ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ)
МИНИСТЕРСТВА ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

На правах рукописи

СТЕПАНОВ СЕМЁН КОНСТАНТИНОВИЧ

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО ВОЗМЕЩЕНИЮ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ПРАВОМЕРНЫМИ ДЕЙСТВИЯМИ, ПО ПРАВУ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Специальность 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
кандидат юридических наук, доцент
Андрианова М.А.

Москва – 2021

Оглавление

Введение **3**

Глава 1. Дихотомия противоправности и правомерности. Значение противоправности в качестве условия ответственности в европейском деликтном праве **26**

1.1. Субъективная теория противоправности **26**

1.2. Объективная теория противоправности **32**

1.3. Компромиссные теории противоправности **45**

1.4. Современные теории противоправности **50**

1.5. Подход экономического анализа права к определению противоправности **69**

1.6. Выводы к главе 1 ..... **90**

Глава 2. Понятие обязательства из причинения вреда правомерными действиями **93**

2.1. Генезис обязательств из причинения вреда правомерными действиями **93**

2.2. Место обязательств из причинения вреда правомерными действиями в системе российского права **105**

2.3. Объяснение категории с точки зрения этико-правовых аргументов **124**

2.4. Выводы к главе 2 ..... **135**

Глава 3. Системы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями **137**

3.1. Практические проблемы определения размера возмещения вреда, причиненного правомерными действиями **137**

3.2. Эффективность публично-правовой схемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями **166**

3.3. Схема страхового возмещения вреда, причиненного правомерными действиями **179**

3.4. Выводы к главе 3 ..... **189**

Заключение **191**

Список литературы **194**

Введение

Актуальность темы исследования. В современной теории гражданского права вопрос о причинении вреда правомерными действиями, а также о его возмещении остается в известной мере малоизученным. В то же время с развитием общественных отношений все чаще возникают ситуации, когда законодатель прибегает к категории правомерного вреда. Так, в 2013 г. в период реформирования гражданского законодательства в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) была введена норма ст. 16.1, установившая общий принцип, согласно которому вред, причиненный правомерными действиями государственных органов, подлежит возмещению в случаях и в порядке, предусмотренных в законе.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ наличествовало положение, согласно которому необходимо в законодательном порядке урегулировать основания и порядок возмещения (компенсации), выплачиваемого за ущерб личности или имуществу, причиненный правомерными действиями, когда закон предусматривает такое возмещение[1]. Кроме того, Концепция совершенствования общих положений ГК РФ дает более исчерпывающее объяснение. Особо отмечается, что «в современном гражданском обороте существуют случаи, когда закон устанавливает возможность компенсации имущественных потерь, причиненных не правонарушением, а правомерными действиями (например, изъятие имущества для государственных нужд, правомерный односторонний отказ от договора и т.п.). Для таких случаев механизм возмещения убытков, установленный ст. 15 ГК РФ, не должен применяться. В то же время общих норм, устанавливающих механизм определения размера возмещения в случаях, когда имущественные потери причинены правомерными

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. № 11. 2009.

действиями, ГК РФ не содержит»[2]. В предложениях по совершенствованию законодательства подчеркивается необходимость создания универсального механизма возмещения (компенсации), выплачиваемого за имущественные потери, причиненные правомерными действиями. Однако до сих пор в ГК РФ отсутствует норма, которая определяла бы такой механизм. Все это приводит к тому, что на практике потерпевшие от причинения вреда правомерными действиями сталкиваются с проблемами недокомпенсации.

Здесь же следует отметить, что конструкция возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, непосредственно связана с таким условием деликтной ответственности, как противоправность. Ведь для того, чтобы определить правомерность, необходимо установить противоположное понятие противоправности[3]. Более того, в литературе наличествует предположение, согласно которому в системах, основанных на принципе генерального деликта, нет необходимости в выделении особых обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями[4]. Если в качестве неотъемлемого условия видеть противоправное деяние, то обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда представляют собой особый тип гражданских правоотношений. Это обстоятельство обусловливает актуальность исследования противоправности в качестве условия деликтной ответственности.

К сожалению, современная отечественная доктрина деликтного права отличается немногочисленностью исследований, посвященных противоправности. Интуитивно каждому юристу ясно, что противоправность представляет собой нарушение норм права[5]. В литературе, в свою очередь,

---

[2] Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya7/ (дата обращения: 28.02.2019)

[3] «Равным образом не может быть ничего промежуточного между двумя членами противоречия, а относительно чего-то одного необходимо что бы то ни было одно либо утверждать, либо отрицать» (Аристотель. Сочинения: В 4 т. Т. 1. М.: Мысль, 1976. С. 141).

[4] Белов В.А. Гражданское право. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2015. С. 613.

[5] См. например: Карманова Е.В. Обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями в российском гражданском праве: дис. … канд. юридических наук. Москва. 2012. С. 55, 62.

слышны призывы переосмыслить понятие противоправности[6]. Еще более странной выглядит ситуация в судебной практике, где не всегда существует определенность в вопросе о том, какое поведение считается противоправным и, следовательно, приводит к деликтной ответственности[7]. При этом ГК РФ не раскрывает понятие противоправности. С одной стороны, исходя из систематического толкования, при взыскании убытков нельзя избежать применения ст. 15 ГК РФ, в п. 1 которой содержится требование нарушения субъективного права лица. Получается, противоправность мыслится как нарушение субъективного права. С другой, в практике встречается весьма устоявшийся подход, согласно которому противоправным считается поведение, нарушающее предписание какой-либо нормы права[8].

В связи с этим задачей, стоящей перед научным сообществом, является выработка стройной теории противоправности, отвечающей требованиям современности. Решение указанной задачи невозможно без обращения к опыту иностранных правопорядков, поскольку последние зачастую выделяют противоправность в качестве отдельного условия деликтной ответственности. Одним из примеров таких правопорядков является швейцарский, в котором появились так называемые современные теории противоправности, отличающиеся от привычных нам субъективного и объективного подходов.

Различия между определенными концепциями противоправности имеют не только теоретическое, но и практическое значение. Соотношение вины и противоправности, взыскание прямых и косвенных убытков, возмещение чисто экономических убытков, обоснование обстоятельств,

---

[6] Монастырский Ю. Э. Противоправность как основание присуждения убытков // Закон. № 11. 2011. С. 132.

[7] В одних случаях суды требуют наличия нарушения как объективных норм права, так и субъективных прав (Постановление ФАС Московского округа от 10.06.2010 № КГ-А40/4471-11-П; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14.05.2015 № А32-22720/2013), в других – нарушения лишь субъективных прав (Постановление Пятнадцатого ААС от 29.04.2013 № 15АП-3141/2013; Постановление Одиннадцатого ААС от 20.02.2007 № А55-14512/2006). Встречается еще более экстравагантный подход – понимание генерального деликта, как презумпции нарушения субъективного права (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.03.2010 № А56-46309/2007; Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 18.02.2015 № 33-1583/2015, А-57).

[8] п. 83 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 1. Январь. 2016.

исключающих противоправность, наконец, необходимость конструкции договора с охранительным эффектом в пользу третьего лица[9] – это лишь немногие вопросы, возникающие из-за отсутствия серьезного научного осмысления противоправности.

Степень разработанности темы. Традиционно проблемам противоправности и правомерности в российской цивилистической литературе уделяется незначительное внимание. К примеру, Д. И. Мейер ограничивается указанием на то, что противозаконным следует признать не только нарушение такого права, которое основано на законе, но и нарушение права, основанного на обычае[10]. При этом под нарушением права понимается юридическое действие, направленное со стороны его автора к стеснению другого лица в осуществлении права[11]. Интересно, что для Д. И. Мейера «противозаконное действие, как и всякое другое юридическое действие, предполагает в деятеле волю, направленную к совершению действия; если же что-либо, повреждающее право лица, производится человеческими руками, но не представляется произведением воли, то не может быть сочтено и нарушением права, а только простым фактом»[12].

Более широкое понимание противоправности возможно обнаружить у В. И. Голевинского. По мнению ученого, недозволенные действия необходимо разделять на два вида: гражданскую неправду и противозаконные сами по себе (*in thesi*) действия[13]. Первые не имеют в себе ничего противозаконного и составляют нарушение чужих прав только вследствие столкновения с известным отношением, существующим между действующим лицом и лицом, чьих прав касается это действие (*in*

---

[9] В соответствии с данной конструкцией третье лицо не участвует в заключении и исполнении договора, однако неисполнение договора может создать неблагоприятные для данного третьего лица последствия, зачастую такие же или большие, как для кредиторов по договору. В этой связи третье лицо не имеет притязания на исполнение договора против должника, но управомочено требовать возмещение убытков в случае неисполнения договора должником.

[10] Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. // Москва. Статут. 2003. Часть 1. § 32.

[11] Там же.

[12] Там же.

[13] Голевинский В. И. О происхождении и делении обязательств. Часть 1 // Вестник гражданского права. № 2. Том 16. 2016. С. 253.

hypothesi)[14]. Вторые действия противны общему велению или воспрещению закона, нарушают объективное право, т. е. общую юридическую норму, ко всем относящуюся и для всех обязательную (*neminem laede*)[15].

К. П. Победоносцев, напротив, определяет недозволенные действия более узко, чем В. И. Голевинский. Цивилист также признает наличие общей обязанности «не трогать чужого права по имуществу, не нарушать чужого юридического состояния»[16]. Тем не менее он подчеркивает, что недозволенными являются действия, которые причиняют вред чужому имуществу[17].

Позиции Д. И. Мейера, В. И. Голевинского и К. П. Победоносцева были подвергнуты критике К. Н. Анненковым. Описывая положения римского права, а также саксонского законодательства, ученый приходит к выводу, что недозволенными необходимо считать воспрещенные объективным правом действия, нарушающие субъективное право другого лица[18]. Стоит отметить, что бремя доказывания недозволенности действий лежит на истце[19].

Особого внимания заслуживает позиция Г. Ф. Шершеневича, который определял правонарушение как действие, воспрещенное законом под страхом вознаграждения потерпевшему лицу причиненного ему вреда[20]. При этом цивилист среди признаков гражданского правонарушения выделял то, что оно, составляя нарушение объективного права, является в то же время нарушением субъективного права потерпевшего лица[21].

Интересно, что Ю. С. Гамбаров считал правонарушением недозволенное действие, запрещенное объективным правопорядком, т. е.

---

[14] Там же. С. 254.
[15] Там же.
[16] Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства // Москва. Статут. 2003. Третий отдел. § 69.
[17] Там же.
[18] При этом К. Н. Анненков следует позиции Г. Ф. Шершеневича и известного немецкого цивилиста Ю. Барона (см.: Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Том 1: Введение и общая часть. Изд. 2-е, пересм. и доп. СПб., 1899. С. 554).
[19] Там же. С. 576.
[20] Шершеневич Г. Ф. Избранное: в 6 т. Т. 4 включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников // Москва. Статут. 2016. С. 586.
[21] Там же. С. 588.

законом и обычаем, объектом которого является не само право, а лишь его осуществление или интерес, связанный с ним[22]. Такое определение почти полностью повторяет формулировку противозаконных действий Д. И. Мейера. Тем не менее суждение Ю. С. Гамбарова свободно от главного недостатка, на который указывал К. Н. Анненков, критикуя позицию Д.И. Мейера. Если Д.И. Мейер рассуждает о «стеснении другого лица в осуществлении права», то Ю. С. Гамбаров говорит не только о «стеснении», но и о других способах нарушения осуществления права. Несомненным достоинством воззрения Ю.С. Гамбарова является то, что он в своих лекциях, основываясь на соображениях справедливости, выделяет следующие принципы возмещения вреда: соразмерность; возмещение не только ценности нарушенного права, но и интереса (т. е. всех выгод, которых лишилось лицо вследствие недозволенного вмешательства в сферу его «цивильных правоотношений»), в некоторых случаях – взыскание «гражданского штрафа»[23].

Любопытным представляется осмысление неправомерных действий (правонарушения) Е. Н. Трубецким как таких юридических фактов, которые создают ряд новых прав – притязаний со стороны лица, чье право нарушено: лицо может требовать восстановления нарушенного права, вознаграждения за причиненные убытки[24]. Получается, неправомерность представляется как общее условие возникновения обязательств по возмещению вреда.

Отсутствие ясности относительно понятия противоправности стало причиной проблем, во-первых, в формулировании обстоятельств, исключающих противоправность[25], во-вторых, в обосновании

---

[22] Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть (лекции, читанные в Московском Университете). М.: Литография Общ. распр. п. кн., 1897 – 1898. С. 748.
[23] Там же. С. 753.
[24] Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. Москва. 1917. С. 202 -203.
[25] Так, К. Н. Анненков, анализируя римское право, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных, а также ст. 648 т. X Свода Законов Российской Империи и саксонское законодательство, говорит о существовании следующих обстоятельств, исключающих противозаконность: (1) необходимая оборона, (2) крайняя необходимость, (3) осуществление своего права в пределах, указанных законом для пользования им, (4) согласие потерпевшего. (см.: Анненков К.Н. Указ. Соч. С. 555 – 558). Однако Г. Ф. Шершеневич формулирует иные обстоятельства, исключающие правонарушение: (1) осуществление права, хотя бы и

ответственности железнодорожных предприятий за вред, причиненный при эксплуатации железных дорог[26], в-третьих, в определении обязанности возмещения чисто экономических убытков[27].

Отдельного внимания заслуживает статья Т. М. Яблочкова «Понятие вины в римском праве (черты индивидуализма в учениях римских юристов о вине)»[28]. Со ссылкой на выдающегося немецкого романиста И. Хассе, Тихон Михайлович подчеркивает, что «не всякое убыточное деяние, нарушающее чужое право, считается за *damnum injuria datum*, а лишь такое, которое неправомерно»[29]. По мнению И. Хассе, „injuria – erfördere in allgemeiner Bedeutung nichts weiter, als dass die Handlung in genere und an sich widerrechtlich sei[30]“. Т. М. Яблочков формулирует понятие противоправности, обращаясь к индивидуальной сфере причинителя вреда, и пишет, что «неправомерность деяния надо искать не в праве, которое нарушено, а в праве, которое превышено»[31]. Следовательно, все, что осуществляется в пределах права причинителя вреда, является правомерным[32]. Далее цивилист отмечает, что лицо вправе предпринимать все, даже во вред другому: (1) дабы избежать самому положительного вреда; (2) для улучшения своего

причинившее вред другому лицу, (2) исполнение служебного долга, (3) необходимая оборона, (4) согласие потерпевшего (см.: Шершеневич Г.Ф. Указ. Соч. С. 587).

[26] Основная проблема для определения недозволенности здесь состояла в том, что сама эксплуатация железной дороги признавалась с точки зрения публичного права правомерной. Так, М. Б. Горенберг считал, что ответственность железнодорожных предприятий за вред, причиненный здоровью, иначе не может быть понимаема иначе как в значении обязательства, возникающего из закона, и является как бы страховым обязательством, не вытекающим из правонарушения (см.: Горенберг М. Б. Принцип гражданской ответственности за вред и убытки, причиненные недозволенными действиями // Юридическая литература. 1902. № 8-9. С. 115 – 116); К. Н. Анненков также полагал, что основанием обязательства возместить вред, причиненный при эксплуатации железной дороги, возникает из закона (см.: Анненков К.Н. Указ. Соч. Т. 4. С. 606 – 636). Г. Ф. Шершеневич отмечает, что идеей «исключительной ответственности предприятий» является страхование от несчастных случаев, которое возлагается на крупные предприятия, способные выдержать такую тяжесть (см.: Шершеневич Г. Ф. Указ. Соч. С. 604).

[27] Когда Г. Ф. Шершеневич обсуждает типичный случай возмещения чисто экономических убытков – возмещение вреда лицам, понесшим ущерб в результате смерти кормильца, ученый признает, что в данной ситуации нарушения субъективного права лица, которое находилось на иждивении, не происходит. Однако цивилист не дает прямого ответа на вопрос о том, почему же необходимо возмещать такой вред (см.: Шершеневич Г. Ф. Указ. Соч. С. 589).

[28] Яблочков Т. М. Понятие вины в римском праве (черты индивидуализма в учениях римских юристов о вине). // Правоведение. Москва. 1907.

[29] Там же. С. 13.

[30] injuria – в общих чертах не что иное, как более общее действие, которое противоправно само по себе. Hasse J. Die culpa des römischen Rechts. Bonn. 1938. S. 23,39,47,48. (цит. по: Яблочков Т. М. Указ. Соч. С. 13).

[31] Яблочков Т. М. Указ. Соч. С. 18.

[32] Лицо может нарушать чужие интересы, но не совершать *injuria*, если не преступит пределов своего права. (см. там же).

положения[33]. То есть все, что позволяет лицу *naturalis ratio*: *se defendere, vim vi repellere*, акты крайней необходимости – это и есть объективные границы его законной деятельности[34]. Однако позднее римские юристы, руководствуясь этическими соображениями, все же призывали выбирать из нескольких правомерных приемов тот, который наименее вреден другому лицу[35].

В советской литературе раннего периода наблюдался отход от изложенных выше идей о противоправности, поскольку право в большей степени было подвержено влиянию большевистской идеологии[36]. Наибольший интерес вызывают споры о противоправности и правомерности лишения имущества и соблюдении принципа эквивалентности возмещения ущерба. Так, П. И. Стучка (при всех неизбежных в тех условиях оговорках, исключениях и т.д.) отстаивал принцип эквивалентности[37], тогда как Е.Б. Пашуканис выступал за безвозмездное лишение имущества и рассматривал соблюдение принципа эквивалентности возмещения ущерба применительно к кулакам и нэпманам как искажение классовой линии и отход от содержащейся в ст. 1 и 4 ГК РСФСР 1922 г. политической установки по ограничению и вытеснению капиталистических элементов[38].

Конец 20-х годов и последующее десятилетие XX в. были посвящены определению понятия права, разоблачению вредных для советского правопонимания идей. Утверждается тоталитарный «нормативизм», а право

---

[33] Там же. С. 21.
[34] Там же.
[35] Там же. С. 22.
[36] Нерсесянц В.С. Философия права: учебник / В. С. Нерсесянц. 2-е изд., перераб. и доп. // Москва. Норма: ИНФРА – М. 2018. С. 340.
[37] Стучка П. И. Мой путь и мои ошибки // Советское государство и революция права. 1931. № 5–6 (май – июнь). С. 79. (цит. по: Нерсесянц В.С. Указ. Соч. С. 341).
[38] «В статьях 1 и 4 ГК РСФСР заключалась прямая, ясная политическая директива, состоящая в том, что мы допускаем частнособственнические отношения, частный оборот, ибо этого в данный момент требовало развитие производственных сил, но никаких абсолютно частных прав мы не признаем, ни каких *ius utendi et abutendi* мы не признаем, никакой бессрочной неприкосновенности мы не гарантируем. Эту установку искажали комментаторы в духе кулацкой реставрации» (Пашуканис Е. Б. Основные проблемы марксистской теории права и государства // Советское государство и революция права. 1931. № 1 (январь). С. 33. (цит. по: Нерсесянц В.С. Указ. Соч. С. 341 – 342)).

определяется как совокупность приказов власти[39]. Деликтному праву в это время уделяется незначительное внимание, однако идеи, провозглашенные в период 30-х годов XX в., оказали значительное влияние на понимание ответственности государства за деликт, а также на становление теории противоправности.

