или частная компанія подлежатъ отвѣтственности... когда оно [несчастіе], произошло отъ причинъ, предусмотрѣнныхъ при отправленіи или движеніи поезда, но неотвѣщенныхъ принятымъ надлежащимъ мѣрѣмъ. или когда оно вообще, могло быть предусмотрено, но оставлено безъ вниманія“. А. Гордонъ, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1887 кн. 2, стр. 41—44 и Петровъ, Вѣстникъ права, 1900/10, стр. 100 толкуютъ эту статью въ смыслѣ Прусскаго закона 3 ноября 1838 г., т. е. понимаютъ подъ „предотвратимыми причинами“ простые случаи, а подъ непредотвратимыми — *высшую силу* („unabweisbarer Zufall“). Это толкованіе рѣшительно невѣрно! Оно несогласно со ~~всѣмъ~~ ^{идеями} ~~идеями~~ ^{идеями} работъ и разсужденіями судебныхъ инстанцій, въ которыхъ

составленію этого закона ¹⁾).

Недостатки этого закона, заключавшіеся въ томъ, что отвѣтственность предпріятій обуславливалась исключительно большею или меньшею виною ихъ въ причиненіи несчастнаго случая, и что обязанность доказать эту вину возлагалась по общему правилу на потерпѣвшаго, не ускользнули отъ законодателя. Законодатель понялъ, что всякое ослабленіе гражданской отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпринимателей должно повлечь за собой небрежность и невниманіе ихъ въ дѣлѣ эксплуатаціи желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ сообщеній ²⁾). Это заставляетъ законодателя рѣшительно порвать всякія связи съ идеей *виновной* отвѣтственности и пойти по пути, указанному германскимъ и швейцарскимъ законодательствами. Изъ журналовъ комиссіи сенатора Селифонтова видно, что согласно Высочайшему повелѣнію, ей было поручено «выработать въ интересахъ безопасности движенія на желѣзныхъ дорогахъ правила, въ надлежащей мѣрѣ обезпечивающія эту безопасность».

только и вентилировался чисто фактический вопросъ о виновности или невиновности желѣзно-дорожнаго агента въ знаменитомъ дѣлѣ кр. Пѣтухова. И законодательная власть сомнѣвалась только въ предѣлахъ признанія *виновности* управленія желѣзными дорогами въ тѣхъ и другихъ случаяхъ. Съ этой точки зрѣнія, неправъ и *Утинъ*, ук. с. 689—691, упрекая законодателя въ противорѣчіи. Начало ст. 683—утверждаетъ онъ—не согласуется съ концемъ. „Непредотвратимые случаи“ суть *vis major*, а „непредусмотрѣнные случаи“—виновное учиненіе проступка. Начало статьи слишкомъ ограничиваетъ отвѣтственность жел. дорогъ, а конецъ слишкомъ расширяетъ ее.—Неправъ и. *Утинъ*, (стр. 692) утверждая, что въ силу ст. 683 требуется учиненіе *проступка*, а потому основаніе ст. 683 оказывается не шире, а еще уже основанія ст. 684!

¹⁾ *Министръ Юстиціи* для отвѣтственности желѣзно-дорожнаго управленія требовалъ, чтобы несчастье произошло отъ причинъ, которыя при надлежащемъ надзорѣ могли быть своевременно отвращены. *Графъ Блудовъ* не признавалъ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ за „сокровенныя причины“, т. е. за внутренній случай. *Государственный Совѣтъ* еще болѣе подчеркиваетъ идею *вины*, какъ основу гражданской отвѣтственности желѣзной дороги [право регресса желѣзной дороги къ *виновному* агенту].

²⁾ См. краснорѣчивыя цифры о ростѣ числа пострадавшихъ за 70—80-е годы, приведенныя у *Ф. Осенкаго*, ук. соч. 29—30, и у *Утина*, ук. соч. 618—625.

Комиссія поняла свою задачу въ томъ смыслѣ, что ей надлежало установить *болѣе широкую и болѣе строгую отвѣтственность* за вредъ, причиненный при эксплуатаціи желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій, чѣмъ это было по закону 12 мая 1852 года.

Въ соотвѣтствіе съ этой цѣлью, ею и былъ предпринятъ пересмотръ ст. 683 т. X ч. I по изд. 1857 года.—Государственный Совѣтъ еще болѣе отчетливо подчеркнул ту же самую мысль: желѣзно-дорожныя предпріятія отвѣчаютъ не за *вину* служащихъ, а за *силы эксплуатаціи, причинившія* вредъ. «Принявъ въ уваженіе, что въ германскомъ и швейцарскомъ законодательствахъ исправность подвижнаго состава и невинность желѣзно-дорожныхъ агентовъ не признаются за обстоятельства, освобождающія желѣзно-дорожное предпріятіе отъ гражданской отвѣтственности за происходившія на нихъ несчастія, Государственный Совѣтъ не призналъ умѣстнымъ допускать это оправданіе и въ нашемъ законодательствѣ». Изъ этихъ соображеній Государственного Совѣта мы видимъ, что нашъ законодатель поставилъ себѣ точно определенную задачу: замѣнить идею *вины* идеей «*внутренняго случая*», какъ базу гражданской отвѣтственности желѣзной дороги за несчастія, происшедшія «при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній».

Эта идея нашла себѣ точное выраженіе въ «Общемъ Уставѣ Россійскихъ желѣзныхъ дорогъ», изд. 1885 г. (ст. 92, 121, 127) ¹⁾. Статья же 683 т. X ч. I (по прод. 1879 г.) получила такую редакцію... «п. 2) Означенные въ пунктѣ 1 владѣльцы предпріятій освобождаются отъ обязанности вознаграждать потерпѣвшихъ за причиненный имъ вредъ или

¹⁾ Т. XII ч. I Уст. ж. д. Ст. 92: „желѣзная дорога обязана вознаградить **каждаго потерпѣвшаго вредъ или убытокъ, вследствие смерти или поврежденія въ здоровьѣ, причиненнаго эксплуатаціею желѣзной дороги.** Вознагражденіе **сіе производится на основаніяхъ, определенныхъ въ ст. 683 Зак. Гр.“. Ст. 121 и 127 **говорятъ о личномъ и имущественномъ вредѣ, причиненномъ лицу при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ.****

убытки въ тѣхъ только случаяхъ, когда докажутъ, что несчастье произошло: а) *не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ*, или же б) *вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы*».

Почему составители ст. 683 (по прод. 1879 г.) допустили подобное отступленіе отъ редакціи германскаго закона 1871 г. [§ 1 R. N. G.] и швейцарскаго закона 1875 г.? на этотъ вопросъ мы не находимъ отвѣта ни въ докладѣ комиссіи сенатора Селифонтова, ни въ соображеніяхъ Государственнаго Совѣта. Повидимому, на исходъ предпринятаго по инициативѣ тогдашняго Министра Юстиціи начинанія повліяла книга *П. Деларова*, дѣлопроизводителя названной комиссіи: «Объ отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ предпринимателей и ихъ агентовъ за причиненіе эксплуатаціею вреда лицамъ и имуществу» Спб. 1874 г. Авторъ этой книги самъ не имѣлъ яснаго представленія о теоретической сущности и научныхъ основахъ желѣзно-дорожной отвѣтственности по зап.-европ. законодательствамъ. Ему чуждо понятіе *профессіональнаго риска*, какъ базы *легальной* отвѣтственности желѣзно-дорожнаго предпріятія за созданную въ оборотѣ «опасность *промысла*». Въ самомъ дѣлѣ, авторъ настойчиво отождествляетъ «внутренній случай» (*casus*) съ «непреодолимой силой» (*vis major*) и имъ противопоставляетъ понятіе «причиненіе вреда эксплуатаціею», подъ каковымъ онъ разумѣетъ тотъ случай, когда происшествіе обязано *злему умыслу или неосторожности* лица, приставленнаго къ дѣлу (*sic !!*) [ук. соч., стр. 74—84]. Его стопамъ послѣдовали и редакторы ст. 683 по прод. 1879 г. Желая *усилить* отвѣтственность желѣзно-дорожнаго предпріятія, въ сравненіи съ закономъ 12 мая 1852 г., законодатель, не выяснивъ себѣ теоретической сущности, научной основы отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ по германскому и швейцарскому законодательствамъ, облекъ свою мысль въ такую форму, что отвѣтственность по ст. 683 (по прод. 1879 г.) стала болѣе снисходительной, чѣмъ это было

по ст. 683 по изд. 1857 г. Конечно, это явление очень прискорбное, но мы не должны считаться съ нимъ, какъ съ такимъ фактомъ, изъ котораго надо было бы дѣлать какіе либо выводы при интерпретаціи закона ¹⁾).

Юристъ, знакомый съ историческимъ происхожденіемъ этой статьи, не встрѣтитъ затрудненій при ея истолкованіи. Исключительная отвѣтственность желѣзной дороги обязана исключительной опасности желѣзно-дорожного промысла (*Betriebsgefahr*). Объемомъ этой «*опасности промысла*» и опредѣляются и максимальныя и минимальныя границы отвѣтственности желѣзной дороги. Все, что обязано не *присущей опасности промысла*, лежитъ въ области «непреодолимой силы». Всѣ несчастія, происшедшія отъ причинъ, кроющихся въ самомъ составѣ предпріятія: въ подвижномъ, вещественномъ и личномъ составѣ желѣзной дороги [поврежденія рельсовъ, оси у вагона и пр.], образуютъ «*внутренній случай*», за который безусловно отвѣчаетъ желѣзная дорога ²⁾. Наоборотъ, за смерть и увѣчіе, происшедшія вслѣдствіе *непреодолимой силы* или вслѣдствіе *собственной вины* пострадавшаго, желѣзная дорога не отвѣчаетъ; не отвѣчаетъ—не потому, что въ этихъ случаяхъ устраняется предположеніе объ ея винѣ, а потому, что причиной несчастія тогда является не эксплуатация (*Betrieb*), за дѣйствія которой она должна отвѣтствовать, а событія, находящіяся *внѣ ея сферы* ³⁾.

¹⁾ А. Гордонъ, ук. соч., 62 мѣткими соображеніями доказываетъ, что „выраженіе это (п. 2 ст. 683)—фраза лишенная внутренняго содержанія, практическаго смысла, серьезной законодательной идеи. Это—форма безъ содержанія, буква безъ мысли, скорлупа безъ зерна закона“.

²⁾ Вредоносное событіе, именуемое „внутреннимъ случаемъ“, можетъ быть *объективно* предотвратимо, ибо вообще оно не превосходитъ человѣческихъ силъ, но оно непреодолимо *субъективно*, т. к. превосходитъ мѣры и средства даннаго предпринимателя. За него отвѣчаетъ владѣлецъ предпріятія **потому**, что онъ долженъ считаться съ такими случаями, какъ съ неизбежнымъ *рискомъ* своего предпріятія.

³⁾ Желѣзная дорога, утверждая, что потерпѣвшій самъ вызвалъ поврежденіе, не поднимаетъ, собственно говоря, *возраженій* (exceptio), а оспариваетъ просто **наличность** законныхъ условій примѣненія желѣзно-дорожнаго

Въ этомъ смыслѣ толкуеть статью 683, какъ мы видѣли выше, и наша судебная практика въ лицѣ Сената. Но Сенатъ находитъ все же возможнымъ базировать эту отвѣтственность на идеѣ *предполагаемой вины* желѣзно-дорожнаго Управленія. Истолковавъ ст. 683 въ духѣ ея первоисточниковъ, Сенатъ не сумѣлъ сдѣлать всѣхъ логическихъ выводовъ изъ своей конструкціи. Идея «профессіональной опасности» служить Сенату лишь средствомъ перевернуть редакцію п. 2 ст. 683: «не по винѣ желѣзной дороги» въ «вину постороннихъ лицъ». Но и только! *Профессіональная опасность* не возводится Сенатомъ на степень особаго момента, которому, какъ *самостоятельному фактору*, обязано всякое несчастье, случившееся *при эксплуатаціи* желѣзно-дорожнаго промысла. Вотъ почему, Сенатъ принципъ «смѣшанной вины» примѣняетъ лишь тамъ, гдѣ и на сторонѣ желѣзной дороги приводитъ *неосторожность* или вина желѣзно-дорожныхъ агентовъ. Принципъ специальной желѣзно-дорожной отвѣтственности здѣсь рѣзко выступаетъ, какъ принципъ *виновной* отвѣтственности (obl^o. e delicto).

Эту конструкцію мы считаемъ рѣшительно неправильной. Если основаніе строгой отвѣтственности желѣзной дороги лежить въ особенной опасности присущей желѣзно-дорожной эксплуатаціи (Betriebsgefahr), и если эта отвѣтственность отпадаетъ съ того момента, какъ желѣзная дорога доказала, что причина несчастья не коренится въ опасности промысла (вина потерпѣвшаго, непреодолимая сила), то отсюда мы можемъ сдѣлать тотъ выводъ, что желѣзно-дорожная отвѣтствен-

закона (ст. 683). именно,—утвержденіе истца, что несчастье случилось благодаря эксплуатаціи. Утвержденіе желѣзной дороги, что несчастье обязано исключительно винѣ потерпѣвшаго, представляется, такимъ образомъ, какъ простое *противное доказательство* (Gegenbeweis) противъ доказательствъ истца, касательно связи между поврежденіемъ и эксплуатаціоннымъ несчастьемъ. Если желѣзная дорога убѣдитъ судъ въ правильности *ся* позитивнаго доказательства,—нѣтъ *несчастья* (Haftpflichtunfall), въ смыслѣ ст. 683, и все притязаніе рушится, т. е. нѣтъ мѣста примѣненію ст. 683.

ность является основанной *на законъ* (obl. e lege), а не на обще-гражданскомъ принципѣ [предполагаемой] вины ¹⁾.

Такимъ образомъ, мы считаемъ взглядъ нашей судебной практики на юридическую природу желѣзно-дорожной отвѣтственности несостоятельнымъ съ точки зрѣнія историческаго толкованія ст. 683 т. X ч. 1. Законодатель 1878 года, какъ мы доказали, желалъ *усилить* отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ, по сравненію съ закономъ 1852 г., и въ этихъ видахъ онъ установилъ *легальную* отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за всѣ несчастія, происшедшія при эксплуатациіи желѣзныхъ дорогъ и обязанныя *опасностямъ, присущимъ желѣзно-дорожному промыслу* [профессіональный рискъ]. Въ этой конструкціи нѣтъ мѣста ученію о предполагаемой *винѣ* желѣзной дороги, какъ условія или базы желѣзно-дорожной отвѣтственности. Понятія «профессіональнаго риска» и «легальной отвѣтственности», съ одной стороны, и понятіе вины [предполагаемой, реальной], съ другой стороны, суть понятія несовмѣстимыя!

Русская юриспруденція не понимаетъ этой азбучной истины. А между тѣмъ отвѣтственность *по закону* и отвѣтственность *по винѣ* (реальной или предполагаемой) это двѣ разныя стихіи: это—противоположеніе воды и земли, огня и воды! И вотъ, колоссальная по важности значенія идея отвѣтственности *по закону* низводится русскими юристами до значенія процессуальнаго момента распредѣленія *onus probandi* между сторонами: въ концѣ концовъ, «главное различіе

¹⁾ *Exner*, о. с. 33—38 сравниваетъ желѣзно-дорожную отвѣтственность съ законнымъ страхованіемъ; *Endemann*, Das Recht der Eisenbahnen, § 135, стр. 700—701.—На той же т. з.: *Осецкий*, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1886, № 10, стр. 16—46; *Ф. Зейлигеръ*, Отвѣтственность желѣзной дороги за вредъ и убытки, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889, № 4, стр. 23; *Петровъ*, Къ вопросу объ отвѣтственности желѣзной дороги. Вѣстникъ права, 1900, № 10, стр. 103. *А. Гордонъ*, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1887, № 2, стр. 41—42, 54—58.—Но всѣ эти авторы, настаивая на *легальной* отвѣтственности желѣзной дороги, въ то же время считаютъ возможнымъ базировать эту отвѣтственность на *предполагаемой винѣ* желѣзной дороги.

между ст. 683 и ст. 684» сводится къ тому, какая изъ сторонъ доказываетъ и какая опровергаетъ *вину*! ¹⁾).

Какъ видимъ подъ фирмой «отвѣтственности по закону» продолжаетъ жить традиціонная, отжившая свой вѣкъ *деликтная* теорія.

Желая быть вѣрнымъ «волѣ законодателя», Сенатъ слишкомъ много вѣса положилъ въ буквальный текстъ закона, а потому и проглядѣлъ смыслъ, скрытый въ этой нормѣ: «salvis verbis legis sententiam eius circumvenit» (l. 29 D. 1. 3)!

«Не по винѣ жел. дороги» Сенатъ истолковалъ въ смыслѣ «презумпціи вины» жел. дороги. Однако, выражаясь языкомъ Модестина, «ἀλλ' εἰ καὶ τὰ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν, ὅμως ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται» (l. 13 § 2 D. 17. 1) ²⁾).

§ 2. Логическое толкованіе ст. 683 т. X ч. 1.

Конструкція Сената несостоятельна и съ точки зрѣнія ея внутренняго логическаго построенія. Хотя въ массѣ кассационныхъ рѣшеній Сенатъ говоритъ будто бы о презумпціи *вины* («предполагается виновной») но, на самомъ дѣлѣ, Сенатъ вовсе не имѣетъ въ виду матеріально правовой презумпціи, которую можно было бы опровергнуть и тѣмъ самымъ сложить съ себя отвѣтственность. Вѣдь, ясно, что обязанность доказать (положительное доказательство!) вину потерпѣвшаго или непреодолимую силу не есть тоже что обязанность доказать (отрицательное доказательство!) свою *невинность*

¹⁾ Конечно, при установленіи отвѣтственности жел. дороги соображеніе объ особенностяхъ распредѣленія доказательствъ играло важную роль. Истцу трудно доказать вину жел. дороги. Потому *onus probandi* переходитъ на отвѣтчицу—ж. дорогу. Но, какъ справедливо замѣчаетъ *L. Schneller*, *Das Veranlassungsprinzip*. Zürich. 1904, стр. 14: „übrigens ist umgekehrt auch ein Exculpationsbeweis des Täters zuweilen sehr leicht zu erbringen, so dass die blosse Umdrehung der Beweislast nur als halbe Massregel erscheint und einen neuen Notstand schafft. Da hilft dann eben nur das volle Veranlassungsprinzip“.

²⁾ „Но если слова закона и имѣютъ этотъ смыслъ, воля законодателя желала нѣчто другое“.

(=матеріально правовая презумпція). Разъ желѣзная дорога отвѣчаетъ и за *случай*, то такой презумпціи мѣста нѣтъ ¹⁾; въ самомъ дѣлѣ, матеріально правовая презумпція—на лицо лишь тогда, когда можетъ быть допущено ея опроверженіе, т. е. доказательство, что желѣзно-дорожный предприниматель дѣйствительно примѣнилъ «чрезвычайную заботливость». Разъ это не допущено ст. 683, то о презумпціи вины не можетъ идти и рѣчи.

Наша судебная практика (К. Р. 1899/64, 1905'31), повидимому, хочетъ идею *виновной* отвѣтственности, устанавливаемой ст. 683 т. X ч. 1, защитить отъ доктрины «профессіональнаго риска» такъ: здѣсь законодатель устанавливаетъ предположеніе вины, но это предположеніе отличается той особенностью, что желѣзная дорога *ограничена въ способахъ опроверженія ея предполагаемой вины*, именно, желѣзная дорога, при наличности причинной связи между эксплуатаціей и происшедшимъ вредомъ, *не въ правѣ доказывать случайность* причиненнаго вреда [т. е. невозможность предвидѣнія и предотвращенія вреда, не смотря на соблюденіе ею требуемой заботливости],—она въ правѣ ссылаться лишь на точно опредѣленные обстоятельства (непреодолимая сила и вина потерпѣвшаго) ²⁾.

Разсуждая такъ, Сенатъ упустилъ изъ виду, что въ этомъ

¹⁾ Mandry, Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 60, стр. 212

²⁾ Ср. *Объясн. Зап.* къ ст. 1087 Проекта Гр. Ул. [т. V, стр. 589]: „сѣ последнее начало [„не по винѣ“...] представляется по своей отрицательной формѣ изложенія слишкомъ неопредѣленнымъ и допускаетъ много недоразумѣній, т. к. неизвѣстно, что именно въ правѣ доказывать владѣлецъ предпріятія въ подтвержденіе своей невиновности или невиновности своихъ агентовъ“. Далѣе редакторы прямо говорятъ, что „не по винѣ“ есть „отсутствіе вины“, а въ доказательство послѣдняго допустима ссылка только 1) на вину пострадавшаго, 2) на дѣяніе посторонняго лица и 3) на силы природы. Ср. еще *Объясн. Зап.* къ ст. 474. Пр. Гр. Ул. [т. II, стр. 492]: Особенность же законнаго предположенія, устанавливаемого въ ст. 474 Проекта, заключается въ томъ, что статья эта *ограничиваетъ* перевозчика *въ способахъ опроверженія* его предполагаемой вины, а именно перевозчикъ.. *не въ правѣ доказывать случайность* причиненнаго вреда“..

«ограничені» — вся суть! Если отвѣтчикъ не въ правѣ сослаться на свою *невинность* (случайность вреда), то какъ же мы смѣемъ обсуждать его отвѣтственность съ точки зрѣнія общегражданскаго принципа *виновности*, какъ базы отвѣтственности?

Судебная практика, казалось бы, имѣетъ одинъ важный козырь для защиты конструкціи желѣзно-дорожной отвѣтственности, какъ отвѣтственности, вытекающей изъ *деликтнаго* обязательства: въ разсужденіяхъ законодательныхъ комиссій довольно часто говорится о презумпціи *вины* желѣзно-дорожнаго предпріятія, какъ основаніи и оправданіи исключительной ихъ отвѣтственности ¹⁾.

Мы думаемъ, однако, что эта ссылка на законодательные мотивы не совсѣмъ удачна. Если въ изслѣдуемой нормѣ и можетъ идти рѣчь о «презумпціи вины», то мы имѣемъ все же не *матеріально-правовую презумпцію* въ собственномъ смыслѣ этого слова, а лишь — законодательную презумпцію, т. е. предположеніе, которое было простымъ *мотивомъ* для установленія законодателемъ правовой нормы ²⁾.

¹⁾ См. выше (стр. 340) приведенныя разсужденія Госуд. Совѣта: „Посему неисправность подвижнаго состава, свидѣтельствуя о неисполненіи этихъ обязанностей, прямо *относится къ винѣ* подлежащихъ агентов“. Русскіе юристы (Петровъ, Осецкій, А. Гордонъ, Зейлигеръ) между прочимъ оправдываютъ презумпцію вины указаніемъ на то, что въ цѣляхъ законодателя лежало повысить угрозой возмѣщенія убытковъ *заботливость* жел. дороги. Это соображеніе несостоятельно. Зап.-европ. юристы базируютъ отвѣтственность жел. дорогъ на идеѣ „Gefährdungshaftung“, и въ тоже время видятъ въ этой повышенной отвѣтственности „erzieherischen Zweck“, въ смыслѣ импульса къ повышенію заботливости, которая „muss präventiv gegen Unglücksfälle wirken“. М. Rümelin, Gründe, 56; G. Rümelin, Culpahaftung, 296; Unger, Handeln auf eig. Gefahr, 133.

²⁾ О „матеріально-правовой презумпціи“ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова вообще не можетъ быть и рѣчи въ примѣненіи ст. 683. Норма ст. 683 относится къ „jus cogens“. Это между прочимъ явствуетъ изъ п. 3 ст. 683, коимъ объявляются недействительными всякія частныя соглашенія управленій жел. дорогъ съ пассажирами или другими лицами, направленныя на устраненіе или измѣненіе определенныхъ въ п. 1 и 2 правилъ. Между тѣмъ, къ области принудительныхъ правовыхъ нормъ немислимо примѣненіе матеріально-правовыхъ презумпцій. См. Bourkhardt, Zivilrechtliche Präsumptionen, § 20, стр. 173; Sourdat, Traité général de la responsabilité (1902) II, стр. 242.

Законодатель может при установлении известной нормы исходить от частости такого то ненормального явления, бороться съ которымъ наиболѣе энергичными средствами онъ и считаетъ себя призваннымъ: въ этихъ цѣляхъ онъ, напри- мѣръ, устанавливаетъ безусловную отвѣтственность лица, ко- торое, обычно виновно въ созданіи этого явления. Но этотъ «мотивъ» и остается скрытымъ *мотивомъ* законодателя, и отнюдь не можетъ быть возведенъ на степень критерія для сужденія конкретнаго случая судомъ, призваннаго лишь испол- нять велѣнія закона.

Мотивъ законодателя остается безъ вліянія на практи- ческое примѣненіе закона. Разъ установлена безусловная от- вѣтственность лица, она должна примѣняться, безъ разсужде- нія о томъ, *зачѣмъ* это установлено законодателемъ ¹⁾.

И намъ нетрудно доказать нашу мысль матеріалами, почерпнутыми изъ положительныхъ законодательствъ ²⁾.

Обратимся, напр. къ *Имперскому желѣзно-дорож-*

¹⁾ Принято называть исключительную отвѣтственность желѣзной дороги „*obligatio e lege*“. Собственно говоря, всѣ обязательства суть „*obligationes e lege*“ и существеннаго значенія не имѣетъ, что обязанность возмѣщенія есть „*obligatio e lege specialis*“. Изъ выраженія „*e lege*“ надо вывести лишь то заключеніе, что законодательство идетъ впередъ складывающейся теоріи. Ср. *R. Merkel, Die Kollision*, 129: „Damit ist aber die Sache nach dem Grunde dieser Haftung nicht beantwortet, sondern umgangen. Das Gesetz hat doch seine Gründe“. И мы, говоря объ „*obligatio e lege*“ какъ о самодовольщемъ источникѣ обязательства, должны помнить, что это есть лишь „условный языкъ юристовъ“, которые не могли прійти къ соглашенію, касательно основныхъ принциповъ каузальной отвѣтственности. Здѣсь можно установить лишь одно положеніе. При практическомъ примѣненіи закона, намъ важенъ „*Gesetz*“, а не „*seine Gründe*“. И съ этой точки зрѣнія, „*obligatio e lege*“ несовмѣстимо съ презумпціями, напр. вины, даже если бы эти презумпціи и были одними изъ мотивовъ законодателя.

²⁾ На тоже указываетъ *А. Гордонъ*, ук. соч. Ж. Гр и Уг. Пр. 1887/1, стр. 57, но его ссылка на § 1784 Cod. Civ. неудачна. Отвѣтственность „*voituriers*“ основана дѣйствительно на матеріально-правовой презумпціи ви- ны ихъ. Наврядъ ли правильна ссылка и на преторскій эдиктъ о „*nautae caupones stabularii*“. Оправданіе ихъ усиленной отвѣтственности *виною* со- держателя гостиницы и т. д. обязано не преторамъ, а позднѣйшимъ класси- ческимъ юристамъ.

ному закону 7 іюня 1871 г. (§ 1 R. Н. G.). Мотивы къ закону говорятъ о предполагаемой виновности желѣзной дороги [Eger R. Н. G., стр. XII; Weinrich. Haftpflichtgesetz, стр. 142], и это дало даже поводъ нѣкоторымъ германскимъ юристамъ [Mandry, Weinrich, Waentig, Westerkamp, Croissant] базировать специальную желѣзно-дорожную отвѣтственность на идеѣ перманентной *вины* владѣльца предпріятія. Однако, самъ законъ о желѣзно-дорожной отвѣтственности [R. Н. G. § 1] ничего не говоритъ о «презумпціи вины», и судебная практика въ Германіи, какъ мы увидимъ ниже, не пользуется этой конструкціей.

Точно также и согласно *ст. 474 и 1087 Проекта гражд. Уложенія*, перевозчикъ и владѣлецъ желѣзной дороги при наличности причинной связи между перевозкой или желѣзно-дорожной эксплуатаціей и происшедшимъ вредомъ не въ правѣ доказывать *случайность* причиненнаго вреда, т. е. невозможность предвидѣнія и предотвращенія вреда, не смотря на соблюденіе ими требуемой заботливости: они отвѣчаютъ *безусловно*. Однако, въ мотивахъ закона мы находимъ указанія на «предполагаемую неосторожность перевозчика» [Объясн. Зап. т. II, стр. 492; т. V стр. 579 и сл.].

Однако, мы находимъ одно законодательство, въ которомъ мотивъ законодателя («случай» представляетъ часто послѣдствіе вины) включенъ въ самую законодательную норму. Въ § 1 *Австрійскаго желѣзно-дорожнаго закона 5 марта 1869 г.* мы читаемъ: «если при эксплуатаціи желѣзной дороги человѣку будетъ причинено увѣчье или смерть, то всегда предполагается (wird stets vermuthet), что событіе произошло по винѣ («durch ein Verschulden») предпринимателя или лицъ, услугами которыхъ онъ пользуется при эксплуатаціи» ¹⁾.

¹⁾ Эта презумпція вины была введена по настоянію автора законопроекта Мин. Юст. Herbst'a съ цѣлью согласованія закона съ укоренившимся народнымъ правосознаніемъ и основными принципами австрійскаго ученія о возмѣщеніи убытковъ.

Впрочемъ, эта редакціонная особенность австрійскаго закона не породила никакихъ затрудненій судебной практикѣ. § 2 того же закона ясно указываетъ на тѣ обстоятельства, которыя освобождаютъ желѣзную дорогу отъ отвѣтственности: непредотвратимый случай, непредотвратимыя дѣйствія третьихъ лицъ, вина пострадавшаго. Итакъ, и по австрійскому закону желѣзная дорога отвѣчаетъ за «внутренній случай» и отвѣчаетъ *безусловно*, т. е. внѣ условія ея реальной или предполагаемой виновности! ¹⁾).

Все это заставляетъ насъ сдѣлать тотъ выводъ, что указанія на предполагаемую виновность владѣльца желѣзно-дорожнаго предпріятія или пароходнаго сообщенія, которыя мы встрѣчаемъ и въ подготовительныхъ работахъ по созданію ст. 683 по прод. 1879 г., мы должны разсматривать, какъ такіе мотивы законодателя, коимъ нельзя придавать никакого значенія передъ окончательно установившейся нормой при сужденіи о деликтной природѣ обязательства.

Это соображеніе отнимаетъ главнѣйшій козырь изъ рукъ Сената въ его ученіи о *деликтной* природѣ легальной желѣзно-дорожной отвѣтственности. вмѣстѣ съ тѣмъ, внутренняя непоследовательность Сената и русской доктрины въ ихъ толкованіи ст. 683 лишается всякаго оправданія.

«Не по винѣ управленія предпріятіемъ» (ст. 683), конечно не есть тоже что «по винѣ 3-хъ лицъ или самого потерпѣвшаго». Надо было извѣстное мужество судебной практики, чтобы дать такое толкованіе закону, вопреки буквальному смыслу закона. Судебная практика истолковала законъ, согласно его разуму, т. е. согласно цѣли законодателя. Но у судебной практики не хватило мужества довести

¹⁾ *L. Wachtel*, Kommentar zum Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 5 März 1869 sowie zum Ausdehnungsgesetze vom 12 Juli 1902, Wien, 1909, стр. 7—9, 109 [на стр. 111 приведена и австрійская литература]. *Katz*, Zur Praxis des E. H. G. J. B. L. 1907. № 20: „die objective Gefährlichkeit des Betriebes ist Haftgrund“. *Müller-Erzbach*, Gefährdungshaftung. Arch. f. civ. Pr. Bd. 106 (1910), стр. 327 считаетъ эту ссылку на вину за „gesetzliche Fiktion“.

свою работу до конца. И она, истолковывая ст. 683, какъ «obligatio e delicto» («предполагается виновною»), позволяетъ желѣзной дорогѣ разрушать презумпцію виновности, т. е. опять впадаетъ въ то буквальное толкованіе ст. 683, которое она сама же отвергаетъ, т. к. заводитъ рѣчь о (предполагаемой) винѣ желѣзной дороги.

Судебная практика не усмотрѣла того, что «не по винѣ» есть *матеріально-правовая презумпція* (obligatio e delicto), а [«изложенное только въ отрицательной формѣ положительное»] требованіе закона, чтобы дорога доказала, что несчастіе произошло по винѣ третьихъ лицъ или самого потерпѣвшаго» есть *особый принципъ ответственности*, покоящийся на идеѣ риска (Betriebsgefahr).

Судебная практика хочетъ примирить эти двѣ непримиримыя съ теоретической точки зрѣнія категоріи понятій: принципъ *вины* и идею *профессіональнаго риска*. Она шагнула отъ перваго принципа ко второму, но при извѣстной обстановкѣ обстоятельствъ она снова возвращается къ первому принципу.

Эту непоследовательность мы отмѣчаемъ въ судебной практикѣ. Идеей *профессіональнаго риска* она пользуется при установленіи желѣзно-дорожной отвѣтственности за тѣлесное поврежденіе, причиненное эксплуатаціей желѣзной дороги. *Принципомъ вины* она пользуется, разъ идетъ рѣчь о конкурирующей винѣ потерпѣвшаго: здѣсь на сторонѣ желѣзной дороги должна быть точно установленная *вина*, которую по общимъ началамъ гражданскаго права должна доказать сторона, опирающаяся на ней свои права [въ данномъ случаѣ истецъ въ его replicatio], и которую по общимъ началамъ гражданскаго права можетъ опровергать сторона отвѣтственная (т. е. желѣзная дорога). Иначе говоря, желѣзная дорога отвѣчаетъ въ принципѣ по ст. 683 (e lege); но стоитъ только привзойти легкой неосторожности потерпѣвшаго, и желѣзная дорога отвѣчаетъ по ст. 684 (e delicto)!

Чѣмъ объяснить такую метаморфозу? Съ теоретической точки зрѣнія несостоятельная, находитъ ли эта непослѣдовательность опору въ положительныхъ источникахъ? На это судебная практика не даетъ намъ отвѣта! Да и попытки дать отвѣтъ на этотъ вопросъ были бы безрезультатны!

Судебная практика не усмотрѣла также и того, что положеніе: «несчастіе произошло *исключительно* по винѣ потерпѣвшаго, если положительными доказательствами отвергнута предполагаемая вина желѣзной дороги» вовсе не можетъ считаться противоположеніемъ тезису: «наоборотъ: несчастіе обязано *смѣшанной винѣ*, разъ оно обязано винѣ потерпѣвшаго и доказанной винѣ желѣзной дороги».

Въ эту альтернативу не укладывается весь смыслъ и объемъ ст. 683! Разъ «специфическая опасность промысла» (*Betriebsgefahr*) возводится закономъ на степень *особой базы* отвѣтственности, то опасность промысла (эксплоатація) въ принципѣ и должна оставаться *самостоятельнымъ факторомъ* несчастія, — привзойдетъ ли вина потерпѣвшаго или не привзойдетъ.

Конечно, если представить себѣ лишь случаи односторонняго и исключительнаго *причиненія* несчастія со стороны потерпѣвшаго, то ст. 683 въ ея узкой интерпретаціи Сенатомъ не покажется ни странной, ни суровой. По понятію «причинять» охватываетъ также и понятія «содѣйствовать», «сопричинять». И вотъ, мы спрашиваемъ: теряетъ ли тотъ, кто потерпѣлъ при эксплоатаціи желѣзной дороги, искъ свой изначала, если онъ *сопричинилъ* несчастіе своей легчайшей виной?

Мы вполне въ правѣ поставить такой вопросъ. Вѣдь, если въ жизни встрѣчаются случаи, когда несчастіе, отъ котораго пострадало лицо, не стоитъ ни въ какой причинной связи съ эксплоатаціей (т. е. съ «опасностью промысла») желѣзной дороги, и обязано *исключительно* виновному по-

веденію потерпѣвшаго ¹⁾), то въ громадномъ большинствѣ случаевъ несчастіе обязано заразъ и «опасности промысла» и собственной винѣ потерпѣвшаго. Въ этихъ случаяхъ мы считаемъ,—помимо теоретическихъ соображеній, выше изложенныхъ,—несправедливымъ не считаться съ этой «*опасностью промысла*», какъ особымъ факторомъ несчастія.

Вина потерпѣвшаго въ защищаемой нами конструкціи не получаетъ значенія момента безусловно и всегда снимающаго отвѣтственность съ желѣзной дороги. На ряду съ виной потерпѣвшаго причиной несчастія выступаетъ и сама эксплуатация желѣзной дороги, и задача судьи заключается въ томъ, что бы распределить отвѣтственность между сторонами въ мѣрѣ *каузальной* участія ихъ въ созданіи несчастія ²⁾.

Этимъ построеніемъ мы отклоняемся отъ установившагося въ судебной практикѣ и въ русской научной литературѣ ученія въ тройномъ отношеніи.

1) Мы не придаемъ винѣ потерпѣвшаго такого рѣшающаго значенія въ вопросѣ объ отвѣтственности желѣзной до-

¹⁾ См. напр. Отд. Рвп. 25 сент. 1903 г. (д. 1379—1903). По дѣлу установлено, что истецъ прыгнулъ съ товарнаго поѣзда на ходу, имѣя полную возможность сойти съ поѣзда на предыдущей станціи.

²⁾ И такое построеніе вполне оправдывается общимъ смысломъ ст. 683 т. X ч. 1. Ст. 683 возлагаетъ на желѣзную дорогу *onus probandi*, что несчастіе причинено „не по винѣ ж. д. управленія“. Если гражд. отвѣтственность неключается въ силу закона представленнымъ доказательствомъ невиновности, то рождается представленіе, что, повидимому *вина* здѣсь образуетъ положительное основаніе отвѣтственности и лишь регулированъ особо *onus probandi* черезъ допущеніе доказательства противнаго.

Въ этомъ смыслъ и толкуется ст. 683 русской доктриной и юриспруденціей. Но это представленіе было бы вѣрно лишь при томъ условіи, что предметъ освобождающаго доказательства исчерпывается приведеніемъ фактовъ, служащихъ доказательствомъ отсутствія собственной неосторожности.

Но съ точки зрѣнія нашего положительнаго закона, это представленіе вдвойнѣ не вѣрно. Во-1-хъ), желѣзная дорога, и не успѣвшая въ доказательствѣхъ своей невиновности, не отвѣчаетъ на базѣ *вины*, какъ это должно было бы быть, если бы мы имѣли неопровергнутую презумпцію вины,—она отвѣчаетъ потому, что наступаетъ неустраненная ею *законная* отвѣтственность на базѣ профессиональнаго риска. Во-2-хъ), возможная отвѣтственность за случай не имѣетъ оправданіемъ своимъ презумпцію вины. Всякія неясности случая, не выясненные отвѣтчицей —желѣзной дорогой, падаютъ на ея голову. По этимъ еще не сказано, что въ случаѣ неудачи экскультирующаго доказательства, ей должна быть вѣбнена какая нибудь *вина*. Въ этомъ случаѣ она отвѣчаетъ съ точки зрѣнія „*Gefährdungsprinzip*“а, и безъ того, что бы законъ выставлялъ предположеніе его вины!

роги, какое придает ей судебная практика. И виновный потерявший может получить известную *часть* вознаграждения от железной дороги.

2) Виновный потерявший может получить вознаграждение даже и в том случае, когда железная дорога *не виновна* в причинении несчастия, если только несчастие *обязано силами* эксплуатации.

3) Масштабом распределения ответственности между сторонами должен служить не принцип *виновности* [он не пригоден и потому, что не имеет универсального действия, а может быть применен лишь в случаях *вины* **железно-дорожных** агентов], а принцип *причинения* Конечно, принцип причинения мы понимаем не в смысле общегражданского понятия каузальности, а в смысле момента *созидающего* или *повышающего* профессиональную опасность **железно-дорожного** промысла.

Мы видели выше (стр. 356), что по учению Сената, в случае причинения ущерба при эксплуатации железной дороги, *ответственным* лицом является не непосредственно виновный *агент*, а сам железно-дорожный предприниматель.

Каково *основание* этой исключительной ответственности?

В кассационных решениях (см. выше стр. 356) Сената мы не находим единого ответа на этот вопрос. В одних *кассационных* решениях Сенат выдвигает идею «*солидарности предпринимателя с предприятием*», в других *кассационных* решениях — «*презумпцию вины* **железно-дорожного предпринимателя**». Вникнем глубже в смысл указанных конструкций и посмотрим, насколько состоятельно учение Сената.

Первая конструкция такова: исключительная ответственность **железной** дороги лежит в *солидарности, тождестве, единстве* (*unitas personarum*) предпринимателя с его предприятием и приставленными к нему лицами. Исключительная ответственность железной дороги наступает не в силу *culpa in eligendo, in custodiendo* и т. п. владельца железной

дороги, а въ силу *замѣны* субъектовъ въ понятіи обязаннаго лица: желѣзно-дорожный владѣлецъ замѣняетъ собою лицо виновнаго агента.

Другая конструкція такова. Желѣзно-дорожный владѣлецъ отвѣчаетъ за свою *вину* (реальную или презумированную), именно за *culpa in eligendo, inspiciendo* и т. п. Онъ считается самъ непосредственно причинившимъ ущербъ, разъ онъ виновенъ. Онъ отвѣчаетъ не какъ лицо замѣняющее (въ силу солидарности) другое лицо (желѣзно-дорожнаго агента), а отъ своего собственнаго имени. Это—*obligatio e delicto*.

Нетрудно усмотрѣть несостоятельность теории Сената. Во—1)-хъ, первая конструкція предполагаетъ непремѣннымъ условіемъ отвѣтственности желѣзной дороги *вину* агента желѣзной дороги ¹⁾. А это идетъ въ разрѣзъ съ прочно установленнымъ въ литературѣ и судебной практикѣ принципомъ, что желѣзная дорога отвѣчаетъ *безусловно* за исправность своего вещественнаго состава, т. е. отвѣчаетъ за *внутренній случай*.

Во—2)-хъ, первая конструкція несовмѣстима со второй. Согласно первой конструкціи *причинившимъ* несчастье считается виновный желѣзно-дорожный агентъ, а согласно второй конструкціи, *причинившимъ* несчастье считается виновный владѣлецъ желѣзной дороги, который и отвѣчаетъ *отъ своего имени*.

Теорія Сената оказывается настолько непродуманной, что въ ней уживаются двѣ исключаяющія другъ друга конструкціи ²⁾!

¹⁾ Къ этому выводу и пришелъ *Деларовъ*, ук соч 48 54--55, 64, 93, 95, 103. Онъ насчитываетъ на томъ, что предприниматель отвѣчаетъ за нанесеніе ущерба лишь въ томъ случаѣ, если оно произошло *по мому умыслу или неосторожности лица, поставленнаго къ дѣлу* (III)

²⁾ Ту же противорѣчивую конструкцію для желѣзно-дорожной отвѣтственности по закону 12 мая 1852 г. и для французскаго права, даетъ и г. *Осецкий*, ук соч., 11, 12.

Мы лично опровергаемъ ту и другую конструкцію ¹⁾).

Мы настаиваемъ на томъ, что желѣзно-дорожный владелецъ отвѣчаетъ *e lege: lex ita jubet!* И отвѣчаетъ не какъ лицо, замѣняющее другое лицо, и не въ силу предполагаемой вины, — а — 1)-хъ, отъ своего собственного имени, и 2)-хъ, по самому яденъ вины: онъ отвѣчаетъ и за внутренній случай.

Защищаемыя нами положенія будутъ встрѣчены, конечно, какъ еретическія ученія со стороны русскихъ практиковъ юристовъ, далекихъ отъ правильныхъ методовъ толкованія закона. Между тѣмъ, эти положенія — ходячи въ юридическомъ обиходѣ западно-европейскихъ юристовъ, которые имѣютъ матеріаломъ для толкованія нашу же ст. 683, изложенную лишь въ соответствующихъ законодательствахъ въ болѣе точной редакціи.

Мы полагаемъ, что русскій юристъ обязанъ считаться въ этомъ вопросѣ съ западно-европейской юриспруденціей, въ особенности же съ германской и швейцарской юриспруденціей. къ каковой онъ долженъ приравниваться, какъ къ оригиналу. И мы надѣемся доказать ниже, что всякое уклоненіе отъ новѣйшей западно-европейской практики идетъ въ ущербъ правосудію, служить которому мы призваны первыми дѣломъ.

¹⁾ Теоріи „солидарности предпринимателя съ предпріятіемъ“ придержи-
вались коммиссія сенатора Селифонтова [Журн. Коммисси. Засѣд. 1 дек. 1873,
17 янв. и 4 апр. 1874 г., стр. 12—27] и Министръ Юстиціи гр. Паленъ въ
своемъ представленіи проекта Госуд. Совѣту 28 янв. 1877 г. № 1565 [1—5 листы
представленія М. Ю. въ Госуд. Совѣтъ]. М. Ю., кромѣ того, высказалъ такіа
соображенія: „Основаніемъ этого положенія является, съ одной стороны, то
требованіе справедливости, что убытки должны падать на того же, кто получаетъ
выгоду, — съ другой стороны, — то практическое соображеніе, что въ большин-
ствѣ случаевъ, когда отвѣственными будутъ не предприниматели, а сами
предпріятія, предпріятіе останется безъ вознагражденія“.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Идея профессиональнаго риска въ русской судебной практикѣ. Примѣненіе принципа легальной отвѣтственности къ ученію о смѣшанной винѣ.

Предлагаемая нами [въ отд. III] конструкція отвѣтственности по ст. 683 можетъ показаться «новаторствомъ» тѣмъ юристамъ, которые воспитаны на старыхъ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената. Но она не должна казаться таковой юристамъ, слѣдившимъ за эволюціей сенатской практики по примѣненію ст. 683 т. X ч. I.

Впрочемъ, объ «эволюціи» въ строгомъ смыслѣ этого слова здѣсь говорить не приходится. Періодъ 80—90-хъ годовъ знаменуетъ эпоху шатаній и колебаній Сената по главнымъ вопросамъ, рождаемымъ ст. 683. И лишь въ новѣйшее время (въ особенности съ К. Р. 1907/20), мы замѣчаемъ окрѣпленіе судебной практики въ тѣхъ, именно, направленіяхъ, которыя едва-едва намѣчались въ предшествующемъ періодѣ.

Такъ вотъ, изученіе судебной практики за весь этотъ долгій промежутокъ времени обличаетъ намъ, что идея профессиональной «*опасности промысла*» (*Betriebsgefahr*) издавна пробивалась въ практикѣ Сената—въ замаскированномъ, правда, видѣ; а въ новѣйшее время она даже болѣе откровенно рецепируется Сенатомъ.

Сенатъ не сумѣлъ только сдѣлать надлежащихъ выводовъ для ученія о «смѣшанной винѣ» изъ тѣхъ теоретически правильныхъ предпосылокъ, которыя онъ самъ же установилъ, иногда въ разрѣзъ съ своей прежней практикой. Ниже мы попытаемся доказать это въ рядѣ отдѣльных §§-овъ. Въ

этихъ послѣднихъ читатель найдетъ и нашу критику сенатской конструкціи «смѣшанной вины». примѣнительно къ тому или другому положенію, которое мы извели изъ кассационныхъ рѣшеній Сената.

И намъ думается, что, если намъ удастся доказать то положеніе, что Сенату не чужда идея «Betriebsgefahr'a», и что онъ только не сумѣлъ сдѣлать изъ этой идеи всѣхъ логическихъ выводовъ для правильного построенія института «смѣшанной вины» — «пропасть» между конструкціей, установленной судебной практикой по вопросу о «смѣшанной винѣ» и конструкціей, рекомендуемой нами, не будетъ «непроходимой». Быть можетъ, мы даже не новаторствуемъ, а лишь предсказываемъ ту конструкцію, которая не сегодня — завтра станетъ прочнымъ достояніемъ нашей судебной практики. Вѣдь, къ этому конечному этапу склонилось развитіе ж. д. практики въ Германіи и въ другихъ странахъ, съ того дня, когда въ ихъ судахъ была признана идея «Betriebsgefahr'a» какъ основы желѣзно-дорожной отвѣтственности!

§ 1. Ограничительное толкованіе термина «эксплоатація».

I. Въ ст. 683 рѣчь идетъ о причиненіи смерти или поврежденія здоровья «при эксплуатациі» желѣзно-дорожныхъ и паровыхъ предпріятій. Въ кассационныхъ рѣшеніяхъ за 80 и 90-ые годы истекшаго столѣтія Сенатъ подъ терминомъ «эксплоатація» разумѣлъ *все* предпріятіе [въ ея частяхъ — хозяйственной и технической] ¹⁾, а подъ «вредомъ», причинен-

К. Р. 1894/7: „Основаніемъ гражданской отвѣтственности по § 683 не служитъ вовсе не опасность, а солидарность предпринимателей съ ихъ работниками и представленными къ нему лицами и то начало справедливости, что должны пасть на того, кто получаетъ барыши.. Ст. 683 не имѣетъ характера карательнаго, она вовсе не увеличиваетъ гражданской отвѣтственности владѣльцевъ желѣзно-дорожныхъ и паровыхъ предпріятій отвѣтственности другихъ лицъ за вредъ и убытки. Эти же особы должны вызываться не особенными условіями движенія по желѣзно-

номъ при эксплуатаціи, понималъ *всякій* впредь [тѣлесный и имущественный].

Въ кассационныхъ рѣшеніяхъ 1899/64, 77 ¹⁾ 1903/102 ²⁾ и 1907/70 ³⁾ Сенатъ съ особымъ упорствомъ подчеркиваетъ, что «подъ эксплуатаціей желѣзно-дорожнаго предпріятія слѣдуетъ разумѣть дѣятельность его, *направленную къ извлеченію прибыли* отъ выполненія принятыхъ имъ на себя обязанностей, а обязанности эти, цѣль, для которой такое предпріятіе учреждается, состоятъ въ перевозкѣ пассажировъ, багажа, почты и грузовъ (1 ст. общ. уст. Росс. ж. д.), и потому *лишь тѣ дѣйствія входятъ въ кругъ эксплуатаціонной дѣятельности предпріятія, которыми эта обязанность перевозки выполняется*» ⁴⁾, (ср. еще К. Р. 1900/58).

Эти послѣднія дѣйствія *техническаго* характера [ср. п. 7

дорожному и пароходному пути, а свойствами всего предпріятія. Почему нѣтъ никакого основанія примѣнять этотъ законъ лишь къ случаямъ причиненія смерти или поврежденія здоровья при движеніи по пути, а не вообще при эксплуатаціи всего предпріятія». См. еще К. Р. 1884/144, 1887/68, 71.

¹⁾ Изъ дѣла видно, что Иванъ Чахонелидзе, состоявшій служителемъ при Тифлисской желѣзно-дорожной больницѣ при укладываніи въ постель больного, былъ имъ укушенъ за большой палецъ лѣвой руки, вполнѣ ампутированный. Сенатъ высказался за недопустимость примѣненія ст. 683, въ виду того, «что устройство больницъ вызывается не эксплуатаціонными цѣлями предпріятія».

²⁾ Пострадавшій сгорѣлъ во время пожара, случившагося въ казармѣ для рабочихъ.

³⁾ Сенатъ не призналъ допустимымъ примѣненіе ст. 683, ибо дѣятельность ледокола „Ермака“ не можетъ быть признана транспортнымъ предпріятіемъ.

⁴⁾ Ср. А. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzungen und Tötungen eines Menschen, 1883: „подъ словомъ эксплуатація (Betrieb) слѣдуетъ разумѣть ту дѣятельность, которая направлена къ *осуществленію цѣли* предпріятія. Посему, подъ выраженіемъ „эксплуатація желѣзной дороги“, такъ какъ она имѣетъ цѣлью движеніе лицъ и имущества, слѣдуетъ понимать *дѣятельность, направленную къ движенію лицъ и имущества*“. Непонятно, какъ могъ проглядѣть это уже установившееся теченіе судебной практики В. II. Литвиновъ-Фалинскій. Новый Законъ о вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ, (5 изд.), стр. 180—181. Понятіе эксплуатаціи авторъ опредѣляетъ, согласно съ старой судебной практикой, съ *хозяйственной* точки зрѣнія [„въ дѣйствіи, связанныя съ пользованіемъ имуществомъ и извлеченіемъ изъ него выгодъ“].

ст. 683: «несчастіе произошло... *на желѣзной дорогѣ*»]. Разъ владѣлецъ несетъ рискъ за «*periculum rei*», то понятіе эксплуатаціи ограничивается совокупностью тѣхъ функцій въ жел.-дорожномъ промыслѣ, которыя придаютъ этому промыслу *характеръ особой опасности*. Подъ поврежденіями, полученными при эксплуатаціи, нужно понимать только тѣ поврежденія, которыя находятся въ причинной связи съ такими функціями желѣзно-дорожнаго предпріятія.

Посему,—во 1-хъ, выраженіе ст. 683 «при эксплуатаціи» надо понимать, какъ регулируемую общимъ Уставомъ и правилами технической эксплуатаціи дѣятельность желѣзной дороги, какъ транспортнаго предпріятія. Сюда не подойдутъ несчастные случаи, послѣдовавшіе не при технической эксплуатаціи, а при *хозяйственной дѣятельности*, ибо послѣдняя, какъ не связанная съ опасностью, присущей желѣзной дорогѣ, какъ транспортному предпріятію, не имѣлась въ виду законодателемъ 25 января 1878 года ¹⁾).

К. Р. 1903/102. Но, какъ уже разъяснено Правительствующимъ Сенатомъ, подъ имуществомъ, входящимъ въ составъ жел. дорожнаго предпріятія, слѣдуетъ разумѣть лишь то имущество, которое предназначено для удовлетворенія его потребностей, какъ транспортнаго предпріятія (К. Р. 1899/64), а подъ эксплуатацией — *ту дѣятельность предпріятія, которая направлена къ извлеченію прибыли отъ выполненія принятыхъ имъ на себя обязанностей по перевозкѣ пассажировъ, багажа, почты и грузовъ* (ст. 1 уст. ж. д. и рѣш. 84 г. № 144, 94 г. № 7). Поэтому и въ виду 5 и 92 ст. Уст. жел. дор. и 683 ст. X т. ч. 1 Св. Зак., Правительствующій Сенатъ уже разъяснилъ, что жел. дорожное предпріятіе обязано вознаграждать за смерть и увѣчье, какъ причиненныя при его эксплуатаціи, только тогда, если это несчастіе имѣло мѣсто при указанной дѣятельности предпріятія; случаи же, причинившіе смерть или увѣчье въ зданіяхъ или помѣщеніяхъ, хотя и принадлежащихъ желѣзной дорогѣ, но предназначенныхъ не для

¹⁾ Изъ старой практикы, въ которой пробивается та же идея, см. К. Р. 1882 23.

эксплоатации жел. дорожн. предприятия, не могут влечь для жел. дороги ответственности по ст. 683 (р. 99 г. № 77)“.

По тѣмъ же соображеніямъ сенатъ отвергъ примѣненіе ст. 683 въ случаяхъ смерти или поврежденія въ здоровьѣ.

въ желѣзно-дорожн. больницѣ (1889/77), солемолкѣ (1899/64), каменоломнѣ (1900/109), на плотинѣ пруда (1901/58), въ лѣсо-таскѣ (1905/69), при разборкѣ крыши вагоннаго сарая (1906/78), въ казармѣ для рабочихъ (1903/102), въ погребѣ при ж. д. станціи (Отд. Рѣш. 15 іюня 1907 г. по д. Полякова), при постройкѣ зданія мастерской ж. д. (Отд. Рѣш. 15 іюня 1907 г. по д. Рябца), при починкѣ ж. д. моста (К. Р. 1907/20), при сколкѣ льда на улицѣ противъ станціи [Отд. Р. 12 нояб. 1904 г. д. 5152].

К. Р. 1907/20. Итакъ, цѣль изданія нынѣ дѣйствующей ст. 683 т. X ч. 1 въ связи съ измѣненіемъ дѣйствовавшихъ до того уголовныхъ законовъ, заключалась: 1) въ томъ, что бы, по возможности устранить связанную съ движеніемъ поѣздовъ ж. д. опасность, усиливъ уголовную и гражданскую ответственность ж. д. предприятия... Т. о. въ дѣйствующей нынѣ ст. 683, по отношенію къ ж. д. предприятиямъ, рѣчь идетъ объ ответственности предприятия за вредъ и убытки, причиненные имъ при эксплуатациіи на ж. дорогахъ, т. е. при эксплуатациіи технической, непосредственно связанной съ перевозкой пассажировъ, ихъ багажа и грузовъ и представляющей собою особую опасность... Хозяйственная дѣятельность дороги, какъ не связанная съ опасностью, присущей ж. дороге, какъ транспортному предприятию, очевидно, не имѣлась въ виду составителями закона 25 января 1878 года“.

И во—2-хъ, даже и въ этой узкой сферѣ ст. 683 можетъ быть примѣнена лишь при томъ условіи, что данное несчастіе обязано *особой опасности, свойственной только желѣзно-дорожному предприятию* ¹⁾.

¹⁾ Изъ старой практики, см. Отд. Рѣш. 30 окт. 1903 г. [неосторожное дѣйствіе рабочаго, производившаго ремонтъ станціи и по своей неосторожности засорившаго глаза работавшему съ нимъ товарищу]. К. Р. 1880/109: „паровозныя и конныя желѣзныя дороги не представляютъ между собою существеннаго различія, ибо если, повидимому, вагонъ конно-желѣзной дороги и движущая его сила—лошадь не представляютъ сами по себѣ столько опасности, какъ вагонъ паровозной желѣзной дороги и движущая его сила—паровозъ, то, съ другой стороны, какъ многократно доказано опытомъ, конно-желѣзныя

К. Р. 1902/77. Подъ исками о вознагражденіи за вредъ, причиненный при эксплуатаціи, законъ, очевидно, разумѣетъ не всѣ вообще искъ объ убыткахъ, причиненныхъ во время эксплуатаціи дороги, а лишь тѣ изъ нихъ, которые вытекаютъ изъ *эксплуатационныхъ дѣйствій желѣзной дороги, имѣющихъ въ своей основѣ нарушение специальныхъ правилъ, регулирующихъ дѣятельность ея какъ транспортнаго предпріятія.* Правильность такого заключенія подтверждается, между прочимъ, тѣмъ соображеніемъ, что при иномъ, болѣе широкомъ толкованіи... утратилось бы всякое основаніе для разграниченія ж. д. исковъ, подлежащихъ годовой и десятилѣтней давности“.

Отд. Рѣш. 18 сентября 1908 г. [д. 1997—1908 г.] Паденіе пострадавшаго—помощника машиниста въ паровозномъ депо, при чисткѣ паровоза, не можетъ быть признано несчастіемъ, имѣвшимъ мѣсто при приготовленіи поѣзда къ движенію (*К. Р. 1907/20*), какъ не сопряженнымъ съ *особою опасностью, свойственною ж. дор. предпріятію*, ибо пострадавшій какъ помощникъ машиниста, на которомъ также лежитъ обязанность держать паровозъ въ исправности, могъ своевременно привести его въ порядокъ и тѣмъ предотвратить возможность паденія. Если же паденіе съ паровоза имѣло мѣсто тогда, когда онъ стоялъ на пути, готовый къ отправленію, то данное порученіе пострадавшему очистить стекла фонаря въ паровозѣ поздно ночью, когда самая очистка требуетъ снѣжно-сти, представляетъ собою особую опасность и можетъ быть поставлена въ вину и желѣзной дорогѣ, т. е. поѣздъ составляется и готовится къ отправкѣ цѣлымъ рядомъ ея агентовъ, на которыхъ лежитъ обязанность слѣдить за исправностью всѣхъ частей подвижного состава.

Отд. Рѣш. 18 сентября 1908 г. [д. 4727—1908 г.]. посему Палата вполне правильно и согласно съ преподаваемыми указаніями Сената не нашла возможнымъ примѣнить къ данному случаю 683 ст. I ч. X т., т. е. *никакой особой опасности, свойственной при томъ только желѣзной дорогѣ, какъ транспортному предпріятію, подобное перетаскиваніе тюковъ не представляетъ, а случай, имѣвшій мѣсто съ истцомъ, могъ произойти и при выгрузкѣ тюковъ съ шерстью изъ повозки*

дороги сопряжены въ действительности еще съ большими опасностями, потому что онѣ обыкновенно пролегаютъ по общественнымъ и многолюднымъ улицамъ“. Ср. еще *К. Р. 1894/112.*

въ какой либо товарный складъ при разрывъ отъ дѣйствія крюка плохой повязки тюка“.

К. Р. 1907/20. ...„Такимъ образомъ, въ дѣйствующей нынѣ 683 ст., по отношенію къ желѣзно-дорожнымъ предпріятіямъ, рѣчь идетъ объ ответственности предпріятія за вредъ и убытки, причиненные имъ при эксплуатациіи на желѣзныхъ дорогахъ, *т. е. при эксплуатациіи технической*, непосредственно связанной съ перевозкой пассажировъ, ихъ багажа и грузовъ и предоставляющей собою особую опасность. „Такимъ образомъ, выраженіе ст. 683 „при эксплуатациіи разумѣетъ *регулируемую общими уставомъ и правилами технической эксплуатациіи дѣятельность желѣзныхъ дорогъ, какъ то: приготовленіе къ движению желѣзнодорожныхъ поѣздовъ (напр. сдѣлка вагоновъ, маневрированіе для составленія поѣзда и т. п.), самое движеніе поѣздовъ и наконецъ, окончаніе движенія (напр. уборка поѣзда съ пути, постановленіе его на запасный путь и т. п.)*“.

К. Р. 1908/63. Причиненіе смерти или поврежденія въ здоровьѣ ж. д. предпріятіями влечетъ за собою имущественную отвѣтственность передъ потерпѣвшими отъ сего вредъ или убытокъ лишь въ томъ случаѣ, когда смерть или поврежденіе здоровья имѣли мѣсто при технической эксплуатациіи ж. д., представляющей *при томъ особую опасность*, свойственную дорогѣ, какъ транспортному предпріятію“.

К. Р. 1909/3. Несчастье съ истцомъ случилось не на эксплуатируемой линіи дороги, а на карьерной вѣткѣ. Сенатъ не призналъ за истцомъ права на вознагражденіе по ст. 683. „Подъ эксплуатациею подразумѣвается исключительно техническая, транспортная дѣятельность сихъ предпріятій, заключающаяся въ перевозкѣ пассажировъ, ихъ багажа и грузовъ, и представляющая *свою собственную этимъ перевозочнымъ предпріятіямъ особую опасность*, и посему право на вознагражденіе по ст. 683 даетъ лишь такой несчастный случай, который имѣлъ мѣсто при приготовленіи къ движенію ж. д. поѣздовъ, при самомъ ихъ движеніи и при окончаніи такового, во время уборки поѣзда съ пути и постановки его на запасный путь... Отсюда очевидно, что для примѣненія ст. 683 безусловно необходимо, чтобы несчастный случай имѣлъ мѣсто при движеніи поѣздовъ, назначенномъ для перевозки грузовъ или пассажировъ и ихъ багажа, которое производится только на всей дорогѣ или ея участкѣ, *открытомъ постоянно или временно для*

общественнаго пользованія, г. е. на всей дорогѣ или въ ея участкѣ, эксплуатируемомъ съ цѣлью извлеченія выгоды. Однако, въ виду того, что ж. д. должны служить для удовлетворенія не только частныхъ, но также государственныхъ и общественныхъ интересовъ, причиненіе смерти или поврежденіе здоровья и при безплатныхъ перевозкахъ, представляющихъ собою ту же особую опасность, какая свойственна обыкновенной платной перевозкѣ, должно влечь за собою имущественную для дороги отвѣтственность по 683 ст., коль скоро такая перевозка производилась на дорогѣ открытой для общественнаго пользованія“...

См. еще *Кас. Рѣш.* въ томъ же смыслѣ: 1907/111; *Отд. Рѣш.* 8 января 1904 г. [д. 7976—1903].

Всѣ приведенныя нами кассационныя рѣшенія Правительствующаго Сената, конечно, несостоятельны съ точки зрѣнія ихъ мотивировки. Сенатъ смутно сознавалъ, что отвѣтственность желѣзной дороги по ст. 683 есть особая отвѣтственность, базированная на идеѣ профессиональнаго риска. Эта идея выражена въ словахъ закона, требующаго, что бы поврежденіе въ здоровьѣ было причинено «*при эксплуатаци*» желѣзной дороги. Однако, Сенатъ не обладалъ достаточной теоретической подготовкой, что бы дать юридическую формулировку той идеѣ, которая витала передъ его глазами. Основаніемъ отвѣтственности желѣзной дороги по ст. 683 онъ выставляетъ принципъ: «*cuius commodum eius periculum*». Отсюда онъ желаетъ вывести существенное ограниченіе понятія эксплуатаци, въ смыслѣ совокупности дѣйствій, коими выполняется обязанность перевозки и съ коими связана особая присущая только желѣзно-дорожному промыслу опасность. Эта мысль особенно рельефно подчеркнута Сенатомъ въ К. Р. 1909, № 3.

Въ этомъ К. Р. мы видимъ, что «особая опасность, свойственная желѣзной дорогѣ», какъ оправданіе усиленной отвѣтственности по ст. 683, ставится Сенатомъ въ зависимость отъ того, открыта ли желѣзная дорога для *общественнаго пользованія* или нѣтъ; Сенатъ аргументируетъ такъ:

если желѣзная дорога не открыта еще для общественной пользы, то она еще не эксплуатируется съ цѣлью извлеченія выгодъ.

Эта аргументація шокируетъ насъ своей нелогичностью ¹⁾. Въ самомъ дѣлѣ, какой мостъ соединяетъ эти два понятія: денежный интересъ, какъ цѣль транспортнаго сообщенія и «особая опасность промысла»?!

Во-первыхъ, идея профессиональнаго риска не можетъ быть уложена въ рамки принципа «*cuīis commodum eius periculum*»: вѣдь, отвѣтственность по принципу профессиональнаго риска охватываетъ не только одни «монопольныя предприятия», извлекающія прибыль изъ ихъ промысла, но вообще всѣ виды человѣческой дѣятельности, разъ съ этой дѣятельностью связана особая опасность, угрожающая неопредѣленному числу лицъ; напр., отвѣтственность владѣльцевъ автомобилей, пользующихся ими не съ цѣлью наживы. Да и монопольное предприятие можетъ быть эксплуатировано не съ коммерческой цѣлью; напр. желѣзная дорога обслуживаетъ стратегическія цѣли и не преслѣдуетъ цѣлей наживы.

Исключеніе строящихся желѣзныхъ дорогъ отъ дѣйствія ст. 683 по тому основанію, что онѣ еще не преслѣдуютъ коммерческихъ цѣлей, а потому и не связаны съ особенной опасностью, несостоятельно и по существу: вѣдь, желѣзная дорога во время ея постройки, до установленія телеграфа, сигналовъ и всѣхъ многочисленныхъ приспособленій для безопаснаго движенія поѣздовъ, представляетъ (преимущественно для рабочихъ) гораздо больше опасностей, чѣмъ ж. д., окончательно устроенная и переданная для общаго пользованія ²⁾.

Кромѣ того, изъ соображеній Сената мы должны были бы даже сдѣлать обратный выводъ: если Сенатъ основа-

¹⁾ Она кромѣ того погрѣшаетъ противъ ясно выраженной тенденціи западно-европейской судебной и законодательной практики не различать несчастій, случившихся при эксплуатации и при постройкѣ ж. дороги. См. выше. Гл. VI, § 1 fine.

²⁾ *Объясн. Записка*, т. V, стр. 597.

ніємъ отвѣтственности по ст. 683 выставляетъ идею «*caius commodum eius periculum*», то надо не суживать понятіе эксплуатаціи «движеніемъ поѣзда по рельсамъ», а расширять его до предѣловъ предпріятія, какъ *хозяйственной* единицы. Сенатъ, правда, думаетъ примирить свои противорѣчія такимъ разсужденіемъ: желѣзная дорога назначена для извлеченія прибыли путемъ перевозки; погребы, больницы, мастерскія и пр., хотя и принадлежатъ желѣзной дорогѣ, но не служатъ перевозкѣ. Ergo: понятіе эксплуатаціи ограничивается технической дѣятельностью движенія поѣздовъ.

Но, разсуждая такъ, намъ пришлось бы ограничить понятіе эксплуатаціи дѣятельностью кассира, продающаго билеты! Или, по крайней мѣрѣ, включить и его дѣятельность въ понятіе *эксплоатаціи*! Такого вывода Сенатъ не дѣлаетъ. Вотъ почему, мы думаемъ, что указанная конструкція нужна была Сенату для оправданія предвзятаго рѣшенія.

Несостоятельные мотивы Сената отступаютъ для насъ въ ихъ практическомъ значеніи передъ окончательными выводами. Изъ вышеприведенныхъ выписокъ изъ новѣйшихъ кассационныхъ рѣшеній, мы видимъ, что Сенатъ вырабатываетъ понятіе «*Betriebsgefahr*» въ двухъ направленіяхъ. Онъ отрицаетъ право на вознагражденіе по ст. 683, если причиненіе разстройства здоровья или смерти послѣдовало при *хозяйственной* дѣятельности желѣзной дороги. Понятіе эксплуатаціи ограничивается *технической* дѣятельностью желѣзной дороги, ибо лишь она связана съ *опасностью присущей желѣзнодорожному промыслу*. Но и въ этихъ узкихъ предѣлахъ ст. 683 примѣнима лишь при томъ условіи, что данное несчастье было обязано *особой опасностью, присущей желѣзной дорогѣ, какъ транспортному предпріятію* ¹⁾.

¹⁾ Последнее ограниченіе мы не считаемъ нужнымъ для понятія «*Betriebsgefahr*». Здѣсь Сенатъ «увлекся» и впалъ въ противоположную крайность. Важно не то, что бы данный видъ несчастья могъ случиться *только* на желѣзной дорогѣ,—важно, что бы данное несчастье вообще стояло въ причинной связи съ дѣятельностью желѣзной дороги, какъ транспортного предпріятія!

§ 2. Фингированіе вины желѣзной дороги, какъ логическій пріемъ для обоснованія отвѣтственности на базѣ «общей опасности промысла» [Betriebsgefahr].

Процессуальное положеніе сторонъ (въ вопросѣ о тяжести доказыванія), согласно установившейся судебной практикѣ по примѣненію ст. 683 т. X ч. I, опредѣляется слѣдующими положеніями.