Начиная с 40-х годов, проблематика деликтного права вновь привлекла к себе внимание. Тогда же М. М. Агарковым впервые был поставлен вопрос о возмещении вреда, причиненного правомерными действиями. Обязательство возместить вред, причиненный правомерными действиями, по мнению ученого, может иметь место, но лишь в случаях, когда в силу закона одно конкретное благо сознательно приносится в жертву для ограждения другого, большего блага[40]. Не может быть общего правила, обязывающего возмещать правомерно причиненный вред[41]. Далее цивилист аккуратно рассуждает о необходимости компенсации потерпевшему от реквизиции, являющейся примером причинения вреда правомерными действиями[42]. Комментируя ст. 403 ГК РСФСР 1922 г., Михаил Михайлович подчеркивает, что правомерный вред имеет место тогда, когда лицо управомочено на причинение вреда[43]. Интересным представляется тот факт, что М. М. Агарков продолжает любопытную дискуссию относительно понятия противоправности. Анализируя различные законодательства, в том числе дореволюционное, он разделяет «противоправность поведения» и «противоправность причинения вреда»[44]. При этом ученый признает, что противоправным может быть лишь поведение[45]. Тем не менее, когда речь

---

[39] Нерсесянц В.С. Указ. Соч. С. 369 – 385. Более подробно см.: Ем В.С., Третьяков С.В. Проблемы применения марксистской методологии к анализу гражданско-правовой формы // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М.: Статут, 2011. С. 107 – 131.

[40] Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 151.

[41] Там же.

[42] Там же. С. 152.

[43] Там же. С. 150.

[44] Там же. С. 146 – 149.

[45] При этом М. М. Агарков говорит о поведении человека следующее: «Право регулирует общественные отношения, т. е. отношения между людьми. Лишь человеческое поведение может быть правомерным или неправомерным. Нередко мы встречаем состояния, которые были вызваны поведением человека. Вследствие причинения одним лицом другому увечья для потерпевшего наступило состояние

заходит об ответственности за источник повышенной опасности, цивилист обращается к категории противоправности причинения вреда[46].

Стоит отметить вклад Е. А. Флейшиц в разработку теории противоправности, а также обстоятельств, исключающих таковую[47]. Екатерина Абрамовна понимает под противоправностью такие действия причинителя вреда, которые противоречат советскому праву в объективном смысле, а также нарушают субъективное право другого лица[48]. Настоящее определение почти полностью повторяет формулировку, данную Г. Ф. Шершеневичем. Между тем Е. А. Флейшиц указывает, что, «предъявляя требование о возмещении вреда, потерпевший не обязан доказывать противоправный характер действия, которым ему причинен вред. Причинивший вред вправе доказывать, что действие, которым он причинил вред, было правомерно»[49]. В остальном ученый сосредоточивается на понятии субъективного права, а также на весьма актуальном в то время вопросе о «правилах социалистического общежития» как источнике права.

В советской литературе примечательна точка зрения О.С. Иоффе, который по-разному определяет противоправность для действия и бездействия[50]. Для активного поведения она видится в совершении действия, запрещенного законом[51]. Для бездействия – состоит в нарушении обязанности совершения соответствующего положительного действия[52]. Ученый, таким образом, не пытается сформулировать единое понятие противоправности. Любопытно понимание О.С. Иоффе «управомоченности» в контексте ст. 403 ГК РСФСР 1922 г. Так, цивилист отмечает, что

нетрудоспособности. Неправомерным может быть лишь то поведение, которое вызвало наступление этого состояния, но не самое состояние». (там же. С. 140 – 144).

[46] Там же. С. 150.

[47] Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2015. С. 355 – 376.

[48] Там же. С. 355.

[49] Там же.

[50] Иоффе О. С. Обязательства по возмещению вреда. Л.: Изд-во Ленингр. гос. ун-та. им. А. А. Жданова, 1951. С. 14 – 20.

[51] Там же. С. 15.

[52] Там же. С. 18.

«управомоченным в данном случае является и тот, кто осуществляет свое право, и тот, кто исполняет возложенную на него обязанность»[53].

Интерес представляет позиция Г. К. Матвеева. Так, цивилист указывал, что «гражданские противоправные действия нарушают не только нормы объективного права, но вместе с тем и субъективные права граждан и юридических лиц как субъектов гражданского права»[54]. Напротив, И. Б. Новицкий и Л. А. Лунц считали, что противоправным действием надо признавать поведение лица, противоречащее лишь нормам советского социалистического права и правилам социалистического общежития[55].

Надлежит обратить внимание на мнение В. А. Рахмиловича о противоправности и ответственности за источник повышенной опасности[56]. По мнению автора, «гражданскую ответственность влечет любое противоправное причинение имущественного вреда, независимо от того, каков характер противоправности, нормой какой отрасли права установлен запрет совершения того действия, которым причинен имущественный вред. Необходимо лишь, чтобы нарушенная норма была направлена на охрану ущемленного интереса»[57]. Вместе с тем противоправность для В. А. Рахмиловича состоит в нарушении нормы права, нарушении правового предписания[58]. Этот цивилист, разделяя позицию Г. К. Матвеева, пишет, что фактический состав, лежащий в основании ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, не является правонарушением, а подобен «обязательству страховщика возместить ущерб, причиненный наступлением страхового случая, или обязательству по возмещению вреда, понесенного при спасании социалистической собственности»[59]. Следовательно, возможно предположить, что такой

---

[53] Там же. С. 17.
[54] Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев: Изд-во Киев. ун-та, 1955. С. 31.
[55] Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательствах. М.: Юрид. лит-ра, 1950. § 23.
[56] Рахмилович В.А. О противоправности как основании гражданской ответственности // Советское государство и право. № 3. 1964.
[57] Там же.
[58] Там же.
[59] Там же.

фактический состав представляет собой один из случаев правомерного причинения вреда.

Для целей исследования необходимо указать на разработанное Г. К. Матвеевым учение о составе гражданского правонарушения[60]. Ученый пришел к выводу, что, в принципе, гражданско-правовая ответственность наступает лишь при наличии полного состава правонарушения, но, учитывая действовавшее в то время законодательство и его терминологию, автор признавал, что ответственность может наступить и при наличии «ограниченного состава», т.е. не всех, а лишь нескольких признаков (и даже одного из них), в частности и при отсутствии вины. Такие случаи не следует именовать ответственностью, и поэтому правильно говорить об обязанности возместить вред или уплатить штраф[61]. Позже данная идея насчет ответственности, наступающей без вины, была развита С.Н. Братусем. Поскольку безвиновная ответственность не может выполнять стимулирующих и превентивных функций, вернее говорить об обязанности возмещения[62].

В 1970-х гг. становится популярной точка зрения В. К. Райхера, согласно которой виновное причинение вреда содержит в себе противоправность. Следовательно, для возникновения деликтного обязательства необходимо не четыре, а всего лишь два элемента – причинная связь между действием и вредоносным результатом и вина причинителя вреда[63]. Ученый разделил все действия, причиняющие вред, на (1) запрещенные законом (противоправность в узком смысле); (2) управомоченные законом на причинение вреда; (3) не запрещенные и не разрешенные законом (противоправность в широком смысле).

---

[60] Г. К. Матвеев состав правонарушения определяет как совокупность четырех элементов: противоправных действий (бездействия), вредных последствий, причинной связи между противоправным действием и вредом и виной причинителя вреда.

[61] Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970. С. 6—7 (цит. по Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М.: Юрид. лит., 1976. С. 163).

[62] Братусь С.Н. Указ. Соч. С. 163 – 197.

[63] Там же. С. 178.

Ответственность возникает при совершении не только действий из первой группы, но и действий, входящих в состав третьей группы[64].

Существенный вклад в разработку теории противоправности внес В. П. Грибанов[65]. Во-первых, Вениамин Петрович расширяет объем понятия противоправности, указывая, что «противоправным следует считать не только поведение, нарушающее конкретные нормы права, но и поведение, противоречащее правовым принципам данной системы, отрасли или института права, хотя бы это поведение и не противоречило конкретной норме права»[66]. Таким образом, цивилист исходит из принципа – «не все то, что запрещено законом, - дозволено». Во-вторых, автор отмечает, что правильнее говорить о нарушении преимущественно объективного права и лишь в некоторых случаях – о нарушении права субъективного[67]. В-третьих, при определении противоправности как нарушения норм права необходимо исходить из специфики форм правового воздействия на человеческие поступки[68]. В. П. Грибанов приходит к выводу, что во всех случаях, когда речь идет о противоправности, следует делать акцент на нарушении юридической обязанности как важнейшей правовой гарантии реального существования субъективных гражданских прав[69].

Любопытным представляется исследование В. Т. Смирнова и А. А. Собчака, в котором противоправное поведение определяется как умаляющее абсолютное право потерпевшего, если только делинквент не был управомочен на такое поведение специальной нормой закона[70].

---

[64] Райхер В.К. Вопросы ответственности за причинение вреда // Правоведение. 1971. № 5. С. 58—59 (цит. по: Братусь С.Н. Указ. Соч. С. 179). С. Н. Братусь, критикуя позицию В.К. Райхера, пишет: «Следовательно, В.К. Райхером вина понимается как элемент, неотделимый от противоправности в широком смысле слова. Вина сливается с противоправным действием. Это означает, что и деятельность владельца источника повышенной опасности, считающаяся правомерной, но причиняющая вред другим, может быть квалифицирована, если стать на позицию В.К. Райхера, как виновная деятельность» (там же).

[65] Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. М.: Статут, 2001.

[66] Там же. С. 52.

[67] Там же. С. 53.

[68] Там же.

[69] Там же. С. 54.

[70] Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учеб. пособие. Л.: ЛГУ, 1983. С. 26.

Таким образом, советское видение противоправности в общих чертах можно охарактеризовать следующим образом:

1. Причинение вреда считается противоправным до тех пор, пока делинквент не докажет свою управомоченность на причинение вреда (принцип «запрещено то, что не разрешено»).
2. Содержание понятия противоправности определяется преимущественно через нарушение объективного права и – одновременно – субъективного права.
3. Тенденции к отождествлению вины и противоправности[71].
4. Политико-правовое значение противоправности состоит в осуждении, порицании определенного поведения.

Проблемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, стали объектом исследования А. С. Шевченко, который рассматривал такие обязательства в качестве отличных от деликтных[72].

В настоящее время вопрос о возмещении правомерно причиненного вреда рассматривал О.Н. Садиков, предложивший необычную классификацию соответствующих случаев[73].

С начала XXI в. было защищено несколько диссертационных исследований по схожей тематике[74]. Отличительными особенностями нашего исследования являются: (1) определение генезиса обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, что позволяет ответить на вопрос о необходимости выделения таких обязательств; (2) использование сравнительно-правового метода, благодаря которому удалось проанализировать не только нормы отечественного правопорядка, но и

---

[71] См.: Антимонов Б.С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М.: Госюриздат, 1950. С. 118; Кофман В.И. Соотношение вины и противоправности в гражданском праве // Правоведение. № 1. 1957. С. 65 – 69. Известна дискуссия между Б.С. Антимоновым и Г.К. Матвеевым относительно соотношения вины и противоправности. Более подробно см.: Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения (часть вторая) // Вестник гражданского права. № 5. 2017. С. 62 – 63.

[72] Шевченко А.С. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями. Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 1989.

[73] Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

[74] Карманова Е.В. Обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями в российском гражданском праве: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2012; Гинц Е.М. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями государственных органов: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2014.

нормы иных государств; (3) выявление роли противоправности, а также ее содержания в обязательствах по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями. Вышеперечисленные особенности позволили сформулировать оригинальный подход в отношении возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, в российском праве.

Среди современных отечественных исследователей стоит отметить таких авторов, как А. Г. Архипова[75], В. А. Белов[76], Д. Е. Богданов[77], Э. А. Евстигнеев[78], Е. В. Кабатова[79], А. А. Маркелова[80], К. И. Скловский[81], М. Я. Шиминова[82], А. А. Ягельницкий[83], К. Б. Ярошенко[84].

Учитывая сравнительно-правовой характер настоящего исследования, необходимо указать, что значительный вклад в изучение и становление теории противоправности, общих проблем деликтного права в зарубежных странах внесли R. Aebi-Müller[85], Ch. Bar[86], E. Bosshard[87], Chr. Burckhardt[88], M. Cartier[89], L. Enneccerus, H. C. Nipperdey[90], B. S. Markesinis[91], W. Fellmann[92], M.

---

[75] Архипова А.Г. Противоправный интерес в страховании // Актуальные проблемы международного частного, гражданского права и арбитража: сборник научных трудов. М.: МГИМО-Университет, 2018.

[76] Белов В.А. Что такое предвидимость? // Закон. № 3. 2019.

[77] Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве: монография. Москва: Проспект, 2013.

[78] Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения (часть первая) // Вестник гражданского права. № 4. 2017; Он же. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения (часть вторая) // Вестник гражданского права. № 5. 2017.

[79] Кабатова Е.В. Деликты в международном частном праве // Государство и право. № 9. 1992.

[80] Маркелова А.А. Соотношение вины и противоправности в деликтах государства. Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. М.: Т. 2. 2018.

[81] Скловский К.И., Смирнова М. О возмещении вреда, причиненного в результате террористической акции // Хозяйство и право. № 6. 2003.

[82] Шиминова М. Я. Компенсация вреда гражданам: гражданско-правовое регулирование. М., 1979.

[83] Ягельницкий А.А. Отклонение от принципа полного возмещения убытков, причиненных государством //Закон. № 10. 2017.

[84] Ярошенко К.Б. Защита граждан, пострадавших в результате дорожно-транспортных происшествий (состояние законодательства и перспективы его совершенствования) // Журнал российского права. № 12(228). 2015.

[85] Aebi-Müller R. Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung // Jusletter. 22. September 2014.

[86] Bar Ch. Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Bd. II: Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe. München, 1999.

[87] Bosshard E. Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. Zürich, 1988.

[88] Burckhardt Chr. Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Vol. 22. 1903.

[89] Cartier M. Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. Dissertation der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft. Nr. 3287. FL. 2007.

[90] Enneccerus L., Nipperdey H. C. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. 1. Halbband, Tübingen, 1959; 2. Halbband, Tübingen, 1960.

Fuchs[93], B. Gabriel[94], P. Gauch[95], J. Gordley[96], H. Honsell[97], N. Jansen[98], K. Larenz, C.-W. Canaris[99], K. Oftinger, E. Stark[100], F. Werro[101], P. Widmer[102], в том числе представители экономического анализа деликтного права: G. Calabresi[103], R. Coase[104], R. Cooter, T. Ulen, A. Porat[105], M. Faure[106], K. Kamin, J. Rachlinski[107], E. Posner[108], S. Shavell[109] и некоторые другие.

Цели и задачи исследования. Основная цель исследования состоит в том, чтобы определить обоснованность выделения обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда; какую роль в этом играет противоправность причинения вреда. Диссертационное исследование достигает поставленной цели нестандартным путем. Чтобы раскрыть понятие правомерного причинения вреда, необходимо установить содержание

---

[91] Markesinis, B. S. A Comparative Introduction to the German Law of Tort. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
[92] Fellmann W. Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Vol. 106. 1987.
[93] Fuchs M. Deliktsrecht. 7. Aufl. Berlin; Heidelberg, 2009.
[94] Gabriel B. Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden: Diss. Freiburg., 1987.
[95] Gauch P. Der Schätzer und die Dritten // Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand / E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller (Hrsg.). Bern, 2005; Idem. Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht // Steinauer. Das Menschenbild im Recht: Festgabe der rechts- wissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg. Freiburg, 1990.
[96] Gordley J. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford University Press, 2007.
[97] Honsell H. Schweizerisches Haftpflichtrecht. 4, Aufl. Zürich; Basel; Genf, 2005.
[98] Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB // Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 202. 2002.
[99] Larenz K., Canaris C.-W. Lehrbuch des Schuldrechts. II. Bd.: Besonderer Teil. 2. Halbband, 13. Aufl. München, 1994.
[100] Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht I. 1. Bd.: Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Zürich, 1995; Idem. Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1. 2. Bd. 1. Teilband (II/1): Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung. 4. Aufl. Zürich, 1987.
[101] Werro F. Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Bd. 116. 1997.
[102] Widmer P. Schaden – Haftung –Versicherung // Handbücher für die Anwaltspraxis / P. Münch, Th. Geiser (Hrsg.). Bd. 5. Basel, 1999.
[103] Calabresi G. The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs // Harvard Law Review. Vol. 78. 1965; Idem. The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.
[104] Coase R. The Firm, the Market, and the Law. Chicago, 1988.
[105] Cooter R., Ulen T. Law and Economics, 6th ed. Berkley Law, 2016; Cooter R., Porat A. Does harm to self increase the care owed to others? Law and economics in conflict // Journal of Legal Studies. Vol. 29 (1). 2000.
[106] Faure M. Tort Law and Economics. Encyclopedia of law and economics, 2nd ed. 2009.
[107] Kamin K., Rachlinski J. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. Law and Human Behavior. Vol. 19. 1995.
[108] Posner E. Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law // Supreme Court Economic Review. Vol. 11. 2004.
[109] Shavell S. A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation // Journal of Legal Studies. Vol. 42. 2013; Idem. On Liability and Insurance // Bell Journal of Economics. Vol. 13. 1982; Idem. Strict Liability Versus Negligence // Journal of Legal Studies. Vol. 9. 1980. Idem. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One: Accident Law. Harvard University Press, 2003.

противоположного понятия противоправности. Следовательно, одной из главных задач видится следующая: (1) с опорой на иностранное законодательство, доктрину, судебную практику сформулировать основные подходы к определению содержания противоправности. Это обстоятельство предопределяет три другие задачи: (2) подвергнуть критическому анализу воззрения российских ученых на возмещение вреда, причиненного правомерными действиями; (3) выявить основные недостатки в регулировании субинститута возмещения вреда, причиненного правомерными действиями; (4) предложить различные пути решения указанных проблем.

Объектом исследования являются общественные отношения, возникающие вследствие причинения вреда правомерными действиями.

Предмет исследования – нормы российского и зарубежного законодательства, регулирующие обязательства, возникающие при причинении вреда, научная литература, посвященная обязательствам из причинения вреда, судебная практика.

Структура работы продиктована поставленными задачами. Настоящее исследование состоит из введения, трех глав, содержащих 14 параграфов, заключения и списка использованных источников и литературы. Глава 1 посвящена выявлению содержания понятий противоправности и правомерности в европейском деликтном праве (особое внимание уделено швейцарскому праву). В гл. 2 определяется роль и значение субинститута возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, в Российской Федерации. В гл. 3 анализируются практические проблемы и основные модели возмещения вреда.

Методологическую основу диссертационного исследования составляют общенаучные методы познания, в частности анализ, синтез, аналогия, абстрагирование и конкретизация, а также специально-юридические методы: догматический метод, заключающийся в систематическом изложении норм права, действующих в настоящее время в

той или иной стране[110], сравнительно-правовой метод. Широко использовался также исторический метод, поскольку в прошлом могут быть обнаружены причины, по которым общественный строй принял соответствующую юридическую форму[111]. При описании теории интересов М. Картье нами активно применялся социологический метод, так как судебное решение представляет собой социальное, экономическое и этическое суждение о ценности[112]. Обилие изученных источников, посвященных экономическому анализу права, предопределило использование критического метода[113].

Научная новизна работы в первую очередь состоит в комплексном анализе такого сложного и малоизученного условия деликтной ответственности как противоправность. В российской доктрине впервые предпринята попытка сформулировать стройную теорию противоправности, которая отвечала бы требованиям современности. В качестве центральной темы, объединяющей все содержание диссертационного исследования, выступает именно это понятие.

В работе критически проанализирована конструкция возмещения вреда, причиненного правомерными действиями. Высказаны этико-правовые основания против выделения данной категории в самостоятельный субинститут гражданского права.

Для решения практических вопросов, возникающих при возмещении вреда, причиненного правомерными действиями, с опорой на доктрину, законодательство, достижения экономического анализа права, проанализированы различные модели компенсации. Выявлены недостатки

---

[110] Шершеневич Г. Ф. Указ. Соч. С. 664.

[111] Там же. С. 679. Более подробно см.: Третьяков С.В. К проблеме использования исторической аргументации в цивилистической догматике // Неволин К.А. История российских гражданских законов. Часть первая: Введение и книга первая о союзах семейственных. М.: Статут, 2005 («Классика российской цивилистики»).

[112] Sinzheimer H. Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. München: M. Rieger (G. Himmer). 1909. S. 27 (цит. по: Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 688).

[113] Критический метод выражается в единстве трех его составляющих: (1) осознание неудовлетворительности действующего правопорядка в его целом и в частях; (2) постановку идеала как цели, в направлении которой должно быть произведено преобразование права; (3) нахождение соответствующих мер для перехода от существующего к идеальному (см.: Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 691 – 692).

публично-правовой схемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями. Исследован страховой механизм возмещения правомерно причиненного вреда.

Основные положения, выносимые на защиту

1. Доказано, что от выбранной модели противоправности напрямую зависит определение правомерности, следовательно, содержания понятия обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями. Тем не менее обосновано, что некоторые теории противоправности не могут быть использованы для целей установления ответственности, поскольку либо исходят из абстрактного критерия, размывающего пределы ответственности (субъективная теория противоправности поведения Ф. Ренсинга; субъективная теория противоправности результата Б. Габриэля, теория противоправности Х. Коциоля; теория противоправности Н. Янсена), либо предлагают устанавливать противоправность после причинения вреда определенным благам, что вызывает сложности при обосновании превентивных действий потерпевшего (объективная теория противоправности результата), либо приводят к появлению случайных императивных стандартов поведения и к проблемам в разграничении вины и противоправности (объективная теория противоправности поведения, теория противоправности как нарушения должной осмотрительности).

2. Автором разработана концепция противоправности, охарактеризовать которую можно следующим образом:

   1) Для установления противоправности при причинении вреда судье надлежит сопоставить три группы интересов: потерпевшего к безопасности, делинквента к свободе действий, а также общественные интересы. Соизмерение интересов в отличие от установившейся системы презумпции противоправности представляется более сложным механизмом определения противоправности;

2) При соизмерении интересов необходимо учитывать, во-первых, вид нарушаемого блага. Во-вторых, следует проанализировать вредоносное поведение делинквента. Ведь определенные виды деятельности, причиняющей вред, представляются общественно необходимыми. Здесь открывается возможность для активного использования инструментария экономического анализа деликтного права (стр. 70 – 89). А также требуется принимать к сведению личную свободу делинквента (например, выбор опасных видов спорта, которые вряд ли являются общественно необходимыми, тем не менее способствуют развитию личности);
3) В ситуациях, когда интересы потерпевшего к защите блага превалируют – поведение делинквента считается противоправным. Посредством индукции мы приходим от частного к общему – противоправности, после определения которой в отношении последующих дел со схожими фактическими обстоятельствами действует презумпция противоправности;
4) Со временем, дополнительным методом сопоставления интересов станет следование установленному ранее балансу интересов. Суд выявит наиболее типичные поведенческие обязанности на основании анализа нормативных актов и предшествующей практики, а затем появится возможность применить найденный стандарт в последующих делах.

3. Историко-догматический анализ обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, позволил автору охарактеризовать их развитие как последовательную эволюцию из области деликтного права в область обязательств *sui generis*. Обоснование правовой природы *sui generis* актуально, в первую очередь, для государства, когда оно выступает в качестве причинителя вреда. В отличие от деликтных обязательств: (1) объем возмещения правомерно причиненного вреда ограничивается лишь реальным

ущербом; (2) вина причинителя не имеет значения; (3) присуждение к возмещению не является мерой гражданско-правовой ответственности.

Автором аргументируется вывод о том, что обязательства вследствие причинения правомерного вреда нельзя считать обязательствами *sui generis*, а следует рассматривать как частный случай деликтных обязательств.

4. Доказано, что в обязательствах по возмещению вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, может быть обнаружена вина и противоправность поведения делинквента. Как противоправность, так и вина должны использоваться в качестве вспомогательных критериев при определении размера возмещения вреда, возникшего вследствие крайней необходимости.

5. Возникающая на практике проблема недокомпенсации в связи с возмещением вреда, причиненного правомерным поведением, должна решаться с помощью инструментария деликтного права. Коль скоро за возникающими вследствие причинения вреда правомерными действиями обязательствами нельзя признать статус *sui generis*, суду надлежит квалифицировать такое требование как деликтное, а когда установлено, что вред был причинен для устранения опасности – по правилам крайней необходимости, применение которых позволит исследовать сложные вопросы о принятых мерах по минимизации возможных неблагоприятных последствий.

Настоящий вывод особенно актуален, когда произведенное государством возмещение вреда, причиненного правомерными действиями, отклоняется от принципа полного возмещения. В таких случаях потерпевший вправе требовать возмещения в части, не покрытой государственной компенсацией.

6. Проблема недокомпенсации, возникающая при возмещении вреда, причиненного в ходе контртеррористической операции, может быть решена посредством страховой модели возмещения, представляющей собой уникальный механизм партнерства государства и частных страховщиков.

Суть обозначенной модели заключается в следующем: несмотря на оказываемую государством поддержку страховщикам при теракте, на последних остается значительная часть риска, что побуждает обращаться к инструментам частного перестрахования. Вместе с тем государство не взымает никаких сборов со страховщиков *ex ante*, а возмещает свои затраты *ex post* посредством дополнительных сборов с заключаемых в будущем договоров имущественного страхования. Обосновано, что такой механизм стимулирует рыночное ценообразование, а также способствует эффективной защите потерпевших.

Теоретическая значимость исследования. Результаты исследования способствуют развитию отечественной доктрины деликтного права. Выводы, сформулированные в диссертации, могут быть использованы для дальнейшего изучения обязательств из причинения вреда. Содержащийся в работе фактический материал может применяться в преподавательской деятельности.

Решение проблемы недокомпенсации, а также определение эффективного механизма возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, составляют **практическую значимость исследования.**

Хронологические рамки обусловлены задачами исследования. Выявление содержания противоправности заставляет нас обратиться к литературе XVIII – XIX вв., где активно дискутировалась проблематика деликтного права. XX век также представляется знаменательным для права причинения вреда. Усиление роли государства, позитивистские и нормативистские воззрения ученых оказали значительное влияние на становление доктрины противоправности, а также на разработку теории возмещения вреда, причиненного правомерными действиями. Со второй половины XX в. методология экономического анализа деликтного права приобретает все большую актуальность, и в результате соответствующие научные труды попадают в нашу орбиту исследования.

Требование практической актуальности предопределяет анализ доктрины, законодательства, судебной практики настоящего времени. В любом случае, мы проиллюстрируем значение дискуссий ученых XIX – XX вв. для XXI века, поскольку основные проблемы деликтного права так и не нашли своего решения, по крайней мере в отечественной доктрине.

Апробация результатов исследования. Результаты настоящего исследования отражены в статьях[114]. Обсуждение выводов настоящего исследования становилось предметом дискуссий на международных научных конференциях[115]. Апробация результатов исследования осуществлялась путем использования полученных выводов в преподавательской деятельности[116].

Диссертационное исследование обсуждалось на заседании Кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России 27.09.2021 г., протокол №2.

---

[114] Степанов С.К. Современные теории противоправности: швейцарский подход // Вестник гражданского права. № 1, 2021., Степанов С.К. Концепция вреда, причиненного правомерными действиями // Научное обозрение. Сер. 1 «Экономика и право», 2019. № 3–4., Степанов С.К. Институт страхования правового титула в России и США: сущность и перспективы развития // Юридическая наука, 2018. № 2., Stepanov S.K., Nektov A.V. Digital Forum as a Challenge to Jurisdiction of Modern State // Current Achievements, Challenges and Digital Chances of Knowledge Based Economy. Cham, 2021.

[115] 5th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM 2018. SGEM Florence Scientific Sessions (23 – 26 октября 2018 г.). Флоренция, Италия. Тема доклада: «Principle of full compensation in Tort law»; Международный научный форум студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов - 2018» секция «Юриспруденция» (10-12 апреля 2018 г.). Москва, Россия. Тема доклада: «Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями»; Частное право как платформа для сотрудничества (19 октября 2017 г.). Москва, Россия. Тема доклада: «Принцип полного возмещения в деликтном праве (к вопросу о возмещении «штрафных» убытков)».

[116] В рамках курса «Гражданское право», преподаваемого в 2019 – 2020 гг. в Московском государственном институте международных отношений (Университете) МИД России. В рамках курса «Сравнительное обязательственное право» прочитана лекция на тему: «Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями» (10 апреля 2020 г.).

Глава 1. Дихотомия противоправности и правомерности. Значение противоправности в качестве условия ответственности в европейском деликтном праве

1.1. Субъективная теория противоправности

Исторической предпосылкой возникновения теории считается текст французской редакции ст. 50 Швейцарского обязательственного закона (далее – ШОЗ) от 14 июня 1881 г., которая содержала следующую оговорку: «Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, est tenu de le réparer» [Тот, кто без законных к тому оснований причинит другому лицу вред, обязан возместить его]. Из словосочетания «без законных оснований» (*sans droit*) в тексте Закона был сделан вывод, что любое вредоносное поведение само по себе является противоправным, а делинквент должен доказать законные основания для причинения вреда[117].

Основной акцент субъективной теории делается на обстоятельствах, исключающих противоправность. В современном швейцарском праве сторонники субъективного подхода опираются на ст. 28 Гражданского кодекса Швейцарии (далее – ГКШ), согласно которой каждый, кому был причинен противоправный вред, имеет право обратиться в суд с требованием о возмещении вреда (п. 1). В дополнение к этому уточняется, что причинение вреда является противоправным в ситуациях, когда отсутствовали следующие обстоятельства, исключающие противоправность: согласие потерпевшего, приоритет иных частных и общественных интересов, иные, предусмотренные законом основания (п. 2)[118].

Важным практическим следствием применения субъективной теории является перераспределение бремени доказывания. По швейцарскому праву бремя доказывания вины лежит на потерпевшем, тогда как делинквент должен представить доказательства отсутствия противоправности. Иными

---

[117] Verde M. Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht // Jusletter 18. 2016. S. 5.

[118] Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2020) [Электронный ресурс]. URL: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html (дата обращения: 23.03.20)

словами, в рамках рассматриваемой теории любое поведение, причиняющее вред, *prima facie* считается противоправным до тех пор, пока делинквентом не будет доказано наличие обстоятельств, исключающих неправомерность.

Таким образом, элемент противоправности ограничивается отсутствием оснований для правомерного причинения вреда и, соответственно, является отрицательным элементом правонарушения[119].

В швейцарской доктрине существует два направления субъективной теории, когда противоправность определяется либо (1) по поведению причинителя вреда, либо (2) по результату[120].

Основоположником субъективной теории противоправности поведения считается Ф. Ренсинг, который описывал правопорядок как систему дозволений и запретов[121]. При этом недостаточно не нарушать запрет, чтобы поведение считалось правомерным, необходимо доказать наличие права на определенное вредоносное поведение[122]. Ф. Ренсинг понимает обстоятельства, исключающие противоправность, как право на причинение вреда, основанное на нормах закона[123], которое должно осуществляться добросовестно[124]. При этом установлен запрет осуществления права с единственной целью – причинить вред[125]. Подход Ф. Ренсинга позволяет отвлечься от проблемного разграничения активного поведения и бездействия, поскольку любое поведение, причиняющее вред, противоправно, если отсутствует право лица на причинение вреда[126].

Таким образом, представленная концепция предполагает две стадии определения противоправности поведения. На первом этапе выясняется,

---

[119] Burckhardt Chr. Op. Cit. S. 469 ff.
[120] Roberto V. Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens // Aktuelle Juristische Praxis /Pratique Juridique Actuelle. Bd. 8. 1999. S. 518.
[121] Rensing F. Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatz-Grund. Freiburg: Lectionum Universitate Friburgensi. 1892. S. 12 ff; критика подхода см.: Gmür M. Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar? // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Bd. 22. 1903. S. 621, и в Tuhr A. Literaturanzeigen: Rensing, F. Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund ... // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Bd. 12. 1893. S. 327.
[122] Rensing F. Op. cit. S. 13, 19, 39.
[123] Ibid. S. 13 ff.
[124] Ibid. S. 40.
[125] Gabriel B. Op. cit. N. 352 ff.
[126] Tuhr A. Op. cit. S. 327

имело ли лицо право на причинение вреда (субъективное право и его пределы), а на втором – является ли причинение вреда шиканой.

Субъективная теория противоправности поведения подверглась жесточайшей критике, поскольку исходит из принципа «что не разрешено, то запрещено»[127]. По мнению П. Видмера, такой подход совершенно не коррелирует с либеральной политической организацией общества[128], в основе которой лежит идея баланса между безопасностью и свободой.

Второе направление – субъективная теория противоправности результата – было представлено Б. Габриэлем и подробно описано М. Гмюром[129]. Противоправность здесь мыслится как нарушение общего запрета на причинение вреда (*neminem laedere*)[130]. Поведение лица считается противоправным, если только причинитель вреда не докажет наличие обстоятельств, исключающих противоправность. Кроме того, не имеет значения, какое право потерпевшего нарушено (абсолютное или относительное)[131]. Как видно, отличие этого подхода от концепции Ф. Ренсинга заключается в смещении основного акцента при установлении противоправности. Если Ф. Ренсинг особое внимание уделял анализу права на причинение вреда, то Б. Габриэль и М. Гмюр сосредотачиваются на нарушении общего запрета (*neminem laedere*).

Теория Б. Габриэля также имеет ряд недостатков. К примеру, сложно объяснить необходимую оборону и крайнюю необходимость как превентивные действия потерпевшего. Ведь потенциальный потерпевший должен дождаться, когда ему будет причинен вред, прежде чем устранить угрожающую опасность. Если в рамках объективной теории противоправности результата возможно обосновать неправомерность не только при нарушении прав потерпевшего, но уже при существенной

---

[127] Gmür M. Op. cit. S. 621.
[128] Widmer P. Schaden – Haftung –Versicherung // Handbücher für die Anwaltspraxis. Bd. 5. Basel, 1999. N. 2.46.
[129] Gabriel B. Op. cit. N 843; критику см.: Gmür M. Op. cit. S. 621.
[130] Cartier M. Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. Dissertation der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft. Nr. 3287. FL. 2007. S. 9.
[131] Gabriel B. Op. cti. N 843; Gmür M. Op. cit. S. 621.

угрозе[132], то при субъективной теории на пути ее признания возникают доктринальные препятствия, главное из которых – умножение сущностей. Иначе говоря, для каждого превентивного действия потенциального потерпевшего против вероятного причинения вреда суду необходимо будет дедуцировать новые обстоятельства, исключающие противоправность. Во многом это положение обусловлено неопределенным характером запрета *neminem laedere*[133]. Господствующей следует признать точку зрения, согласно которой логически и юридически нарушение субъективного права в состоянии совершить адресат обязанности, корреспондирующей этому праву[134]. Выходит, что для каждого случая причинения вреда требуется обосновать определенное превентивное действие потерпевшего. При нарушении права собственности – потерпевший вправе действовать в состоянии необходимой обороны против такого посягательства, при причинении вреда здоровью – вновь у потерпевшего возникает аналогичное право и т.д.

Б. Габриэль, отвечая на такую критику, предлагает выделять три группы обстоятельств, формально соответствующих п. 2 ст. 28 ГКШ: (1) согласие потерпевшего; (2) основания, предусмотренные законом (необходимая оборона, крайняя необходимость, самопомощь); (3) преимущество иных частных и общественных интересов[135]. При детальном рассмотрении это деление помогает в систематизации обстоятельств. Более того, ученый выдвигает тезис о типичных случаях, которые почти всегда являются основаниями для исключения противоправности[136], например оказание первой помощи лицам при несчастных случаях.

Впрочем, нельзя отрицать и тот факт, что в конечном счете все основания требуют всестороннего взвешивания общественных и частных

---

[132] Verde M. Op. cit. S. 13.
[133] В отечественной литературе на это обращает внимание К. И. Скловский. См.: Скловский К. И. Сделка и ее действие (4-е изд., доп.). Коментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. М.: Статут, 2019. С. 241.
[134] Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012. С. 29—30, 36—39.
[135] Gabriel B. Op. cit. N. 830.
[136] Ibid. N. 351.

интересов. К примеру, противоправность исключается, если вред причинен с согласия потерпевшего, однако, если поведение делинквента нарушает нравственные принципы общества, то такое согласие нельзя признать обстоятельством, исключающим противоправность.

Необходимая оборона как обстоятельство, исключающее противоправность, также характеризуется всесторонним взвешиванием интересов потерпевшего и делинквента[137]. При крайней необходимости причинение вреда допускается только в том случае, если под угрозой находился интерес, имеющий более высокую ценность[138].

В каждом конкретном случае судье приходится проводить своеобразный тест, определяющий, какие интересы требуют защиты.

Представители либеральной традиции справедливо критикуют субъективную теорию противоправности результата, поскольку в соответствии с таким подходом в области юридически индифферентного поведения создаются бесчисленные полномочия, которые чрезмерно перегружают картину правопорядка[139]. На этот аргумент Б. Габриэль отвечает, что противоправным считается только вредоносное поведение, запрещенное на данный момент[140].

Вторым проблемным аспектом субъективной теории противоправности результата является обоснование противоправности бездействия, посредством которого произошло причинение вреда. Дело в том, что понятие противоправности в субъективной теории раздваивается. С одной стороны, противоправность активного поведения определяется как отсутствие обстоятельств, исключающих противоправность. С другой – противоправность бездействия заключается в нарушении обязанности действовать.

---

[137] Honsell H. Op. cit. § 5, N. 7.
[138] Ibid. § 5 N 13.
[139] Tuhr A., Peter H. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 1 Bd. 3. Aufl. Zürich, 1979 – 1984. S. 408.
[140] Gabriel B. Op. cit. N. 843.

Таким образом, для определения противоправности применяются два различных критерия в зависимости от поведения причинителя вреда. С практической точки зрения это означает, что при активном поведении делинквент должен предоставить доказательства обстоятельств, исключающих противоправность. В свою очередь, при бездействии на потерпевшем лежит бремя доказывания нарушения обязанности действовать.

Основной довод против субъективной теории результата заключается, по нашему мнению, в другом. Представляется неудовлетворительным то, что причинитель вреда будет нести ответственность не только в случаях, когда отсутствовали обстоятельства, исключающие противоправность (противоправное поведение), но и в ситуациях, когда он не сможет доказать наличие этих обстоятельств, а именно, когда у причинителя вреда отсутствует возможность убедить судью в том, что его интересы обладают большей ценностью по сравнению с интересами потерпевшего или общества в целом. Дополнительная вероятность привлечения к ответственности оказывает пагубное воздействие на экономические стимулы делинквента[141].