Истецъ (потерпѣвшій) доказываетъ *фактъ убытковъ, причиненныхъ ему при эксплуатаціи желѣзной дороги.*

Желѣзная дорога (отвѣтчица) «предполагается виновной» въ несчастіи. Но она можетъ доказывать *вину потерпѣвшаго*, и разъ послѣдняя доказана, — отпадаетъ презумпція вины желѣзной дороги, и желѣзная дорога освобождается отъ отвѣтственности.

Однако, вина потерпѣвшаго устраняетъ отвѣтственность желѣзной дороги лишь *постольку, поскольку таковая основывается на одной лишь законной презумпціи.* Посему, виновный потерпѣвшій можетъ доказывать *вину желѣзной дороги* не презумпціей, уже отвергнутой, а обыкновенными доказательствами. И разъ потерпѣвшимъ установлена вина самой желѣзной дороги — установлена *положительными* доказательствами! — послѣдняя должна отвѣчать по принципу «смѣшанной вины».

Такимъ образомъ, по ученію Правительствующаго Сената, разъ презумпція вины желѣзной дороги опровергнута (доказательствомъ вины потерпѣвшаго), истецъ къ помощи законной презумпціи прибѣгать не можетъ: для установленія «смѣшанной вины» потерпѣвшій долженъ *самостоятельными доказательствами* установить вину желѣзной дороги. Иначе отвѣтственность желѣзной дороги оказалась бы необоснованной: ни презумпціей вины, ни другимъ какимъ либо принципомъ, — однимъ словомъ ея отвѣтственность ни на чемъ не была бы обоснована!

Съ точки зрѣнія старой судебной практики Сената, послѣдовательно проводившей идею предполагаемой вины, какъ основы отвѣтственности желѣзной дороги по ст. 683, такое разсужденіе не можетъ быть не признано вполне логичнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, разъ желѣзная дорога доказала вину потерпѣвшаго, она доказала свою невиновность въ причиненіи несчастія. И что бы спасти хотя бы часть своего иска, потерпѣвшій долженъ представить положительныя данныя, изъ которыхъ явствовало бы, что желѣзная дорога дѣйствительно виновна въ причиненномъ силами эксплуатаціи несчастіи.

Но это разсужденіе неправильно, если ввести въ юридическій обиходъ нашего отечественнаго права понятіе «опасности промысла» (*Betriebgefahr*). И доказавъ вину потерпѣвшаго, желѣзная дорога въ принципѣ не снимаетъ съ себя отвѣтственности: вѣдь, ничто ни способно стереть «профессіональнаго риска» (*periculum rei*), какъ базы отвѣтственности, разъ установлено, что несчастіе произошло «при эксплуатаціи»!

Сенатъ, конечно, долженъ былъ считаться и съ этой точкой зрѣнія, — по крайней мѣрѣ, съ того момента, какъ онъ сталъ на тотъ путь, который привелъ его къ толкованію понятія «эксплуатаціи» въ указанномъ нами выше смыслѣ (§ 1). Но у Сената и на этотъ разъ не хватило духу открыто порвать связь съ своей традиціонной конструкціей, и онъ предпочелъ встать на кружный путь, который давалъ бы результаты въ духѣ конструкціи, усвоенной германской юриспруденціей, но въ то же время сохранилась бы, хотя бы съ грѣхомъ пополамъ, конструкція «смѣшанной вины». Сенатъ поступилъ очень хитро: въ тѣхъ случаяхъ, когда «*Betriebsgefahr*» бьетъ въ глаза и не считается съ ней, какъ съ таковой, было бы несправедливо, онъ устанавливаетъ (фиктивно) *вину* на сторонѣ желѣзно-дорожной администраціи. Тѣмъ самымъ сохраняется видимость конструкціи «смѣшанной вины» и въ то же время оправдываются рѣшенія, въ коихъ одно-

сторонняя вина потерпѣвшаго не снимаетъ всей отвѣтственности съ желѣзной дороги.

Этотъ пріемъ примѣняется Сенатомъ особенно часто въ случаяхъ нарушенія потерпѣвшимъ ст. 147 Уст. желѣзныхъ дорогъ, воспреещающей постороннимъ лицамъ ходить и ѣздить по полотну дороги внѣ имѣющихся для того переходовъ. Сенатъ устанавливаетъ такое положеніе: то обстоятельство, что потерпѣвшій былъ раздавленъ на полотнѣ желѣзной дороги, свидѣтельствуя о его собственной неосторожности, выразившейся въ нарушеніи ст. 147 Уст. желѣзныхъ дорогъ, даетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, въ силу ст. 683, *основаніе предполагать* (пока противное не доказано), *что желѣзная дорога не приняла всѣхъ мѣръ предосторожности для предупрежденія несчастія*. А это создаетъ законное предположеніе о наличности въ дѣлѣ такъ называемой смѣшанной вины, а потому на истца, требующаго полного вознагражденія, возлагается обязанность доказать, что несоблюденіе имъ требованій ст. 147 вызвано было крайней необходимостью, а на желѣзную дорогу, желающую освободиться отъ отвѣтственности, возлагается обязанность доказать, что ею приняты спеціальныя мѣры противъ подобныхъ несчастій.

К. Р. 1898/102. Бриченковъ стоялъ на пути, облокотившись на лопату и, находясь въ такомъ опасномъ положеніи, безъ сомнѣнія обязанъ былъ и имѣлъ возможность быть готовымъ во всякій моментъ сойти съ пути, но онъ, несмотря на тревожные свистки, которые давалась съ паровоза въ недалекомъ отъ него разстояніи, не обращалъ на нихъ вниманія, не сходилъ съ пути и сдѣлался, такимъ образомъ, жертвой крайней своей неосторожности. — Вдова убитаго предъявила искъ о присужденіи ей 120 р. въ годъ. Судъ присудилъ казну къ ежегодной выдачѣ въ пользу семейства убитаго 92 рубля.

К. Р. 1907/21. „Какъ видно изъ текста 147 ст. Уст. жел. дор., и тѣхъ мотивовъ, на которыхъ основана эта статья, въ интересахъ правильности движенія на ж. дорогахъ и устраненія особой опасности, могущей произойти отъ нахождения на рельсовыхъ путяхъ постороннихъ лицъ, воспрещается лицамъ, не принадлежа-

щимъ къ составу ж. д. служащихъ, безъ особаго по сему предмету дозволенія, ходить и ѣздить по полотну виѣ имѣющихся для того переходовъ и переѣздовъ; виновные же въ нарушеніи этихъ правилъ подвергаются отвѣтственности въ уголовномъ порядкѣ (76 ст. Уст. о нак.). Такимъ образомъ, самъ по себѣ фактъ нахожденія даннаго лица, безъ законнаго на то дозволенія, на полотнѣ ж. д. составляетъ такое воспрещенное подѣ угрозой уголовного наказанія дѣяніе, которое можетъ влечь за собою нарушеніе правильности движенія ж. д. поѣзда и связанныя съ нимъ опасныя послѣдствія. Если, затѣмъ, нарушившему требованіе 147 ст. Уст. жел. дор. причиняется проходившимъ поѣздомъ разстройство здоровья или смерть, то первичною причиною такого несчастья является, очевидно, самъ пострадавшій. Поэтому вина такого пострадавшаго въ случившемся съ нимъ несчастіи представляется виѣ всякаго сомнѣнія, и если она не исключается и не устраняетъ отвѣтственности ж. дороги въ подобныхъ случаяхъ, то это обусловливается тѣмъ, что, въ силу ст. 683 т. X ч. I и тѣхъ соображеній, на которыхъ эта статья основана,—*виновность ж. д. въ бо́льшей или меньшей мѣрѣ въ причиненіи ею при эксплуатационныхъ своихъ дѣйствіяхъ поврежденія въ здоровью или смерти предполагается самимъ закономъ*, возложившимъ на дорогу обязанность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказывать отсутствіе всякой своей вины. Правит. Сенатъ уже неоднократно, разъясняя, что нарушеніе потерпевшимъ 147 ст. Уст. ж. д. не устанавливаетъ еще отсутствія всякой вины, а, слѣдовательно, и отвѣтственности ж. дороги, т. е. при соблюденіи осмотрительности и надлежащей осторожности со стороны агентовъ ж. дороги, а также при соблюденіи ими установленныхъ для безопасности движенія поѣздовъ правилъ, *могутъ быть въ иныхъ случаяхъ предотвращены тѣ опасныя послѣдствія, которыя влечетъ за собою нарушение ст. 147. Которая скоро же ж. дорога не доказала, что ея агентами не могъ быть предотвращенъ несчастный случай, несмотря на соблюденіе ими всѣхъ лежащихъ на нихъ обязанностей по устраненію особой опасности, вызываемой движениемъ ж. д. поѣздовъ, то она, въ силу ст. 683 т. X ч. I не можетъ быть освобождена отъ отвѣтственности за случившееся несчастье*.. Такимъ образомъ, во всѣхъ случаяхъ нарушенія пострадавшимъ ст. 147 Уст. жел. дор., если желѣзная дорога не доказала исключительной вины послѣдняго въ случившемся съ нимъ несча-

стія, имѣется наличность *смѣшанной вины* ж. дороги и самого пострадавшаго. Эта вина пострадавшаго устраняется только въ двухъ случаяхъ: а) когда будетъ доказано, что на полотнѣ дороги онъ находился съ дозволенія желѣзно-дорожнаго начальства, или б) когда будетъ установлено, что нахожденіе на означенномъ полотнѣ пострадавшаго было вызвано крайней необходимостью“.

Отд. Рѣш. 28 сент. 1904 г. по д. Игатовыхъ. Нарушеніе частными лицами 147 ст. Уст. ж. д. не освобождаетъ дорогу отъ отвѣтственности по 683 ст. X т. ч. I, — коль скоро съ ея стороны не принято никакихъ мѣръ предупрежденія противъ такихъ нарушеній.

Отд., рѣш. 4 янв. 1905 г. по д. Литвиновыхъ. Отвѣтственность постороннихъ лицъ, допущенныхъ въ поѣздъ въ качествѣ продавцевъ, за неосторожность соскакиванія съ поѣзда, *не устраняетъ виновности агентовъ дороги въ недостаточномъ надзорѣ за означенными лицами въ поѣздъ (!)* и можетъ лишь отразиться на размѣрѣ присуждаемаго вознагражденія.

Отд. Рѣш. 14 марта 1907 г. по д. Юматова. Заявленіе истца въ его исковомъ прошеніи о неосторожномъ своемъ дѣйствіи, выразившемся, напр., въ перебѣганіи передъ поѣздомъ черезъ переходъ на станціи, не можетъ освободить потерпѣвшаго (*sic!!!!*) отъ всякой отвѣтственности за происшедшій съ нимъ несчастный случай.

К. Р. 1908'54. „Во всѣхъ случаяхъ нарушенія пострадавшимъ ст. 147 *Общ. Уст. ж. д., если желѣзная дорога не доказала исключительной ея вины въ случившемся съ нимъ несчастіи,* — имѣется наличность *смѣшанной вины* желѣзной дороги и самого пострадавшаго, въ виду чего высказанное Палатой соображеніе о неправильности предположенія истцовъ о непринятіи паровозной и кондукторской бригадой поѣзда никакихъ мѣръ къ предупрежденію несчастія, такъ какъ истцы не представили въ подтвержденіе его никакихъ доказательствъ, — оказывается несогласнымъ съ точнымъ смысломъ (*sic !!*) ст. 683 г. X ч. I“...

См. еще: *Отд. Рѣшенія:* 18 сент. 1903 г. (д. 3057—1903 г.); 14 апр. 1904 (по д. Слудкеръ), 24 сент. 1904 (по д. Федотовыхъ), 23 окт. 1904 (по д. Скворцовыхъ), 12 марта 1908 (по д. Калининной), постановленныя въ томъ же смыслѣ.

Такимъ образомъ, фактъ нарушенія пострадавшимъ ст. 147 Уст. желѣзныхъ дорогъ указываетъ на *виновность* желѣзно-дорожныхъ служащихъ. Желѣзная дорога должна быть осво-

бождена отъ всякой отвѣтственности за несчастный случай съ пострадавшимъ, если *установлена* на судѣ невиновность машиниста въ небрежности [Отд. Рѣш. 30 сент. 1903 г. д. Бѣлоусовой], или если доказана такая собственная неосторожность пострадавшаго, которая сама *указываетъ* на непричастность къ несчастію желѣзно-дорожныхъ служащихъ [Отд. Рѣш. 5 февр. 1904 г. д. Жарковой. Потерпѣвшій перебѣгалъ по-лотно желѣзной дороги передъ поѣздомъ, дававшимъ установленные свистки].

Если бы мы пожелали возвести въ принципъ идею, выраженную въ приведенныхъ рѣшеніяхъ, мы опрокинули бы вверхъ дномъ все построеніе, надъ укрѣпленіемъ котораго работалъ Сенатъ въ теченіе двухъ десятилѣтій. Мы должны были бы допустить, что и при винѣ потерпѣвшаго достаточно *предполагаемая вина* желѣзной дороги для образованія «смѣшанной вины». Наврядъ ли Сенатъ сознательно хотѣлъ допустить такой «volte face» въ своей практикѣ. По крайней мѣрѣ и въ новѣйшихъ кассационныхъ рѣшеніяхъ (К. Р. 1908 г. 23 января, 30 января, 26 марта, 2 октября) онъ продолжаетъ упорно держаться того воззрѣнія, что разъ желѣзная дорога доказала вину потерпѣвшаго, для примѣненія принциповъ смѣшанной вины, надо, что бы потерпѣвшій доказалъ положительными данными [«probare manifestissimis rationibus»!] *реальную* (а не *предполагаемую*) вину желѣзной дороги!

Мало того. По установившейся русской (и западно-европейской) судебной практикѣ, судъ не въ правѣ самъ ex officio («aus eigenem Antrieb») приступать къ сужденію о винѣ желѣзной дороги. Онъ имѣетъ это право лишь по указанію заинтересованной стороны («Auf Antrag»). Въ случаяхъ нарушенія потерпѣвшимъ ст. 147 Уст. желѣзныхъ дорогъ, Сенатъ допускаетъ инициативу суда въ дѣлѣ установленія смѣшанной вины.

Какъ же объяснить всѣ эти противорѣчія?

Въ этому присоединяется еще другое соображеніе. Се-

нать говорить о «предполагаемой винѣ» желѣзной дороги въ случаѣ нарушенія потерпѣвшимъ ст. 147 Уст. жел. дорогъ.

Но можно ли серьезно говорить о *винѣ* желѣзной дороги въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій былъ раздавленъ на полотнѣ желѣзной дороги? Неужели мы серьезно можемъ говорить о винѣ машиниста, если онъ не успѣлъ остановить мчащійся поѣздъ, въ тотъ моментъ, когда напр., подвыпившій мастеровой пьяной походкой сбился въ сторону и попалъ на желѣзно-дорожное полотно? Можемъ ли мы говорить о винѣ желѣзно-дорожнаго Управленія, если въ сильный туманъ поѣздъ налетѣлъ на повозку, пересѣкающій путь? Понятіе *вины* предполагаетъ рекомендуемость извѣстнаго образа поведенія, который не соблюденъ лицомъ въ данномъ случаѣ. Что же мы можемъ рекомендовать желѣзно-дорожной администраціи для предотвращенія нарушенія публ. ст. 147 Уст. желѣзныхъ дорогъ? Построить стѣну по обѣимъ сторонамъ желѣзно-дорожнаго полотна ¹⁾? Разставить на каждомъ шагѣ сторожей по всему желѣзно-дорожному пути, что бы спугивать тѣхъ «несчастенькихъ», «увѣчныхъ», которые выбираютъ желѣзно-дорожный путь мѣстомъ своихъ прогулокъ ²⁾?

Мы смѣемъ думать, что такую обязанность желѣзной дороги Сенатъ не имѣетъ въ виду. Не только въ томъ случаѣ, когда въ открытомъ полѣ на рельсахъ идетъ «своей дорогой» пѣшеходъ, но и въ тѣхъ даже случаяхъ, когда цѣ-

¹⁾ Особенно характерно выше приведенное Отд. рѣш. 4 янв. 1905 г. Продавецъ—равносчикъ прыгнулъ на ходу поѣзда, и это поставлено въ *вину (!)* желѣзной дорогѣ.

²⁾ Иногда это сознаніе прерывается въ рѣшеніяхъ общихъ судебныхъ установленій, которыя, надо замѣтить, обычно рабски воспринимаютъ положенія Сената. См., напр. рѣшеніе Спб. Суд. Палаты, приведенное въ К. Р. 1908/54. «Изложенное же въ рѣшеніи о суда и въ апелляціонной жалобѣ истцовъ предположеніе, что паровозная и кондукторская бригады поѣзда, коиъ былъ раздавленъ А. Мейстеръ, не только не приняли никакихъ мѣръ къ предупрежденію несчастія, но и не замѣтили покойнаго на полотнѣ дороги, палата не признала правильнымъ, такъ какъ апелляторы—истцы не изложили никакихъ доказательствъ, на коихъ они основываютъ вышеизложенное предположеніе».

лая группа лицъ. располагается на рельсахъ, чтобы съ преступной цѣлью развинчивать рельсы, Сенатъ не вѣнчаетъ безусловно и огульно въ вину желѣзной дорогѣ то, что она не предотвратила это событіе черезъ своихъ путевыхъ сторожей.

актъ, въ 1908 г. 23 января послѣдовало Отд. Рѣш. Сената (д. 7429—1908 г.) по дѣлу о крестьянской шайкѣ, произведшей въ ночь на 5 іюня 1904 г. крушеніе почтового поѣзда на Владикавказской желѣзной дорогѣ. Въ этомъ рѣшеніи мы читаемъ:

„Несомнѣнно, что Суд. Палата была въ правѣ признать ответственность дороги и въ данномъ случаѣ, установивъ, что присутствіе на мѣстѣ жел.-дор. сторожей могло предупредить развинчиваніе рельсовъ разбойниками, или же что сторожа могли дать знать о произведенномъ уже развинчиваніи, но для сего Палата обязана была, на основаніи фактовъ дѣла, также установить, что именно въ данномъ мѣстѣ и въ данное время должны были по обязанностямъ службы находиться сторожа и что они имѣли полную возможность въ точности указанными способами предотвратить несчастіе“.

Мы полагаемъ, что тоже соображеніе, съ тѣмъ большимъ основаніемъ, должно быть примѣнено и въ случаяхъ нарушенія потерпѣвшимъ ст. 147 Уст. ж. д. Здѣсь огульное предположеніе *реальной* вины желѣзной дороги рѣшительно ни на чемъ не основано! ¹⁾.

Источникомъ и оправданіемъ института «презумпцій» является фактическая невозможность или крайняя затруднительность для судьи выяснить путемъ изслѣдованія истину въ конкретномъ случаѣ. Въ облегченіе его работы судья и дается

¹⁾ И въ зап.-европ. судебной практикѣ фактъ нахожденія потерпѣвшаго на рельсахъ свидѣтельствуетъ о его собственной неосторожности, но отнюдь не—объ одновременной винѣ и желѣзно-дорожныхъ служащихъ. См. Bundesg. Ratsch. X, стр. 526; XIII, 473; XIV, 602; XVI, 126; XVII, 257; XXIII, 152, 1613. R. G. 21 Sept. 1909, J. W. 1909, № 19, стр. 668: „Regelmässig, aber nicht immer, wird die Sache so liegen, dass, wer blindlings über ein Bahngelände geht und von einem Zuge erfasst wird, den Schaden allein zu tragen hat“. R. G. 23 März. 1910, Eis. E. XXVII (1910), 1 Heft, № 32. V. Forestier, с. с. 99: „Одинъ фактъ, что задавленъ человѣкъ на рельсахъ не обосновываетъ вины ж.д. дороги“.

право и вмѣняется въ обязанность руководиться въ извѣстной категоріи случаевъ предположеніями, выведенными на основаніи вѣроятности изъ данныхъ опыта жизни.

Имѣемъ ли мы такого рода предположеніе въ случаяхъ нарушенія потерпѣвшимъ ст. 147 Уст. желѣзныхъ дорогъ? Конечно, нѣтъ! Сенатъ говоритъ о «законныхъ предположеніяхъ о наличности въ дѣлѣ вины желѣзной дороги», потому, что онъ желаетъ оправдать предвзятое рѣшеніе, которое диктуется ему другого рода соображеніями ¹⁾.

Въ изувѣченіи или умерщвленіи человѣка, хотя бы и виноватаго,—всей тяжестью мчащагося поѣзда лежитъ наиболѣе яркое проявленіе всесокрушающаго и безошаднаго *Vertriebsgefahr*a. ²⁾

Вотъ идея, которую не посмѣлъ высказать Сенатъ, но которой онъ хотѣлъ дать практическое осуществленіе!

Логическій приѣмъ, которымъ пользуется при этомъ Сенатъ, есть не естественный приѣмъ *предположенія*, а искусственный приѣмъ *фигиции*. Сенатъ *финируетъ* вину желѣзной дороги и тѣмъ самымъ спасаетъ свою конструкцію.

Мы настаиваемъ на этомъ: здѣсь нѣтъ *презюмции* вины желѣзной дороги, а есть *фигиція* вины, ³⁾—та *фигиція*, которая творчески создала право руками римскихъ преторовъ, и которая исторически объясняется наклонностью римской юриспруденціи сохранять по возможности долго, въ ущербъ практическимъ требованіямъ гражд. оборота, установившіяся

¹⁾ Изъ имѣющихся пока кассационныхъ рѣшеній нельзя судить о томъ, насколько искренне Сенатъ требуетъ отъ желѣзной дороги „доказательства своей невинности“. Намъ думается, что Сенатъ, если представится случай, отнесется съ крайней строгостью къ такимъ экскуляционнымъ средствамъ защиты желѣзной дороги.

²⁾ *Müller-Erzbach*. Gefährdungshaftung. Arch. f. Prax. 106 (1910), 383: „Der Lokomotivführer war es, der die grosse Masse des Zuges mit einer alles vor sich vernichtenden Geschwindigkeit begabte“.

³⁾ Австрійская судебная практика материально-правовую *презюмцію* вины, установленную въ § 1 желѣзно-дорожнаго закона 5 März 1869, также превращаетъ въ *фигицію* вины. Ср. *I. Wachtel*, о. с. 110: „Durch diese aufgestellte Vermutung, durch welche eigentlich ein Verschulden fingiert wird“.

цивильныя формы правоотношеній. Что бы не ломать открыто издавна сложившіяся юридическія понятія, юристы придумывали хитроумные логическіе приемы, коими они подводили вновь нарождающіяся потребности и идеи справедливости подъ извѣстныя уже категоріи юридическихъ представлений.

Къ этимъ приемамъ принадлежать и фикціи ¹⁾.

Источникъ этого консерватизма римскихъ преторовъ лежитъ, конечно, не въ отсталости ихъ, какъ практическихъ дѣятелей, а въ особенностяхъ теоретическаго мышленія римскихъ юристовъ. Въ результатѣ все явленіе, именуемое «консерватизмомъ римской юриспруденціи», сводилось къ вопросу о формахъ теоретической дѣятельности юристовъ. Римскій преторъ былъ консерваторомъ лишь въ теоріи,—на практикѣ онъ былъ «живымъ голосомъ народа». «Фикція» въ его рукахъ была орудіемъ прогресса, какъ и всѣ другіе приемы его логическаго мышленія.

Совсѣмъ другое—дѣятельность нашего Сената. Его конструкции не бьются однимъ пульсомъ съ практическими потребностями жизни. Его консерватизмъ не есть консерватизмъ римскихъ юристовъ, ибо эти «играли въ консерватизмъ», что бы реформировать право, а Сенатъ,—что бы упорствовать въ своихъ построеніяхъ ²⁾.

¹⁾ R. Merkel, Die Kollision, 113. Pernice, Labeo, II, стр. 50—57 [„Haftung ohne Verschulden“] доказалъ, что во всѣхъ случаяхъ легальной ответственности (публикановъ, *damnum infectum* и пр.) римскіе юристы „das Institut ihrem Fachwerke einzuordnen suchen“, соответственно ихъ основному воззрѣнію „dass jeder Ersatzanspruch eine culpa des Verpflichteten verlange“. Внесеніе субъективнаго момента (вины) въ объективную ответственность было для нихъ лишь „Denkform“.

²⁾ Въ этомъ порядкѣ идеи намъ вспоминаются чудныя слова Thering. Geist des R. Rechts. I, стр. 334: „И Востокъ консервативенъ: онъ стоитъ съ своими воззрѣніями и учрежденіями въ сущности на той же ступени, какъ и на тысячю лѣтъ. По консерватизмъ Востока только обратная сторона отрицательнаго свойства—неспособности къ развитію; онъ не есть слѣдствіе силы, а простой косности. И на нашей отечественной почвѣ мы не рѣдко встрѣчаемъ такое настроеніе, которое любитъ выдавать себя за консервативное: то кон-

Во многихъ новѣйшихъ кассационныхъ рѣшеніяхъ мы находимъ опять тоже построение. «Вина» подставляется вза-мѣнъ «опасности промысла».

«Wo die Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein»!....

Отд. Рѣш. 12 нояб. 1907 г. [д. 5165 — 1907 г.]. Фактъ полученія пассажиромъ поврежденія въ здоровьѣ, вслѣдствіе того, что онъ желалъ вскочить въ движущійся поѣздъ, можетъ быть по-ставленъ въ вину и дорогѣ (смѣшанная вина), если на судѣ дока-зано, что на станціи гдѣ случилось несчастіе, *установленъ такой порядокъ*, при которомъ пострадавшій пассажиръ, своевременно при-бывшій на станцію и желавшій попасть на поѣздъ, останавливаю-щійся всего на одну минуту, долженъ былъ обойти другой заградив-шій всю станцію и движущійся поѣздъ и вслѣдствіе сего былъ вы-нужденъ вскочить въ поѣздъ на ходу.

К. Р. 18 сентября 1908 г. [д. 1997 - 1908 г.] „Очистка (фонаря въ паровозѣ), требующая *спѣшности, представляетъ со-бою особую опасность* и можетъ быть поставлена въ вину жел. дороги“.

Изъ прежней кассационной практики Сената приведемъ:

К. Р. 1885/93. Пом. машиниста потерять глазъ при раз-рывѣ водомѣрной трубки. Желѣзной дорогой установлено, что ею приняты были всѣ мѣры къ предотвращенію несчастія. Техническая конструкция паровозовъ подлежитъ утвержденію М. П. С. и безъ его разрѣшенія не можетъ быть измѣняема. *Сенатъ* нашелъ: „обязан-ность составленія чертежей подвижнаго состава и его принадлежно-стей лежитъ на самомъ обществѣ, которое, будучи непосредствен-нымъ распорядителемъ предпріятія, обязано заботиться о полной ис-правности всѣхъ частей его и не въ правѣ ссылаться на утверж-деніе чертежей подвижнаго состава М. П. С., какъ на причину осво-божденія общества отъ отвѣтственности, ибо какой бы ни былъ установленъ порядокъ утвержденія этихъ чертежей, онъ ни въ ка-комъ случаѣ не можетъ снимать съ общества обязанности слѣдить за всѣми новѣйшими усовершенствованіями жел.-дор. техники, на-правленными къ большей безопасности людъ, служащихъ при по-

серватизмъ эгоизма, лѣни, трусости, который не имѣетъ отваги взглянуть въ лицо новому времени и своею близорукостью наноситъ болѣе вреда своимъ собственнымъ стремленіямъ чѣмъ содѣйствуетъ имъ“.

движномъ составѣ. Въ виду сего, непринятіе, въ данномъ случаѣ, мѣръ предосторожности противъ разрыва водомѣрной трубки,—путемъ устройства предохранительнаго футляра, введеннаго на нѣкоторыхъ паровозахъ главнаго общества,—*могло быть отнесено Палатою къ винѣ общества*, обусловливающей имущественную отвѣтственность его передъ пострадавшимъ лицомъ“.

К Р. 1901/115. Несчастье съ петдомъ Малышко произошло отъ осколка зубила, отскочившаго во время рубки имъ головки анкернаго болта „Если опасность производившейся петдомъ работы должна была быть ему извѣстна, то она не могла быть неизвѣстной Управленію жел. дор., а посему нельзя утверждать, что случай этотъ не было возможности предусмотрѣть и, слѣдовательно, предотвратить надлежащими мѣрами предосторожности“.

Подъ этими рѣшеніями подписался бы и наиболѣе рьяный поклонникъ германской юриспруденціи. Въ самомъ дѣлѣ, на что опирается въ данномъ случаѣ «смѣшанная вина». въ ея части, падающей на желѣзную дорогу? На *вину* желѣзной дороги? Да, Сенатъ говоритъ о «винѣ желѣзной дороги», но подчеркиваетъ, что эта вина заключается въ «установившемся въ желѣзно-дорожной эксплуатаціи порядкѣ», въ «своейственной промыслу особой опасности» и т. д. Здѣсь взвѣшивается не *вина* потерпѣвшаго и *вина* желѣзной дороги, а *вина* потерпѣвшаго и *готовая причинность общей опасности желѣзно-дорожнаго промысла* ¹⁾).

Эти рѣшенія пробиваютъ брешь въ старую теорію Сената. Для понятія «смѣшанной вины» не надо *наличности* двухъ винъ: достаточно и одной вины,—лишь бы несчастье случилось, благодаря общей опасности промысла. Въдѣ несчастье «при эксплуатаціи» всегда будетъ имѣть *эксплуатацію* своей причиной! Односторонняя вина потерпѣвшаго, поэтому, должна быть принята въ уваженіе лишь, какъ *со-дѣйствующая*, а не какъ исключительная причина несчастья.

¹⁾ Ядовито замѣчаетъ *Müller-Frzbach* (о. с. 328) по поводу фикціи вины: „Das ist ein auf die Spitze getriebener und doch leicht befriedigter Fanatismus für das Verschuldungsprinzip, der sich, wenn es einmal nicht anders ist, auch mit Schall und Rauch zufrieden gibt“.

Вина желѣзно-дорожныхъ служащихъ должна быть принята во вниманіе, не какъ таковая, а въ качествѣ фактора, коимъ повышается опасность желѣзно-дорожнаго промысла [«und dadurch zu den unvermeidlichen Gefahren neue hinzutreten» (Eis. E. XXVI, 175)] ¹⁾. Точно также и вина пострадавшаго имѣетъ значеніе лишь постольку, поскольку она стоять въ причинной связи съ специальными опасностями эксплуатаціи ²⁾.

Отд. Рѣшеніе отъ 12 ноября 1907 г. невольно намъ напоминаетъ аналогичные случаи изъ германской практики. Согласно германской юриспруденціи, специфическая желѣзно-дорожная опасность заключается въ требуемой эксплуатаціей быстротѣ [«die bei dem Betriebe erforderliche Eile»] ³⁾. Рейхс-герихтъ идетъ еще дальше и подъ понятіе «опасности эксплуатаціи» подводитъ и тѣ случаи, когда потерпѣвшій по извинительному заблужденію считалъ спѣхъ вызваннымъ обстоятельствами дѣла [R. G. Eis. E. IV, 445; XVI, 308, XXIII, 393]. «Опасность эксплуатаціи» понимается имъ не въ смыслѣ самостоятельной физической причины поврежденія или смерти потерпѣвшаго [тяжесть паровоза, взрывъ котла

¹⁾ Ср. A. P. 1905/31. Въ несчастіи виновникъ желѣзно-дорожными персоналъ, допустившій рядъ упущеній, „которые въ ихъ совокупности, сами по себѣ, а тѣмъ болѣе при неосторожности Галля должны были повлечь за собою крушеніе поѣздовъ“.

²⁾ Отд. Рѣш. 5 апр. 1904 г. по д. Зиминск. „По смыслу ст. 683 т. X ч. I, подъ виною слѣдуетъ разумѣть дѣйствія, вслѣдствіе которыхъ потерпѣвшій поставилъ себя въ такое положеніе, которое обусловило несчастный случай, совершенно независимо отъ того, дѣйствовалъ ли онъ сознательно и обдуманно или нѣтъ“.

³⁾ R. G. 14 März 1907. Eis. E. XXIV (1908), стр. 51. „къ опаснымъ свойствамъ желѣзно-дорожнаго промысла принадлежитъ и вызываемая особенностями эксплуатаціи поспѣшность съ каковою пассажиры должны оставить поѣздъ на станціи“.—Если же общая опасность промысла обязанная спѣху („ein so kurzer Aufenthalt“), повышена особыми обстоятельствами дѣла („ein besonderer Betriebsgefahr“), то бѣльшая часть отвѣтственности падаетъ на желѣзную дорогу, хотя бы невиновную, а не на пострадавшаго, допустившаго легкую неосторожность [R. G. 1 Févr. 1909 Eis. E. XXVI (1910), стр. 144]

и пр.], а въ смыслѣ одного изъ условій, изъ сдѣленія которыхъ состоятъ причинность извѣстнаго событія.

Такъ далеко нашъ Правительствующій Сенатъ пока не идетъ. Но въ этомъ направленіи движется его практика послѣднихъ лѣтъ. Быть можетъ, Сенатъ сталъ на этотъ путь безсознательно? Тѣмъ лучше! Мы знаемъ по опыту, что тѣмъ рѣшеніямъ въ коихъ Сенатъ мудрствовалъ «отъ чистаго разума», не суждено было праздновать и годового своего юбилея! Безсознательность практики — лучший залогъ ея прочности, ибо источникъ этой практики — не разсудокъ, а «*opinio necessitatis*». Не знакомый съ западно-европейской юриспруденціей, Сенатъ инстинктивно воспринимаетъ ея идеи. Ему не хватаетъ лишь научной конструкціи, въ которую онъ могъ бы облечь свои рѣшенія.

«*Haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus*» [Paulus, I. 2 § 5 D. 39. 3]!... Уясненіе сущности «профессіональнаго риска», какъ базы гражданской отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ предпріятій, будетъ знаменовать поворотный пунктъ въ исторіи нашей желѣзно-дорожной судебной практики.

§ 3. Конструированіе отвѣтственности желѣзной дороги по ст. 683, какъ «*obligatio e lege*».

Эти идеи уже просачиваются въ нашу отечественную литературу по вопросу желѣзно-дорожнаго права. Съ понятіемъ «опасность промысла» [«*Betriebsgefahr*»], правда, русскіе юристы не оперируютъ, но едва ли не всѣ изслѣдователи ст. 683 т. X ч. I ¹⁾ держатся того воззрѣнія, что обязан-

¹⁾ Ф. Осенкій. Отвѣтственность желѣзной дороги за вредъ въ здоровьѣ. Ж. гр. и уг. пр. 1886 № 10, стр. 16, 40 [въ измѣненіе своего взгляда, высказаннаго въ цит. монографіи! изд. 1885 г.]; Воровиковскій, Къ вопросу объ отвѣтственности ж. дороги передъ частными лицами. Ж. гр. и уг. пр. 1872 г., авг.; Петровъ, Л. Къ вопросу объ отвѣтственности жед. дороги. Вѣстникъ права, 1900, № 10, стр. 103; Рабиновичъ, Теорія и практика жел.-дорожнаго права. 1898, стр. 139; А. Гордонъ. Принципы отвѣтственности желѣзной дороги. Ж. гр. и уг. пр. 1887, янв.—февр.; Змирловъ, Е. Условія и основанія отвѣтственно-

ность желѣзной дороги вознаградить за вредъ и убытки причиненные при эксплуатаціи есть *obligatio e lege*, возложенная закономъ на владѣльца предпріятія, какъ такового, независимо отъ всякой идеи вины съ его стороны или со стороны желѣзно-дорожныхъ агентовъ, или вообще со стороны желѣзно-дорожной администраціи — въ созданіи вредоноснаго событія.

Конструкція обязанности изъ ст. 683, какъ *obligatio e lege*, не чужда и нашей Сенатской практикѣ. Сенатъ съумѣлъ и сдѣлать въ представившихся случаяхъ соотвѣтствующіе исполнѣ правильные выводы изъ этой конструкціи.

Такъ, 7-го декабря 1894 г. Сенатъ имѣлъ сужденіе по такому дѣлу. Истецъ потерпѣлъ увѣчіе при эксплуатаціи Курско-Харьковско-Азовской желѣзной дороги. Затѣмъ дорога отъ Общества перешла въ казну въ силу специальныхъ законодательныхъ распоряженій. Искъ присужденъ съ Управленія казенныхъ желѣзныхъ дорогъ.

Въ *кассационной жалобѣ* повѣренный управленія казенныхъ желѣзныхъ дорогъ, ходатайствуя объ отміну означеннаго рѣшенія, объяснилъ слѣдующее: 1) изъ смысла 683 ст. X т. ч. I видно, что законъ этотъ отвѣтственность за личный вредъ при эксплуатаціи желѣзной дороги относитъ не къ самому предпріятію, а къ владѣльцу его и въ основаніе этой отвѣтственности положена вина агентовъ или администраціи предпріятія. Очевидно, что казна, не владѣя предпріятіемъ, не могла и не имѣла никакого права распоряжаться дѣйствіями его агентовъ, а потому и присужденіе ее къ отвѣтственности за эти дѣйствія, представляется несправедливымъ и юридически неправильнымъ.

Правительствующій Сенатъ находитъ: 1) что ссылка просителя на 683 ст. I ч. X т. не заслуживаетъ уваженія, ибо, по силѣ этой статьи, лицамъ, потерпѣвшимъ при эксплуатаціи желѣзной дороги, предоставлено право отыскивать вознагражденіе именно съ владѣльцевъ дороги, а не съ лицъ, виновныхъ въ причиненіи вреда, и, слѣдовательно, въ основаніи этой отвѣтственности лежитъ

сти жел.-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятія Ж. М. Ю. 1904, № 6, 1896 кн. I; 1899 кн. 6; *Змировъ, К.* Вознагражденіе за вредъ и убытки, вслѣдствіе смерти или поврежденія здоровья. Спб. 1908; *Ф. Зейлигеръ* Отвѣтственность желѣзной дороги за вредъ и убытки. Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889/4, стр. 23

не вина или упущение самого владельца, а самый фактъ принадлежности ему желѣзно-дорожнаго предпріятія... (К. Р. 1894 № 103).

Ту же идею *легалъной* отвѣтственности желѣзной дороги внѣ идеи личной виновности ¹⁾ мы находимъ и въ К. Р. 1896/112. Впрочемъ, Сенатъ здѣсь остался вѣрнымъ самому себѣ и далъ обоснованіе своему рѣшенію въ духѣ своей традиціонной *деликтной* теоріи. Но рѣшеніе само по себѣ въ высшей степени характерно.

Въ данномъ случаѣ истецъ потерпѣлъ отъ паровоза, принадлежащаго желѣзно-дорожной К^о, которая эксплуатировала желѣзно-дорожную линію вмѣстѣ съ другой К^о, которая и привлечена къ отвѣту по ст. 683.

К. Р. 1896/112... „Такое исключительное положеніе истца въ процессуальномъ отношеніи оправдывается свойствомъ означенныхъ выше предпріятій и характеромъ событій, служащихъ основаніемъ иска по дѣламъ сего рода, ибо для уясненія виновности отвѣтчика въ большинствѣ случаевъ требуются особыя техническія свѣдѣнія, знакомство съ дѣятельностью желѣзныхъ дорогъ, и изслѣдованія по документамъ отвѣтчика, недоступнымъ для частныхъ лицъ. Означенныя соображенія исполнѣ примѣнимы къ разрѣшенію вопроса о претязаніи иска въ тѣхъ случаяхъ, когда событіе, изъ котораго возникло право на требованіе вознагражденія за увѣще, послѣдовало при совмѣстной эксплуатаціи нѣсколькихъ желѣзно-дорожныхъ обществъ. При этомъ истецъ для опредѣленія, какая изъ дорогъ должна почитаться виновною въ постигшемъ его несчастіи, *встрѣтитсѣ съ тѣмъ же затрудненіемъ*, какъ и для уясненія событій, въ которыхъ участвуетъ одна лишь желѣзная дорога ²⁾.

¹⁾ Впрочемъ, юридическое оправданіе этой исключительной отвѣтственности можетъ быть найдено въ ст. 130 Общ. Уст. ж. д., устанавливающей солидарную отвѣтственность жел. дорогъ за исправную перевозку грузовъ.

²⁾ Contra: К. Р. 1901/16. Столкновеніе поѣздовъ, принадлежащихъ разнымъ обществамъ. Истецъ (потерпѣвшій отъ несчастія) предъявляетъ искъ къ одному Обществу, которое доказало, что столкновеніе обязано исключительно *вины* другого Общества и сняло съ себя цѣликомъ всю отвѣтственность. Впрочемъ, Сенатъ обсуждалъ здѣсь лишь побочный вопросъ о перерывѣ давностнаго срока: предметомъ его обсужденія не было разсмотрѣніе правильности сложена отвѣтственности Рыбинско-Бологовской ж. д., допущеннаго Спб. Суд. Палатой.

Изъ легальнаго характера ст. 683 т. X ч. I, какъ *jus cogens* вытекаетъ одно необычайно важное послѣдствіе. Потерпѣвшій при эксплуатаціи желѣзно-дорожнаго предпріятія или пароходнаго сообщенія не имѣетъ права базировать своего иска на ст. 684, т. е. на *actio e delicto*. Если бы даже онъ съ фактами въ рукахъ могъ доказать *виновность* желѣзно-дорожной администраціи, которая была причиной инкриминируемаго несчастія, онъ не могъ бы выводить изъ этой вины для себя бѣльшихъ правъ, чѣмъ тѣ, которыя даетъ ему ст. 683, ибо законъ строго приурочиваетъ его претензію къ законному составу ст. 683.¹⁾

На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и Сенатъ.

Такъ въ *Отд. Рѣш. II дек. 1904* [д. 6123—1904 г.] и *25 сент. 1908* г. [д. 2015—1908 г.] онъ высказалъ слѣдующее. Примѣненіе закона въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ основывается на точномъ его смыслѣ, а не на указаціяхъ сторонъ. Посему *683 ст. I ч. X т., предусматривающая причиненіе вреда только при эксплуатаціи желѣзно-дорожнаго или пароходнаго предпріятія* и устанавливающая извѣстныя льготы, какъ для потерпѣвшаго (относительно *onus probandi*), такъ и для предпріятія, причинившаго вредъ (сокращенный срокъ давности), ни по просьбѣ кого либо изъ тяжущихся, ни по усмотрѣнію суда *не можетъ быть замѣняема ст. 684 т. X, ч. I*, когда основаніемъ исковыхъ притязаній служитъ причиненіе разстройства здоровья при эксплуатаціи желѣзно-дорожнаго или пароходнаго предпріятія, такъ какъ ст. 684 содержитъ въ себѣ общее правило о вознагражденіи за вредъ и убытки, вытекающіе при томъ лишь изъ недозволенныхъ дѣйствій, тогда какъ ст. 683 составляетъ исключеніе изъ этого общаго правила,

¹⁾ То же—во французскомъ правѣ, касательно закона о профессиональномъ рискѣ 9 апрѣля 1908 г. *Planiol, Traité élémentaire*, t. II (2 éd.), № 1871. То же вѣрно безъ сомнѣнія и касательно русскаго закона 2 іюня 1903 г. (Собр. Узак. и Распор. 2 авг. 1903 г., № 81, стр. 912) „о вознагражденіи потерпѣвшихъ вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ рабочихъ и служащихъ“.

устанавливая ответственность за вредъ и убытки, причиненные эксплуатациею и вызванные также случаемъ, а не только виною или неосторожностью агентовъ дороги.

Поэтому, въ случаѣ пропуска годичнаго срока для начатія иска по ст. 683, потерпѣвшій не смѣетъ пользоваться общимъ 10-лѣтнимъ давностнымъ срокомъ, переходя по своему произволу на ст. 684 (К. Р. 1894/111, 1902/77). Недопустимъ переходъ по наслѣдству или переуступкѣ иска изъ ст. 683, если даже правопреемники хотѣли бы выводить свои права изъ ст. 684. (К. Р. 1900/89, 107; 1904/95). Недопустима ссылка ответчика на ст. 684 для отвода по неподсудности дѣла, предъявленнаго согласно ст. 127 Общ. Уст. жел. дор. (К. Р. 1896/125). Установленіе того (ст. 683) или другого (ст. 684) закона важно и для опредѣленія соответствующаго матеріальнаго права (общаго или мѣстнаго) (К. Р. 1904/3), и для сужденія о допустимости частныхъ соглашеній объ условіяхъ ответственности (К. Р. 1901/96, 1906/70).

Привлеченіе желѣзной дороги къ ответственности внѣ условія наличности *вины* жел.-дорожнаго служащаго, т. е. за проявленія *внутренняго случая*, мы находимъ и въ прежней Сенатской практикѣ.

К. Р. 1882/93. По дѣлу установлено, что докторъ Гетцъ получилъ поврежденіе при крушеніи поѣзда 29 ноября 1878 г. на Ростовско-Владикавказской желѣзной дорогѣ. Установлено судомъ, что вѣроятной причиной крушенія поѣзда на ст. Базайскъ былъ лопнувшій правый рельсъ № 14. Повѣренный жел. дороги доказалъ, что доброкачественность рельса, прежде чѣмъ оный будетъ уложенъ на полотно дороги, изслѣдуется правительственной комиссіей и только по признаніи комиссіей, что рельсъ удовлетворяетъ техническимъ требованіямъ, онъ допускается къ употребленію при эксплуатациіи дороги. „Поэтому, правленіе дороги не можетъ быть ответственнымъ въ непредвидимой порчѣ рельса, лопнувшаго по неизвѣстной причинѣ“.

О. Судъ, Суд. П. и Сенатъ присудили искъ потерпѣвшему.

К. Р. 1883/6. По обстоятельствамъ дѣла видно, что ж.-дор. агенты, привлеченные къ уголовному суду по обвиненію по дѣлу о столкновеніи поѣздовъ 29 дек. 1878 г., были судомъ присяжныхъ оправданы. Потерпѣвшій баронъ фонъ Таубе предъявилъ искъ къ Общ-ву Росс. ж. д.—Повѣренный ж. дороги защищался указаніемъ на оправдательный приговоръ уголовного суда. — *Судебная Палата*

нашла, что „оправдательный приговоръ уголовного суда... относился не къ управленію ж. дороги, а только съ двумъ ея агентамъ, которые притомъ оправданы только въ завѣдомо неправильныхъ дѣйствіяхъ по распоряженіямъ на желѣзной дорогѣ, а равно въ неосторожности и небреженіи, каковыя дѣйствія агентовъ не исключаютъ гражданской ответственности управленія за *недостаточность общаго на желѣзной дорогѣ устройства безопасно прослѣдованія поѣздовъ и за непринятіе своевременно мѣръ предупрежденія столкновенія, если только не доказано имѣть воздѣйствія непреодолимой силы*“. Кассационная жалоба повѣреннаго Общ-ва Росс. ж. д. оставлена безъ послѣдствій.

К. Р. 1883/7. Обстоятельства дѣла, средства защиты отвѣтчика и разсужденія суда тѣ же, что въ К. Р. 1883/6.

Отд. Рѣш. 21 янв. 1905 г. по д. Балаева. Ж. дорога обязана вознаградить всякаго потерпѣвшаго за личный вредъ, причиненный ему ж.-д. агентами [даже такими дѣйствіями, за которыхъ ж. д. не отвѣчаетъ, напр., преступленіемъ], *коль скоро само причиненіе вреда имѣло мѣсто при эксплуатацин.*

См. еще: К. Р. 1901/115.

Но какъ же согласовать эту безусловно правильную практику съ сенатской теоріей «смѣшанной вины»? Вѣдь, по ученію Сената передъ *невиннымъ* потерпѣвшимъ желѣзная дорога отвѣчаетъ изъ ст. 683, а передъ *виновнымъ*—она отвѣчаетъ лишь при томъ условіи, если она сама виновна, т. е. изъ ст. 684!

Иначе говоря, желѣзная дорога вообще отвѣчаетъ въ силу присущей желѣзно-дорожному промыслу профессиональной опасности. Но стоитъ только подвинуть потерпѣвшему и желѣзная дорога отвѣчаетъ уже не въ силу профессиональнаго риска, а на общегражданскихъ началахъ ответственности за вину ¹⁾.

Какъ объяснить эту метаморфозу? Никакому искусству интерпретаціи и никакимъ логическимъ натяжкамъ—думается намъ—не удастся, ни объяснить, ни оправдать этотъ пере-

¹⁾ Правильно замѣчаетъ *Krasnopolsky*, *Haftpflicht der Eisenbahnen im oesterr. St. I*, 361: „ein Prozess, in welchem das Verschulden der Bahn oder ihrer Organe bewiesen wird, kein Haftpflichtprozess ist“.

ходъ съ принципа профессиональнаго риска на принципъ вины! Вѣдь, что бы мы сказали про тотъ правовой порядокъ, при которомъ мыслимы такіа, напр., явленія: въ магазинѣ всѣмъ кліентамъ товаръ отмѣриваютъ аршиномъ въ 16 вершковъ, а подвыпившимъ покупателямъ — аршиномъ въ 12 вершковъ!

А, гдѣ, въ сущности говоря, это явленіе мы и наблюдаемъ въ нашей желѣзно-дорожной судебной практикѣ.

По ученію Сената выходитъ такъ, что желѣзно-дорожный «Betriebsgefahr» самодовлѣющаго авторитета не имѣетъ: онъ существуетъ не самъ по себѣ, а лишь для избранныхъ.

Вотъ вамъ и «строгое исполненіе воли законодателя»: «владѣльцы желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій обязаны вознаграждать *каждою* потерпѣвшаго вредъ или убытокъ, вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьѣ, *причиненныхъ при эксплуатаціи* желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ сообщений»!!

И намъ не трудно доказать, что Сенатъ, признавъ, что отвѣтственность изъ ст. 683 есть «obligatio e lege», не съумѣлъ сдѣлать отсюда надлежащихъ выводовъ. А между тѣмъ, эти выводы напрашиваются сами собою для юриста—теоретика!

Въ самомъ дѣлѣ, Сенатъ сознается, что желѣзная дорога отвѣчаетъ, въ силу ст. 683, за *случай*, т. е. отвѣчаетъ за тѣ событія, причина коихъ исходить не извнѣ, а коренится внутри самого предпріятія («внутренній случай»).

Возьмемъ примѣръ наиболее убѣдительный. Желѣзная дорога пользуется усовершенствованными тормазами, доброкачественнѣйшими рельсами, трезвыми и опытыми желѣзно-дорожными служащими. Эксплоатація отправляется безупречно. Но вотъ, по непонятной причинѣ, въ нужный моментъ отказываетъ въ своемъ дѣйствіи тормазъ, или лопаается стальной рельсъ (напр. отъ мороза) или одна шпала оказывается гнилой, не смотря на старательное наблюденіе за полотномъ.

Провсходитъ катастрофа. Спора нѣтъ — эта катастрофа **обязана** скрытымъ недостаткамъ вещественнаго состава желѣз-

ной дороги («внутреннія причины»). Также бесспорно, что желѣзно-дорожная администрація не виновна въ несчастіи, если подъ виной понимать то, что припято понимать въ общегражданскихъ отношеніяхъ ¹⁾. И все же желѣзная дорога отвѣтитъ за убытки! Это признаетъ самъ Сенатъ.

Но допустимъ, что въ той же самой катастрофѣ изъ сотни раненыхъ одинъ оказался изувѣченнымъ болѣе сильно, чѣмъ остальные, благодаря своей винѣ: онъ, напр., вопреки полицейскимъ желѣзно-дорожнымъ правиламъ, стоялъ на площадкѣ вагона, который былъ разбитъ при катастрофѣ вдребезги.

По какимъ законамъ логики мы должны отказать ему въ искѣ, предъявленному имъ по ст. 683 т. X ч. I? Развѣ онъ не пострадалъ отъ эксплуатации?

Несправедливость и несостоятельность ученія Сената обнаруживается еще яснѣе, если мы предположимъ—(это не трудно установить на судѣ!), что—не будь вины потерпѣвшаго, онъ все же получилъ бы (или могъ бы получить) увѣчіе хотя бы и въ менѣе тяжелой формѣ. Если бы напр. онъ не находился на площадкѣ вагона, онъ все же могъ пострадать, такъ какъ весь вагонъ разбитъ въ щепы. Да, кто знаетъ: быть можетъ если бы онъ сидѣлъ внутри вагона, онъ получилъ бы еще болѣе сильное увѣчіе! «Вина» его пошла ему на пользу, а мы за это его наказываемъ лишеніемъ иска!

Сюда присоединяется еще слѣдующее соображеніе. Намъ думается, что то что въ области деликтной (ст. 684) есть вина, то въ области профессиональнаго риска (ст. 683) есть *внутренній случай*. Какъ не логично отказывать въ искѣ виновному потерпѣвшему—истцу изъ ст. 684—и этого не дѣлаютъ ни русскіе ни западно-европейскіе суды!—такъ не логично и отказывать въ искѣ виновному потерпѣвшему—истцу изъ ст. 683.

¹⁾ Въ деликтной области невозможность предотвратить несчастіе исключаетъ вину. Желѣзная же дорога обязана принять всѣ мѣры, рекомендуемыя наукой, и даже установленная невозможность сдѣлать это не освобождаетъ ее отъ обязанности возмѣстить вредъ. Ср. Cour de Bordeaux 21 juin 1859 D. 59 2, 187; Cour de Toulouse, 6 mai, 1902, D. 1903. 2, 413.

Намъ могутъ возразить, что, вѣдь въ ст. 684 отвѣтчикъ—*виновенъ*, а въ ст. 683 отвѣтчикъ отвѣчаетъ *внѣ идеи вины*, а отсюда-де—и вся разница въ разрѣшеніи вопроса о «смѣшанной винѣ».

Мы отвѣтимъ на это такъ: разъ къ отвѣтчику (желѣзной дорогѣ) изъ ст. 683 законодатель отнесся болѣе строго, значитъ онъ того и заслуживаетъ. Эту строгость надо и доводить до конца. Потому то, именно, что у насъ *есть основаніе* быть къ этому отвѣтчику (ж. д.) строгими, [*«ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum»!*] его исключительная отвѣтственность не можетъ быть нами рассматриваема, какъ несправедливость, въ сравненіи съ отвѣтственностью нормальнаго отвѣтника по ст. 684. Статья 683 и ст. 684—въ современномъ гражданскомъ оборотѣ—два равноправныхъ основанія отвѣтственности. Посему и правила «смѣшанной вины» должны быть примѣняемы нами на равныхъ началахъ лишь съ тѣми модификаціями, которыя «*mutatis mutandis*» вызываются особенностями того и другого типа отвѣтственности.

Что бы лучше подчеркнуть *легалный* характеръ отвѣтственности желѣзной дороги, въ литературѣ, какъ западно-европейской (Endemann, Westerkamp, Exner, Hafner, Hölder), такъ и русской (А. Гордонъ, Горенбергъ, Осецкій) принято проводить аналогію между принципомъ отвѣтственности желѣзной дороги и началомъ *страхованія* (идея «*Zwangsversicherung*»): кто понесъ ущербъ при эксплуатаціи, можетъ обратиться за удовлетвореніемъ къ предпринимателю, какъ бы имъ было обѣщано вознагражденіе.

Мы думаемъ, что если бы эта аналогія и была приемлемою ¹⁾, она все же не оправдала бы освобожденіе же-

¹⁾ Мы полагаемъ, что *точка зрѣнія страхованія* („*Gesichtspunkt der Versicherung*“) вообще неприменима въ области отвѣтственности за *профессіональный рискъ*, такъ какъ съ этой идеей несвязано и развитіе этого института. Кроме того, изъ идеи страхованія наврядъ ли можно извлечь какіе либо

лѣзной дороги отъ ответственности, когда несчастіе произошло по неосторожности пострадавшаго. Вѣдь, по общему правилу, (ср. ст. 979 Проекта Гр. Улож.) страховщикъ не освобождается отъ обязанности вознаградить потерпѣвшаго, если не приходится *умысла* застрахованнаго! ¹⁾).

Какъ бы не конструировать легальную ответственность желѣзной дороги, предлагаемая нами конструкція «смѣшанной вины» нисколько не проигрываетъ въ своей обоснованности!

Сенатъ, какъ мы видѣли изъ К. Р. 1901/115, приравниваетъ вину «постороннихъ, не принадлежащихъ къ управленію дороги лицъ» и вину потерпѣвшаго въ дѣлѣ исключенія ответственности желѣзной дороги за причиненный вредъ.

Между тѣмъ, нѣтъ сомнѣнія, что, если вина третьихъ лицъ не является *единственной* причиной несчастія, то желѣзная дорога не освобождается отъ ответственности.

Въ самомъ дѣлѣ, что за дѣло потерпѣвшему, что несчастіе обязано *отчасти* дѣйствіямъ какихъ то тамъ третьихъ лицъ, разъ онъ все же пострадалъ при эксплуатаціи и отъ силъ эксплуатаціи?

А если это такъ, то, спрашивается, по какимъ законамъ логики мы должны давать другое значеніе дѣйствию самого пострадавшаго? Вѣдь, его дѣйствіе также какъ и дѣйствія третьихъ лицъ принимаются въ уваженіе лишь въ ихъ

выводы. Справедливо замѣчаетъ *Baron*, „Die Haftung bis zur höhern Gewalt“. Arch. f. die ziv. Prax. Bd. 78 (1892), стр. 292: „Weshalb bleibt denn die Versicherung gerade vor den Fällen der höhern Gewalt stehen, die doch heute fast durchweg den Inhalt besonderer Versicherungsverträge bilden“.

¹⁾ Ср. напр. § 5 Германскаго Закона о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ, 6 іюля 1884 г. „Потерпѣвшій личное поврежденіе и оставшіеся послѣ него члены семьи не имѣютъ права на какое либо требованіе, если несчастіе причинено имъ *намеренно*“. Германское Страховое Присутствіе [Das Reichs-Versicherungsamt] держится такой практики, что неосторожность потерпѣвшаго не лишаетъ его права на ренту. *Woodtke*, Unfallversicherungsgesetz, стр. 81.

свойствъ фактора, исключающаго участіе силъ эксплуатаціи въ созданіи несчастнаго случая!

Но критикуемая нами кон-струкція смѣшанной вины не только не логична, она и глубоко *несправедлива*, и—не справедлива съ точки зрѣнія самого же закона. Въ самомъ дѣлѣ, оправданіе «презумпціи вины» желѣзной дороги лежитъ, по единоголасному мнѣнію русскихъ юристовъ въ томъ соображеніи, что потерпѣвшему, въ особенности не служащему на желѣзной дорогѣ, трудно [и трудно до невозможности!] доказать вину желѣзной дороги. Заставлять его доказать *вину* желѣзной дороги означало бы изначала его лишать права на вознагражденіе ¹⁾.

Мы считаемъ умѣстнымъ поставить такой вопросъ: **неприѣмлемы ли тѣ же соображенія и въ тѣхъ случаяхъ, когда въ созданіи несчастія участвовала вина потерпѣвшаго? Развѣ виновному потерпѣвшему легче доказать причину несчастья, чѣмъ невинному? Почему невинному потерпѣвшему недоступно выяснить причину несчастья, которая «остается часто загадочной даже техникамъ и «спеціалистамъ», а виновному потерпѣвшему все это доступно?! ²⁾**

¹⁾ Вотъ какъ выражается *Объяснит. Записка* къ ст. 1087 Проекта Гр. Улож. (т. V, стр. 584). „Эти условія, сопряженныя съ упомянутыми предпріятіями, не только способствуютъ причиненію самого вреда, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ значительной степени затрудняютъ пострадавшимъ полученіе вознагражденія, такъ какъ они, вслѣдствіе сложности предпріятій и многочисленности *служащихъ и рабочихъ*, обыкновенно лишены возможности не только доказать *вину* предпринимателя или его служащихъ и рабочихъ, но даже указать какое *либо* лицо или событіе, бывшее причиною вреда. Такъ наз. несчастные случаи происходятъ большей частью безъ видимаго соучастія какого либо лица (напр. взрывъ котла, сходъ поѣзда съ рельсовъ), причина ихъ остается часто неизвѣстною и не можетъ быть объяснена даже техниками или спеціалистами. Возлагать въ подобныхъ случаяхъ на пострадавшаго обязанность доказывать *недостатокъ* орудій производства и вообще виновность предпринимателя, либо *его* служащихъ и рабочихъ, было бы очевидно несправедливо, тѣмъ болѣе, *что* *смѣтателями* подобныхъ событій являются обыкновенно служащіе и *рабочіе*, которые иногда сами виновны въ причиненіи вреда и потому заинтересованы въ скрытіи истинныхъ причинъ несчастья“...

²⁾ Мы лично оспариваемъ изложенную теорію. Идея профессиональнаго *лица* не обязана соображеніямъ доказательнаго права. Къ тому же, на са-

На эти вопросы мы нигдѣ не встрѣчаемъ отвѣта, ни въ Сенатской практикѣ, ни въ Объяснительной Запискѣ къ Проекту Гражд. Уложенія, ни въ литературѣ!!

Противъ нашей конструкции можетъ подняться такое возраженіе. Если несчастіе есть результатъ вины, хотя бы легкой, потерпѣвшаго, а жел.-дор. управление или его служащіе не допустили никакой неосторожности, потерпѣвшій одинъ долженъ остаться отвѣтственнымъ за послѣдствія несчастія. Иначе не было бы равенства сторонъ: тогда какъ жел. дорога отвѣчала бы во всѣхъ случаяхъ за свою вину, тяжелую или легкую, потерпѣвшій отвѣчалъ бы частично лишь за легкую вину и отвѣчалъ бы полностью за свою грубую вину лишь тогда, когда она не сопровождается никакой виной, даже легкой жел. дор. Управленія.

Таково разсужденіе, встрѣчаемое нами въ швейцарской литературѣ ¹⁾ по вопросу о толкованіи ст. 1 закона 25-го іюня 1881 г. «о гражданской отвѣтственности фабрикантовъ».

Но съ нимъ надо считаться и намъ, ибо оно можетъ быть примѣнено и къ жел.-дор. отвѣтственности за несчастія, случившіяся при жел.-дор. эксплуатаціи. Противъ приведен-

номъ дѣлѣ, потерпѣвшій вовсе уже не находится въ такомъ плачевномъ положеніи, касательно распознаванія причинъ несчастія, какъ это принято ба-нально утверждать въ литературѣ. Во многихъ случаяхъ дѣло обстоитъ какъ разъ наоборотъ: лишь самъ пострадавшій знаетъ, какъ и отчего разыгралось несчастіе и не преминетъ, если онъ—единственный свидѣтель несчастія—взвалить всю „вину“ на жел. дорогу.—Упускаютъ изъ виду наши уважаемые противники и еще одно важное обстоятельство. Печальное положеніе истца вовсе не устраняется черезъ переложеніе „onus probandi“. Онъ не можетъ съ достаточной дозой авторитетности оспаривать [можетъ быть ложные] до-воды и доказательства своего противника—отвѣтника! Это признаютъ *Motive zum Entw. I B. G. B. Bd. I, стр. 585.* См. еще: *G. Rümelin, Arch. f. civ. Prax. Bd. 88, стр. 300.* Авторъ даетъ такой примѣръ: при взрывѣ парового котла фабрикантъ доказываетъ принятіе обычныхъ мѣръ безопасности, но умалчиваетъ, что машинистъ его предупреждалъ объ опасности. *Meili. Die Telegraphie und Telephonie Wien, 1892, стр. 29* доказываетъ, что въ области техники, въ особенности въ современныхъ транспортных предпріятіяхъ *принципъ вины* несостоятеленъ.

¹⁾ *V. Forestier. La notion de la faute. Lausanne. 1897, стр. 122.*

наго разсужденія можно возразить многое. Во—1)-хъ, несправедливаго неравенства сторонъ здѣсь нѣтъ. Вѣдь, патронъ отнюдь не отвѣчаетъ за свою вину полностью, а отвѣчаетъ лишь частично, въ случаѣ вины потерпѣвшаго. Во—2)-хъ, законодатель, устанавливая строгую отвѣтственность патроновъ, вовсе и не преслѣдовалъ цѣли установить здѣсь «равенство сторонъ». Соціальное значеніе этого закона въ томъ и состоитъ, что неравныя въ экономическомъ отношеніи по силѣ стороны и третируются законодателемъ неравно! Въ—3)-хъ, все указанное разсужденіе ложно по той причинѣ, что потерпѣвшій не «отвѣчаетъ». Отвѣчаетъ лишь патронъ, на размѣръ отвѣтственности котораго оказываетъ вліяніе вина потерпѣвшаго. Здѣсь нѣтъ двухъ «отвѣтственностей», которыя должны быть базированы на равныхъ началахъ. Если законная отвѣтственность патрона основана на принципѣ *профессиональнаго риска*, то вина потерпѣвшаго можетъ и должна оказывать вліяніе на отвѣтственность патрона изъ профессиональнаго риска, а не изъ принципа вины!

§ 4. Предпріятіе (договоръ перевозки), какъ основа отвѣтственности владѣльца желѣзной дороги.

Согласно воззрѣнію нашей судебной практики, опирающейся на точномъ смыслѣ п. 3 ст. 1738 т. X ч. I, владѣлецъ желѣзной дороги не *нанимается* для перевозки пассажировъ или груза, а является *предпринимателемъ* перевозки [К. Р. 1870/921, 1871/279, 1874/547, 1883/43].

Иначе говоря, предметомъ подряда является не *трудъ*, какъ таковой, а работа въ смыслѣ *результата труда*.

Отсюда—и особенности отвѣтственности желѣзно-дорожнаго предпринимателя ¹⁾. Какъ онъ совершаетъ эту пере-

¹⁾ Нѣкоторые авторы конструируютъ договоръ, заключенный съ желѣзнодорожной, какъ договоръ *перевозки*, въ который входитъ обязательство *сохранить перевозимое*. Отсюда вытекаетъ—заключаютъ они,—что отвѣтственность

возку—это дѣло его усмотрѣнія. Пассажиры лишены возможности лично заботиться о своей безопасности: они предоставлены на произволъ и распоряженіе владѣльца предпріятія. Публика знаетъ его, а не его служащихъ, съ которыми ни въ какія договорныя отношенія она не входитъ: ¹⁾ «тѣ кои отправляются по желѣзной дорогѣ, ввѣряютъ свою жизнь и имущество не кондуктору, а управленію дороги». ²⁾

жел. дороги за вредъ и убытки есть obligatio e contractu. См. напр. *Деминский Ж. Гр. и Уг. Пр.* 1886/6, стр. 27. Этотъ выводъ невѣренъ. Если даже мы признаемъ наличность договорныхъ отношеній между ж. д. и пассажирами,—это не исключаетъ того, что ответственность изъ ст. 683 определена принудительной нормой (*jus cogens*), т. е. вытекаетъ *e lege*! Во 1-хъ, послѣдняя база шире первой, такъ какъ охватываетъ и случаи съ не пассажирами. Во 2-хъ, ответственность *e lege* все же не то что ответственность *e contractu*, хотя бы и по договору перевозки. Въ силу этого договора перевозчикъ отвѣчаетъ за „*diligentia exactissima*“ (ср. ст. 468 Проекта Гр. Ул.); а это не то же, что отвѣчать за *внутренний случай*, для каковой ответственности требуется особая законодательная норма (ср. ст. 474 Проекта Гр. Ул.)—Другіе юристы [*Ф. Зейлигеръ*, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1889/4, стр. 23; *К. Анненковъ*, Система, т. IV, 620] отрицаютъ договорный характеръ (договоръ перевозки) въ ст. 683, потому что статья эта отличается императивнымъ характеромъ: всѣ положенія ея вытекаютъ изъ закона. Это—противоположная крайность! Вѣдь, законы о профессиональномъ рискѣ въ области фабрично-заводской промышленности (напр. русскій законъ 3 іюня 1903 г.) также устанавливаютъ ответственность *e lege* и также суть *jus cogens*, а между тѣмъ, развѣ можно отрицать договорныя отношенія между сторонами? Именно, существовавшимъ договорнымъ отношеніемъ между владѣльцемъ предпріятія и потерпѣвшимъ и опредѣляется кругъ лицъ, къ которымъ примѣняется послѣдній законъ! *Ф. Осенкій*, ук. соч. 35—46 также отрицаетъ договорныя отношенія между жел. дорогой и пассажирами: жел.-дорож. предприниматель не нанимается для перевозки, а является *предпринимателемъ* перевозки. Авторъ, думается намъ, путаетъ два понятія: договоръ перевозки, какъ сущность юридическихъ отношеній между сторонами (стр. 34, 44) съ тѣмъ же договоромъ, какъ основаніемъ ответственности жел. дороги за вредъ (стр. 35, 45). Отрицаніе послѣдняго не связано необходимо съ отрицаніемъ перваго! Не можемъ мы понять и того,—какъ можно противопоставлять ж. д., какъ сторону въ договорѣ перевозки и ж. дорогу, какъ предпринимателя перевозки? Вѣдь и отправленіе „предпріятія“ имѣетъ предметомъ договоръ подряда и поставки (ст. 1738 т. X ч. I)!!

¹⁾ *Sourdat*, Traité général, I, № 977; *Eger*, Das deutsche Frachtrecht, I (изд. 1888), стр. 13; *Windscheid*, Pandecten, II, § 401, стр. 543.

²⁾ Соображенія Госуд. Совѣта къ изд. ст. 683 т. X ч. I (изд. 1857 г.). П. С. З. 1852 г. мая 12 (26265).

Такова точка зрѣнія. вполне раздѣляемая и Сенатомъ (К. Р. 1894/7, 103, 112).

К. Р. 1885/38. „Перевозчикъ долженъ при этомъ отвѣчать не только за себя лично, но и за дѣйствія своихъ агентовъ и вообще всѣхъ тѣхъ людей, при посредствѣ коихъ доставка производится. Положеніе это вытекаетъ изъ существа договора о перевозкѣ, по которому хозяинъ, ввѣряя свои вещи перевозчику, *состоитъ въ договорныхъ отношеніяхъ только къ сему послѣднему* и не имѣетъ ни права, ни обязанности заботиться о томъ, *какимъ именно* способомъ вещи будутъ доставлены по назначенію...“.

Если эти положенія вѣрны, то мы позволяемъ себѣ поставить вопросъ: какъ согласовать эти положенія съ конструкціей Сената «смѣшанной вины»?

Согласно этой конструкціи, *вину* потерпѣвшаго противопоставляется *вина* желѣзно-дорожного служащаго. И по мысли сенатской практики, эта *вина* желѣзно-дорожного служащаго принимается во вниманіе, какъ таковая, т. е. какъ вина точно опредѣленнаго индивидуума (вѣдь, *вина*, какъ погрѣшность воли, есть въ своей сущности понятіе, связанное съ идеей личности!) ¹⁾.

Въ самомъ дѣлѣ, при распредѣленіи убытковъ по принципу «смѣшанной вины», Сенатъ считается съ интенсивностью вины потерпѣвшаго, съ одной стороны, и съ интенсивностью вины жел. дор. агента, съ другой стороны. Иначе говоря, въ его конструкціи другъ противъ друга стоятъ два лица, другъ друга не знающія, взаимно въ дѣловыхъ отношеніяхъ не стоящіе, другъ передъ другомъ не виновные!!

¹⁾ Укажемъ и на то, что владельцемъ большинства желѣзно-дорожныхъ предприятий являются *юридическія лица*. Если искъ опирается на деликтъ, то въ общемъ правовомъ основаніи искъ не можетъ быть обоснованъ на общегосударственной нормѣ, устанавливающей ответственность изъ *вины*, ибо предположеніе, какъ юридическое лицо, неделиктоспособно. Если, поэтому, пострадавшій ищетъ изъ *вины*, то искъ долженъ бы быть направленъ противъ тѣхъ *физическихъ лицъ*, которые дѣйствительно совершили деликтъ. Но это противорѣчитъ идее ст. 683, которая привлекаетъ къ отвѣту, именно, владельцевъ жел.-дор. предприятий

Той же самой неправильной конструкціи единодушно держатся всѣ авторы, высказавшіеся по этому вопросу. Такъ, напр. *Ф. Осецкій* ¹⁾ предлагаетъ при совокупной винѣ потерпѣвшаго и агентовъ желѣзной дороги взвѣшивать степени вины той и другой стороны и въ случаѣ сомнѣнія поступать «рго гео». *А. Гордонъ* ²⁾ не останавливается такъ подробно на этомъ вопросѣ и замѣчаетъ лишь, что «когда несчастье, причинившее вредъ, произошло по обоюдной винѣ потерпѣвшаго и желѣзной дороги, она можетъ считаться обязанной отвѣчать за убытки лишь тогда, когда ея вина или неосторожность были преобладающими».

В. П. Литвиновъ-Фалинскій [ук. с. стр. 185] разрѣшаетъ весь вопросъ на узкихъ началахъ «совокупной вины»: «при такихъ обстоятельствахъ необходимо выяснитъ, какого рода была вина потерпѣвшаго и вина предпріятія и въ какой степени несчастье могло быть предотвращено потерпѣвшимъ и предпріятіемъ. Въ зависимости отъ степени и размѣра вины той и другой стороны и рѣшается вопросъ о вознагражденіи».

Такъ выражается «доктрина», такъ выражается и Сенатъ. Но мы позволимъ себѣ поставить такой вопросъ: не

¹⁾ *Ф. Осецкій*, Смерть и увѣче при эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ. Изд. 2, стр. 217—218, даетъ такія положенія: 1) „если со стороны потерпѣвшаго видѣнъ злой умыселъ, со стороны же предпринимателя лишь упущеніе, то вина предпринимателя поглощается болѣею виною потерпѣвшаго; 2) если со стороны потерпѣвшаго допущена *болѣе важная* вина, со стороны же предпринимателя *менѣе важная*, то онъ равнымъ образомъ освобождается отъ отвѣтственности; 3) если, напротивъ, со стороны потерпѣвшаго допущена *меньшая* вина, со стороны же предпринимателя *болѣе важная*, то предприниматель, не освобождаясь отъ полной отвѣтственности, присуждается къ вознагражденію въ уменьшенномъ размѣрѣ. Размѣръ вознагражденія въ данномъ случаѣ вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія суда, рѣшающаго дѣло по существу, и не можетъ быть, напримѣръ, предметомъ кассационной жалобы; 4) если вина обѣихъ сторонъ равна, то надлежитъ изслѣдовать, которая изъ двухъ была *непосредственной и главной причиной* происшедшаго несчастья. Наконецъ, 5) если не можетъ быть разяснено, которая собственно вина была дѣйствительной причиной происшедшаго вреда, то это сомнѣніе разрѣшается въ пользу потерпѣвшаго“.

²⁾ *А. Гордонъ*, ук. соч. Ж. Гр. и Ул. Пр. 1887, № 2, стр. 12, ~~и др.~~

пригодны ли эти тезисы и для общегражданских отношений (ст. 684), где вина одного противопоставляется *винѣ* другого? ¹⁾ Мы, по крайней мѣрѣ, узнаемъ въ этихъ тезисахъ знакомыя намъ положенія, выработанныя юриспруденціей всѣхъ странъ для разложенія убытка, искомаго виновнымъ истцомъ съ виновнаго отвѣтчика. Модификаціи здѣсь прямо ничтожны: вопросъ, именно, о преимущественной причинѣ долженъ быть разрѣшаемъ въ случаѣ сомнѣній въ пользу потерпѣвшаго.

Но мы позволимъ себѣ поставить и другой вопросъ. Неужели между принципомъ профессиональнаго риска (ст. 683) и принципомъ обще-гражданской отвѣтственности (ст. 684) нѣтъ той разницы, которая требовала бы и *различной* трактовки отношенія взаимной вины въ той и другой области?

«Cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles?»...

Намъ думается, что разъ пассажиръ «ввѣрилъ свою жизнь и имущество не кондуктору, а *управленію дороги*», и разъ желѣзно-дорожный предприниматель представляет собою весь составъ желѣзно-дорожнаго предпріятія, личный и вещественный, то вина отдѣльнаго жел.-дор. агента должна получить значеніе, не какъ таковая, а какъ *причина* несчастія, въ связи со всей обстановкой, среди которой она имѣла мѣсто ²⁾.

¹⁾ Анненковъ, ук соч. т. IV, стр. 625, изложивъ объясненія Осепкаго, продолжаетъ: „Заключеніе это и на самомъ дѣлѣ можетъ быть принято къ руководству въ видахъ восполненія разсматриваемаго недостатка правила этой статьи, вслѣдствіе того, что оно наиболее соответствуетъ тѣмъ положеніямъ, которыя могутъ быть выводимы изъ тѣхъ постановленій нашего закона, которыми опредѣляется совмѣстная отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ, *виновныхъ* въ воспослѣдованіи дѣянія, причинившаго убытки“ (sic!).

²⁾ Въ пользу этого тезиса говорить и то соображеніе, что въ сущности говоря, виновный жел.-дорожный агентъ причиняетъ ущербъ не лицу, потерпѣвшему его непосредственно отъ жел.-дор. эксплуатаціи, а самому предпринимателю. Поэтому, если гдѣ уместно привлекать *вину* жел.-дор. агента въ „смѣшанной винѣ“, то лишь въ томъ случаѣ, когда виновный предприниматель ищетъ по *праву регресса* убытка, заплаченные имъ потерпѣвшему, съ виновнаго агента.

Железно-дорожный агентъ—это винтикъ въ сложномъ механизмѣ, именуемомъ железно-дорожнымъ предпріятіемъ, и за безупречное дѣйствіе этого винтика отвѣчаетъ безусловно (помимо условія вины) железно-дорожный предприниматель, ибо онъ отвѣчаетъ за свое предпріятіе ¹⁾. Вина железно-дорожного агента, поэтому, можетъ интересовать насъ, не какъ вина даннаго лица, а какъ *причина*, повышающая въ той или другой мѣрѣ опасность предпріятія.

Отсюда—два вывода: 1) если и нѣтъ вины железно-дорожного агента, а есть все же опасность промысла, то вполне допустимо въѣздиваніе степени вины потерпѣвшаго, съ одной стороны, со степенью опасности промысла, съ другой стороны. 2) Если есть вина железно-дорожного агента, она должна быть привлечена, какъ одно изъ соображеній, при распредѣленіи убытковъ между сторонами; но на нее надо смотрѣть сквозь призму «Betriebsgefahr'a», т. е. съ ней надо считаться въ той мѣрѣ, въ какой она повышаетъ опасность промысла выше средняго уровня.

И этотъ пріемъ долженъ дать вполне справедливые выводы. Вѣдь, въ самомъ дѣлѣ, мыслимы несчастія, когда вина железно-дорожного агента, сама по себѣ, представляется, какъ очень тяжкая вина (*culpa latissima*), но она, благодаря особенностямъ случая, рѣшительно не оказала никакого вліянія на повышение «опасности промысла».

¹⁾ Ср. *И. Деларовъ*, ук. соч., стр. 104. «Причиненіе вреда эксплуатаціею не есть единичное явленіе, вырванное изъ общей связи моментовъ предпріятія и произведенное *исключительно* злымъ умысломъ или неосторожностью непосредственно-виновнаго агента. Напротивъ—оно есть *результатъ цѣлаго ряда условий, лежащихъ въ самомъ предпріятіи*, ихъ необходимое послѣдствіе, а вина агента лишь *одинъ изъ многихъ* факторовъ, по времени, послѣдній, вызвавшихъ его существованіе. Ущербъ причиненъ эксплуатаціею, предпріятіемъ, въ буквальномъ смыслѣ этого слова, а не агентомъ». Впрочемъ, это само по себѣ правильное замѣчаніе вытекаетъ у автора изъ ложной конструкции основанія отвѣтственности жел.-дор. предпріятія (солидарность предпріятія съ агентомъ). Поэтому то авторъ и не дѣлаетъ тѣхъ выводовъ, которые мы дѣлаемъ въ текстъ.

И, обратно, мыслимы случаи, когда легчайшая вина железнодорожного агента сыграла роковую роль въ созданіи катастрофы. И это не удивительно! Вѣдь, мы находимся въ сферѣ пара и скользкихъ рельсъ, по коимъ движутся предметы громадной тяжести,—здѣсь легчайшая неосмотрительность грозитъ катастрофой.

И, съ другой стороны: вина потерпѣвшаго, какъ бы тяжела она ни была (развѣ только онъ положить голову на рельсы, или самъ вызвать причину катастрофы, напр., снять рельсы), никогда не способна сравняться по своей каузальности съ виной железнодорожного служащаго. Если зазѣвается машинистъ, его «легчайшая вина» (хотя бы оправдываемая тысячами соображеній) способна породить громадные убытки (жел.-дор. катастрофа). Такого эффекта имѣть не можетъ вина потерпѣвшаго, въ какой бы степени интенсивности она ни выражалась!

Справедливо ли при этихъ условіяхъ обсуждать «смѣшанную» вину въ области железнодорожного права на базѣ общегражданскихъ принциповъ?

Мы думаемъ, что на этотъ вопросъ надо безъ колебаній отвѣтить отрицательно. Въ специальной сферѣ железнодорожной отвѣтственности вина железнодорожного служащаго не можетъ быть противопоставлена винѣ потерпѣвшаго, какъ это имѣетъ мѣсто въ общегражданскихъ отношеніяхъ, а должна быть принимаема въ соображеніе лишь какъ факторъ, повышающій готовую каузальность опасности железнодорожного промысла, каковая и является основой отвѣтственности железнодорожной дороги изъ ст. 683 т. X ч. I!

Этотъ выводъ, казалось бы напрашивается самъ собой, разъ мы уяснили себѣ юридическую природу отношенія железнодорожного предпріятія къ пассажиру. Сенатъ, какъ мы видѣли выше, обсуждаетъ железнодорожное предпріятіе, какъ «анонимнѣе» передъ пассажиромъ, но онъ не сдѣлалъ, какъ мы

доказали, изъ этой предпосылкѣ всѣхъ логическихъ выводовъ въ вопросѣ о «смѣшанной винѣ».

§ 5. Каузальный моментъ въ собственной винѣ потерпѣвшаго.

Намъ осталось высказать еще одно соображеніе, что бы окончательно опровергнуть теорію «смѣшанной вины», усвоенную нашей русской юриспруденціей. Мы защищали до сихъ поръ такое положеніе: вина потерпѣвшаго должна оказывать на размѣръ возмѣщаемыхъ ему по ст. 683 убытковъ другое вліяніе, чѣмъ въ искахъ, основанныхъ на ст. 684, т. е. въ области обще-гражданскихъ (договорныхъ или внѣдоговорныхъ) правонарушеній.

Въ области желѣзно-дорожной отвѣтственности вина желѣзно-дорожнаго служащаго или вина потерпѣвшаго принимаются въ соображеніе не какъ *упречное состояніе воли делинквента*, а какъ состояніе, ставящее лицо въ неправомерное отношеніе къ *технической эксплуатаціи* желѣзной дороги.

Отд. Рѣш. 5 апрѣля 1904 г. [по д. Зиминныхъ]. Безсознательно пьяное состояніе потерпѣвшаго не можетъ служить поводомъ къ отрицанію вины послѣдняго, ибо, по смыслу ст. 683 г. X ч I, подъ виной слѣдуетъ разумѣть дѣйствія, вслѣдствіе которыхъ *потерпѣвшій поставилъ себя въ такое положеніе, которое обусловило несчастный случай*, совершенно независимо отъ того, дѣйствовалъ ли онъ сознательно и обдуманно или нѣтъ.

Вотъ почему, желѣзно-дорожный агентъ или потерпѣвшій могутъ совершить *вину* въ обще-гражданскомъ смыслѣ этого слова, но съ ней судья не въ правѣ считаться, разъ эта вина, рассматриваемая черезъ призму эксплуатаціи, не способна повліять на *«опасность промысла»*.

Напр. кондукторъ принимаетъ безбилетнаго пассажира («зайца») или пассажиръ самовольно садится въ вагонъ безъ билета. Вѣдь, оба они—контрагенты: первый по договору

найма съ желѣзно-дорожнымъ Управленіемъ; второй—по договору перевозки. Оба они нарушаютъ свои обязанности, т. е. они *виновны*. Но представимъ себѣ, что случается катастрофа, и безбилетный пассажиръ получаетъ увѣчье.

Онъ—*виновенъ*, но понизитъ ли его вина размѣръ исковыхъ имъ убытковъ?

Сенатъ отвѣчаетъ отрицательно.

Отд. Рѣш. 25 сентября 1903 г. [д. 1379—1903 г.] Принятіе кондукторомъ на товарный поѣздъ истца, хотя и является незаконнымъ дѣйствіемъ со стороны *агента дороги*, но *это дѣйствіе не стоитъ въ причинной связи съ прыжкомъ истца съ движущагося товарнаго поѣзда, совершеннымъ добровольно*, посему Суд. П. нарушила ст. 683 т. X ч. I, признавъ дорогу отвѣтственною за случившееся съ истцомъ несчастіе.

Отд. Рѣш. 7 января 1904 г. [д. 6219—1903 г.] Жел. дорога обязана вознаградить и такого пострадавшаго, который, будучи принявъ кондукторомъ безбилетнымъ пассажиромъ, былъ столкнутъ за симъ этимъ кондукторомъ съ поѣзда, вслѣдствіе чего и получилъ поврежденіе въ здоровьѣ.

Изслѣдованію тѣхъ формъ самовиновности, каузальный элементъ въ коихъ *prima facie* не направленъ на созданіе вредоноснаго результата,—упречный же элементъ въ коихъ ограниченъ тѣмъ, что потерпѣвшій поставилъ себя въ неправомерное отношеніе къ оскорбленной имъ сферѣ отвѣтчика,—мы посвятили достаточно мѣста въ томѣ I настоящей монографіи: [стр. 194—200, 409—411].

Къ этой работѣ мы и отсылаемъ читателя.

Спеціально къ занимающему насъ здѣсь вопросу о безбилетныхъ пассажирахъ мы должны здѣсь высказать слѣдующія соображенія.

Французскіе ¹⁾, швейцарскіе ²⁾, за нѣкоторыми исклю-

¹⁾ Cass. 20 déc. 1839, S. 40, 2, 471; Cass. 17 janv. 1844, S. 44, 2, 401; Cass. 5 déc. 1893, D. 94, 2, 412; 13 mars 1895, D. 95, 1, 19; *Demolombe*, VIII стр. 435—442. *Muteau*. De la responsabilité, стр. 427.

²⁾ *V. Forestier*. La notion de la faute. Lausanne. 1897, стр. 48, 129. Но, съ другой стороны, авторъ думаетъ прійти къ этому выводу не на почвѣ,

ченіями ¹⁾ германскіе юристы ²⁾ и русскіе юристы ³⁾ единодушно согласны въ томъ, что собственная вина потерпѣвшаго должна быть *причиной* несчастья, что бы освободить желѣзную дорогу отъ отвѣтственности. Иначе говоря, эти юристы считаютъ недостаточнымъ, что бы потерпѣвшій при желѣзнодорожномъ несчастіи провинился въ какомъ либо нарушеніи желѣзно-дорожныхъ правилъ. «Versari in re illicita» не есть та форма виновности, которая требуется для пониженія отвѣтственности отвѣтчика. Вина должна быть такого рода, что черезъ нее поврежденіе (Verletzung) могло считаться *причиненнымъ* потерпѣвшимъ.

Не уплата за билетъ остается безъ вліянія на отвѣтственность, ибо запрещеніе ѣхать зайцемъ не есть полицейская норма безопасности, (Sicherheitsverbot), а касается лишь гражданскихъ отношеній ⁴⁾. Посему, если пассажиръ ѣдетъ «зайцемъ» и при катастрофѣ получить увѣчье, онъ сохранить

толкованія положительнаго закона: „мы не думаемъ, что эта ст. 4 („acte déloyale“) могла бы быть примѣнена въ случаѣ несчастія съ безбилетнымъ пассажиромъ. Здѣсь нѣтъ нарушенія запрещеній *politici* въ собственномъ смыслѣ этого слова“. Это толкованіе ст. 4, конечно, невѣрно!

¹⁾ *Franz*, Die Haftpflicht der Eisenbahn und Unternehmer (Beuthen. 1872), стр. 5: „Пассажиръ, который безъ позволенія садится въ поѣздъ безъ билета, теряетъ изначала свое притязаніе на вознагражденіе. Ибо онъ не находится „при эксплуатаціи жел. дороги“, онъ правово не существуетъ для жел.-дорожнаго промысла, а слѣдовательно, и для хозяина предпріятія“.

²⁾ *Eger*, Das R. H. G. (1906), стр. 161; *Croissant*. Eigenes Verschulden. Strassburg, 1893, стр. 8; *Kah*, Kommentar (1874), 33; *Genzmer*, Das R. H. G. (1882), 59; R. G. 17 März 1904. Jur. Wochensch. 1904/33. стр. 233; R. G. 29 Oct. 1899, Gruch. B. 1909, 426.

³⁾ *Ф. Осенкій*, ук. соч., 199. *Н. Земцовъ*. Vis major. Ж. Гр. и Уг. Пр. 1891 г. кн. 3, стр. 15, наоборотъ, не хочетъ давать зайцу иска къ ж. дорогѣ [безъ мотивировки!].

⁴⁾ Германскіе юристы указываютъ на то, что слово „*ein Mensch*“ [„Wenn beim Betriebe einer Eisenbahn *ein Mensch*... verletzt wird... so haftet der Betriebsunternehmer] показываетъ, что договорное отношеніе здѣсь не имѣетъ никакого значенія. Точно также и мы можемъ указать на редакцію ст. 683: „Владельцы жел. дор. и пароходныхъ предпріятій... обязаны вознаграждать *каждаго* потерпѣвшаго“...

свой искъ къ желѣзной дорогѣ, такъ какъ никакой *причинной связи* между его правонарушеніемъ и несчастіемъ установлено быть не можетъ ¹⁾).

Такой же отвѣтъ мы дадимъ и въ томъ случаѣ, когда пассажиръ ѣдетъ съ билетомъ, но несчастіе произошло въ тотъ моментъ, когда онъ произвольно сидѣлъ въ неуказанномъ вагонѣ, напр. въ 1-омъ классѣ съ билетомъ 3-го класса: и это даже въ томъ случаѣ, когда пассажиръ не былъ бы раненъ, если бы онъ сидѣлъ 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 лишаться иска, если онъ 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?

Наконецъ, вовсе не важно, что потерпѣвшій вошелъ или нѣтъ въ *договорныя отношенія* съ ж.-д. предпріятіемъ (подлежащей оплатой билета); вѣдь, отвѣтственность ж.-д. предпріятія распространяется даже на ~~всѣхъ~~ третьихъ лицъ, не состоящихъ ни въ какихъ отношеніяхъ съ ж. дорогой!

Всѣ эти теоретическія соображенія приводятъ насъ къ тому заключенію, что и безбилетный пассажиръ не лишается права на вознагражденіе. Это право у него можетъ отнять ~~лишь~~ **положительный законъ**, преслѣдующій опредѣленные ~~или~~ **правовой политики** ²⁾. А если это такъ, то мы позволяемъ себѣ

¹⁾ *Forestier*, о. с. 128: „Запрещеніе брать мѣсто въ вагонъ, не оплатив билета, не можетъ быть ассимилировано, съ той точки зрѣнія, которая насъ интересуетъ, запрещенію напр. взлѣзать на локомотивъ или въ поѣздъ на ходу“.

²⁾ Такъ поступаетъ швейцарскій жел.-дор. законъ отъ 28 марта 1905 г. „~~Въ случаѣ возмѣщенія убытковъ исключается, если потерпѣвшій пришелъ въ неправомерное отношеніе съ жел. дорогой преступнымъ или нечестнымъ образомъ~~“ „~~und durch eine verbrecherische oder unredliche Handlung mit der Eisenbahn Verbindung gebracht hat~~“]. Сюда относятся, напр. проникновеніе въ вагонъ ~~или~~ **для** проѣзда зайцемъ. Это постановленіе можемъ рекомендовать и ~~русскому~~ **русскому** законодателью въ его борьбѣ съ „жел.-дор. зайцами“.

еще разъ задать вопросъ: если вина въ обще-гражданскихъ отношеніяхъ и вина въ сферѣ желѣзно-дорожнаго права не совпадаютъ, то можемъ ли мы конструировать «смѣшанную вину» въ той и другой области на равныхъ началахъ?!

См., напротивъ *Объясн. Зап. къ ст. 1087 Проекта Гр. Ул.* [т. V, стр. 593]. „жел дорога не освобождается отъ обязанности вознаградить пострадавшаго при столкновеніи поѣздовъ пассажира, ѣхавшаго безъ билета, такъ какъ не-взятіе билета не находится въ причинной связи съ понесеннымъ имъ тѣлес-нымъ поврежденіемъ; другое дѣло, если кто либо потерпитъ вредъ вслѣдствіе нарушенія какого либо запрещенія, изданнаго въ огражденіе безопасности“.

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Экзегеза ст. 683 т. X. ч. 1.

Ст. 683 т. X ч. 1 гласитъ:

„Потерѣвшіе вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьи получаютъ вознагражденіе отъ владѣльцевъ желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій на основаніи слѣдующихъ правилъ: 1) Владѣльцы желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій (казна, общества и частныя лица) обязаны вознаграждать каждаго потерѣвшаго вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьи, причиненныхъ при эксплуатациіи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній. Вознагражденіе назначается на основаніи статей 657.—662 и 675, съ соблюденіемъ правилъ, въ слѣдующихъ пунктахъ изложенныхъ. 2) Означенные въ п. 1 владѣльцы предпріятій освобождаются отъ обязанности вознаграждать потерѣвшихъ за причиненные имъ вредъ или убытки въ тѣхъ только случаяхъ, когда докажутъ, что несчастье произошло: а) не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ, или же б) вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы... 4) Размѣръ вознагражденія долженъ зависѣть исключительно отъ понесеннаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ущерба... 7) ...Срокъ для начатія искова исчисляется: а) если несчастье произошло на желѣзной дорогѣ, то со дня военослѣдованія событія, служащаго поводомъ въ иску,... и б) если несчастье произошло на внутреннихъ водныхъ путяхъ сообщенія.. то со дня послѣдовавшей смерти или поврежденія въ здоровьи.. 8) Владѣльцы желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій имѣютъ право на возмѣщеніе присужденнаго съ нихъ вознагражденія со стороны агентовъ, по винѣ которыхъ произошло несчастье“.

Ст. 675. „Во всѣхъ означенныхъ въ статьяхъ 644—674, случаяхъ судъ, по изслѣдованіи происшествія и обстоятельствъ дѣла, опредѣляетъ количество вознагражденія“ ..

§ 1. Событія. освобождающія желѣзную дорогу отъ отвѣтственности.

Буквальный смыслъ этой статьи говоритъ намъ, что желѣзная дорога обязана возмѣстить вредъ, причиненный *при эксплуатаціи*. Пострадавшее лицо обязано доказать, что оно получило поврежденіе «при эксплуатаціи», т. е. доказать, что фактическая причина происшедшаго несчастья заключалась или а) во внутреннихъ недостаткахъ предпріятія, или в) въ особыхъ свойствахъ желѣзно-дорожныхъ предпріятій, которыя и оправдываютъ возложеніе на нихъ профессиональнаго риска ¹⁾).

¹⁾ Мы не можемъ согласиться съ *Dr. I. Wachtel*, о. с. 10—73, доказывающимъ, что „Ereignung“ въ смыслѣ жел.-дор. закона есть „eines vom gewöhnlichen Betriebe abweichende Geschehniss“. Того же воззрѣнія *L. Becker*. *Anleitung zur Bestimmung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit nach Verletzungen*. Berlin, 1890, стр. 4 и *E. v. Woedtke*. *Unfallversicherungsgesetz vom 6 Juli 1884*. Berlin, 1888, стр. 10; они опредѣляютъ „Betriebsunfall“, какъ „ein plötzlich eintretendes, dem regelmässigen Gange des Betriebes fremdes abnormes Ereigniss, dessen Folgen für das Leben oder die Gesundheit schädlich sind“.—Ср. *Утинъ*, о. с., 645: „Только тѣ несчастные случаи освобождаютъ желѣзную дорогу отъ отвѣтственности, которые произошли вслѣдствіе обыкновенной эксплуатаціи ея“... Но неужели, вредъ, причиненный эксплуатаціоннымъ актомъ долженъ оставаться невозмѣщеннымъ потому, что само дѣяніе, причинившее вредъ, житейско нормально и служебно обязательно? Напр. кондукторъ, захлопывая дверь купе, прищемливаетъ пальцы пассажира. *Dr. I. Wachtel* (стр. 57) отрицаетъ здѣсь „Ereignung im Verkehre“, на томъ основаніи, что закрытіе дверей передъ отходомъ поезда относится къ *нормальнымъ* служебнымъ обязанностямъ жел.-дорожн. агентовъ. И новѣйшая австрійская судебная практика стоитъ на той же точкѣ зрѣнія (стр. 62). Мы полагаемъ, что всякій актъ, даже *нормальный* съ точки зрѣнія правильнаго отправленія жел.-дорожнаго промысла, долженъ подпадать подъ дѣйствіе жел.-дорожнаго закона (въ сторонѣ оставляемъ вопросъ о собственной винѣ потерпѣвшаго!). Лежащая въ этомъ актѣ особая опасность, присущая желѣзно-дорожному промыслу, вполне достаточна, что бы поднять его до значенія „Ereignung“. Въдѣ, если поездъ задавитъ какое либо лицо на жел.-дор. полотнѣ, мы не можемъ разсматривать само движеніе поезда въ урочный часъ, какъ „eines vom gewöhnlichen Betriebe abweichende Geschehniss“. Но развѣ не противорѣчитъ жел.-дор. закону исключать изначала отвѣтственность желѣзн. дороги за такіе несчастные случаи? Намъ думается, что признакъ „Ereignung“ надо искать не въ ненормальности самого вредоноснаго акта, а въ ненормальности явленія (отдавливаніе пальцевъ, тѣлесное поврежденіе прохожаго). Само разсужденіе автора (стр. 57—58) не подкупаетъ своей убѣдительностью. Авторъ, въ сущности говоря, доказываетъ, что жел.-дорожный слу-

Всѣ событія, которыя устраняютъ причинную связь между эксплуатацией и происшедшимъ вредомъ, снимаютъ отвѣтственность съ желѣзной дороги ¹⁾).

Формулой: «при эксплуатациі» выражаются двѣ идеи: Во—1)-хъ, не только тѣ несчастія должны быть признаны «отвѣтственными несчастіями», которыя были причинены *черезъ* эксплуатацию, но и *всѣ* тѣ несчастія, которыя случаются *по поводу* исполненія какихъ либо изъ этихъ работъ ²⁾).

жанин захлопывающій дверь купэ, не убѣждаясь въ безопасности своего дѣянія, невиновенъ, и что дѣло пассажировъ ожидающихъ отхода поезда, заботиться о своей безопасности. И такимъ образомъ, авторъ, незаметно для себя, замѣняетъ идею профессиональнаго риска идеей депиктной отвѣтственности. На нашей точкѣ зрѣнія *Dr. C. Kaufmann Handbuch der Unfallverletzungen*. Stuttgart. 1893, стр 21 „Nicht nothwendig ist es, dass es sich dabei um ein ausserordentliches, den Betrieb als solchen storendes Ereignis in dem Sinne handelt, dass neben der Schädigung des Betroffenen noch ausserdem eine besondere Störung des Betriebes eingetreten sein müsse“

1) Другая конструкция, защищаемая Сенатомъ „Владельцы желѣзной дороги предполагаются въ каждомъ несчастномъ случаѣ виновными и обязанными къ выдачѣ вознагражденія до тѣхъ поръ, пока не докажутъ, что никакой вины, никакого упущенія или отступленія отъ установленныхъ правилъ со стороны предприятий допущено не было и что несчастіе было или результатомъ воздействия непреодолимой силы или произошло исключительно по влѣянъ самого потерпѣвшаго или же третьихъ лицъ, не состоящихъ къ предприятиямъ въ служебныхъ отношеніяхъ“ (К. Р 1899/64, 1905/31) Ср *Объясн. Зап. къ ст 1087 Пр. Гр. Ул.* (т V стр 589) „не по винѣ“ составляетъ понятіе сложное. Невиновность (sic!) управления предприятия и его агентовъ можетъ заключаться 1) въ отсутствіи причинной связи между происшедшимъ вредомъ и тѣяніемъ означенныхъ лицъ, 2) въ отсутствіи вины (умысла или неосторожности) въ тѣсномъ смыслѣ“ —Оспаривая допустимость материально-правовой презумпціи вины жел. дороги, мы вполне признаемъ умѣстной въ области профессиональнаго риска матер. правовую презумпцію *причинной связи*. На этой почвѣ западно европейская юриспруденція. См. напр. В. Г. III, 395. „Презумпція причинной связи между несчастіемъ и смертью J должна существовать доколѣ отвѣтчики не докажутъ что эта смерть обязана исключительно причинамъ чуждымъ этому происшествію“ Примѣненіе этого принципа см. Bd. VIII, 100, 802

2) Этой конструкціей мы избегаемъ необходимость расчленять понятіе *эксплуатации* на 1) эксплуатацию въ тѣсномъ смыслѣ слова, 2) и вспомогательныя работы (Hilfsarbeiten). Такое расчлененіе извѣстно швейцарской законодательной и судебной практикѣ и доктринѣ. См. напр. *Guyet, Aufsätze über das schweizerische Eisenbahn-Haftpflichtrecht*. Zurich, 1905, стр 22 и сл. „Перевозка пассажировъ предполагаетъ наличность транспортных средствъ

Во—2)-хъ, не всякое несчастіе, которое, напр., случается на рельсахъ, должно быть разсматриваемо, какъ *несчастіе*, въ смыслѣ ст. 683,—на лицо должна быть извѣстная связь между несчастіемъ и эксплуатационнымъ актомъ. Несчастіе не можетъ быть, съ одной стороны, свободнымъ отъ всякаго касательства съ кругомъ дѣятельности предпріятія, съ другой стороны, нельзя требовать, что бы несчастіе имѣло причиной особую, свойственную исключительно лишь желѣзно-дорожному промыслу опасность ¹⁾.

Мы не можемъ признать *особую опасность*, присущую только желѣзно-дорожному промыслу, какъ реквизирующую формулы: «при эксплуатациіи», а считаемъ достаточнымъ всякую связь между эксплуатационной дѣятельностью [*Eigenart des Betriebes*] и несчастіемъ ²⁾.

Въ самомъ дѣлѣ, нельзя, съ одной стороны, сомнѣваться, что лейтъ-мотивъ созданія спеціальнаго желѣзно-дорожнаго за- и того обстоятельства, что пассажиры уже заняли мѣста въ вагонѣ и товары нагружены. Лишь съ этого момента начинается эксплуатация въ тѣсномъ смыслѣ слова. Всѣ дѣйствія, которыя предпринимаются до тѣхъ поръ, пока достигнута цѣль путешествія, образуютъ части эксплуатации. Эксплуатация, такимъ образомъ, есть совокупность всѣхъ функций необходимыхъ для доставки транспортируемыхъ предметовъ до цѣли назначенія. Всѣ прочія дѣйствія (подготовка паровоза, составленіе поезда, выгруженіе товара и т. п.), которыя предпринимаются до начала перевозки или послѣ ея окончанія, суть не работы по эксплуатации, а служатъ къ подготовкѣ или къ ликвидаціи эксплуатации. Всѣ эти работы объединяются однимъ выраженіемъ: „Hülfsarbeiten“. По старой суд. практикѣ и по новому жел.-дор. закону 1905 г. эти „Hülfsarbeiten“ подводятся подъ дѣйствіе жел.-дор. закона, если они связаны „съ особою опасностью“. Въ австрійской литературѣ понятіе эксплуатации охватываетъ два понятія: *Verkehr* и *Betrieb*. „*Verkehr*“ есть все что непосредственно связано съ движеніемъ поезда. „*Betrieb*“ есть все что связано причинной связью съ технической дѣятельностью жел. дороги, какъ транспортнаго предпріятія (напр. сигнальный свистокъ паровоза пугаетъ лошадей на улицѣ города, искра паровоза лишаетъ глаза пахаря въ полѣ и пр.). *A. Randa. Die Schadensersatzpflicht. Wien. 1907, стр. 115; Wachtel, о. с. 10 сл.*

¹⁾ См. ниже. Глава X, § 1.

²⁾ Ср. *E. Guyer, Kommentar. 50.* Напр. угольная пыль не можетъ быть разсматриваема, какъ *особая опасность* жел.-дор. промысла, а между тѣмъ несчастіе, при которомъ служащему попадаетъ пекра въ глаза, отъ которой онъ ослѣпнетъ, должно быть разсматриваемо, какъ случившееся „при эксплуатациіи“.

кона надо искать въ томъ, что черезъ желѣзно-дорожную эксплуатацию, связанную съ пользованіемъ элементарныхъ силъ природы, создана особая специальная опасность для жизни и здоровья людей, и что усиленная охрана закона относится въ особенности до вреда, который вытекаетъ изъ этой опасности. Однако, отсюда не слѣдуетъ, что «отвѣтственными несчастіями» надо считать лишь тѣ случаи, которые обязаны особой присущей *только* желѣзно-дорожному промыслу опасности. Желѣзно-дорожный законъ отдаетъ дань своему историческому лейтъ-мотиву тѣмъ, что охватываетъ и тѣ случаи, которые вообще произошли «при эксплуатациі» желѣзной дороги ¹⁾).

По мысли ст. 683, несчастіе не можетъ быть приписано силамъ эксплуатации, если нѣтъ *объективной причинной связи* между несчастіемъ и эксплуатационной дѣятельностью желѣзно-дорожнаго промысла.

Эта мысль кроется въ словахъ закона: владѣльцы предприятий «обязаны вознаграждать **каждаго** потерпѣвшаго вредъ или **убытокъ** **вслѣдствіе** смерти или поврежденія въ здоровьѣ, **причиненныхъ при эксплуатациі желѣзныхъ дорогъ**».

Правда, дальнѣйшая редакція этой статьи даетъ основаніе къ другому построению. П. 2 ст. 683 говоритъ: «Озна-

¹⁾ *Rosin*, Arch. f. öf. R. Bd. III, стр. 291 и *Rümelin*, Zufall im Recht, стр. 31 для установленія понятія „актъ эксплуатации“, привлекаютъ для сравненія подобныя транспортныя предприятия, въ которыхъ ответственность **базирована на винѣ**, и утверждаютъ, что „отвѣтственные случаи“ суть тѣ, которые не встрѣчаются у тѣхъ транспортныхъ предприятий. Съ этимъ **важнѣе** мы **рѣшительно** не можемъ согласиться. Если пассажиръ при выходѣ изъ вагона падаетъ, потому что локомотивъ даетъ поезду еще одинъ толчекъ, то этотъ случай не отличается ничѣмъ отъ внезапной остановки лошадей въ почтовой каретѣ, а между тѣмъ несомнѣнно онъ является несчастіемъ, случившемся „при эксплуатациі“. Эксплуатационное несчастіе [Betriebsunfall] можно опредѣлить черезъ сравненіе, но не черезъ сравненіе съ подобными же транспортными предприятиями, а вообще съ явленіями повседневной жизни. Мы вполне согласны съ *Dr. jur. A. Knaier*. Die höhere Gewalt im Reichsrecht, Berlin. 1901, 107: „Жел. дорога отвѣчаетъ потому, что она рождаетъ черезъ ея эксплуатацию новыя повседневной жизни неизвѣстныя опасности. Поэтому **важно**, вызываютъ ли другія подобныя предприятия подобныя опасности и **какова** ихъ отвѣтственность,—важно то, поскольку жел. дорога вызываетъ *сравнительно съ повседневной жизнью* особая опасности“.

ченные въ п. 1 владѣльцы предпріятій *освобождаются* отъ обязанности вознаграждать потерпѣвшихъ за причиненные имъ вредъ и убытки въ тѣхъ только случаяхъ, когда докажутъ, что несчастіе произошло: а) не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ, или же б) вследствие воздѣйствія непреодолимой силы». Слово «освобождаются» какъ будто указываетъ на то, что ж. дорога отвѣчаетъ въ принципѣ *безусловно* («*omnimodo tenetur*») за *всѣ* несчастные случаи, и лишь въ видѣ льготы, не допускающей, какъ исключеніе, расширительнаго толкованія, она «освобождается» отъ отвѣтственности по точно указаннымъ въ законѣ основаніямъ.

Такое толкованіе, однако, неправильно. Если мы сравнимъ редакцію ст. 683 (по продол. 1878 г.) съ редакціей ст. 683 (по изд. 1857 г.), то увидимъ, что въ ст. 683 по изд. 1857 г. стояло: владѣльцы жел. дорогъ «*не подлежатъ отвѣтственности*», каковыя слова безъ мотивировки были въ 1878 г. замѣнены словами «*освобождаются отъ отвѣтственности*». Вотъ почему, случаи, предусмотрѣнные п. 2 ст. 683 и снимающіе отвѣтственность съ владѣльцевъ ж. дорогъ, являются не исключеніемъ, а противоположеніемъ тому началу, которое лежитъ въ основѣ отвѣтственности, указанной въ п. 1 ст. 683. Судья въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обязанъ выяснитъ по обстоятельствамъ дѣла, — чему обязано несчастіе: постороннимъ ли причинамъ, т. е. лежащимъ внѣ профессиональнаго риска предпринимателя, или же причинамъ, положеннымъ въ основу отвѣтственности владѣльцевъ ж. д. предпріятій. Съ этой точки зрѣнія, п. 2 ст. 683 содержитъ неудачную въ редакціонномъ отношеніи ¹⁾ попытку перечи-

¹⁾ П. в) представляется въ редакціонномъ отношеніи излишнимъ: его содержаніе входитъ безъ остатка въ п. а). На это въ русской литературѣ указывали едва ли не всѣ авторы. Тѣмъ болѣе кажется непростительнымъ повтореніе той же ошибки *Проектомъ Гражд. Уложения*. Въ ст. 1065 (ст. 1036 редакціи 1903 г.) устанавливается принципъ *вины*, какъ основы общегражданской отвѣтственности, а въ ст. 1068 (ст. 1039, ред. 1903 г.) особо оговаривается: «причинившій вредъ не подлежитъ отвѣтственности, если онъ совершилъ дѣяніе, вследствие воздѣйствія непреодолимой силы»... (!!!).

слить случаи, стоящіе внѣ причинной связи съ опасностью промысла.

Лишь отправляясь отъ этого вполне правильнаго исходнаго пункта, мы можемъ разрѣшить вопросъ о кругѣ тѣхъ событій, отвѣтственность за которыхъ лежитъ на желѣзной дорогѣ.

Владѣльцы жел.-дор. предпріятій *отвѣчаютъ*:

- 1) за свои собственныя дѣйствія,
- 2) за дѣйствія своихъ служащихъ,
- 3) за исправность всего вещественнаго состава желѣзной дороги,
- 4) за проявленія особой опасности, присущей желѣзнодорожному промыслу.

И, наоборотъ, владѣльцы желѣзно-дорожныхъ предпріятій *не отвѣчаютъ*:

- 1) за дѣйствія постороннихъ, не причастныхъ ж. дорогѣ лицъ,
- 2) за воздѣйствія непреодолимой силы,
- 3) за собственную вину потерпѣвшаго.

Всѣ освобождающія ж. дорогу основанія вытекаютъ изъ одной и той же основной идеи: каждый отвѣчаетъ за свою дѣятельность. Здѣсь—не нагроможденіе рядомъ случайныхъ правилъ справедливости, а рядъ выводовъ изъ одного принципа: *тотъ несетъ убытокъ, кто его причинилъ*.

Разсмотримъ каждый пунктъ въ отдѣльности.

I.

Во-первыхъ, желѣзная дорога не отвѣчаетъ за вредъ, причиненный лицу непосредственно кѣмъ либо изъ пассажировъ или же постороннихъ не состоящихъ въ служебныхъ отношеніяхъ къ предпріятію лицъ. Правда, статья 683 не содержитъ въ себѣ соотвѣтствующаго постановленія, въ чемъ

и отличается отъ нѣкоторыхъ западно-европейскихъ законодательствъ ¹⁾).

Пунктъ 8-ой ст. 683 также не предусматриваетъ вины постороннихъ лицъ: онъ говоритъ только о правѣ регресса желѣзно-дорожнаго управленія къ желѣзно-дорожнымъ агентамъ, по винѣ которыхъ произошло несчастье.

Однако, вредъ, происшедшій отъ дѣйствія третьихъ лицъ, не можетъ почитаться вредомъ, происшедшимъ отъ предпріятія ²⁾). Но, съ другой стороны, владѣльцы опасныхъ предпріятій безусловно обязаны принимать мѣры предосторожности противъ опасностей, исходящихъ отъ людей [напр. загороженіе пути].

Поэтому, за дѣйствія постороннихъ лицъ желѣзная дорога обязана отвѣчать лишь при томъ условіи, что 1) они направлены противъ безопасности отправленія самого промысла и 2) что они могли быть предотвращены желѣзно-дорожной администраціей крайней заботливостію и тѣми средствами, которыми она располагаетъ и должна располагать по роду предпріятія ³⁾).

Въ виду того, что здѣсь нѣтъ мѣста законной презумпціи вины желѣзной дороги,—ст. 683, именно, не устанавли-

¹⁾ Ст. 2 австр. закона 5-го марта 1869 г.; ст. 1 швейцарскаго закона 28 марта 1905 г.

²⁾ Ср. *Литвиновъ-Фалинскій*. „О вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ“ (изд. 5-ое), стр. 100: „Хозяинъ не можетъ почитаться отвѣственнымъ за дѣйствія третьихъ лицъ, къ промышленному предпріятію непрічастныхъ. Несчастные случаи, происшедшіе при такихъ условіяхъ, не могутъ считаться причиненными работами по производству предпріятія или происшедшими вслѣдствіе таковыхъ работъ, какъ того требуетъ ст. 1. Въ виду всего этого, ст. 2 и не упоминаетъ о дѣйствіяхъ третьихъ лицъ, несущихъ отвѣтственность за свои поступки на общемъ основаніи гражданскихъ законовъ“.—Противнаго мнѣнія бар. *А. М. Нолкенъ*, ук. с., стр. 34—35, но его соображенія не убѣдительны.

³⁾ СПб. Юрид. Общество 20 марта 1887 г. большинствомъ голосовъ приняло резолюцію слѣдующаго содержанія: „помимо случаевъ непреодолимой силы (п. 6, ст. 683), жел. дорога не отвѣчаетъ за вредъ, причиненный при эксплуатаціи и тогда, когда несчастье произошло по винѣ третьихъ лицъ, при чемъ со стороны жел.-дор. агентовъ не было сдѣлано никакого упущенія (п. а, ст. 683)“. [Взято у *Осекаго*, ук. с. 234]. Ср. ст. 474 и 1087 Проекта Гражд. Уложенія.

ваетъ такой презумпціи—и въ виду того, что дѣйствія третьихъ лицъ, чуждыхъ эксплуатаціи, не коренятся непосредственно въ присущей желѣзно-дорожному промыслу опасности, то доказательства виновности желѣзной дороги [т. е. предотвратимость случая] долженъ представить истецъ ¹⁾.

Подъ «третьими лицами, непричастными эксплуатаціи» мы должны понимать вообще всѣхъ лицъ, съ коими желѣзная дорога не связана служебными отношеніями. Сюда подойдутъ и представители непосредственно пострадавшихъ лицъ. Если, напр., пострадало малолѣтнее лицо *при эксплуатаціи*, но благодаря неосторожности матери или отца, сопровождавшихъ его, то этотъ случай долженъ быть обсужденъ на тѣхъ же началахъ, какъ будто вина исходила непосредственно отъ самого пострадавшаго.

Въ этихъ случаяхъ, конечно, вину родителей пострадавшаго должна доказать желѣзная дорога по общимъ началамъ ученія о «смѣшанной винѣ», а виновность агентовъ желѣзной дороги или каузальность силъ эксплуатаціи долженъ доказать потерпѣвшій.

¹⁾ На этой же почвѣ—Сенагъ. К. Р. 1903/103: „Жел. дорога подлежитъ ответственности по ст. 683 за причиненіе при ея эксплуатаціи поврежденія въ здоровьѣ жел.-дор. служащему, если это поврежденіе было произведено ударомъ камня, брошеннаго неизвѣстно кѣмъ съ полотна дороги, въ то время, когда онъ находился во время движенія поѣзда на площадкѣ вагона. но при томъ только условіи, когда по дѣлу установлено, что подобное постоянно повторяющееся бросаніе мальчиками камней въ проходящіе поѣзда *могло быть отпращено жел.-дор. администраціей*“. Отд. Рѣш. 23 ноября 1906 г. [д. 3282—1906 г.]: причиненіе поврежденія здоровья, совершенное посторонними дорогъ лицами въ вагонѣ, даетъ право потерпѣвшему на вознагражденіе по ст. 683 только въ томъ случаѣ, *если онъ докажетъ*, что жел. дорога могла предотвратить разбойное на него нападеніе постороннихъ лицъ. [Ср. по поводу разбойнаго нападенія Отд. Рѣш. 2 июня 1903 г. д. 303—1903 г.; 23 ноября 1906 г. д. 3282—1906 г.; 23 янв. 1908 г. д. 7429—1907 г.]. Отд. рѣш. 2 окт. 1908 г. д. 1999—1908 г. при установленіи судомъ факта крушенія поѣзда, вызвавшаго разстройство здоровья истца, отъ порчи полотна дороги посторонними дорогъ лицами, жел. дорога отвѣтственна лишь въ томъ случаѣ, когда *истецъ докажетъ, что порча могла быть предотвращена дорожно находящимися въ ея распоряженіи и точно указанными истцемъ средствами*. К. Р. 1887/68. 1894/111. 1900/75, 1901/115.

II.

Во-вторыхъ, желѣзная дорога освобождается отъ отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда несчастье произошло вслѣдствіе воздѣйствія «непреодолимой силы».

Всѣ юристы согласны въ томъ, что понятіе «непреодолимой силы» есть видъ родового понятія «случая», противоположаемаго понятію вины.

Но, что такое «непреодолимая сила» (*vis major*)? Этотъ вопросъ разъединяетъ ученый міръ на массу теченій и направлений. Намъ не мѣсто здѣсь излагать всѣ существующія теоріи. Нашъ взглядъ на существо «*vis major*» мы высказали въ журнальной статьѣ [Юрид. Записки, 1911, № 2], къ которой и отсылаемъ читателя.

Замѣтимъ только что, такъ какъ дѣянія опредѣленныхъ лицъ, постороннихъ эксплоатации, выдѣляются нами изъ понятія непреодолимой силы ¹⁾, то за «непреодолимой силой» остаются: 1) силы природы и 2) дѣянія группы лицъ, но-

¹⁾ Таково наше мнѣніе. Но это не — *communis opinio doctorum*! См. напр. *E. Gujer*, *Kommentar*, 69. Онъ подводитъ вину третьихъ лицъ подъ понятіе *vis major*. Но это вытекаетъ изъ его воззрѣнія, что „предпріятіе имѣетъ обязанность и право обезпечивать эксплоатацию противъ самовольныхъ и вредоносныхъ вторженій третьихъ лицъ. Если оно упуститъ это пооченіе, оно отвѣчаетъ и помимо того, чтобы доказательство этого упущенія могло быть рекуизитомъ этой отвѣтственности; ибо предпріятіе отвѣчаетъ и за случай“. Авторъ забываетъ, что ж.-дор. предпріятіе отвѣчаетъ за *внутренній* случай! Поврежденіе, нанесенное постороннимъ лицомъ пассажиру, не можетъ считаться „несчастьемъ“, случившемся при *эксплоатационной* дѣятельности жел. дороги. Германскія *E. H. G.* все то подводитъ подъ понятіе „*höhere Gewalt*“, что освобождаетъ жел. дорогу отъ отвѣтственности и въ тоже время не есть собственная вина потерпѣвшаго [ср. *R. G. Bd. 69*, стр. 358]. Наконецъ, французская юриспруденція подводитъ преступныя дѣянія третьихъ лицъ (злумышленниковъ) подъ „*un cas de force majeure*“. См. *C. de Paris 11 janv. 1908 D. 1910. 2. 244*. [Здѣсь же въ примѣчаніи приведена французская литература]. Но выдѣленіе дѣйствій третьихъ лицъ въ особую группу мы видимъ уже въ новѣйшихъ законахъ: *Швейцарскомъ E. H. G. 1905 г.*, *Германскомъ 3/V 1909 „Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen“* и др. *Проектъ Гр. Улож. ст. 1087*. Противъ этого проф. *И. А. Покровский*. Обязательства изъ деликтовъ, Кіевъ. 1901, стр. 15: онъ противъ включенія этой „*clausula*“ на томъ основаніи, что „она совершенно несовмѣстима съ правильнымъ, по

сящія массовый, стихійный характеръ, какъ напр. стачки, забастовки и пр. ¹⁾, 3) несчастія, происшедшія съ самими ж.-д. служащими (напр. ударъ съ машинистомъ на ходу поѣзда).

III.

Третьимъ освобождающимъ желѣзную дорогу отъ ответственности обстоятельствомъ является *собственная вина потерпѣвшаго*.

Здѣсь возникаетъ вопросъ: съ какимъ звеномъ каузальной серіи, приводящей въ искомому съ желѣзной дороги **убытку**, должна стоять въ объективной и субъективной **причинной** связи собственная вина потерпѣвшаго?

Должны ли мы приурочить эту вину къ первому звену **каузальной** серіи, т. е. къ созданію самого **неправомѣрнаго факта**, напр. пассажиръ вызываетъ крушеніе своего поѣзда, машинистъ виновенъ во взрывѣ котла и пр., или должны мы приурочить ее ко второму звену серіи, т. е. къ воспроизведенію **несчастія**, т. е. на созданіе не причины несчастія, а самого вредоноснаго явленія, напр. вина задушеннаго поѣздомъ заключалась бы въ томъ, что онъ заѣзжался, а не въ томъ, что испортился тормазъ въ поѣздѣ,—вина стоящаго на

нашему представленію, понятіемъ непреодолимой силы“. Но самъ авторъ своего „представленія“ читателю не сообщаетъ; онъ и ошибается, навязывая Проекту ту мысль, что дѣйствія третьихъ лицъ подводятся подъ понятіе *vis major*! Несогласны мы и по существу! Та система, въ которой дѣйствія третьихъ лицъ выдѣлены, какъ освобождающее основаніе, и поставлены рядомъ съ высшей силой, заслуживаетъ предпочтенія. Во-первыхъ, важно установить, въ какомъ отношеніи къ жел.-дор. предпріятію стоятъ третьи лица: дѣйствія жел.-дор. служащихъ ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть приняты въ соображеніе, какъ освобождающее основаніе, и, однако же, съ точки зрѣнія „непреодолимой силы“ они должны были бы освобождать жел. дорогу, если въ **возвратномъ** случаѣ они были непредотвратимы. Къ тому же, и **потерпѣвшій**, строго говоря, принадлежитъ къ другимъ лицамъ, дѣйствія коихъ для жел.-дор. управленія по большей части непредотвратимы, такъ что и эти дѣянія **могутъ** быть подведены подъ понятіе высшей силы и не пужались бы въ **особенъ** упоминаніи!!

¹⁾ К. Р. 1906-1, 1907 1; Отд. Рѣш. 23 янв. 1908, д. 7429—1907 г.

площадкѣ вагона заключалась бы въ увѣчья 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 желѣзной дорогой, напр., пострадавшій запускаетъ лечение 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?¹⁾

Намъ думается, что поставленный вопросъ не можетъ возбудить сомнѣній у комментатора ст. 683 т. X ч. I.

Ст. 683 гласитъ: «владѣльцы... обязаны вознаградить каждаго потерпѣвшаго *вредъ или убытокъ* вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьѣ, причиненныхъ при эксплуатаціи желѣзной дороги»... Они освобождаются отъ отвѣтственности, «когда докажутъ, что *несчастье* произошло»... по винѣ потерпѣвшаго.

Ясно, что вина потерпѣвшаго должна относиться до *несчастья*, а подъ «несчастьемъ» надо понимать не «вредъ или убытки», а саму «смерть или поврежденіе въ здоровьѣ». На это указываетъ грамматическое толкованіе статьи. Къ тому же, «вредъ или убытокъ» есть лишь каузальное слѣдствіе тѣлеснаго или имущественнаго поврежденія, размѣръ его и само его наступленіе есть вопросъ факта, случая.

Въ п. 7 ст. 683 мы читаемъ: срокъ для начатія исковъ исчисляется... «б) если *несчастье* произошло на внутреннихъ водныхъ путяхъ сообщенія..., то со дня послѣдовавшей смерти или поврежденія въ здоровьѣ». Казалось бы, что «несчастье» здѣсь противопоставляется «послѣдовавшей смерти или поврежденію въ здоровьѣ». Но ясно, что этотъ пунктъ хочетъ сказать одно: теченіе годовой давности, установленной

¹⁾ Въ зап.-европ. литературѣ были высказаны мнѣнія въ пользу, какъ перваго, такъ и третьяго рѣшенія вопроса. Но подавляющее большинство юристовъ держится среднен доктрины. См. т. I нашего изслѣдованія: *Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ*, стр. 191—207.

ст. 683, начинается со дня, въ который произошло *событіе, причинившее увѣще*, а не со дня, когда увѣще и его послѣдствія окончательно опредѣлились ¹⁾).

Значить потерпѣвшій долженъ быть виновенъ не въ событіи, причинившемъ увѣще, а въ самомъ увѣчьи.

Пунктъ 1 ст. 683 доминируетъ надъ всей статьей: онъ устанавливаетъ законныя предположенія отвѣтственности *железной дороги*, а потому п. 7, устанавливающій лишь правила для исчисленія сроковъ, особеннаго значенія для истолкованія интересующаго насъ вопроса не имѣетъ.

§ 2. Смѣшанная вина и ст. 683 т. X ч. I.

При современномъ состояніи нашего законодательства русскіе суды не имѣютъ права опредѣлять размѣръ вознагражденія по своему усмотрѣнію: они присуждаютъ лишь такіе убытки, размѣръ которыхъ доказанъ до очевидности.

Исключеніе изъ общаго формализма нашего права представляетъ ст. 683 т. X ч. I. Эта статья, ссылаясь на ст. 675, а съ другой стороны, въ нп. 4, 5 и 6, не давая суду никакихъ руководящихъ началъ въ дѣлѣ опредѣленія возмѣщаемаго ущерба, предоставляетъ *широкое поле усмотрѣнія суду* ²⁾).

Въ ст. 683 содержится ссылка на ст. 657—662 и 675. Въ сихъ послѣднихъ статьяхъ отводится въ широкой мѣрѣ *мѣсто сугубенному усмотрѣнію суда*, которому предписывается сообразоваться съ: 1) размѣромъ имущества виновнаго, 2) съ размѣромъ потребности въ вознагражденіи потерпѣвшаго

¹⁾ К. Р. 1891/65; Отд. Рѣш. 21 дек. 1900, д. Бѣлоусовой, 10 мал 1902, д. 2024—1899 г. К. Р. 1901—65, 1904/120.

²⁾ Сенатъ высказалъ только два негативныхъ положенія: 1) что при опредѣленіи одновременнаго вознагражденія нельзя руководствоваться даже по аналогіи правилами, установленными для взысканія судебныхъ пошлинъ (ст. 273 п. 5 У. Г. С.) (К. Р. 1884/122), и 2) нельзя опредѣлять одновременнаго вознагражденія и путемъ капитализаціи срочнаго причитающагося содержанія изъ опредѣленнаго *го-а*. (К. Р. 1894/65).

и 3) съ «обстоятельствами дѣла». Пунктъ же 4 ст. 683 гласитъ: «размѣръ вознагражденія долженъ зависѣть исключительно отъ понесеннаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ущерба».

Эти два положенія вполне примиримы другъ съ другомъ. Никакого противорѣчія они въ себѣ не заключаютъ ¹⁾. Пунктъ 4, какъ это явствуетъ изъ мотивовъ комиссiи сенатора Селифонтова, желаетъ сказать во 1-хъ, что «причиненiе ущерба есть несчастье, за которое причинившiй долженъ отвѣчать настолько, насколько это необходимо для потерпѣвшаго... Несчастье это не должно служить источникомъ обогащенiя пострадавшаго: онъ имѣетъ право лишь на то, что потерялъ» и въ 2-хъ, «сумма вознагражденiя должна сообразоваться со средствами существованiя потерпѣвшаго, но отнюдь не зависѣть отъ средствъ причинившаго ущербъ желѣзно-дорожнаго или пароходнаго предпринимателя» ²⁾.

При такомъ толкованiи ясно, что п. 4 ст. 683 нельзя разсматривать какъ такой «lex specialis», который отмѣнилъ бы дѣйствiе «lex generalis» ст. 657 и ст. 675.

На основанiи какого же масштаба надлежитъ разлагать причиненный вредъ при наличности «смѣшанной вины»? Въ русской юриспруденцiи мы встрѣчаемся съ такимъ взглядомъ:

„въ ст. 683 содержится ссылка на 675 ст., которою надлежитъ руководствоваться по искамъ о вознагражденiи за смерть или увѣчье при эксплуатацiи жел. дорогъ. Въ ст. 675 содержится ссылка на 650 ст., слѣдовательно, и эта послѣдняя статья должна быть принята во вниманiе при опредѣленiи вознагражденiя по ст. 683. Законъ, выраженный въ 650 ст., нормируетъ порядокъ отысканiя

¹⁾ Такое противорѣчiе усматриваетъ Ф. Осенкiй, ук. с. Ж. Гр. и Уг. Права, 1886/10, стр. 19—21, который ссылается на принципъ „lex specialis derogat lege generali“. Но и онъ допускаетъ судебское усмотрѣнiе (ст. 657) въ области смѣшанной вины.

²⁾ Отсюда Сенатъ дѣлаетъ такіе выводы: 1) недопустимость переуступки иска изъ ст. 683 (К. Р. 1904/95, 1908/33), 2) необходимость точно доказывать причинную связь между эксплуатаціею и вредомъ (К. Р. 1904/120, 1907/75).

вознаграждения съ нѣсколькихъ лицъ, совершившихъ преступленіе безъ предварительнаго ихъ на то согласія. Примѣняя правило, выраженное въ этой статьѣ, къ случаямъ, предусмотрѣннымъ въ 683 ст., въ виду ссылки на нее въ 675 ст., нужно признать, что, если несчастіе произошло по винѣ какъ желѣзно-дорожнаго предпріятія, такъ и самого потерпѣвшаго, т. е. въ случаяхъ смѣшанной вины, сумма слѣдующаго вознагражденія *должна быть на половину уменьшена*. Такъ какъ въ ст. 650 не указаны, какъ критерій для распредѣленія матеріальной отвѣтственности между лицами, совершившими преступленіе или проступокъ безъ предварительнаго согласія, степень ихъ виновности и сравнительный размѣръ наказанія понесеннаго этими лицами, то оцѣнка степени виновности агентовъ желѣзной дороги и ея управленія, въ сравненіи съ виной самого пострадавшаго, не можетъ повліять на порядокъ распредѣленія матеріальной отвѣтственности между сторонами: разъ есть вина той и другой стороны, то вопросъ о большей или меньшей винѣ не имѣетъ значенія, и сумма вознагражденія должна быть на половину уменьшена. Наши гражданскіе законы не признаютъ дѣленія вины по степенямъ, не признаютъ поглощенія вины одной стороны большей виной другой стороны“¹⁾... Это разсужденіе явно несостоятельно.

Во-первыхъ, цѣль ссылки въ ст. 683 на ст. 675 вовсе не та, чтобы черезъ ст. 675 примѣнить къ ст. 683 и ст. 650. Въдѣ, ст. 683 ссылается, кромѣ 675, еще на ст. 657—662 [«вознагражденіе назначается на основаніи статей 657—662 и 675»...], а ст. 675 ссылается на ст. 644—674.

Если бы законодатель желалъ черезъ ст. 675 примѣнить къ ст. 683 всѣ статьи въ ней содержащіяся, то ему не ~~зачѣмъ~~ было указывать въ ст. 683 особо еще болѣе узкій ~~кругъ~~ **кругъ воровъ**, т. е. ст. 657—662. Значить, цѣль ссылки на ст. 675 ~~лишь~~ **лишь** та, что бы дать право суду «по изслѣдованіи происшествія и обстоятельствъ дѣла, опредѣлить количество вознагражденія».

Примѣнять принципъ «совокупной вины» (ст. 650) въ

¹⁾ См. касс. прошеніе повѣреннаго управленія жел. дорогъ присяжнаго ~~подсудимаго~~ **Галай** объ откѣтѣ рѣшенія Московской Суд. Палаты по иску ~~присяжнаго~~ **Маріи Соловковой** и др. съ управленія 3000 р. съ 0/0 вознагражденія за смерть мужа и отца. К. Р. 1908. № 18.

области «смѣшанной вины» нельзя и потому, что составъ нормы ст. 650 существенно отличается съ отношеніемъ сторонъ въ случаяхъ «смѣшанной вины». Ст. 650 предусматриваетъ такое отношеніе, при которомъ виновные соучастники составляютъ одну сторону, которая противопоставляется сторонѣ потерпѣвшей. «Виновные въ преступленіи или проступкѣ объединены общей дѣятельностью къ достиженію одного умысла, и умыселъ этотъ направленъ противъ одного объекта» (К. Р. 1908/18). Въ отношеніи «смѣшанной вины» виновные составляютъ двѣ разныя стороны; здѣсь нѣтъ никакой общности вины, а только совокупность причинъ разнаго рода, вызвавшихъ данное событіе. Вотъ почему, во всѣхъ законодательствахъ мы находимъ особыя группы нормъ для «вины совокупной» (соучастія) и для «вины смѣшанной» [т. X ч. I, ст. 650;—Сводъ гр. уз. губ. Приб. ст. 3337, 3455, 3441, 3291, 3303; Герм. Ул. 830, 840, 254; Швейц. Зак. 51, 60; Проектъ Гр. Улож. ст. 1076, 1078], и судебная практика всѣхъ странъ строго держится того начала, что принципы одной группы нормъ нельзя переносить на другую группу нормъ ¹⁾).

Непримѣнимость ст. 650 къ ст. 683 явствуется еще изъ того, что въ ст. 650 есть ссылка на ст. 648 [«...то вознагражденіе взыскивается со всѣхъ поровну, на основаніи предшедшей (648) статьи»]. А ст. 648 постановляетъ: «...буде кто либо изъ нихъ окажется несостоятельнымъ, то слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ участвовавшихъ въ совершеніи сего преступленія или проступка». Значить, если потерпѣвшій «при эксплоатаціи» окажется неимущимъ, то, благодаря этому случайному обстоятельству, *вся* имущественная отвѣтственность должна падать на другого «соучастника», т. е. на желѣзную дорогу! Такой выводъ диктовался бы при-

¹⁾ R. G. 14 Oct. 1909 J. W. 1909 № 21, стр. 724: „Gesamtschuldner werden die mehreren Ersatzpflichtigen nur soweit sie *eine* Leistung zu bewirken haben“.

мѣненіемъ ст. 650 въ ст. 683, а такъ какъ онъ рѣшительно неприемлемъ, то неприемлемо и все предложенное толкованіе.

Нѣкоторую ограниченную роль статья 650 въ предѣлахъ статьи 683 желаетъ отвести присяжный повѣренный А. И. Штейнбергъ ¹⁾. Именно, — въ случаяхъ 1) соучастія желѣзно-дорожныхъ агентовъ и постороннихъ жел. дорогъ лицъ, и 2) при осуществленіи права регресса желѣзной дороги къ ея агентамъ, въ силу п. 8 ст. 683.

Мы полагаемъ, что ст. 650 непримѣнима и въ этихъ случаяхъ. При соучастіи (по умыслу) желѣзно-дорожныхъ агентовъ съ посторонними дорогъ лицами мы имѣемъ все же отвѣтственность по ст. 683 (если вредъ причиненъ «при эксплуатациіи»). Но по ст. 683 отвѣчаетъ только владѣлецъ желѣзной дороги, а не третьи частныя лица! Поэтому, потерпѣвшій, желающій воспользоваться ст. 650 долженъ базировать свой искъ не на ст. 683, а на ст. 644 т. X ч. I.

Для сужденія о распредѣленіи отвѣтственности по праву регресса для насъ значеніе имѣетъ ст. 116 Общ. Уст. желѣзныхъ дорогъ. Она гласитъ слѣдующее.

„Дорога, уплатившая вознагражденіе, имѣетъ право обратнаго требованія (регресса) къ участвовавшимъ въ перевозкѣ дорогамъ, на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) если ущербъ произошелъ по винѣ одной только дороги, то отвѣтственность падаетъ исключительно на эту дорогу; 2) если ущербъ произошелъ по винѣ нѣсколькихъ дорогъ, то каждая изъ нихъ отвѣтствуетъ за вредъ, ея собственною виною причиненный; 3) когда установленіе подобной раздѣльной отвѣтственности окажется, по обстоятельствамъ дѣла, невозможнымъ, или не будетъ выяснено, по винѣ какихъ именно дорогъ произошелъ ущербъ, то отвѣтственность распредѣляется между всеми участвовавшими въ перевозкѣ дорогами, за исключеніемъ тѣхъ, которыя докажутъ, что

¹⁾ Прис. пов. Штейнбергъ — *quem honoris causa nominamus* — защиталъ *дело Спозжовыхъ* въ Сенатѣ 26 марта 1908 г. см. Б. Р. 1908/18. См. еще его докладъ Ярославскому Юридическому Обществу 1 февраля 1909 г. *Труды Яросл. Юрид. Общества*. Протоколы общихъ собраній. Ярославль, 1909 г., стр. 69 75.

ущербъ не былъ причиненъ на ихъ линіяхъ. Въ семъ случаѣ каждая дорога несетъ отвѣтственность пропорціовально той долѣ провозной платы, которая причиталась бы ей по тарифу въ случаѣ исправной перевозки груза“...

При осуществленіи «права регресса» одной желѣзной дороги къ другой мы имѣемъ *истца* и *ответчика*—оба виновныхъ въ причиненіи ущерба. Рѣчь идетъ здѣсь уже не о совокупной отвѣтственности передъ третьими лицами (ст. 650 т. X ч. I), а о разложеніи вреда между сторонами. Одна сторона ищетъ съ другого соделинквента возмѣщенія *всего* или *части* уплаченнаго ею потерпѣвшему. П. 2 ст. 116 Общ. Уст. жел. дор. первымъ дѣломъ рекомендуетъ судѣ выяснить размѣръ вреда, *причиненный виной* той или другой дороги: «каждая изъ нихъ отвѣтствуетъ за вредъ, ея собственною виной причиненный». Это—принципъ, выраженный въ ст. 650 т. X. ч. I: «каждый изъ виновныхъ отвѣтствуетъ и обязанъ вознаградить именно за тѣ убытки и вредъ, которые причинены при семъ его дѣйствіями».

«Когда установленіе подобной раздѣльной отвѣтственности окажется по обстоятельствамъ дѣла невозможнымъ»,—то отвѣтственность распредѣляется между ними... по не по началу, выраженному въ ст. 650 [«вознагражденіе взыскивается со всѣхъ поровну»], а «пропорціовально доли провозной платы». Отсюда мы можемъ заключить, что ст. 650 вообще въ области желѣзно-дорожной отвѣтственности существенной роли не играетъ, а область возмѣщенія и разложенія ущерба регулируется особыми началами, приноровленными къ специфическимъ особенностямъ желѣзно-дорожнаго права.

Итакъ, при наличности «смѣшанной вины» желѣзной дороги и потерпѣвшаго, вредъ не долженъ быть распредѣляемъ по принципу арифметическаго дѣленія убытковъ пополамъ.

Какой же масштабъ примѣнимъ здѣсь? Въ западно-европейской литературѣ мы встрѣчаемъ попытки выдвинуть мас-

штабомъ—хотя и акцессорнымъ—имущественное положеніе сторонъ ¹⁾, социальное ихъ положеніе ²⁾).

Казалось бы, что принципъ экономической состоятельности, въ роли фактора, долженствующаго быть принятымъ во вниманіе русскимъ судомъ, установленъ нашимъ положительнымъ законодательствомъ [ст. 657, 661—666 т. X. ч. I]. Въ этихъ статьяхъ установленъ такой принципъ: изъ имущества отвѣтчика «опредѣляется по усмотрѣнію суда и *соразмѣрно съ имуществомъ виновнаго*, оставшемуся послѣ лишившагося жизни семейству достаточное и по возможности приличное, *по состоянію сего семейства*, содержаніе». Съ другой стороны, на эти статьи ссылается пунктъ 1 ст. 683 т. X ч. I.