Интересным выглядит соотношение вины, понимаемой как отклонение от должного стандарта осмотрительности, и субъективной противоправности. Б. Габриэль заявляет, что при соблюдении должного стандарта осмотрительности, лицо не может быть привлечено к ответственности[142]. Как мы уже отмечали, по швейцарскому праву бремя доказывания вины лежит на потерпевшем, тогда как делинквент должен представить доказательства отсутствия противоправности. Если поведение причинителя вреда не является упречным, возникает вероятность того, что ответчик и истец будут доказывать одни и те же обстоятельства[143]. Другими словами, субъективная теория противоправности приводит к тому, что делинквент в некоторых случаях должен доказать отсутствие вины и

[141] Shavell. S. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One: Accident Law. Ch. 4.
[142] Gabriel B. Op. cit. N 660. Здесь Б. Габриэль, очевидно, отступает от жесткого следования субъективной теории противоправности в пользу объективной теории, в частности, теории противоправности поведения. Одним из самых сложных доктринальных вопросов объективного подхода является разграничение вины и противоправности.
[143] Cartier M. Op. cit. S. 24.

противоправности. Такое перераспределение бремени доказывания облегчает положение потерпевшего, что может негативно сказаться на стимулах к принятию надлежащих мер предосторожности[144].

В рамках обозначенного подхода весьма любопытным является разграничение деликтной и договорной ответственности. Ведь противоправность любого вреда позволяет, с одной стороны, с легкостью обосновать возмещение чисто экономических убытков, а с другой – приводит к смешению ответственности за причинение вреда и нарушение договора[145]. Основным отличием, по мнению швейцарских ученых, является изменение бремени доказывания. Так, при нарушении договора кредитор доказывает факт нарушения, а лицо, нарушившее обязательство, – отсутствие вины, в то время как при причинении вреда потерпевший должен доказать вину, а делинквент – наличие обстоятельств, исключающих противоправность[146].

Таким образом, критика субъективной теории состоит в том, что приходится искать все новые и новые основания, исключающие противоправность. По причине того, что представляется невозможным достичь какой-либо определенности относительно таких оснований, это приводит к затруднительности реализации превентивной функции деликтной ответственности.

Впрочем, несомненными преимуществами описанного подхода являются легкость в обосновании взыскания чисто экономических убытков, а также тот факт, что противоправность в значительной степени сводится к взвешиванию интересов судьей.

1.2. Объективная теория противоправности

В основе объективного подхода лежит принцип – «разрешено все, что не запрещено»[147]. Федеральный суд Швейцарии неоднократно указывал, что противоправность как необходимое условие деликтной ответственности,

---

[144] Shavell. S. Op. cit. Ch. 4. Более подробно о стимулах делинквента и потерпевшего см. § 1.5 настоящего диссертационного исследования.
[145] Ср.: Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht I. 1 Bd.: Allgemeiner Teil. § 4 N 14.
[146] Cartier M. Op. cit. S. 29.
[147] Oftinger K. Schweizerisches Haftpflichtrecht. 1. Bd: Allgemeiner Teil. Zürich. 1940. § 4 N 9.

возникает, когда делинквент нарушает какое-либо абсолютное право потерпевшего (противоправность результата) либо предписание нормы (противоправность поведения)[148]. Таким образом, противоправность мыслится здесь как *contra ius*[149] и понимается в двух формах.

Исторически первым подходом считается теория результата, получившая нормативный импульс в п. 1 § 823 Германского гражданского уложения (далее – ГГУ). Причинение вреда жизни и здоровью, посягательство на свободу, собственность или иное право другого лица автоматически означают противоправность[150]. Из самой природы абсолютно защищаемых благ (против всех) вытекает запрет на причинение вреда[151].

В ШОЗ нет перечня абсолютных прав, нарушение которых автоматически приводит к возникновению противоправности, как в Германии. Тем не менее в доктрине и практике таковыми считаются: жизнь и право на жизнь; физическая и психическая целостность; собственность; ограниченные вещные права; право интеллектуальной собственности. Согласно господствующему воззрению, владение также подлежит абсолютной защите[152].

Со временем стало очевидным, что существующий перечень абсолютных прав не удовлетворяет потребностям оборота. В Германии это привело к тому, что в 1954 г. Верховный федеральный суд впервые принял решение, согласно которому вся совокупность прав личности признавалась в качестве «иного права» по смыслу п. 1 § 823 ГГУ[153]. Другой пример касается разработанного судами «права на основание и ведение коммерческого

---

[148] BGE 115 II 15 (18) E. 3a; 82 II 25 (28) E. 1; zudem bspw. решения Федерального суда Швейцарии 2C_834/2009 от 19.10.2010 № 2C_834/20099, E. 2.2; от 28.01.2000 № 4C.296/1999, E. 1a; BGE 119 II 127 (128) E. 3; 33 II 564 (568) E. 3.

[149] Verde M. Op. cit. S. 6.

[150] Markesinis B., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. 4th ed. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002. P. 79.

[151] Merz H. Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem // Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1955. 91bis. S. 309.

[152] Verde M. Op. cit. S. 6.

[153] Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2 т. Т. 1. Основы. Т. 2. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. М.: Международные отношения, 2010. С. 607.

предприятия», во многом предназначенного для обоснования взыскания чисто экономических убытков, причиненных коммерческой организации[154].

В практике швейцарских судов проблемы возникли с определением прав личности. К примеру, для разграничения чести, деловой репутации, неприкосновенности частной жизни практикой были сформированы типичные составы правонарушений[155]. Кроме того, схожие препятствия наблюдаются и при рассмотрении дел, касающихся прав интеллектуальной собственности. В связи с этим как закон, так и судебная практика разделяют казуистический подход, перечисляя конкретные нарушения[156], без установления содержания соответствующих прав.

Трудности применения теории результата возникают в тех ситуациях, когда причинение вреда является лишь косвенным следствием активного поведения делинквента. Поскольку противоправность связана с наступлением вреда, т. е. значение имеет анализ *ex post*, различие между косвенными или прямыми убытками не играет роли[157]. Если правопорядок объявляет любое умаление абсолютного права противоправным, то в соответствии с адекватной теорией причинно-следственной связи[158] каждое действие служит причиной вреда. Ежегодно некоторое количество людей погибает в дорожно-транспортных происшествиях. Зная статистику, любой производитель автомобилей может рассчитать количество смертей, исходя из занимаемой им доли на автомобильном рынке[159]. Так как деятельность по производству машин является активной, с точки зрения теории результата

---

[154] Markesinis B., Unberath H. Op. cit. P. 71 – 74.

[155] Roberto V. Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens. S. 519.

[156] Portmann W. Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht // Schweizerische Juristen-Zeitung. Bd. 93. 1997. S. 278.

[157] Различие между косвенными и прямыми убытками относится к причинно-следственной связи. (см.: Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. Zürich, 2002. N. 265; Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. С. 137, 138 и далее).

[158] «Согласно адекватной теории причинная связь есть созданное наблюдением представление о нормальном обычном ходе вещей, т.е. представление о неизбежности или вероятности результата после известного события. Путем обобщающего наблюдения (т.е. не связанного особенностями конкретного случая) возможно прийти к выводу, что за известными явлениями следуют с некоторой частотой известные изменения, и определить то условие, которое заставляет с некоторым правдоподобием ждать результата, однородного с наступившим» (Михайлов В. С. Причинно-следственная связь как условие деликтной ответственности: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Владимир Сергеевич Михойлов. М., 2021. С. 34.).

[159] Следовательно, причина не может быть неадекватной (см.: Markesinis B., Unberath H. Op. cit. P. 82).

она может быть представлена в качестве противоправной в случаях нарушения абсолютного права. Соответственно, без дополнительного критерия в виде анализа поведения причинителя вреда едва ли удастся найти приемлемое решение, чтобы исключить ответственность производителя.

Наличие неопределенности до возникновения вреда приводит к тому, что одни и те же действия рассматриваются по-разному в зависимости от более поздних событий[160]. К примеру, поведение делинквента, который намеревался выстрелить в потерпевшего, но по какой-то причине промахнулся, правомерное[161]. Стимулирует ли такое решение к принятию надлежащих мер предосторожности? Коль скоро противоправность не может быть определена на стадии *ex ante*, не обеспечиваются ни правовая определенность, ни превентивная функция ответственности, что, безусловно, имеет пагубное воздействие.

Установление противоправности *ex post* приводит к невозможности осуществления потерпевшим самозащиты. В соответствии с преобладающей в доктрине и практике позицией, действия в условиях необходимой обороны реализуются в ответ на противоправное причинение вреда[162]. Из положений теории результата следует, что потерпевший должен дождаться причинения вреда, чтобы его защитные действия считались правомерными. В связи с этим швейцарские ученые расширяют область защиты абсолютных прав до вероятной угрозы[163]. Вряд ли такое решение можно признать удовлетворительным, поскольку это еще больше размывает границы абсолютных прав. К примеру, выезд из гаража собственника был временно загорожен автомобилем соседа – существуют ли основания утверждать, что последний нарушил право собственности; вправе ли собственник действовать в состоянии необходимой обороны? В доктрине принято

---

[160] Portmann W. Op. cit. S. 275.

[161] Engisch K. Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin. 1930. S. 337 (цит. по Verde M. Op. cit. S. 21).

[162] Portmann W. Op. cit. S. 275.

[163] Schwenzer I. Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Bern, 2003. N. 50.07; Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1. 2 Bd. 1 Teilband (II/1). § 16, N. 45; Bosshard E. Op. cit. S. 112.

считать, что непродолжительное ограничение – не является нарушением права собственности[164]. Выходит, требуется принимать во внимание интенсивность и продолжительность нарушения, что означает невозможность надлежащего обоснования правомерности действий потерпевшего в условиях необходимой обороны посредством теории результата, а требует анализа поведения, следовательно, обращения к теории противоправности поведения.

Проблемы в применении концепции результата также возникают при причинении вреда бездействием. Дело в том, что из природы абсолютного права можно вывести лишь запрет на активное причинение вреда[165], напротив, при бездействии противоправность возникает, когда нарушается норма права[166] или добрые нравы[167], предписывающие определенные действия в пользу потерпевшего[168].

Бездействие, нарушающее предписание нормы права, представляет собой также отступление от должной осмотрительности[169]. Следовательно, оно приводит к совпадению двух условий ответственности – противоправности и вины в объективном значении.

Такое обстоятельство, исключающее противоправность, как согласие потерпевшего, также встречает ряд доктринальных препятствий в обосновании. К примеру, нарушение физической целостности пациента – сопутствующий эффект медицинского вмешательства. С точки зрения теории результата поведение врача автоматически противоправно. В Германии для решения указанного парадокса была разработана концепция информированного согласия, т. е. противоправность исключается, если врач докажет, что предоставил пациенту всю необходимую информацию, а его

---

[164] Merz H. Op. cit. S. 311.
[165] Honsell H. Op. cit. § 4, N. 35.
[166] BGE 116 Ib 367, 374 (Erw. 4c).
[167] BGE 80 II 26, 39 (Erw. 5a).
[168] BGE 118 Ib 473, 476 f. (Erw. 2b); BGE 118 II 502, 506 f. (Erw. 3); BGE 116 Ib 367, 374 (Erw. 4c); BGE 115 II 15, 19 (Erw. 3b).
[169] BGE 124 III 297, 300 (Erw. 5b).

действия удовлетворяют должной осмотрительности[170]. Аналогичного подхода придерживаются и в Швейцарии[171]. Однако такой вывод исходит из понимания противоправности как нарушения поведенческого стандарта, а не как результата.

Помимо вышеперечисленных недостатков теории результата, существует весьма популярный аргумент против такого подхода: правовая норма оказывает воздействие на поведение лица, в то время как результат является лишь критерием оценки противоправности[172].

Со временем от жесткого следования теории результата отошли посредством выведения из природы абсолютных прав нормы поведения *neminem laedere*, содержание которой только лишь в начале XXI в. в швейцарской доктрине уточнили М. Келлер и С. Габи, выделив пять компонентов: (1) запрет на причинение смерти и (2) нарушение физической и духовной целостности, а также на (3) причинение вреда личности и (4) умаление права собственности и других имущественных прав, (5) обязанность действовать добросовестно[173]. По своей сути такой подход мало отличается от вышеобозначенного, причем единственным преимуществом последнего представляется беспрепятственное взыскание чисто экономических убытков.

В швейцарской доктрине сложилась уникальная ситуация: с одной стороны, ученые продолжали настаивать на применении теории результата, с другой – в определенных случаях противоправность обосновывалась нарушением нормы *neminem laedere*[174].

Кардинальным образом положение изменилось в 1950–60х гг., благодаря успешной критике теории результата выдающимися немецкими

---

[170] Markesinis B., Unberath H. Op. cit. P. 80.
[171] Cartier M. Op. cit. S. 51.
[172] Larenz K., Canaris C-W. Op. cit. §75 II 3 b. (цит. по Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. P. 173). В отечественной литературе см.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 141. Ученый отмечает: «Право регулирует общественные отношения, т. е. отношения между людьми. Лишь человеческое поведение может быть правомерным или неправомерным».
[173] Keller M., Gabi S., Gabi K. Haftpflichtrecht. 3. Aufl. Basel, 2012. S. 47
[174] Merz H. Op. cit. S. 309

учеными, среди которых были Э. Кеммерер, Й. Эссер, А. Шмидт[175]. По их мнению, противоправность следовало определять, анализируя поведение делинквента, отклонившееся от определенного императивного стандарта[176]. Такая концепция опирается на п. 2 § 823 ГГУ, предусматривающий обязанность лица, которое нарушило закон, направленный на защиту другого, возместить потерпевшему причиненный вред. К примеру, вред, который был причинен новым кредиторам банкрота по причине того, что директор не подал вовремя заявление о банкротстве юридического лица, подлежит взысканию с директора, поскольку норма об обязанности директора своевременно подать заявление о банкротстве юридического лица была истолкована так, что она имеет защитный эффект в пользу кредиторов, которые появились у юридического лица после того как директор должен был подать заявление о банкротстве[177].

Основная задача теории противоправности поведения заключается в нахождении и определении норм защиты[178]. Немецкий подход постулирует приоритет закона, в то время как швейцарская доктрина и практика в качестве источника императивных стандартов поведения признают всю правовую систему в целом: публичное и частное право, обычаи и др.[179] Особое место среди источников занимает судебная практика, что обусловлено, прежде всего, бурным развитием технологий, появлением новых общественных отношений, регулировать которые законодательному органу не всегда удается вовремя[180]. Иными словами, императивные стандарты поведения нередко устанавливаются судами при разрешении конкретных дел.

---

[175] Markesinis B., Unberath H. Op. cit. P. 81.
[176] Ibidem.
[177] Ягельницкий А.А. Ответственность за недостоверное заявление. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11.05.2018 N 306-ЭС17-18368 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 8. С. 27 – 38.
[178] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 43. Под нормами защиты следует понимать нормы, содержащие императивный стандарт поведения, отклонение от которого свидетельствует о противоправности поведения.
[179] Merz H. Op. cit. S. 308.
[180] Bar Ch. Op. cit. N. 224.

Судья на первом этапе должен установить круг возможных норм защиты и их цели, после чего надлежит проверить, применяются ли они в данном случае. В доктрине были разработаны требования для ограничения усмотрения суда, в частности, ему надлежит определить, кому адресована норма, какие права и от какого нарушения она должна защищать[181].

При установлении круга лиц необходимо отличать нормы, направленные на защиту общества в целом, от норм, имеющих конкретных адресатов. При нарушении первых делинквент будет привлечён к уголовной или дисциплинарной ответственности. Признается, что нормы Закона о национальной обороне, Закона об охране природы и Закона о регулировании цен направлены на защиту общества, следовательно, в случае их нарушения потерпевший не может обратиться с иском о возмещении вреда от своего имени[182]. Он вправе требовать возмещения вреда, когда такие нормы отражают совокупность индивидуальных интересов. Например, нарушение безопасности дорожного движения, санитарно-эпидемиологических правил[183].

В некоторых случаях суд самостоятельно устанавливает круг лиц, для защиты которых предназначена норма. В частности, Федеральный суд Швейцарии постановил, что нормы Закона о банковском надзоре защищают исключительно кредиторов, а не банки. Следовательно, банк не может требовать возмещения вреда, когда Швейцарская конфедерация нарушила обязанности по надзору[184].

Нормы защиты необходимы для ограничения конкретного типа вредоносного поведения[185]. Однако специфика фактических обстоятельств может означать, что вред был причинен действиями, носящими вынужденно оборонительный характер. В этом случае определение противоправности происходит в два этапа: вначале противоправность поведения описывается

---

[181] Gabriel B. Op. cit. N. 251; Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 66.
[182] Cartier M. Op. cit. S. 65.
[183] Merz H. Op. cit. S. 320.
[184] BGE 106 Ib 357, 362 (Erw. 2c).
[185] Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht I. 1. Bd.: Allgemeiner Teil. § 4 N. 41.

абстрактно, затем, если наличествуют признаки обстоятельств, исключающих ее, фиксируется правомерность действий. Таким образом, поведение анализируется несколько раз, что вызывает серьезные возражения в научной среде[186].

Федеральный суд Швейцарии рассматривает вопрос о цели защиты нормы при установлении причинно-следственной связи[187], тем не менее в доктрине её выявление происходит в рамках определения противоправности[188].

В действительности же применение теории поведения приводит к появлению случайных императивных стандартов[189], что превращает поиск основания для привлечения к ответственности в лотерею. Так, критику встречает подход Федерального суда Швейцарии о взыскании чисто экономических убытков на основании ст. 239 Швейцарского уголовного кодекса «Нарушение деятельности предприятий, которые служат общественным интересам» по делам о повреждении кабеля[190], поскольку цель нормы, а также круг лиц, на защиту которых она направлена, понимаются весьма широко. Утверждается, что судьи в данном случае понимают под целью нормы то, что они сами ранее интерпретировали в качестве таковой, т.е. совершают логический круг в определении противоправности[191].

---

[186] Cartier M. Op. cit. S. 75 – 76.

[187] BGE 94 I 628, 643 (Erw. 5). В отечественной литературе теорию цели нормы как модификацию теории адекватной причинно-следственной связи рассматривал С. В. Назариков (Назариков С. В. Некоторые теоретические и практические аспекты причинно-следственной связи в контексте деликтной ответственности Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. М.: Т. 2. 2018. С. 181 – 182.).

[188] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 203; Rey H. Ausservertragliches Haftpflichtrecht. 3 Aufl. Zürich 2003, N. 702a.

[189] Kramer E. „Reine Vermögensschäden“ als Folge von Stromkabelbeschädigungen // Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis. 1984. S. 133.

[190] BGE 102 II 85, 88 (Erw. 5); критика см.: Gauch P. Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts // Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis. 1996. S. 232. Здесь и далее по тексту под «делами о повреждении кабеля» понимаются дела, в которых истец был отключен от объектов электросети третьим лицом, в то время как у истца имелись договор о присоединении к электрическим сетям и договор энергоснабжения.

[191] Roberto V. Op. cit. N 74; Kramer E. Op. cit. S. 133.