¹⁾ Labowsky, Eigenes Verschulden, (Berlin, 1898), стр. 43; P. Krückmann, Verschuldensaufrechnung. Jher. Jahrb. 1909, стр. 113; G. Stierle, Die Haftung für Thiere (Stuttgart, 1904), стр. 89. Unger. Handeln auf eigene Gefahr, стр. 140 говорить о „Haftung nach ökonomischer Tragfähigkeit“, о принципѣ „richesse oblige“. Dr. I. Hedemann. Die Fortschritte. Berlin. 1910. стр. 107. Авторъ, кромѣ принципа *вины* и *причиненія* выдвигаетъ на почвѣ современныхъ положительныхъ законодательствъ третій самостоятельный принципъ вины: „*принципъ конкретной справедливости*“, подъ каковымъ онъ понимаетъ, главнымъ образомъ, отвѣтственность богатыхъ передъ бѣдными. Но главный его аргументъ: отвѣтственность безумныхъ „въ уваженіе ихъ богатства“ не убѣдительно, ибо лица недееспособныя все же отвѣчаютъ изъ *вины* [см. нашъ т. I, стр. 310—327] и никакого самостоятельнаго принципа отвѣтственности *богатыхъ* здѣсь нѣтъ! Ed. Geiser. Ueber ausserkontraktliche Haftung Geisteskranker. Zürich. 1906, стр. 80. („ökonomische Tragfähigkeit der Litiganten“).

²⁾ Schierlinger, Das R. H. G. und § 254 B. G. B. Blätter für R. A. Bd. 73 (1903). № 6, стр. 110; Wendt, Eigenes Verschulden. Jher. Jahrb. XXXI (1892), стр. 90; G. Stierle, о. с. 90. E. Feder. Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach B. G. B. (Berlin. 1902), въ принципѣ гражд. отвѣтственности видитъ два корня: *психологическій* (воспрепятствованіе вреда)=принципъ *вины* и *экономическій* („aufs Ausgleich gerichtetes“). Но этотъ послѣдній онъ понимаетъ не въ смыслѣ противоположенія богатства бѣдности, а въ другомъ признакъ. Важно то, для какой сферы данное событіе является такимъ неожиданнымъ и патологическимъ явленіемъ, противъ послѣдствій котораго нельзя защищаться (страхованіемъ, повышеніемъ цѣны и пр.).—Противъ Feder'a см. Brodmann, въ Jher. Jahrb. 1910 (Bd. 58), стр. 213—215. На идеѣ распределенія убытка „nach Massgabe einer gerechten Vermögensverteilung“ стоитъ Brock, Das negative Vertragsinteresse (Berlin, 1902). стр. 191 сл.

Это побуждает некоторых русских юристов ¹⁾ выставить такой принцип: «при наличии вины потерпевшаго желѣзная дорога отвѣчаетъ при условіи вины ея агента, причемъ отвѣтственность понижается по усмотрѣнію суда въ уваженіе сравнительной степени вины потерпевшаго и агента и *сравнительной имущественной обезпеченности пострадавшаго и желѣзной дороги*».

Этотъ взглядъ обязанъ поверхностному толкованію законодательныхъ источниковъ и незнакомству съ исторіей созданія ст. 683 т. X ч. I.

Бывшій Министръ Юстиціи, статсъ-секретарь графъ Паленъ, представляя 28 января 1877 года въ Государственный Совѣтъ, выработанныя комиссіею сснатора Селифонтова правила указалъ, между прочимъ, и на такой мотивъ проектированныхъ узаконеній: «сумма вознагражденія должна быть поставлена самимъ закономъ въ зависимость отъ средствъ существованія потерпевшаго, *но отнюдь не отъ средствъ причинившаго ущербъ жел.-дор. или пароходнаго предпринимателя*».

Соотвѣтственно этому, Министръ Юстиціи предложилъ слѣдующее редакціонное измѣненіе ст. 683: «Желѣзно-дорожные и пароходные предприниматели [казна, частныя лица и общества] обязаны вознаграждать потерпевшихъ за лишеніе жизни или поврежденіе здоровья, причиняемыя при эксплуатациіи желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ сообщеній на основаніяхъ, изложенныхъ въ статьяхъ 657—662, 675 и 676,

¹⁾ См. цитир. докладъ г. Штейнберга, I. с. 70—71, 73. На той же точкѣ зрѣнія и редакторы Проекта Гражд. Улож. См. ниже, гл. X; Гуляевъ. Русское Гражд. право, стр. 345: „Общее правило (ст. 657 т. X ч. I) о томъ, что вознагражденіе присуждается соразмѣрно съ имуществомъ виновнаго и должно обезпечить оставшемуся послѣ лишившагося жизни семейству достаточное и по возможности приличное по состоянію сего семейства содержаніе, въ примѣненіи къ ж. д. и пароходнымъ предпріятіямъ на практикѣ получаетъ болѣе узкое значеніе, а именно принимается въ соображеніе второй моментъ—достаточность содержанія по состоянію семьи умершаго, такъ какъ имущественное положеніе ольвѣтника представляется извѣстнымъ по официальнымъ отчетамъ предпріятія и во всякомъ случаѣ является болѣе выгоднымъ, чѣмъ матеріальное положеніе истца“.

съ тѣмъ, однако, что, при опредѣленіи количества вознагражденія, судъ обязанъ руководствоваться исключительно размѣромъ понесеннаго потерпѣвшимъ вреда или ущерба, а не степенью имущественной состоятельности виновнаго»¹⁾...

Эта редакціонная поправка не была принята, но мысль Министра Юстиціи получила одобреніе со стороны другихъ заинтересованныхъ вѣдомствъ и Государственного Совѣта и была положена въ основу ст. 683 (по прод. 1879 г.).

И г. Деларовъ, причастный къ дѣлу созданія ст. 683 новой редакціи, высказалъ такіа соображенія (ук. соч., стр. 120—121): «начало соразмѣренія вознагражденія со средствами причинившаго ущербъ, т. е. желѣзно-дорожнаго предпринимателя, въ примѣненіи къ вознагражденію за вредъ, причиненный лицамъ желѣзно-дорожною эксплуатаціею, является юридическимъ абсурдомъ, неимѣющимъ право на существованіе».

Мы вполне согласны въ этомъ отношеніи съ г. Деларовымъ. Ссылки на экономическій принципъ обыкновенно оправдываютъ соображеніями справедливости. Но въ нашей монографіи: «Вліяніе вины потерпѣшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ» т. I, стр. 419—423, мы доказали, что примѣненіе этого масштаба, ведетъ, именно, къ несправедливости²⁾. Въ сферѣ же профессиональнаго риска этотъ масштабъ рѣшительно неприемлемъ. Если въ области общегражданской отвѣтственности принципъ имущественной состоятельности въ извѣстныхъ случаяхъ еще можетъ дать справедливыя рѣшенія, то въ области отвѣтственности *e lege* и эта возможность заранѣе исключена. И вотъ почему. Когда въ сферѣ свободныхъ общегражданскихъ отношеній два равноправныхъ лица сталкиваются, и одинъ изъ нихъ терпитъ ущербъ, судья изслѣдуетъ, кто изъ нихъ—правонарушитель,

¹⁾ См. выше. Отд. I, стр. 20.

²⁾ См. еще: *Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I стр. 388, высказываетъ „Reichtum als Schuldgrund“.—*Martin*. *Zeit. schw. R.* 1889, стр. 14: „la justice n'est donc plus la même pour tous, il y a une justice pour les riches, où plutôt contre les riches et il y en a une pour les pauvres“.

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 сторона, 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 нѣтъ въ желѣзно-дорожной отвѣтственности. Здѣсь привлеченіе экономического принципа изначала и *a priori* ведетъ къ расширенію размѣра отвѣтственности (сверхъ строгости закона въ дѣлѣ установленія самой отвѣтственности) желѣзной дороги, такъ какъ желѣзная дорога фактически всегда будетъ болѣе богата, чѣмъ потерпѣвшій. Желѣзной дорогѣ, имѣющей миллионныя обороты, нужно раздавить, развѣ, миллионера или миллиардера, чтобы на «*exsertio* собственной вины» 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!

Вспомнимъ, къ тому же, что на основаніи 683 ст., самый фактъ причиненія смерти или увѣчья при эксплуатаціи не создаетъ еще права на вознагражденіе для потерпѣвшихъ. Это право возникаетъ лишь тогда, когда потерпѣвшіе понесли и имущественныя потери, при чемъ самый размѣръ вознагражденія ставится исключительно въ зависимость отъ дѣйствительно понесеннаго ими имущественнаго ущерба. Вслѣдствіе этого, если потерпѣвшій вслѣдствіе разстройства здоровья не занимался какою либо производительной дѣятельностью, а *жилъ на доходы съ своего имѣнія или капитала, то онъ не имѣетъ никакого права на вознагражденіе*. Точно также и причиненіе смерти не даетъ права членамъ его семьи на

вознагражденіе, если она обезпечена собственнымъ имуществомъ и не жила на средства убитаго (Б. Р. 1904/95).

Ст. 683, такимъ образомъ, на базѣ тѣхъ нормъ, на которыя она ссылается, даетъ не столько вознагражденіе убытковъ, сколько алиментовъ (*Existenzminimum*) недостаточно обезпеченнымъ лицамъ. Ст. 683 написана *только для будущихъ*. Она не писана для «живущихъ на свои доходы». Если бы мы пожелали возвести экономическій масштабъ на степень правовой категоріи, то мы *въ принципѣ* отмѣнили бы институтъ смѣшанной вины: желѣзная дорога отвѣчала бы безусловно и всегда въ полномъ размѣрѣ!

Итакъ, и имущественный масштабъ, даже и въ роли акцессорнаго масштаба долженъ быть нами отвергнутъ.

Въ господствующей литературѣ и, какъ мы видѣли въ отд. II § 2, въ Сенатской практикѣ, наибольшимъ авторитетомъ пользуется пріемъ *взвѣшиванія интенсивности вины той и другой стороны*. Это ученіе укладывается въ такой тезисъ: при наличности вины потерпѣвшаго желѣзная дорога отвѣчаетъ при условіи вины ея агента, при чемъ отвѣтственность понижается по усмотрѣнію суда въ уваженіе сравнительной степени вины потерпѣвшаго и агента.

Это ученіе опровергнуто нами въ отд. II—IV настоящаго изслѣдованія. Намъ осталось здѣсь разсмотрѣть лишь послѣдній, еще не разсмотрѣнный нами выше, пріемъ толкованія ст. 683 и «общаго смысла законовъ», коимъ думаютъ оправдать указанный тезисъ.

Ссылаясь, во-1-хъ, на то, что ст. 683 помѣщена въ кн. II, Разд. II, отд. II, подъотд. II: «о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные *преступленіемъ или проступкомъ*», и во-2-хъ, на то, что въ п. 8 ст. 683 говорится о *винѣ* желѣзно-дорожныхъ агентовъ, къ коимъ жел. дорога имѣетъ право регресса, русскіе юристы стараются оправдать ихъ *soit disant* «легальную теорію» *презумпціей вины* жел. дороги, какъ основаніе отвѣтственности желѣзной дороги по

ст. 683. Вставши на эту почву, они обострили всю проблему о «смѣшанной винѣ» на вопросѣ: допустимо ли по русскому праву соизмѣреніе объема отвѣтственности со степенью вины отвѣтчика? ¹⁾).

Давая утвердительный отвѣтъ на послѣдній вопросъ, съ точки зрѣнія «народнаго правосознанія» [грѣхъ—пополамъ], «сравнительнаго законодательства» [Швейц. Зак., Франц. юриспруденція] и «общаго смысла законовъ» [законы о профессиональномъ рискѣ 2 июня 1903 г. и др.], они думали, что разрѣшали всю проблему о смѣшанной винѣ.

Мы считаемъ такую постановку вопроса покоящейся на цѣломъ рядѣ логическихъ ошибокъ и на рядѣ недоразумѣній чисто фактическаго содержанія. Мѣсто занимаемое ст. 683 въ т. X ч. I не можетъ предрѣшать вопроса о юридической природѣ отвѣтственности желѣзной дороги, ибо т. X ч. I не есть кодексъ, а есть сводъ едва-едва приведенныхъ въ внѣшнюю систему законоположеній. Заголовки и титулы надъ законами, какъ извѣстно, не принадлежать къ законодательному тексту ²⁾).

Право регресса желѣзной дороги въ п. 8 обусловлено виной жел.-дор. агента, но это не значить, что сама жел.-дорога отвѣчаетъ изъ вины!

Наконецъ,—и это самое важное!—ученіе о смѣшанной винѣ не имѣетъ никакой связи съ вопросомъ о соизмѣреніи объема отвѣтственности со степенью вины отвѣтчика!

Во—1-хъ, между этими двумя вопросами нѣтъ моста:

¹⁾ *Осеки*, ук. соч. 216, *Штейнбергъ*, I, с. 70, *Объясн. Зап.* къ ст. 1078 Проекта Гр. Улож. [т. V, стр. 523 и слѣд.] На этой же з. *Dr. I Hede-mann* Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert 1 Teil Berlin. 1910 стр. 102. Авторъ ставитъ въ связь идею конкурирующей вины съ принципомъ соизмѣренія отвѣтственности со степенью вины отвѣтчика. Въ этомъ онъ видитъ „Verfeinerung des Schuldprinzips“

²⁾ Вспомнимъ, что и въ Германскомъ Гражд. Уложеніи, представляющемъ собой верхъ кодификаторскаго искусства, ст. 833 (отвѣтственность по закону за дѣйствія животныхъ) помѣщена въ отдѣлѣ „недозволенные дѣянія“, и это не даетъ повода германскимъ юристамъ конструировать отвѣтственность держателя животнаго, какъ отвѣтственность изъ *недозволеннаго дѣянія*.

распределение убытка между сторонами покоится на совѣмъ иныхъ началахъ и не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ вопросу о вліяніи вины *делинквента* на размѣръ возмѣщаемыхъ имъ убытковъ. Въ самомъ дѣлѣ, многія законодательства (напр. В. Г. В. и § 1 R. Н. G.) не знаютъ принципа соизмѣренія ответственности интенсивностью вины, а между тѣмъ знаютъ институтъ «смѣшанной вины».

Во-2-хъ, по русскому праву, степень вины остается безъ вліянія при опредѣленіи объема вознагражденія, какъ въ дѣяніяхъ преступныхъ (ст. 644), такъ и просто недозволенныхъ (ст. 684) ¹⁾.

Въ 3-хъ, ст. 683 опредѣляетъ особый порядокъ вознагражденія за вредъ и убытки, вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьѣ исключительно при эксплуатациіи жел.-дор. и пароходныхъ предпріятій. Очевидно, что этотъ законъ—законъ специальный, на извѣстный родъ дѣлъ установленный, который, съ одной стороны, не допускаетъ распространитель-

¹⁾ Главнуправляющій бывшимъ II Отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи гр. Блудовъ въ *Объяснит. Зап.* отъ 17 авг. 1846 г., № 410, при коей былъ представленъ въ Госуд. Совѣтъ проектъ правилъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ, между прочимъ высказалъ слѣдующія соображенія [П. С. З. 1851, марта 21 (25055)] ...«Напротивъ, когда дѣло идетъ о вознагражденіи лишь вещественнаго, причиненнаго преступленіемъ, вреда, то нѣтъ уже никакого повода вникать въ существо причинъ сего вреда, т. е. нанесенъ ли онъ чрезъ преступленіе умышенное или же неумышенное. Достаточно знать, что сей вредъ произошелъ не отъ случая, а отъ вины дѣйствовавшего при семъ лица. Вознагражденіе гражданское имѣетъ цѣлью удовлетворить по возможности за причиненный вредъ и симъ привести также по возможности подвергшееся оному лицу въ прежнее состояніе». См. еще мотивы къ ст. 17 У. У. С. [Изд. Госуд. Канц. стр. 33], и ихъ истолкованіе у *Таганцева*, «О вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ». Ж. М. Ю. 1866, т. XIX, стр. 422 сл. Наврядъ ли можетъ быть истолкована въ смыслѣ соизмѣренія объема убытковъ степенью вины и ст. 478 Уст. Торг. (изд. 1903 г.). Ст. 478 предусматриваетъ два случая свалки кораблей: 1) не по винѣ корабля, получившаго свалку [«онъ обязанъ, сверхъ собственнаго своего ущерба, платить и 1/2 причиненнаго другому кораблю убытка»], 2) по винѣ этого корабля («хозяева корабля... платятъ весь убытокъ»). Судебную практику, см. Сборникъ *А. Добровольскаго*, Уст. Торг., § 1 къ ст. 478; *Перамонъ*, Ответственность за вредъ и убытки, причиненные стоянкой судовъ. Ж. М. Ю. 1898, № 2.

наго толкованья (К. Р. 1889/79), а, съ другой стороны, не допускаетъ примѣненія къ нему принциповъ общегражданскаго права.

Наши юристы-практики усмотрѣли оправданіе институту «смѣшанной вины» въ «народномъ правосознаніи», выражающемся въ практикѣ волостныхъ судовъ разрѣшать дѣло «по совѣсти», «что бы ни кому обидно не было» ¹⁾. Но, вѣдь, наши общіе суды вовсе не организованы такъ, что бы судопроизводство приравнивалось къ требованіямъ конкретной справедливости ²⁾!

Къ тому же, въ области ст. 683, какъ *jus cogens*, принципы общегражданскаго права примѣнимы лишь въ тѣхъ узкихъ рамкахъ, въ какихъ они допущены самимъ закономъ. Ст. 683 ничего не говоритъ о «смѣшанной винѣ», и о правилѣ «грѣхъ пополамъ», а потому разложеніе убытка между сторонами должно послѣдовать на основаніи особыхъ началъ, извлеченныхъ изъ самой ст. 683.

Такимъ образомъ, къ тѣмъ соображеніямъ, которыя мы высказали въ отд. III и IV мы прибавляемъ здѣсь послѣднее и рѣшающее соображеніе противъ *принципа вины*, какъ масштаба разложенія убытковъ между сторонами въ области ст. 683. Статья 683 есть особая норма ответственности (*jus cogens*), пріютившаяся въ уголкѣ Отдѣла: «о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ или проступкомъ». Къ ней нельзя подходить съ масштабомъ, взятымъ изъ общегражданскихъ отношеній, ибо цѣлая пропасть отдѣляетъ ее, какъ отъ ст. 644, такъ и отъ ст. 684 т. X. ч. 1.

Каждый спеціальныи законъ долженъ быть въ сомнительныхъ пунктахъ изъясненъ по мѣрѣ возможности изъ самого себя, а не путемъ привлеченія общихъ законодатель-

¹⁾ А. Н. Штейнбергъ, 1. с. 70; *Объясн. Зап. къ ст. 1078 Проекта Гр. Ул.* т. V, стр. 524.

²⁾ Ср. Тимофеевъ. Вѣстникъ Права. 1903, кн. 1, стр. 8, признаетъ то же, хотя самъ является горячимъ поклонникомъ правила «грѣхъ пополамъ».

ныхъ нормъ. Каждому специальному закону присуща особая «ratio legis», а потому нельзя безъ крайней необходимости обращаться къ общегражданскимъ нормамъ, въ основаніи коихъ лежитъ совсѣмъ другая «ratio».

Оправданіе «смѣшанной вины» въ ст. 683 надо, правда, искать въ той идеѣ, которая лежитъ въ основѣ общаго ученія о возмѣщеніи убытка, что убытокъ долженъ быть возмѣщенъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ *причиненъ*, т. е. полностью или частью, смотря по обстоятельствамъ ¹⁾).

Подъ *причиненіемъ* мы понимаемъ здѣсь не каузальность въ общегражданскомъ смыслѣ, какъ голое причиненіе, связь факта со слѣдствіемъ, а—дѣйствіе специфической опасности, присущей жел.-дор. промыслу ²⁾). Жел. дорога должна возмѣстить вредъ, причиненный «при эксплуатаціи», т. е. причина коего лежитъ въ опасности жел.-дор. промысла.

Объемомъ этой «опасности промысла» опредѣляются и максимальныя и минимальныя границы отвѣтственности желѣзной дороги. Поскольку возникшій вредъ обязанъ собственной винѣ потерпѣвшаго, постольку онъ не обязанъ «опасно-

¹⁾ См. т. I нашей монографіи. стр. 419.

²⁾ Вотъ почему мы не можемъ согласиться съ теоріей *v. Latten*, Krit Vierteljahrschr. Bd. XI (1906), 28—29. Авторъ настаиваетъ на томъ, что надо раздѣлять два вопроса: 1) существуютъ ли адекватная причинная связь, 2) осуществлена ли «опасность промысла». Эти два момента не связаны между собою такъ, что бы эксплуатаціонныя случаи представляли нѣчто большее сравнительно съ адекватной причинной связью между отправленіями промысла и вредоноснымъ событіемъ. Вѣдь, мыслимы такія несчастія (Betriebsunfälle), которые не могутъ быть рассматриваемы, какъ адекватныя послѣдствія промысла. Напр. душевно больной кидается на рельсы въ 50 метрахъ отъ мчащагося поѣзда и раздавливается, при чемъ машинистъ, не смотря на всѣ усилія не могъ своевременно затормозить поѣздъ. Конечно, въ фактъ задаленія сумасшедшаго мы должны видѣть осуществленіе спеціальной опасности жел.-дор. промысла, т. е. такой опасности, которая не имѣетъ мѣста вообще или въ такой сильной мѣрѣ при другихъ средствахъ сообщенія. Однако, здѣсь нѣтъ адекватной причинной связи! Эта теорія остроумна, но что она намъ разъясняетъ? Она смотритъ на специфическую жел.-дор. отвѣтственность съ точки зрѣнія общегражданскихъ принциповъ отвѣтственности. Поэтому мы не можемъ признать ее правильной.

сти промысла» и въ этой мѣрѣ желѣзная дорога должна быть свободна отъ отвѣтственности ¹⁾). Посему вина жел. дороги и вина потерпѣвшаго оцѣниваются судомъ, не какъ таковыя, а въ ихъ свойствѣ момента, повышающаго опасность промысла. Здѣсь рѣчь идетъ, такимъ образомъ, не о «*compensatio culprae*», а о извѣщиваніи вины потерпѣвшаго съ общей опасностью жел.-дор. эксплуатаціи.

Содѣйствіе *случайныхъ причинъ* падаетъ на отвѣтственность предпринимателя, даже при наличности собственной вины потерпѣвшаго, при томъ условіи, что этотъ моментъ *случайности* образуетъ *существенное звено* въ каузальной серіи, приведшей къ несчастью.

Итакъ, при конкуренціи вины со случаемъ, также какъ и при «смѣшанной винѣ», судъ долженъ распредѣлить отвѣтственность между сторонами по мѣрѣ каузальнаго содѣйствія, исходящаго отъ той и другой стороны. Какими приемами долженъ руководиться судъ въ этой работѣ?—на этотъ счетъ никакихъ абсолютныхъ правилъ установить мы не можемъ. Въ этой работѣ судѣ 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 ариѳметическія формулы. Недо-

¹⁾ Конечно, и вина потерпѣвшаго можетъ быть обязана особенностямъ жел.-дор. эксплуатаціи. Споренъ вопросъ: образуетъ ли *vinu* жел. дороги тотъ фактъ, что она терпѣла (*acte de tolérance*) нарушеніе пассажирами, служащими, третьими лицами полиц. правилъ ж. д. безопасности; или же всякое нарушеніе такихъ правилъ лишаетъ потерпѣвшаго иска къ жел. дороге? Судбная практика во Франціи, Швейцаріи и Германіи въ принципѣ почитаютъ такие акты терпимости за *vinu* жел. дороги (смѣшанная вина!). Мы полагаемъ, что вина эта—несомнѣнна въ области фабрично-заводской промышленности. Ибо въ этомъ актѣ терпимости надо видѣть поощреніе къ нарушенію правилъ въ интересахъ патрона (то же для ж. д. служащихъ). Другое—въ области ж. д. несчастій съ третьими лицами. Здѣсь въ принципѣ терпимость не есть вина жел. дороги, но она можетъ служить однимъ изъ факторовъ, понижающихъ вину потерпѣвшаго

вѣріе 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! ¹⁾).

Болѣе важно установить правила, по коимъ мы должны распредѣлить «onus probandi» между сторонами.

Долженъ ли пострадавшій въ случаѣ конкуренціи собственной его вины со *случаемъ* доказывать этотъ случай, какъ особый факторъ несчастья?

Отвѣтъ долженъ быть отрицательнымъ. Вѣдь, принципиально и изначала жел.-дор. предприниматель отвѣчаетъ за *случай*. Если ему не удастся доказать, что несчастье должно быть приписано *исключительно* собственной винѣ потерпѣвшаго, то судъ долженъ «*ipso jure*» допустить такую конкуренцію *вины со случаемъ*.

И къ тому же самому выводу мы должны придти, если мы примѣнимъ съ полной логической послѣдовательностью принципъ, лежащій въ основѣ деликтной теоріи. Въ самомъ дѣлѣ, если даже стать на ту точку зрѣнія, что ст. 683 основана на презумпціи вины желѣзной дороги, то отсюда не слѣдуетъ, что доказанная вина потерпѣвшаго должна снимать цѣликомъ отвѣтственность жел. дороги.

Положеніе: презумпція говорить за *всю* вину желѣзной дороги въ несчастьи, а не за *совину*—не можетъ быть логически оправдано, ибо меньшее всегда заключается въ большемъ. По сему мы считаемъ нелогичнымъ требовать (какъ то дѣлаетъ деликтная теорія, защищаемая Сенатомъ) при доказанной винѣ потерпѣвшаго *доказанную* вину жел. дороги. Желѣзно-дорожный законъ предполагаетъ, что всякое несчастье обязано [предполагаемой] винѣ желѣзной дороги, и освобождаетъ ее въ случаяхъ, точно указанныхъ въ законѣ. Это освобожденіе можетъ послѣдовать лишь *тогда* и лишь *въ той*

¹⁾ Contra: *Гуляевъ*, с. с. 345: „Разумѣется судъ долженъ мотивировать свое постановленіе о присужденіи истцу вознагражденія въ опредѣленномъ размѣрѣ“.

мѣръ, поскольку соотвѣтствующія доказательства представлены желѣзной дорогой. И, наоборотъ, поскольку это не имѣетъ мѣсто, остается въ силѣ законное предположеніе вины. Поэтому и сохраняется въ соотвѣтствующей части отвѣтственность желѣзной дороги и даже безъ того, что бы необходимо было поднимать и разрѣшать въ положительномъ смыслѣ вопросъ о *винѣ* жел.-дор. органовъ.

Возьмемъ примѣръ. Пассажиръ облакачивается всей тяжестью о дверь купэ въ обоснованной надеждѣ, что дверь заперта снаружи; дверь открывается, онъ теряетъ равновѣсіе и вылетаетъ изъ вагона. Желѣзная дорога на искъ потерпѣвшаго защищается указаніемъ на то, что потерпѣвшій самъ виноватъ, напр. его напоръ на дверь всей тяжестью тѣла ничѣмъ не вызывался, а только при этомъ условіи дверь могла открыться. Если логично провести точку зрѣнія Сената, искъ потерпѣвшаго долженъ быть отброшенъ цѣликомъ, развѣ только онъ не докажетъ положительными данными *виновное* уищеченіе соотвѣтствующаго желѣзно-дорожнаго агента! Но развѣ можно серьезно утверждать, что въ данномъ случаѣ желѣзная дорога доказала, что несчастье обязано въ полной мѣрѣ *винѣ* потерпѣвшаго, т. е. такъ, что исключена всякая предполагаемая *совина* жел.-дор. агентовъ ¹⁾?!

Такимъ образомъ, мы считаемъ доказаннымъ, что 1) вина потерпѣвшаго не снимаетъ а priori всей отвѣтственности съ желѣзной дороги, 2) съ виной потерпѣвшаго конкурируетъ или предполагаемая *вина* желѣзной дороги или *случай*, за который отвѣчаетъ желѣзная дорога. Если же поврежденіе обязано исключительно *винѣ* потерпѣвшаго, нѣтъ *отвѣтственной несчастія* (Haftpflichtunfall), а потому не можетъ быть и рѣчи о цѣлостной или частичной отвѣтственности по ст. 683.

¹⁾ И австрійскіе юристы, которые примѣнительно къ Е. Н. Г., 5 марта 1869 г. строятъ жел.-дор. отвѣтственность на презумпціи вины, требуютъ отъ жел. дороги доказательства, что несчастье причинено цѣликомъ (zur Gänze) потерпѣвшимъ. Dr. J. Wachtel о. с. 231: „Dieser Beweis muss ein restlos sein“.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Проектъ Гражданскаго Уложенія.

I Кн. V. [ст. 474, 1078, 1087]. Редакція 1899 года

Вопросъ объ отвѣтственности владѣльцевъ транспортныхъ предпріятій за вредъ, причиненный при отправленіи промисла, регулированъ въ Проектѣ [кн. V] дважды: въ Раздѣлѣ II «Обязательства по договорамъ вообще», Глава XI: «Перевозка» (ст. 474) и въ Раздѣлѣ III «Обязательства, возникающія не изъ договоровъ», Глава IV: «Вознагражденіе за вредъ, причиненный недозволенными дѣяніями» (ст. 1078, 1087).

Соотвѣствующія статьи гласятъ слѣдующее:

Ст. 474.

„Перевозчикъ обязанъ вознаградить за вредъ, происшедшій отъ причиненія пассажиру, вслѣдствіе перевозки, смерти или тѣлеснаго поврежденія, если не докажетъ, что смерть или тѣлесное поврежденіе произошли отъ непреодолимой силы или вслѣдствіе непредотвратимыхъ дѣяній лицъ, не принадлежащихъ къ составу служащихъ или рабочихъ перевозчика, либо по винѣ самого пассажира.— Способъ и размѣръ этого вознагражденія, а также сроки давности на предъявленіе требованія о вознагражденіи опредѣляются по правиламъ о

Ст. 1078.

„Размѣръ вознагражденія за вредъ опредѣляется по усмотрѣнію суда сообразно степени вины причинившаго вредъ и другимъ обстоятельствамъ. Если потерпѣвшій самъ отчасти виновенъ, по своей неосторожности, въ причиненіи ему вреда, то судъ можетъ уменьшить размѣръ вознагражденія“.

Ст. 1087

„Если кому либо будетъ причинена смерть или тѣлесное поврежденіе на желѣзной дорогѣ вслѣд-

вознагражденіи за вредъ, причинен-
ный недозволенными дѣяніями“.

Ст. 468.

„Перевозчикъ обязанъ прилагать
крайнюю заботливость о безопасной
перевозкѣ пассажировъ“...

ствіе опасностей, сопряженныхъ съ
жел.-дорожнымъ движеніемъ, то соб-
ственникъ желѣзной дороги обязанъ
вознаградить за вредъ, если не до-
кажетъ, что смерть или тѣлесное
поврежденіе произошли отъ непрео-
долимой силы, либо вслѣдствіе не-
предотвратимаго дѣянія лицъ не
принадлежащихъ къ составу служа-
щихъ или рабочихъ желѣзной до-
роги, либо по винѣ самого погиб-
шаго или пострадавшаго“...

Разсмотримъ послѣдовательно: юридическую природу уста-
навливаемой въ этихъ статьяхъ ответственности [§ 1] и воп-
росъ о смѣшанной винѣ [§ 2].

§ 1. Юридическая природа ответственности владѣльцевъ транспортныхъ предпріятій.

Прежде всего, бросается въ глаза разница въ редакціи
ст. 474 и ст. 1087. Ст. 474 говоритъ о вредѣ, происшед-
шемъ «*пассажиру*», «*вслѣдствіе перевозки*». а ст. 1087
говоритъ: «если кому-либо будетъ причинена смерть или
тѣлесное поврежденіе на желѣзной дорогѣ *вслѣдствіе опа-
сностей, сопряженныхъ съ желѣзно-дорожнымъ движе-
ніемъ*»...

Это различіе въ редакціи обуславливается различіемъ въ
исходной точкѣ, которая послужила основаніемъ къ возложе-
нію ответственности на собственниковъ тѣхъ и другихъ тран-
спортныхъ предпріятій.

«Такая ответственность, т. е. рискъ за случайное при-
чиненіе смерти или тѣлеснаго поврежденія пассажиру, должна
быть возложена на перевозчика, именно, потому, что онъ со-
стоитъ съ пассажиромъ въ договорныхъ отношеніяхъ» ¹⁾.

¹⁾ Объясн. Зап. кн. V, (т. II), къ ст. 474, стр. 490.

Наоборотъ: «основанія устанавливаемой въ ст. 1087 и 1088 исключительной отвѣтственности должны вытекать не изъ отношеній, въ которыхъ можетъ находиться данное предпріятіе къ тѣмъ или другимъ потерпѣвшимъ, но изъ *особаго свойства* упомянутыхъ въ этой статьѣ *предпріятій*. Особое свойство этихъ предпріятій заключается въ *чрезвычайной опасности* ихъ для жизни и здоровья лицъ, которымъ приходится по необходимости или случайно имѣть дѣло съ подобными предпріятіями» ¹⁾).

Итакъ, перевозчикъ отвѣчаетъ лишь передъ пассажирами и за вредъ, происшедшій «вслѣдствіе перевозки».

Владѣлецъ желѣзно-дорожнаго предпріятія отвѣчаетъ передъ всякимъ («кому либо») за вредъ, происшедшій вслѣдствіе опасностей сопряженныхъ съ жел.-дор. движеніемъ».

Та и другая статья возлагаютъ на пострадавшаго обязанность доказать, что смерть или поврежденіе произошли «вслѣдствіе перевозки», т. е. доказать, что фактическая причина происшедшаго несчастія заключалась въ самой перевозкѣ (передвиженіи пассажира) или въ перевозочныхъ средствахъ (экипажѣ, лошадяхъ и т. п.) ²⁾. Если же пострадавшій ищетъ по ст. 1087, онъ долженъ доказать наличность *причинной связи* между понесеннымъ имъ вредомъ и даннымъ предпріятіемъ ³⁾.

Въ силу какихъ же юридическихъ началъ отвѣчаетъ перевозчикъ и желѣзно-дорожный предприниматель? И ст. 474 и ст. 1087 устанавливаютъ отвѣтственность владѣльцевъ транспортных предпріятій за *случайный вредъ* ⁴⁾.

Воззрѣнія редакторовъ Проекта на юридическую природу

¹⁾ Объясн. Зап. къ 5 (т. V), къ ст. 1087—1088, стр. 584. Объясн. Зап. т. II, стр. 491 еще разъ повторяетъ: «эти соображенія (о чрезвычайной опасности) непримѣнимы къ перевозчикамъ вообще, строгая отвѣтственность, которая вытекаетъ изъ сущности договора о перевозкѣ пассажировъ».

²⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 474.

³⁾ Объясн. Зап. т. V, стр. 594.

⁴⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 491; т. V, стр. 585.

этой усиленной отвѣтственности мы узнаемъ изъ слѣдующихъ разсужденій.

«Ст. 474 устанавливаетъ *предположеніе вины* (неосторожности) *перевозчика*. въ виду чего не пострадавшій обязанъ доказать вину, а именно неосторожность перевозчика, но *перевозчикъ обязанъ оправдать себя*. Это положеніе само по себѣ не составляетъ какого либо *новаго начала* и не служитъ къ усиленію отвѣтственности перевозчика. Если доказано, что вредъ причиненъ дѣйствіемъ или упущеніемъ даннаго лица, то само собою возникаетъ и предположеніе о неосторожности (отсутствіи предусмотрительности) этого лица. Законъ устанавливаетъ въ видѣ общаго правила, что совершившій недозволенное дѣяніе или не исполнившій обязательства предполагается виновнымъ, пока не докажетъ противнаго... Такія законныя предположенія (*praesumptiones juris*) не имѣютъ безусловнаго значенія, такъ какъ самъ законъ допускаетъ возможность ихъ опроверженія. Особенность же законнаго предположенія устанавливаемого въ ст. 474 проекта, заключается въ томъ, что статья эта *ограничиваетъ* перевозчика *въ способахъ опроверженія* его предполагаемой вины, а именно перевозчикъ, вопреки общему правилу (ст. 647 и 687 т. X ч. I, ст. 112 проекта, ст. 50, 62 Швейц. Союзп. Зак.), при наличности причинной связи между перевозкою и происшедшимъ вредомъ, *не въ правѣ доказывать случайность* причиненнаго вреда, т. е. невозможность предвидѣнія и предотвращенія вреда, не смотря на соблюденіе имъ требуемой заботливости. Выводъ о томъ, что перевозчикъ не въ правѣ оправдываться простою случайностью (*casus*) событія, причинившаго пассажиру смерть или поврежденіе, вытекаетъ изъ первой части ст. 474, въ точности *перечисляющей* тѣ обстоятельства, которые могутъ быть доказываемы перевозчикомъ въ свое оправданіе. Эти обстоятельства суть: 1) непреодолимая сила, 2) непредотвратимыя дѣянія лицъ, не принадлежащихъ къ составу служащихъ или рабочихъ перевозчика, и 3) вина самого пас-

сажира, т. е. такіа три обстоятельства или событія, которыя, являясь *дѣйствительными причинами*, происшедшаго вреда, устраняють причинную связь между перевозкою и происшедшимъ для пассажира вредомъ, такъ что при наличности этихъ причинъ нельзя утверждать, что вредъ произошелъ «вслѣдствіе перевозки» ¹⁾.

«Ст. 1087 и 1088 не только освобождаютъ потерпѣвшаго отъ представленія доказательствъ въ подтвержденіе вины собственника предпріятія, но вмѣстѣ съ тѣмъ лишаютъ послѣдняго вообще права доказывать отсутствіе вины (неосторожности) или случайность происшедшаго вреда, т. е. устанавливають, не подлежащее опроверженію, *предположеніе о его винѣ (неосторожности)*» ²⁾.

«Каждое изъ приведенныхъ въ ст. 474 трехъ основаній къ освобожденію перевозчика отъ отвѣтственности имѣетъ не безусловное значеніе, такъ какъ, не смотря на доказанность непреодолимой силы, непредотвратимаго дѣянія постороннихъ лицъ или собственной вины пострадавшаго пассажира, **перевозчикъ можетъ тѣмъ не менѣе быть привлеченъ къ отвѣтственности, если смерть или поврежденіе пассажира могутъ быть приписаны отчасти и винѣ перевозчика**» ³⁾.

То же самое соображеніе высказано редакторами проекта и къ ст. 1087. «Не всякое дѣяніе посторонняго лица и не всякое дѣйствіе силъ природы устраняетъ причинную связь. такъ какъ собственники опасныхъ предпріятій несомнѣнно **обязаны принимать мѣры предосторожности какъ противъ третьихъ лицъ (напр., недопускать посторонняго къ загражденію пути и т. п.), такъ и противъ дѣйствія природы (напр., предупреждать подмывку полотна желѣзной дороги вслѣдствіе наводненій или проливныхъ дождей)**» ⁴⁾.

¹⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 492—493.

²⁾ Объясн. Зап. т. V, стр. 580.

³⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 499.

⁴⁾ Объясн. Зап. т. V, стр. 591.

Но эти соображенія рождаютъ новый вопросъ: «обязанъ ли перевозчикъ, удостовѣрившій одну изъ оправдывающихъ его причинъ происшедшаго вреда, *доказывать еще отсутствіе своей вины*, или другими словами, *устраняютъ ли* поименованныя въ ст. 474 событія установленное въ той же статьѣ *предположеніе вины перевозчика?*» ¹⁾.

Этотъ вопросъ поднимаютъ сами редакторы проекта, но они его не рѣшаютъ въ ясныхъ и не допускающихъ сомнѣній выраженіяхъ. «Вопросъ этотъ, казалось бы, слѣдуетъ разрѣшить въ томъ смыслѣ, что перевозчикъ, доказавшій одну изъ указанныхъ въ ст. 474 (ч. I) причинъ вреда, только тогда освобождается отъ отвѣтственности, если онъ вмѣстѣ съ тѣмъ удостовѣрилъ, что эти причины вреда не могли быть имъ *предусмотрѣны* и, слѣдовательно, возникли безъ всякой съ его стороны вины, т. е. случайно... Весьма часто однако событіе причинившее вредъ, само по себѣ представляется столь рѣдкимъ и чрезвычайнымъ, что было бы излишнимъ требовать отъ перевозчика еще доказательствъ невозможности предвидѣнія событія (напр., землетрясеніе, нападеніе вооруженной шайки). Въ подобныхъ случаяхъ, когда устраняется предположеніе вины перевозчика, отъ пострадавшаго пассажира зависить доказывать наличность какой либо вины со стороны перевозчика» ²⁾.

Въ объясненіяхъ къ ст. 1087 (т. V) мы не находимъ даже и этихъ туманныхъ разъясненій по интересующему насъ вопросу. Но отъ подчеркиванія той мысли, что «ст. 1087 освобождаетъ собственниковъ желѣзныхъ дорогъ и пароходовъ отъ отвѣтственности лишь тогда, когда они докажутъ, что смерть или тѣлесное поврежденіе произошли отъ *непреодолимой* силы природы, либо вслѣдствіе *непредотвратимаго* дѣянія лицъ, не принадлежащихъ къ составу служащихъ или

¹⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 499.

²⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 499.

рабочихъ предпріятія» ¹⁾), — можно полагать, что и желѣзная дорога для сложенія съ себя отвѣтственности должна доказать не только факты, указанные въ п. I ст. 1087, но и свою *невиновность* въ ихъ допущеніи.

Изъ всѣхъ приведенныхъ выше выдержекъ мы можемъ сдѣлать для ст. 474 и ст. 1087 проекта ред. 1899 г. слѣдующіе выводы.

Пострадавшій обязанъ доказать лишь *фактъ причиненія ему вреда* при отправленіи промысла (перевозки, желѣзно-дорожнаго предпріятія).

Владѣлецъ предпріятія *предполагается виновнымъ* въ создавшемся несчастіи.

Однако, «одно перенесеніе тяжести доказательства на предпринимателя, т. е. установленіе въ законѣ предположенія его виновности съ предоставленіемъ ему права *доказывать* свою *невиновность* (т. е. отсутствіе неосторожности), также не ограждало бы интересовъ пострадавшихъ» ²⁾. Это — не *praesumptio juris*, а — *praesumptio juris et de jure*, т. е. предположеніе о его винѣ *не подлежитъ опроверженію* ³⁾.

Владѣлецъ предпріятія, для сложенія съ себя отвѣтственности, можетъ ссылаться только на слѣдующія обстоятельства: 1) на непреодолимую силу, 2) непредотвратимыя дѣянія третьихъ лицъ и 4) собственную вину пострадавшаго. — На случайность (внутренній случай) несчастія ссылаться онъ не въ правѣ, ибо въ отвѣтственности за *случай* и лежитъ *усиленная отвѣтственность* предпринимателя.

Удовлетворяетъ ли насъ такая постановка и такое разрѣшеніе вопроса? Не колеблясь, отвѣтимъ — *нѣтъ!*

¹⁾ Объясн. Зап. т. V, стр. 591.

²⁾ Объясн. Зап. т. V, стр. 585.

³⁾ На стр. 580 (т. V): «Ст. 1087 (ч. I) устанавливаетъ не только законное, но и не допускающее опроверженія *предположеніе* (*praesumptio juris et de jure*) о существованіи вѣрной причинной связи между вредомъ и какимъ-либо дѣйствіемъ или упущеніемъ хозяина предпріятія, либо его служащихъ и рабочихъ».

Во-первыхъ, какъ мы видѣли, отвѣтственность по ст. 474 и по ст. 1087 регулирована на однихъ и тѣхъ же началахъ. Это заставляетъ насъ усомниться въ необходимости дважды въ одномъ Уложеніи регулировать отвѣтственность владѣльца транспортнаго предпріятія.

Редакторы проекта настаиваютъ на *особой опасности*, присущей желѣзно-дорожному промыслу, и ограничиваютъ понятие эксплуатаціи совокупностью тѣхъ отправленій въ желѣзно-дорожномъ промыслѣ, которыя придаютъ этому промыслу характеръ особой опасности, сравнительно съ другими предпріятіями. Поэтому, подъ дѣйствіе ст. 1087 должны подпадать лишь такія поврежденія, полученные при эксплуатаціи желѣзной дороги, которыя не могутъ быть вызваны однородными опасностями другихъ промысловъ ¹⁾.

Такой поворотъ къ старому законодательству, [Прусс. зак. 3 нояб. 1838 г., русс. зак. 12 мая 1852 г.], думается намъ, не оправдывается историческимъ ходомъ развитія желѣзно-дорожнаго права, какъ на Западѣ, такъ и въ Россіи. Включеніе мотива «опасности» въ самый текстъ статьи должно быть рѣшительно осуждено нами. Да и по существу, какъ редакція статьи 1087, такъ и категорическія выраженія Объяснительной записки могутъ ввести судебную практику въ заблужденіе: они говорятъ о «желѣзно-дорожномъ движеніи», «подъ желѣзной дорогой понимается всякій рельсовый путь»; создается впечатлѣніе, что отвѣтственность желѣзно-дорожныхъ предпріятій ограничивается только тѣми несчастными случаями, которые имѣли мѣсто при движеніи и отправленіи поѣздовъ дороги. Однако, ст. 1087 должна имѣть примѣненіе и къ тѣмъ несчастнымъ случаямъ, которые приклю-

¹⁾ *Объясн. Зап.* V, 596-597: „Поэтому та же исходная точка, которая послужила основаніемъ къ возложенію на собственниковъ жел. дорогъ и пароходовъ болѣе строгой отвѣтственности, именно особая *опасность* этихъ предпріятій для жизни и здоровья людей, должна служить и основаніемъ для опредѣленія несчастныхъ случаевъ, пользующихся особою защитой закона относительно вознагражденія за причиненный ими вредъ“.

чаются и на строящихся дорогах¹⁾. Потерпевшими считаются всякія лица «независимо отъ того, находились ли они въ какомъ либо договорномъ отношеніи къ предпріятію (напр. рабочіе, пассажиры), или нѣтъ (постороннія лица)»²⁾. Съ другой стороны, по мысли редакторовъ проекта, несчастіе должно быть обязано силамъ *эксплоатаціи*: недостаточно, чтобы несчастный случай имѣлъ мѣсто на рельсахъ.

Всѣ эти соображенія заставляютъ насъ осудить замѣну словъ «причиненныхъ при эксплуатаціи» (ст. 683) словами: «если... причинена .. на желѣзной дорогѣ, вслѣдствіе опасностей, сопряженныхъ съ желѣзно дорожнымъ движеніемъ» (ст. 1087). Подобная редакция законопроекта не послужитъ къ уясненію спорнаго вопроса о существѣ юридической природы желѣзно-дорожной отвѣтственности по ст. 1087 Гражданскаго Уложенія. Она повлечетъ за собою, къ тому же, не усиленіе, а, именно, ограниченіе и ослабленіе отвѣтственности предпринимателей, что, конечно, не лежало въ цѣляхъ законодателя³⁾. Но и помимо неудачности редакция ст. 1087, сама постановка вопроса о базѣ желѣзно-дорожной отвѣтственности въ Объяснительной Запискѣ поднимаетъ рядъ возраженій. Въ самомъ дѣлѣ, отвѣтственность желѣзно-дорожнаго владѣльца основана на *презумпціи вины*. Правда, эта презумпція вины не подлежитъ опроверженію, но все же *виновный принципъ* отвѣтственности пробивается тамъ и сямъ⁴⁾,

¹⁾ *Объясн. Зап.* т. V, стр. 597.

²⁾ *Ibid.*, стр. 581.

³⁾ По тѣмъ же соображеніямъ слова въ ст. 1087: „вслѣдствіе опасностей, сопряженныхъ съ плаваніемъ судовъ“ и въ ст. 1088: „вслѣдствіе дѣйствія машины или другихъ орудій вслѣдствіе какихъ либо опасныхъ для жизни и здоровья условій даннаго производства“, — подлежатъ замѣнѣ словами: „при эксплуатаціи фабрики, завода или горнаго промысла“.

⁴⁾ И что болѣе странно, — въ мотивахъ къ ст. 1087 идея *вины* болѣе подчеркнута, чѣмъ въ ст. 474, гдѣ даже указывается на отвѣтственность изъ идеи *риска* [„нѣкоторый (sic!) рискъ“, т. II, стр. 499]. Ср. ст. 1101 Проекта: „каждый отвѣчаетъ за вредъ, происшедшій отъ находящихся въ его завѣданіи машинъ, паровыхъ котловъ и другихъ опасныхъ предметовъ, если не

напр., въ обязанности отвѣтчика доказать не только наличность обстоятельствъ, указанныхъ въ ст. 474 и п. 1 ст. 1087, но, кромѣ того, и свою невиновность.

Дѣйствующую же ст. 683 т. X ч. I редакторы прямо истолковываютъ [т. V, стр. 588—589] въ смыслѣ отвѣтственности, основанной на матеріально-правовой презумпціи виновности, которую желѣзная дорога можетъ опровергать для сложенія съ себя отвѣтственности.

Въ третьихъ, сами редакторы проекта не сознавали всего значенія своей реформы. Предположеніе вины—утверждаютъ они—«не составляетъ какого либо новаго начала». «Законъ устанавливаетъ въ видѣ общаго правила, что совершившій недозволенное дѣяніе или не исполнившій обязательства предполагается виновнымъ, пока не докажетъ противнаго» (т. II стр. 494, здѣсь же ссылки на X т. ч. I и иностр. законодательства) (sic!!). Здѣсь редакторы не ссылаются на авторитеты науки; да это и было бы затруднительно, ибо высказанное положеніе есть плодъ творчества самого автора Объяснительной Записки къ указаннымъ статьямъ—г-на Э. Пирвицъ¹⁾.

докажетъ, что имъ были приняты необходимыя мѣры предосторожности^а. Здѣсь уже прямо установлена матеріально-правовая презумпція вины. [Объясн. Зап. т. V, стр. 664].

¹⁾ *Пирвицъ* принималъ ближайшее участіе въ составленіи проекта кн. V Гр. Уложения. [См. Введеніе къ т. I, Объясн. Зап., LV]. Страницы 494 и сл. т. II суть повтореніе того, что *Пирвицъ* писалъ въ *Ж. М. Ю.* 1895, № 3 (январь), стр. 59—60. И въ свою очередь, авторъ, повидимому, заимствовалъ высказанныя мысли у *Демчинскаго*, ук. с. Ж. Гр. и Уг. Пр. 1886/6, стр. 30—31. Точку зрѣнія редакторовъ Проекта раздѣляетъ проф. *И. А. Покровский*, «Обязательства изъ деликатовъ въ Проектѣ Гр. Уложения». Кіевъ, 1901, стр. 11—12. Но намъ думается, что авторъ смѣшиваетъ предположеніе вины, какъ матеріально-правовую презумпцію [т. е. явленіе гражданского права], съ предположеніемъ вины, какъ условія важнаго для распредѣленія доказательствъ [т. е. явленіе процессуальнаго права]. А разница—громадная, не только съ теоретической точки зрѣнія, а и съ практической точки зрѣнія! Помимо соображеній указанныхъ въ текстѣ, укажемъ здѣсь на то, что объемъ *onus probandi* экскультирующаго себя отвѣтчика будетъ въ случаяхъ законной презумпціи его вины обычно больше, чѣмъ въ случаяхъ *житейской* презумпціи. Въ случаяхъ законной презумпціи онъ необходимо долженъ доказать положительными

Если указанное положеніе съ извѣстными оговорками и въ пѣкоторыхъ случаяхъ и вѣрно (фактически) при установленіи вины въ общегражданскихъ отношеніяхъ¹⁾, то оно рѣшительно невѣрно къ сферѣ ответственности на базѣ профессиональнаго риска. Если бы мы вздумали здѣсь потребовать отъ истца доказательства *вины* желѣзной дороги, то весь *onus probandi* палъ бы на истца, ибо, доказавъ причинную связь между вредомъ и *эксплоатаціею*, онъ вовсе не установилъ бы предполагаемой вины *владельца* желѣзной дороги²⁾.

данными тѣ событія, которымъ надо приписать происшествіе и за которыми онъ не отвѣчаетъ: тогда какъ въ случаѣ житейской презумпціи судья долженъ быть болѣе снисходительнымъ къ нему. Важность этого различія проявляется въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда фактически по обстоятельствамъ дѣла отвѣтчикъ не виновенъ. Если возложить *onus probandi на истца*, онъ несомнѣнно проигралъ бы искъ: но если возложимъ [законную] презумпцію вины на сторону отвѣтчика, исходъ дѣла можетъ быть другимъ: вѣдь, отвѣтчику часто трудно точно доказать свою невиновность. Далѣе. Несомнѣнно, что житейская презумпція вины оправдывается лишь тогда, когда изъ *обстоятельствъ дѣла* явствуется *вина* отвѣтчика. Если изъ обстоятельствъ дѣла эта вина не явствуется, то наврядъ ли законно поступить судья, не имѣя на то велѣнія законодателя, перенося *onus probandi* [своей невиновности] на отвѣтчика. Съ этими соображеніями не долженъ считаться судья при наличности законной презумпціи вины. Наконецъ, представимъ себѣ, что отвѣтчикъ на судъ не явился. Въ заочномъ рѣшеніи судъ присуждаетъ истцу все требованіе имъ доказанныя, [ст. 722 У. Г. С.]. Если мы имѣемъ житейскую презумпцію вины, истецъ долженъ доказать вину отвѣтчика. Если мы имѣемъ законную презумпцію вины, истецъ выиграетъ процессъ и не доказавъ вины отвѣтчика. По всемъ этимъ соображеніямъ мы считаемъ осматриваемыи нами взглядъ ошибочнымъ.

1) Сами редакторы Проекта Гр. Уложения не прониклись этой идеей. „По общимъ началамъ гражданскаго судопроизводства, потерпѣвшій вредъ, въ качествѣ истца, *обязанъ доказать* все требуемая закономъ условія для возникновенія обязательства, въ томъ числѣ и *виновность отвѣтчика*“. „Ст. 1074. *отсутствуетъ* отъ общихъ условій возникновенія обязательства вознагражденія въ томъ отношеніи, что. . 2) устанавливаетъ *предположеніе* виновности хозяевъ“ (т. V, стр. 499). Устанавливая въ ст. 1074 и сл. Проекта „предположеніе виновности въ пользу потерпѣвшаго“, редакторы признають, что такая *prae-sumptio culpa* въ такихъ случаяхъ является извѣстнымъ *усиленіемъ ответственности* виновника. Да иначе и быть не можетъ, ибо зачѣмъ было бы иначе устанавливать для извѣстной категоріи случаевъ эту презумпцію вины, разъ она предполагается во всехъ случаяхъ“

2) Косвенное сознаніе этому мы находимъ въ *Обяснит. Зап.* т. V, стр. 584—585.

Далѣ. Особенность законнаго предположенія вины заключается—по утвержденію редакторовъ ¹⁾ лишь въ томъ, что отвѣтчикъ «ограниченъ въ способахъ опроверженія его предполагаемой вины»: именно, «онъ не въ правѣ доказывать случайность причиненнаго вреда».

Excusez du peu!! Хорошо «ограниченіе»! Намъ думается, что разъ отвѣтчикъ ствѣчаетъ безусловно *e lege* за случайность, то и рѣчи не можетъ быть о размѣрахъ доказуемой или опровергаемой вины!

Нигдѣ редакторы проекта не говорятъ о профессиональномъ рискѣ. Они и не подозреваютъ о существованіи особой правовой категоріи «Betriebsgefahr», какъ такого самостоятельнаго фактора несчастія, который не устраняется изначала привхожденіемъ собственной вины потерпѣвшаго. Въ каузальную серію можетъ войти или «casus» или собственная вина потерпѣвшаго: конкурировать другъ съ другомъ въ одной каузальной серіи эти факторы, по мысли редакторовъ, не могутъ. Почему? Этимъ вопросомъ редакторы проекта и не задаются, да и не могутъ задаваться, ибо они смотрятъ на все сквозь призму деликтной теоріи, которую они не отвергаютъ, а лишь приспособляютъ къ специфической области ж. д. права.

§ 2. Смѣшанная вина.

Та неглубокая и искусственная разница между ст. 474 и ст. 1087, которой редакторы проекта старались оправдать отдѣльное регулированіе ответственности перевозчика и жел.-дор. предпринимателя, нивелируется на базѣ общей статьи 1078. Эта статья гласитъ:

«Размѣръ вознагражденія за вредъ оп-

¹⁾ Ibid. г. II, стр. 492.

редѣляется по усмотрѣнію суда сообразно степени вины причинившаго вредъ и другимъ обстоятельствамъ.

Если потерпѣвшій самъ отчасти виновенъ, по своей неосторожности, въ причиненіи ему вреда, то судъ можетъ уменьшить размѣръ вознагражденія.

Хотя эта статья и помѣщена въ главѣ: «вознагражденіе за вредъ, причиненный недозволенными дѣяніями», однако, въ силу п. 2 ст. 474, она распространяется и на отвѣтственность «перевозчиковъ» ¹⁾.

Эта статья содержитъ два принципа: 1) размѣръ вознагражденія за вредъ опредѣляется по усмотрѣнію суда, который принимаетъ въ уваженіе *всю обстоятельства дѣла*, и въ частности.—степень вины причинившаго вредъ, и 2) въ случаѣ взаимной вины судъ можетъ уменьшить размѣръ вознагражденія.

Въ виду того, что ни ст. 474 ни 1087 ст. не ограничиваютъ своей ссылки частью 2-й ст. 1078, мы въ правѣ предполагать, что онѣ подпадаютъ и подъ дѣйствіе части 1-ой ст. 1078 ²⁾.

Первый принципъ редакторы оправдываютъ такъ: «нельзя не (??) забывать и того, что уплата вознагражденія имѣетъ для причинившаго вредъ значеніе болѣе или менѣе тяжкаго наказанія (Laurent, т. XX, № 530), которое всегда должно быть по возможности соразмѣрнымъ съ виною» ³⁾. «Независимо отъ степени вины и «другія обстоятельства» могутъ быть принимаемы судомъ въ руководство при опредѣленіи размѣра вознагражденія, въ особенности *имущественное по-*

¹⁾ Объясн. Зап. II, стр. 499: «совмѣстная вина пассажира и перевозчика не освобождаетъ послѣдняго отъ обязательства вознагражденія, но можетъ служить лишь основаніемъ къ соответствующему уменьшенію размѣра вознагражденія (ст. 474 ч. 2)».

²⁾ Объясн. Зап. т. II, стр. 500.

³⁾ Объясн. Зап. т. V, стр. 526.

положеніе потерпѣвшаго и причинившаго вредъ, какъ это прямо выражено въ слѣдующей статьѣ (1079) относительно случаевъ присужденія содержанія въ пользу потерпѣвшаго»¹⁾).

Остановимся на этихъ положеніяхъ. Переведя Лорановское «*reine civile*» въ смыслѣ «болѣе или менѣе тяжкое наказаніе», редакторы проекта прямо заявили себя сторонниками того ученія, которое обязано недопустимому въ XX вѣкѣ смѣшенію уголовно,—и цивильно правовыхъ понятій. Возмѣщеніе убытковъ не есть наказаніе! Впрочемъ, сами редакторы не выяснили себѣ юридическое оправданіе ихъ «уголовно-деликтной теоріи», такъ какъ рядомъ (стр. 526—527) ссылаются на русское обычное право («грѣхъ пополамъ»), въ которомъ соотвѣтствующій принципъ получилъ совсѣмъ другую формулировку и обоснованіе²⁾).

Устанавливая же *имущественный принципъ* при опредѣленіи размѣра возмѣщаемыхъ убытковъ, редакторы не могли опереться ни на одинъ авторитетъ науки и ни на одно положительное законодательство. Они ссылаются лишь на ст. 1079 проекта, устанавливающаго правило объ обязанности *доставленія содержанія* (алименты). Но здѣсь «пріятіе въ соображеніе потребностей того, кто имѣетъ право на вознагражденіе» не есть то же, что считаться съ экономическимъ положеніемъ сторонъ въ дѣлѣ возмѣщенія причиненнаго убытка!!

Сами по себѣ сомнительные даже въ области общеграж-

¹⁾ Ibid., стр. 527.

²⁾ Отмѣтимъ здѣсь еще интересное противорѣчіе въ разсужденіяхъ авторовъ Проекта. На стр. 448, т. V (къ ст. 1065) мы читаемъ: „Въ настоящемъ проектѣ не дѣлается различія между степенями неосторожности (грубая и легкая), каковыя и предусматриваются въ нѣкоторыхъ законодательствахъ... Наука и новѣйшія законодательства, въ томъ числѣ и наше, высказались *противъ* такого безполезнаго *дробленія* понятія неосторожности въ отношеніи обязательствъ, возникающихъ изъ недозволенныхъ дѣяній, на томъ основаніи, что на практикѣ трудно провести рѣзкую черту между разными степенями неосторожности и въ *принципѣ* потерпѣвшій долженъ получить полное удовлетвореніе при всякой, даже малѣйшей, неосторожности виновника дѣянія“ (!!!).

данской обязанности возмѣщенія убытковъ, критикуемые нами принципы, какъ мы доказали въ предшествующемъ отд., рѣшительно непріемлемы въ области желѣзно-дорожнаго права.

На основаніи какого же масштаба подлежатъ распределенію убытки при наличности взаимной вины желѣзной дороги и пострадавшаго?

Во-первыхъ, для «смѣшанной вины» въ области общегражданскихъ отношеній и въ области желѣзно-дорожнаго права Проектъ, какъ мы видимъ, устанавливаетъ одну норму.

Можно предположить, что желѣзно-дорожная отвѣтственность базирована на тѣхъ же началахъ, какъ и общегражданская отвѣтственность!..

Правда, редакторы проекта говорятъ о специальной отвѣтственности предпринимателя, какъ объ отвѣтственности «за *нѣкоторый* (sic!) рискъ за случайную гибель пассажира» (т. II, стр. 499), они полагаютъ, что отвѣтственность желѣзной дороги «основана на *презумпции вины*» (т. V, стр. 588), и что переложеніе *onus probandi* въ желѣзно-дорожной сферѣ «не составляетъ какого либо *новаго начала*» (т. II, стр. 492).

Всѣ высказанныя нами въ предшествующихъ главахъ соображенія опровергаютъ эту конструкцію. А вмѣстѣ съ тѣмъ и обличается вся несостоятельность ученія о «смѣшанной винѣ».

Далѣе. Какой *масштабъ* рекомендуютъ судьи редакторы проекта при разложеніи вреда между виновными сторонами?

Объ этомъ мы не находимъ ни полъ слова, ни въ самомъ текстѣ проекта, ни въ объяснительной запискѣ ¹⁾!

¹⁾ Редакторы Мотивовъ (т. V, къ ст. 1078) ограничиваются только тѣмъ, что старательно доказываютъ необходимость предоставить возможно широкое правомочіе судьи въ дѣлѣ установленія размѣра возмѣщаемыхъ убытковъ; въ частности—право соразмѣрять объемъ вознагражденія степенью вины. „Такое стремленіе примирить право потерпевшаго съ интересами виновника вреднаго дѣянія проявляется не только въ иностранныхъ законодательствахъ, даже новѣйшихъ, но имѣетъ обширное примѣненіе и въ *нашемъ обычномъ правѣ*, которое выражаетъ это начало въ поговоркѣ: „*грѣхъ пополамъ*“ (стр. 526).

«Если потерпѣвшій самъ отчасти виновенъ, по своей неосторожности, въ причиненіи ему вреда, то судъ можетъ уменьшить размѣръ вознагражденія» (ч. 2, ст. 1087).

И только? А на какихъ основаніяхъ «уменьшать размѣръ вознагражденія»? Въ объясн. запискѣ (т. V, стр. 527 и сл.) редакторы приводятъ намъ различныя законодательства, въ коихъ приняты различныя системы. по какому типу законодательствъ они даютъ свои симпатіи—объ этомъ мы можемъ лишь догадываться, ничего опредѣленнаго намъ мотивы не говорятъ!

Повидимому, редакторы проекта все же симпатизировали французской системѣ разложенія вреда по *принципу вины*. Но, примѣнимъ ли этотъ масштабъ въ области желѣзно-дорожной отвѣтственности? Все предшествующее наше изложеніе даетъ намъ право отвѣтить «нѣтъ»!

Задача, которую поставили себѣ редакторы проекта, осталась, такимъ образомъ, неразрѣшенной. Не уяснивъ себѣ сущности и юридической природы отвѣтственности желѣзно-дорожныхъ предпринимателей, они и не могли дать удовлетворительнаго отвѣта на вопросъ о разрѣшеніи того отношенія, которое именуется «смѣшанной виной».

II. Кн V. [ст. 440, 1048, 1056]. Редакція 1903 года.

Ст. 440.

„Общественный возчикъ обязанъ вознаграждать за вредъ...“ [см. редакцію ст. 474 изд. 1899 г.].

ст. 434=ст. 468
(изд. 1899 г.).

Ст. 1048.

„Размѣръ вознагражденія за вредъ опредѣляется по усмотрѣнію суда (ст. 97), сообразно обстоятельствамъ.—Если потерпѣвшій самъ отчасти виновенъ, по своей неосторожности, въ причиненіи ему вреда, то судъ можетъ уменьшить размѣръ вознагражденія“.

ст. 1056.

„Если кому либо причинена смерть или тѣ-

лесное повреждение на желѣзной дорогѣ вслѣдствие опасностей, сопряженныхъ съ жел.-дорож. движеніемъ, то владѣлецъ жел. дороги обязанъ вознаградить за вредъ, если не докажетъ, что смерть или тѣлесное поврежденіе произошли отъ непреодолимой силы, либо вслѣдствіе непредотвратимаго дѣянія лица, не принадлежащихъ къ составу служащихъ или рабочихъ жел. дороги, либо вслѣдствіе злого умысла или грубой неосторожности самого погибшаго или пострадавшаго“.

Сопоставленіе этихъ статей съ соответствующими статьями Проекта I по изд. 1899 г. показываетъ намъ серьезное отклоненіе редакторовъ Гражд. Уложенія по редакціи 1903 г. отъ основныхъ принциповъ отвѣтственности, установленныхъ въ первомъ Проектѣ. Во-первыхъ, что касается субъектовъ отвѣтственности, то ст. 440 II отличается отъ соответствующей ст. 474 I тѣмъ, что замѣняетъ понятіе «перевозчикъ» болѣе узкимъ понятіемъ «общественный возчикъ». Редакторы (т. V, стр. 180) оправдываютъ эту замѣну тѣмъ, что возложеніе особой суровой отвѣтственности, опредѣляемой въ рассматриваемой статьѣ по редакціи 1899 г. на всѣхъ безъ исключенія перевозчиковъ (извозчиковъ и пр.) было бы несправедливо и не соответствовало бы практическимъ потребностямъ жизни.

Болѣе важное для насъ значеніе имѣетъ ст. 1048 II (=1078 I). Въ первой части ея послѣ слова «сообразно» ~~исключены~~ слова «степени вины причинившаго вредъ и другихъ»... Редакторы проекта (т. V, 427) такъ мотивируютъ эту замѣну: «ставить отвѣтственность за вредъ въ зависимость отъ степени вины лица, его причинившаго, составляло бы существенное отступленіе отъ принципа ст. 1036 (1065), по которому совершеніе всякаго недозволеннаго дѣянія какъ бы оно ни было незначительно само по себѣ, даетъ потерпѣвшему отъ него лицу право на вознагражденіе за понесенный имъ отъ сего дѣянія вредъ въ полномъ объемѣ»¹⁾.

¹⁾ Эта замѣненіе обязано, повидимому, настоянію г. Осенкина. См. его

Наконецъ, наиболѣе важное въ принципиальномъ отношеніи и непосредственно интересное для насъ измѣненіе мы находимъ въ ст. 1056 II. Въ ст. 1087 I въ концѣ абзаца: «...если не докажетъ, что смерть или тѣлесное поврежденіе произошли... *либо по винѣ самого пошибшаго или пострадавшаго*»... слова «по винѣ» замѣнены выраженіемъ: «*вслѣдствіе злого умысла или грубой неосторожности*». Редакторы проекта мотивируютъ такую замѣну желаніемъ согласовать въ редакціонномъ отношеніи 1-ую часть настоящей статьи съ изложеніемъ ст. 2 правилъ 2 іюня 1903 года (т. V, 435).

Должны ли мы привѣтствовать послѣднюю новеллу? Мы лично не находимъ достаточно словъ, чтобы протестовать противъ такого новаторства. Оно не оправдывается, ни указанными въ Объяснительной Запискѣ соображеніями, ни общими логическими соображеніями, ни всѣмъ историческимъ развитіемъ западно-европейскаго жел.-дорожнаго законодательства.

Во-первыхъ, бросается въ глаза, что колоссальное по своей важности нововведеніе ст 1056 изд. 1903 г. сдѣлано почти безъ всякой мотивировки. Оно сдѣлано «въ видахъ согласованія въ редакціонномъ отношеніи 1-й части настоящей статьи съ изложеніемъ ст. 2 Правилъ 2 іюня 1903 г.». Но, на самомъ дѣлѣ, никакого согласованія нѣтъ! Ст. 2 «Правилъ о вознагражденіи потерпѣвшихъ вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ рабочихъ и служащихъ, а равно членовъ ихъ семействъ въ предпріятіяхъ фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности» гласитъ: «владѣлецъ предпріятія освобождается отъ обязанности вознаграждать рабочихъ и членовъ ихъ семействъ только въ томъ случаѣ, если докажетъ, что причиною несчастнаго случая были злой умыселъ самого потерпѣвшаго или грубая неосторожность его, *не оправдывае-*

вполнѣ правильныя разсужденія въ *Правт.*, 1900, № 10, стр. 515—520. Однако редакторы Проекта не пошли такъ далеко, чтобы замѣнить субъективное понятіе *вини* объективнымъ понятіемъ *недозволенности дѣянія*, какъ то предлагалъ Осецкій.

мая условіями и обстановкою производства работъ». Въ области фабрично-заводской промышленности «грубая неосторожность» не является послѣдней степенью вины. Надъ ней стоитъ еще «грубая неосторожность, неоправдываемая условіями и обстановкою производства работъ» (*faute inexcusable*). Первая цѣликомъ входитъ въ профессиональный рискъ, по смыслу закона 2 іюня 1903 года, и, наоборотъ, не входитъ въ профессиональный рискъ и цѣликомъ исключаетъ отвѣтственность желѣзной дороги, по смыслу ст. 1056 проекта, въ редакціи 1903 года! Значить, полной согласованности между двумя законоположеніями нѣтъ, несмотря на утвержденіе редакторовъ Гражданскаго Уложенія!

Мало того. Глубокая пропасть отдѣляетъ отвѣтственность владѣльцевъ фабрично-заводскихъ предпріятій передъ рабочимъ «за утрату имъ трудоспособности отъ тѣлеснаго поврежденія, причиненнаго имъ работами по производству предпріятія или происшедшаго вслѣдствіе таковыхъ работъ», и отвѣтственность желѣзной дороги передъ *всякимъ* пострадавшимъ при эксплуатаціи.

Неосторожность рабочаго не шокируетъ насъ, какъ явленіе необычное: съ ней надо считаться, какъ съ неизбѣжнымъ явленіемъ, поглощаемымъ опасностью предпріятія. Какъ бы тяжела его вина ни была, она обязана или рвенію рабочаго въ интересахъ патрона или усталости отъ работы, или **приглушенности нервовъ рабочаго отъ вѣчной опасности**. Надо **несизвинительную вину**, что бы несчастный случай могъ быть **не приписанъ** опасности производства. Рабочій, ссылаясь на 1) забвеніе отъ усталости, 2) на незнаніе опасности, 3) на полезность своего дѣянія, возлагаетъ всю отвѣтственность на владѣльца фабрично-заводскаго предпріятія. Очевидно, что эта субъективная точка зрѣнія примѣнима лишь въ области фабрично-заводской промышленности, но не примѣнима въ той области, даже—профессиональнаго риска,—въ которой истцомъ **выступаетъ всякій** потерпѣвшій. Здѣсь всякая вина есть вина,

и никакія ссылки на разсѣянность отъ утомленія или на добрыя свои намѣренія недопустимы со стороны, напр. пассажировъ или третьихъ лицъ, пострадавшихъ отъ силъ эксплуатаціи.

Итакъ, внутренняго согласованія между ст. 1056 (изд. 1903 г.) и закономъ о профессиональномъ рискѣ въ области фабрично-заводской промышленности—нѣтъ. Оtmѣтимъ здѣсь то, что и это внѣшнее поверхностное согласованіе указанныхъ законовъ, отпадаетъ въ настоящее время, послѣ изданія новѣйшихъ законовъ о профессиональномъ рискѣ въ 1905 и 1906 годахъ. Эти законы касаются вознагражденія потерпѣвшихъ, вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ и поврежденій въ здоровьѣ мастеровыхъ, рабочихъ и вольно-наемныхъ служащихъ: 1) въ предпріятіяхъ фабрично-заводской, горной и горнозаводской промышленности вѣдомства Кабинета Его Императорскаго Величества и Удѣловъ [Законъ 6 іюня 1905 г.], 2) въ Государственной и Севастской Типографіяхъ [Законъ 19 дек. 1905 г.], 3) въ морскомъ вѣдомствѣ [Законъ 6 марта 1906 г.], 4) въ состоящихъ въ вѣдѣніи торговыхъ портовъ казенныхъ предпріятіяхъ [Законъ 19 апр. 1906 г.].—И что же!? Во всѣхъ этихъ законахъ (ст. 2) лишь *злой умыселъ* потерпѣвшаго снимаетъ отвѣтственность съ владѣльцевъ предпріятія, но отнюдь не грубая вина его. Значить, и указанное, уже само по себѣ несостоятельное. «согласованіе» цѣликомъ отпадаетъ въ настоящее время при дѣйствіи новыхъ законовъ о профессиональномъ рискѣ!...

Далѣе. Изъ самой редакціи ст. 1056 и изъ ссылокъ въ мотивахъ на законъ 2 іюня 1903 г. явствуетъ, что легкая вина потерпѣвшаго поглощается, по мысли проекта, «опасностью промысла», и не вліяетъ въ сторону пониженія на отвѣтственность желѣзной дороги.

Это постановленіе проекта непрактично въ томъ отношеніи, что оно открываетъ двери всякимъ спорамъ и пререканіямъ по вопросу о наличности *in casu тяжелой вины*,—

вѣдь, граница между тяжелой и легкой виной такъ неясна! Оно и несостоятельно, такъ какъ не объяснимо, по какимъ соображеніямъ устанавливается отвѣтственность желѣзной дороги за вину самого потерпѣвшаго? Вѣдь, вина потерпѣвшаго можетъ быть легкой, но она можетъ быть такого свойства, что должна будетъ считаться преимущественной причиной несчастья. Да и вообще легкая вина пострадавшаго не всегда поглощается «опасностью промысла»; чаще всего она играетъ роль конкурирующей причины въ созданіи несчастья.

Разъ легкая вина поглощается профессиональнымъ рискомъ, а тяжелая вина исключаетъ отвѣтственность желѣзной дороги, то третьему исходу: *пониженію* отвѣтственности желѣзной дороги мѣста нѣтъ. Потерпѣвшій получаетъ или все или ничего!

Этотъ выводъ, повидимому, находится въ полномъ согласіи съ волею редакторовъ: вѣдь, законъ 2 іюля 1903 г., на который они ссылаются, также не знаетъ *понижающей* функции вины потерпѣвшаго и рецепируетъ неэластичную систему— *ant—ant!* ¹⁾.

Все это заставляетъ насъ рѣшительно отдать предпочтеніе первой редакціи проекта, изд. 1899 года, передъ второй редакціей 1903 года. Во всѣхъ законодательствахъ мы видимъ желѣзно-дорожную отвѣтственность формулированной въ тѣхъ же выраженіяхъ, въ которыхъ составлена ст. 1087 проекта I изд. 1899 года. Она и должна быть сохранена, лишь съ нѣкоторыми выше указанными поправками. Неправильны мотивы, но не редакція законопроекта. Редакторы разсуждали нездорово и ихъ объясненія укрѣпляютъ настоящую судебную практику, стоящую на неправильномъ пути, но сама

¹⁾ Въ самомъ дѣлѣ, ст. 1 этого закона выставляетъ условія, когда владелецъ завода отвѣчаетъ за несчастія, ст. 2—когда онъ не отвѣчаетъ. Посему, принципъ *смѣшанной вины* (вины владельца завода—вина потерпѣвшаго) ни когда не примѣнимъ къ случаямъ, предусмотрѣннымъ въ ст. 2. См. въ этомъ смыслѣ К. Р. отъ 26 янв. 1911 г. [отпечатано въ *Правѣ*, 1911, № 8, стр. 483—484].

редакція закона не подлежить серьезнымъ измѣненіямъ. Въ германскомъ, напр., законодательствѣ вопросъ о смѣшанной винѣ не регулированъ особо для желѣзно-дорожной отвѣтственности. Да это и не требуется для того, чтобы принципы, которые защищаются нами, какъ единственно правильные, получили примѣненіе на практикѣ. Ихъ выработка должна всецѣло принадлежать судебной практикѣ, просвѣщенной отзывомъ научной доктрины.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Выводы. Нашъ законопроектъ.

Мы пришли къ концу нашего труда. Считаемо полезнымъ подвести итоги нашему изслѣдованію и начертать тотъ законопроектъ, который, по нашему мнѣнію, отвѣчаетъ всѣмъ научнымъ требованіямъ, выставленнымъ нами въ т. I и II. Мы начнемъ сначала съ составленія общегражданской нормы (§ 1), а послѣ перейдемъ къ нормѣ, специально регулирующей желѣзно-дорожную отвѣтственность (§ 2) ¹⁾.

Такъ какъ оба тома нашего изслѣдованія служатъ «объяснительной запиской» къ нашимъ законопроектамъ, то мы считаемъ возможнымъ ограничиться въ настоящей главѣ лишь **краткой характеристикой** общихъ тенденцій въ западно-европейской и русской законодательной и судебной практикѣ по интересующему насъ вопросу. Подчеркнуть еще разъ эти тенденціи мы считаемъ необходимымъ для того, что бы лучше представить наше ученіе въ свѣтѣ научно-исторической перспективы.

Для того, что бы имѣть право судить объ этихъ «перспективахъ», думается намъ, вполне достаточно того **положительнаго матеріала**, который данъ нами въ нашемъ изслѣ-

¹⁾ Мы оставляемъ въ сторонѣ разрѣшеніе «взаимной вины» въ торговомъ правѣ, именно, въ «аваріи взаимнаго вреда» (Уст. Торг. ст. 466—486). Наше законодательство по этому вопросу содержитъ особенности, вытекающія не изъ существа этого института, а изъ отсталости нашего законодательства. Укажемъ, напр. на ст. 474 Уст. Т., отсылающую корабельщиковъ, виновныхъ въ свалкѣ „dos à dos“ [каждый корабельщикъ „платитъ свой убытокъ“]. Эта архаическая формула нуждается не въ поправкахъ, а въ реформѣ, въ связи съ давно назрѣвшей реформой всего нашего торговаго законодательства. Это конечно, предметъ особой работы, а потому мы исключаемъ изученіе этихъ вопросовъ изъ кадровъ нашего изслѣдованія.

дованіи. Конечно, чѣмъ бѣльшее количество законодательствъ принято во вниманіе авторомъ, тѣмъ солиднѣе его выводы и цѣннѣе сдѣланныя имъ обобщенія, и въ этомъ отношеніи, казалось бы, что мы заслуживаемъ упрека: мы изслѣдовали въ т. II со всей тщательностью всего на всего *два* законодательства (кромѣ римскаго права и «общаго права» и еще— по специальному желѣзно-дорожному вопросу—права швейцарскаго и русскаго): германское и французское. Но такой упрекъ едва ли былъ бы справедливъ. Дѣло въ томъ, что мы изслѣдовали не два законодательства, а—два *типа* законодательствъ. Къ этимъ двумъ типамъ и можетъ быть сведено все разнообразіе существующихъ положительныхъ законодательствъ по главнѣйшимъ вопросамъ, входящимъ въ составъ нашей темы ¹⁾. Это избавляло насъ отъ загроможденія нашей книги детальнымъ изслѣдованіемъ другихъ законодательствъ. Наше изслѣдованіе и безъ того разрослось до такихъ размѣровъ, что слышались уже упреки критиковъ, что мы «переоцнили» значеніе своего «научнаго предпріятія»...

§ 1. Проектъ общегражданской нормы.

Несомнѣнныя тенденціи права въ области разсматриваемаго нами ученія таковы.

I. Судьбѣ предоставляется широкое поле «судейскаго усмотрѣнія» при сужденіи о томъ, причиненъ ли убытокъ, и въ какомъ, именно, размѣрѣ причиненъ, и въ какомъ объемѣ причиненный убытокъ долженъ быть возмѣщенъ потерпѣвшему, въ уваженіе «всѣхъ обстоятельствъ дѣла».

Этотъ принципъ нашелъ выраженіе въ ст. 1078 Проекта Гражданскаго Уложенія (изд. 1899), гласящей (п. 1):

«размѣръ вознагражденія за вредъ опре-

¹⁾ Въ томъ I-омъ нами использованъ гораздо болѣе обширный законодательный матеріалъ, но онъ можетъ быть сведенъ къ указаннымъ нами двумъ школамъ: французскихъ и нѣмецкихъ юристовъ.

дѣляется по усмотрѣнію суда сообразно степени вины причинившаго вредъ и другимъ обстоятельствамъ».

Выше (стр. 476) мы подвергли критикѣ эту норму законопроекта. Мы доказали, что непріемлема не формулировка ея, а — тотъ слишкомъ широкій смыслъ, который вливается сюда редакторами законопроекта. Мы полагаемъ, что зло современнаго русскаго права состоитъ, во 1)-хъ, въ томъ формализмѣ, который связываетъ русскаго судью при сужденіи вопроса о доказанности *факта* причиненія убытка и вопроса о *размѣрѣ* убытка, и 2)-хъ, въ установленной въ русской практикѣ взаимной искусственной связанности этихъ двухъ вопросовъ (разъ не доказанъ точно *размѣръ* убытка, искъ отвергается цѣликомъ, какъ будто не было доказано само *основаніе* претензіи).

Такъ вотъ, подъ указаніемъ въ ст. 1078 на «усмотрѣніе суда» въ дѣлѣ оцѣнки «другихъ обстоятельствъ», по нашему мнѣнію, надо понимать лишь дискреціонное право суда судить, — поскольку «*actio probata est*». Надо даровать суду **болѣе свободы, какъ въ дѣлѣ** уясненія фактической стороны **дѣла, такъ и въ сужденіи** о степени доказанности **размѣра** понесеннаго истцомъ ущерба.

Какъ мы видѣли выше (стр. 475), редакторы придавали иной смыслъ ст. 1078 (ред. 1899 г.). Они указываютъ на то, что размѣръ возмѣщаемыхъ убытковъ опредѣляется: 1) по степени вины причинившаго вредъ, и 2) сообразно другимъ обстоятельствамъ, напр. имущественному положенію сторонъ, и находятъ (т. V, стр. 526), что эти начала основаны «на чувствѣ естественной справедливости».

Въ изд. 1903 года, ст. 1048 [соотвѣтствующая ст. 1078 изд. 1899 г.] получила такую редакцію: «Размѣръ вознагражденія за вредъ опредѣляется по усмотрѣнію суда, сообразно обстоятельствамъ». Какъ видимъ, въ воззрѣніяхъ редакторовъ законопроекта на «чувство естественной справедли-

ности» произошла перемѣна! Ссылки на степень виновности нѣтъ. Но зачѣмъ же оставлена ссылка на «другія обстоятельства», подъ коими надо разумѣть имущественное положеніе сторонъ и можетъ быть принято опять таки соображеніе о степени виновности отвѣтчика?¹⁾

Изъ этого затрудненія мы выйдемъ, если будемъ толковать ст. 1048 въ указанномъ нами смыслѣ. Съ этой оговоркой, ст. 1048 можетъ быть сохранена въ будущемъ гражданскомъ кодексѣ ¹⁾).

II. Другой принципъ въ этомъ порядкѣ идей таковъ.

Вина потерпѣвшаго не снимаетъ изначала отвѣтственности отвѣтчика, а понижаетъ эту отвѣтственность.

Таковъ принципъ, къ которому пришло современное правосознаніе въ результатъ долгаго историческаго процесса. Отдѣльными этапами этого процесса является смѣна такихъ системъ:

полное и безусловное погашеніе отвѣтственности делинквента (римское право, «общее право» 50—60-хъ г.г.),

погашеніе отвѣтственности делинквента при наличности преступительной вины потерпѣвшаго («общее право» 90-хъ г.г.),

пониженіе отвѣтственности отвѣтчика при (болѣе или менѣе тяжелой) винѣ потерпѣвшаго (§ 254 B. G. B.).

¹⁾ Настаивая на свободѣ судейскаго усмотрѣнія, мы желаемъ, что бы эта дискреціонная власть судьи не была бы ничѣмъ ограничена во всей системѣ права. Въ этомъ отношеніи, мы не можемъ оправдать точной фиксаци предѣловъ отвѣтственности, напр. содержателей гостинницъ за гибель вещей путешественниковъ. Такая фиксация имѣетъ мѣсто въ B. G. B. (§ 702. 1000 марокъ) и Code Civil (§ 1953: 1000 фр.). Съ германской статьи (§ 702 B. G. B.) списана и ст. 387 Проекта гражд. Уложенія, ограничивающая эту отвѣтственность въ 300 рублей. Для первокласснаго отеля моднаго курорта съ миллионными оборотами и для простаго постоялаго двора захолустнаго города установлена, такимъ образомъ, одна нѣрма отвѣтственности! Конечно, путешественникъ виновенъ, если онъ упустилъ большія денежные суммы или особенно драгоцѣнныя вещи передать хозяину на сохраненіе. Но развѣ законъ хочетъ удовлетворить требованія справедливости, то предпочтительнѣе было бы не обозначать тахішнъа суммы и представить оцѣнку конкретнаго случая усмотрѣнію судьи, какъ это имѣетъ мѣсто въ ст. 486 п. 2 Швейцарск. Уложенія.

Лишь послѣдняя система является признакомъ развитого права ¹⁾. Она нашла себѣ выраженіе въ п. 2 ст. 1078 Проекта гражд. Улож. (ред. 1899) (= п. 2 ст. 1048 ред. 1903 г.): «если потерпѣвшій самъ отчасти виновенъ, по своей неосторожности, въ причиненіи ему вреда, то судъ можетъ уменьшить размѣръ вознагражденія».

Этотъ принципъ и долженъ быть сохраненъ въ будущемъ Уложеніи.

III. Но, какъ мы видѣли выше (стр. 478), эта редакція далеко не безупречна. Мотивы «объяснительной записки», къ тому же, неопредѣляютъ болѣе точно тѣхъ началъ, на основаніи коихъ должно послѣдовать разложеніе убытковъ между сторонами; и, такимъ образомъ, эта статья, въ отношеніи ея реальной службы практикѣ, является безсодержательной ²⁾. По какому масштабу должна разлагаться отвѣтственность между отвѣтчикомъ и потерпѣвшимъ?—изслѣдованію этого вопроса мы посвятили достаточно вниманія въ т. I, ч. 2, гл. 3, § 5. Къ высказаннымъ здѣсь соображеніямъ мы не имѣемъ ничего прибавить. Въ конечномъ результатѣ мы склоняемся къ германской системѣ, возглашенной въ ст. 254 B. G. B.

¹⁾ Въ этомъ порядкѣ идей, ср. § 737 старого Н. G. B. (1861) съ § 735 новаго Н. G. B. (1897). Ст. 737: „Ist der Zusammenstoß (zweier Schiffe) durch beiderseitiges Verschulden herbeigeführt, so findet ein Anspruch auf Ersatz des dem einen oder anderen oder beiden Schiffen zugefügten Schadens *nicht statt*“. Побѣду современной идеи показываетъ соответствующій § 735 новаго Н. G. B., гдѣ для того же состава деликта опредѣляется: „... so hängt die Verpflichtung zum Ersatze von den Umständen ab...“ и т. д., какъ въ § 254 B. G. B.

²⁾ Редакторы Проекта подчеркиваютъ лишь свободу судьи въ дѣлѣ установленія объема возмѣщаемыхъ убытковъ, и возводятъ даже пресловутое правило обычнаго права—„грѣхъ пополамъ“ на степень авторитета въ дѣлѣ распределенія убытковъ между двумя виновными сторонами. Они находятъ въ этомъ отношеніи поддержку со стороны русскихъ ученыхъ. См. выше, стр. 330, прим. I, стр. 332, прим. 2. См. еще *Пажманъ*, Исторія кодификаціи гражд. пр. II, стр. 27; *Якушкинъ*. Волостные суды въ Ярославской губ. Юридич. Вѣст. 1872 № 3, стр. 3. Сохраненіе, однако, этого правила въ будущемъ нашемъ Уложеніи мы считаемъ нецѣлесообразнымъ, съ точки зрѣнія законодательской техники.

«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».

Таковъ окончательный выводъ нашего изслѣдованія.

Съ тѣми нападками, которымъ подверглась ст. 254 абз. I, съ точки зрѣнія ея редакціонной точности, мы не солидарны. Въ этой редакціи абз. I ст. 254 долженъ быть перенесенъ и въ наше гражданское Уложеніе. Но сохраненіе абз. II ст. 254 [см. т. I, стр. 136, т. II, стр. 170, 204] мы считаемъ излишнимъ. Поскольку мысли, лежація въ абз. II, суть лишь истолкованіе абз. I, онѣ не нуждаются въ повторенія; поскольку же онѣ новы, онѣ должны разрѣшаться на основаніи общихъ законовъ каузальныхъ построеній (ученіе о перерывѣ причинной связи). Подлежитъ сохраненію (и, значитъ, пріуроченію къ абз. I) лишь конецъ абз. II ст. 254, говорящій объ отвѣтственности потерпѣвшаго за его представителей. [«Статья 278 находитъ соответствующее примѣненіе»]. Это достаточно обосновано нами въ т. I, стр. 449—458 и въ т. II, стр. 242—247. Мы настаиваемъ на этомъ, — должна быть сохранена ссылка, именно, на норму, соответствующую ст. 278 В. Г. В., а не ст. 831 В. Г. В. Примѣнительно къ Проекту гражд. Уложенія, должно быть указано соответствующее примѣненіе ст. 114 Проекта ¹⁾, а не ст. 1074 ²⁾. Полученная, такимъ образомъ, норма будетъ служить болѣе полез-

¹⁾ Ст. 114 Проекта: „Должникъ отвѣчаетъ за своихъ повѣренныхъ, служащихъ, рабочихъ и другихъ лицъ, участвующихъ по его порученію въ исполненіи обязательства“.

²⁾ Ст. 1074 Проекта: „Хозяинъ обязанъ вознаградить за вредъ, причиненный его служащими (управляющими, приказчиками, техниками и т. п.), рабочими или прислугою при исполненіи возложенныхъ на нихъ обязанностей, если не докажетъ, что имъ были приняты необходимыя мѣры предосторожности какъ при выборѣ служащихъ, рабочихъ или прислуги, такъ и по надзору за ними“.

нымъ руководствомъ, чѣмъ проектируемая ст. 1078. Конечно, судебной практикѣ придется на ея основѣ создавать свою юриспруденцію. Смѣемъ надѣяться, что она выработаетъ ее на тѣхъ же началахъ, которыя защищались нами въ нашей монографіи, какъ единственно правильныя и справедливыя!...

§ 2. Отвѣтственность желѣзно-дорожныхъ владѣльцевъ.

Три характерныя явленія мы подмѣчаемъ въ исторіи законодательной и судебной практики на Западѣ по предмету отвѣтственности жел. дорож. владѣльцевъ.

1) Идея *профессіональнаго риска*, какъ базы отвѣтственности жел.-дор. владѣльцевъ, борется въ теченіе XIX и XX вѣковъ за свое признаніе съ «деликтной теоріей». Уясненіе въ ученой литературѣ юридической природы жел.-дорож. отвѣтственности, какъ «obligatio e lege», есть продуктъ новѣйшаго времени.

2) Соотвѣтственно этому, развитіе юриспруденціи въ области «смѣшанной вины» отмѣчаетъ три этапа: а) вина потерпѣвшаго изначала снимаетъ всю отвѣтственность жел. дороги, в) вина потерпѣвшаго понижаетъ отвѣтственность жел. дороги при наличности вины на сторонѣ желѣзной дороги (*compensatio culprae*), с) вина потерпѣвшаго понижаетъ отвѣтственность жел. дороги, даже не виновной въ несчастіи [правовая конкуренція вины и случая].

3) Въ самъ жел.-дор. законъ включается *особая норма*, регулирующая вопросъ о размѣрѣ отвѣтственности жел. дороги при наличности собственной вины потерпѣвшаго [Швейцарскій законъ 28 марта 1905 г.].

Всѣ эти направленія обязаны росту сознанія, что жел.-дор. законъ есть специальный законъ и. какъ таковой, приспособленъ къ специальнымъ потребностямъ. Поэтому, нормы

общегражданскаго права не могут имѣть здѣсь непосредственнаго примѣненія: онѣ замѣщены «*lege speciali*» ¹⁾).

Обращаясь къ русской дѣйствительности, мы констатируемъ, что русское юридическое сознаніе находится на низшей ступени нами отмѣченной эволюціи.

Во-первыхъ, что касается *юридической природы* желѣзно-дорожной отвѣтственности, русскіе юристы до сихъ поръ не понимаютъ той истины, которая на Западѣ въ настоящее время стала уже азбучной. Законъ о желѣзно-дорожной отвѣтственности [ст. 683 т. X ч. I] не содержитъ *презюмпціи вины* желѣзно-дорожнаго предпріятія, которую можно было бы опровергнуть черезъ противное доказательство. Онъ не устанавливаетъ и фикціи вины. Вообще онъ изначала не касается вопроса о виновности желѣзной дороги. Мы имѣемъ здѣсь не общегражданскую отвѣтственность, а заступленіе [*Haftpflicht*] желѣзной дороги по всякому несчастью, стоящему въ причинной связи съ эксплуатаціонной дѣятельностью желѣзной дороги,—и помимо всякой [реальной, презюмтивной и фиктивной] вины желѣзной дороги. Наша научная литература, судебная практика и Проектъ гражданскаго Уложенія проглядыли, что желѣзно-дорожная отвѣтственность по ст. 683 есть не только «болѣе строгая отвѣтственность», но и отвѣтственности, покоящаяся на совѣсть другихъ принципахъ, чѣмъ отвѣтственность за *diligentia diligentissimi*.

И въ XX вѣкѣ они продолжаютъ твердить о презюмпціи вины съ «ограничительнымъ правомъ ея опроверженія».

Во-вторыхъ, всѣ русскіе юристы [теоретики, практики, Проектъ гражданскаго Уложенія] вопросъ о «смѣшанной

¹⁾ Не надо, впрочемъ, думать, что отвѣтственность изъ профессиональнаго риска есть идеальная форма обезпеченія потерпѣвшихъ отъ несчастныхъ случаевъ. Наиболее совершенной формой является введенное во многихъ странахъ (Швейцаріи, Германіи, Австріи и др.) вознагражденіе рабочихъ и служащихъ за увѣчья, полученные при эксплуатаціи (*Betriebsunfall*) на началахъ страхованія. Эта практика сведена *Dr. C. Kaufmann. Handbuch der Unfallverletzungen. Stuttgart. 1893.*

вини» разрѣшаютъ на общегражданскихъ началахъ «compensatio culpaе». Это, конечно, логично вытекаетъ изъ усвоеннаго въ русскихъ юридическихъ кругахъ воззрѣнія на юридическую природу желѣзно-дорожной ответственности. Но эта конструкція ложна, ибо ложна сама предпосылка. Она и несправедлива, такъ какъ придаетъ легчайшей винѣ потерпѣвшаго значеніе фактора, цѣликомъ снимающаго ответственность съ невиновной желѣзной дороги, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда несчастье обязано ясно выраженному проявленію опасности промысла. Конструкція же «правовой конкуренціи случая съ виной», единственно согласная съ сущностью профессиональнаго риска, какъ основы желѣзно-дорожной ответственности, совсѣмъ неизвѣстна русскимъ юристамъ.

Въ-третьихъ, и наша законодательная власть никакъ не можетъ возвыситься надъ устарѣвшей «деликтной теоріей». Проектъ гражданского уложенія создалъ спеціальныя нормы для ответственности транспортныхъ предпріятій, но въ вопросѣ о сущности винѣ онъ снова отсылаетъ судью къ общегражданской нормѣ, регулирующей «compensatio culpaе» и тѣмъ самымъ уничтожаетъ благоуханіе новаго спеціальнаго закона, именно въ той области, гдѣ въ особенности должна была бы обнаружиться повизна закона.

Въ главѣ IX мы доказали, что и дѣйствующая нынѣ ст. 683 т. X ч. I, въ правильномъ ея толкованіи, должна ~~содѣлать~~ тѣмъ требованіямъ, которыя удовлетворяются на ~~Землѣ~~ законодательствами, построенными на началахъ профессиональнаго риска. Мы считали и умѣстнымъ и своевременнымъ свѣриться съ новѣйшей западно-европейской законодательной и судебной практикой. Вѣдь, туда же мы обратились въ 50-хъ и 70-хъ годахъ при составленіи ст. 683 т. X ч. I. Эта практика, такимъ образомъ, создавалась на базѣ ~~тѣхъ~~ законоположеній, которыя имѣютъ для насъ до ~~нѣкоторой~~ степени авторитетъ положительнаго закона. Обращаться къ ней и ею вдохновляться имѣетъ поэтому *легаль-*

ное оправданіе. Мы утверждаемъ, такимъ образомъ, что и ст. 683 т. X ч. I, до общей кодификаціи нашего гражданскаго права, могла бы обслуживать русскую судебную практику. Но, конечно, несовершенство редакціи ст. 683, толкнувшее нашу судебную практику на ложный путь, должно быть устранено въ будущемъ гражданскомъ Уложеніи, а это возлагаетъ на насъ обязанность, помимо указація на несовершенство редакціи, выработать свой законопроектъ, который и предложить вниманію законодателя.

Наша задача въ этомъ отношеніи облегчается тѣмъ, что мы имѣемъ уже готовые образцы на Западѣ, въ видѣ: *германскаго* закона 7 іюня 1871 г. (§ 1 R. N. G.) и новѣйшаго *швейцарскаго* закона 28 марта 1905 года. Въ главахъ III и VI мы изложили эти постановленія, въ связи съ юриспруденціей, создавшейся на почвѣ ихъ примѣненія.

Изъ сопоставленія этихъ законовъ обнаруживаются существенныя различія въ ихъ редакціи. при общей идеѣ, одухотворяющей тотъ и другой законъ. [Тексты этихъ законовъ см. на стр. 132 (§ 1 R. N. G.), 304—305 (Швейц. Зак. 1903 г.), ст. 463 (Проектъ Гр. Ул.).

Оправдывающія жел. дорогу обстоятельства, какъ мы видимъ, во всѣхъ законодательствахъ (ср. ст. 683 п. 2 т. X ч. I) одни и тѣ же: непреодолимая сила, вина третьихъ лицъ, собственная вина потерпѣвшаго. Эти же три основанія освобожденія жел. дороги отъ отвѣтственности должны быть внесены и въ проектируемую нами норму.

Какія же несчастія являются «отвѣтственными» несчастіями? Ст. 683 т. X, ч. I говоритъ о несчастіяхъ, случившихся «*при эксплуатаціи жел. дороги*». Такъ же выражается и § 1 R. N. G. Ст. 1 швейцарскаго закона 28 марта 1905 года говоритъ о несчастіяхъ, случившихся «*при постройкѣ или эксплуатаціи желѣзной дороги, или при вспомогательныхъ работахъ, съ которыми связана особая опасность, присущая жел. дор. эксплуатаціи*». Ст. 1087 Проекта Гр.

Улож. говоритъ еще болѣе обще: о несчастіяхъ, случившихся «вслѣдствіе опасностей, сопряженныхъ съ жел. дорожнымъ движеніемъ».

Послѣдняя редакція (ст. 1087) должна быть отброшена нами *de plano*, но соображеніямъ, указаннымъ выше (стр. 471).

«Указаніе швейцарскаго закона (ст. 1) на несчастія, при «вспомогательныхъ работахъ» также неудачно. Сами швейцарскіе юристы, какъ мы видѣли выше (стр. 309 прим. 5), уже спорятъ объ отношеніи «опасности промысла» къ «вспомогательнымъ работамъ». Эти сбивчивыя понятія надо отбросить изъ Уложенія! Ограничить, однако, отвѣтственность жел. дороги несчастіями, случившимися «*при эксплуатаціи*» также несправедливо. Подъ эксплуатаціей разумѣется обычно совокупность отправленій жел. дороги, какъ *транспортнаго* предпріятія. А между тѣмъ, въ виду особой опасности, связанной и съ постройкой жел. дороги, справедливо возложить отвѣтственность на жел. дорогу и за несчастія, происшедшія при постройкѣ жел.-дорож. линіи. Редакторы ст. 1087 Проекта Гр. Уложенія, какъ мы видѣли выше (стр. 471), полагали, что ст. 1087 должна имѣть примѣненіе и къ тѣмъ несчастнымъ случаямъ, которые приключаются и на *строющихся дорогахъ*, однако, почему то они не сочли нужнымъ внести это постановленіе въ текстъ закона. Совсѣмъ напрасно! Въ главѣ VI (§ 1) мы видѣли, что до изданія закона 28 марта 1905 года, отвѣтственность за «accidents de construction» не производилась швейцарской судебной практикой подѣйствіе закона 1 іюля 1875 года, и несправедливости такого различія сглаживались путемъ произвольнаго исправленія *работы* законодателя черезъ фикцію вины жел.-дор. Управленія. Тоже можно сказать и о дѣйствующей русской судебной практикѣ по примѣненію ст. 683 т. X ч. I.

Итакъ, проектируемая нами норма должна гласить:

«Если при постройкѣ или эксплуатаціи **желѣзной** дороги будетъ убитъ или тѣлесно

поврежденъ человекъ, то владѣлецъ жел.-дор. предпріятія отвѣчаетъ за возникшій убытокъ, поскольку онъ не докажетъ, что несчастіе причинено черезъ непреодолимую силу, или вину третьихъ лицъ, непричастныхъ къ постройкѣ дороги или отиравленію промысла перевозки, или черезъ вину самого пострадавшаго».

Ст. 5 швейцарскаго закона 28-го марта 1905 г. предусматриваетъ еще «смѣшанную вину» желѣзной дороги и пострадавшаго. Защищаемая нами конструкція: «*rechtliche Konkurrenz von Selbstverschulden und Zufall*» — установлена швейцарской судебной практикой, какъ мы показали въ гл. VI § 2, на почвѣ довольно смѣлаго толкованія ст. 5.

Отстаивая правильность этой конструкціи, какъ логично вытекающей изъ самой юридической природы жел.-дорожной отвѣтственности, мы, однако, не признаемъ, съ точки зрѣнія законодательной техники, необходимость включать въ жел.-дорожный законъ *особую норму*, регулирующую вопросъ о размѣрѣ отвѣтственности желѣзной дороги при наличии *собственной вины потерпѣвшаго*. Мы настаиваемъ на томъ, что тѣ принципы, которые защищаются нами, какъ единственно правильные, могутъ быть выработаны самой судебной практикой и на почвѣ примѣненія законопроекта предложенной нами редакціи.

Если же нашъ законодатель пожелалъ бы послѣдовать примѣру швейцарскаго законодателя, то редакція соотвѣтствующей ст. 5 должна, конечно, подлежать серьезнымъ измѣненіямъ. Она *prima facie* предвидитъ тотъ случай, когда «часть вины» лежитъ на сторонѣ пострадавшаго. Это означаетъ, что другая *часть вины* лежитъ на сторонѣ желѣзной дороги. Точнѣе надо было бы сказать, что отвѣтственность желѣзной дороги *понижается* въ тѣхъ случаяхъ, когда на лицо — вина потерпѣвшаго, но полное освобожденіе жел. до-

роги отъ отвѣтственности все же было бы несправедливо, потому что несчастіе должно быть отнесено къ особымъ опасностямъ, свойственнымъ жел.-дор. промыслу.

То же самое надо, конечно, сказать и о другихъ освобождающихъ основаніяхъ: непреодолимой силѣ и винѣ третьихъ лицъ. Если этимъ факторамъ предшествуетъ *вина* жел. дороги или *опасность промысла* (*Betriebsgefahr*), то отвѣтственность жел. дороги не исключается *de plano*, а—*понижается* до размѣровъ, устанавливаемыхъ судомъ въ уваженіе всѣхъ обстоятельствъ дѣла.

Вотъ почему, мы могли бы рекомендовать законодателю къ первому абзацу предложенной нами нормы законопроекта присоединить второй абзацъ такого содержанія:

«Отвѣтственность владѣльца желѣзной дороги не исключается, а понижается въ справедливыхъ размѣрахъ, устанавливаемыхъ судомъ въ уваженіе всѣхъ обстоятельствъ дѣла, если на ряду съ непреодолимой силой или виной третьяго лица или виной самого пострадавшаго созданію несчастія способствовала вина желѣзной дороги или особая опасность, присущая жел.-дорожному промыслу».

Повторяемъ, что этотъ абзацъ, вводящій въ текстъ закона мотивъ закона (особую опасность) не безупреченъ, съ точки зрѣнія законодательной техники, а потому предлагается нами лишь на тотъ случай, если нашъ законодатель пожелалъ бы послѣдовать примѣру швейцарскаго законодателя.

За включеніе этого послѣдняго абзаца можно, впрочемъ, высказать то соображеніе, что дѣятели по выработкѣ нашей судебной практики стоятъ, какъ извѣстно, очень далеко отъ науки права. Самъ Сенатъ—«высшій блюститель законовъ въ Имперіи»—очень далекъ отъ правильныхъ пріемовъ тол-

кованія закона¹⁾). При этихъ условіяхъ, пожалуй, можно признать, что статья, спеціально регулирующая вопросъ о «смѣшанной винѣ», была бы далеко не излишней въ нашемъ Уложеніи. Она устранила бы всякіе споры объ изслѣдуемомъ нами правоотношеніи и поставила бы нашу юриспруденцію на твердо-научныя начала. Ради этого результата можно было бы пожертвовать и требованіями законодательной техники!

¹⁾ Рѣшкую и неясную попытку Сената придать собственной винѣ потерпѣвшаго значеніе момента, не погашающаго, а *понижающаго* ответственность ж. дорогъ мы видимъ лишь въ новѣйшемъ Рѣш. Гражд. Кас. д-та Сената 31 марта 1910 г. [по д. Щербакова].

ПРИЛОЖЕНІЕ.

- I. Гражданская отвѣтственность дуэлянтовъ.
 - II. Обязанность потерпѣвшаго подвергнуть себя операціи.
 - III. Юридическое значеніе актовъ самопожертвованія.
-

Гражданская ответственность дуэлянтовъ.

1. Понятіе поединка.

Поединокъ ¹⁾ есть лишенный всякой матеріальной цѣли (корысти, оказанія превосходства своей силы и т. п.) ²⁾ бой двухъ лицъ при соизволеніи каждого изъ нихъ на акты нападенія другого.

Отсутствіемъ матеріальной побочной цѣли дуэль отличается, во-первыхъ, отъ *спортивныхъ* состязаній (борьба, боксъ, мензуръ и т. п.). Тотъ, кто вступаетъ въ спортивное состязаніе, соизволяетъ на адекватныя послѣдствія поврежденія, съ этимъ соизволеніемъ считается и гражданскій законъ въ виду непротивоправной цѣли состязанія ³⁾. Другой характеръ носятъ дуэль: она предпринимается вовсе не «*gloriae causa et virtutis*», а именно, «*iniuriae gratia*». Съ этой точки зрѣнія, вопросъ о гражданской ответственности

¹⁾ Изслѣдованіе того, подъ какую рубрику *преступныхъ* посягательствъ должна быть подведена дуэль, не касается нашей темы. Дуэль интересуетъ насъ лишь какъ юридическій фактъ, вызывающій гражданскую ответственность. Съ этой точки зрѣнія (гражд. деликтъ) и подлежитъ изслѣдованію юридическая конструкція дуэли.

²⁾ Цѣль дуэли—«возстановить оскорбленную честь». Противники дѣйствуютъ въ уваженіе къ «требованіямъ общественнаго мнѣнія», которое удовлетворяется дуэлью, какъ таковой (встрѣчей), независимо отъ матеріальнаго результата ея.

³⁾ Ср. I. 7 § 4 D. 9. 2. «Si quidem in publico certamine alius alium occiderit cessat Aquilia, quia *gloriae causa et virtutis* non *iniuriae gratia* videtur damnum datum».

дуэлянта не может быть разрѣшенъ и остается открытымъ ¹⁾).

Соизволеніе отличаетъ дуэль отъ *драки* (*rixa*). Вотъ почему, къ дуэли не примѣнимы тѣ положенія, которыя примѣнимы къ дракѣ. Тогда какъ въ дракѣ рѣшающее значеніе имѣетъ то обстоятельство, кто началъ драку, ²⁾ въ дуэли этотъ моментъ не имѣетъ рѣшающаго значенія.

Можетъ быть, данные дуэлянты склонны усматривать какъ въ самомъ вызовѣ и въ принятіи его, такъ и въ причинѣ вызова, напр., въ нанесенномъ оскорбленіи и даже въ поводѣ къ оскорбленію—предшествующей ссорѣ—матеріалъ для изслѣдованія преимущественной вины той или другой стороны; но все это для правового порядка отступаетъ на второй планъ передъ тѣмъ моментомъ, который включаетъ въ себя *выступленіе на поединокъ*: до этого момента каждая сторона была свободна отступить отъ соглашенія на дуэль или принести свои извиненія противнику. Такимъ образомъ, въ дуэли центръ тяжести лежитъ въ самой встрѣчѣ, а не въ предшествующихъ обстоятельствахъ.

Выступленію на поединокъ предшествуетъ *соглашеніе*. Каково же внутреннее содержаніе *соизволенія* cadaго изъ дуэлянтовъ.

Что, во-первыхъ, является предметомъ соизволенія? Что можетъ быть разсматриваемо, какъ предметъ тождественной

¹⁾ Это различіе ускользнуло отъ *R. Ormann. Ueber Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden. Gold. Arch. Bd. 25 (1877), стр. 111—112* и *Wächter. Vorlesungen über deutsches Strafrecht (1883), § 69, стр. 188*. Они изъ 1. 7 § 4 D. 9. 2 дѣлаютъ слишкомъ широкіе выводы и обобщенія.

²⁾ L. 1 § 11 D. 9. 1: „si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio“. L. 52 § 1 D. 9. 2: „non videri dampnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere“. Впрочемъ, это не—*communis opinio doctorum*. Многие авторы полагаютъ, что „природа вещей“ требуетъ, что бы каждый возмѣстилъ другому виновному причиненный ему вредъ, даже если причиной вреда будетъ одно дѣяніе, напр. драка. См. *Schuster und Schreiber. Ueber Schadenersatz nach österreich. R. (Wien. 1885), стр. 15; Scheidlein, Ueber das 30 Hauptstück des a. b. G. B. Miscellen, 4 Heft. (Wien. 1852), стр. 50.*

воли делинквента и пострадавшего? — Вопросы эти разрѣшаются отвѣтомъ на общій вопросъ: что вообще можетъ быть предметомъ воли? Теорія права говоритъ намъ, что для воли существенно рѣшеніе примѣнить извѣстные средства для созданія представляемаго состоянія; иначе говоря, воля всегда имѣетъ предметомъ *дѣяніе*. То же является предметомъ и «соизволенія»: потерпѣвшій соизволяетъ не на результатъ, а на само *дѣяніе* правонарушителя ¹⁾.

И, въ самомъ дѣлѣ, если мы спросимъ любого дуэлянта: на что онъ соизволяетъ, онъ намъ отвѣтитъ, что переговоры о дуэли молчаливо предполагаютъ *признаніе обѣими сторонами взаимнаго права на нападеніе*.

Въ этомъ кроется соизволеніе на *эвентуальный исходъ* дуэли ²⁾. Въ самомъ дѣлѣ, коль скоро потерпѣвшій самъ соизволяетъ на дѣйствія, вѣроятнымъ (по общежитейскому опыту) послѣдствіемъ которыхъ можетъ быть причиненіе ему вреда, его соизволеніе охватываетъ и этотъ вредъ ³⁾.

Итакъ, соглашеніе о дуэли содержитъ въ себѣ: 1) вза-

¹⁾ R. Kessler. Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafr. Bedeutung. 1984, стр. 23, 26, указываетъ на то, что результатъ (Erfolg), какъ его представляетъ та и другая сторона, можетъ быть и не одинъ и тотъ же. Напр., А соизволяетъ на то, чтобы В выстрѣлилъ въ принадлежащую ему (А) вещь, и держитъ пари, что этотъ промахнется. Очевидно, что А представляетъ себѣ результатъ иначе, чѣмъ В. Предметомъ соизволенія поэтому можетъ быть не *результатъ*, а само *дѣяніе*.

²⁾ Этотъ выводъ не опровергается тѣмъ, что соизволяющій пытается отразить пораненіе парированіемъ саблей.—Contra: W. Ganzhorn. Der Civilersatz aus Zweikampf. Göttingen. 1897, стр. 9: „такое предположеніе рѣшительно идетъ въ разрѣзъ съ волей дуэлянтовъ. Каждый изъ нихъ защищаетъ свою шкуру всеми своими силами и старается обезвредить противника“.

³⁾ Wächter, Volenti non fit iniuria. Gerichtssaal. 1868, стр. 2; C. Gude-rian. Die Beihilfe zum Selbstmorde (Berlin. 1899), стр. 43; Klee. Gold Arch. 1903, стр. 248: „Wer die Ursache will, will auch die nach der Erfahrung des täglichen Lebens voraussehbare Wirkung“. [„Wille“—не въ смыслѣ желанія, а—добровольнаго подчиненія]. Motiv. II, стр. 730 (zu § 706 E. I), Protok. II, № 156, VI, 633.—Contra: R. G. 24 Jan. 1910 Eis. E. 1910, стр. 429, касательно принятія предложенія опасной прогулки на автомобиль (Gefälligkeitstahrt). R. G. усматриваетъ здѣсь содѣйствующую вину, но отнюдь не *отказъ отъ возмещенія убытковъ* изъ вины приглашающаго.

имное соизволеніе на агрессивную дѣятельность другого и 2) молчаливый отказъ напередъ отъ возмѣщенія эвентуальныхъ убытковъ.

Это соглашеніе подлежитъ нашему изслѣдованію съ двухъ точекъ зрѣнія. Для выясненія гражданско-правовыхъ послѣдствій дуэли намъ важно выяснить значеніе соглашенія о дуэли, какъ «*res facti*» [вліяніе его на сужденіе о взаимномъ отношеніи сторонъ къ *встрѣчѣ*], и какъ «*res juris*» [дѣйствительность наступленія юридическихъ эффектовъ, намѣченныхъ дуэлянтами].

2.

2. Теорія соизволенія.

Во-первыхъ, что касается конститутивнаго значенія соглашенія, то не можетъ быть спора, что судья долженъ считаться съ нимъ, какъ съ *фактическимъ* моментомъ. Соизволеніе дуэлянта на дѣйствіе его противника устанавливаетъ особое *фактическое отношеніе* между соперниками: каждый изъ нихъ желаетъ *вести борьбу*, а не односторонне расправиться съ противникомъ ¹⁾. Вотъ почему, дуэлянтъ-убійца не можетъ приводить въ свое оправданіе, что онъ находился въ состояніи необходимой обороны ²⁾; онъ подвергъ себя добровольно опасности, поэтому его защита ничѣмъ не вызвалась; да онъ и не столько «защищается», сколько самъ нападаетъ. И, отдѣленные другъ отъ друга условной дистанціей, они ведутъ борьбу, а потому они не могутъ быть рассматриваемы, какъ два преступника въ двухъ самостоятельныхъ преступленіяхъ: они, скорѣе, два соучастника въ *одномъ общемъ преступленіи*—поединкѣ.

¹⁾ Kessler, о. с. 90: „Es will jeder mit dem Andern kämpfen, nicht ihn einseitig malträtiren“.

²⁾ Такова конструкція Laurent. Principes. XX, 428: „légitime défense contre agression injuste“, и L. Kühlenbeck. Das Recht der Selbsthilfe (Lausanne, 1907), 40: „die Ausübung des Zweikampfes selbst versetzt beide Teile in den Zustand der Notwehr“.

Этот *поединокъ* есть причина пораненія того или другого дуэлянта. Какъ несчастіе въ «*lusus poëius*» (l. 10 D. 9. 2) обязано спорту, какъ таковому, такъ же и вредъ, какъ результатъ поединка, хотя и существуетъ на одной сторонѣ, но нельзя сказать, что «*il est le fait d'une seule partie*» ¹⁾. Исходъ дуэли—дѣло темное и для самихъ дуэлянтовъ. Это дѣло случая, риска. Вотъ почему мы можемъ утверждать, что пораненіе (или убійство) есть дѣло поединка, а не—одностороннее дѣло того или другого дуэлянта.

Отсюда выводъ: оба дуэлянта должны быть разсматриваемы, какъ *первичныя причины* конкретнаго несчастія. Разъ дуэль состоялась при соблюденіи всѣхъ правилъ и условностей,—не можетъ быть рѣчи о «преимущественной причинѣ». Даже событія предшествующія встрѣчѣ (оскорбленіе, вызовъ), лишены значенія. Поединокъ, какъ соглашеніе о встрѣчѣ, играетъ роль новаци: онъ воспринимаетъ въ себѣ все, что было до этого момента и новируетъ все въ одномъ актѣ—*встрѣчь* ²⁾.

Этотъ выводъ дастъ намъ ниже твердую опору при самостоятельномъ разрѣшеніи вопроса о гражданской отвѣтственности дуэлянтовъ.

Болѣе трудно разрѣшеніе вопроса о силѣ соглашенія, какъ «*res juris*». Мы видѣли выше, что оно содержитъ въ себѣ взаимное соизволеніе обоихъ дуэлянтовъ на акты нападенія. Для установленія гражданской отвѣтственности дуэлянта передъ его противникомъ за причиненное поврежденіе существенно важно разрѣшеніе вопроса—поскольку правово-обязательнымъ для сторонъ является ихъ добровольное подчиненіе всѣмъ эвентуальнымъ послѣдствіямъ поединка.

¹⁾ Такова конструкция *Sourdat*, *Traité général*. I § 108, bis.

²⁾ *Demolombe*, *Cours de Code N.* VIII, 444 основаніе деликта дуэли усматриваетъ въ самомъ *соглашеніи*. Ср. *Cour de cass.* 20 févr. 63. D. 64. I. 99: «la convention du duel est un fait illicite».—*Canonico*, *Journ. de dr. int. privé* 1901, 473—въ самомъ *вызовѣ*. Этотъ взглядъ обязанъ ученію, что дуэль есть преступленіе противъ порядка управленія и правосудія: съ момента вызова начинается недовѣріе и неуваженіе къ судебнымъ органамъ.

Въ смыслѣ разрѣшенія этого вопроса въ утвердительномъ смыслѣ, т. е. въ смыслѣ признанія силы за предшествующимъ поединку соглашеніемъ мы находимъ законоположенія не только въ средневѣковыхъ законодательныхъ памятникахъ ¹⁾, но и въ практикѣ «общаго права» ²⁾ и нѣкоторыхъ партикулярныхъ германскихъ законодательствахъ половины XIX вѣка ³⁾.

Энергичными представителями доктрины, что при поединкѣ изначала и въ принципѣ—налицо *consensu* дуэлянта на эвентуальныя послѣдствія дуэли, а потому отпадаетъ всякое притязаніе на возмѣщеніе убытковъ, являются: *Wächter* ⁴⁾, *Buegner* ⁵⁾, *Levison* ⁶⁾ и *Wening-Ingenheim* ⁷⁾.

Они являются создателями «теоріи соизволенія» [*Einwilligungstheorie*], которая въ полномъ размѣрѣ считается съ соглашеніемъ о дуэли, какъ «res juris»; иначе говоря,—признаетъ полную правовую силу за содержащимся въ этомъ соглашеніи волеизъявленіемъ.

¹⁾ Средневѣковые законодательные памятники не регулировали этого вопроса, предоставляя сторонамъ опредѣлять все послѣдствія турнира особымъ соглашеніемъ [*„neyn Recht, sundern eyne frewilkore sei“*]. Т. к. обязанность возмѣстить убытки не лежала въ намѣреніи сторонъ, то вредъ отъ дуэли не возмѣщался, разве только отъѣчику можно было вѣнчить „*sunderlike vorsate*“. *O. Hammer*, Die Lehre vom Schadensersatz nach dem Sachsen-spiegel (Breslau 1885) стр. 74.

²⁾ Согласно практикѣ „общаго права“ пострадавшій на дуэли не имѣлъ „*ad legis Aquiliae*“ къ противнику. Вопросъ же о вліяніи соизволенія пострадавшаго на права третьихъ лицъ (семьи, наследниковъ) былъ въ высшей степени споренъ, т. к. не находилъ яснаго разрѣшенія въ римскихъ источникахъ.—*Wächter*. Vorlesungen, стр. 188; его же: Die neueste Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg. Archiv f. civ. Praxis. Bd. 23 (1840), стр. 81.

³⁾ Ср. ст. 13 п. 3, ст. 14 п. 3 Вюртембергскаго закона „о частно-правовыхъ послѣдствіяхъ преступленій“ 5 сент. 1839 г. [ст. 14 п. 3: „Bei Körperverletzungen im Zweikampf findet keine Entschädigung statt“]. На той же почвѣ: Баденскій законъ 6 марта 1845 г. „о частно-правовыхъ послѣдствіяхъ преступленій“ и законъ Саксонскаго Королевства отъ 2 января 1863 г. § 118.

⁴⁾ *Wächter*, Vorlesungen, 188; е. с. Arch.—Praxis, Bd. 23, 81.

⁵⁾ *Buegner*. Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht (Leipzig, 1879), стр. 23.

⁶⁾ *Levison*. Ueber compensatio der culpa. (Siegburg. 1891), стр. 60.

⁷⁾ *Wening-Ingenheim*. Die Lehre vom Schadensersatz (Heidelberg. 1841), стр. 125.

Согласно воззрѣнію этихъ юристовъ, соглашеніе о дуэли «*implicitement*» предполагаетъ устраненіе *деликтнаго* характера въ дѣяніи каждаго изъ противниковъ. Дуэлянты предполагаютъ, что условія уединенности, секретности, въ коей совершается ихъ безбожный актъ, скрываетъ ихъ дѣяніе не только отъ ока полиціи, но и отъ правосудія. Правовый порядокъ не интересуется-де тѣмъ, что дѣлается на отдаленной отъ жилья пустоши, гдѣ и будутъ сводиться счеты за поруганную честь: объективный внѣшній правовой міръ не оскорбляется-де такимъ боемъ, такъ какъ онъ узнаетъ о поединкѣ впервые, какъ о совершившемся уже фактѣ. Налицо—правонарушеніе (пораненіе, убійство), но нѣтъ потерпѣвшаго, ибо пострадавшій самъ соизволилъ на вредоносное дѣяніе противника. Объективная и субъективная неправомерность, такимъ образомъ, отпадаютъ, а посему никакихъ гражданско-правовыхъ послѣдствій дуэль не вызываетъ.

Таковы разсужденія, коими хотятъ оправдать «теорію соизволенія». Но правильны ли эти разсужденія? Можемъ ли мы къ нимъ присоединиться?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы должны войти въ разсмотрѣніе понятій *объективной* и *субъективной* неправомерности, какъ составныхъ элементовъ въ понятіи гражданского деликта. Лишь установивъ эти понятія, мы можемъ опредѣлить гражданско-правовое значеніе *соизволенія* потерпѣвшаго дуэлянта.

Существеннымъ элементомъ въ понятіи деликта является *неправомерность*, т. е. оскорбленіе объективнаго права ¹⁾. «Недозволенное дѣяніе» предполагаетъ, что дѣяніе погрѣшило противъ объективнаго правового порядка, т. е. противъ общей воли, воплощенной въ правовыхъ приказахъ или запрещеніяхъ.

¹⁾ § 823 B. G. B.: „Wer . ein... Recht eines Andern *widerrechtlich* verletzt“. § 50. Швейц. Улож. объ обяз.: „Wer einem andern *widerrechtlich* Schaden zufügt“...

Право, т. е. вся тяжесть всеобщей воли возстаетъ противъ такого поведенія. Не черезъ свои послѣдствія неправо-мѣрность получаетъ значеніе для права; уже съ момента учиненія деликта оно правово важно, такъ какъ законъ (какую бы цѣль онъ ни преслѣдовалъ въ правѣ частномъ или публичномъ) *не уполномочиваетъ на данное рода дѣянія*.

Снять съ дѣянія характеръ объективной неправо-мѣрности можетъ только законъ, который или самъ положи-тельной нормой даетъ разрѣшеніе на вторженіе въ чужую правовую сферу ¹⁾ или предоставляет *дачу такого согласія свободному усмотрѣнію заинтересованныхъ лицъ*.

Такимъ образомъ, согласіе потерпѣвшаго снимаетъ съ дѣянія характеръ неправо-мѣрности при томъ условіи, что объ-ектомъ соизволенія не является *безусловно недозволенное дѣяніе*. Такое безусловно недозволенное дѣяніе всегда оста-нется и *граждански неправо-мѣрнымъ дѣяніемъ*. Не недей-ствительность соизволенія, а само дѣяніе, какъ таковое, имѣетъ здѣсь рѣшающее значеніе. Правовый порядокъ и не входитъ въ обсужденіе наличности соизволенія при наличности такого дѣянія. Актъ, тѣмъ самымъ, что онъ наказуемъ уголовными законами, неправо-мѣренъ *an sich*, такъ какъ погрѣшаетъ про-тивъ публичнаго порядка и обосновываетъ отвѣтственность за убытки, несмотря на согласіе жертвы, которая не могла да-вать своего согласія на нарушеніе закона ²⁾.

¹⁾ Это имѣетъ мѣсто: 1) при законной оборонѣ (Notwehr); 2) въ слу-чаяхъ крайней необходимости (Notstand); 3) въ случаяхъ дозволеннаго само-управства (Selbsthilfe); 4) при приказахъ законной власти.

²⁾ *Dernburg*. Das bürg. Recht (1900) II, 2, стр. 725; *Chironi*. Colpa extracontrattuale (Torino, 1887), стр. 397: „L'offesa alla persona non si può comprendere fra gli oggetti cui validamente questa massima (volenti non fit iniuria) si possa applicare, e ciò per il motivo espresso dianzi — *l'ordine pubblico*“. *Sourdat*, o. c. I, § 188 bis: „le duel constitue dans tous les cas un acte illicite, une faute contraire aux lois de la religion, de la morale et de la société.“ — *M. Gmür*. Uebereinstimmung der Begriffe. Zeit. f. schw. R. 1903, 620: „widerrechtlich ist jede Handlung, die den Vorschriften des objectiven Rechts, wo immer sie auch stehen mögen, zuwiderläuft. v. *Liszt*. Grenzgebiete, стр. 34.

Съ этой точки зрѣнія, дуэль, какъ дѣяніе, вызывающее реакцію уголовнаго законодателя, во всѣхъ кодексахъ цивилизованныхъ странъ не можетъ быть актомъ граждански-правомѣрнымъ. Ни одинъ принципъ рыцарства не можетъ оправдать съ точки зрѣнія права убійство человѣка.

Въ гражданской неправдѣ мы можемъ отмѣтить еще и другой признакъ: дѣяніе *противообязанно*, т. к. есть проявленіе правомъ оспариваемаго индивидуальнаго интереса (съ т. з. обязаннаго лица) и — *неправомерно*, т. к. противорѣчитъ правомъ защищаемому интересу (съ т. з. уполномоченнаго лица). Иначе говоря, нарушеніе субъективнаго права есть воплощеніе объективно неправомѣрнаго состоянія въ конкретномъ фактѣ. Здѣсь страдаетъ не все гражданское общество, а опредѣленный членъ его ¹⁾. Субъективная неправомѣрность, такимъ образомъ, есть оскорбленіе чужой правовой сферы, которое неоправдывается субъективнымъ правомъ дѣятеля ²⁾.

Въ виду того, что субъективное право всегда основывается на правѣ объективномъ, всякое нарушеніе *субъективнаго права* всегда и безусловно является оскорбленіемъ *объективнаго права*.

Эта взаимная связанность уполномочиваетъ насъ къ такому выводу: если дѣяніе представляется безусловнымъ нарушеніемъ нормы объективнаго права (напр., запрещеніе убійства), оно неизбѣжно будетъ нарушеніемъ и субъективнаго права. Субъектъ права (потерпѣвшій) можетъ простить *post factum* совершившееся нарушеніе его субъективнаго права.

¹⁾ *Binding*. Normen. I (2 изд.), 295; *Brinz*, *Pand.* II, стр. 155; *Hold.* *e. Fernck*. Rechtswidrigkeit. Bd. I (1903), стр. 142, 373 сл. *Fritz Schulz*, о. с. 432. Эти юристы въ той или другой формѣ защищаютъ положеніе: „всякая неправда оскорбляетъ лишь субъективное право“.

²⁾ *B. G. B.* § 823: „Wer... ein... Recht eines Anderen... verletzt“. — *Pand.* *Delicta*. Q. Delits, t. 82, № 68: „leser un droit, c'est violer un pouvoir moral... la loi déclare inviolable“. *Швейц. Союз. Улож.* ст. 50: „Quiconque lèse... *Portug. Улож.* ст. 2361: „Quiconque viole ou lèse le droit...“

Но не из его власти *создать* то субъективное право у третьего лица, которое категорически оснаживает у него право объективное.

Этим определяется ограниченность объема применения принципа «*volenti non fit iniuria*». Соизволяющий предоставляет противнику правомочие совершить деяние. Тем, что деятель через соизволение получает право предпринять известное деяние, исключается неправомочность последнего.

Но если деяние, несмотря на соизволение, остается наказуемым преступлением, то предшествующее деянию прощение деяния и отречение наперед от убытков недействительны, ибо коль скоро правовое благо стоит под охраной уголовного закона, — частное лицо не имеет более права свободно располагать им во всех направлениях.

Поэтому, при всяком соизволении потерпевшего надо исследовать — санкционирует ли правовой порядок (уголовный и гражданский закон) — конкретное содержание соответствующего волеизъявления.

Здесь применяются общие правила о действительности договоров¹⁾.

Если предметом договора являются «*res extra commercium*» (неотчуждаемые блага)²⁾ или содержание его погрѣ-

¹⁾ „Die Einwilligung ist ein Rechtsgeschäft“, къ нему и должны быть применены общие правила о силѣ юрид. сделки. На этой точкѣ зрѣнія: *Zitelmann*, Arch. f. civ. Pr. 99, стр. 48 сл.; *Plank*. II (3 Aufl), стр. 977; *Biermann*, B. R. I § 89. Наоборотъ, *Linckelmann*, Schadensersatzpflicht, стр. 80 настаиваетъ на „die scharfe Absonderung der Einwilligung von der Kategorie des Rechtsgeschäfts“.

²⁾ *Zitelmann*. Anschluss der Widerrechtlichkeit. Arch. für die civ. Praxis Bd. 99 (1906), стр. 68, конструируетъ соизволение, какъ переносъ пользования правомъ. Этотъ переносъ есть лишь особый родъ самопользования правомъ. Отсюда выводъ: „verboten und darum nichtig ist die Einwilligung in alle Handlungen, die dem Rechtsinhaber selbst vorzunehmen verboten ist“. Этотъ выводъ очень сомнителенъ. Я могу дѣлать многое надъ собою (напр., отсѣчь себѣ руку), но то же деяніе третьего лица надо мною будетъ во всякомъ случаѣ актомъ не дозволеннымъ. Посему, неправильна также формула *H. Fischer*, о. с. 273: „So weit diese Selbstbestimmung geht, geht auch in der Regel die Wirksamkeit der Einwilligung in die Verletzung durch andre“

паетъ противъ «добрыхъ нравовъ», то соизволеніе ничтожно, и обязанность возмѣстить убытки не исключается изначала даже передъ лицомъ, давшимъ согласіе ¹⁾).

Можно сказать, что этотъ выводъ—*communis opinio* даже тѣхъ *doctores*, которые со времени *Wilhelm von Humboldt* и *J. S. Mill* я отрицаютъ различіе отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ благъ для уголовного права, и, подчеркивая, что объектомъ преступленія является *воля*, а не само *благо*, провозглашаютъ неограниченное дѣйствіе принципа «*volenti non fit iniuria*» въ уголовномъ правѣ ²⁾).

Если реакція уголовного закона противъ дуэли можетъ быть оправдываема правополитическими цѣлями ³⁾, то реакція гражданского закона противъ дуэли лежитъ въ самой матеріальной сущности общаго ученія гражданского права о силѣ договоровъ. Въ этой области для извѣстной культурной эпохи можно говорить объ «отчуждаемыхъ» и «неотчуждаемыхъ» правахъ. Къ такимъ неотчуждаемымъ правамъ принадлежитъ распоряженіе своимъ тѣломъ. Съ цивильно-правовой точки зрѣнія, договоры, имѣющіе предметомъ такое благо, ничтожны изначала и безусловно. Путемъ такого договора одинъ контрагентъ не принимаетъ на себя правовой обязанности позволить себя убить, а другой—правовой обязанности убить ⁴⁾).

¹⁾ *Dernburg*, о. с. II, стр. 155; *Matthias*, Lehrbuch. I. 713; *Plank* B. G. B. (3 Aufl.) II, стр. 977; *Gruchot*, Gr. Beitr., IV, стр. 171: „der in Zweikämpfe Gefallene konnte aber durch seine Einwilligung ihren Rechten nichts vergeben“. *Graf Dohna*, Rechtswidrigkeit (1895) стр. 18.

²⁾ *Köstlin*, System, 106, n^o 3 (авторъ опирается на римскіе источники). *Hiller*, Das Recht über sich selbst. 1908, стр. 52: „Wenn der Begriff der Unveräußerlichkeit überhaupt einen Sinn haben soll, so muss man ihn ins Vertragsrecht hinüberretten“. *Kuhlenbeck*, о. с. 40; *Klee*, о. с. 198. „Уголовно-правовому соизволенію не хватаетъ свойственнымъ договору элементъ длительной связи сторонъ“.

³⁾ *Kessler*, о. с. 91—93; *Ortmann*, о. с. 115; *Schleifenbaum*, Begriff und Bedeutung des Rechtswidrigen Angriffs. (1904) стр. 11—44.

⁴⁾ *Dalloz*, Répertoire, Duel, стр. 302: „il faudrait sans nul doute se prononcer pour la nullité d'un pacte aussi déraisonnable qu'odieux“. *Sourdat*, о. с. § 108 bis: „la convention de se battre ainsi est nulle d'une nullité radicale“. *Croabbon*, La science du point d'honneur. 370: „la valeur légale d'une

Иначе говоря, это соизволеніе не создаетъ «*juris vinculum*» между сторонами ¹⁾). Это слѣдуетъ изъ самой сути договора, позволяющей каждому контрагенту *принудить* другого контрагента исполнить содержаніе обязательства, въ которое онъ добровольно вступилъ. Вотъ почему жизнь, здоровье, свобода изъемятся изъ договорнаго права: въ случаѣ недобровольнаго ихъ исполненія, они давали бы уполномоченному лицу правомочіе, которое содержитъ слишкомъ интенсивное отрицаніе чужой воли ²⁾).

Съ другой стороны, что не можетъ быть предметомъ *длительной связи* (*juris vinculum*), то безусловно неправомѣрно, даже какъ совершившійся *фактъ*: первое служить критеріемъ для сужденія о второмъ.

Итакъ, дерущійся на дуэли совершаетъ не только объективно неправомѣрный (становится въ противорѣчіе съ общимъ правовымъ порядкомъ), но и субъективно неправомѣрный (становится въ противорѣчіе съ субъективнымъ правомъ противника) актъ. Молчаливый отказъ «*ex ante*» отъ эвентуальныхъ убытковъ его противника считается какъ бы не существующимъ. Последній сохраняетъ свой деликтный искъ въ случаѣ тѣлеснаго поврежденія ³⁾).

convention au moyen de laquelle les deux adversaires s'affranchiraient par avance de toute responsabilité civile? Elle est nulle comme n'ayant pas de cause née et en admettant que la cause fût née, comme reposant sur une cause illicite»; *Zitelmann*, о. с. 55; *Landsberg*, Burg. R. I, стр. 252.

¹⁾ Ср. ст. 1392 Св. Гр. Уз. гуд. Приб.: «Соглашеніе о томъ, что бы вредъ, который будетъ причиненъ злоумышленнымъ дѣйствіемъ, не влекъ за собою вознагражденія, признается недѣйствительнымъ. Но не запрещается отказываться отъ всякаго требованія по злоумышленному дѣйствію, уже учиненному, когда понесшему вредъ достаточно извѣстны и то право которое онъ можетъ отыскивать, и основанія къ сему».

²⁾ *Klee*, о. с. 197. «Если кто-либо обязался къ отреченію отъ жизни или свободы,—на его сторону изначально лежитъ „*laesio enormis*“ и потому онъ имѣетъ право отказаться отъ договора.—Точнѣе сказать, что договоръ изначально ничтоженъ и не требуетъ оспариванія его контрагентомъ.

³⁾ О „*Widerrutlichkeit*“, какъ существенномъ моментъ соизволенія, какъ юридической сдѣлки, см. *Zitelmann*, о. с. Arch. f. Civ. Prax. Bd. 99, стр. 49; *Krückmann*, Iher. Jahrb. Bd. 52, стр. 441 сл.

Правда, коварный дуэлянтъ, предъявляющій гражданскій искъ объ убыткахъ къ своему противнику, поступаетъ не поджентльменски: онъ оскорбляетъ правила благоприличія и будетъ осужденъ общественнымъ мнѣніемъ.

Но благородство—одно дѣло.

Другое дѣло—«strictum jus»!

Отрицательный выводъ предшествующаго изложенія тотъ, что вопросъ объ отвѣтственности дуэлянтовъ не можетъ быть разрѣшенъ съ точки зрѣнія принципа «volenti non fit iniuria»¹⁾. Но это не значитъ, что вопросъ о гражданской отвѣтственности дуэлянта тѣмъ самымъ разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ. Ибо, если соизволеніе потерпѣвшаго ничтожно, и, какъ таковое, не можетъ служить къ умаленію его правъ, то, съ другой стороны, въ самомъ соизволеніи на акты нападенія мы не можемъ не усмотрѣть *собственной вины потерпѣвшаго*: дуэлянтъ—отвѣтчикъ можетъ возразить, что поврежденіе стало возможнымъ лишь потому, что истецъ самъ сталъ на поединокъ. И такимъ путемъ мы приходимъ къ новой конструкціи: соглашеніе потерпѣвшаго дуэлянта выступаетъ не въ роли соизволенія, какъ такового, а въ роли *вины*, кроющейся въ *этомъ* соизволеніи; не устраняя неправомѣрности, оно все же можетъ имѣть значеніе въ другомъ направленіи: оно можетъ въ свойствѣ «собственной вины» уничтожить или уменьшить лежащую на делинквентѣ обязанность возмѣстить убытки.

Какова научная цѣнность этой конструкціи?

3. Теорія зачета двухъ деликтовъ.

Согласно этой теоріи, дуэль должна быть разсматриваема не черезъ призму соизволенія пострадавшаго, а исключительно

¹⁾ Надо замѣтить, что «volenti non fit iniuria» вовсе не является въ наукѣ права такимъ принципомъ, изъ котораго можно было бы смѣло дѣлать какіе либо выводы. Сами римскіе юристы не формулировали подобнаго принципа, онъ не можетъ быть и выведенъ изъ отдѣльныхъ разрозненныхъ рѣшеній юристовъ. См. *Perms. Labeo*, II, I, (2 Aufl.), стр. 86.

но через призму его собственной вины. Потерявший также отвѣчаетъ передъ своимъ противникомъ, какъ и послѣдній передъ намъ.