Во многом из-за возрастающего числа исков о возмещении чисто экономических убытков и негативного отношения научного сообщества к их обоснованию в доктрине было предложено различать абсолютные нормы, направленные на защиту абсолютных прав, и «полицейские» нормы (к примеру, правила дорожного движения)[192]. Отклонение от первых свидетельствует о противоправности, нарушение последних принимается во внимание при исследовании вины. Несмотря на вышеобозначенное деление, Федеральный суд Швейцарии принял решение, согласно которому нарушение «полицейских» норм, направленных на защиту абсолютного права, говорит не только о вине делинквента, но и о противоправности поведения[193]. Следовательно, возникает проблема разграничения вины в объективном значении и противоправности. Получается, что поведение делинквента проверяется дважды по одному критерию. С одной стороны, устанавливается нарушение императивного стандарта, с другой – анализируется соответствие поведения должной осмотрительности[194]. При этом нарушение нормы защиты указывает одновременно как на противоправность, так и на вину.

В. Портманн, однако, проводит следующее различие: при установлении противоправности фактическое поведение делинквента соизмеряется с поведением, абстрактно предписанным нормой права, в то же время не учитываются такие элементы, как предотвратимость и предвидимость последствий. В контексте определения вины поведение делинквента соотносится с гипотетическим поведением среднего лица в конкретной ситуации. Например, водитель из-за неисправного спидометра не знает, что едет с превышением скорости. Поведение водителя противоправно, но так как даже среднее лицо не смогло бы узнать о превышении скорости в данной ситуации, он действует без вины[195].

---

[192] Cartier M. Op. cit. S. 73.
[193] BGE 113 Ib 420, 423 (Erw. 2).
[194] Honsell H. Op. cit. § 6, N. 21.
[195] Portmann W. Op. cit. S. 279.

Х. Кациоль также указывает на трудности в разграничении вины в объективном смысле и противоправности поведения. Решение видится ученому в переосмыслении концепции вины в пользу субъективного представления[196].

В свою очередь, Х. Хонселл предлагает определять вину как способность лица понимать значение и последствия своих действий, а противоправность как нарушение объективного стандарта должной осмотрительности[197].

Для швейцарского права разграничение вины и противоправности особенно актуально, поскольку в качестве источника императивных стандартов поведения выступают нормы не только частного, но и публичного права (в частности, уголовного и административного).

Отдельно следует остановиться на противоправности как условии ответственности за причинение вреда источником повышенной опасности. Во многих случаях при таком причинении вреда норма защиты не нарушается. Из этого делается вывод о том, что противоправность не является условием возмещения вреда, причиненного источником повышенной опасности. В частности, этот подход разделяют цивилисты Германии[198], Австрии[199] и некоторые швейцарские ученые[200]. Делинквент несет обязанность по возмещению вреда не за противоправное поведение, а за реализацию правомерного риска[201]. Однако наиболее распространенная точка зрения в швейцарской доктрине признает противоправность в качестве неотъемлемого условия ответственности[202]. При этом за основу берется не

---

[196] Koziol H. Op. cit. P. 176. Анализ концепции противоправности Х. Кациоля приведен в § 1.3. настоящего диссертационного исследования.

[197] Honsell H. Op. cit. § 6 N 21.

[198] Enneccerus L., Nipperdey H. C. Op. cit. S. 1341; Fuchs M. Op. cit. S. 234; Larenz K., Canaris C.-W. Op. cit. S. 610.

[199] Ehrenzweig A., Ehrenzweig A. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abteilung, Allgemeine Lehren / Bearb. von H. Mayrhofer. 3. Aufl. Wien, 1986. S. 289.

[200] Bosshard E. Op. cit. S. 50; Chappuis Ch., Werro F. La responsabilité civile: à la croisée des chemins // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Bd. 122. 2003. S. 285.

[201] Nipperdey H. C. Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht // Neue Juristische Wochenschrift. Bd. 10. 1957. S. 1778.

[202] Gauch P. Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts // Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis. Bd. 14. 1996. S. 234; Gross J. Schweizerisches Staatshaftungsrecht. 2. Aufl. Bern, 2001. S. 184; Jaun M.

теория поведения, а концепция результата[203]. Предположим, на проезжую часть перед движущимся автомобилем внезапно выбегает человек. С момента причинения вреда здоровью такому нерадивому лицу – поведение автомобилиста будет автоматически считаться противоправным, руководствуясь теорией результата. Но верно ли такое рассуждение? Ведь эксплуатация автомобиля признается правомерной. В доктрине предлагают весьма любопытное решение: поведение причинителя вреда в момент аварии нельзя признавать противоправным, вместе с тем возникший вред является незаконным, поскольку эксплуатация автомобиля повлекла умаление абсолютного права потерпевшего[204]. Впрочем, этот вывод нельзя признать удовлетворительным, поскольку получается, что возможно помыслить противоправный результат правомерного поведения[205].

Таким образом, теория противоправности поведения обладает рядом недостатков, которые заставляют усомниться в необходимости ее практического применения. С легкостью справляясь, например, с обоснованием ответственности за бездействие, подход порождает еще большие проблемы в разграничении вины и противоправности, затрудняет анализ поведения в ситуациях, когда наличествуют обстоятельства, исключающие противоправность, а также приводит к увеличению административных издержек при рассмотрении судом вопроса об установлении противоправности[206].

Подводя итог рассмотрению объективной теории, следует остановиться на важном доктринальном замечании по поводу взыскания чисто

Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung: Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen // Bern. 2007. S. 271.

[203] BGE 112 II 118 (128) E. 5e; BGE 116 II 480 (491 f.) E. 5. Интересно, что в отечественной цивилистике такую позицию высказал М. М. Агарков. С одной стороны, ученый утверждал, что лишь поведение лица может быть либо противоправным, либо правомерным. Несколько позднее цивилист заявлял, что необходимо различать правомерное поведение по эксплуатации источника повышенной опасности и противоправный вред, причинённый его использованием. Здесь видна апелляция к теории результата (см.: Агарков М. М. Указ. соч. С. 141 – 151). Последовательно критикует такую позицию Н. Янсен (см.: Jansen N. Op. cit. S. 520).

[204] Verde M. Op. cit. S. 20 – 21.

[205] Enneccerus L., Nipperdey H. C. Op. cit. S. 1284.

[206] О понятии административных издержек см.: Shavell. S. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One: Accident Law. Ch. 6. P. 4.

экономических убытков. Дело в том, что понимание противоправности в качестве единства результата и поведения, приводит к своеобразной дискриминации возмещения чисто экономических убытков, ведь смысл различия в конечном счете видится лишь в том, какие права потерпевшего нарушены. Коль скоро поведение делинквента привело к умалению абсолютных прав, противоправность согласно теории результата определяется автоматически. Напротив, когда лицо претерпевает чисто экономические убытки, в соответствии с концепцией поведения установить противоправность нелегко. В швейцарской доктрине догматическое различие подходов к возмещению вреда, причиненного имущественным или абсолютным правам потерпевшего, никогда не проводилось[207]. Однако на практике Федеральный суд Швейцарии, рассматривая дела о повреждении кабеля, разрешал вопрос о противоправности, основываясь на том, кому принадлежал кабель. Если он находился в собственности организации – потребителя электроэнергии, противоправность обосновывалась нарушением права собственности[208], в то же самое время, когда правом собственности обладала электроснабжающая организация, то для выявления противоправности требовался нарушенный императивный стандарт поведения[209]. В отсутствие такого стандарта чисто экономические убытки возмещению не подлежат. Следовательно, применение объективного подхода приводит к различному рассмотрению схожих фактических обстоятельств[210]. Получается, защита потерпевшего зависит даже от незначительного изменения в имущественных отношениях. Такие условия вынуждают судей для нахождения справедливого решения выводить все новые императивные стандарты поведения. В то же время научное сообщество пытается ограничить судебное усмотрение, предлагая

[207] Schönenberger B. Die Dritte Widerrechtlichkeitstheorie // Haftung und Versicherung / Responsabilité et Assurance. Bd. 1. 2004. S. 6; Roberto V. Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens. S. 519; Müller-Chen M. Haftpflichtrecht in der Krise? // Basler Juristische Mitteilungen. Bd. 6. 2002. S. 301.
[208] BGE 97 II 221, 222; Kramer E. Op. cit. S. 132.
[209] BGE 101 Ib 252, 254 ff. (Erw. 2b–d); BGE 102 II 85, 86 (Erw. 4).
[210] Gauch P., Sweet J. Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden // Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag / P. Forstmoser, H. Giger, A. Heini, W. R. Schluep (Hrsg.). Zürich. 1989. S. 122.

использовать искусственные конструкции. В частности, чтобы избежать требования наличия противоправности при возмещении вреда, ученые фокусируют свое внимание на средствах договорного права[211]. Так, в Германии из договора в пользу третьего лица была выработана концепция договора с защитным эффектом для третьего лица: договор (например, юридического лица с его аудитором) гипотетически может обладать защитным эффектом не только для заказчика, но и для третьих лиц, которые могут положиться на подготовленное во исполнение этого договора заключение[212].

Проблемы, продемонстрированные выше, означают, что необходимо либо отказаться от применения объективной теории противоправности в пользу другой концепции, либо переосмыслить условия деликтной ответственности[213].

1.3. Компромиссные теории противоправности

1.3.1. Подход к определению противоправности Х. Коциоля

Австрийский ученый для решения указанных проблем объективной теории пытается создать всеобъемлющий подход, который сочетал бы отдельные элементы доктрин противоправности поведения и результата. Установление противоправности должно происходить в три этапа[214].

На первом уровне применяется теория противоправности результата, в соответствии с которой должно быть проверено, приводит ли поведение делинквента к умалению абсолютного права потерпевшего. Здесь, по мнению ученого, говорить о противоправности преждевременно, скорее речь идет о выяснении фактических элементов деликта (т.е. о том, приводит ли

---

[211] Ibid. S. 125.
[212] Ягельницкий А. А. Указ. Соч. С. 27 - 38.
[213] Ibid. S. 138. Так, в европейском деликтном праве все чаще высказывается позиция, что единого подхода к определению противоправности достичь невозможно, тем не менее следует разработать определенные группы случаев, объединенных способом установления противоправности. (см.: Gauch P. Der Schätzer und die Dritten. S. 838).
[214] Koziol H. Op. cit. P. 174.

поведение делинквента к нежелательным с точки зрения правовой системы результатам)[215].

На втором этапе анализируется, отклоняется ли поведение делинквента от объективного стандарта, то есть нарушен ли стандарт должной осмотрительности. По-видимому, основная нагрузка в определении противоправности ложится именно на эту стадию.

На третьем уровне устанавливается следующее: может ли лицо, поведение которого упречно, быть привлечено к ответственности в силу своих субъективных характеристик. Вина, следовательно, определяется с помощью субъективного критерия, что исключает проблему ее разграничения с противоправностью.

Таким образом, все три стадии оцениваются по-разному, и чем более абстрактным является уровень, тем меньшее значение ему придается при привлечении лица к ответственности[216]. Если возможно определить лишь общую нежелательность результатов поведения делинквента – этого достаточно для возникновения у потерпевшего прав на самозащиту. Напротив, поведение презюмируется в качестве противоправного, когда возможно выявить виновное отношение причинителя вреда к своему поведению[217].

Подход, предложенный Х. Коциолем, видится нам дискуссионным. Если допустить, что отступление от объективного стандарта автоматически свидетельствует также и о противоправности на первом этапе, то для каких целей необходимо выделять именно первый уровень? Ведь, как мы указывали выше, теория противоправности поведения с легкостью решает проблему самозащиты права, с чем совершенно не справляется подход, основанный на противоправности результата.

Складывается впечатление, что основная цель ученого заключалась в том, чтобы вместо всеобъемлющей концепции, обосновать субъективный

---

[215] При этом Х. Коциоль ссылается на Н. Янсена (Ibidem).
[216] Ibid. P. 177.
[217] Ibidem.

стандарт вины и укрепить в науке спорную концепцию противоправности поведения. Ведь, по сути, именно этих двух элементов достаточно для установления ответственности по мнению Х. Коциоля.

1.3.2. Подход к определению противоправности Н. Янсена

Н. Янсен подвергает справедливой критике теорию противоправности поведения. Анализируя дела, рассмотренные немецкими судами, автор видит основную проблему в том, что лица привлекаются к деликтной ответственности за поведение, которое разрешено публичным правом[218].

В обсуждаемых автором делах продавцы отчуждали фейерверки несовершеннолетним, которые причиняли вред либо самим себе[219], либо третьим лицам[220]. В соответствии с законодательством о взрывчатых веществах продажа такого класса пиротехнических изделий была разрешена. Тем не менее суды удовлетворили иски о возмещения вреда, не аргументируя должным образом вопрос о противоправности, несмотря на то что § 823 ГГУ признает противоправность в качестве неотъемлемого условия привлечения лица к ответственности. В литературе было предложено несколько вариантов аргументации.

Во-первых, выдвинута гипотеза о разграничении противоправности поведения в деликтном праве и правомерности с точки зрения публичного права[221]. Стоит отметить, что такой довод был высказан еще в XIX в., когда рассматривался вопрос об ответственности железнодорожных компаний. Если предположить, что эксплуатация железных дорог является противоправной, тогда потенциальным потерпевшим должен быть доступен иск о воздержании от определенных действий на основании § 1004 ГГУ[222]. Именно по этой причине К.-В. Канарис утверждает, что возмещение вреда, причиненного эксплуатацией источника повышенной опасности, не

---

[218] Jansen N. Op. cit. S. 518.
[219] BGH JZ 1999, 50 (цит. по Jansen N. Op. cit. S. 518).
[220] BGH JZ 1999, 48 (цит. по Jansen N. Op. cit. S. 518).
[221] Jansen N. Op. cit. S. 520.
[222] В российской литературе о правовой природе иска из параграфа 1004 ГГУ см.: Подшивалов Т.П. Негаторный иск: проблемы теории и практики: монография. М.: Инфотропик Медиа, 2019. С. 63.

предполагает противоправности[223]. На несостоятельность разграничения противоправности в деликтном праве и правомерности в публичном указывает также Н. Янсен, провозглашая, что противоправность связана с запретами относительно определенного поведения[224], следовательно, поведение может быть либо разрешено, либо запрещено[225].

Во-вторых, в рамках теории противоправности поведения была разработана концепция имплицитных обязанностей по осторожности, нарушение которых свидетельствует о противоправности[226]. При этом обратиться с иском о воздержании от определенных действий, в соответствии с доктриной имплицитных обязанностей, не представляется возможным[227]. Такие обязанности не могут быть представлены в качестве подлинных правил поведения, поскольку зачастую существуют независимо от реальной возможности избежать причинения вреда. Впервые необходимость в подобной конструкции возникла во второй половине XX в., когда суд рассматривал весьма любопытное дело, фабула которого заключается в следующем: женщина оставила без присмотра стиральную машину, в результате чего произошел залив квартиры, находившейся внизу[228]. В судебном решении была сформулирована имплицитная обязанность по осторожности, целью которой являлось возложение на лицо, эксплуатирующее стиральную машину, риска возмещения вреда[229]. Этот подход в практике был принят неоднозначно, поскольку многие суды восприняли такие обязанности как реальные правила поведения, т.е. будто бы любой, кто пользуется стиральной машиной вынужден пристально

---

[223] Larenz K., Canaris C.-W. Op. cit. S. 610.

[224] Jansen N. Die Struktur des Haftunfsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz. Mohr Siebeck, 2003. S. 10 (Jus Privatum, Bd. 76).

[225] Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 526.

[226] Во многом такой подход является реакцией на «негибкие правила о строгой ответственности». Подробнее см.: Лашков Н. С. Строгая ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Проблема выбора между правилами и стандартами // Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. М.: Т. 2. 2018. С. 83.

[227] Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 530.

[228] OLG DüsseldorfVersR 1975, 159 (цит. по Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 527).

[229] Jansen N. Op. cit. S. 528.

наблюдать за процессом стирки[230]. Это вызывает резонный вопрос: предположим, что данное правило поведения существует; означает ли это, что владелец нижней квартиры вправе помешать своему верхнему соседу покинуть жилплощадь, когда процесс стирки не завершен? Ведь нарушение правила поведения представляет собой противоправное действие, против которого должна быть доступна необходимая оборона?[231]

Вышеприведенные аргументы не удовлетворяют Н. Янсена, и ученый предлагает своеобразное решение. Вопрос о противоправности непосредственно связан с функциями деликтной ответственности, в частности, установление имплицитных обязанностей требуется для возмещения вреда, а не для осуждения определенного поведения[232]. Поскольку противоправность не подразумевает негативной оценки поведения, то значение ее сводится к предпосылке требования о возмещении вреда[233]. В связи с этим ученый подчеркивает, что противоправность раздваивается. С одной стороны, в сложных ситуациях, когда поведение с точки зрения публичного права является правомерным, но существует необходимость возложения обязанности по возмещению вреда на делинквента, за основу принимается теория противоправности результата. С другой – противоправность поведения может быть признана и при причинении вреда бездействием.

Нарушение благ, предусмотренных п. 1 § 823 ГГУ, служит основанием для возмещения вреда. Такое широкое понимание противоправности

---

[230] OLG Hamm MDR 1984, 668 (цит. по Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 528).

[231] Этим же вопросом задается и Н. Янсен. (см.: Jansen N. Op. cit. S. 528)

[232] В связи с этим интересно сравнить идею Н. Янсена и позицию А. Тона. Так, А. Тон пишет, что правопорядок не стал бы возводить удовлетворение интересов потерпевшего в норму, если бы вина нарушителя не заставила его пренебречь интересами истца. В этом и заключается карательный момент. Санкция заключается здесь в пренебрежении интересами причинителя вреда, которые по общему правилу препятствуют возложению на заинтересованное лицо обязанности по возмещению вреда. Наложение обязанности по возмещению вреда и наказание неотделимы друг от друга в силу неодобрения правопорядком соответствующего деяния (см.: Тон. А. Правовая норма и субъективное право. Исследование по общей теории права. Часть первая // Вестник гражданского права. № 4. 2010). Если считать, что пренебрежение интересами нарушителя выражает карательный момент, то позицию Н. Янсена нельзя признать убедительной.

[233] Настоящая формулировка напоминает конструкцию *duty of care* (см.: Elliott C., Quinn F. Tort Law. 8th ed. Longman, 2011. P. 17).

ограничивается другими условиями, в частности, предвидимостью и концепцией повышенного риска причинения вреда, что освобождает теорию результата от известных недостатков.

Любопытным представляется отношение ученого к обстоятельствам, исключающим противоправность. Здесь важно только то, что данные обстоятельства относятся непременно к нарушению блага как таковому, а не к поведению, нарушающему право[234]. Иными словами, важно лишь то, допустимо ли причинение вреда без возмещения, а не вопрос о правомерности поведения причинителя вреда. Следовательно, противоправность (в контексте п. 1 § 823 ГГУ), по мнению Н. Янсена, представляет собой нарушение блага, на которое сторона, причинившая вред, не была управомочена.

Фундаментальное значение теории ученого заключается в том, что он предлагает пути решения проблем, возникающих при возложении обязанности по возмещению вреда в тех ситуациях, когда поведение причинителя вреда дозволено публичным правом. Наряду с существующей теорией противоправности поведения цивилистом предложена своеобразная теория противоправности результата. Несомненным достоинством подхода Н. Янсена следует признать то, что он не пытается создать всеобъемлющую концепцию, как это делает Х. Коциоль, а предлагает механизм определения противоправности для конкретных случаев[235].

1.4. Современные теории противоправности

1.4.1. Противоправность как нарушение должной осмотрительности

Подход, определяющий противоправность как нарушение должной осмотрительности, возник благодаря влиянию французского и английского права на швейцарскую доктрину. В частности, существенным элементом

---

[234] Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 547.

[235] Вызывает восхищение позиция Н. Янсена, согласно которой деликтное право во многом представляет собой результат судебного творчества. Из этого можно сделать вывод о том, что необходимо сформулировать группы случаев, объединенных способом установления противоправности. См.: Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 553.

возникновения ответственности за небрежность (negligence) в англо-американском праве является нарушение обязанности по осмотрительности (duty of care)[236]. В соответствии со ст. 1241 Французского Гражданского Кодекса (далее – ФГК) любые виновные действия лица обязывают его возместить вред, при этом вина (faute) понимается в качестве несоблюдения нарушителем общепризнанных норм поведения и не отличается от противоправности[237].

В швейцарском праве нет однозначного понимания должной осмотрительности. С одной стороны, осмотрительность может относиться к внешне воспринимаемому поведению. К примеру, пешеход переходит дорогу, убедившись, что выход на проезжую часть безопасен (объективная осмотрительность). С другой, этот термин может обозначать интеллектуально-эмоциональный процесс, скажем, когда лицо сосредоточено на выполнении своих должностных обязанностей (субъективная осмотрительность)[238].

Для обоснования неправомерности необходимо отступление от объективной должной осмотрительности. Существенным отличием от теории противоправности поведения является отсутствие норм защиты в качестве источника императивных стандартов поведения.

В доктрине выделяют три вида должной осмотрительности: (1) эмпирическую, (2) предусмотренную законом, (3) установленную судом. Эмпирическая мера осмотрительности определяется судом в соответствии с критериями поведения среднего лица. Вред подлежит возмещению, когда поведение делинквента не соответствовало критериям осторожности, необходимой для совместного сосуществования всех членов общества[239]. Х. Хонселл предлагает при определении меры осмотрительности принимать во

---

[236] Elliott C., Quinn F. Op. cit. P. 17.
[237] Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. Соч. С. 625.
[238] Oswald C. Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich. Zürich, 1988. S. 43; Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 225.
[239] Werro F. Op. cit. S. 347.

внимание род занятий, возрастную группу причинителя вреда[240]. На практике возраст, пол, вид деятельности считаются факторами, влияющими на определение эмпирической меры осторожности[241]. Однако, принимая во внимание большое количество характеристик, можно сделать вывод, что причинитель вреда индивидуализируется, следовательно, должная осмотрительность субъективируется. Поведение, внешне соответствующее средней мере осторожности, может оказаться как правомерным, так и противоправным в зависимости от рода деятельности, возраста, пола и других особенностей причинителя вреда. В связи с этим Ф. Верро предлагает отказаться от рассмотрения практически всех вышеупомянутых параметров, поскольку мера осторожности должна определяться на основе анализа поведения, являющегося обычным в определенной среде[242]. К примеру, противоправным считается поведение врача, которое отклоняется от профессионального стандарта осмотрительности[243].

Такое решение не всегда может быть признано удовлетворительным, ведь в некоторых профессиональных группах средний стандарт устанавливается представителями профессии самостоятельно, что влияет на уровень принимаемых ими мер осторожности и ведет к ухудшению положения потерпевшего. В Швейцарии суды столкнулись с этой проблемой при рассмотрении споров о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью в результате эксплуатации горнолыжных подъемников. Так, в обязанности операторов горнолыжных подъемников входят устранение препятствий на склонах, разметка кромки и др.[244] Если большинство операторов не принимает таких мер осторожности, их поведение будет считаться соответствующим среднему стандарту осмотрительности в этой профессиональной среде. Преодолеть такой парадокс помогло обращение ученых к англо-американскому деликтному праву и экономическому

[240] Honsell H. Op. cit. § 6, N. 17.
[241] Oswald C. Op. cit. S. 68.
[242] Werro F. Op. cit. S. 370.
[243] Schwenzer I. Op. cit. N. 22.15.
[244] BGE 121 III 358, 360 (Erw. 4a).

анализу[245]. С точки зрения англо-американского подхода апелляция к стандартам осторожности, установленным профессиональной средой, не является безусловным обстоятельством, освобождающим от ответственности, при наличии вреда[246]. Представители экономического анализа права считают недопустимым сокращение издержек по принятию мер предосторожности, приводящее в то же время к значительному повышению вероятности причинения вреда, поскольку это увеличивает общие социальные издержки[247].

Другой сложной проблемой представляется отсутствие фактических данных, позволяющих установить средний стандарт[248]. В ситуациях, когда количество случаев причинения вреда минимальное или поведение делинквента является уникальным, невозможно выявить надлежащую меру осторожности[249]. Предположим, что при использовании новейшей технологии был причинен вред. Безусловно, установить гипотетическое поведение среднего лица в данных обстоятельствах представляется затруднительным. Из этого следуют два заключения: или должная осмотрительность выражается в бездействии, или она вовсе отсутствует. Вряд ли такие выводы можно признать справедливыми. Необходим критерий, позволяющий определять противоправность независимо от эмпирической меры поведения среднего лица[250].

Отклонение от стандарта поведения среднего лица не всегда означает неправомерность. Федеральный суд Швейцарии не раз подчеркивал, что в условиях экстраординарных обстоятельств, причиной которых не являлось поведение делинквента, причинитель вреда вынужден реагировать рефлекторно. Считается, что поведение делинквента правомерное, когда принятая им мера осторожности приблизительно эквивалентна должной

---

[245] Cartier M. Op. cit. S. 103-104.
[246] Fleming J. An Introduction to the Law of Torts. 2nd ed. Oxford, 1985. P. 30; Bar Ch. Op. cit. N. 225.
[247] Cooter R., Ulen T. Op. cit. P. 200.
[248] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 49.
[249] Ibid. N. 60.
[250] Gauch P. Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht // Das Menschenbild im Recht. Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg. Freiburg, 1990. S. 201.

осмотрительности[251]. К примеру, при проведении операции хирург вправе использовать разные способы разъединения, перемещения и соединения тканей. Если применить стандарт поведения среднего лица, выбор хирургом новейших способов оперирования означает противоправность действий. Однако Федеральный суд Швейцарии постановил, что в области хирургии врач свободен по своему разумному усмотрению принимать решения о способах оперирования[252].

Несоответствие поведения делинквента среднему стандарту не позволяет сделать окончательный вывод о противоправности, поскольку последняя проистекает лишь из отрицательного отклонения в его действиях. Однако без дополнительных критериев прийти к соответствующему заключению невозможно.

Предусмотренная законом должная осмотрительность выражается в виде запрета или предписания конкретного поведения[253]. Считается, что поведение лица отклоняется от стандарта осмотрительности, когда оно нарушает соответствующий запрет или предписание. В этом случае вряд ли существуют отличия от теории поведения, где противоправность мыслится как умаление норм защиты. Вместе с тем такой подход полностью противоречит американскому пониманию, где нарушение законодательного запрета указывает на небрежность, а не является ее существенным элементом[254].

В отдельных случаях, когда эмпирически невозможно установить поведение среднего лица, а также отсутствуют запреты и предписания, от суда требуется установить меру осмотрительности. Иными словами, судья должен определить на основании фактических обстоятельств дела, взвесив

[251] BGE 83 IV 84 f.; BGE 61 I 429, 432 f. (Erw.2); BGE68 II 116, 127 (Erw.6)
[252] BGE 113 II 429, 432 (Erw. 3a).
[253] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 44; Bosshard E. Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. S. 104.
[254] Fleming J. The Law of Torts. P. 126.

соответствующие интересы, общественно приемлемую меру осмотрительности[255].

Во многом подход к определению противоправности как нарушения стандарта должной осмотрительности аналогичен теории поведения. Тщетные попытки швейцарских ученых разработать источники мер осторожности отличные от норм защиты приводят к еще более абстрактным критериям и бескрайнему судебному усмотрению.

Другим сложным вопросом является разграничение вины и противоправности. Для того чтобы избежать повторной проверки поведения по одному и тому же критерию при установлении противоправности и вины, в доктрине было предложено три решения. Первое из них выдвинул Х. Хонселл, определяя вину как способность лица оценивать характер и последствия своих действий, а противоправность как нарушение объективного стандарта осмотрительности[256]. По сути, вина сводится к вменяемости делинквента, что не позволяет определить форму вины при уменьшении размера возмещения, если вред был причинен по грубой неосторожности потерпевшего (ст. 44 ШОЗ), а также сводит к абсурду положение ст. 54 ШОЗ, согласно которой лицо, временно утратившее способность понимать значение своих действий и причинившее вред в этом состоянии, обязано возместить ущерб, если не докажет, что впало в это состояние не по своей вине. В ответ на указанные замечания некоторые ученые предлагают градацию вменяемости, выделяя не только вменяемость и невменяемость, но и уменьшенную вменяемость[257]. Такой подход был принят и в ряде судебных актов[258].

В соответствии со вторым решением вина понимается как отступление от субъективной осмотрительности, а противоправность – как нарушение объективного стандарта. Как уже было отмечено, если при установлении

---

[255] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 49.
[256] Honsell H. Op. cit. § 6, N. 21.
[257] Ibid. § 6, N. 9. Другая позиция см.: Rey H. Op. cit. N. 831; Keller A. Haftpflichtrecht im Privatrecht I, 6 Aufl. Bern, 2002. S. 123.
[258] BGE 111 II 89, 91 (Erw. 1); BGE 104 II 184, 185 f. (Erw. 1); BGE 102 II 364, 368 (Erw. 4)

противоправности во внимание принимается множество характеристик (род деятельности, возраст, пол), то объективная осмотрительность становится все более субъективной. Возникает еще одна проблема с разграничением субъективной и объективной осмотрительности, когда причинитель вреда должен принимать более высокие меры осторожности в силу обладания специальными знаниями и навыками. Для того чтобы сделать вывод о противоправности поведения необходимо использовать субъективный стандарт, который выводится при установлении вины. В этом случае поведение делинквента проверяется несколько раз по одному критерию.

Третье решение было предложено Ф. Верро. По мнению исследователя, отрицательное отклонение от стандарта должной осмотрительности указывает на вину. В то же время непринятие мер предосторожности говорит о противоправности, следовательно, повторно анализировать поведение делинквента не требуется[259]. В рамках такого подхода любое виновное причинение вреда автоматически считается противоправным. Ф. Верро сводит установление противоправности к проверке обстоятельств, исключающих ее. Это сближает концепцию ученого с преодоленной в доктрине субъективной теорией противоправности. Неясно, что имеется в виду под этими обстоятельствами. Ведь согласие потерпевшего, закон, частные и общественные интересы не могут быть приняты в качестве таковых. В соответствии с преобладающим в швейцарской доктрине мнением, потерпевший не может согласиться на причинение ему вреда неосторожными действиями делинквента. Закон также не может управомочивать делинквента на причинение вреда неосторожными действиями. В результате Ф. Верро совершенно отказывается от понятия противоправности и полностью обращается к французской концепции *faute*, что несовместимо с четкой формулировкой ст. 41 ШОЗ, согласно которой противоправность является неотъемлемым условием ответственности.

[259] Werro F. Op. cit. S. 357.

Подход, определяющий противоправность как нарушение должного стандарта осмотрительности, рассматривается в качестве последовательного развития теории противоправности поведения. Две концепции имеют много общего, в частности предполагают большой простор для судебного усмотрения. Тем не менее в рамках обсуждаемого подхода не проводится различия между причинением вреда абсолютным правам и чисто экономическими убытками, что является положительной чертой. С другой стороны, в зависимости от источника должной меры осмотрительности определяются интересы, подлежащие защите. Иными словами, если суд предпринимает попытки установить среднее поведение, характерное для представителей конкретной профессиональной среды, отдается предпочтение интересам делинквента. Ведь в основе такой операции лежит ложное представление, будто среднее поведение соответствует абстрактной норме. Однако средний стандарт отражает не интересы общества в целом, а лишь интересы делинквента и социальной группы, к которой он принадлежит. В конечном счете, противоправность должна определяться судом[260] с точки зрения объективной, абстрактной нормы[261].

1.4.2. Теория противоправности М. Картье

Идеи о том, что противоправность является результатом сопоставления интересов причинителя вреда, потерпевшего и всего общества, не являются оригинальными. Уже в работах В. Перрига можно обнаружить подход, согласно которому противоправность возникает в тех ситуациях, когда интерес потерпевшего к безопасности выше интереса причинителя вреда к свободе действий[262]. Аналогичную позицию занимает и Б. Шёненбергер,

---

[260] Keeton W. в: Prosser and Keeton on Torts. 5th edition // St. Paul Minnesota. 1984. P. 359: «No better general statement can be made than that the courts will find a duty where, in general, reasonable persons would recognize it and agree that it exists». Также данный подход выражен в решении по делу *Armstrong v. Morgan*, 545 S.W.2d 45 [Электронный ресурс]. URL: https://www.courtlistener.com/opinion/2408262/armstrong-v-morgan/ (дата обращения: 02.04.20)

[261] Во многом такой подход соответствует римской идее *diligentia quam im rebus suis*, понимаемой в абстрактном, нормативном смысле, для указания на отсутствие добросовестности в поведении, которое явно отклоняется от общепринятых стандартов. См.: Дождев Д. В. Римское частное право, 3-е издание // под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М. Норма. ИНФРА-М. 2016. С. 508 - 509.

[262] Perrig W. Über den Begriff der Widerrechtlichkeit // Schweizerische Juristen-Zeitung. Bd. 55. 1959. S. 326.

который впоследствии развивает свою концепцию противоправности как нарушения поведенческой обязанности[263]. Более того, о необходимости тщательного анализа баланса интересов при установлении противоправности говорит Б. Маркезинис[264]. Однако именно М. Картье наиболее полным образом представил новую теорию противоправности, описав ее фундаментальные признаки.

Противоправность определяется на основании сопоставления интересов судьей[265]. Принимаются во внимание три группы интересов: (1) интерес потерпевшего к безопасности, (2) интерес причинителя вреда к свободе действий и (3) общественные интересы. Поскольку решение о противоправности зависит от усмотрения судьи, возникает риск правовой неопределенности, уменьшить который возможно посредством разработки типизированных категорий дел, в которых определенное поведение считается правомерным или противоправным[266]. По мнению М. Картье, в доктрине и практике уже существуют подобные категории. К примеру, Федеральный суд Швейцарии неоднократно выявлял баланс интересов при причинении вреда жизни и здоровью в результате эксплуатации горнолыжных подъемников. В научных исследованиях, посвященных ответственности врачей, адвокатов, оценщиков, бухгалтеров, кредитных организаций также можно найти тщательный анализ интересов[267].

При рассмотрении дела суду необходимо на первом этапе определить субъектов, их поведение и вытекающие из него вредоносные последствия. На втором этапе устанавливаются и сопоставляются интересы потерпевшего, причинителя вреда, а также общественные интересы. Если интерес потерпевшего к защите блага превосходит интерес к свободе действий причинителя вреда, то поведение делинквента считается противоправным.

---

[263] Schönenberger B. Op. cit. S. 6
[264] Markesinis B., Unberath H. Op. cit. P. 82.
[265] Cartier M. Op. cit. S. 131.
[266] Ibidem.
[267] Ibidem.

М. Картье предлагает критерии, которые могут помочь судьям при выявлении баланса интересов. Прежде всего, необходимо учитывать вид нарушаемого блага. Для ученого ориентиром выступает ст. 2:102 Принципов европейского деликтного права (Principles of European Tort Law (далее – *PETL*)), согласно которой степень и сфера действия защиты права (блага) зависит от его природы; чем точнее право (благо) определено, чем больше его значимость и очевидность, следовательно, тем выше степень его защиты и шире сфера её действия[268]. Далее в ст. 2:102 *PETL* предлагается классификация прав в иерархической последовательности. Так, жизнь, физическое и психическое здоровье человека, его достоинство и свобода подлежат максимальной защите. Имущественные и личные неимущественные права подлежат широкой защите. В то же время сфера действия защиты чисто экономических интересов или договорных отношений может быть более ограниченной. В таких случаях должное внимание следует уделять в первую очередь выявлению непосредственной взаимосвязи между нарушителем и потерпевшим или тому факту, что этот причинитель вреда отдавал себе отчет в том, что наносит вред, хотя его права объективно менее значимы, чем права истца. При этом в п. 6 обсуждаемой статьи указано, что при определении сферы действия защиты прав потерпевшего следует также принимать во внимание права причинителя вреда, особенно, в том, что касается рамок свободы его действий и осуществления им своих прав, равно как и в том, что касается интересов общества. Впрочем, в доктрине встречаются позиции, отрицающие такую классификацию, призывающие разделять лишь максимально защищаемые интересы и такие, которые подлежат ограниченной защите[269]. К первым относятся жизнь, здоровье, собственность, иные вещные права,

[268] Principles of European Tort Law [Электронный ресурс]. URL: http://www.egtl.org/docs/PETLRussian.pdf (дата обращения 16.04.20).
[269] Cartier M. Op. cit. S. 132 – 133.

неимущественные права автора, ко вторым – чисто экономические интересы, честь и деловая репутация[270].

Попытки сопоставить и обосновать максимальную защиту каких-либо прав наблюдались в теории противоправности результата. Вряд ли критерий, предлагаемый М. Картье, можно считать удовлетворительным ввиду того, что неизбежно возникнут ситуации, когда возместить вред за нарушение права с ограниченной защитой будет невозможно. Такое положение стало одной из причин, вынудивших ученых отказаться от применения концепции противоправности результата.

Вторым методом, позволяющим судье выявить баланс интересов, является анализ вредоносного поведения делинквента. При оценке противоправности надлежит руководствоваться соображениями общего благосостояния, поскольку определенные виды деятельности представляются общественно необходимыми. К примеру, в результате использования одним лицом правомерных способов конкурентной борьбы причинен вред другому хозяйствующему субъекту – безусловно, такой вред не подлежит возмещению. Кроме того, при анализе вредоносных действий принимается во внимание личная свобода причинителя вреда. Лицо, в рамках предоставленного ему права, свободно действовать любым образом, в том числе противоречащим общему благу. Опасные виды спорта, такие как парапланеризм и каньонинг вряд ли оправданны с точки зрения общественного блага, тем не менее они играют важную роль в развитии личности[271]. В доктрине данный аксиологический анализ справедливо ставится под сомнение, поскольку единого понимания ценности поведения или общего блага достичь невозможно[272]. По мнению М. Картье, лишь судья вправе осуществить беспристрастную оценку интересов. Однако потерпевшие и делинквенты своим поведением оказывают влияние на

[270] Büren B. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Zürich, 1964. S. 259.
[271] Cartier M. Op. cit. S. 134.
[272] Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht. § 5, N. 90. Интересную критику см. у С. Шевелла и Л. Каплоу (Kaplow L., Shavell S. The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle // American Law and Economics Review. Vol. 63. 2000).

установление баланса интересов. Так, потерпевший может отказаться от интереса к защите своего блага, согласившись на причинение вреда или приняв на себя его риск. Противоправность исключается на основании отсутствия интереса потерпевшего[273]. Вместе с тем такой отказ имеет своим пределом общественные интересы по причине того, что потерпевший не может согласиться на любое причинение вреда (что признается как на практике, так и в доктрине).