Но какъ опредѣлить формы виновности того и другого дуэлянта въ отношеніи къ возникшему вреду?

Господствующая доктрина опредѣляетъ формы виновности того и другого дуэлянта, какъ взаимный *умыселъ*. Каждый дуэлянтъ преслѣдуетъ одну цѣль: сдѣлать противника безопаснымъ, употребивъ противъ него условленное оружіе. Данное конкретное поврежденіе можетъ быть и не входило въ въ намѣреніе дуэлянта. Но это не исключаетъ того, что дуэлянтъ дѣйствуетъ, по крайней мѣрѣ, съ *эвентуальнымъ умысломъ*, и всякій результатъ во всякомъ случаѣ долженъ быть приписанъ этому умыслу ¹⁾.

«Намѣреніе обезвредить противника — взаимно, а волевой элементъ играетъ здѣсь рѣшающую роль. Конечно, отвѣтчикъ *причинилъ* убытокъ, но его винѣ противостоятъ *должное* поведеніе противника» ²⁾.

Такимъ образомъ, эта доктрина конструируетъ дуэль, какъ зачетъ двухъ деликтовъ. Хотя авторы и сознаютъ, что здѣсь — преступленіе *одно* (встрѣча), но виновность той и другой стороны все же опредѣляютъ такъ, какъ-будто было *два* самостоятельныхъ преступленія: одинъ дуэлянтъ имѣетъ умыселъ обезвредить противника; этотъ послѣдній также имѣетъ умыселъ того же содержанія къ другому дуэлянту. Отсюда, они дѣлаютъ выводъ: «при дуэли преступленія противниковъ взаимны и равно тяжелы. Поэтому, всякая односторонняя отвѣтственность отпадаетъ». «Если оба дуэлянта ранили себя

¹⁾ Ср. *Impallomeni*, Il Codice, 2.488. „Se ha ucciso l'avversario abia egli avuto l'intenzione di uccidere, ó no [lesione personale da cui deriva la morte] e punito“. — Изъ криминалистовъ, см. *Halschner*, Das Gemeine deutsche Strafrecht, II, 949.

²⁾ *Ganzhorn*, о. с. 24—25, *Sourdat*, о. с. § 108, bis; *Crome*, Allg. Teil. § 37, стр. 352 прим. 28; *Halschner*, о. с. 949.

взаимно, налицо—два умысла, и не наступит никакого признания на убытки».

Эта конструкция насъ рѣшительно не удовлетворяетъ.

Она заключаетъ въ себѣ логическое противорѣчіе. Съ одной стороны, она сущность вины кладетъ въ самой *встрѣчѣ* (а не въ конкретномъ исходѣ дуэли), а съ другой стороны, умыселъ направленъ у нея на обезвреженіе противника, т.-е. на *реальный исходъ дуэли*.

Сразу бросается въ глаза, что два умысла, исходящіе отъ дуэлянтовъ, въ этой конструкціи не скрепляются въ реальномъ фактѣ (пораженіе, убійство). Съ точки зрѣнія изложенной конструкціи, умыселъ односторонне пострадавшаго противника остается абстрактностью, не получившей реального результата. Какъ же можетъ этотъ умыселъ интересовать право?!

Кромѣ того, эта доктрина опирается на очень сомнительное (въ смыслѣ его пригодности для гражданскаго права)¹⁾ ученіе о существѣ *умысла* (*dolus eventualis*), какъ понятія сложнаго, обнимающаго: 1) волю, направленную на вредоносное дѣяніе (*Tatwille*) и 2) сознаніе дѣятеля эвентуальнаго наступленія извѣстныхъ событій.

Согласно этой «теоріи представленія» («*Vorstellungstheorie*»), воля обоихъ дуэлянтовъ можетъ быть конструирована только какъ *умыселъ*. Каждый изъ дуэлянтовъ желалъ дуэли, какъ факта. Правда, цѣль дуэли—«мстить за поправную честь», а не—убить во чтобы то ни стало противника²⁾. Эвентуальная смерть противника на такой

¹⁾ Въ уголовномъ правѣ нѣтъ другого исхода, какъ признать „*dolus eventualis*“. Поединокъ является выраженіемъ общаго умысла причинить вредъ противнику, а при такой характеристикѣ преступной воли, ответственность всегда опредѣляется по *реальнымъ послѣдствіямъ преступленія*. Вѣдь, нельзя же установить *одно и то же* наказаніе за поединокъ, чѣмъ бы онъ не окончился!

²⁾ Таково и является дѣйствительная воля дуэлянтовъ въ большинствѣ современныхъ дуэлей.

дуэли не есть цѣль дуэлянтовъ. Но каждый изъ нихъ предвидѣть возможный исходъ поединка, и если его предвидѣніе оправдается, мы имѣемъ случай «*dolus eventualis*».

Всѣ эти натянутыя, искусственныя построенія насъ не удовлетворяютъ ¹⁾).

Вся конструкція господствующей доктрины разбивается объ одно соображеніе: если мы въ углу нашего изслѣдованія поставимъ конкретный исходъ дуэли, то форма виновности самого пострадавшаго и должна быть опредѣлена касательно этого конкретного исхода (пораненіе, смерть пострадавшаго), а не касательно несуществующаго воображаемаго исхода дуэли на противной сторонѣ (пораненіе, смерть противника). Говорить же о «*dolus*» потерпѣвшаго въ отношеніи къ неблагоприятному для него исходу дуэли не отвѣчаетъ «природѣ вещей» ²⁾. Можно говорить лишь о «*culpa*», каковая, конечно, будетъ «*culpa lata*».

¹⁾ Въ т. I. нашей монографіи: „Вліяніе вины потерпѣвшаго на размеръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ“ мы выяснили нашу точку зрѣнія на сущность умысла. Мы держимся того взгляда, что одно предвидѣніе возможности результата не возводитъ безусловно небреженія въ умыселъ. Оно возводитъ лишь при томъ условіи, что дѣятель мысленно одобряетъ результатъ, на случай его наступленія. Это, именно, имѣетъ мѣсто тогда, когда предвидѣніе результата, какъ наизвѣстное, не удержало бы дѣятеля отъ его поступка. Вотъ почему, весь тотъ кругъ дѣйствій, вредоносность коихъ сознавалась дѣятелемъ, но отказаться отъ которыхъ было просто не въ силахъ воли его, обязанъ не умыслу, а сознательному небреженію. Т. о., въ нашей конструкціи умысла нѣтъ момента *намыренія* (*Absicht*)—и этимъ мы приближаемся къ господствующей теоріи,—и съ другой стороны, одного предвидѣнія возможности результата недостаточно для возведенія небреженія въ умыселъ. Напр., лицо можетъ дѣйствовать безъ прямой цѣли вызвать результатъ (напр., убійство чловека), напр., стрѣляетъ въ жилищъ ~~жестъ~~ (по воробьямъ). Оно могло предвидѣть возможность несчастія. Но это несчастіе будетъ обязано *умыслу* лишь въ томъ случаѣ, если бы дѣятель, спуская курокъ, спросилъ бы себя: „а не подстрѣлю ли я г. Х?“—и отвѣтилъ бы мысленно: „туда ему и дорога!“ Въ большинствѣ случаевъ это „мысленное одобреніе результата“ будетъ явствовать изъ совокупности предшествующихъ, сопутствующихъ и послѣдующихъ обстоятельствъ дѣла.

²⁾ Согласно нашей конструкціи понятія „*dolus*“, дуэлянтъ, становясь къ барьеру и поднимая свой пистолетъ на противника, подвергаетъ свое тѣло случайному исходу поединка. Мысленно онъ не одобряетъ неблагопрі-

Но не только логическое обоснование, но и конечные выводы разбираемой теории не могут насъ удовлетворить. Зачетъ взаимныхъ деликтовъ логически ведетъ къ полному погашенію ответственности делинквента: «paria delicta mutua pensatione dissolvuntur» (l. 39 D. 24. 3). Между тѣмъ, въ разбираемой конструкціи, какъ мы доказали, надо признать на сторонѣ того и другого дуэлянта не контра-балансируемыя формы виновности. Посему, теорія «компенсанціи деликтовъ» носить въ себѣ внутреннее противорѣчіе. Она приводитъ не къ тѣмъ выводамъ, къ которымъ желаютъ прійти ся авторы.

4. Теорія зачета вины.

Приступая къ изложенію нашей собственной точки зрѣнія по интересующему насъ вопросу, мы должны прежде всего указать на слѣдующее поразительное явленіе: при установленіи формы виновности дуэлянтовъ изслѣдователи вопроса недостаточно считаются съ тѣмъ, что дуэль есть проступокъ, *погрѣшающій противъ закона, охраняющаго правовое благо друуюю*.

Даже тѣ юристы, которые принимаютъ въ соображеніе эту сторону правоотношенія, не съумѣли, кажется, сдѣлать отсюда соответствующихъ выводовъ для разрѣшенія вопроса о гражданской ответственности дуэлянтовъ.

Они продолжаютъ обсуждать субъективный составъ вины дуэлянта (*imputatio juris*) такъ, какъ будто рѣчь идетъ о погрѣшеніи противъ общей обязанности «*ne minem laedere*». Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ ихъ конструкціи субъективная причинная

ятнаго для себя исхода дуэли, а, потому, если онъ будетъ раненъ (или убитъ), этотъ результатъ не можетъ быть приписанъ его *умыслу*. Онъ—*in culpa*, и, конечно,—*in culpa latissima*; но все же извѣстный рубежъ будетъ отдѣлять эту виновность отъ виновности его противника, который не только также желалъ дуэли, но и мысленно одобрялъ (но можетъ быть не таково было его намѣреніе! Это надо различать!) эвентуальный исходъ дуэли (пораненіе противника). Къ этому выводу мы должны неизбежно прійти, если будемъ относить виновность дуэлянтовъ къ *конкретному результату дуэли!*

связь между волею делинквента и результатом опредѣляется какъ предвидѣніе (предвидимость), вредоноснаго *результата* дѣянія ¹⁾. Эти юристы упустили изъ виду, что эта конструкція не годна для вины дуэлянта. По общепризнанному наукой права положенію ²⁾, [нашедшему себѣ выраженіе въ § 823 II, В. Г. В.] ³⁾, указанное субъективно причинное отношеніе терпитъ модификацію въ сторону ограниченія въ тѣхъ случаяхъ, когда данное деликтное дѣяніе не является только погрѣшеніемъ противъ общей обязанности «*petitum laedere*», но и является нарушеніемъ положительнаго закона, ограждающаго личную или имущественную безопасность другого (сюда относятся: всѣ уголовные законы, полицейскія правила и т. п.).

При дѣяніи, нарушающемъ «законъ, ограждающій личную или имущественную безопасность другого», объемъ волевого отношенія ограничивается виновнымъ отношеніемъ дѣятеля къ самому совершенію незаконнаго дѣянія, т. е. вина дѣятеля (предвидимость, предвидѣніе) относится лишь до самого нарушенія нормы и не распространяется на *результаты* недозволенаго дѣянія (причиненіе вреда), относительно которыхъ достаточно голой причинной связи.

Если, напр., полицейскіе или уголовные законы запрещаютъ стрѣльбу въ жилищѣ мѣстѣ [обстановка, угрожающая пораненіемъ третьимъ лицамъ], то вина должна быть направлена не на самое конкретное пораненіе даннаго лица, — достаточно предвидѣнія (умыселъ) или предвидимости (небреженіе) касательно самого нарушенія запретительной нормы, т. е. стрѣльбы.

¹⁾ См. т. I нашей монографіи: „Вліяніе вины потерпѣвшаго“ и т. д. стр. 130—132. [Здѣсь же приведена литература вопроса]

²⁾ Ibid, стр. 133.

³⁾ § 823 II В. Г. В. „Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein“.

Этимъ отличается положеніе вины въ общегражданскихъ отношеніяхъ отъ вины въ этой специальной категоріи правонарушеній. Тогда какъ въ общемъ понятіи вины «*imputatio juris*» выражается въ сознательномъ или не вполне сознательномъ направленіи воли на воспроизведеніе непосредственнаго *результата* [2-е звено въ каузальной серіи; напр. осторожное пораненіе], въ полипейско-уголовныхъ правонарушенияхъ «*imputatio juris*» есть упречность воли, направленной уже на самый *фактъ правонарушения* [1-е звено каузальной серіи; напр., «встрѣча» на поединкѣ].

Примѣняя эти положенія къ дуэли, мы приходимъ къ выводу, что на сторонѣ того и другого дуэлянта лежитъ равная степень интенсивности виновности: оба они желали дуэли, какъ факта; предвидѣніе правонарушительнаго дѣянія (встрѣчи) возводитъ ихъ вину въ *умыселъ*; 2-е звено каузальной серіи—непосредственный исходъ дуэли—здѣсь лишено всякаго значенія. На форму виновности исходъ дуэли не можетъ имѣть вліянія и потому, что тотъ или другой исходъ есть дѣло случая: никто не знаетъ, кто изъ нихъ выйдетъ побѣдителемъ.

Итакъ, вина дуэлянтовъ взаимна, равно велика и скрепляется въ одномъ дѣяніи—*встрѣчь*. То же состояніе равновѣсія мы имѣемъ и въ каузальномъ отношеніи. Выше мы установили то положеніе, что дуэль всегда представляется такимъ вредоноснымъ событіемъ, въ созданіи котораго въ принципѣ *равнопричинны* оба дуэлянта.

Отсюда мы должны сдѣлать выводъ, что всякая односторонняя отвѣтственность дуэлянта отпадаетъ: «*dolo inter utramque partem compensando*» (l. 57 § 3 D. 18. 1) ¹⁾.

¹⁾ Это начало извѣстно и русскому положительному праву. Напр. по ст. 138 Уст. о Нак. и ст. 1534 прим. Улож. о Н. обиженный, нанесшій обидчику равную или болѣе тяжкую обиду, теряетъ право на принесеніе жалобы. Потерпѣвшій *можетъ* искать убытки и потери, причиненные ему оскорбленіемъ (ст. 670 т. X ч. 1), но въ случаѣ взаимнаго оскорбленія такой гражданскій искъ *долженъ быть погашенъ* [К. Р. 1869/1041 д. Широкова].

Все предшествующія дуэли обстоятельства мы рѣшительно и безусловно отвергаемъ для сужденія о степени виновности дуэлянтовъ. Изслѣдованіе того, — кто кого ранилъ: оскорбитель — оскорбленнаго или наоборотъ — мы считаемъ теоретически несостоятельной и непрактичной работой. Дуэль не есть драка, чтобы изыскивать — *кто началъ*. Предшествующія событія отступаютъ съ юридической точки зрѣнія на второй планъ и новируются фактомъ *встрѣчи* даже въ мысляхъ и цѣляхъ самихъ дуэлянтовъ ¹⁾.

И въ подготовительной стадіи къ дуэли вина противниковъ обычно уравнивается. Въ самомъ дѣлѣ, нѣтъ рѣшительно никакого основанія возлагать на вызывателя главную вину; обычно онъ былъ побужденъ къ тому оскорбленіями противной стороны, а другая сторона подлежитъ еще дальнѣйшему упреку (кромѣ ея оскорбительнаго поведенія), что она приняла вызовъ ²⁾.

Самъ вызовъ или принятіе вызова часто обязаны житейскими мотивамъ. Лицо можетъ соизволить на дуэль подъ давленіемъ всевозможныхъ побужденій: господствующія понятія о чести, финансовыя соображенія (чтобы не потерять своего мѣста) ³⁾, ложный стыдъ.

¹⁾ „Кодексъ чести“ различаетъ того, кто былъ вынужденъ драться, такъ сказать, вопреки своей воли, отъ того, кто создалъ необходимость дуэли. Croabon, о. с. 363: „N'oublions pas qu'en matière de duel, c'est l'auteur de l'offense et non celui qui a envoyé le cartel qui est considéré comme provocateur“. Но это различіе не преслѣдуетъ разрѣшенія какихъ-либо практическихъ вопросовъ, возникающихъ изъ дуэли.

²⁾ Въ цѣляхъ уголовной политики (предупрежденіе поединка) уголовный законъ можетъ предписать судѣ войти въ изслѣдованіе этихъ событій, что бы наказать строже виновнаго, подавшаго поводъ къ поединку. Ср. ст. 1498 Улож. о нак. подвергаетъ болѣе тяжкому наказанію того, кѣмъ былъ данъ „первый поводъ къ ссорѣ“. Ст. 1503, 1505 Ул. о нак. различаютъ того, „кѣмъ была нанесена обѣда, давшая поводъ къ поединку“, отъ того, кто *не былъ причиной* поединка. — Ясно, что первый признакъ (поводъ къ ссорѣ) и второй признакъ (обѣда, создавшая поединокъ) далеко не тождественны.

³⁾ Законъ 13 мая 1894 г. „Правила о разбирательствѣ ссоръ, случающихся въ офицерской средѣ“. Судъ общества офицеровъ рѣшаетъ вопросъ о дуэли (ст. 1—3). Отказавшійся отъ дуэли офицеръ *увольняется* изъ полка безъ

Право гражданское остается нечувствительнымъ къ такимъ побужденіямъ.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что дуэль безусловно должна быть разсматриваема, какъ *деликтъ*, и къ ней должны быть примѣнены общіе принципы гражданского права объ ответственности.

Такъ какъ вооруженное нападеніе на человека нарушаетъ законъ, преслѣдующій охрану жизни и тѣлесную неприкосновенность другого, то вина (*dolus*) обоихъ дуэлянтовъ скрещивается на этомъ уголовно-наказуемомъ моментѣ—*встрѣчь*. А такъ какъ причинность и виновность въ сознаніи факта встрѣчи равно интенсивны съ обѣихъ сторонъ, то по общимъ принципамъ права гражданская отвѣтственность одного дуэлянта исключается цѣликомъ передъ противникомъ ¹⁾.

Установленныя нами положенія помогутъ намъ критически оцѣнить принципы, выработанные западно-европейской законодательной и судебной практикой.

проектъ (ст. 4) См. для германской армии „Verordnung über die Ehrengerichte der Offiziere im Preuss. Heere v. 2 Mai 1874“ *Binding, D. J. Z.* 1897, стр. 3.

¹⁾ Къ другимъ выводамъ мы должны прийти, если мы не признаемъ учения о своеобразномъ „*imputatio juris*“ въ сферѣ полицейско-уголовныхъ правонарушений. Такъ, Проектъ гражд. уложения [Объяс. зап. Обязательства т. V. стр. 149] учитъ, что въ этой категоріи случаевъ: „*imputatio juris* выражается въ сознательномъ или не въполнѣ сознательномъ направленіи воли къ причиненію вреда“... „Недозволенное дѣяніе составляетъ причиненіе смерти человека, а не стрѣляніе, хотя бы сіе дѣяніе само по себѣ также было недозволеннымъ (напр., въ запрещенныхъ мѣстахъ)“

Въ этой конструкціи упречность воли дуэлянтовъ подлежитъ изслѣдованію въ направленіи ея на конкретный исходъ дуэли.

Пострадавшій къ факту поврежденія всегда будетъ „*in culpa lata*“, а потому его вина будетъ въ принципѣ имѣть значеніе лишь для опредѣленія объема ответственности другого дуэлянта. Но послѣдній также можетъ быть— „*in culpa lata*“ (было условлено, напр., обмѣляться по одному выстрѣлу, а дуэль окончилась убійствомъ): тогда отвѣтственность его отпадаетъ.

5. Судебная практика и законодательства.

1. Франция.

Во Франціи идея, что согласіе потерпѣвшаго на оскорбленіе его тѣлесной неприкосновенности не создаетъ *права* на оскорбленіе на сторонѣ правонарушителя, долго должна была бороться за свое признаніе.

Въ ту эпоху, когда право не считало дуэль за уголовное преступленіе, принципъ «*volenti non fit iniuria*» имѣлъ полнѣйшее примѣненіе и исключалъ искъ объ убыткахъ со стороны самого пострадавшаго, который—предполагалось—соизволилъ на эвентуальный исходъ дуэли ¹⁾.

Но, если согласіе дуэлянта подвергнуть себя случайнымъ шансамъ дуэли могло быть ему противопоставлено, если бы онъ вздумалъ требовать убытки,—это согласіе не лишало у его жены и дѣтей правъ, «которыя за ними обезпечены природой и закономъ и которыя они требуютъ прямо, лично отъ своего имени за тотъ убытокъ, который они потерпѣли» ²⁾.

Лишь мало-по-малу завоевываешь себѣ признаніе та идея, что прибѣгать къ оружію для защиты чести образуетъ во всякомъ случаѣ «*une faute commune*» и даетъ мѣсто деликтному иску изъ § 1382 *Code Civil* ³⁾.

¹⁾ Cass. 29 juin 1827 S. 27. 1. 464; Req. 30 juin 1836 D. 36. 1.73. *Pand. Franç.* (1897) *Duel*. № 102: „Car il a consenti à subir les chances du duel“.

Здѣсь же приведена литература.

²⁾ Cour de Bordeaux, 5 avril 1852. S. 52. 2. 421; Riom. 23 nov. 1852 D. 53. 2. 137; 11 mars 1851 D. 53. 2. 76; Cass. 29 juin 1827. S. 27. 1. 464; Liège 24 oct. 1888. *Pasier. belge*. 1889. 2.51. Если они предъявили искъ, какъ наследники умершаго, искъ ихъ не можетъ быть уваженъ: они не имѣютъ болѣе правъ чѣмъ ихъ праводатель. *Dalloz*, *Duel*. № 105 [Cour de Cass. 20—30 годовъ].

³⁾ Cass. 20 févr. 1863. D. 64. 1.99. Убіеніе на дуэли, хотя бы отрицательный отвѣтъ жюри снялъ съ него характеръ уголовного дѣянія, все же образуетъ недозволенное дѣяніе и обосновываетъ гражд. ответственность дуэлянта.—*Pand. belges* (1890) *Duel*. n° 100, 102: „это соглашеніе безусловно

Вмѣстѣ съ тѣмъ расширяется кругъ третьихъ лицъ, имѣющихъ искъ къ дуэлянту. Дуэлянтъ отвѣчаетъ не только передъ наслѣдниками противника, но и передъ всякимъ заинтересованнымъ лицомъ, которое существовало хотя бы добровольной помощью убитаго ¹⁾. Но, съ другой стороны, эти третьи потерпѣвшіе, если они ищутъ, какъ преемники убитаго, они не могутъ имѣть болѣе правъ, чѣмъ имѣлъ бы ихъ праводатель, если онъ могъ предъявить искъ ²⁾.

Въ какихъ же размѣрахъ имѣеть искъ пострадавшій дуэлянтъ? Французская доктрина ³⁾ и юриспруденція ⁴⁾, усматривая въ дуэли случай «*faute commune*», не допускаютъ, однако, чтобы вина одного могла компенсироваться виной другого въ тѣхъ случаяхъ, когда поврежденіе возникаетъ на одной сторонѣ ⁵⁾.

«Вредъ возникъ на одной сторонѣ. Въ своемъ матеріальномъ бытіи онъ есть *результатъ дѣятельности одного изъ противниковъ*: эта послѣдняя есть его непосредственная и прямая причина. Поэтому-то немислима компенсація двухъ первичныхъ винъ, болѣе или менѣе отдаленныхъ причинъ несчастія» ⁶⁾.

ничтожно и не можетъ оказать никакого вліянія на судьбу требованія». Lege, 5 mai 1888. *Revue*. b. 1838. 2.115; Lege, 24 oct. 1888, *Revue*. 1889. 2.31.

¹⁾ На почвѣ толкованія Art. 1, 63 Code d'insur. crim.: „l'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention peut être exercée *par tous ceux qui ont souffert de ce dommage*“.

²⁾ *Dalloz*, *Duel*, n° 105; *Pand. belges* *Duel* n° 48, 105, 107. *Demolombe*, II, n° 80; *Larombière*, I, Art. 1166.

³⁾ *J. Bosc*. Essai sur les éléments constitutifs du délit civil (Paris 1901), 71; *Demolombe*, VIII, 442; *Dalloz*, Code annoté, Art. 1382, № 335; *Flandin*. *Rev. Crit.* 1863 (t. XXII).

⁴⁾ Cass. 16 juin 1864 D. 65. 1.198; 15 nov. 1871 D. 73. 1.341; Cass. 11 nov. 96 S. 1898. 1.228; 7 août 1895 D. 96. 1.81.

⁵⁾ *Pand. belges*. I. c. № 107. Если оба противника получили пораненія „la compensation complète des torts respectifs n'est nullement une chose impossible“.

⁶⁾ *Sourdat*. o. c. § 108 bis Cp. *Larombière*. t. V, стр. 710, № 31; *Aubry et Rau* t. IV, стр. 743; *Demolombe* t. VIII. № 512; *Puchelt* *Gandbuch des franz. Civilrechts* (1875) № 445.

Объясняя такимъ образомъ, возникновеніе вреда (односторонней дѣятельностью дуэлянта, а не *встрѣчей*, какъ двухсторонней дѣятельностью обоихъ дуэлянтовъ), французская юриспруденція естественно должна была при распределеніи убытковъ между сторонами примѣнить въ неизмѣнномъ видѣ общіе принципы, выработанные ею для общаго института «взаимной вины».

Въ силу этихъ принциповъ вина потерпѣвшаго вообще не есть моментъ, исключаяцій отвѣтственность деликвента. Судья имѣетъ дискреціонное усмотрѣніе при распределеніи отвѣтственности сообразно *тяжести вины той и другой стороны*.

Тотъ же принципъ остается въ силѣ и здѣсь: вина пострадавшаго дуэлянта не оказываетъ рокового вліянія на вопросъ объ обязанности возмѣстить убытокъ, она принимается въ соображеніе лишь побочно при опредѣленіи *объема* отвѣтственности.

При установленіи этой преимущественной вины судья считается съ обстоятельствами, которыя сопровождали «встрѣчу» и на первомъ планѣ—съ тѣмъ, кто былъ «provocateur», т. е. «auteur de l'offense», «la cause première de la rencontre». Эти обстоятельства способны серьезно понизить отвѣтственность дуэлянта, въ случаѣ пораненія противника—«provocateur» ¹⁾.

2. Германія.

Въ Германіи принципъ «volenti non fit iniuria» издавна

¹⁾ *Chironi*, о. с. 397: «Cosi il duello da seppre luogo a responsabilità per colpa, che s'è comune, è più grave in chi abbia provocato». *Sourdat*, о. с. § 108 bis: «On pourra seulement trouver dans les circonstances du fait, notamment dans la provocation si elle vient de la victime des motifs de réduire le montant de l'indemnité». *Aubry et Rau*, t. IV, стр. 793; *Pand. Belges*, *Duel*. № 100 даетъ еще такой мотивъ: «развѣ не зловозвено съ его стороны, разъ онъ самъ злоумышлялъ на жизнь противника, жаловаться на то, что его противникъ не выстрѣлилъ въ воздухъ?».

пользовался большой популярностью ¹⁾. Отдали ему свою дань почтения и редакторы Entwurf'a.

Убийство—разсуждали они—есть уголовное преступление, и, какъ таковое, есть недозволенное дѣяніе, подпадающее подъ дѣйствіе ст. 704 [= § 823 II B. G. B.]. Но, съ другой стороны, пострадавшій, напр., на дуэли заранее далъ свое согласіе на эвентуальный исходъ поединка и тѣмъ самымъ онъ потерялъ всякое право на вознагражденіе ²⁾.

Знаменитый § 706 Entw. I [«изъявившій согласіе на совершеніе дѣянія, причинившаго ему вредъ, не въ правѣ требовать вознагражденія»] не устоялъ передъ поднятой противъ него полемики ³⁾.

Эта норма не была воспроизведена въ B. G. B., и выраженный въ ней принципъ сразу потерялъ весь свой авторитетъ на германской почвѣ ⁴⁾. Въ настоящее время доктрина и судебная практика ⁵⁾ ограничиваютъ силу принципа «volenti non fit iniuria» кругомъ имущественныхъ преступленій, усматривая въ соизволеніи на умерщвленіе, какъ сдѣлкѣ погрѣшающей противъ добрыхъ нравовъ, ничтожный актъ.

Но, съ другой стороны, само соизволеніе на дуэль составляетъ *винну* потерпѣвшаго, каковая подходитъ подъ поня-

¹⁾ Для прусскаго права, см. *Dernburg. Preuss. L. R.* II, 921; *Förster-Eccius Preuss. L. R.* (1896) II, § 151, п. 1; *Gruchot. Beitr.* IV, 169; *Koch. Kommentar zu A. L. R.*, § 23.

²⁾ *Motiv.* II, стр. 730: „Это положеніе (volenti non fit iniuria) обнимаетъ и тотъ случай, когда дѣяніе, несмотря на соизволеніе, остается неправомернымъ и даже наказуемымъ, напр., случай убійства съ согласія убитаго. Въ этихъ случаяхъ отпадаетъ обязанность возмѣстить убытокъ по отношенію потерпѣвшаго и его наследниковъ, какъ таковыхъ“.

³⁾ *Menger. Das bürg. Recht und die besitzlosen Volksklassen*, стр. 211; „durch Beseitigung per privatrechtlichen Folgen der Anreiz zum Verbrechen erheblich verstärkt wird“. *Gierke. Der Entwurf eines B. G. B.* (1889). стр. 260 упрекаетъ Мотивы въ резонерствъ: „Мотивы пожертвовали ради логики потребностями жизни и возрѣвннми народнаго права“.

⁴⁾ *Protok.* II, стр. 635.

⁵⁾ *Kammergericht* 16 Sept. 1907, *J. W.* 1907, стр. 709 (здѣсь же приведена литература): „Einwilligung des Getöteten beseitigt die Widerrechtlichkeit nicht“.

тіе тѣхъ «обстоятельствъ» (§ 254 В. Г. В.), которыя принимаются въ соображеніе судьей при распредѣленіи убытковъ между сторонами ¹⁾).

Нѣкоторые юристы ²⁾ идутъ еще дальше. Они, подражая французскимъ юристамъ, въ самихъ предшествующихъ дуэли обстоятельствахъ ищутъ указаніе на прежнюю вину того или другого дуэлянта.

Такимъ образомъ, юриспруденція склонна допускать признаніе отвѣтственности одного дуэлянта передъ другимъ ³⁾, хотя и въ пониженномъ размѣрѣ ⁴⁾.

Не вызываетъ сомнѣній въ юриспруденціи и права третьихъ лицъ, заинтересованныхъ въ жизни дуэлянта. Въ виду ясной нормы закона (ст. 846) юриспруденція *volens-nolens* надо было подчиниться волѣ законодателя ⁵⁾. Согласно ст.

¹⁾ *Ganzhorn*, о. с. 14, 37; *Weyl*. System der Verschuldensbegriffe (München 1905), 614; *Zitelmann*, о. с. Arch. Praxis 1906, стр. 69—80; *Arnoldi*, Der Einfluss der Ablehnung einer Operation (Erlangen. 1899), стр. 88; *Plank*, II 609; *Enneccerus*, I, 848, sub. 3, d; *Dernburg*, Preus. I. R. II, 921; *Oertmann*, о. с. 997.

²⁾ *Zitelmann*, о. с. 70; *Eick*. Die Rechtswirkungen des konkurrierenden Verschuldens. (Diss. 1904), 78. Этическая основа ученія о зачетѣ вины (погрѣшность противъ «доброй вѣры») позволяетъ принять въ соображеніе побудительныя причины къ дѣйствію. Извинимость дѣянія съ общечеловѣческой точки зрѣнія можетъ быть подведена подъ тѣ «обстоятельства» (§ 254), которыя понижаютъ гражданскую отвѣтственность. Такъ, если пострадавшій дуэлянтъ грубой провокаціей или неприличнымъ поведеніемъ самъ вызвалъ конфликтъ, то вслѣдствіе этого обстоятельства нескъ его (или его семейныхъ) можетъ быть не уваженъ: онъ будетъ «преимущественной причиной» вреда.

³⁾ При созданіи В. Г. В. возобладала та идея, что третьи лица, пострадавшіе отъ деликта, лишившаго ихъ кормильца, не имѣютъ особыхъ правъ, независимыхъ отъ правъ непосредственно пострадавшаго. *Protokol. zu § 844—846 В. Г. В.*: «притязаніе наследниковъ умершаго имѣетъ основаніе въ убійствѣ. Лежитъ въ природѣ вещей, что они должны въ уваженіе ихъ отношеній къ потерпѣвшему, взять на себя и послѣдствія его небрежнаго поведенія, поскольку оно привело къ смертельному исходу».

⁴⁾ Въ смыслъ нашего рѣшенія, т. е. за исключеніе отвѣтственности дуэлянтовъ: *Ganzhorn*, о. с. 37. Но его обоснованіе: «вины дуэлянтовъ равно тяжелы» намъ кажется недостаточнымъ, разъ онъ не привлекаетъ сюда § 823, II, В. Г. В.

⁵⁾ На этой точкѣ зрѣнія и австрійская юриспруденція; дуэль обезуждается, какъ случай *взаимной вины* (§ 1304 (1) В. Г. В.) *Zeiller*. Kommentar

846 В. Г. В., третьи лица, имѣющія особыя права, должны терпѣть то же умаленіе ихъ притязаній, въ силу ст. 254 В. Г. В., какъ-будто истцомъ былъ самъ потерпѣвшій.

3. Калифорнское Гражданское Уложеніе.

Изъ ст. 2215 [«Дѣйствіе, совершенное съ согласія лица потерпѣвшаго, не считается нарушающимъ его права»] и ст. 2224 [«Законъ не входитъ въ отношенія лицъ, одинаково правыхъ или одинаково неправыхъ»], повидимому, явствуетъ, что Калифорнское Уложеніе даетъ принципу: «volenti non fit iniuria» неограниченную силу. Однако, изъ ст. 2213 [«Каждый можетъ отказаться отъ выгоды, вытекающей изъ закона, направленаго исключительно къ его пользѣ. Но законъ, установленный ради общественной пользы, не можетъ быть нарушаемъ частнымъ соглашеніемъ»] вытекаетъ, что соглашения, направленные на нарушение нормъ публичнаго порядка, не дѣйствительны. Толкованіе этихъ статей, впрочемъ, не представляетъ для насъ большого интереса въ виду ст. 2123 и ст. 2124, **кими** *verbis expressis* регламентируются **гражданско-правовыя** послѣдствія дуэли. Ст. 2123: «Убившій или навсегда изувѣчившій другого на дуэли въ штатѣ Калифорніи обязанъ, въ опредѣленныхъ судомъ порядкѣ и размѣрѣ, обезпечить жену и несовершеннолѣтнихъ дѣтей убитаго или изувѣченнаго имъ лица путемъ уплаты денежнаго вознагражденія: одновременно или помѣсячно, по четвертямъ года, либо ежегодно». — Ст. 2124: «Убившій или навсегда изувѣчившій другого на дуэли въ штатѣ Калифорніи отвѣчаетъ за всѣ долги убитаго или навсегда изувѣченнаго и обязанъ къ уплатѣ этихъ долговъ». Калифорнское Уложеніе, какъ видимъ, **не возлагаетъ** отвѣтственности на одного дуэлянта передъ

гл. 6. В. Г. В. Акт. 2 3 и § 1304: „при дуэли вина обоюдная и равносильная, ~~каждому~~ **убытокъ** долженъ быть разложенъ на обѣ стороны поровну“.

другимъ. Оно возлагаетъ лишь отвѣтственность передъ семьей убитого или изувѣченнаго.

Замѣтимъ, наконецъ, что эту обязанность Уложеніе рассматриваетъ не въ качествѣ возмѣщенія вреда отъ неправыхъ дѣйствій [*damages for wrongs*], а въ качествѣ штрафа [*penal damages*].

4. *Остзейское право.*

Своду гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ также извѣстенъ принципъ «*volenti non fit iniuria*» (ст. 3285), но этотъ принципъ не распространяетъ своей силы на случаи соизволенія на акты нападенія, угрожающіе тѣлесной неприкосновенности лица (ст. 3214, 3292). Гражданской отвѣтственности дуэлянтовъ Сводъ не посвящаетъ особой статьи, но изъ широкаго смысла ст. 3291 [«Если обѣ стороны дѣйствовали злоумышленно, руководясь одними и тѣми же побужденіями и по тому же самому предмету, то одна не можетъ протирать по этому поводу никакихъ притязаній къ другой»] мы можемъ заключить, что Сводъ не имѣетъ въ виду давать иска дуэлянту за поврежденія, полученные на дуэли.

Передъ редакторами, очевидно, витала та идея, что злоумышленникъ поступаетъ противно «доброй вѣрѣ» (*dolus generalis*), когда требуетъ возмѣщеніе убытковъ полученныхъ при совмѣстномъ исполненіи преступленія. Ст. 3442, 4556 — 4557 даютъ третьимъ лицамъ самостоятельное неумаленное притязаніе къ дуэлянту-убійцѣ.

5. *Проектъ Гражданскаго уложенія.*

Проектъ воспринимаетъ полностью и безъ ограниченій принципъ: «*volenti non fit iniuria*». Ст. 1057 гласитъ: «изъя-

вившій согласіе на совершеніе дѣянія, причинившаго ему вредъ, не въ правѣ требовать вознагражденія» ¹⁾).

Въ мотивахъ (т. V, стр. 459) къ этой статьѣ мы читаемъ: «такъ, напр., виновный въ умышленномъ изувѣченіи другого по желанію его или съ его согласія для воспрепятствованія приему его въ военную службу, хотя и не обязанъ возмѣстить издержки на лѣченіе или другіе убытки самому членовредителю или его наслѣдникамъ, тѣмъ не менѣе долженъ вознаградить тѣхъ, которые въ случаѣ смерти лица отъ полученнаго увѣчія лишатся содержанія и которые приобрѣтаютъ права требовать содержанія отъ виновнаго не въ качествѣ наслѣдниковъ или (правопреемниковъ умершаго, но на самостоятельномъ основаніи въ качествѣ лицъ, потерпѣвшихъ отъ недозволенаго дѣянія (ср. ст. 1085 и 1086 проекта). Къ такому же заключенію можно прійти и по вопросу о послѣдствіяхъ причиненія смерти въ поединкѣ (ср. мотивы къ ст. 722—725 Германскаго проекта, т. II, стр. 770)».

Изъ мотивовъ къ ст. 1085 (т. V, стр. 568) мы узнаемъ, что Проектъ, устанавливая принципъ для опредѣленія размѣра вознагражденія лицъ, уполномоченныхъ на искъ, вслѣдствіе смерти ихъ содержателя, «оставляетъ за судомъ право на основаніи общаго правила, выраженнаго въ ст. 1078, руководствоваться свободнымъ усмотрѣніемъ сообразно степени вины причинившаго смерть и другимъ обстоятельствамъ».

Изъ всѣхъ этихъ самопротиворѣчивыхъ разсужденій трудно уяснить взглядъ Проекта на интересующіе насъ вопросы.

¹⁾ Редакторы проекта (т. V, стр. 459) поясняютъ, что они съ умысломъ употребили болѣе широкую редакцію: „изъявившій согласіе на совершеніе дѣянія“, вмѣсто: „согласіе на причиненіе вреда“. Однако, ниже (стр. 460) они выражаются такъ: „согласіе потерпѣвшаго на причиненіе вреда не даетъ ему вовсе права на вознагражденіе“. А на стр. 528 (къ ст. 1078): „когда потерпѣвшій съ умысломъ и, слѣдовательно, добровольно допускаетъ неосторожное или даже умышленное причиненіе ему вреда другимъ лицомъ, то этотъ случай... долженъ быть обсужденъ на основаніи ст. 1067 проекта“. Повидимому, сами редакторы не установили себѣ ясной точки зрѣнія по вопросу о томъ, на что должно простираться согласіе потерпѣвшаго!

По какимъ соображеніямъ редакторы Проекта ренепируютъ оставленную въ наукѣ права и неизвѣстную ни одному положительному законодательству точку зрѣнія на соизволеніе потерпѣвшаго, какъ на факторъ безусловно снимающій характеръ недозволённости съ любого дѣянія правонарушителя? На это редакторы Проекта отвѣчаютъ уклончиво: «предлагаемая статья 1067, не высказывая мотивовъ, на которыхъ она основана (sic), придерживается редакціи ст. 706 первого Герм. проекта» (т. V, стр. 459).

Проектъ признаетъ самостоятельныя права третьихъ лицъ, лишившихся содержанія вмѣстѣ съ потерей ихъ кормильца. Эти третьи лица выступаютъ здѣсь «не въ качествѣ наследниковъ или правопреемниковъ умершаго, но на самостоятельномъ основаніи въ качествѣ лицъ, потерпѣвшихъ отъ *недозволеннаго дѣянія*» (т. V, стр. 459).

Здѣсь у насъ возникаетъ два недоумѣнія. Во-первыхъ, потерпѣли ли эти третьи лица отъ «*недозволеннаго дѣянія*»? Вѣдь, сами редакторы Проекта говорятъ намъ: «право на совершеніе извѣстнаго дѣянія можетъ принадлежать лицу не только по закону, но и на основаніи согласія того, кого дѣяніе касается, такъ что согласіе лица на причиненіе ему вреда *исключаетъ недозволённость дѣянія*, а, слѣдовательно, устраняетъ и обязательство вознагражденія» (т. V, стр. 458). Во-вторыхъ, редакторы мотивовъ къ ст. 1085 ссылаются при опредѣленіи размѣра вознагражденія лицъ, лишившихся содержанія, на ст. 1078. А посему вина, умыселъ, соизволеніе непосредственно пострадавшаго должны умалять и права этихъ третьихъ (непосредственно потерпѣвшихъ) лицъ. Можно ли при этихъ условіяхъ говорить о самостоятельности правъ этихъ третьихъ лицъ?

Наконецъ, редакторы Проекта гражд. уложенія въ вопросѣ о содержаніи понятія «*imputatio juris*», какъ мы указали выше, выказываютъ поразительную неосвѣдомленность, устанавливая, якобы примѣнительно къ иностранной практикѣ,

принципъ, прямо противорѣчащій установившейся зап. европ. доктринѣ и юриспруденціи. «Imputatio juris выражается въ сознательномъ или не вполне сознательномъ направленіи воли къ причиненію *вреда*» (т. V, стр. 449). Сами редакторы не учитывали всѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыя логично вытекаютъ изъ этой ложной конструкціи, для ученія о зачетѣ вины. Въ силу этой конструкціи, какъ мы доказали выше, вина потерпѣвшаго будетъ всегда—«*culpa latissima*» и посему при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ исключить отвѣтственность другого дуэлянта. За что же, спрашивается, должны страдать третьи невинновныя лица, имѣющія «самостоятельныя» права на вознагражденіе?...

6. Выводы.

Обзоръ нѣкоторыхъ типическихъ законодательствъ по вопросу объ отвѣтственности дуэлянтовъ приводитъ насъ къ выводу, что, какъ сами законодательныя нормы, такъ и базированная на нихъ юриспруденція, не опираются, повидимому, на строго научную почву. Во всякомъ случаѣ онѣ рѣзко расходятся съ тѣми положеніями, къ которымъ приходимъ мы.

Мы согласны въ одномъ: «теоріи соизволенія» (*Einwilligungstheorie*) нѣтъ болѣе мѣста въ современномъ правопорядкѣ, не признающемъ силы за безнравственными соглашениями. Эта теорія теряетъ съ каждымъ днемъ свой кредитъ въ научной литературѣ. Она вымираетъ и въ современныхъ законодательствахъ.

Но здѣсь наши пути расходятся. Господствующее мнѣніе видитъ въ соизволеніи потерпѣвшаго лишь одинъ изъ моментовъ, *понижающихъ* гражданскую отвѣтственность другого дуэлянта. Для сужденія о силѣ вины, оно изслѣдуетъ обстоятельства, предшествовавшія и сопровождавшія вызовъ на дуэль.

Съ тѣмъ и другимъ положеніемъ мы не согласны. Они

погрѣшаютъ противъ вышеприведенныхъ нами соображеній. Мы настаиваемъ на положеніи, что соизволеніе дуэлянтовъ должно приниматься въ соображеніе не какъ таковое, а въ качествѣ *вины*, направленной на актъ «*встрѣчи*». На этомъ моментѣ (а не на фактѣ причиненія поврежденія), скрещиваются обѣ вины, которыя не могутъ не быть умыслами. Поэтому, съ теоретической точки зрѣнія, нѣтъ мѣста здѣсь иску объ убыткахъ одного дуэлянта къ другому.

Оспаривая теоретическую состоятельность критикуемыхъ нами построеній, мы должны признать, что наша точка зрѣнія, правильная по существу,—*do lege ferenda* нуждалась бы въ одной поправкѣ.

Гражданская безотвѣтственность дуэлянта *передъ семьей убитого*, какъ и уголовная безнаказанность,—лишній стимулъ къ кровавой расправѣ. Въ этомъ отношеніи германская система не безупречна: она не служитъ высокой цѣли поддержки авторитета уголовного закона.

Болѣе симпатична намъ система Калифорнскаго Уложенія: устанавливая гражданскую отвѣтственность дуэлянта, она вводитъ новое средство въ борьбѣ законодателя противъ дуэли ¹⁾.

Конечно, и обратное положеніе можетъ быть защищено: устраненіе гражданской отвѣтственности. Всякій дуэлянтъ, принимая условія поединка, долженъ считаться съ тѣмъ, что, въ случаѣ его возможной смерти, его семья останется безъ кормильца. Это соображеніе могло бы удержать лицо отъ дуэли.

Но первая система (отвѣтственность), конечно, гуманнѣе, такъ какъ она—въ интересахъ невинной семьи—и практичнѣе, такъ какъ безотвѣтственность скорѣе подстрекаетъ къ преступленію, чѣмъ предотвращаетъ его. Вѣдь, при дуэли мы

¹⁾ Изъ старыхъ законодательствъ, см. Preuss. L. R. I. 6, §§ 18—21, §§ 98 сл. и R. G. 9 Juni 1855 Entsch. XIV, 63: „§§ 18—21 не имѣютъ ни въ какомъ случаѣ примѣненія къ *убійству*, т. е. потерпѣвшими здѣсь являются не убитый, а третьи лица, имѣющія самостоятельное право на содержаніе“.

имѣемъ налицо двухъ субъектовъ—въ полнотѣ своей само-
надѣянности за счастливый исходъ ихъ кровавой распри.

Итакъ, гражданскій законодатель долженъ *положитель-
ной нормой* опредѣлить гражданскую отвѣтственность дуэлян-
товъ *передъ семьей противника*,—въ видахъ политическихъ:
сохраненія общественнаго порядка и въ интересахъ семьи.

За этой поправкой ¹⁾ мы отстаиваемъ теоретическую пра-
вильность нашей конструкціи.

¹⁾ Во избежаніе возможныхъ упрековъ со стороны критики въ нару-
шеніи нами цѣльности предлагаемаго построения нашей „справедливой по-
правкой“, считаемъ нужнымъ оговориться, что такого рода поправки, дик-
туемые положительному законодателю соображеніями правовой политики, не
представляются съ теоретической точки зрѣнія чѣмъ либо ненормальнымъ;
они извѣстны и нашему дѣйствующему положительному праву. Въ силу ст. 2
Закона 2-го іюня 1903 г. „о вознагражденіи потерпѣвшихъ, влѣдствіе не-
счастныхъ случаевъ рабочихъ и служащихъ, а равно членовъ ихъ семействъ
въ предпріятіяхъ фабричнозаводской, горной и горнозаводской промышлен-
ности“, злой умыселъ потерпѣвшаго и грубая неосторожность его, не оправ-
дываемая условиями и обстановкою производства работы, снимаетъ отвѣт-
ственность владельцевъ предпріятія. Однако, ст. 12 Закона 9 іюня 1904 г.
„О пенсіяхъ мастеровымъ... артиллерійскихъ заведеній военнаго вѣдомства“
(Уст. о Пром. прил. къ ст. 156²⁰, по Прод. 1906 г.) и ст. 2 Закона 15 мая
1901 г.: „Врем. Правила о пенсіяхъ рабочимъ казенныхъ горныхъ заводовъ
и рудниковъ и т. д.“ (Уст. Горн., Св. Зак. т. VII прил. къ ст. 821² по прод.
1906 г.), воспроизводя эту норму, разрѣшаютъ или въ видѣ особой *льготы*
назначить пенсію *членамъ семейства* рабочаго пострадавшаго отъ своей гру-
бой неосторожности (прим., ст. 12 Зак. 9 іюня 1904) или даже даютъ *право*
членамъ семейства на полученіе пенсіи на общемъ основаніи послѣ рабочаго
потерпѣвшаго единственно по своему злому умыслу (Зак. 15 мая 1901 г.).
Злой умыселъ пострадавшаго лишаетъ его, конечно, права на полученіе, какъ
пособія, такъ и пенсіи, но *несчастная семья* его не должна страдать отъ смерти
своего кормильца, все же пострадавшаго на опасныхъ работахъ. Поэтому,
положительный законъ и даетъ семейнымъ льготу или даже право на такую
пенсію „на общихъ основаніяхъ“.

II.

Обязанность потерпѣвшаго подвергнуть себя врачебному уходу и въ частности операціи.

Вопросъ объ обязанности потерпѣвшаго уменьшить и предотвратить убытокъ, созданный дѣятельностью делинквента, разъединявшій нѣмецкую доктрину до изданія В. Г. В., потерялъ, — какъ мы видѣли выше [т. I, стр. 146], — всю жгучесть съ того момента, какъ онъ вышелъ изъ области теоретическихъ разсужденій и былъ перенесенъ на почву толкованія положительной нормы закона (§ 254 В. Г. В.).

Но и въ новой стадіи развитія, вопросъ этотъ открывалъ широкое поле сомнѣніямъ тѣмъ изслѣдователямъ, которые не ограничивались общимъ абстрактнымъ признаніемъ обязанностей, перечисленныхъ въ ст. 254 В. Г. В., а входили въ разсмотрѣніе отдѣльныхъ конкретныхъ положеній, которыя выдвигались жизнью.

На практикѣ поднимался вопросъ: ограничивается ли возлагаемая правовымъ порядкомъ на потерпѣвшаго обязанность *уменьшать и предотвращать* убытки кругомъ мѣръ заботливости, примѣняемыхъ къ *имущественнымъ* интересамъ его, или же эта обязанность болѣе широка, т. е. охватываетъ и тотъ вредъ, который поражаетъ непосредственно тѣлесную неприкосновенность лица и можетъ быть поэтому отвращена лишь путемъ ограниченія своего личнаго самоопредѣленія?

Можетъ ли паціентъ совершить вину въ теченіи процесса леченія тѣлеснаго поврежденія, т. е. послѣ возникновенія несчастія? Или же его притязанія устанавливаются окончательно и неизмѣнно съ возникновеніемъ поврежденія?

Это есть знаменитый вопросъ объ обязанности потерпѣвшаго подвергнуться себя врачебному уходу и эвентуально—операциі для уменьшенія вреда, нанесеннаго его здоровью делинквентомъ.

Можетъ ли быть усмотрѣна въ отказѣ потерпѣвшаго подчиниться предписаніямъ врача, и въ частности—въ отказѣ подвергнуться себя операциі такая вина, которая была бы роковой для его пригизанія объ убыткахъ къ делинквенту?

Вопросъ получилъ жгучесть въ двоякомъ отношеніи: въ немъ скрещивались старыя, еще не разрѣшенныя недоумѣнія о каузальномъ значеніи *у п у щ е н і я* съ цѣлымъ рядомъ житейскихъ, этическихъ и правовополитическихъ соображеній.

Этому обязано то явленіе, что обсуждаемый вопросъ раздѣлилъ ученый міръ на цѣлый рядъ школъ и направленій. Многіе юристы, правда, сходились въ конечныхъ выводахъ, но къ этимъ выводамъ каждый изъ нихъ приходилъ въ результатѣ своеобразныхъ разсужденій. Мы рассмотримъ главнѣйшія направленія: 1) школу *Endemann'a*, 2) господствующую западно-европейскую юриспруденцію, 3) теорію *Dr. jur. Guger'a* а. 4) наши выводы.

I. Школа Эндеманна.

Для многихъ юристовъ ¹⁾ казался серьезнымъ тотъ аргументъ, что, если предпринятіе операциі прерываетъ теченіе

¹⁾ *Endemann*. Lehrbuch стр. 589 сл. то же. Die Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten 1893. *Fischer-Hentle*. о. с. 137; *Schollmeyer* о. с. 45—46; *Oertmann*. I, 18; *R. Schmidt*. о. с.

каузальной серіи, то упущеніе операціи оставляетъ предше-
ствующую каузальную серію въ ея дальнѣйшемъ свободномъ
развитіи. Представленіе, что черезъ операцію нѣчто могло
быть устранено есть лишь мыслимая возможность, лишенная
реальности; причинная же связь имѣетъ дѣло лишь съ голы-
ми фактами. Делинквентъ долженъ брать на свою голову бла-
гопріятныя и неблагопріятныя условія своего каузальнаго
дѣянія [quia aliud alii mortiferum esse solet!]: тѣлесную сла-
бость потерпѣвшаго, его ограниченность, робость, неопыт-
ность во врачеваніи болѣзней ¹⁾).

Если, такимъ образомъ, ученіе о *причинной связи* не
даетъ намъ матеріала для разрѣшенія поставленнаго вопроса,
то вся проблема сдвигается съ ученія о причинной связи на
вопросъ о *винѣ потерпѣвшаго*, т. е. на ученіе о *compensatio culpaе*.

Противъ разрѣшенія ея въ утвердительномъ смыслѣ вы-
ступаетъ цѣлый рядъ возраженій житейскаго, этическаго и
правовополитическаго характера.

Всякій воленъ распоряжаться своимъ тѣломъ по своему
произволу ²⁾. Проченъ принципъ, что врачъ никогда не смѣ-
етъ предпринимать операціи безъ согласія больного. Окон-
чательное рѣшеніе вопроса: нужна ли операція—есть исклю-

о. с. 18—19. Contra: Bar. Die Lehre von KZH., 30; Pernice. Labeo. II, 1 (2 Aufl.), стр. 102: „In der Tat ist die negligentia des Geschädigten als solche Ursache des Todes: in der Verwundung liegt die Aufforderung für den Herrn einzugreifen; er aber hindert die zerstörenden Kräfte nicht, die dann ihrerseits den Erfolg herbeiführen“. Weinrich. о. с. 16. „Кто не принимаетъ мѣръ къ тому, чтобы его состояніе не ухудшалось, тотъ долженъ пенять на себя за всѣ послѣдствія своего небреженія. Правда, это ухудшеніе невозможно было безъ пораненія. Но для отвѣтственности за убытокъ важно не созданіе *возможности*, а *причиненіе* убытка. Поведеніе же потерпѣвшаго есть непредвидѣнный случай (Zufall) для делинквента“.

¹⁾ Endemann. Ablehnung der Operation (1893). стр. 48.

²⁾ H. Fischer, о. с. 169 [Здѣсь же приведена литература]: „Die Ausübung der freien Selbstbestimmung ist nicht rechtswidrig, umgekehrt vielmehr involviert Operation und Heilung eines Kranken wider dessen Willen durch den Arzt ein rechtswidriges Eingreifen des Arztes“.

чительное право личного самоопредѣленія. Если недопустимо непосредственное принужденіе къ операциі, то недопустимо и посредственное принужденіе въ видѣ угрозы лишенія вознагражденія за причиненный вредъ.

Вѣдь, договоры недѣйствительны, если они въ невыполсимой степени ограничиваютъ мѣру свободного самоопредѣленія; они квалифицируются, какъ договоры «contra bonos mores»!

Полномочія судейскаго усмотрѣнія кончаются тамъ, гдѣ начинается распоряженіе своимъ собственнымъ тѣломъ. Можетъ быть, уклоняясь отъ операциі, больной дѣлаетъ глупость; но наказывать глупость не входитъ въ кругъ обязанностей гражданскаго судьи ¹⁾.

Подчиненіе личной сферы контролю суда привело бы къ несносной полицейской опеѣ, такъ какъ судья долженъ входить въ изслѣдованіе практическихъ соображеній больного, который, конечно, имѣетъ свои взгляды, отличные отъ взглядовъ здороваго судьи ²⁾.

Нѣтъ никакого абсолютнаго юридическаго масштаба, что бы судить, что разумно и цѣлесообразно для меня и моего имущественнаго интереса.—тѣмъ болѣе, —что касается моего тѣла. Здѣсь рождается цѣлая масса сомнѣній: какого врача надо пригласить, какому методу лѣченія надо слѣдовать и т. п. Приложить здѣсь единый масштабъ «благоразумнаго человека» —немыслимо. Было бы насмѣшкой совѣтовать бѣдному простолюдину ѣхать на курортъ или пить извѣстныя воды ³⁾.

И кто же заплатитъ издержки неудавшейся или безрезультатной операциі? Неужели потерпѣвшій обязанъ на свой

¹⁾ *Endemann*. о. с. 94—96.

²⁾ *Endemann*. о. с. 91: „Auch ist es leicht für den Gesunden dem Kranken, der ans Messer soll, Vernunft zu predigen“.

³⁾ *Endemann*. о. с. 66: „Zum guten Teile allerdings ist die „Vernunft“ hier abhängig vom Geldbeutel“.

страхъ въ пользу делинквента дѣлать траты изъ своего кармана?

Даже естественное чувство самосохраненія, заложенное въ инстинктъ человѣка, неспособно обосновать упреки лицу въ нерадѣніи къ своему здоровью, ибо рядомъ съ чувствомъ самосохраненія человѣку присущъ страхъ и недовѣріе къ наукѣ медицины, которые и преодолеваютъ инстинктъ самосохраненія.

Поэтому, даже единодушный отзывъ всѣхъ врачей о необходимости операціи не можетъ измѣнить положенія вещей; ибо по современному состоянію народнаго просвѣщенія довѣріе широкихъ слоевъ населенія къ врачебному искусству вовеки не такъ велико, что бы можно было дѣлать упрекъ отдѣльному лицу за этотъ страхъ передъ операціей.

И этотъ страхъ публики основателенъ: вѣдь, малѣйшій наркозъ можетъ повлечь за собой разрывъ сердца, несмотря на самыя тщательныя изслѣдованія сердца; а разъ вѣтъ границы между опасными и неопасными операціями, то нельзя выставлять и «опасность для жизни», какъ мѣрило обязанности потерпѣвшаго ¹⁾).

Ни одинъ врачъ въ мірѣ не можетъ гарантировать успѣхъ операціи съ абсолютной увѣренностью, такъ какъ всегда могутъ неожиданно возникнуть безчисленныя осложненія, въ особенности изъ субъективнаго состоянія здоровья самого пациента.

Поэтому нельзя брать за масштабъ и *надежду на результатъ операціи*: мнѣніе врача въ этомъ отношеніи создаетъ *вѣроятіе*, но никогда не *увѣренность* въ исходѣ операціи. Вѣдь, сами врачи нерѣдко спорятъ другъ съ другомъ о пользѣ многихъ операцій!

Но не только общія *соображенія справедливости*, но и строго ограниченныя и установившіяся, *правовыя понятія* приводятъ юристовъ разбираемаго толка къ

¹⁾ Labowsky о. с. 24. Endemann о. с. 89.

протесту противъ квалификаціи упущенія операціи *виновнымъ* поведеніемъ потерпѣвшаго.

О *виновномъ* упущеніи—утверждаютъ они—можетъ итти рѣчь лишь тамъ, гдѣ есть *правовая обязанность къ дѣйствию*¹⁾. Но обязанъ ли юридически потерпѣвшій передъ правонарушителемъ къ совершенію какихъ либо дѣйствій надъ своимъ тѣломъ? Можетъ ли нарушитель правового порядка вообще заявлять какія либо притязанія, что бы жертва его деликта облегчила ему отвѣтственность даже цѣной личнаго самоограниченія?

Такая обязанность не можетъ быть ни обоснована теоретически, ни вычитана изъ закона, толкуемаго согласно общему духу законодательства (запрещеніе принужденія *contra bonos mores*).

Отсюда слѣдуетъ выводъ: упущеніе операціи, какъ упущеніе *невинное*, не можетъ быть использовано для пониженія отвѣтственности деликвента и съ точки зрѣнія *compensatio culprae*.

Таковы тезисы юристовъ школы Эндеманна.

II. Западно-европейская юриспруденція.

Высказанныя школой Эндеманна идеи не могутъ отмѣтить ни особой популярности въ ученomъ мѣрѣ, ни замѣтнаго успѣха въ судебной практикѣ. Что отпугнуло отъ нихъ юристовъ болѣе умѣреннаго толка.—это ихъ односторонность. Ученіе Эндеманна не признаетъ потерпѣвшаго обязаннымъ подвергнуть себя операціи, и безотносительно къ характеру ея: легкая ли она или тяжелая, опасная или неопасная. Западно-европейскіе юристы—французскіе, германскіе, швейцарскіе и др. не примирились съ такимъ огульнымъ рѣшеніемъ вопроса.

¹⁾ *Endemann* о. с. 70: „вина въ положительныхъ дѣяніяхъ связана съ предположеніемъ причинной связи, въ упущеніяхъ—съ *обязанностью* что-либо сдѣлать“.

Спеціальною лабораторією, въ котóрой получилъ принципіальную разработку интересующій насъ вопросъ, была юриспруденція по примѣненію законовъ о *профессіональномъ рискѣ*, и, въ частности,—законовъ, регулирующихъ отвѣтственность владѣльцевъ фабрично-заводскихъ предпріятій передъ пострадавшими рабочими. Правда, ни въ одномъ законодательствѣ мы не найдемъ законной обязанности пострадавшаго подвергнуться себя врачебному уходу. Во всѣхъ законодательствахъ мы находимъ только указанія на обязанности владѣльца предпріятія или предоставить бесплатную врачебную помощь или возмѣстятъ потерпѣвшему [независимо отъ пособій и пенсій] расходы по леченію. Однако, это молчаніе закона не сыграло рѣшающей роли въ изслѣдуемомъ вопросѣ ¹⁾. Рѣшающее значеніе имѣетъ то соображеніе, что отвѣтственность за профессиональный рискъ опредѣляется точными размѣрами круга тѣхъ вредоносныхъ явленій, которыя выражаютъ собой эффектъ присущей данному промыслу или предпріятію спеціальной опасности. Эффекты профессиональнаго риска ограничены возмѣщеніемъ непосредственныхъ слѣдствій несчастнаго случая ²⁾.

¹⁾ Вотъ почему неправъ бар *А. М. Нолленъ*. Законъ о вознагражденіи за увѣчье и смерть въ промышленныхъ заведеніяхъ частныхъ, общественныхъ и казенныхъ. Спб. 1911, стр. 120: „Законъ вообще не возлагаетъ на потерпѣвшаго никакой обязанности подвергаться какому-либо леченію. Поэтому, одно то обстоятельство, что потерпѣвшій уклонялся отъ надлежащаго врачебнаго леченія вообще, а въ частности отъ правильнаго леченія, предложеннаго ему владѣльцемъ предпріятія само по себѣ, не умаляетъ права потерпѣвшаго на вознагражденіе“. См. нашу рецензію на этотъ трудъ въ *Юридической Библіографіи* (изд. Демид. Юридич. Лицея), 1910 г. № 3, стр. 109—112.

²⁾ Ни владѣлецъ жел. дороги, ни владѣлецъ фабрично-заводскаго предпріятія не отвѣчаютъ за послѣдствія, наступленію которыхъ содѣйствовали другіе факторы, не стоящіе въ связи съ эксплуатаціей даннаго предпріятія. Такъ, владѣлецъ фабрично-заводскаго предпріятія освобождается отъ обязанности вознаграждать рабочихъ и членовъ ихъ семействъ, если докажетъ, что причиною несчастнаго случая были злой умыселъ самого потерпѣвшаго или грубая неосторожность его, не оправдываемая условіями и обстановкою производства работъ. [Ст. 2 русскаго закона 2 іюня 1903 г.; § 20 французскаго закона 9 апрѣля 1898 г.].

Къ кругу такихъ слѣдствій должны быть причислены и тѣ поступки потерпѣвшаго, которые ухудшили состояніе его, вызванное первоначальнымъ несчастнымъ случаемъ. Владѣлецъ предпріятія не отвѣчаетъ за убытки, которые могутъ быть избѣгнуты, которые не стоятъ въ причинной связи съ несчастнымъ случаемъ, и которые наступили лишь, вслѣдствіе отказа потерпѣвшаго воспользоваться тѣми средствами, которыя были въ его власти.

Вотъ почему, пострадавшій долженъ, съ своей стороны, сдѣлать все, чтобы обезпечить успѣхъ лѣченія. Если онъ неосновательно отказывается слѣдовать предписаніямъ врача, всѣ осложненія, обязанныя его упорству, не считаются послѣдствіями несчастнаго случая и не пользуются защитой закона. Эти ухудшенія проистекаютъ не изъ несчастнаго случая, а изъ добровольнаго и сознательнаго акта пострадавшаго ¹⁾).

И, такимъ образомъ, рядомъ съ умысломъ (*fait intention-*

¹⁾ Какъ на юридическое основаніе такого ограниченія понятія профессиональнаго риска указывается обязанность патрона нести издержки на лѣченіе пострадавшаго лица [§ 4 закона 9 апр. 1898 г.; ст. 10 закона 2 іюня 1903 г.]. „Потерпѣвшій, не воспользовавшись предложенной ему помощью, самъ нарушаетъ свою обязанность къ патрону. Въ сущности, это — обязанность жертвы подвергнуть себя уходу, который ему дарованъ“. *Lesoudier*. о. с. 286; *Cabouat*. о. с. 124. Ср. § 17, абз. 2. Швейц. Союзн. Зак. о военномъ страхованіи 1906 года: „Bei... Nichtbeachtung der ärztlichen Anordnungen können die Leistungen der Versicherung für die Folgezeit ganz oder teilweise entzogen werden“. Та же идея лежитъ въ основѣ германскихъ законовъ о государственномъ страхованіи рабочихъ [Unfallversicherungsgesetze, Krankenversicherungsgesetze, 1883, 1892]. Каждый застрахованный рабочій пользуется бесплатно первые 13 недель законнымъ призрѣніемъ, какъ больной. Съ истеченіемъ этого срока опредѣляются его права на страховое вознагражденіе. Германскими юристами считается требованіемъ справедливости и мудрости даровать эти благодѣянія при возложеніи на облагодѣтельствованное лицо извѣстныхъ *обязанностей*. Врачебный уходъ есть не только *право*, но заразъ и *обязанность* пострадавшаго; онъ получаетъ вознагражденіе лишь при условіи, что исполнить эту обязанность. Не подчинившись, такъ или иначе „законамъ о страхованіи“, онъ дѣлаетъ своимъ поведѣньемъ невозможнымъ исполненіе лежащихъ на сторонѣ его контрагента по договору страхованія обязанностей.

nel), т. е. съ волей лица вызвать начальную причину несчастія съ обдуманнѣмъ намѣреніемъ причинить опредѣленный убытокъ, получаетъ равную силу такое поведение потерпѣвшаго, которое, не будучи начальной причиной несчастнаго случая, и не обнаруживая какого либо доложнаго намѣренія его, имѣетъ все же результатомъ отягченіе послѣдствій несчастнаго случая, т. е. повышение степени неработоспособности ¹⁾).

Судья долженъ установить, поскольку болѣзнь или имущественный убытокъ являются дѣйствительнымъ послѣдствіемъ несчастнаго случая ²⁾).

Въ этихъ разсужденіяхъ мы черпаемъ новое указаніе на кругъ тѣхъ условій, которыя обличаютъ роковую для притязанія пострадавшаго неизвиняемость уклоненія его отъ врачебнаго ухода. Для наличности «тяжелой, неоправдываемой условіями производства вины» надо, что бы рабочій, помимо всякой идеи недобросовѣстности, имѣлъ волю уклониться отъ законной обязанности: эта воля есть зародышъ и основа его отвѣтственности. Нѣтъ этой воли—нѣтъ и неоправдываемой вины. Это будетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда рабочій не

¹⁾ *Lesoudier*, о. с. 287: „le patron est irresponsable des effets de la mauvaise volonté de l'ouvrier, après le sinistre“.

²⁾ См. судебную практику, приведенную у: *Lesoudier*, о. с. 288; *Carbonat*, о. с. 124 сл.; *Sachel*, о. с. 229 сл.; *Eger*, R. Н. G. стр. 65, сл.; R. G. 13 февр. 1905 [J. W. 1905, № 7, стр. 201]: „отъ потерпѣвшаго отъ ж. д. несчастія можно требовать, что бы онъ, поскольку это было въ его власти,—примѣнилъ къ поправленію своего здоровья всѣ средства, предлагаемыя медицинской наукой. Онъ долженъ поступать такъ, какъ при подобномъ поврежденіи поступилъ бы разумный человѣкъ, который не въ состояніи переложить на другого имущественные убытки, возникшіе при развитіи болѣзни“. *Eis. E.* XXII, 47; R. G. 15 April. 1907 *Eis. E.* XXIII, 402; *Eger*, *Komm.* 75. 158. На той же почвѣ стоитъ и швейцарскій Бундесгерихтъ. Потерпѣвшій не смѣетъ умышленно или легкомысленно (*leichtfertig*) замедлять лѣченіе своего поврежденія. *B. E.* XVI, 137; XVIII, 92, 548; XXV, № 22, стр. 66. Но нѣтъ вины, если пострадавшій не отправился тотчасъ же къ врачу, основательно полагая, что поврежденіе не можетъ повлечь за собой какихъ либо важныхъ послѣдствій. *B. E.* XVIII, 265 (ж. д. служащій получилъ въ глазъ искру, отъ чего ослѣпъ).

обращается къ врачебной помощи не изъ глупаго упрямства, а по причинамъ, лежащимъ въ характерѣ его работы: онъ не обращается къ врачу потому, что изъ рвенія въ сознаніи своего долга къ патрону онъ желаетъ прервать работу въ интересахъ быстроты производства ¹⁾, или не прерываетъ работы потому, что при сдѣльной платѣ его заработокъ ему необходимъ для прокормленія семьи и малѣйшій недоборъ грозитъ нарушить шаткое равновѣсіе его бюджета ²⁾, или, если данное несчастіе представляетъ собою обычное явленіе въ данной эксплуатаціи ³⁾.