Дополнительным методом также считается следование установленному ранее балансу интересов. Суд выявляет наиболее типичные поведенческие обязанности на основании анализа нормативных актов и предшествующей практики, затем применяет найденный стандарт в конкретном деле[274].

Для определения вины в теории интересов предложено использовать критерии предвидимости и предотвратимости вреда[275]. Такое обстоятельство может вызвать недоумение у отечественного читателя, ведь привычное для нас значение предвидимости состоит в ограничении размера ответственности, в то время как вина представляет собой самостоятельное условие ответственности[276]. В Швейцарии также признается, что взыскание косвенных убытков ограничивается предвидимостью, несмотря на то что в последнее время в практике получила развитие теория повышенного риска причинения вреда (Gefahrbereichstheorie), согласно которой делинквент обязан к возмещению косвенных убытков лишь в том случае, если потерпевший подвергся большему риску причинения ущерба из-за поведения нарушителя[277]. К примеру, велосипедист наносит вред здоровью пешехода, в результате его госпитализируют. Машина скорой помощи по дороге в больницу попадает в дорожно-транспортное происшествие, вследствие чего потерпевший получает еще больший урон здоровью. Если передвижение на

[273] Känzig E. Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit. Bern, 1939. S. 160.
[274] Cartier M. Op. cit. S. 139.
[275] Ibid. S. 142.
[276] Байбак В.В. Предвидимость убытков как критерий ограничения ответственности за нарушение договора // Вестник ВАС РФ. 2009. № 5. С. 68 – 69.
[277] Lanz W. Alternativen zur Lehre vom Adäquaten Kausalzusammenhang. Bern; Frankfurt am Main, 1974. S. 182.

автомобиле скорой помощи осуществлялось без включенных проблесковых маячков и специального звукового сигнала, косвенные убытки не подлежат компенсации. Когда причиненный велосипедистом вред здоровью вынуждает водителя машины скорой помощи наиболее быстрым способом доставить потерпевшего в больницу и включить сирену, считается, что поведение велосипедиста является причиной повышенного риска причинения вреда, следовательно, косвенные убытки должны быть возмещены[278].

М. Картье несмотря на известное отношение к предвидимости как к простому критерию ограничения размера ответственности пытается структурировать учение о вине в деликтном праве, используя именно предвидимость и предотвратимость.

На первом этапе определяется поведение, которое с большей вероятностью может повлечь причинение вреда[279], на втором устанавливаются возможности делинквента по уменьшению риска причинения вреда[280].

Предвидимость означает осознание делинквентом результата своего вредоносного поведения и отдельных звеньев причинноследственной цепи[281]. Означает ли предвидимость осознание противоправности поведения? Если допустить, что это так, условие противоправности сблизится с виной в смысле французской концепции *faute*[282]. Тем не менее в доктрине принято считать, что осознание противоправности не включается в стандарт предвидимости[283].

Предвидимость и предотвратимость выступают надлежащими критериями, позволяющими учитывать недееспособность, частичную

[278] Ibid. S. 185, 192.
[279] Keller M., Gabi S., Gabi K. Op. cit. S. 63
[280] Verde M. Op. cit. S. 33.
[281] Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht. § 5, N. 17; BGE 90 II 9, 13 (Erw. 4).
[282] Ibid. § 5, N. 24.
[283] Ibid. § 5, N. 38.

дееспособность, ограниченную дееспособность причинителя вреда при установлении ответственности[284].

Стандарт предвидимости в теории интересов следует определять на основе как индивидуальных характеристик делинквента (субъективная концепция)[285], так и поведения среднего лица (объективная концепция)[286].

На основе предвидимости и предотвратимости возможно установить степень вины[287].



Предвидел	Умысел
Не предотвратил	
Мог предвидеть	Неосторожность
Мог предотвратить	
Неспособен предвидеть	Недееспособность
Неспособен предотвратить	

Способность оценивать характер и последствия своих действий определяет минимальный уровень когнитивных способностей. Причинитель вреда «способен оценивать характер и последствия своих действий, когда, с одной стороны, распознает потенциально вредные последствия своего поведения (интеллектуальный элемент), с другой – контролирует свои действия (волевой элемент)»[288]. Статья 16 ГКШ содержит перечень оснований, по которым лицо признается неспособным оценивать характер и последствия своих действий: малолетний возраст, психические заболевания и др.

Умышленным считается поведение, когда лицо предвидит наступление определенных последствий и имеет возможность предотвратить их. Во многом определение умысла необходимо для применения п. 1 ст. 44 ШОЗ, в тех случаях, когда умышленные действия потерпевшего способствовали возникновению или увеличению вреда.

---

[284] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 230.
[285] Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht. § 5, N. 80.
[286] Fellmann W. Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Bd. 106. 1987. S. 365.
[287] Cartier M. Op. cit. S. 157 – 158.
[288] Rey H. Op. cit. N. 810.

О причинении вреда по неосторожности говорят в ситуациях, если делинквент не предвидел возникновения последствий поведения, однако при соблюдении определенного стандарта он мог и должен был их предвидеть. Таков стандарт должной осмотрительности, отклонение от которого означает неосторожность. В теории интересов осмотрительность понимается как внутренний интеллектуально-эмоциональный процесс (субъективная осмотрительность), состоящий в определенном достижении концентрации[289]. Это и есть отличие от противоправности, при которой анализируется внешне воспринимаемое поведение, а в случае вины – внутренние способности лица. При этом стандарт определяется в соответствии с уровнем предвидимости, интеллектуально-эмоциональным процессом, волевым компонентом, свойственными среднему лицу[290]. Таким образом, теория интересов воспроизводит сложную конструкцию вины при причинении вреда по неосторожности, а именно – неосторожным считается поведение, нарушающее субъективную осмотрительность, определяемую по объективному масштабу.

Существует множество причин, по которым причинитель вреда может отклониться от указанного стандарта: отвлечение внимания, внутреннее возбуждение, потеря концентрации, депрессия, стресс[291]. Тем не менее все это не освобождает лицо от ответственности, поскольку тот, кто отвлечен должен сосредоточиться больше, а тот, кто пребывает в состоянии стресса – обязан соблюдать спокойствие. Именно в этом и проявляется отличие неосторожности от неспособности оценивать характер и последствия своего поведения. Причинитель вреда действует неосторожно, когда он не предвидел результата своих действий, однако мог избежать последствий, скорректировав свое поведение.

Следует провести разграничение между грубой и простой неосторожностью. Федеральный суд Швейцарии указал, что грубая

---

[289] Oswald C. Op. cit. S. 48.
[290] Gauch P. Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht. S. 194.
[291] Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 225.

неосторожность имеет место, когда лицо в нарушение самых основных правил предосторожности игнорирует то, что должно быть очевидно для любого разумного человека в аналогичной ситуации и при тех же обстоятельствах. В противном случае речь идет лишь о простой неосторожности[292]. С точки зрения теории интересов она является грубой, когда последствия поведения наиболее очевидны для причинителя вреда. Поскольку некоторые последствия настолько явные, что даже те лица, внимание которых рассеяно, должны их предвидеть. Но ведь очевидность последствий поднимает известный вопрос о разграничении грубой неосторожности и умысла. К сожалению, обнаружить внятный ответ в работе М. Картье не удается.

Определяя вину через предвидимость и предотвратимость вреда, ученый в своем подходе позволяет провести разграничение между противоправностью и виной. Причинно-следственная связь имеет своей целью установить фактическую связь между поведением лица и вредом, тогда как задача вины состоит в обозначении этической связи между вредоносным поведением и делинквентом[293].

После рассмотрения вины ученый обращается к практической значимости своей концепции. Предположим, лицо, чувствуя себя униженным высказываниями другого, ударяет обидчика. Для того чтобы предотвратить еще один удар, тот хватает за куртку своего противника и отталкивает его. Дальнейший конфликт предотвращен поспешным вмешательством третьей стороны. Однако куртка порвана[294].

В настоящем примере возможно разграничить интересы потерпевшего и причинителя вреда. Делинквент, очевидно, имеет несколько интересов: с одной стороны, защита чести, с другой – целостность вещи (куртки). Со стороны потерпевшего действиями причинителя вреда затрагивается интерес

---

[292] Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht. § 5, N. 107; BGE 115 II 283, 287 (Erw. 2a); BGE 119 II 443, 448 (Erw. 2a).
[293] Cartier M. Op. cit. S. 153.
[294] Ibid. S. 168.

к физической неприкосновенности (целостности). Интерес делинквента к защите чести уступает интересу потерпевшего, следовательно, причинение вреда считается противоправным. Если бы потерпевший не только порвал куртку, но и причинил вред здоровью делинквента, интерес к защите физической целостности потерпевшего продолжал бы превалировать. Дело в том, что делинквент, причиняя вред здоровью, принимает на себя риск ответного вреда в результате действий обороняющегося, что изменяет баланс интересов в пользу потерпевшего.

Более сложным случаем является согласие пациента на хирургическое вмешательство. Автомобилист становится участником дорожно-транспортного происшествия, вследствие чего причинен вред его здоровью. Несмотря на то что действия врача соответствовали профессиональному стандарту, у пациента возникают осложнения. Согласие на хирургическое вмешательство водитель не давал. По мнению М. Картье, когда действия врача соответствуют профессиональному стандарту, интересы к медицинскому вмешательству превалируют над интересами физической целостности в любом случае. Так как интересы оцениваются объективно, необходимости в такой категории, как гипотетическое «согласие пациента» не возникает. Вместе с тем ученый подчеркивает, что требование согласия пациента не может быть полностью отменено. Так, если с помощью операции должны быть достигнуты косметические или эстетические цели, не существует первоочередного объективного интереса к восстановлению здоровья, следовательно, для выявления интересов потерпевшего необходимо согласие. Согласие пациента также требуется при проведении рискованной операции с неопределенным результатом. Если вероятность успешного исхода операции минимальная, пациент должен принять риск неблагоприятных последствий и отказаться от интереса к физической целостности.

В швейцарской доктрине такие выводы признаются ошеломляющими[295]. Ведь смысл согласия в данном случае заключается в праве лица на распоряжение своим телом. Поэтому медицинское вмешательство без согласия (даже гипотетического) является противоправным, в том числе в тех ситуациях, когда вероятность успешного исхода операции максимальная[296].

Другим сложным примером является противоправность рефлекторных действий. В одном деле Апелляционный суд Базеля должен был проанализировать рефлекторные действия причинителя вреда[297]. Здоровью истца был причинен вред, когда ответчик, сидевший рядом с ним, упал, рефлекторно схватив его. Если применять теорию интересов, противоправность обосновывается отсутствием какого-либо интереса причинителя вреда, который бы противоречил интересу потерпевшего к физической целостности. Рефлекторное поведение не может считаться выражением свободы действий делинквента, поскольку находится за пределами волевого контроля. В данном деле суд освободил лицо от ответственности на основании отсутствия вины[298]. Схожих результатов можно добиться, используя теорию интересов. Если вина определяется с помощью критериев предвидимости и предотвратимости, то считается, что ответчик не может осознавать характер и последствия своих действий, так как он не способен предвидеть и предотвратить вред[299].

При рассмотрении рефлекторного поведения едва ли возможно сформулировать типизированные группы случаев. К примеру, водитель, превышающий допустимую скорость, вынужден рефлекторно реагировать при заносе автомобиля. Противоправность здесь обусловливается предшествующим поведением, а не самим рефлекторным действием. Типизации подлежит лишь предшествующее поведение.

---

[295] Verde M. Op. cit. S. 26.
[296] Aebi-Müller R. Op. cit. Rz. 4, 16, 137, 183. BGE 117 Ib 197, 201 (Erw. 2c); 115 Ib 175, 181 (Erw. 2b).
[297] AppGer BS, BJM 2001, S. 300.
[298] Ibid.
[299] Cartier M. Op. cit. S. 174.

Подход М. Картье прекрасно справляется с обоснованием возмещения чисто экономических убытков. Предположим, что сертифицирующая компания выдает сертификат соответствия на автомобиль, который является предметом договора купли-продажи. Через некоторое время выясняется, что регистрация машины прекращена по причине аннулирования сертификата. Компания неверно определила экологический класс автомобиля, что и стало причиной этого. Может ли покупатель взыскать убытки с сертифицирующей компании, с которой он не состоял в договорных отношениях? Противоправность определяется с помощью простой логической операции. Если выданный сертификат (заключение, экспертное мнение) был адресован неопределенному кругу лиц, баланс интересов смещается в их пользу, следовательно, поведение считается противоправным. Но, вопреки этому, когда адресатом является определенное лицо или если в сертификате (заключении, экспертном мнении) выражен явный запрет на его использование третьими лицами, то противоправности как условия для деликтной ответственности нет. Ответственным признается контрагент потерпевшего. При сопоставлении интересов, по мнению М. Картье, интерес сертифицирующей компании (оценщика, аудитора и т.д.) к тому, чтобы сертификат (заключение) не использовали, эквивалентен имущественному интересу третьего лица[300].

Еще одной любопытной иллюстрацией теории интересов является предоставление недостоверной информации, содержащейся в характеристике с места работы. Работник причинил вред организации, после чего было принято решение о расторжении трудового договора по соглашению сторон. Несмотря на причинение вреда в результате ненадлежащего исполнения трудовых обязанностей, руководитель организации решает не отражать этот факт в характеристике с места работы. Благодаря хорошей характеристике, сотрудник устраивается на престижную работу, где вновь наносит урон организации.

[300] Ibid. S. 182 – 188.

Если характеристика содержит недостоверную информацию, вред, причиненный работником новому работодателю, подлежит возмещению первым работодателем. Федеральный суд Швейцарии в данном деле обосновал противоправность со ссылкой на статью 252 Швейцарского Уголовного Кодекса «Подделка удостоверений»[301]. В то же время, апеллируя к теории интересов, можно обнаружить сходство с предыдущим примером. Коль скоро характеристика адресована неопределенному кругу лиц, баланс интересов смещается в их пользу, и поведение считается противоправным.

Таким образом, концепция М. Картье изначально повышает вероятность судебного усмотрения при определении противоправности. Непременно возникает вопрос о функциях деликтной ответственности. Когда во главу угла ставится превенция, вряд ли определенные на основе анализа интересов поведенческие обязанности *ex post* оказывают стимулирующее воздействие на субъектов *ex ante*. Основные аргументы против подхода М. Картье базируются на экономическом анализе. Ведь с погрешностью определенный баланс интересов сторон побуждает делинквентов принимать излишние меры предосторожности, что увеличивает общие социальные издержки причинения вреда.

Впрочем, теория интересов, во-первых, помогает, в обосновании взыскания чисто экономических убытков, во-вторых, не проводит проблемного разграничения между активным поведением и бездействием и, в-третьих, позволяет дифференцировать вину и противоправность.

1.5. Подход экономического анализа права к определению противоправности

В XVIII в. И. Бентам впервые указал на зависимость частоты противоправного поведения от юридических санкций[302]. Этот аргумент лег в основу представлений об ответственности в экономическом анализе права, в

[301] BGE 101 II 69, 72 (Erw. 2).
[302] Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation // The Utilitarians. Reprint of 1823 edition. Garden City, N.Y.: Anchor Books. [1789] 1973.

рамках которого рассматриваются обычно две группы вопросов: эмпирические и нормативные. При ответе на первую группу вопросов внимание фокусируется на взаимодействии стилизованных моделей индивидуального поведения и правовой системы, например, на том, как система ответственности влияет на частоту дорожно-транспортных происшествий. Другая группа касается определения эффективности правовых норм[303].

При рассмотрении эмпирической группы вопросов принято считать, что действующие субъекты рациональны, т.е. их поведение направлено на максимизацию своей полезности. Таким образом, эмпирическая модель приобретает предсказательный характер. К примеру, возможно определить зависимость осторожного вождения автомобиля от мер предосторожности, принимаемых водителем. Нормативная группа вопросов ставит своей целью выяснение наиболее социально оптимальных правовых норм. Так, одна норма будет считаться более социально оптимальной, чем вторая, если первая норма приведет к более высокому уровню социального благосостояния[304].

Цель деликтного права с точки зрения экономического анализа – уменьшить негативные внешние эффекты при причинении вреда с помощью системы ответственности[305]. Деликтное право уменьшает такие эффекты, налагая на делинквента обязанность по возмещению вреда потерпевшему и предоставляя последнему право требовать возмещения причиненного вреда. В этой связи следует указать на разграничение стадий *ex ante* и *ex post*. Для этапа *ex ante* крайне важно предотвратить причинение вреда, что возможно сделать только через установление правильных стимулов для субъектов.

---

[303] Традиционные категории «справедливость», «соразмерность» не так важны с точки зрения экономической теории. См. Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // Liber Amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный оборот и право/ сост. и науч. ред.: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 222 – 252.

[304] Shavell S. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One: Accident Law. Ch. 1. P. 2.

[305] Так называемая проблема экстерналий (внешних эффектов) возникает, когда деятельность одного субъекта создает ущерб для других. Рыночное решение проблемы предполагает интернализацию негативных экстерналий, т.е. возмещение вреда потерпевшему (см.: Coase R. The Firm, the Market, and the Law. Chicago, 1988).

Рассмотрение *ex post* представляет интерес только в той мере, в какой способно оказать влияние на вероятность причинения вреда в будущем. Неизбежно смещение функций деликтной ответственности в сторону превенции. Снижение риска причинения вреда через превенцию является истинной целью деликтной ответственности, поскольку компенсаторная функция должна выполняться доступной системой страхования[306].

Экономическая модель деликта состоит из простейших элементов: убытков от причинения вреда и стоимости мер предосторожности. Так, вероятность причинения вреда уменьшается с принятием большего числа мер предосторожности. В свою очередь, эти действия сопряжены с бóльшими затратами как денег, так и времени. Следовательно, существует два основных вида издержек причинения вреда: стоимость мер предосторожности и издержки ожидаемого вреда. Социальные издержки равны сумме издержек мер предосторожности и потерь от ожидаемого вреда[307]. Главная задача состоит в поиске социально оптимального уровня мер предосторожности и создании стимулов, адресованных субъектам, для принятия таких мер.

1.5.1. Традиционная экономическая модель деликта

Специалисты в области экономического анализа деликтного права начинают поиск оптимального режима ответственности с моделирования какой-либо гипотетической ситуации, применяя к ней поочередно принципы виновной и безвиновной ответственности. Если применение одного из двух режимов дает социально приемлемое решение, как правило, экономисты завершают рассмотрение конкретного случая. Когда решение найти нелегко, ученые комбинируют принципы двух режимов для выявления эффективной системы стимулов для субъектов.

---

[306] Shavell S. Op. cit. Ch. 5. P. 8.

[307] Формализовав наши рассуждения, мы получаем следующее уравнение: SC = wx + p(x)A, где SC – социальные издержки (social costs), wx – общая сумма, потраченная на меры предосторожности (где w – стоимость единицы меры предосторожности, x – единица меры предосторожности), p(x)A – издержки ожидаемых убытков от причинения вреда (p – вероятность, A – размер убытков в результате причинения вреда). Данное упрощение впервые было продемонстрировано в работе Г. Калабрези (см.: Calabresi G. The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 1970).