Итакъ, эта квалифікація понятія вины въ области профессиональнаго риска: «неоправдываемостью поведения условіями производства» и ведетъ въ интересующемъ насъ вопросѣ

¹⁾ *Lesoudier*, о. с. 292 сл., *R. G.* 9 Juli 1903 [*L. W.* 03/32, *Beil.* 114] булочникъ вслѣд. неисправнаго состоянія корыта для тѣста, слегка попре-дѣлъ себѣ палецъ при работѣ, что повлекло за собой дальѣйшее развитіе болѣзни, т. е. онъ не прекратилъ работы, а въ палецъ попало постороннее тѣло. Истецъ ищетъ все убытки съ хозяина. „Въ данномъ случаѣ истцу нельзя вѣнать въ вину, что онъ, не смотря на пораненіе продолжалъ рабо-тать и не обратился тотчасъ же къ врачу. Въдѣ, тяжелорабочіе часто полу-чаютъ легкія пораненія, которыя проходятъ благополучно. Отъ нихъ нельзя требовать, чтобы при каждомъ пустякѣ они кидали работу“. Ср. *R. E.* XVIII, 265. Судъ не призналъ вины ж. д. служащаго, которому въ глазъ попала угольная пылинка. Онъ не обратился тотчасъ же къ врачу, и благодаря это-му ослѣпъ. Потерпѣвшій имѣлъ полное основаніе предполагать, что неболь-шое поврежденіе глаза не повлечетъ за собою какихъ либо серьезныхъ по-слѣдствій.

²⁾ *Pand. Belges. Responsabilité*, n^o. 1084; *R. G.* 9 Juli 1903 *L. W.* 1903, *Beil.* 114. „Нельзя сказать, что чернорабочій дѣйствуетъ небрежно, если онъ при незначительной ссадинѣ на кожѣ не прерываетъ своей работы“. *R. G.* 26 Nov. 1908. *Das Recht*, 1909. *Beil.* № 214: Неприглашеніе тотчасъ же врача не есть сачовина, если раненный первоначально считалъ пораненіе (вывихъ сустава) незначительнымъ (*geringfügig*).

³⁾ *Trib-Fédéral* 4 Juin 1892, *R. O.* XVIII, № 51, стр. 265. Запороме-ніе угольной пылью глазъ есть обычное явленіе въ ж. д. эксплуатаціи и въ большинствѣ случаевъ оно не имѣетъ никакихъ вредныхъ послѣдствій. Если жел. дор. служащій, съ коимъ случится такое несчастіе, не придастъ этому значе-нія, и не отправится тотчасъ же по прибытіи въ мѣсто назначенія къ док-тору, который къ тому же живетъ далеко, ему нельзя ничего вѣнать въ вину.

къ самому широкому уваженію индивидуальных субъективных моментовъ, лежащихъ въ лицѣ пострадавшаго. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ сѣрымъ немощнымъ классомъ чернорабочихъ, чуждыхъ сознанія благъ, даруемыхъ медициной, и къ тому же находящихся въ специальныхъ условіяхъ работы: столь частыя и неизбѣжныя ссадины и легкія пораненія не даютъ повода ревностному рабочему къ перерыву работы, а они то и могутъ, вслѣдствіе загрязненія, вести къ роковымъ послѣдствіямъ!

Итакъ, вопросъ объ обязанности лица, пострадавшаго при эксплуатаціи промышленнаго предпріятія, подвергнуть себя врачебному уходу, разрѣшается въ области профессиональнаго риска въ утвердительномъ смыслѣ.

Но то что вѣрно относительно медицинскаго ухода подлежитъ ограниченію и смягченію касательно *хирургическихъ операций*. Французская, германская и швейцарская судебная практика проводитъ тотъ принципъ, что не патронъ, требующій хирургическую операцію въ корыстныхъ цѣляхъ, а жертва несчастнаго случая, которая защищаетъ свою личную неприкосновенность имѣть свободное право усмотрѣнія въ рѣшеніи вопроса—умѣстна ли операція? И если пострадавшій не рѣшится на хирургическую операцію, каковы бы ни были послѣдствія его отказа,—нѣтъ мѣста уменьшенію возмѣщенія, вытекающаго изъ степени и размѣра его неработоспособности ¹⁾.

¹⁾ Такова практика германскаго *Reichsversicherungsamt*a. См. рядъ *Rekurs-Entsch.* 1888—1891 г.г. у *Kaufmann. Handbuch.*, 53: „Законъ о страхованіи противъ несчастій возлагаетъ на *Berufsgenossenschaft* въ извѣстной мѣрѣ лѣченіе пострадавшаго. Этой обязанности соответствуетъ право изв. воздѣйствія на свободу опредѣленія пациента, и пациентъ обязанъ подчиниться опредѣленному врачамъ уходу. Но что касается операцій, то чисто денежные интересы отвѣтника не могутъ оправдать внимательства въ недопустимой мѣрѣ въ сферу свободнаго опредѣленія человека. Къ тому же исходъ всякой операціи зависитъ отъ случайностей. Наконецъ, самъ пациентъ можетъ судить о томъ, владѣетъ ли онъ необходимою для операціи силой и выносливостію“. Посему, *Berufsgenossenschaft* не въ правѣ уменьшать ренту (по § 88 *Unfallversicherungsgesetz*), если даже операція существенно улучшила бы состояніе больного.

Но рабочий или служащий обязан подвергнуться себе операции, если она безусловно не представляет опасности, не грозит значительными страданиями и если данная наука ручается за ее счастливый исход¹⁾. Если, не смотря на наличность всех этих условий, потерпевший отказывается от операции, то при определении размера убытков надо положить в основание то состояние, которое получилось бы, если бы он подверг себя операции²⁾.

Таковы общие принципы, выработанные западно-европейской юриспруденцией, в специальной области — профессиональной ответственности владельцев опасных предприятий.

Однако, признанию обязанности потерпевшего подвергнуться себе врачебному уходу и в частности операции — не может быть не дано общего принципиального значения и в области *общегражданской ответственности*. Правда, здесь эта идея должна была бороться за свое теоретическое обоснование.

До издания В. Г. В. (§ 254, абз. 2) германская юриспруденция не имела положительной опоры в законѣ, и, что бы приписать уклончивому поведению потерпевшего влияние

¹⁾ См. судеб. практику, приведенную у Cabouat, о. с. 127; Sachet, о. с. 230; Lesoudier, о. с. 289 сл. — Eger, R. H. G. (1906), 76, 158 — 161: Kaufmann Handbuch. 54. Критерии — поведение „verständiger Mensch“. Но пять „arglistiges Verhalten“, если отказ пациента был обязан „Unvernunft oder übergrosse Furchtsamkeit“. Eis. E. All. № 46, стр. 47. — Из швейцарской практики. B. E. XIII (1889), 265 (опасная для жизни операция); XVIII (1892), 234 („In casu ist die Operation keine ganz unbedenkliche“); XXIV (1898) 59 („der Erfolg unsicher ist“) XVIII, 268 (врачи расходились во мнениях о целесообразности операции); XXVIII (1902), 216 („für einen vernünftigen Menschen kein erheblicher Grund vorliege, sich der Operation zu widersetzen“); Zeit. f. schw. R. Revue. XV, № 80 [вторая операция для исправления первой; возможны дальнейшие осложнения]

²⁾ Guyer, о. с. 76. Dr. C. Kaufmann. Handbuch., стр. 51: „Die Vornahme von Chloroformirungen und Operationen ist nur zulässig, wenn der Verletzte seine Einwilligung dazu giebt“.

на его притязаніе, она исходила изъ общихъ соображеній справедливости, въ особенности привлекая общую идею «*dolus generalis*» потерпѣвшаго. Потерпѣвшій всегда долженъ принимать тѣ мѣры, которыя принялъ бы разсудительный человѣкъ, который въ справедливой мѣрѣ считается и съ интересами лица, обязаннаго къ возмѣщенію убытковъ. Въ этомъ выражается «добрая вѣра»,—поступать, доминирующій не только въ договорной, но и въ деликтной области ¹⁾.

Съ изданіемъ В. Г. В. германская судебная практика нашла въ § 254 такую форму, на которую она могла опереться для возведенія общаго требованія справедливости на степень *правовой* обязанности. Принципъ § 254 абз. 2 позволилъ судебной практикѣ предъявить повышенныя требованія къ потерпѣвшему во всѣхъ случаяхъ, когда, не только созданіе самого убытка, но и самъ *объемъ* убытка оказался обусловленнымъ виной потерпѣвшаго ²⁾. Въ этомъ отношеніи, устранять все, что возвышаетъ размѣръ убытковъ, созданныхъ непосредственно делинквентомъ, объявляется отнынѣ прямо и откровенно *обязанностью* потерпѣвшаго, и нарушеніе этой обязанности квалифицируется громогласно «виной» въ смыслѣ ст. 254 Гражд. Уложенія ³⁾.

При наличности этой вины отвѣтственность делинквента ограничивается, такъ какъ искомый *убытокъ* вздутъ до настоящихъ размѣровъ лишь черезъ несоотвѣтствующій уходъ

¹⁾ R. G. Entsch. in Strafsachen. 22/52.—Позтому, не можетъ подниматься вопросъ: *долженъ* ли человѣкъ подвергать себя операциі? Такой общей абстрактной обязанности нѣтъ, ни юридической, ни моральной. Но не въ этомъ—суть дѣла! Вопросъ въ томъ—въ правѣ ли тотъ, кто отклоняетъ операцию, которая по даннымъ науки навѣрно спасла бы жизнь, вмѣнять свою смерть въ вину другому лицу, не погрѣшая противъ доброй вѣры?

²⁾ Cp. R. G. 14 März 1910, Gruch. Beitr. 1910, стр. 1143, № 127.

³⁾ R. G. 13 Febr. 1905, I. W. 1905/34, Senf. Arch. 46/189: „Unterlässt der Verletzte auf Wiederherstellung oder Besserung seiner Gesundheit Bedacht zu nehmen, so ist hierin *ein Verschulden im Sinne von § 254 Abs. 2 zu finden*“. Cp. Entsch. 1905/60, стр. 147.

за раной, въ особенности черезъ упущеніе врачебной помощи ¹⁾).

Такое небреженіе истца лежитъ внѣ естественнаго хода вещей, ²⁾ а потому *прерываетъ причинную связь* между инкриминируемымъ дѣяніемъ и конечнымъ убыткомъ ³⁾).

Правда, эта идея не можетъ быть проведена послѣдовательно со всей жестокостью абсолютнаго принципа: она должна быть умѣрена идеей «свободы самоопредѣленія» пациента. Но, съ другой стороны, эта свобода самоопредѣленія не есть принципъ, способный аннулировать значеніе «обоснованныхъ чаяній» отвѣтника. Истина—въ серединѣ.

Пострадавшій обязанъ въ принципѣ подвергнуться врачебному уходу, и въ частности,—операци. но и «право самоопредѣленія» должно быть уважено.

Изъ комбинаціи этихъ двухъ началъ мы получаемъ слѣдующія положенія.

Потерпѣвшій не въ правѣ уклониться отъ операци, если эта операци не представляла *никакой опасности* для жизни пациента ⁴⁾), если она давала обоснованную надежду на *удач-*

¹⁾ R. G. 14 dez. 1905 I. W. 1906/35, стр. 86: „Die Haftung des Beklagten deshalb entfalle, weil dieser Schaden erst durch die ungeeignete Behandlung, insbesondere die unterlassene Zuziehung eines Arztes wirklich erheblich geworden ist“.

²⁾ *Faas*, о. с. 34—36; *Arnoldi*, о. с. 59—100 [здѣсь онъ подробно разбираетъ всѣ аргументы Эндеманна]. *Oertmann*, Arch. bürgerl. R. VIII, 257; *Bernhöft—Binder*. Beiträge, I, стр. 231; *Dernburg*. Bürgerl. R. § 32, II, 3; *Neumann*, Jahrbuch, II, стр. 145. Изъ специальной литературы см. *Rabel*. Haftpflicht des Arztes (1904); *Hellwig*. Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben (1905); *Rosenberg*, Gerichtssaal, Bd. 62, стр. 63 сл.

³⁾ R. G. 9 Juli 03 I. W. 1903/32, Beil. 114; R. G. 15 April, 07, Senf. Arch. 63, 353.

⁴⁾ *Schollmeyer*, о. с. 46; *Dernburg*, II, 1, стр. 76; *Enneccerus-Lehmann*, 405, sub C; *Fischer Henle*, о. с. 140; *Linckelmann*, о. с. 59; *Matthias*, о. с. 348; *Gottschalk*, о. с. 95; R. G. 23 Juni 1905 (cit.) выставляетъ слѣдующія два условія для обоснованія обязательности операци: 1) „wenn die nötige Operation nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft *gefährlos* ist, 2) bei *regelmässigem* Verlaufe entsprechende Aussicht auf Erfolg bietet“. Trib. Féd.éral. 16 Jan. 1892, R. O. XVIII, № 46, стр. 239. Нельзя требовать операци, хотя и сулягъ полное выздоровленіе, но не безопасна.

ный исходъ ¹⁾, и въ тоже время не была очень болѣзненна, требуя наркоза и вообще предполагая особую силу воли пациента ²⁾.

Но обязанность обращенія къ медицинской помощи, и въ частности—къ операциі, терпитъ еще и дальнѣйшія ограниченія въ сторону болѣе снисходительнаго уваженія субъективныхъ условій, лежащихъ въ лицѣ даннаго индивидуума. Уклончивое поведеніе потерпѣвшаго можетъ быть квалифицировано виновнымъ лишь при томъ условіи, что предпринятіе операциі было въ его власти ³⁾. Индивидуальная особен-

¹⁾ *Dronke*, о. с. 99; *Bar*, о. с. 29—30; *v. Weinrich*, о. с. 88 сл., *v. Liszt*, о. с. 84; *Mayring*, стр. 18, sub 5; *R. Schmidt*, о. с. 19; — *R. G.* 22 dec. 1890, *Seuf. Arch.* 46/189 [извлеченіе пули давало соответствующую надежду на благоприятный результатъ]. *Hamm.* 24 Oct. 07, I. W. 1907, 740: „Es sind im Einzelfalle die konkreten Verhältnissen zu würdigen, wobei es hauptsächlich auf die Beschaffenheit des Leidens, die Schwere und Gefährlichkeit der Operation, die mehr oder minder sichere Aussicht auf Erfolg ankommen wird, aber möglicherweise auch noch anderweite, besondere Umstände in Betracht kommen können“. *R. G.* 3 April, 06, I. W. 1906, 342. Потерпѣвшій не обязанъ подвергать себя операциі, „wenn deren Erfolg in dem festgestellten Masse unsicher und deren Vornahme nach den besonderen individuellen Umständen mit grösseren Gefahren verknüpft ist“. *Eis. Entsch.* XXIV, стр. 273. „Нѣтъ вины въ отклоненіи медицинской помощи, если два врача объявили потерпѣвшему, что они не ручаются за излеченіе, а одинъ даже требовалъ письменный отказъ напередъ отъ всякаго требованія убытковъ, въ случаѣ неудачи операциі“. *R. G.* 26 März 08, I. W. 1908, стр. 329. [результатъ лѣченія сомнителенъ, въ виду возраста потерпѣвшаго]. *Bundesger. Entsch.* XVIII, 263. Отказъ пациента подвергнуться лѣченію путемъ электричества не можетъ быть признанъ виновнымъ, такъ какъ касательно цѣлесообразности его мнѣнія докторовъ разошлись. — *Cabonnet*, *Traité des accidents*. (1907) t. II [les opérations qui ne présentent que des chances de succès plus ou moins aléatoires]. *Lesoudier*, *De l'obligation légale etc* *Revue trim.* 1904, стр. 286 сл.

²⁾ *O. L. G. Stuttgart*, 10 Mai 1894, *Seuf. Arch.* 50/166; *Rosin*, о. с. 315; *Dronke*, о. с. 98; *Rehbein*, о. с. 65; *v. Leyden*, о. с. 76; *Bernhöft und Binder*, о. с. 231.

³⁾ *Dronke*, о. с. 99: „Вѣдь, делинквентъ не въ правѣ претендовать на тѣ же мѣры лѣченія отъ черноработаго, живущаго поденной платой, какъ и отъ рентьера“. *Bar*, о. с. 30, возлагаетъ на делинквента обязанность поставить пациента въ возможность воспользоваться лѣченіемъ, т. е. снабдить его средствами или медицинской помощью. На той же почвѣ: *R. G.* XXIX, 120; *R. G.* 22 dec. 1890, *Seuf. Arch.* 46/189: „Der Verletzte kann nur dann einen Ersatz-

ности должны быть уважены здѣсь въ самой широкой мѣрѣ! Здѣсь получаютъ значеніе возрастъ, полъ, социальное положеніе ¹⁾, имущественное состояніе, духовное развитіе, особенности характера лица, его опытность; получаетъ значеніе даже тотъ моментъ,—состоитъ ли онъ въ такихъ особыхъ отношеніяхъ къ делинквенту, которыя заставляютъ предполагать, какъ правило, извѣстную заботу послѣдняго о тѣлесномъ здоровіи потерпѣвшаго ²⁾.

При этихъ условіяхъ, потерпѣвшій обязанъ примѣнить къ улучшенію своего здоровья всѣ тѣ средства, которыя предполагаетъ ему современное состояніе медицинской науки, при томъ предположеніи, что соответствующія медицинскія средства были ему извѣстны. ³⁾

Чувство справедливости подсказываетъ и дальнѣйшія ограниченія.

Въ извѣстныхъ размѣрахъ должны быть приняты въ соображеніе и повышенная чувствительность и страхъ передъ операцией ⁴⁾, въ особенности, если особая чувствительность

anspruch erheben, wenn er selbst dasjenige, was in seinen Kräften steht, zu seiner Heilung gethan hat". R. G. 13 Febr. 05, I. W. 1905, 201: „muss verlangt werden, dass er, so weit er dazu imstande ist, zur Heilung oder Besserung seiner Krankheit... sich darbietenden Mittel zur Anwendung bringe".—J. D. R. 1904, II, 1, стр. 145. R. G.: „der Verletzte muss alles was in seinen Kräften stehe tun".—Болѣ огульное рѣшеніе вопроса мы находимъ въ *Entsch. in Strafs. Bd. XXII, № 52*. Хозяинъ причинилъ своей небрежностью тѣлесное поврежденіе своего рабочаго. Рабочій, вследствие зараженія прови умеръ. Установлено, что весьма вѣроятно, что онъ не умеръ бы, если бы онъ упорно не отклонилъ ампутацію поврежденнаго члена. Рейхсгерихтъ присудилъ хозяина за неосторожное убійство. Ибо „рабочій не обязанъ былъ подвергать себя операцию".

¹⁾ Dronke, о. с. 99; Bar, с. с. 30—31. Ср. § 538, II B. G. B.

²⁾ Linckelman, о. с. 59; Dernburg, II, 1, стр. 76.

³⁾ R. G. 13 Febr. 1905, Bd. 60, стр. 147. Доказательство этого лежитъ на ответчикѣ. R. G. 15 Apr. 1907, Seuf. Arch. 63 (1908), 353. R. G. 8 Jul 1895, Bolze, 21, n^o. 159. Музыкантъ, не обратившійся къ доктору, не виновенъ, т. к. онъ не имѣетъ никакихъ медицинскихъ познаній. R. G. 21 Febr. 1885, Bolze, I, № 369.

⁴⁾ J. W. 1907, стр. 740: „Hätte sich die Verletzte aus übergrosser Aengstlichkeit oder Empfindlichkeit, aus reinem Eigensinn oder gar aus Böswillig-

психики данной личности могла бы оказать реальное влияние на исходъ леченія ¹⁾, и другіе факты, которые способны, если не обосновать, то все же оправдать, какъ извинительное поведеніе, отказъ отъ операціи; напр. недовѣріе къ врачу или къ діагнозу врача со стороны лицъ простого происхожденія ²⁾).

Когда дѣло идетъ о леченіи тѣла и здоровья, мы должны дать мѣсто самому широкому свободному самоопредѣленію больного. Послѣдній въ правѣ требовать, что бы самъ способъ леченія его тѣла соответствовалъ его личному сужденію и усмотрѣнію, его привычкамъ, наклонностямъ и тому довѣрью къ тѣмъ или другимъ мѣрамъ, которыя онъ составилъ себѣ на основаніи личнаго житейскаго опыта.

Но это имѣетъ свою границу. Привычки и воззрѣнія потерпѣвшаго не должны выходить за предѣлы признанныхъ и разумныхъ средствъ леченія. Помощь знахаря, заговора, симпатическія средства не могутъ замѣнить собою исполненіе обязанности леченія, хотя бы лицо обыкновенно пользовалось подобными средствами.

Итакъ, упорный отказъ отъ врачебной помощи не всегда и безусловно можетъ быть оправданъ отговорками на страхи передъ медицинскими средствами, на недовѣріе къ врачу, на

keit geweigert, auf den Vorschlag einzugehen so wäre ihr Verhalten im Verhältnisse gegenüber dem Beklagten nicht gerechtfertigt". *Eger*, R. H. G. (1906), стр. 159—160; R. G. 26 März 1908, I. W. 1908, 329 критеріемъ ставитъ „Grosse Geduld und guten Willen"; *Eick*, о. с. 88, *A. Sachet*, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail* (1904), стр. 231: „les tribunaux doivent apprécier tous ces motifs essentiellement humains avec une grande modération et n'admettre comme injustifiée qu'une résistance dictée par la mauvaise foi".

¹⁾ R. G. 1906/vu I. W. 1908, № 30.

²⁾ Hamm. 24 Oct. 1907, стр. 740. Въ данномъ случаѣ потерпѣвшая и ея мужъ—сѣрые люди (изъ сельскаго званія) при сообщеніи врачей (на счетъ выскабливанія матки) стали въ тупикъ, а потому не встрѣтили заявленія доктора М. съ соответствующимъ довѣріемъ и пониманіемъ. При этихъ условіяхъ въ ихъ поведеніи нельзя усмотрѣть вины. R. G. 19 Nov. 1908, *Recht*, 1909, Beil., № 2230: Пострадавшій отправился послѣ перевязки раны домой, тогда какъ врачъ ему совѣтовалъ остаться на мѣстѣ несчастія. Это ему не было поставлено въ упрекъ.

боязнь страданій и т. д. Для подобныхъ уклоненій отъ рачительности и заботливости разумнаго чловѣка долженъ быть положенъ извѣстный *объективный* критерій. Масштабъ «требуемой въ оборотъ заботливости», конечно, здѣсь не примѣнимъ, такъ какъ «оборотъ» вообще не требуетъ, что бы кто либо подвергъ себя операціи, что бы избавить себя отъ какого либо ущерба или что бы сократить третьему лицу издержки по уплатѣ убытковъ. Строгій масштабъ «*diligentia boni patris familias*» также негоденъ въ этой области, гдѣ на первомъ планѣ придается значеніе личному самоопредѣленію.

Съ этой точки зрѣнія, трудно установить какую либо другую границу для тѣхъ случаевъ, когда операція можетъ быть отклонена безъ убыточныхъ послѣдствій для пострадавшаго, какъ поведеніе «*разсудительнаго чловѣка*», взвѣшивающаго, съ одной стороны, ожидаемую выгоду, и, съ другой стороны,—угрожающую опасность, и поступающаго въ данномъ случаѣ такъ, какъ онъ поступилъ бы, если бы онъ самъ долженъ былъ нести весь убытокъ ¹⁾.

Иначе говоря, потерпѣвшій обязанъ прибѣгнуть къ тѣмъ пріемамъ, которые онъ *разумно* использовалъ бы при подобныхъ же обстоятельствахъ, *если бы не было на лицо отвѣтчика* ²⁾.

И практика Рейхсгерихта по вопросу объ обязанности потерпѣвшаго къ врачебному уходу за своимъ здоровьемъ,—и въ частности къ согласію на операцію—склонила къ этому ограниченію. При установленіи вины пострадавшаго,—такова

¹⁾ *Bernhöft und Binder*, о. с. 231; *Crome*, о. с. 496, прим. 9; *Matthias*, о. с. 348; *Mayring*, о. с. 18, sub 5; *R. Schmidt*, о. с. 19; *Weinrich*, о. с. 88.

²⁾ *Dernburg. Bürg. R.* II, 1, стр. 182: „... Aber was er voraussichtlich tun würde, um dem Schaden zu begegnen, wenn er niemanden hätte, der ihm für denselben antkommt, kann wohl getordert werden, wenn man Dritte wegen des Schadens in Anspruch nehmen will“.—*Enneccerus-Lehmann*, о. с. 405; *Linckelmann*, о. с. 59; *Oertmann, Schuld.*, 18; *Rehbein*, о. с. 65; *Rümelin*, о. с. 336—337; *Bar*, о. с. 30; *Fischer-Hentle*, о. с. 140, прим. 11; *Gottschalk*, о. с. 95; *v. Leyden*, о. с. 76; *Rosin*, о. с. 315; *Zitelmann*, *Arch. f. civ. Pr.* 99, стр. 118; *Iosef*, о. с. Gruchot Bül. 50, стр. 37; *Hellwig*, *Stellung des Arztes*, 13.

принципиальная точка зрѣнія Рейхсгерихта. — «kommt es nicht bloss auf den objectiven Standpunkt, sondern vorzugsweise auf *das subjective Empfinden eines vernünftigen Menschen an*» ¹⁾). Иначе говоря, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судья индивидуализируетъ свои требованія къ данному истцу, соображаясь съ личными условіями: «habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis et hominum ejusdem conditionis».

III. Теорія Guyer'a.

Dr. E. Guyer въ своей брошюрѣ: «Die rechtliche Stellung des Verletzten im Heilverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Operationen» Zürich. 1908, исходитъ отъ такого соображенія: нормальный порядокъ тотъ, что каждый пациентъ самъ несетъ финансовыя невыгоды своей болѣзни. Это обстоятельство служить обычно естественнымъ побужденіемъ къ энергичному леченію, съ той цѣлью, что бы по возможности умѣрить финансовыя невыгоды. Это стремленіе совпадаетъ съ инстинктомъ самоохраненія, который присущъ каждому разумному человѣку. (стр. 13 и сл.). И на этомъ опытѣ основаны законы о вознагражденіи за увѣчье. Они исходятъ отъ работоспособности, которую пациентъ имѣлъ до несчастія, или имѣлъ бы безъ несчастія, и отвѣтчикъ обязанъ вознаградить его за утрату этой работоспособности. Иначе говоря, цѣль правопорядка—возможно полное возстановленіе нормальнаго состоянія. Эта цѣль достигается не

¹⁾ R. G. 19 Nov. 1908, *Warneyer*, II, 120; R. G. 22 Dez. 1890, *Seuf. A.* 46, 189: „Sein Verhalten muss auch in dieser Beziehung demjenigen eines vernünftigen Menschen entsprechen“. R. G. 13 Febr. 1905, I. W. 1905, 201; R. G. 60, стр. 147 сл.; *Das Recht*, 1905, 279, № 1263; R. G. 3 April 1906, I. W. 1906, 342: „...wenn ein vernünftiger Mensch unter Abwägung aller Umstände auch ohne rechtliche Bindung sich zur Vornahme der Operation entschliessen würde“.

только платежомъ соответствующаго вознагражденія, но и первымъ дѣломъ, устраненіемъ вредныхъ для здоровья послѣдствій несчастья. Отъ этого нормальнаго поведенія паціентъ не долженъ уклоняться, если определенное третье лицо [или предпріятіе] обязано отвѣчать за финансовыя послѣдствія его болѣзни. Между этимъ исключительнымъ случаемъ, когда отвѣтствуетъ третье лицо и нормальнымъ случаемъ, когда паціентъ самъ несетъ всѣ послѣдствія несчастья, различіе сводится лишь къ соответствующему распредѣленію вреда.

Что вѣрно въ области ответственности за профессиональный рискъ, то вѣрно и касательно общегражданскаго обязательственнаго права. Оно построено на началахъ *доброй вѣры* (Treu und Glauben). Отказъ отъ врачебнаго ухода можетъ противорѣчить этимъ началамъ, а потому можетъ снять ответственность на сторонѣ противника.

Въ какихъ же случаяхъ отказъ отъ врачебнаго ухода противорѣчитъ «доброй вѣрѣ»? При разрѣшеніи этого вопроса, авторъ [стр. 20 сл.] исходитъ отъ слѣдующаго соображенія.

Положеніе паціента имѣетъ значеніе съ двухъ сторонъ: 1) касательно его собственной личности, и 2) касательно ответственности третьяго лица, вмѣстѣ съ тѣмъ—общаго правопорядка. Въ первомъ отношеніи, рѣчь идетъ объ основныхъ правахъ человѣка, къ которымъ, какъ главнѣйшее, принадлежитъ право свободнаго самоопредѣленія. Во второмъ отношеніи, должны получить удовлетвореніе принципы доброй вѣры и права оборота. Какая сторона болѣе важна? Тамъ, рѣчь идетъ о тѣлѣ, жизни, здоровьѣ человѣка, здѣсь—о финансовыхъ обязанностяхъ третьяго лица. Конечно, право самоопредѣленія надо поставить выше финансовыхъ интересовъ. Но принципы «доброй вѣры» требуютъ уваженія и этихъ интересовъ, поскольку не умалается серьезно первое право. Отсюда вытекаетъ, что поведеніе паціента должно быть измѣрено на первомъ планѣ *субъективнымъ* масштабомъ и лишь на второмъ планѣ—масштабомъ *объективнымъ*.

Отсюда—такое построение. Первый вопрос, который подлежить нашему разрешению таков: *сдѣлалъ ли пациентъ все, что онъ сдѣлалъ бы, если бы онъ не имѣлъ никакихъ притязаній къ третьимъ лицамъ?*

Если—*да*, сдѣлалъ, то вопросъ о винѣ (субъек. и объект.) окончательно разрешенъ въ отрицательномъ смыслѣ. Ибо въ большинствѣ случаевъ онъ осуществилъ бы свое *право самоопредѣленія*, именно, въ этомъ направленіи. Въ тоже время онъ исполнилъ бы принципъ *доброй вѣры*, т. к. охранилъ бы финансовыя интересы третьяго лица.

Если—*нѣтъ*, не сдѣлалъ, то этимъ самымъ мы еще не разрешаемъ окончательно, что на сторонѣ пациента лежитъ для опредѣленія вознагражденія существенная вина. Этимъ мы устанавливаемъ лишь то, что, съ субъективной точки зрѣнія пациентъ не все сдѣлалъ, что должно быть ему вмѣнено въ обязанность. Но это не влечетъ за собой безусловнаго ограниченія суммы вознагражденія, ибо особый характеръ права самоопредѣленія требуетъ, что бы ни одно постороннее лицо не выводило своихъ правъ изъ неправильнаго осуществленія лицомъ его права самоопредѣленія. Наоборотъ, возмѣщеніе убытковъ должно быть понижено, если на лицо—*объективная вина*, т. е. въ данномъ случаѣ, если пациентъ погрѣшилъ противъ принциповъ доброй вѣры.

Иначе говоря, если мы констатировали субъективную вину, надо еще изслѣдовать—приводить ли, кромѣ того, и объективная вина.

Для этого мы должны разрешить такой вопросъ: *содержитъ ли виновное съ субъективной точки зрѣнія поведение пациента заботливость, которую примѣнилъ бы при тѣхъ же фактическихъ обстоятельствахъ разсудительный человѣкъ?*

Если—*да*, мы не имѣемъ объективной вины, и нѣтъ мѣста пониженію вознагражденія. Если—*нѣтъ*, мы имѣемъ

объективную вину. и мы должны еще войти въ оцѣнку этой вины.

Итакъ, объективная вина не можетъ существовать безъ субъективной вины. Поэтому, первымъ дѣломъ надо изслѣдовать, есть ли субъективная вина. Но одна субъективная вина недостаточна. Подкрѣпить ее должна объективная вина. Этой градации соответствуетъ правовое сознание, которое оцѣниваетъ человеческую жизнь и здоровье выше, чѣмъ финансовый интересъ. (стр. 21—23).

Признаки *объективно* масштаба авторъ намъ даетъ въ II Отдѣленіи своей монографіи. Здѣсь онъ устанавливаетъ: 1) принципы для простого леченія (гл. IX—XI) и 2) специально для случаевъ операціи (гл. XII).

1. Пациентъ можетъ отклонить данный способъ леченія, если онъ связанъ съ особой опасностью, или съ особыми болями или другими существенными невыгодами (стр. 59); далѣе, если виды на существенные результаты леченія сомнительны, или если даже результатъ вѣренъ, но не соответствуетъ расходамъ во времени и рабочей силѣ (стр. 60¹).

2. Что касается операціи, то по опыту жизни пациентъ не такъ легко рѣшается на операцію, какъ на простое леченіе болѣзни. И это различіе имѣетъ фундаментальное значеніе. Если отвѣчаетъ третье лицо, то пациенту не иначе можетъ быть вѣнена обязанность къ операціи, какъ при условіи, что онъ самъ рѣшился бы на операцію, если не было отвѣтчика. Поэтому, вопросъ: обязанъ ли пациентъ подвергнуться операціи—принципіально долженъ быть разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ (стр. 66) ¹).

Установивъ такое положеніе, авторъ, однако, ниже (гл. XII), изложивъ практику швейцарскихъ судовъ, смягчаетъ одностороннюю строгость его и выставляетъ такія положенія. Пациентъ

¹) Затѣмъ (стр. 66—69) авторъ пересказываетъ главнѣйшіе аргументы *Endemann*'а противъ обязанности потерпѣвшаго подвергнуться операціи.

обязанъ подвергнуться операціи: 1) если она обѣщаетъ существенный результатъ, 2) этотъ результатъ долженъ быть навѣрнымъ или очень вѣроятнымъ, 3) и не долженъ влечь за собой важнаго побочнаго уцербъ, 4) эта операція не должна быть опасна для жизни паціента (относительная опасность, впрочемъ, присуща всякой операціи), 5) и не должна быть связана съ чрезмѣрными требованіями къ паціенту, напр. касательно болей, мужества, выносливости, 6) не должна влечь за собой значительныхъ изуродованій. 7) по заключенію всѣхъ спрошенныхъ врачей всѣ вышеперечисленныя условія должны быть на лицо (стр. 76 — 77).

Если паціентъ отклонить такую операцію, онъ поступаетъ не какъ разсудительный человѣкъ (*vernünftiger Mensch*), и отвѣтственность падаетъ на него.

Такая постановка вопроса служить, какъ интересамъ третьихъ лицъ, такъ и пользѣ самого паціента, поощряя его инстинктъ самосохраненія (стр. 77).

VI. Наши выводы.

Первая цѣль леченія (*Heilverfahren*) — возстановить рабочую способность паціента, или, по крайней мѣрѣ, дать ему ту работоспособность, которая по возможности приближалась къ той, которую паціентъ имѣлъ до несчастья.

И законы, напр., объ отвѣтственности фабрично-заводскихъ или жел.-дорожныхъ предпріятій исходятъ изъ той же идеи. Возмѣщаемый вредъ, согласно этимъ законамъ, охватываетъ: 1) все что паціентъ издержалъ на леченіе, 2) все что онъ потерялъ на заработкѣ: а) въ теченіе леченія и в) какъ результатъ оставшагося недуга. Иначе говоря, они исходятъ отъ работоспособности, которая была свойственна паціенту до несчастья, или которую онъ по опыту могъ бы имѣть, не будь несчастья.

Если законъ исходить изъ этого предположенія, то и

паціентъ долженъ руководствоваться тѣми же соображеніями и класть ихъ въ основу своего поведенія. Согласно цѣли *закона*, онъ долженъ сдѣлать все что лежитъ въ его силахъ, чтобы довести леченіе до конца ¹⁾.

И этотъ выводъ тѣмъ болѣе справедливъ, что по судебной и законодательной практикѣ многихъ странъ, потерпѣвшему возмѣщается не только то, что онъ лишился, но и то что онъ предположительно лишился бы въ будущемъ ²⁾. Съ другой стороны, на отвѣтника, причинившаго тѣлесное поврежденіе закономъ возлагается несеніе расходовъ, вызванныхъ врачевнымъ уходомъ за больнымъ. Въ этомъ мы должны видѣть приглашеніе закона пострадавшему воспользоваться этимъ уходомъ. И это приглашеніе *обязательно* для потерпѣвшаго, въ силу принципа: «ubi emolumentum ibi opus».

Таково, по нашему мнѣнію, *легальное* оправданіе обязанности потерпѣвшаго подвергнуть себя «врачебному уходу». Подъ «врачебнымъ уходомъ» [Heilverfahren] мы понимаемъ *всякое* воздѣйствіе на тѣло человѣка съ цѣлью леченія болѣзни. Вопросъ: «обязанъ ли паціентъ подвергнуть себя операціи»?—входитъ въ болѣе широкій вопросъ объ обязанности его къ врачебному уходу. Этотъ послѣдній вопросъ имѣетъ одну базу, представляющую изъ себя равнодѣйствующую изъ двухъ принциповъ: право свободного самоопредѣленія и обязанность ограничить эту свободу въ интересахъ отвѣтника. Въ самомъ дѣлѣ, соображеніе: «ради имущественныхъ интересовъ мы не смѣемъ вторгаться въ свободное самоопредѣленіе человѣка»—пригодно не только для операціи, но и во-

¹⁾ Такъ же: *Gayer*, о. с. 75. Но попытку автора (*ibid.*, стр. 12) разрѣшить интересующій насъ вопросъ путемъ толкованія „Unfall“: „подъ несчастіемъ (Unfall) надо понимать все положеніе паціента вплоть до выздоровленія“—надо считать искусственной и непріемлемой.

²⁾ К. Р. 1896/125, 1899/41.85, 1907/104: учитывается трудоспособность и заработокъ въ будущемъ.—К. Р. 1899/32, возмѣщаются расходы по леченію въ будущемъ. К. Р. 1897/84, всякое ухудшеніе состоянія здоровья даетъ право истцу предъявить новый искъ объ увеличеніи размѣра получаемого ежегоднаго пособія.

обще для врачебнаго ухода. Разница здѣсь не качественная, а количественная.

Мы полагаемъ, что косвенное и условное принужденіе къ врачебному уходу не заключаетъ въ себѣ ни какого вреднаго съ правовополитической точки зрѣнія вторженія въ личную сферу потерпѣвшаго. Эндеманнъ, правда, указываетъ на бесполезность такого принужденія: чувство де самосохраненія достаточно замѣняетъ давленіе законодателя. Но почему же не усилить этотъ инстинктъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ недостаточно развитъ, правовымъ средствомъ? Вѣдь, подобныя репрессаліи послужили бы лишь на пользу потерпѣвшаго, были бы въ его высшихъ интересахъ; въ то же время онѣ удовлетворяютъ естественное чувство справедливости, ибо отвѣчаютъ обоснованнымъ чаяніямъ отвѣтника.

Если, такимъ образомъ, съ принципиальной точки зрѣнія не встрѣчается никакихъ затрудненій къ разрѣшенію вопроса объ обязанности потерпѣвшаго подвергнуть себя врачебному уходу въ утвердительномъ смыслѣ, то остается выяснить тѣ условія, при наличности которыхъ эта обязанность можетъ быть возложена въ конкретномъ случаѣ на истца въ видѣ угрозы отказа ему во всемъ или въ части его притязанія.

Наиболѣе разработанную теорію даетъ намъ швейцарскій юристъ *Gugler*. Онъ, какъ мы видѣли выше, различаетъ субъективную вину и объективную вину. Вознагражденіе можетъ быть понижено лишь при наличности субъективной и объективной вины.

Разберемъ эту теорію.

Во-первыхъ, *Gugler* выставляетъ такое положеніе: если пациентъ сдѣлалъ все, что онъ сдѣлать бы, если бы не было отвѣтника, то мы должны изначала отвергнуть всякую вину на его сторонѣ. Съ этимъ положеніемъ мы не согласны. Если потерпѣвшій обратится противъ перелома или вывиха ноги къ «бабкѣ» для «заговора», то, хотя онъ и «осуществитъ

свое право самоопредѣленія». но, наврядъ ли, онъ «das finanzielle Interesse des Dritten gewahrt hat». Мы полагаемъ, что и въ тѣхъ случаяхъ, когда пациентъ *все* сдѣлалъ, что онъ обычно дѣлаетъ, надо идти дальше и внести дальнейшую поправку въ наше сужденіе о винѣ пациента, если обмануты справедливыя чаянія третьихъ лицъ.

Но авторъ заходитъ, очевидно, уже слишкомъ далеко, утверждая, что даже въ случаяхъ, когда пациентъ не сдѣлалъ *всею*, что онъ сдѣлалъ бы, если бы не было отвѣтника. — онъ все же осуществляетъ [хотя и неправильно] свое право самоопредѣленія. изъ какого осуществленія «keine Drittperson Rechte für sich herleiten kann» (!!).

Авторъ слишкомъ много вѣса кладетъ на этомъ «правѣ самоопредѣленія» и забываетъ справедливыя интересы отвѣтника.

Послѣ разрѣшенія (въ отрицательномъ смыслѣ) перваго вопроса, согласно Guyer'у, долженъ быть разрѣшенъ и второй вопросъ: примѣнилъ ли пациентъ заботливость, которую при тѣхъ же фактическихъ обстоятельствахъ примѣнилъ бы разсудительный человѣкъ? Въ несоблюденіи этой заботливости лежатъ нарушеніе принциповъ «доброй вѣры».

Такая постановка вопроса насъ не удовлетворяетъ.

Почему нѣтъ нарушенія этой «доброй вѣры» уже въ совершеніи «субъективной» вины? «Treu und Glauben» есть этическое понятіе, коренящееся въ психикѣ, настроеніи лица, а потому, именно, въ совершеніи *субъективной* вины казалось бы надо усматривать нарушеніе «доброй вѣры»! ¹⁾

Но мы считаемъ все построеніе Guyer'а по существу несостоятельнымъ. Масштабъ «разсудительнаго человѣка» онъ примѣняетъ не безусловно и не всегда при оцѣнкѣ поведенія пациента, а лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ субъективно виновенъ. Это обязано, какъ мы указали, слишкомъ большому

¹⁾ Новѣйшее теченіе, впрочемъ, въ западно-европейской литературѣ *базаритъ* понятіе „Treu und Glauben“ на строго *объективныхъ* началахъ. См. *Grün Küss. Gesetzesauslegung. Iher. Jahrb. XXII* (1911), стр. 461 сл.

расширенію понятія «права на самоопредѣленіе». Здѣсь поднимается такое возраженіе. Юридическая логика требовала бы что бы *объективный* масштаб служилъ *умѣреніемъ* нравственной свободы паціента. Между тѣмъ, у Guyer'a этотъ объективный масштаб [заботливость разсудительнаго человѣка] не смѣетъ ограничивать «права самоопредѣленія»: послѣднее въ принципѣ неограниченно. Такимъ образомъ, объективный масштаб получаетъ самостоятельное значеніе, которое стоитъ въ противорѣчіи съ масштабомъ субъективнымъ!

Далѣе. Мы полагаемъ, что наличность *субъективной* вины на сторонѣ паціента уже указываетъ на то, что это лицо не соблюло многого, что *оно само* даже считало бы нужнымъ соблюсти. Въ сравненіе съ этимъ поведеніемъ, масштабъ «разсудительнаго человѣка» является *пониженнымъ* масштабомъ: это—*минимумъ* того, что правовой порядокъ требуетъ отъ паціента. Но спрашивается, какую же функцію играетъ, при этихъ условіяхъ, *объективная* вина паціента? Вѣдь, если онъ допустилъ большую погрѣшность (субъективная вина), онъ значитъ совершилъ и меньшую погрѣшность (объективная вина)!

Объективный масштаб въ конструкціи Guyer'a оказывается не только самопротиворѣчивымъ, но и излишнимъ!

Какъ у Guyer'a, такъ и въ господствующей доктринѣ и зап.-европ. юриспруденціи мы находимъ одинъ и тотъ же критерій для сужденія о винѣ паціента: *что сдѣлалъ бы онъ, если бы онъ не имѣлъ лица, обязаннаго возмѣстить ему убытокъ.*

Мы считаемъ такую постановку вопроса совершенно ложной. Если бы даже мы сочли нужнымъ выдѣлять особый *субъективный* моментъ въ понятіи вины, мы не полагали бы что бы наше изслѣдованіе выходило за рамки вопроса объ общемъ отношеніи даннаго паціента къ врачебному уходу и въ частности къ операціямъ. Мы находимся въ такой сферѣ, въ которой личныя эмоціи (боязнь и пр.) не могутъ пре-

возмочь денежные интересы (полученіе возмѣщенія). Мы должны изначала отдѣлить тѣ случаи, въ которыхъ данное поведеніе потерпѣвшаго обязано, именно, тому его расчету, что онъ получитъ вознагражденіе: здѣсь уже мы имѣемъ или умыселъ или нарушеніе «доброй вѣры», и тогда наступить самостоятельное дѣйствіе этихъ видовъ виновности.

Между тѣмъ, воля уклониться отъ операціи въ большинствѣ случаевъ не можетъ быть квалифицирована нами, какъ умыселъ. И въ подтвержденіе нашей мысли мы можемъ указать на то, что никто изъ комментаторовъ закона объ отвѣтственности владѣльцевъ фаб.-завод. предпріятій не привлекаетъ для оправданія ограниченія отвѣтственности патрона, въ качествѣ аргумента, аналогію съ тѣмъ постановленіемъ закона, по которому *умыселъ* потерпѣвшаго избавляетъ патрона отъ отвѣтственности. Конститутивными элементами *умысла* (*fait intentionnel*) являются: 1) свободная воля и инициатива рабочаго, направленныя на созданіе *начальной причины* несчастнаго случая; 2) сознательное и обдуманное *нажѣтеніе причинить опредѣленный убытокъ*.

Нетрудно усмотрѣть, что въ случаѣ уклоненія пострадавшаго отъ врачебнаго ухода и въ случаѣ умысла—направленіе воли не идентично.

Воля рабочаго въ томъ или другомъ случаѣ различна. Воля въ понятіи *умысла* направлена не только на сознательное совершеніе извѣстнаго акта, но и на воспроизведеніе убыточныхъ послѣдствій. Воля же упрямаго рабочаго отнюдь не квалифицируется этими предосудительными моментами.

Исключеніе притязанія при умыслѣ основано на томъ соображеніи, что важно не дать преміи обману; наличность злой воли есть условіе наложенія «гражданской пени».

Наоборотъ, законное обязательство подвергнуться медицинскому уходу основано на томъ соображеніи, что отвѣтчикъ отвѣчаетъ лишь за послѣдствія несчастнаго случая и не отвѣчаетъ за послѣдствія поведенія самого потерпѣвшаго послѣ

случая. Сама *воля уклониться отъ ухода* достаточна, независимо отъ всякихъ недобросовѣстныхъ намѣреній рабочаго воспользоваться послѣдствіями своего отказа отъ медицинской помощи. Здѣсь мы имѣемъ на лицо послѣдствія неисполненія законнаго обязательства, а потому юридическія послѣдствія могутъ проявиться, не смотря на bona fides должника, который по просту не рассчитываетъ выгодъ и невыгодъ своего поведенія.

Итакъ, обсуждая вину потерпѣвшаго мы должны элиминировать моментъ недобросовѣстности, который несомнѣнно включенъ въ корыстномъ мотивѣ поведенія паціента. Мы должны оцѣнивать поведеніе пострадавшаго внѣ идеи отвѣтственности третьихъ лицъ за причиненное поврежденіе.

Spuer, какъ мы видѣли выше, допускаетъ сужденіе объ объективной винѣ лишь послѣ того, какъ установлена наличность субъективной вины. Это — невѣрная конструкція. Мы полагаемъ, что въ интересующей насъ области не двѣ, а — одна вина: субъективная [которая, конечно, не исключаетъ объективнаго масштаба], но съ пониженнымъ масштабомъ, — не крайней рачительности boni patris familias, а негативнаго требованія: не поступать уже очень неразумно. Пациентъ долженъ поступить такъ, какъ поступилъ бы *всякій разсудительный человекъ*: «habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis et hominum eiusdem conditionis». Какъ видимъ, эта граница пролегаетъ не съ верху [не къ ней должно возвышаться настроеніе и поведеніе дѣятеля], а — снизу: это грань, ниже которой не можетъ уже спускаться субъективное настроеніе и психическій складъ лица, его «Unvernunft oder übergrosse Furchtsamkeit».

Не считаемъ мы удачной и конструкцію Рейхсгерихта: «es kommt nicht bloss auf den objectiven Standpunkt, sondern vorzugsweise auf das subjective Empfinden eines vernünftigen Menschen an» [R. G. 19 Nov. 1908. Warneyer, II, 120].

Развѣ можно противопоставлять «объективный масштабъ» «субъективному чувствованію разумнаго человѣка»? Вѣдь, разъ рѣчь идетъ о «разумномъ человѣкѣ», то значитъ мы прилагасмъ *объективный* масштабъ!

Итакъ, мы приходимъ къ тому выводу, что обсуждать виновность поведенія паціента мы должны при примѣненіи обычныхъ приѣмовъ установленія вины потерпѣвшаго. «Право самоопредѣленія» не есть такое понятіе, которымъ можно было злоупотреблять даже въ той деликатной области, въ которой мы находимся. Оно не даетъ намъ основанія выставять какой то особый *субъективный* масштабъ виновности. Двухъ самостоятельныхъ масштабовъ (субъективнаго и объективнаго) при оцѣнкѣ одного и того же поведенія быть не можетъ. На самомъ дѣлѣ, и практически все изслѣдованіе сводится къ приложенію одного масштаба—*объективнаго*. Но этотъ масштабъ не—«*diligentia exactissimi patris familias*», а—заботливость просто *разсудительнаго* *человѣка*, того же пола, званія и профессіи, находящагося въ тѣхъ же условіяхъ мѣста и времени, въ коихъ имѣло мѣсто изслѣдуемое поведеніе даннаго паціента.

Конечно, масштабъ, нами рекомендуемый, предполагаетъ болѣе утонченное изслѣдованіе фактическихъ обстоятельствъ дѣла, чѣмъ строго римское: «*si alius firmior*»... Тѣ фактическія соображенія, съ которыми долженъ считаться судья—очень разнообразны. Оцѣнка ихъ требуетъ часто большаго, чѣмъ юридическую ученость. Здѣсь необходимы спеціальныя знанія, въ особенности медицины, психологіи, соціологіи. Вотъ почему, въ этой области не можетъ быть потребовано соблюденіе и строгихъ правилъ распредѣленія доказательствъ; здѣсь требуемыя данныя могутъ быть установлены лишь на базѣ свободнаго судейскаго усмотрѣнія.

Эту свободу усмотрѣнія и виндцировали себѣ западно-европейскіе суды, и это помогло имъ выработать юриспруденцію гуманную и справедливую.

Отвергая поэтому и теоретическую правильность и практическую цѣнность соображеній, высказанныхъ, какъ Ende-шпип'омъ въ его полемической брошюрѣ, такъ и Guyer'омъ, мы вполне присоединяемся къ тѣмъ положеніямъ, которыя выработаны западно-европейской юриспруденціей, съ тѣми теоретическими оговорками, которыя мы только что высказали, по поводу окончательной формулировки этихъ положеній.

Устанавливая въ видѣ принципа обязанность потерпѣвшаго подвергнуть себя врачебному уходу, мы должны оговориться, что эта обязанность исполняется потерпѣвшимъ самимъ фактомъ обращенія къ врачу. За погрѣшности врача потерпѣвшій не отвѣчаетъ ¹⁾. Ошибка врача или хирурга въ отправленіи ихъ искусства не имѣетъ вліянія на размѣръ возмѣщенія ²⁾. Для того, что бы делинквентъ (или владѣлецъ пред-

¹⁾ Этотъ принципъ безусловенъ. Другое дѣло, если врачъ выступаетъ отвѣтчикомъ передъ кліентомъ. Мы защищаемъ здѣсь принципъ, выраженный въ ст. 1299 Австр. Гр. Ул.: специалистъ отвѣчаетъ за всякую погрѣшность; „если же тотъ, кто поручилъ ему дѣло, зналъ о его неопытности или могъ знать при обыкновенной внимательности, то онъ несетъ совместно отвѣтственность за неосторожность“, т. е. здѣсь примѣняется принципъ зачета вины (§ 1304).

²⁾ Тому положенію, что потерпѣвшій не отвѣчаетъ за погрѣшности и оплошности приглашеннаго имъ врача, обычно 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; R. G. 29 Nov. 1909, I. W. 1910, № 2, стр. 63: „Требуемая въ оборотъ осторожность не требуетъ отъ пострадавшаго, что бы онъ контролировалъ правильность пріемовъ врача, что было бы возможно лишь черезъ приглашеніе петцомъ второго эксперта“. — Намъ думается, что этимъ соображеніемъ вопросъ не исчерпывается. Вѣдь, если хозяинъ для охраны имущественнаго блага пригласить 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, лѣчащій рану, нанесенную отвѣтчикомъ, является столь же представителемъ потерпѣвшаго, сколько и представителемъ самого правонарушителя. И эта точка зрѣнія паходитъ себѣ истинную юридическую

пріятія) былъ свободенъ цѣликомъ или частью отъ отвѣтственности, возложенной на него самимъ фактомъ учиненія деликта (или профессиональнымъ рискомъ), надо наличие неосторожнаго дѣянія самой жертвы, которое опредѣлило или отягчило послѣдствія деликта. Какое бы ни было расширение послѣдствій несчастнаго случая, которое обусловлено ошибкой врача,—возмѣщеніе исчисляется въ соображеніи степени фактической утраты работоспособности и независимо отъ тѣхъ ухудшеній, которыя обязаны не несчастному случаю, а винѣ врача, пользующаго потерпѣвшаго. Таково и — *communis opinio doctorum*.

формулировку въ области профессиональнаго иска. Здѣсь патронъ обязанъ озаботиться медицинскимъ уходомъ увѣчнаго рабочаго, и забота эта выражается а) въ несеніи расходовъ на лѣченіе, б) въ выборѣ врача, в) въ несеніи отвѣтственности за врача, выбраннаго самимъ потерпѣвшимъ. И въ спеціальной литературѣ по профессиональному риску врачъ считается за „*préposé du patron*“. Cabouat, *Traité des accidents du travail*. (Paris, 1907), t. II, стр. 129.

III.

Акты самопожертвования. [Выставленіе своей жизни или здоровья опасности въ исполненіе нравственной обязанности спасти жизнь или здоровье третьяго лица].

I.

Постановка вопроса. Одной изъ главнѣйшихъ, но и труднѣйшихъ задачъ гражданскаго законодателя надо считать установленіе той линіи поведенія, уклоненіе отъ которой въ отдѣльныхъ случаяхъ квалифицировалось бы поведеніемъ *виновнымъ*, т. е. подлежало бы неодобренію не только съ моральной, но и съ юридической точки зрѣнія. Законодателю выпадаетъ трудная задача найти типъ такого воображаемаго лица, который могъ бы служить масштабомъ образцоваго поведенія въ гражданской жизни.

Законодателю для сего надлежитъ возможно точнѣе установить обязанности, погрѣшеніе противъ которыхъ онъ облагаетъ правовыми невыгодами. Этотъ типъ не можетъ быть идеальнымъ представителемъ человѣческаго рода, ибо идеальные люди насчитываются единицами, и само право, въ настоящее время достаточно дифференціровавшееся отъ морали, не можетъ, не становясь въ противорѣчіе съ самимъ собою, поднимать масштабъ слишкомъ высоко и выставлать мѣриломъ исключительно великодушнаго. рвущагося на само-

пожертвованіе и думающаго лишь о нравственных обязанностях человѣка ¹⁾).

Съ другой стороны, правовой порядокъ не можетъ обойтись однимъ предписаніемъ: «не трогай, не задирай другого». Выставленіе бездушнаго типа, который замыкается въ тѣсномъ кругу своекорыстныхъ интересовъ не отвѣчаетъ, — какъ справедливо замѣчаетъ Menger ²⁾ — воззрѣніямъ и пѣлямъ той эпохи, которая разсматриваетъ государство, все человѣчество, какъ большую общность нравственныхъ и хозяйственныхъ интересовъ.

Трудность задачи юриста — практика не меньшая, чѣмъ задача законодателя. Здѣсь мы находимся на неясномъ и спорномъ рубежѣ между *правомъ* ³⁾ и *моралью* ⁴⁾. Эгоизмъ и альтруизмъ характеризуютъ ту и другую область. Это — два устоя, на коняхъ покоится вся общественная жизнь. Ни одинъ изъ нихъ не можетъ отсутствовать ⁵⁾. Мораль въ область

¹⁾ *Friedr. Mommsen. Unmöglichkeit.* стр. 104, указываетъ на социальную опасность такого законодательства. См. еще *I. Kohler. Die Menschenhilfe im Privatrecht. Über. Jahrb. Bd. 25 (1887),* стр. 3; *R. Stammler. Lehre vom richtigen Rechte.* 52.

²⁾ *Menger. Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen,* стр. 205.

³⁾ *Задача права* — опредѣлять отношеніе множества индивидуумовъ въ ихъ свойства, какъ носителей *интересовъ.* *Hagen. Die guten Sitten als Rechtsbegriff* Gruch. B. Bd. 52 (1908), стр. 498 сл. — *И. Покровский.* Принудительный альтруизмъ. Вѣстникъ Права 1902, кн. 2, стр. 13—22.

⁴⁾ *Задача морали* — регулировать между собою отношеніе различныхъ побужденій (Triebe) отдѣльнаго человѣка по ихъ различной цѣнности. Въ этой области важно отношеніе между двумя побужденіями: *самолюбіемъ* (господствовать) и *любовью къ ближнему* (служить); оба они борются другъ съ другомъ и регулировать ихъ противоположеніе есть главная задача морали. Въ настоящую эпоху нравственнымъ заповѣдямъ придается характеръ прововыхъ приказовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда безнравственность припимаетъ такое направленіе и такую интенсивность, что ея проявленіе угрожаютъ интересамъ общегитія (напр. *dammum dare animo nocendi*, „Schickanenverbote“ и т. п.).

⁵⁾ *H. Fischer. Die Rechtswidrigkeit. München, 1911,* стр. 68: „Eine menschliche Gesellschaft, welche sich nur aus fein berechnetem Egoismus zusammenhält ohne einen Funken gegenseitiger Liebe, um durch Einschränkung des einzelnen die höheren Vorteile der Gemeinschaft zu genießen, ist eine Utopie“.

права переходить: 1) или въ огрубленномъ видѣ «добрыхъ нравовъ»¹⁾; 2) или въ меньшемъ масштабѣ въ видѣ запрещенія безнравственныхъ дѣяній²⁾; 3) или еще меньшемъ размѣрѣ въ видѣ принциповъ любви (Liebesparagraphen)³⁾,— здѣсь граница между правомъ и моралью можетъ быть опредѣлена *актами самопожертвованія*. «Положить душу свою

¹⁾ *H. Fischer*, о. с. 77: «Правовая мораль проявляется во вѣнчившихъ актахъ; она носитъ поэтому болѣе грубыя черты лица, чѣмъ ея мать—чисто нравственное ученіе. Такое огрубеніе необходимо, если мы желаемъ перенести мораль въ область права».—§ 826 В. Г. В. запрещаетъ умышенное причиненіе вреда другому способомъ *противнымъ добрымъ правамъ*. Но и доктрина и судебная практика подъ «добрыми правами» не подразумеваютъ требованія морали. «Guten Sitten» противопоставляются ими «Betätigung des Triebes zu dienen der Nächstenliebe». *Hagen*, о. с. 512; *O. Dick*. Verstoß gegen die guten Sitten. Arch. f. b. R. Bd. 33 (1909) стр. 81; *Leonhard*, Allg. T. (1900), стр. 372: «добрыя нравы имѣютъ своимъ основаніемъ общественное мнѣніе, нравственность—стремленіе совѣсти къ внутреннему покою и міру». Въ настоящее время понятіе добрыхъ нравовъ можетъ считаться окончательно установленнымъ въ нѣмецкой юриспруденціи. Задача благоприличія—регулировать отношеніе множества индивидуумовъ въ ихъ свойствахъ, какъ носителей самостоятельныхъ личностей. Исходный пунктъ—требованіе уваженія личности другого, такъ что были устранены: 1) оскорбленія личныхъ чувствъ другого (напр. эстетика), 2) эксплуатация несовершенствъ и особенностей интеллектуальныхъ, тѣлесныхъ и хозяйственныхъ лица [*Hagen*, о. с. 503: «Der Anstand verbietet die geistige Minderwertigkeit des Mitmenschen auszunützen»]. Но не всякое оскорбленіе «чувства благопристойности» есть погрѣшность противъ «добрыхъ нравовъ», а лишь оскорбленіе «Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden». R. G. 11 Apr. 1901, Bd. 48, 124; *Endemann*, Einführung. I, 435. *Cosack*, Bürg. R. Bd. I, § 53, V, стр. 176; *Iacobi*, Iher. Jahrb. 41, стр. 77; *Regelsberger*, Pandekten, 60—63.

²⁾ Теорія негативно нравственной природы права даже ограничиваетъ задачу права отраженіемъ вѣнчившими средствами власти отъ общества вторженій въ него всего безнравственнаго. *Stahl*. Philosophie des Rechts. II (3 изд.) стр. 205; *Lasson*, Rechtsphilosophie, стр. 208 сл. Они отрицаютъ задачу права воспитывать общество на нравственныхъ началахъ

³⁾ Во всѣхъ почти законодательствахъ мы находимъ въ уголовныхъ законахъ запрещеніе оставлять другого въ опасности или даже обязанность оказывать помощь. *H. Fischer*, о. с. 70: «Неспасеніе другого изъ опасности обязываетъ къ возмѣщенію убытковъ передъ потерпѣвшей семьей (§ 844 В. Г. В.), но не на основаніи § 826, а потому что лицо погрѣшило противъ «Liebesparagraphen» (§ 360 ziff. 10 Strf. G. В.) и навлекаетъ на себя отвѣтственность посредственно изъ § 823 II, В. Г. В.—Русское Право, см. ниже, III.

за други своя» есть заповѣдь высшей морали, нарушение которой не можетъ вызвать правовыхъ невыгодъ ¹⁾).

Бъ темѣ настоящаго очерка не относится всестороннее изслѣдованіе разграниченія области *права* отъ области *морали*. Намъ непосредственно интересуется лишь одинъ вопросъ: какъ относятся современныя законодательства, наука и судебная практика разныхъ странъ къ *юридической оцѣнкѣ актовъ самопожертвованія*,—къ этому рубежу между общественной моралью и высшею нравственностью? Поводъ къ постановкѣ такого вопроса служить тема нашего изслѣдованія. Можетъ ли лицо, получившее увѣчіе или потерявшее жизнь при попыткѣ спасти ближняго, обратиться (само лицо или его преемники) съ пригизаніемъ объ убыткахъ къ лицу, создавшему ту опасность, которую оно хотѣло отвратить? Какъ квалифицировать поведеніе такого потерпѣвшаго? Если съ нравственной точки зрѣнія, поведеніе его и похвально, то вопросъ объ *юридической оцѣнкѣ* его остается открытымъ.

Казалось бы актъ героизма, какъ не оправдываемый, ни личнымъ интересомъ потерпѣвшаго, ни особымъ отношеніемъ къ отвѣтчику, долженъ былъ бы *prima facie* квалифицироваться, какъ актъ, который не только отъ него не требовался, но который даже подлежитъ осужденію, съ точки зрѣнія перваго устоя общежитія эгоизма. Но здѣсь поднимается вопросъ: соответствуетъ ли правовому чувству и чувству справедливости облагать такое поведеніе невыгодными для героя юридическими послѣдствіями?

И если—не соответствуетъ, то какъ юридически обосновать противоположное рѣшеніе?

Оставимъ пока въ сторонѣ тѣ случаи, когда лицо, имѣя

¹⁾ *Hagen*, о. с. 512: „ungenügende Betätigung des Triebes zu dienen, der Nächstenliebe. *Leonhard*, Allg. T. (1900), 372. Ср. *Обясн. Зап.* къ ст. 1065 Пр. Гр. Ул. (т. V, стр. 431): „Каждый обязанъ воздерживаться отъ нарушения чужихъ правъ и причиненія вреда другому, но не каждый обязанъ совершать дѣйствія для предохраненія другого отъ вреда!

въ своемъ распоряженіи нѣсколько приемовъ выполненія актовъ героизма,—одни болѣе, а другіе менѣе опасные, выбрало первые, или когда лицо обратилось къ нецѣлесообразнымъ мѣрамъ отвратить опасность, или упустило принять нѣкоторыя мѣры предосторожности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ *въ самомъ выполненіи актовъ самопожертвованія* мы можемъ отмѣтить упущеніе требуемой въ оборотѣ заботливости, т. е. *вину* въ техническомъ смыслѣ этого слова. Но—затрудненіе не въ этомъ! Намъ надо выяснитъ вопросъ: какъ квалифицировать самъ *фактъ*, что лицо добровольно подвергло себя опасности, пытаясь отвратить ту же опасность отъ третьихъ лицъ?

Наша тема подлежитъ еще и другому ограниченію.

Вопросъ объ юридической оцѣнкѣ актовъ самопожертвованія можетъ подниматься лишь тамъ, гдѣ передъ нами—не только актъ героизма, но и продуктъ добровольнаго взрыва великодушія. Что насъ поражаетъ въ этомъ актѣ,—это то, что лицо могло и уклониться отъ него, не навлекая на себя никакого упрека. И вотъ, если моральная цѣнность великодушнаго порыва—едина во всѣхъ положеніяхъ, какъ независимая отъ сопровождавшихъ его юридическихъ условій, то въ отношеніи *юридической* квалификаціи этого порыва мы можемъ различать многіе ступени. Пожарный служитель на то и приставленъ, что бы бороться съ огненной стихіей, и мы ждемъ отъ него болѣе или менѣе ревностнаго исполненія его служебной обязанности.

То же самое мы можемъ сказать про другіе виды служебныхъ обязанностей. Все зависитъ отъ того, какъ понимать свою службу!

Машинистъ, жертвующій въ виду опасности своей жизнью или здоровьемъ для отвращенія катастрофы, или стрѣлочникъ въ виду приближающагося поѣзда бросающійся на рельсы, что бы спасти поѣздъ отъ опасности,—заслуживаютъ скорѣе похвалы за строгое и добросовѣстное исполненіе ихъ обязанностей, чѣмъ порицаніе за неосторожность.

Мы не можемъ сказать того же про швейцара банковской конторы, бросающагося съ голыми руками на вооруженныхъ бандитовъ; его поступокъ уже преступаетъ границу образцово-ревностнаго исполненія обязанности и вступаетъ въ область добровольнаго, самоохотнаго волеопредѣленія: это актъ чистѣйшаго героизма!

Лишь дѣянія послѣдняго рода могутъ насъ интересовать; ибо хотя моральная цѣнность порыва нисколько не ослабляется тѣмъ соображеніемъ, что лицо исполнило лишь ревностно свою служебную обязанность, но, съ другой стороны, самъ фактъ *служебной обязанности* уже изначала исключаетъ вопросъ о *винѣ*, и, такимъ образомъ, эта послѣдняя категорія случаевъ не входитъ въ рамки нашего изслѣдованія.

Не можетъ также подлежать сомнѣнію, что весь вопросъ объ юридической оцѣнкѣ актовъ самопожертвованія можетъ подниматься лишь тамъ, гдѣ сознательное самопожертвованіе своей личности можетъ быть дозволено съ высшей нравственной точки зрѣнія.

Ни подъ какими условіями недопустимо ставить на карту свою жизнь или здоровье въ отвращеніе опасности отъ вещей и животныхъ. Попытки послѣдняго рода должны быть безусловно квалифицированы дѣяніями виновными ¹⁾. Лишь тамъ, гдѣ—въ опасности высшее благо человѣка—*жизнь и здоровье*, можетъ идти рѣчь о юридическомъ оправданіи исполненія моральной заповѣди положить жизнь свой «за други своя».

Такимъ образомъ, вся проблема сводится къ слѣдующему вопросу: можетъ ли быть квалифицировано *самовиной* доброхотное, не связанное съ сознаніемъ служебнаго долга, выставленіе опасности своего тѣла для отвращенія опасности, угрожаемой здоровью или жизни третьихъ лицъ?

Ставимъ вопросъ на практическую почву: можетъ ли лицо, потерпѣвшее при героическомъ исполненіи акта само-

¹⁾ Такова точка зрѣнія германской практики. *Eger. Das. R. N. G.* Nappeier 1906, (6 Aufl.) стр. 181 [R. G. 28 Dec. 1899].

пожертвованія, предъявить къ лицу, создавшему опасность искъ о возмѣщеніи понесенныхъ имъ убытковъ въ *полномъ размѣрѣ*, или оно должно нести само часть убытковъ, какъ виновно сопричинившее несчастіе (свое увѣчіе)?

Если мы отвѣтимъ—самоповрежденіе есть самовина, мы отвергнемъ его притязаніе или присудимъ лишь часть его притязанія. Такой результатъ не можетъ насъ удовлетворить!

Возьмемъ случай: два человѣка находятся на пути взбѣсившейся лошади; оба ранены, одинъ—при попыткѣ спастись, а другой—при попыткѣ удержать животное, чтобы спасти своего товарища.

Бѣжавшій—одинъ получить денежное возмѣщеніе! Это была бы премія трусости и косвенная охулка актамъ мужества ¹⁾! Мы осудили бы альтруизмъ и вознаградили бы эгоизмъ.

Къ чему мы пришли бы, если этотъ эгоизмъ диктовалъ законы? Наказаніе самоотреченія и благороднаго героизма, одобреніе самолюбія и трусости, т. е. переверотъ всѣхъ нравственныхъ понятій!

Наше правовое чувство требуетъ возмѣщенія убытковъ благородному герою! Но какъ мотивировать это рѣшеніе? Какова *юридическая база* притязанія такого потерпѣвшаго? Какъ юридически оправдать въ этихъ случаяхъ требуемое справедливостью неприкосновенность притязанія потерпѣвшаго къ противнику? Мы дошли, наконецъ, до нерва нашей темы.

II.

Зап.-европ. Отъ отвѣта на формулированный нами воп-
юриспруденція. просъ не могли уклониться представители того
направленія, которые строятъ понятіе самовины не на узкомъ
принципѣ *неправомѣрности*, а на широкомъ признакѣ «от-

¹⁾ Ср. 3 janv. 1900 S. 1902. 2. 217, Note.

клоненія отъ нормальнаго типа добропорядочнаго и разумнаго человека». Съ точки зрѣнія этой доктрины (т. I, стр. 149—153), самовина есть ненормальное (*ordnungswidrige*) поведеніе потерпѣвшаго противъ самого себя: самоповрежденіе есть *вина*, ибо правовой порядокъ неодобряетъ такое поведеніе хозяина съ точки зрѣнія его собственныхъ интересовъ. Самоповрежденіе личныхъ правовыхъ благъ достойно порицанія, потому что со стороны его личного интереса и потому съ *нравственной* стороны оно подлежитъ укору, какъ оскорбленіе *этической* обязанности человека къ самому себѣ.

Гибкое понятіе ненормальности (*Ordnungswidrigkeit*) позволяетъ въ противоположность къ окаменѣлому понятію неправомѣрности (*Rechtswidrigkeit*)—принять въ вопросѣ о наличности самовины въ соображеніе и тѣ *мотивы*, которые руководили поведеніемъ потерпѣвшаго.

Послѣдній моментъ рѣшаетъ все дѣло.

Какъ понятіе *этическое*, самовина погашается особыми **обстоятельствами, которыя въ конкретномъ случаѣ дѣлаютъ известныя дѣянія этически—необходимыми**. Если сущность «самовины» есть оскорбленіе *нравственной дома*, то требуемое внимательство потерпѣвшаго не будетъ ограничено тѣми случаями, когда находятся въ опасности *его* личность или *его* собственное добро: выступить ли лицо въ защиту своей жизни или жизни своего ближняго,—въ томъ и другомъ случаѣ онъ исполнилъ *нравственный долгъ*. Въ такой помощи мы видимъ проявленіе на дѣлѣ любви къ ближнему. Нравственный долгъ отвращать отъ правовыхъ благъ вредоносныя вторженія извнѣ выступаетъ за предѣлы сферы *личнаго* интереса субъекта права.

Эта доктрина—акты самопожертвованія, какъ акты *нравственного долга*, не суть *виновныя* дѣянія—родилась лишь недавно на германской почвѣ и не успѣла еще снискать себѣ

сочувствія въ германской судебной практикѣ ¹⁾ и широкихъ кругахъ ученаго міра ²⁾).

Чуждые сентиментальности, германскіе юристы вообще остерегаются обострять всю проблему о виновности на спорномъ и щекотливомъ вопросѣ о юридическомъ значеніи чело-вѣколюбія и гуманности ³⁾).

Къ нимъ въ этомъ отношеніи примыкаютъ и швейцарскіе юристы ⁴⁾).

¹⁾ См., впрочемъ, R. G. 30 Jan. 1905, I. W. 1905, 170—171: „Истецъ, пытаясь задержать чужихъ понесшихъ лошадей, подвергъ себя опасности; однако, въ этомъ поведеніи нельзя усмотрѣть вины, т. к. существуетъ въ деревнѣ обычай, что взрослые односельчане добровольно принимаютъ участіе въ задержаніи чужихъ вырвавшихся на свободу животныхъ. Въ этомъ надо видѣть между односельчанами похвальное чувство общности. *Исполненіе этой нравственной обязанности не есть вина*“.

²⁾ G. Eger. R. II. G. (5 изд.) 153: „нравственный мотивъ, лежащій въ основѣ нарушенія запрещенія ж. д. полиціи, не можетъ парализовать возраженія самовины. Несправедливо осуществлять нравственные обязательства на счетъ ж. дороги. Отрицать exsertio самовины здѣсь также нелогично, какъ напр. въ случаѣ кражи съ благотворительной цѣлью“. Того же воззрѣнія O. Wendt, о с. 182; Cohn, о с. 121: „реальная помощь угрожаемому или потерпѣвшему ближнему есть исполненіе лишь *нравственной* обязанности“.

³⁾ R. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung. Arch. f. civ. Pr. 106 (1910), стр. 403, ставитъ всю проблему въ связь съ своей теоріей „Gefährdungshaftung“ и подходитъ къ разрѣшенію вопроса не съ точки зрѣнія героя, а—отвѣтчика. Надо изслѣдовать—говоритъ онъ—можно ли вменить предпринимателю состояніе угроженія или нѣтъ. Предприниматель никогда не отвѣчаетъ, если непосредственно потерпѣвшее лицо, родившее необходимость въ предпріятіи средствъ спасенія, самъ бросился въ цѣляхъ самоубійства на рельсы или ребенокъ во время прогулки, вследствие недосмотра матери, попалъ на ж. д. полотно. Ибо въ этихъ случаяхъ возникши убытокъ рождается не пль круга опасностей, за который несетъ ответственность предприниматель. Если же состояніе угроженія такъ поставлено, что оно обособиваетъ ответственность, то ответственность охватываетъ *весь* рискъ, въ частности и возмѣщеніе расходовъ на принятіе мѣръ спасенія; спасающій не можетъ искать убытковъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ упустилъ примѣнить обыкновенную заботливость въ своемъ дѣяніи, при чемъ, въ виду того, что акты спасенія предпринимаются на слѣхъ и подъ впечатлѣніемъ самоугроженія надо быть снисходительнымъ въ оцѣнкѣ поведенія лица. Съ точки зрѣнія этой конструкціи, не имѣетъ значенія, дѣйствовалъ ли спасающій *виновнымъ* образомъ и поскольку его вина стирается черезъ нравственные побужденія его поступка.

⁴⁾ Cour cantonal, Valais. 8 авг. 1890, *Semaine Jud.* 1891, стр. 35: если даже потерпѣвшій дѣйствовалъ противно регламенту, но совершилъ актъ ге-

Прямую противоположность представляют ихъ французскіе и бельгійскіе коллеги.

Старая французская судебная практика даже и не пыталась оправдать юридически то рѣшеніе, которое диктовалось соображеніями *справедливости* ¹⁾. Лишь во второй половинѣ XIX в. французская доктрина и за ней и судебная практика ищутъ юридическую базу для оправданія актовъ самопожертвованія и находятъ ее въ *этическомъ моментѣ*, исключаящемъ *вину* на сторонѣ потерпѣвшаго. Изслѣдованіе субъективныхъ цѣлей лица потерпѣвшаго и критика ихъ съ точки зрѣнія ихъ моральной цѣнности не представляютъ на глазахъ французскаго юриста ничего необычайнаго, исключительнаго: оно имѣетъ своимъ противоположеніемъ изслѣдованіе того субъективнаго настроенія и тѣхъ индивидуальныхъ цѣлей, которыя нравственно опорачиваютъ само по себѣ *правомѣрное* поведеніе дѣятеля—отвѣтчика. Какъ злостное *намя-*

рована, к. д. К^о не можетъ ссылаться на волеизъявіе, чтобы уклониться отъ ответственности.—Trib. Fed. 17 v 1905, Schw. J. Z. 1906, стр. 186. Мужъ пытался спасти свою жену. Онъ дѣйствуетъ не по служебнымъ обязанностямъ, а въ силу моральнаго долга. Отсюда слѣдуетъ, что если онъ погибнетъ жертвою своей доблести, к. д. К^о свободна отъ всякой отвѣтственности, по послѣдствіямъ этого второго несчастія, передъ ребенкомъ—сиротой. Новѣйшая нидерландская судебная практика проводитъ равнодушіе между этими двумя противоположными точками зрѣнія. Она, принципиально, признавая акты героизма, за *виновное* поведеніе, ищетъ въ обстоятельстве дѣла оправданія возбужденія потерпѣвшаго и потери имъ спокойствія духа („ruhiger Ueberlegung“). При этомъ она становится на объективную точку зрѣнія. См. рѣшенія Бундесгерихта у Dr. A. Zeerleder, о. с. 103 104. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и доктрина. См. V. Forestier, *La notion de la faute. Lausanne*. 1897, стр. 125: „мы не думаемъ, что фактъ нарушенія, даже въ цѣляхъ чисто моральныхъ, формальнаго приказа или полицейскаго регламента, могъ бы устранить понятіе *вини*, которая лежитъ въ основаніи такого нарушенія“.

¹⁾ Lyon 5 авг. D. 57. 2. 86, Dalloz. Répertoire. Responsabilité. n^o 96. Ж. д. рабочій нарушилъ ж. д. регламентъ, повелевающій рабочимъ отходить въ сторону при приближеніи поезда. Однако ж. дорога отвѣчаетъ за тѣ поврежденія отъ поезда которыя онъ получилъ въ тогъ моментъ, когда онъ киркой сваливалъ камни, нагроможденные на рельсахъ, и которые могли вызвать катастрофу. *Справедливо*, чтобы ж. дорога вознаградила его, ибо онъ можетъ быть освобожденъ ж. дорогу отъ тяжелой отвѣтственности, которая была бы навлечена, если бы поездъ сошелъ съ рельсъ.

renie вредить («intention de nuire») возводит объективно-правомѣрное дѣяніе на степень незаконнаго, такъ въ *великодушный мотивъ* («acte de dѣvouement») снимаетъ съ объективно неосторожнаго дѣянія характеръ виновности ¹⁾.

Правда, французско-бельгійская судебная практика не идетъ такъ далеко, какъ доктрина, и пытается по мѣрѣ силъ къ чисто *нравственному* моменту прибавить еще нѣкоторые *юридическія* соображенія, способныя оправдать въ отдѣльномъ случаѣ поведеніе потерпѣвшаго; она или ищетъ въ обстоятельствахъ конкретнаго случая доказательствъ, что жертва не была неосторожна (напр. опасность была скрыта) ²⁾, или ссылается на «usage», санкціонирующій его поведеніе ³⁾, или само поведеніе потерпѣвшаго рассматриваетъ, какъ результатъ вины отвѣтчика ⁴⁾.

Въ другихъ же рѣшеніяхъ она прямо становится на точку зрѣнія доктрины ⁵⁾, утверждая голословно, что *нравственный мотивъ исключаетъ вину*.

Впрочемъ, въ выраженіяхъ мотивовъ рѣшенія мы видимъ, что судебная практика руководилась здѣсь предвзятою цѣлью: она приходитъ къ освобожденію отъ отвѣтственности потерпѣвшаго не потому, что лицо невинно, а, наоборотъ, представляетъ невинность лишь какъ юридическое оправданіе его безотвѣтственности, которая изначала диктуется справедливостью ⁶⁾.

¹⁾ Bosc. о. с. 190; Guhl. о. с. 83.

²⁾ Cass. 15 janv. 1886 S. 86. 2. 117; Trib. corr. Seine, 7 août 1894, *Gaz. Trib.*, 18 août, 1894; Trib. corr. Seine, 25 oct. 1894. *Gaz. Pal.* 1894. 2. 626.

³⁾ Cass. 10 mars 1892. S. 92. 2. 255; Chaville, 16 janvier 1896, *Le Droit*, 17 mars 1896, Paris 20 févr. 1896, D. 1896. 2. 515.

⁴⁾ *Pand. Belges. Responsabilité.* n° 1078—1089: „s'il meurt victime de son dѣvouement, sa mort doit être considérée comme ayant été causée par la faute exclusive du conducteur“.

⁵⁾ *Aubry et Rau.* t. IV p. 771 § 448 n. 9. *Huc. Comm.* t. 8. n. 451. *Demolombe.* Traité. t. VIII n° 652 p. 563; t. 31 n° 651: „Une faute? Oh non certes ni une imprudence, ni une négligence.—c'est un acte des plus louables de courage et de dѣvouement“.

⁶⁾ Cass. 18 août 1879 D. 1894. 2. 115; 12 nov. 64 S. 65. 2. 76; Paris 30 janv. 1907, *Pand. fr. pér.* 1908. 2. 44; S. 1908. 2. 44; Paris 10 mars 1892 S. 92. 2. 255, Civ. Cass. 8 janv. 1894 S. 94. 1. 184; Chambéry, 15 janv. 1886. S. 1886. 2. 117; Amiens 9 janv. 1895. S. 1897. 2. 211; Paris 17 mars 1894 D. 1897. 2. 211.

На ряду съ упомянутой конструкціей въ сборникахъ Кассационныхъ Рѣшеній мы находимъ робкія попытки «*Conseil de cassation*» заложить иную юридическую базу актамъ самопожертвованія.

Передъ Кассационнымъ Судомъ витаетъ та идея, что отважный герой, бросающійся на чужую взбѣсившуюся лошадь съ цѣлью задержать ее и тѣмъ отвратить несчастье, — тѣмъ самымъ какъ бы исполняетъ молчаливое приглашеніе лица, создавшего опасность (кучера), вмѣшаться и оказать ему помощь. Привлеченіе къ отвѣтственности хозяина животного оправдывается тѣмъ соображеніемъ, что молчаливо принятое добротнымъ помощникомъ предложеніе его представителя рождаетъ договоръ *личнаго найма* (услугъ), который и несетъ рискъ исполненія на хозяина ¹⁾.

Эта конструкція не нашла поддержки въ доктринѣ ²⁾. Она уничтожалась тѣмъ соображеніемъ, что изъ простого договора найма (за исключеніемъ примѣненія закона о профессиональномъ рискѣ) патронъ не отвѣчаетъ по закону за несчастія слугающихъ. Бромъ того, приглашеніе, исходящее отъ кучера, не въ состояніи обязать хозяина договоромъ найма.

Эта конструкція избѣгаетъ схожая конструкція, которая ставитъ хозяина и пострадавшего непосредственно лицомъ къ лицу, и которая не ищетъ въ фактическихъ обстоятельствахъ конкретного случая оправданія великодушной отвагѣ добротного героя. Лицо, бросающееся въ опасность, чтобы предотвратить неминуемое несчастье отъ третьихъ лицъ, — тѣмъ самымъ дѣйствуетъ въ интересахъ хозяина и согласно его дѣйствительной или предполагаемой волѣ. Оно, задерживая, напр., взбѣсившуюся лошадь, отвращаетъ тѣ колоссальныя убытки, которые были бы причинены животнымъ постороннимъ и которые были бы возложены на хозяина животного;

¹⁾ Cass. 15 janv. 1886. S. 86. 2. 117.

²⁾ Note de M. Perreau. 3 janv. 1900 S. 1902. 2. 217; Bosc. о с. 131.

оно поэтому может быть рассматриваемо, какъ *negotiorum gestor* послѣдняго ¹⁾. Такъ же какъ и *negotiorum gestor*. самопожертвователь жертвуетъ лишь своей личной дѣятельностью. Этимъ исчерпывается его альтруизмъ. Въ его намѣреніе не входитъ обогащать хозяина за свой счетъ, напр. принявъ на себя произведенныя издержки. Онъ одаряетъ его своей личной дѣятельностью и сохраняетъ, поэтому, искъ объ убыткахъ, нанесенныхъ при исполненіи акта героизма.

Какъ ни заманчива кажется на первый взглядъ эта теорія, однако, и она возбуждаетъ серьезныя возраженія.

Фактическая дѣятельность случайнаго прохожаго не можетъ быть рассматриваема, какъ *юридическое* дѣйствіе, а потому, согласно сильно представленному въ литературѣ мнѣнію, не можетъ быть содержаніемъ *negotiorum gestio*.

Но даже откидывая это теоретическое затрудненіе, мы не можемъ считать эту конструкцію удачной.

Она не охватываетъ тѣхъ случаевъ, когда:

1) у *negotiorum gestor*-а не было намѣренія оказать услугу хозяину ²⁾. Когда лицо пытается спасти точно опредѣленныхъ прохожихъ, онъ можетъ считаться ихъ *negotiorum gestor*, но не—того лица, которое обладаетъ животнымъ.

2) Когда дѣло не было «*bien administrée*» ³⁾, т. е. когда его попытка, напр., задержать животное не удалась.

¹⁾ Trib. com. Seine 3 janv. 1900 S. 1902. 2. 217: *Le Droit*, 2 Mars 1900. Въ русской литературѣ этого возрѣнія держится *И. Покровский*, ук. с. Вѣстникъ Права, 1902 № 2, стр. 25

И нѣмецкіе юристы видятъ въ актахъ спасенія аналогію съ *negotiorum gestio*, но 1-хъ), въ случаяхъ лишь самоубійства [*Zitelmann*, *Arch. f. civ. Pr.* 99, стр. 119: „Und ebenso entspricht es der allgemeinen Anschauung, in dem Selbstmord eine Verletzung dringender öffentlicher Interessen zu sehen“] и 2-хъ), § 679 B. G. B. они примѣняютъ по аналогіи лишь къ самому спасенному. Противъ конструирования самоубійства на неправомерности: *H. Fischer*. о. с. стр. 169—170.

²⁾ 16 juil. 1890 S. 1894. 1. 19; art. 1372 Cod. Civ.; § 677 B. G. B.

³⁾ Art. 1374—1375 C. Civ.

3) Когда лицо дѣйствуетъ прямо противъ воли хозяина. Напр., защищая третье лицо отъ нападенія послѣдняго ¹⁾).

Наконецъ, укажемъ на то, что потерпѣвшій, обсуждаемый какъ *neg. gestor*, не всегда получалъ бы полное вознагражденіе за всѣ понесенные имъ убытки. Онъ былъ бы удовлетворенъ лишь тѣми ограниченными возмѣщеніями, которыя ему надлежать, какъ *negotiorum gestor'u*, и согласно узкимъ нормамъ закона о «веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія». Ему было бы возмѣщено то что онъ *издержалъ* изъ своего кошелька *въ цѣляхъ* оказанія своей помощи, съ него были бы сняты тѣ обязательства, которыя онъ заключилъ въ тѣхъ же цѣляхъ ²⁾. Но онъ не получилъ бы главнаго: издержекъ на леченіе и убытки отъ потери здоровья и жизни!

Объ вышеприведенныя конструкціи: 1) актъ героизма, какъ нравственный поступокъ, есть дѣяніе *невиновное*, 2) актъ самопожертвованія есть *negotiorum gestio*,—извѣстны французскому правовому міру. Съ ними оперируютъ во Франціи юристы—теоретики и юристы—практики.

Въ совсѣмъ другомъ направленіи ищетъ юридическое оправданіе актамъ героизма германская наука и германская судебная практика.

Строгому, объективному мышленію германскаго юриста свойственно всѣ вопросы права обсуждать соціологически, т. е. оцѣнивать всѣ правоотношенія въ ихъ каузальной связи съ житейскими явленіями. И въ данномъ вопросѣ, самъ *нрав-*

¹⁾ Надо, впрочемъ, замѣтить, что это послѣднее возраженіе не вѣрно для случаевъ спасенія жизни ближняго, если „хозяиномъ“ считать здѣсь самого ближняго. Напр. спасеніе самоубійцы. Ср. *I. Kohler*, о с. *Iher* Lehrb. Bd. 25, стр. 50 „Die Menschenhilfe darf Niemanden gegen seinen Willen aufgedrängt werden. es musste denn sein, dass es sich um Lebensguter handelt, über welche der Dominus keine Verfügung hat, so dass das Verbot der Menschenhilfe etwas Unsittliches enthielte“.

²⁾ Art 1375 Cod. Civ., §§ 257, 670, 683 B. G. B.

ственный моментъ, привходящій въ актахъ героизма, привлекается ими не для субъективной оцѣнки качества воли индивидуума, а для сужденія о той обычности или ожидаемости, которая лежитъ въ основаніи всѣхъ житейскихъ отношеній въ гражд. обществѣ, и служить мѣриломъ для сужденія о причинѣ явленія ¹⁾).

Во всѣхъ случаяхъ, когда согласно правиламъ разума и морали привзойдетъ ожидаемая дѣятельность лица, германская доктрина признаетъ наличность *адекватной причинной связи* между первоначальнымъ обосновывающимъ отвѣтственность событіемъ и послѣдствіями этой дѣятельности ²⁾. То что разумно и нравственно, то не способно обосновать *новую самостоятельную каузальную серію*, которая могла бы прервать или сопутствовать предшествующую каузальную серію, исходящую отъ инкриминируемаго дѣянія делинквента ³⁾.

Такая дѣятельность лишена самостоятельности, она—непосредственный результатъ первоначальнаго, вмѣняемаго извѣстному лицу въ отвѣтственность, факта.

Кучеръ не можетъ справиться съ взбѣсившейся лошадью. Прохожій бросается ему на помощь.

Развѣ это добровольное вмѣшательство не стало необходимымъ, вслѣдствіе того, что лошадь взбѣсилась? Не есть ли оно логическое и естественное послѣдствіе этого событія?

¹⁾ Потребность поддержать „so forderungswerte Menschenhülle“ выдвигаетъ на первый планъ *Kohler*, *Iher. Jahrb.* 25, стр. 43. Къ нему присоединяется *H. Fischer*, о. с. 285.

²⁾ *M. Rümelin*, о. с. *Arch.*—Pr. 90 (1900), 297: „Hier ethische und causale Betrachtung zusammenmünden“. *Wendt* о. с. *Jah. f. Dogm.* Bd. 31, стр. 178 sq. *Contra* *Eger. Zeitschr. f. Rechtspf. u. Bay.* IV, 436: Моральная и правовая обязанность не способна установить причинную связь.

³⁾ *Gottshalk*, о. с. 67; *W. Hoffers*, *Grund und Grenze der Haftung des Tierhalters*. Berlin 1903, 69; *R. Merkel* *Kollision*, стр. 190 note 1; *Dernburg*, *Burg. R.* II, 1, стр. 66, Note 10; *Endemann*, *Recht der Schuldv.* § 129 note 34, 743; *Matthias*, I, 347; *Neumann* I, 512; *Oertmann*, zu § 254, стр. 17 *Crome* I, 477. *W. Holfeld*, *Die Haftung des Tierhalters*. Leipzig 1904, стр. 64; *Weinrich*, о. с. (2 Aufl.) 86.

Если конюхъ не можетъ удержать лошади, которая угрожаетъ общественной безопасности,—кто же можетъ возстановить ее, какъ не добровольные охотники? Конечно, это не юридическая обязанность, а обязанность гражданина, сознающего свой нравственный долгъ передъ обществомъ. Лицо, которое жертвуетъ при этихъ обстоятельствахъ собой, совершаетъ необходимый актъ,—необходимый для всякаго, кто не замыкается въ узкій эгоизмъ.

«Морально, въ подобныхъ случаяхъ, ему также невозможно скрестить руки, какъ физически невозможно увѣчному, прижатому животнымъ, обратиться въ бѣгство» ¹⁾).

Всякое добровольное дѣяніе чловѣка есть равнодѣйствующая внѣшнихъ событій, въ тѣхъ случаяхъ, когда велѣнія разума или морали повелѣваютъ ему измѣнить ихъ нормальное теченіе, которое угрожаетъ общественной безопасности и порядку. Поэтому, это вмѣшательство отъ начала до конца, во всѣхъ его перипетіяхъ есть прямое и непосредственное послѣдствіе проявленія той силы, которая создала опасность.

Таковы идеи,—воспріятыя Рейхсгерихтомъ въ Германіи.

„Причинную связь—говоритъ онъ—надо понимать не какъ *чисто механическую* связь событій, такъ что такая связь прерывалась бы безусловно при привхожденіи покоящейся на свободномъ самоопредѣленіи волевого акта потерпѣвшаго. Такое представленіе не отвѣчало бы *жизненнымъ* отношеніямъ.

Кто своей виной поставилъ оружье лица въ правовую или моральную обязанность подвергнуть себя опасности для спасенія своего или чужого блага, тотъ не можетъ уклониться отъ отвѣтственности за убытки, возникшіе при попыткѣ спасти это благо“ ²⁾).

¹⁾ Perreau. о. с. 218; Gottschalk. о. с. 67: „Es ist ein derartiger Eingriff vom Beschädigten in seine eigene Rechtssphäre nicht erfolgt, so dass seine Handlungsweise bei der Entstehung des Schadens mitwirken könnte“.

²⁾ R. G. 21 März 1892 Seuf. Arch. Bd. 48/92. (Bolze 14, n^o 129); R. G. 25 April 1883. Bolze, I n^o 599, 12 Juli, Bolze eod. R. G. Entsch. 50. 223; I. W. 33, 356: 34, 170; 36, 673; 37. 109; R. G. Entsch. 50. 219 (cp. O. L. G. 3, 290); R. G. Bd. 29, 120, Eisenbahn. E. 20, 122.

„Через свободное и сознательное вмешательство истца причинная связь между вредом и деянием ответчика не прерывается, даже если это вмешательство и вызвало непосредственно конечный вредоносный результат, если только оно последовало из исполнения правовой и нравственной обязанности защитить третьих лиц или отвести общую опасность“¹⁾.

Если, таким образом, поведение потерпевшего, отвечающее нравственным требованиям, лишено всякого самостоятельного значения, сливаясь и поглощаясь той каузальной серией, начало которой положено третьим лицом, — то логически мы должны отвергнуть в этих случаях *виновность* потерпевшего, ибо, указывая на *виновность*, мы тем самым подчеркиваем *индивидуальность* лица, т. е. придаем действительности его самостоятельный характер личного самоопределения, идущего в разрез с ожидаемым, нормальным ходом событий.

„Нить на лицо самовины, если деяние потерпевшего вызвалось необходимостью отвести непосредственную опасность для жизни и здоровья, хотя бы он нарушил полицейские правила, если только он был убежден, что должен действовать в исполнение нравственной обязанности“²⁾.

¹⁾ R. G., Bd. 46 nr. 51, стр. 207. R. G. 5 Mai 1904. I. W. 1904, стр. 356; 20 Febr. 1902. Entsch. Bd. 50, стр. 219; 25 nov. 1902. I. W. 1903 стр. 30 n° 32; O. L. G. Naumburg, Rechtspr. d. O. L. G. Bd. III (1901), 2 стр. 291. Ср. R. G. 3 März. 1892. I. W. 1892, стр. 221: Прохожий, чтобы избежать скользкого тротуара, не посыпанного домовладельцем песком, пошел по мостовой и ахлеб, подскользнувшись, получил увечье. „Пострадавший поступил, как разумный человек. Возникшая через вину домовладельца опасность непосредственно воздействовала на волю пострадавшего“. R. G. 16 Sept. 1907 Gruch. Beitr. 1908, 52 Bd., 699. Обстоятельства дела: Инженер Н. на фабрике прибежал на помощь рабочим, находившимся в смертельной опасности от истечения газа. Как только он приблизился к машин, он потерял сознание. Вдова и дети его предъявили иск к содержанию фабрики. — Установлена вина монтера К., открывшего кран от газовых проводов. R. G.: „эта вина вызвала, хотя и не непосредственно, смерть Н.“. „Попытка инженера спасти рабочих, предпринятая в исполнение нравственных обязанностей, не прерывает причинной связи между несчастием и виновным поведением монтера К.“.

²⁾ R. G. 16 Jan. 1902, Eis. E. 19, 24. — Так было решено, что про-

Всякій безпристрастный юристъ отдастъ честь этимъ выводамъ, которые составляютъ достояніе германской науки ¹⁾ ²⁾).

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что по зап.-европ. правосознанію, дѣяніе, противное этикѣ, получаетъ болѣе строгое осужденіе передъ форумомъ морали, чѣмъ передъ форумомъ правосудія. Но дѣяніе отвѣчающее требованіямъ этики, получаетъ равное одобреніе передъ тѣмъ и другимъ трибуналомъ.

Какъ бы ни были кристально чисты и не порочны изложенныя нами идеи, но и онѣ не свободны отъ опасностей подводныхъ мелей, на которыхъ онѣ могутъ потерпѣть крушеніе, если бы мы вознамѣрились пуститься съ ними въ безбрежное море правовыхъ и житейскихъ отношеній.

И это заставляетъ насъ сдѣлать небольшое отступленіе для вящаго упроченія и торжества симпатичной намъ доктрины.

водникъ сумасшедшаго не подлежитъ упреку въ самовиѣ, если во время бѣды пытается удержать больного, желающаго выпрыгнуть изъ вагона и при этомъ успѣвъ самъ вылетаетъ наружу.—*Eger. R. N. G.* (6 Aufl.), стр. 196; *R. G. Bd. 50, 222*: „Ein Verschulden in der Handlungsweise des Klägers nicht zu finden sei“.

¹⁾ Слѣды этой конструкціи мы находимъ и во французской судебной практикѣ. Въ 19 fevr. 63 S. 1863. 2. 123. *Cour de Cass.* юридическую базу находятъ въ наличности *причинной связи* между движеніемъ животнаго и вредомъ: „въ силу §§ 1382—1385 лицо отвѣчаетъ не только за непосредственную, прямую и необходимую причину, но и за поводъ (*occasion*) или посредственную причину“. Эта конструкція, впрочемъ, не удержалась, т. к. она противорѣчитъ ученію французской юриспруденціи о причинной связи.

²⁾ *Brecht. Iher. Jahrb.* 54, 86 и *Krückman. o. s. Iher. Jahrb.* 1909, стр. 115—123 отрицаютъ сохраненіе причинной связи, заложенной дѣятелемъ. Добровольный герой „beherrscht die Fremdbewegung“ и потому отъ него исходить *причиненіе*. Однако, за это чужое причиненіе отвѣчать (*Haftung für Erfolgsstörung*) дѣятель (держатель животнаго, ж. д.), т. е. „zu dieser Erfolgsstörung waren sie nach Lage der Sache *berechtigt*“.— Эта конструкція очень неясна и патянута. Какъ обосновать отвѣтственность дѣятеля, развѣ пѣтъ *причинной связи*? Почему герой *управомоченъ* на этотъ актъ? [Этотъ пунктъ не обоснованъ у авторовъ]. И почему *право* героя на внимательство должно обосновать отвѣтственность дѣятеля?

Принятіе въ уваженіе мотива самопожертвованія снимаетъ съ поступка пострадавшаго характеръ *виновнаго дѣянія*: онъ не можетъ быть квалифицированъ, ни какъ актъ *небреженія*, ни какъ актъ *умысла*. Есть ли этотъ тезисъ—принципъ безусловный и самодовлѣющій, или же онъ обусловленъ еще тѣмъ или другимъ характеромъ вытекающихъ изъ самоповрежденія юридическихъ послѣдствій?

Въ самой германской литературѣ ¹⁾ мы встрѣчаемъ аргументы, подтачивающіе абсолютное и независимое значеніе актовъ героизма.

Да! Добровольный герой не терлеть того притязанія объ убыткахъ, которое уже существуетъ *an sich*, согласно общимъ правовымъ нормамъ (§§ 823, 254 В. Г. В.); другое дѣло, если самопожертвованіе въ чужихъ интересахъ должно обосновать впервые притязаніе объ убыткахъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ договорной области, напр. въ *договоръ страхованія*.

По условію страхового договора ²⁾ при страхованіи противъ смертныхъ случаевъ Страховое Общество свободно отъ своего обязательства уплатить страховое вознагражденіе, если лицо застрахованное учинитъ *самоубійство*.

Распространяется ли сила этой нормы и на тотъ случай, когда дѣяніе, вызвавшее несчастье (самоубійство), направлено на похвальную цѣль?

Напрямѣрь. Изъ трехъ матросовъ въ спасательной лодкѣ корабля, потерпѣвшаго аварію, одинъ долженъ пожертвовать собою, чтобы дать возможность двумъ другимъ спасти свою жизнь. Жребій рѣшаетъ участь одного матроса,—того, именно,

¹⁾ Dr. Georgii. Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles in guter Absicht. Leipziger Zeitschrift für Handels==Konkurs==und Versicherungsrecht I (1907) стр. 538, 777, 883.

²⁾ Ср. § 169. Gesetz über den Versicherungsvertrag von 30 Mai 1908. Ср. § 53 Уст. Росс. Общ. Застрахов. Капиталовъ и доходовъ: Общество освобождается отъ ответственности лишь въ случаѣ намереннаго самоубійства страхователя.

который застрахованъ противъ несчастій, — онъ бросается въ море.

Прохожій задерживаетъ взбѣсившуюся лошадь. Какъ застрахованный отъ увѣчій, онъ обращается за вознагражденіемъ понесенныхъ увѣчій, къ Страховому Обществу.

Какъ квалифицировать дѣянія этихъ лицъ съ точки зрѣнія договора страхования?

Dr. Georgii не признаетъ въ этихъ случаяхъ какое либо юридическое значеніе за нравственными мотивами самоубійства или самоповрежденія.

Можемъ ли мы оправдать или извинить извѣстное дѣяніе съ точки зрѣнія уголовно-правовой или моральной, или воздать ему восторженное признаніе—говорить этотъ юристъ ¹⁾), это *an sich* не имѣетъ ровно никакого значенія для вопроса—можетъ ли дѣятель требовать возмѣщенія убытковъ изъ договора страхования. Тамъ гдѣ, какъ въ договорѣ страхования, — тщательно взвѣшены и установлены взаимныя обязанности той и другой стороны, — тамъ нѣтъ мѣста толкованію правоотношенія въ ущербъ одной стороны. Ни законодателю, ни страховщику, которые формулируютъ условія, не неизвѣстно, что рядомъ съ *самоубійствами*, которыя вызываютъ у насъ нравственное отвращеніе, есть и самоубійства, которыя вытекаютъ изъ героическаго альтруизма. И если несмотря на это, *самоубійство* оговорено безъ дальнѣйшихъ оговорокъ, то мы не смѣемъ различать между нравственными и безнравственными самоубійствами. «Иначе надо было бы сказать, что благородное самоубійство не есть самоубійство по принципамъ доброй вѣры и воззрѣніямъ оборота» ²⁾). Если бы мы стали привилегировать противъ прямого смысла договора извѣстныя категоріи самоубійства или самокалѣченія, то мы влили бы въ договоръ новое содержаніе, вопреки воли сторонъ; мы дали бы застрахованному право. отъ котораго

¹⁾ Dr. Georgii, о. с. 543.

²⁾ Georgii, о. с. 444.

онъ положительно отказался при заключеніи договора. Договоръ страхованія предвидитъ «несчастіе» (Unfall), т. е. событіе случайное, произвольное ¹⁾. «Хозяйственная цѣль договора и договорныя условія, съ одной стороны, и благородныя дѣянія и ихъ цѣли, съ другой стороны, не стоятъ ни въ какомъ отношеніи другъ къ другу; поэтому нѣтъ никакого правового основанія, по которому контрагентъ долженъ былъ бы оплачивать изъ своего кармана мотивы и цѣли, которыя служатъ интересамъ третьяго лица» ²⁾.

Другое дѣло—область деликтныхъ правонарушеній. Отвѣтчикъ—делинквентъ отвѣчаетъ изначала, т. е. съ момента учиненія деликта, потерпѣвшему за убытки. Вопросъ о *самовинѣ* потерпѣвшаго есть вопросъ второстепенный, поднимающійся впервые при опредѣленіи *размѣра* отвѣтственности: и здѣсь, конечно, благородная цѣль героя—истца снимаетъ съ него упрекъ въ *винѣ*, и онъ *не теряетъ своєю притязанія* къ делинквенту ³⁾.

Такова аргументація *Georgii*.

Конечные выводы его разсужденій насъ удовлетворяютъ, но само обоснованіе мы считаемъ рѣшительно неприемлемымъ.

Вѣдь, различіе между первымъ (самовина обосновываетъ впервые искъ, создавая несчастіе) и вторымъ случаемъ (самовина не должна исключать иска)—вовсе не существенно и не глубоко.

Возьмемъ тотъ же примѣръ: по винѣ капитана корабль терпитъ аварію; три матроса спасаются на шкунѣ, которая можетъ выдержать лишь двухъ человѣкъ. По жребью или по добровольному вызову одинъ изъ [нихъ] бросается въ море, что бы спасти жизнь другимъ. Онъ застрахованъ. Его преемники ищутъ убытковъ съ Страховою Общества и съ капитана корабля.

¹⁾ *Georgii*, о. с. 779.

²⁾ *Georgii*, о. с. 783.

³⁾ *Georgii*, о. с. 889 *Anm.* 4.

Если обострить весь вопросъ,—какъ то дѣлаетъ авторъ,—на вопросѣ о томъ—снимаетъ ли *нравственная цѣль* характеръ *умысла*, то мы логично должны дать одинъ и тотъ же отвѣтъ въ обоихъ случаяхъ: какъ *Страхов. Общество*, такъ и *капитанъ корабля* отвѣтятъ: «что мнѣ за дѣло до твоихъ нравственныхъ цѣлей,—ты все же самъ виновенъ!»,—и матросъ лишится иска въ цѣломъ къ Стр. Обществу, и—въ части (§ 254 В. Г. В.) къ капитану корабля.

Это рѣшеніе насъ удовлетворить не можетъ!

Намъ кажется, что мы не должны упускать изъ виду размѣръ того зла, которое причинилъ капитанъ: дѣяніе капитана имѣетъ *непосредственнымъ* результатомъ не только затопленіе корабля, но и поступокъ матроса. [Точно также какъ лицо получившее увѣчіе, при попыткѣ задержать понесшую лошадь, должно разсматриваться, какъ изувѣченное *непосредственно* лошадью. Кинется ли лошадь на панель на прохожаго и его укусить или поранить того же прохожаго при попыткѣ его задержать ее,—ся движеніе обсуждается одинаково, ибо поступокъ прохожаго обыченъ, нормаленъ, и потому *не разрываетъ причинной связи* между фактомъ испуга лошади и конечнымъ несчастьемъ].

Мы имѣемъ здѣсь не два дѣянія: затопленіе корабля и самоубійство матроса, а одинъ—затопленіе корабля и послѣдовавшіе отсюда убытки.

Перенесемъ эти выводы въ *договорную* область: договорное отношеніе между матросомъ и Стр. Обществомъ. И здѣсь, логично рассуждая,—мы должны были бы отвергнуть самостоятельный характеръ за поступкомъ матроса: нѣтъ самоубійства, есть затопленіе корабля! Есть одно несчастье съ кораблемъ съ рядомъ стоящихъ въ причинномъ отношеніи съ нимъ событій! И то соображеніе, что опасность порождена, и необходимость *такъ* дѣйствовать создана не самимъ отвѣтчикомъ (Страх. Общ.), а третьимъ лицомъ (капитаномъ корабля) не имѣетъ никакого значенія, разъ мы установили, что *при-*

чиной несчастія (гибель матроса въ волнахъ моря) является не непосредственное побужденіе потерпѣвшаго, а болѣе отдаленное событіе—аварія съ кораблемъ.

Строго говоря, мы имѣли бы здѣсь не два отношенія: *самовина* къ Стр. Обществу и *не самовина* къ капитану корабля, а одно—отношеніе Страх. Общества къ капитану корабля.

Такъ было бы, если бы между матросомъ и Страх. Обществомъ не былъ заключенъ договоръ, который долженъ быть истолкованъ для обѣихъ сторонъ *ex aequo et bono*. «Умыселъ» вовсе не означаетъ по цѣли договора страхованія и по намѣренію контрагентовъ лишь *вину моральную*. Выраженіе *умыселъ* (или самоубійство) желаетъ расширить обязанности лица застрахованнаго въ интересахъ и въ пользу Стр. Общества. Въ договорѣ страхованія оговорка объ умыслѣ охватываетъ не только: 1) условіе, что бы застрахованное лицо добровольно не лишало себя жизни, но и 2) условіе, что бы оно дѣлало еще извѣстныя усилія воли, что бы стать выше вышшняго теченія каузальной серіи, т. е. что бы своимъ поведеніемъ измѣнило обычный, нормальный и ожидаемый ходъ событий. Договоръ имѣетъ тотъ эффектъ, что онъ изымаетъ особу изъ міра нравственныхъ вѣлѣній, осамостоятельствуеетъ ее передъ ударами судьбы, передъ непреодолимымъ рокомъ вышнихъ событий. Эта особа не должна подъ страхомъ лишенія своего притязанія, низвести себя на роль флюгера, подверженнаго дуновенію вѣтра; договоромъ она обязуется изти наперекоръ стихіямъ, - возвысить свою волю надъ тѣмъ, что принято, что обычно, что похвально, что ожидаемо.

Все это, конечно, составляетъ не самостоятельный предметъ обязательства лица застрахованнаго, а есть лишь условіе исполненія своего обязательства Страховымъ Обществомъ. Вотъ почему, если матросъ кинется въ море изъ состраданія къ своимъ товарищамъ по несчастію для болѣе надежнаго спасенія послѣднихъ, онъ совершаетъ *умыселъ* въ смыслѣ

страхового договора. Если же онъ не могъ стоять на перекоръ сложившимся обстоятельствамъ и долженъ былъ, независимо отъ нравственныхъ вѣщій (напр., если на него палъ жребій, и его товарищи все равно выкинуть за бортъ), погибнуть для спасенія другихъ, мы не имѣемъ умысла, въ смыслѣ страхового договора.

III

Русское право. Таковы принципы, выработанные западно-европейской юриспруденціей. Намъ думается, что русскій юристъ долженъ отдать свои симпатіи этимъ выводамъ въ той, именно, мотивировкѣ, которую они получили на германской почвѣ.

Принципъ Рейхсгерихта:—«Кто своей виной поставилъ другое лицо въ правовую или *моральную* обязанность подвергнуть себя опасности для спасенія своего или чужого блага, тотъ не можетъ уклониться отъ отвѣтственности за убытки, возникшіе при попыткѣ спасти это благо»—вполнѣ соответствуетъ духу русскаго дѣйствующаго законодательства.

Въ самомъ дѣлѣ, нашъ Сводъ Законовъ, какъ извѣстно, очень слабо различаетъ область *права* отъ области *морали*. Онъ возводитъ на степень положительной обязанности «*всѣмъ и каждому*» «*жить въ любви*», клятаетъ «*усердіе къ общему благу*»¹⁾, «не только личные расчеты и выгоды но и самую шекотливость личнаго самолюбія устранять и такъ сказать *приносить въ жертву* пользѣ общей»²⁾.

¹⁾ «*Всѣмъ и каждому* вѣщается въ обязанность жить въ *независимой любви*, въ мирѣ и согласіи, другъ другу по достоинству воздавать почтеніе послушнымъ быть кому надлежитъ установленному порядку, и стараться предупреждать недоразумѣнія, ссоры, споры и пренія, кои могутъ довести до огорченій и обидъ». Уст. о Пред. и Прес. пр. т. XIV (изд. 1890 г.) ст. 225, 121, 122, 238.

«Полиція наблюдаетъ, что бы благочиніе, доброеправіе, порядокъ и все, предписанное закономъ, для *общей и частной пользы* было *исполняемо* и *сохраняемо*».

²⁾ Св. Зак. т. II (изд. 1892 г.) Общ. Учр. Губ. ст. 216, 217, 212, 314, 416, 418, 772; т. XIV ст. 222 II.

Уложение о Наказ. (ст. 1516, 1521) говорить о *«долгъ природы»* о *«чувствительности христіанина»*, обязывающихъ всѣхъ принимать мѣры спасенія нуждающимся въ помощи.

Въ силу ст. 651 т. X ч. I: «тѣ, которые, зная съ достовѣрностью о преднамѣренномъ преступленіи или проступкѣ и имѣя средство донести о семъ надлежащему начальству, или увѣдомить того, кому угрожала опасность, не исполнили сей обязанности, а равно и тѣ, которые, имѣя власть или возможность предупредить совершеніе преступленія или проступка, съ намѣреніемъ, или по крайней мѣрѣ завѣдомо допустили содѣяніе онаго, должны изъ слѣдующаго за причиненные тѣмъ вредъ и убытки вознагражденія заплатить всю ту часть, коей сами виновные въ преступленіи заплатятъ не въ состояніи». Укажемъ еще на ст. 434 Уст. Торг. т. XI ч. 2. Въ случаѣ недостатка жизненныхъ припасовъ, капитанъ встрѣтившись на пути съ другимъ судномъ, можетъ занимать оныя по взаимному условію съ ведущимъ сіе судно капитаномъ, и даже противъ его воли и согласія, «буде бы онъ, *презрѣвъ правила челоѣколюбія*, отказалъ въ пособіи терпящему крайность». Конечно, такой принудительный заемъ можетъ быть объясненъ состояніемъ крайней необходимости, во, съ другой стороны не забудемъ, что законъ ссылается на «правила челоѣколюбія», какъ на оправданіе навязываемаго капитану встрѣчнаго судна альтруизма. Ст. 509 Уст. Т., предусматривающая спасеніе корабля послѣ аваріи, говоритъ: «когда будутъ спасены люди и привезены на берегъ, то должно поступать съ ними *со всякимъ челоѣколюбіемъ*, помогать имъ во всякой нуждѣ, для сохраненія жизни ихъ и здоровья, и способствовать въ доставленіи писемъ и увѣдомленій къ хозяевамъ или кому надлежитъ».

Вспомнимъ еще что Уставъ о Наказаніяхъ (ст. 104) караетъ употребленіе лицами, не имѣющими права заниматься врачебною практикою при врачеваніи, ядовитыхъ или сильно дѣйствующихъ веществъ. Однако, «правило это не при-

мѣняется къ лицамъ, которыя, *по челоуѣколюбію, безмездно помогаютъ* больнымъ своими совѣтами и извѣстными имъ средствами леченія» (п. 2 ст. 104). Лишь если произойдетъ вредъ для здоровья, виновные подвергаются наказанію по ст. 871¹ Улож. о наказаніяхъ.

Характерна также статья 127 (по прод. 1895 г.) Уст. о Нак. Она возлагаетъ на продавцевъ питейныхъ заведеній обязанность охранять пьянаго, «который не могъ, безъ очевидной опасности, *быть предоставленъ самому себѣ*». Если вслѣдствіе такого упущенія, «пьяный будетъ обокраденъ, или изувѣченъ или, изувѣчитъ самъ себя, то виновный въ неохраненіи его продавецъ, обязанъ вознаградить его за убытки и лечитъ на свой счетъ». Здѣсь даже несомнѣнная собственная вина потерпѣвшаго не вліяетъ на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ!

Какъ видимъ, по смыслу Свода Законовъ, *honeste vivere* составляетъ равносильную обязанность, на ряду съ *ne minem laedere*. Добродѣтель отдѣльнаго лица, не только какъ семьянина, члена того или другого сословія или служебнаго положенія, но даже *просто какъ челоуѣка* регламентирована закономъ, какъ положительная обязанность, обложенная санкціей административнаго и судебнаго взысканія ¹⁾.

Такимъ образомъ, положенія, къ которымъ зап.-европ. юристъ приходитъ, исходя отъ опредѣленія *добраго гражда-нина*, «который радѣетъ о *своихъ дѣлахъ*», и приходитъ кружнымъ путемъ черезъ привлеченіе принциповъ *справедливости*, эти положенія составляютъ достоянія русскаго *положительнаго* права. Мы думаемъ, что по общему смыслу нашихъ законовъ, акты героизма, коими «личные разсчеты и выгоды приносятся въ *жертву пользы общей*», отнюдь не **могутъ** быть квалифицированы, какъ акты *виновные*, или какъ **моменты**, разрывающіе *причинную связь* между деликтомъ и

¹⁾ Ср. Проф. М. А. Рейснеръ. Мораль, право и религія по дѣйствующему русскому закону. Вѣстн. Права, 1900, № 3.

вредомъ, т. е. они не вліяютъ на размѣръ отвѣтственности делинквента.

На этой почвѣ, повидимому, стоитъ наша русская судебная практика. Въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій пострадалъ при осуществленіи своего нравственнаго долга спасенія ближняго, фактъ его вмѣшательства не разсматривается судебной практикой, какъ такое событіе, которое могло бы прервать причинную связь между обосновывающимъ отвѣтственность факторомъ (напр., эксплуатаціи ж. дороги) и вредомъ. Приведемъ, въ видѣ примѣра, слѣдующее дѣло, разрѣшенное 27 окт. 1910 г. въ гражданскомъ отдѣленіи с.-петербургскаго окружнаго суда ¹⁾,

27 октября въ гражданскомъ отдѣленіи с.-петербургскаго окружнаго суда слушалось дѣло объ искѣ въ 80000 руб. къ управленію Варшавской желѣзной дороги. Богатый торговецъ Пономаренко находился на вокзалѣ станціи Калкуны, Варшав. жел. дороги. На всѣхъ парахъ въ это время къ станціи приближается курьерскій поѣздъ, а въ то же время шла по рельсамъ, не замѣчая поѣзда, дѣвочка 15 лѣтъ. Начальникъ станціи кричалъ 'этой дѣвочкѣ' объ опасности, сторожъ махалъ флагомъ, но дѣвочка ничего незамѣчала. Тогда Пономаренко бросился къ дѣвочкѣ, чтобы спасти ее, но въ этотъ моментъ поѣздъ настигъ ихъ обоихъ, оба погибли. Вдова Пономаренко предъявила искъ въ 80000 рублей. мотивируя свое исковое требованіе тѣмъ, что начальникъ станціи по отзывамъ свидѣтелей, имѣлъ возможность остановить поѣздъ, но этого не сдѣлалъ.

Свидѣтелями удостовѣрено, что покойный г. Пономаренко ежегодно зарабатывалъ 30—40 тысячъ рублей.

Искъ вловы удовлетворенъ судомъ въ суммѣ 50000 рублей.

Мы привѣтствуемъ это рѣшеніе [хотя и не знакомы съ его мотивами], какъ отвѣчающее тѣмъ началамъ, которыя выработаны нами выше на почвѣ западно-европейской доктрины и юриспруденціи.

¹⁾ Цитируемъ по газетнымъ извѣстіямъ. *Новое Время*. 28 окт. 1910, № 12439, *Русское Слово*. 28 окт. 1910, № 248.

IV.

Критика зап.-европ. юриспруденціи. По вопросу объ юридической квалификаціи актов самопожертвованія мы познакомились съ двумя доктринами: французско-бельгійской и германско-русской. Наши выводы могутъ быть резюмированы такъ. Исходный пунктъ первой доктрины есть отрицаніе *prima facie* вины на сторонѣ потерпѣвшаго героя: исходный пунктъ второй доктрины — отрицаніе въ поведеніи потерпѣвшаго *prima facie* такихъ моментовъ, необычность которыхъ разрываетъ бы причинную связь между правонарушительнымъ событіемъ и конечнымъ убыткомъ; болѣе сокращеннымъ выраженіемъ послѣдней мысли служить для германскихъ юристовъ отрицаніе *вины* на сторонѣ потерпѣвшаго.

Такимъ образомъ, и французская и германская доктрина и юриспруденція согласны въ признаніи того принципа, что убыточные послѣдствія актовъ героизма ложатся не на того, кто ихъ непосредственно совершилъ, а на того, кто создалъ ту опасность, отвратить которую третье лицо считало своей нравственной обязанностью.

Выше мы отмѣтили единодушіе ихъ и по ограниченію этого принципа, — ограниченію, обязанному специальному виду отвѣтственности отвѣтчика.

Въ тѣхъ, именно, случаяхъ, когда усиленной законной отвѣтственности за извѣстную категорію случаевъ соотвѣтствуетъ и извѣстное законное ограниченіе ея условіемъ наличности специфической опасности, исходящей отъ предпріятія отвѣтчика (отвѣтственности жел.-дороги!), — тамъ поведеніе потерпѣвшаго обсуждается не только съ точки зрѣнія *виновности* его, но и съ точки зрѣнія его причиннаго отношенія къ специфической опасности предпріятія.

«Поведеніе пассажировъ, замѣтившихъ неминуемую опасность, угрожаемую третьему лицу, и бросающихся на ж.-д. путь передъ самымъ поѣздомъ, мчащимся на всѣхъ парахъ

есть одно изъ самыхъ похвальныхъ дѣяній, но образуетъ также *нарушеніе правилъ самаго элементарнаго предвидѣнія*»¹⁾).

Эта послѣдняя идея была распространена доктриной и юриспруденціей и на всѣ виды гражд. отвѣтственности. Самъ фактъ вмѣшательства посторонняго лица въ опасную атмосферу сталъ критиковаться, какъ таковой, и пересталъ приниматься *de plano*, какъ безусловно доблестный и безупречный съ юридической точки зрѣнія актъ.

Съ моральной точки зрѣнія, самопожертвованіе никогда не есть вина, даже если лицо до безумія полагалось на свои силы. Но, если красиво жертвовать собою, даже противъ всякой надежды на успѣхъ, то съ юридической точки зрѣнія такое поведеніе не можетъ быть одобрено.

«Попытка, напр., остановить взбѣсившееся животное можетъ, смотря по обстоятельствамъ, образовать или актъ большого мужества и заслуги или—*безполезную неосторожность*».²⁾ «Грубая неосторожность—бросаться на понесшихъ лошадей, *если не обладаешь ни ловкостью, ни силой, необходимыми, что бы пытаться съ нѣкоторымъ шансомъ на успѣхъ остановить ихъ*»... «Отвѣтственность собственника животнаго можетъ быть понижена и даже цѣликомъ устранена, *если попытка сдѣлана съ очевиднымъ безразсудствомъ и противъ всякой надежды на успешность ея*»³⁾).

Такова—французско-бельгійская юриспруденція.

Если отвращеніе опасности требуетъ спеціальныхъ знаній, которыхъ нѣтъ у даннаго лица или если опасность *неминуема*, и вмѣшательство лица влечетъ за собой лишь новую жерт-

¹⁾ *Pand. B. Responsabilité*, n° 1086.

²⁾ *Pand. B. I. c.* n° 1080.

³⁾ *Revue de dr. belge* IV, p. 339. На той же почвѣ и швейцарская юриспруденція. *Dr. A. Zeerleder*, о. с. 104: „Allein die Umstände waren doch nicht der Art, dass ein Arbeiter von gewöhnlicher Besonnenheit und Umsicht die Fähigkeit zur Ueberlegung und zu überlegtem Handeln überhaupt verlieren konnte“.

ву, дѣяніе такого безразсудно-отважнаго лица съ юридической точки зрѣнія образуетъ вину, такъ какъ одно побужденіе и добрыя настрѣнія не въ состояніи скрасить безразсудство его поведенія.

Тотъ же принципъ воспринять и германской юриспруденціей.

Добрая цѣль сама по себѣ не исчерпываетъ вопроса о виновномъ характерѣ дѣянія. «Важно то: принялъ ли истецъ рѣшеніе схватить возжи, что бы усмирить лошадей, *при разумной оцѣнкѣ всѣхъ обстоятельствъ дѣла*, именно, — размѣра возникающей для него самой опасности и той опасности, въ которой находился его братъ вмѣстѣ съ другими сѣдоками экипажа, а также — *въ роющія успѣха его попытки спасенія*» ¹⁾.

Если вина делинквента вызвала конкретное несчастіе лишь черезъ вмѣшательство покоящейся на свободномъ опредѣленіи воли дѣятельности потерпѣвшаго, то тѣмъ самымъ причинная связь между виной и убыткомъ не прерывается, — но при томъ лишь условіи, что эта призошедшая дѣятельность отвѣчаетъ житейскимъ отношеніямъ. Если, напр., драгоценныя блага подвергнутся опасности черезъ вину третьяго лица, то самими обстоятельствами обладатель ихъ побуждается даже при подверженіи своей жизни и здоровья опасности сдѣлать попытку къ ихъ спасенію; и въ этомъ случаѣ тотъ, кто создалъ опасность отвѣтитъ за убытокъ, возникшій при попыткѣ спасенія.

Но не соответствуетъ житейскимъ отношеніямъ, а потому и каузально-важнымъ моментомъ является вмѣшательство лица, неоправдываемое ни обстоятельствами дѣла, ни его личной способностью пособить несчастію.

«Кто пытается спасти жизнь другому, — тотъ не смѣетъ дѣйствовать на страхъ хозяина предпріятія безъ всякой осто-

¹⁾ R. G. 21 März. 1892 Entsch. Bd. 29 (1892) стр. 120

рожности и размышленія и безъ всякой надежды на успѣхъ. Кто подвергаетъ свою жизнь опасности, что бы спасти ближняго, дѣйствуетъ лишь тогда *безъ вины*, если обстоятельства случая оправдываютъ его надежду, что его поступокъ будетъ имѣть желанный результатъ и *лишь при наличности такихъ обстоятельствъ можетъ идти рѣчь объ исполненіи нравственной обязанности...* Во всѣхъ случаяхъ требуется изслѣдованіе того, — исполнилъ ли потерпѣвшій нравственную обязанность въ оправдываемой положеніемъ дѣла вѣрѣ, что его помощь будетъ сопровождаться результатомъ» ¹⁾).

Наличность *вины* на сторонѣ потерпѣвшаго, выполняющаго актъ самопожертвованія, надо признать не только тогда, когда самъ *фактъ* его вмѣшательства, какъ изначала не сулящій никакого результата, есть дѣяніе не одобряемое правовымъ порядкомъ, но и тогда, когда, выполняя одобряемый обстоятельствами дѣла актъ героизма, лицо уклонилось отъ средней разсудительности и хладнокровія *bonus pater familias*. Недостаточно оправдать самъ *фактъ* вмѣшательства, надо еще, что бы само выполненіе этой добродетельной помощи было безупречно: «если добровольный охотникъ обратился къ совѣтамъ негоднымъ средствамъ или дѣйствовалъ безъ требуемой въ оборотѣ заботливости и осторожности (§ 276 B. G. B.), онъ заслуживаетъ упрека въ *самовинѣ*, и долженъ терпѣть примѣненіе ст. 254 B. G. B.» ²⁾).

Лишь желѣзно-дорожная судебная практика уклоняется отъ этого расширенія понятія самовины.

¹⁾ R. G. 16 Sept. 07. I. W. 1907, стр. 673; id. O. *Warneyer*. 6 (1908) n^o 21 и Gruch. Beitr. 1908, 700. Въ данномъ случаѣ: „in der durch die Sachlage gerechtfertigten Annahme, dass seine Hilfe voraussichtlich von Erfolg begleitet sein werde, hat er zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht und im Interesse seiner Prinzipalin, der Beklagten, sich in Gefahr begeben“.

²⁾ R. G. 5 Mai 1904 I. W. 1904, стр. 356; 7 Apr. 1904 I. W. 1904, 288; R. G. 25 nov. 1902. I. W. 1903, стр. 30 n^o 32; R. G. 20 Febr. 1902 Entsch. Bd. 50, стр. 219; R. G. 9 Nov. 1908, *Warneyer*. II, 95. Das Recht, 1909, Beil. № 2228: Истица въ исполненіе нравственнаго долга задерживаетъ лошадь безъ призора. „§ 254 примѣняется, если она неосторожно дѣйствовала при отвращеніи опасности“.

Ж.-д. чиновник и безъ того вѣчно находится въ опасности, угрожаемой ему ж.-д. эксплуатаціей. Его акты самопожертвованія получаютъ поэтому особую моральную цѣпность.

«Ж.-д. служащій, который рискуетъ на службѣ своей жизнью по случаю опасности, угрожаемой ж.-д. эксплуатаціи, не совершаетъ *самовины*, даже если онъ при этомъ, припущенный необходимостью, идетъ слишкомъ далеко». «Машинистъ, жертвующій въ виду опасности свою жизнь или здоровье для отвращенія катастрофы, заслуживаетъ скорѣе похвалы за строгое и добросовѣстное исполненіе своей обязанности, чѣмъ порицанія за неосторожность»... «И это—даже тогда, когда вынужденный обстоятельствами къ быстрому дѣйствію, онъ *упуститъ при этомъ осмотрительность*, соблюденіе коей предполагаетъ спокойное и хладнокровное соображеніе, и которую нельзя ожидать при непосредственно нависшей опасности, даже у самого находчиваго человѣка»... «Если онъ при этомъ *слишкомъ смѣло положится на свои силы* или не оцѣнитъ вѣрно ту опасность, которой онъ самъ подвергается, то все же надо считаться съ тѣмъ, что въ этихъ случаяхъ внезапной опасности служащій не имѣетъ времени взвѣсить точно всѣ шансы, такъ какъ онъ долженъ быстро рѣшиться на что нибудь»... «Сознаніе, что надо дѣйствовать *немедли*, и возбужденіе вызванное представленіемъ объ угрожаемомъ несчастіи, лишаютъ дѣятеля осмотрительности и хладнокровія, которыя требуются обычно отъ всякаго при нормальныхъ обстоятельствахъ» ¹⁾.

¹⁾ R. G. Bd. 50, 95. См. еще Рѣшенія R. G., приведенныя у G. Eger. о. с. (6 Aufl. 1906) стр. 176—182; R. G. 16 Sept. 1907 Eis. E. XXIV (1908), 179: „Кто подвергаетъ себя смертельной опасности, что бы спасти другихъ, дѣйствуетъ лишь тогда безъ вины, когда онъ по обстоятельствамъ случая вполне основательно могъ предполагать, что его замыселъ увѣчается успехомъ и лишь при этомъ условіи можетъ быть рывъ объ исполненіи правственной обязанности. Однако, эти обстоятельства должны быть установлены не съ точки зрѣнія хладнокровнаго размышленія [Kühler Ueberlegung], а съ т. з. возбужденія, вызваннаго необходимостью бистраго рѣшенія [Notwendigkeit eines raschen Entschlusses].“

Какъ видимъ, Рейхсгерихтъ различаетъ два рода упречнаго состоянія въ исполненіи нравственнаго долга: 1) *неосторожность* въ самомъ исполненіи, 2) *необдуманность* въ принятіи самого исполненія.

Оба эти виды виновности оправдываемы обстоятельствами дѣла: возбужденіемъ лица въ виду неминуемости опасности и необходимостью дѣйствовать безъ размышленія, немедленно!

Мы рѣшительно отказываемся понять, почему Рейхсгерихтъ ограничиваетъ примѣненіе этихъ разумныхъ и справедливыхъ соображеній лишь желѣзно-дорожнымъ правомъ! Вѣдь, то что логично и справедливо въ области ж.-д. права не можетъ быть нелогичнымъ и несправедливымъ въ области общегражданскаго права!

Въ самомъ дѣлѣ, чѣмъ отличается лицо, бросающееся подъ автомобиль или лошадь, чтобы спасти, напр. ребенка отъ неминуемой опасности, — отъ ж.-д. служащаго, совершающаго тѣже акты героизма въ сферѣ ж.-д. промысла?!

Требовать, что бы вопросъ объ юридическомъ значеніи акта, обсуждался въ зависимости отъ *реальныхъ успѣховъ* его, не соответствуетъ и подмѣченной нами тенденціи гражданскаго права ¹⁾ придавать возможно большее значеніе правиломѣрности развитія каузальной серіи, независимо отъ матеріальнаго содержанія конкретнаго результата.

Отъ разсужденій Рейхсгерихта вѣтъ неюридическимъ и сомнительнымъ девизомъ: «побѣдителей не судить».

¹⁾ Другое — въ *привѣтъ уголовномъ*. Въ извѣстныхъ категоріяхъ случаевъ само дѣяніе, какъ таковое, можетъ быть не наказуемо, но случайный вредъ, происшедшій отъ дѣянія, влечетъ въ вину лицу. Въ этой области „побѣдителей не судить“ возводится въ принципъ. Несчастнымъ исходъ возводитъ незапрещенную дѣятельность на степень преступленія. См. напр. ст. 104 Уск. о Нак. и ст. 871¹ Улож. о Нак. (приведены выше, стр. 591). Мы, конечно, не одобряемъ такую постановку вопроса, но она оправдываема, быть можетъ, тѣмъ правополитическимъ соображеніемъ, что врачеваніе не патентованными врачами лишь *терпимо* въ видахъ необходимости, а, съ другой стороны, безпакостное причиненіе вреда здоровью, всегда связанное съ огласкою, вызываетъ соблазнъ въ населеніи и можетъ быть истолковано въ плохую сторону.

Въ самомъ дѣлѣ, даже необдуманность и неосторожность не принимаются Рейхсгерихтомъ въ соображеніе, если онѣ не имѣли неблагопріятнаго вліянія на исходъ его добровольнаго вмѣшательства. Весь вѣзкій принципъ—гордость и заслуга Рейхсгерихта сводится, такимъ образомъ, къ совершенно несправедливому изысканію случайныхъ положительныхъ результатовъ конкретнаго акта.

Такая строгость къ потерпѣвшему не соответствуетъ и духу права ¹⁾.

Положеніе героя—потерпѣвшаго, вмѣшавшагося для устранения настоящей опасности, мы можемъ сравнить, (но, конечно, не отождествить!) съ положеніемъ negotiorum gestor'a, вмѣшавшагося съ той же цѣлью. И что же?! По всѣмъ почти положительнымъ законодательствамъ, negotiorum gestor при «крайней опасности» (dringender Gefahr) отвѣчаетъ лишь за *dolus* и *culpa lata*, въ другихъ странахъ судебная практика восполняетъ соответствующій пробѣлъ закона въ этомъ духѣ ²⁾.

¹⁾ Характерно то, что сама западно-европейская судебная практика считаетъ при попыткѣ самоспасенія потерю присутствія духа вполне извинительной. Напр. прыжокъ съ экипажа, когда понесли лошади. [Materialien zu dem Gesetz vom 30 Mai 1908, стр. 13]. Прыжокъ съ моторнаго вагона въ виду опасности столкновения. R. G. 9 Jan. 1902, Bd. 50, стр. 92—96: „Drohende Gefahr den Mangel an besonnenen Ueberlegung und trotz *sachwidrigen Verhaltens* das Vorliegen von Fahrlässigkeit ausschliessen könne“. [Ср. R. G., I. W. 36, 307; Gr. B. 51, 179, 197].—На той же почвѣ и швейцарская юриспруденція. Нѣтъ вины ж. д. служащаго, который спрыгнулъ съ поѣзда „obéissant au puissant instinct de la conservation personnelle“—Trib. Féd. 10 déc. 1886. Rép., стр. 105. [Ср. Tr. F. 23 favr. 1889. R. O. XV, № 42, стр. 270].

²⁾ Ст. 680 B. G. B.: „вступившійся отвѣчаетъ только за умыселъ и грубое перадрѣніе, если чужое дѣло ведется имъ съ цѣлью предотвратить грозящую хозяину дѣла, крайнюю опасность“.—Ст. 679: „нежеланіе хозяина, что бы кто либо вступился въ его дѣло, не принимается въ расчетъ въ указанномъ отношеніи, если помимо вступленія, своевременно не была исполнена обязанность совершить что либо въ общественномъ интересѣ, или основанная на законѣ обязанность доставить кому либо содержаніе“.—Brückmann Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, стр. 159, допускаетъ непосредственное примѣненіе ст. 679 B. G. B., а Krückmann, о. с. Iher. Jahrb. 1909, 121 лишь по аналогіи. Оба они несогласны съ точкой зрѣнія Рейхсгерихта Обоснованіе на почвѣ *оппи* сомнительно. т. к. нѣтъ масштаба, какъ далеко мы можемъ

По аналогії съ этимъ положеніемъ мы можемъ требовать отъ судебной практики болѣе гуманнаго отношенія къ потерпѣвшему, когда неминуемая и настоящая опасность угрожала цѣннымъ благамъ беззащитнаго лица, и когда его растерянность не м. б. поставлена ему въ вину: въ этихъ случаяхъ онъ долженъ отвѣчать лишь за явно выраженный *dolus* и *culpa lata*.

V.

Выводы. Изъ вышеизложеннаго вытекаютъ такіе выводы.

I. Акты героизма должны быть обсуждаемы не съ точки зрѣнія *виновности* или *невинности*, а съ точки зрѣнія *адекватной причинности* ихъ. При этомъ долженъ быть примѣненъ соціологическій методъ. Съ этой точки зрѣнія, акты героизма, какъ одно изъ условій нравственнаго существованія гражданского общества, не являются актами необычными, способными прервать причинную связь между правонарушительнымъ фактомъ и вредомъ.

II. Акты героизма должны быть обсуждаемы одинаково, какъ въ вѣдоговорной, такъ и въ договорной области, но договоръ страхованія можетъ, не измѣняя юрид. квалификации этихъ актовъ, *implicitement* связать съ ними юридическія послѣдствія правонарушенія.

III. Акты героизма не прерываютъ текущей каузальной серіи даже въ томъ случаѣ, если лицо *виновно* въ томъ, что *переоцѣнило свои силы*, или допустило *неосторожность* въ самомъ ихъ исполненіи.

итти въ нашемъ снисхожденіи. Къ тому же „verkehrstuchtiger Mensch“ не теряетъ головы, и всякій обязанъ сохранять присутствіе духа. Къ тому же нельзя истолковывать, какъ растерянность, если я вижу изъ далека приближеніе быка, бѣгу ему навстрѣчу, что бы схватить его и вдругъ въ послѣднюю минуту дѣлаю глупость.

Того-же автора.

Курсъ международного гражданскаго процессуальнаго права. Ярославль, 1909 г., ц. 1 р. 25 к.

Вліяніе вины потерпѣвшаго на размѣръ возмѣщаемыхъ ему убытковъ. Т. I (часть теоретическая). Ярославль, 1910 г., ц. 3 р.

Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства. Изд. книжн. магаз. I. К. Гассанова подъ фирмой «Знаніе». Ярославль, 1910 г., ц. 1 р. 80 к.

Значеніе Ф. Ф. Мартенса въ наукѣ частнаго международнаго права. [Докладъ, прочитанный въ засѣданіи Ярославскаго Юридическаго Общества 28 ноября 1909 г., посвященномъ памяти Ф. Мартенса]. Ярославль, 1910 г., ц. 25 к.

С. А. Муромцевъ, какъ ученый. [Отдѣльный оттискъ изъ «Юридическихъ Записокъ», 1910 г. № 2]. Ярославль, 1910 г., ц. 50 к.

Понятіе непреодолимой силы въ гражданскомъ правѣ. [Отдѣльный оттискъ изъ «Юридическихъ Записокъ», 1911 г. № 2]. Ярославль, 1911 г., ц. 50 к.

ОТДѢЛЬНЫЯ ИЗДАНИЯ.

Понятіе вины въ римскомъ правѣ. Черты индивидуализма въ ученіяхъ римскихъ юристовъ о винѣ. Изд. книжн. магаз. И. К. Голубева, подъ фирмой «Правовѣдніе». Москва, 1907 г., ц. 30 к.

Смѣшанная вина и ст. 683 т. X ч. I. [Къ вопросу объ юридической природѣ ответственности владѣльцевъ жел.-дорожныхъ и пароходныхъ предпріятій по ст. 683, т. X ч. I]. Критико-догматическое изслѣдованіе. Изд. книжн. магаз. I. К. Гассанова, подъ фирмой «Знаніе». Ярославль, 1910 г., ц. 1 р. 80 к.

Гражданская отвѣтственность дуэлянтовъ. [Отдѣльный оттискъ изъ «Вопросовъ права», 1910 г. № 3]. Москва, 1910 г., ц. 35 к.

Цѣна 3 руб. 50 коп.