Обсуждение следует начать с односторонней модели причинения вреда, под которой принято понимать гипотетическую ситуацию, когда на риск причинения вреда влияет уровень принятых мер предосторожности только одного лица (делинквента)[308]. Поведение потерпевшего не оказывает влияния на вероятность причинения вреда. Социальная цель видится в минимизации стоимости мер предосторожности, принимаемых водителем, и издержек ожидаемого вреда.

Прежде чем определить, как делинквент будет реагировать на тот или иной режим ответственности, необходимо установить социально оптимальный уровень принимаемых мер предосторожности. Предположим, что дорожно-транспортное происшествие (далее – ДТП), которое приводит к убыткам в 100, происходит с вероятностью, описанной в таблице[309].

Таблица 1

Меры предосторожности делинквента и вероятность ДТП				
Уровень мер предосторожности	Стоимость мер предосторожности	Вероятность ДТП	Ожидаемые убытки от ДТП	Социальные издержки
Не предпринимаются	0	15%	15	15
Средний	**3**	**10%**	**10**	**13**
Высокий	6	8%	8	14

Социально оптимальным будет второе решение, так как повышение уровня мер предосторожности до среднего сократит ожидаемые убытки от ДТП на 5 при стоимости мер предосторожности 3. С другой стороны, повышение уровня мер предосторожности сверх среднего уменьшило бы ожидаемые убытки от ДТП лишь на 2 при дополнительной стоимости мер предосторожности 3. Такое решение не представляется оптимальным.

При выборе режима ответственности без вины издержки делинквента будут равны общим социальным издержкам, стало быть, делинквент имеет

[308] Faure M. Op. cit. P. 5.
[309] Shavell S. Op. cit. Ch. 2. P. 2.

стимул к минимизации издержек, т.е. к принятию социально оптимального уровня мер предосторожности.

Согласно правилу виновной ответственности делинквент обязан возместить вред только в том случае, если его уровень осмотрительности (мер предосторожности) был ниже уровня, называемого должным (который чаще всего определяется судом). Если делинквент проявил уровень осмотрительности, равный или превышающий должный уровень, он не будет привлечен к ответственности[310]. В случаях, когда суд устанавливает должную осмотрительность на уровне социально оптимального, у делинквента появляется стимул принять надлежащие меры предосторожности.

Оба режима ответственности приводят к социально желательному поведению, но имеют существенные различия. В частности, при ответственности без вины суду достаточно установить размер понесенного вреда и причинно-следственную связь между поведением делинквента и причиненным вредом, вместе с тем при ответственности за вину суд должен определить фактический уровень принимаемых делинквентом мер предосторожности и установить социально оптимальный уровень должной осмотрительности, что увеличивает административные издержки рассмотрения дела в суде. К примеру, суду надлежит установить скорость делинквента, с которой он двигался (фактический уровень принимаемых делинквентом мер предосторожности), и скорость, при которой движение

[310] Известный американский судья Биллингс Лернед Хэнд сформулировал знаменитое правило небрежности в деле *United States v. Carroll Towing Co.* В этом деле работники ответчика не уследили за судном, пришвартовавшимся около причала, в результате чего судно затонуло. Истец настаивал на небрежности ответчика. Судья Хэнд сформулировал правило небрежности следующим образом: пусть вероятность - P, вред – L, принятие мер предосторожности – B. Поскольку $B < PL$ – ответчик является небрежным. Однако такое определение вызывает справедливую критику, например, неясно, относятся ли переменные к предельным значениям или к общим. Подставляя наши обозначения в формулу Хэнда, мы получаем следующее правило: $w_i < -p'(x^*)A$, (где x^* - социально оптимальный уровень заботы и осмотрительности (мер предосторожности)). Следовательно, делинквент является небрежным, если предельные издержки мер предосторожности меньше, чем результирующая предельная выгода. Чтобы избежать ответственности делинквент должен увеличивать меры предосторожности до тех пор, пока неравенство не станет равенством: $w_i = -p'(x^*)A$. Более подробно см.: Cooter R., Ulen T. Law and Economics, 6th edition. Berkley Law. 2016. P. 214.

автомобиля считается безопасным на конкретном участке пути (социально оптимальный уровень должной осмотрительности)[311].

Впрочем, социально оптимальный уровень мер предосторожности может включать в себя не только скорость автомобиля, но и частоту, с которой водитель смотрит в зеркало заднего вида. Согласно режиму ответственности без вины делинквент всегда выбирает социально оптимальный уровень мер предосторожности. Однако при виновной ответственности, в связи с крайне затруднительной оценкой судом различных измерений социально оптимального уровня мер предосторожности, у делинквента есть стимул выбрать только такие меры, которые включены в стандарт должной осмотрительности (как суд может определить, сколько раз в минуту водитель смотрит в зеркало заднего вида?)[312].

Таким образом, при односторонней модели причинения вреда социально оптимальное решение достигается применением либо режима виновной ответственности, либо режима ответственности без вины.

Более сложной и приближенной к реальности выглядит двусторонняя модель, под которой понимается гипотетическая ситуация, когда причинитель вреда и потерпевший могут принять меры предосторожности для уменьшения риска причинения вреда. В доктрине такие меры называют совместными[313]. Социально оптимальный уровень мер предосторожности зависит от совместных возможностей субъектов по уменьшению вероятности причинения вреда и издержек на меры предосторожности. Приведем следующий пример. Автомобиль и пешеход стали участниками ДТП. Вероятность причинения вреда в 100 связана с возможными комбинациями мер предосторожности делинквента и потерпевшего.

---

[311] Делинквент не выберет $x > x^*$, как уже было сказано, следовательно, у него есть стимул выбрать $x = x^*$, поскольку если он выбирает $x < x^*$, то будет признан небрежным.

[312] Shavell S. Op. cit. Ch. 2. P. 4.

[313] Cooter R.,Ulen T. Law and Economics. P. 204; Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. Т.1 / пер. под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб.: Экономическая школа, 2004. С. 231.

Таблица 2

Меры предосторожности делинквента и потерпевшего, а также вероятность причинения вреда						
Меры предосторожности делинквента	Меры предосторожности потерпевшего	Стоимость мер предосторожности	Стоимость мер предосторожности	Вероятность причинения вреда	Ожидаемый вред	Социальные издержки
Не принимает	Не принимает	0	0	15%	15	15
Не принимает	Принимает	0	2	12%	12	14
Принимает	Не принимает	3	0	10%	10	13
Принимает	**Принимает**	**3**	**2**	**6%**	**6**	**11**

Как видно из таблицы, социально оптимальным решением являются показатели, приведенные в последней строке, т.е. ситуация, при которой делинквент и потерпевший принимают меры предосторожности[314]. При двусторонней модели причинения вреда добавляется новое условие, в частности, можно предположить, что принятие определенных мер предосторожности одним лицом часто зависит от уровня осмотрительности другого лица. В таких обстоятельствах необходимо установить равновесие, при котором выбор мер предосторожности делинквента и потерпевшего является лучшей реакцией на действия другого лица.

При безвиновной ответственности у делинквента появляется стимул принять социально оптимальные меры предосторожности, так как он будет нести все убытки от причинения вреда. Напротив, у потерпевшего при получении полной компенсации такой стимул отсутствует[315].

В случае виновной ответственности у обеих сторон есть стимул принять социально оптимальные меры предосторожности. Стимул

[314] Формализуем двустороннюю модель причинения вреда: SC = $w_V x_V + w_I x_I + p(x_v, x_i)A$ – данное уравнение выражает взаимозависимость действий делинквента и потерпевшего.

[315] Очевидно, что потерпевшие будут иметь стимулы к принятию социально оптимальных мер предосторожности, когда они не получат полную компенсацию, например, в случаях причинения тяжкого вреда здоровью.

потерпевшего обусловлен разумным нежеланием нести все убытки от причинения вреда при проявлении делинквентом должной осмотрительности. В то же время при существовании нескольких измерений социально оптимальных мер предосторожности режим ответственности за вину побуждает стороны выбирать только те меры, которые включены в стандарт должной осмотрительности.

При рассмотрении двусторонней модели причинения вреда проблема стимулов решается с помощью комбинаций режимов ответственности. В связи с этим наиболее актуальным является режим ответственности с учетом вины потерпевшего. Так, п. 2 ст. 1083 ГК РФ предусматривает два случая уменьшения размера возмещения вреда, возникновению или увеличению которого способствовала грубая неосторожность потерпевшего[316].

В первом случае учитывается грубая неосторожность потерпевшего и вина причинителя вреда. Например, вина делинквента составила 60 % в причинении вреда, а потерпевшего – 40 %, при таком правиле ответственности законодатель формулирует императивное требование уменьшить размер возмещения до 60 %[317]. Для российской практики особенно актуальным представляется вопрос определения размера возмещения, поскольку суды порой достаточно произвольно устанавливают процент вины, без какого-либо обоснования[318]. С точки зрения экономического анализа каждая сторона несет определенную долю убытков, причем эта доля определяется путем сопоставления принятых (фактических)

---

[316] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 № 816-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шевченко Андрея Александровича на нарушение его конституционных прав абзацем вторым пункта 2 статьи 1083 и абзацем вторым статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 19.10.2009, № 42, ст. 4970.

[317] В зарубежной литературе такой режим ответственности соответствует сравнительной небрежности. Существуют три вида сравнительной небрежности: простая, усложненная, грубая. См.: Cooter R., Ulen T. An Economic Case for Comparative Negligence // New York University Law Review. Vol. 61. 1986. P. 1067.

[318] Например, см.: апелляционное определение Московского городского суда от 26.06.2018 № 33-27163/18, в котором суд указал «…судебная коллегия определяет степень вины самого истца 60 % и считает необходимым уменьшить ежемесячный размер возмещения…». См. также: апелляционное Определение Московского городского суда от 12.06.2019 № 33-30867; апелляционное Определение Московского городского суда от 26.10.2018 № 33-44-37; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.02.2013 № А29-6328/2011 и др.

и должных мер предосторожности и будет тем выше, чем больше разница между должными мерами предосторожности и фактически принятыми.

Приведем пример, в котором должная осмотрительность определяется с помощью лишь одного показателя (пусть это будет скорость автомобиля (км/ч). Предположим, два автомобиля стали участниками ДТП из-за нарушения правил дорожного движения (далее – ПДД).

1. Допустим, ущерб от аварии (L) равен 100 000.
2. Скорость A1 (делинквента) составила 40 км/ч, скорость A2 (потерпевшего) – 35 км/ч. Разрешенная скорость на данном участке пути – 30 км/ч.
3. Определим отклонение фактических мер предосторожности от должных: для A1 это значение составит 10 км/ч, для A2 – 5 км/ч. Составим следующее уравнение: $5x + 10x = 100\,000$; $x \approx 6\,666,7$. Следовательно, отклонение A1 от должной осмотрительности привело к возникновению вреда в $10 \times 6\,666,7 = 66\,667$, тогда как отклонение A2 привело к $5 \times 6\,666,7 \approx 33\,333$. Так, если принять 100 000 за 100 %, получается, что отклонение A1 от должной заботы и осмотрительности ~ 67 % вины, тогда как отклонение A2 ~ 33 %.
4. Таким образом, суд должен уменьшить размер возмещения A2 до 67 000.

Ситуация, при которой оба субъекта проявляют должную степень осмотрительности – единственно возможное равновесное решение.

В другом случае, предусмотренном в п. 2 ст. 1083 ГК РФ, учитываются грубая неосторожность потерпевшего и одновременно отсутствие вины причинителя вреда. При этом суд по своему усмотрению может применить одно из следующих негативных для потерпевшего последствий: (1) уменьшение размера возмещения; (2) полный отказ в возмещении, если законом не установлено иное[319]. Каково отношение экономического анализа к подобной дискреционности при осуществлении правосудия? Когда на

[319] Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 № 816-О-О.

делинквента возлагается ответственность без вины, а суд, учитывая грубую неосторожность потерпевшего, уменьшает размер возмещения, необходимость в сопоставлении мер предосторожности причинителя вреда и истца отсутствует, важна лишь степень отклонения фактических мер, предпринятых потерпевшим, от должных мер предосторожности. Думается, что если степень отклонения будет превышать 50 %, то делинквент должен освобождаться от ответственности, если законом не предусмотрено иное[320].

Положения закона, не допускающие отказа в возмещении вреда, оказывают негативный эффект на стимулы субъектов к принятию мер предосторожности, так как потерпевшие получают компенсацию даже при упречном поведении. Одним из таких случаев является причинение вреда жизни или здоровью. С точки зрения экономического анализа такое положение создает надлежащие стимулы при причинении тяжкого вреда здоровью, поскольку восстановить состояние, существовавшее до нарушения, представляется затруднительным. В такой ситуации потерпевший вынужден принимать надлежащие меры предосторожности[321]. Если потерпевший лишился руки, вряд ли его жизнь будет столь же комфортной, как раньше, даже при условии возмещения вреда.

В рассмотренной модели обе стороны выбирают определенные меры предосторожности, уменьшающие вероятность причинения вреда. Тем не менее вероятность зависит не только от принятых мер предосторожности, но и от объема деятельности сторон[322]. Например, водитель может проезжать 40 км в день, из чего следует, что вероятность причинения вреда будет выше, чем если бы он проезжал 20 км в день. Дело в том, что режим виновной ответственности никак не влияет на объем деятельности: водитель может

---

[320] Когда суд отказывает в возмещении вреда, такой режим ответственности имеет своим аналогом режим строгой ответственности с учетом небрежности потерпевшего (strict liability with a defense of contributory negligence). При строгой ответственности с учетом небрежности потерпевшего делинквент несет обязанность по возмещению вреда только в том случае, когда уровень принятых мер предосторожности потерпевшего был равен должному уровню. Если уровень мер предосторожности потерпевшего был меньше должного, то делинквент освобождается от ответственности.

[321] Cooter R.,Ulen T. Law and Economics. P. 191.

[322] Впервые зависимость вероятности причинения вреда от объема деятельности сторон установил Г. Калабрези (см.: Calabresi G. The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs // Harvard Law Review. Vol. 78. 1965. P. 713-745).

проезжать 1000 км в день при соблюдении должного стандарта осмотрительности (что увеличит вероятность причинения вреда, но не повлияет на вероятность привлечения его к ответственности).

При ответственности без вины структура стимулов совершенно иная и побуждает потенциального делинквента учитывать каждую переменную: как эффективный уровень мер предосторожности, так и эффективный объем деятельности[323]. Г. Калабрези предлагает распределять вред пропорционально между сторонами в соответствии с их объемом деятельности. К примеру, пешеход и автомобиль стали участниками ДТП. Ученый утверждает, что обязанность по возмещению вреда следует возложить на сторону, объем деятельности которой больше всего влияет на вероятность причинения вреда (т.е. на водителя автомобиля)[324]. Вместе с тем возникает следующая проблема: в ситуациях, когда обе стороны увеличивают объем своей деятельности, влияющей на вероятность причинения вреда, установить стимулы к уменьшению объема деятельности представляется затруднительным. Потребуется дополнительная переменная, косвенно контролирующая объем деятельности, скажем, установление зависимости размера страховой премии от количества пройденных автомобилем километров.

1.5.2. Усложненная экономическая модель деликта.

Вышеупомянутый традиционный подход постулирует, что меры предосторожности, принятые сторонами, влияют на вероятность причинения вреда. Следует проанализировать случаи, в которых выбор мер предосторожности одной стороной непосредственно влияет на стоимость мер, принимаемых другой стороной[325]. В реальности таких ситуаций более чем достаточно. К примеру, водитель грузовика увеличивает стоимость мер предосторожности для водителя кабриолета, поскольку загораживает обзор

[323] Впервые данная зависимость установлена С. Шевеллом (см.: Shavell S. Strict Liability Versus Negligence. P. 1-25).
[324] Calabresi G. The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs. P. 740 – 741.
[325] Dharmapala D., Hoffmann S. Bilateral Accidents with Intrinsically Interdependent Costs of Precaution // Journal of Legal Studies. Vol. 34. 2005. P. 239 – 272.

дороги. При этом покупка грузовика или внедорожника может быть охарактеризована как принятие мер предосторожности. Возникает важнейший вопрос: позволяют ли режимы ответственности перераспределять издержки мер предосторожности? Так, при режиме виновной ответственности делинквент проявляет должный стандарт осмотрительности, чтобы свести к минимуму вероятность причинения вреда и издержки принятия мер предосторожности. Однако у делинквента отсутствуют стимулы учитывать издержки потерпевшего[326]. В литературе было предложено весьма элегантное решение – режим ответственности за вину с возмещением издержек, возникших по причине принятия мер предосторожности[327]. Например, если кабриолет (причинитель вреда) и внедорожник (потерпевший) стали участниками ДТП, то при расчете размера возмещения необходимо принять во внимание, что водитель внедорожника увеличил стоимость мер предосторожности для водителя кабриолета, следовательно, нужно уменьшить размер возмещения. Таким образом, данный режим создает надлежащие стимулы в условиях, когда выбор мер предосторожности обеими сторонами влияет на их стоимость.

Другим усложнением двусторонней модели причинения вреда является ролевая неопределенность. Для *ex ante* анализа, как мы уже отмечали, важно предотвратить причинение вреда. Субъекты должны корректировать свое поведение в соответствии с нормами права, чтобы избежать ответственности. Такой механизм основан на предположении, что роли субъектов можно определить заранее. В реальности деятельность человека непредсказуема, отдельные субъекты подвержены риску стать делинквентом или потерпевшим. Как остроумно выразились авторы одной статьи: «Люди подобны бильярдным шарам, которые непредсказуемо сталкиваются друг с

[326] Думается, что данная проблема может быть решена посредством более высоких налогов для водителей крпногабаритных автомобилей, без обращения к инструментарию экономического анализа деликтной ответственности.
[327] Dharmapala D., Hoffmann S. Op. cit. P. 257.

другом по всему миру»[328]. Хрестоматийным примером является вождение автомобиля. Каким образом водитель автомобиля будет реагировать на набор стимулов, предназначенных конкретно для потенциального делинквента или потенциального потерпевшего? Исторически первым был дан ответ, согласно которому субъекты реагируют на оба набора стимулов, однако данная позиция представляется ошибочной[329]. В большей степени усложняют проблему специфические меры предосторожности, которые имеют двойное действие, например, включение дальнего света фар в ночное время. Последнее уменьшает вероятность стать делинквентом (позволяет лучше видеть других участников движения) и стать потерпевшим в результате ДТП (другие участники движения лучше видят автомобиль). В связи с этим теоретики прибегают к довольно изящному рассуждению. Если меры предосторожности, принимаемые одним субъектом, создают эффект в отношении другого, то необходимо повышать должный стандарт осмотрительности в отношении первого[330]. Можно заметить, что рассмотренная ситуация похожа на описанную ранее (случай с грузовиком и кабриолетом), однако это не так. В примере выше выбор меры предосторожности создавал негативный внешний эффект для другого лица (грузовик загораживал обзор дороги для водителя кабриолета). В последнем случае выбор меры предосторожности с двойным эффектом позволяет уменьшить вероятность причинения вреда не только для субъекта, принимающего такие меры, но и для других лиц, т.е. создает положительный внешний эффект. В доктрине предлагается модифицировать стандарт должной осмотрительности таким образом, чтобы стимулировать стороны в ситуации ролевой неопределенности принимать больше мер предосторожности с двойным эффектом[331].

---

[328] Luppi B., Parisi F., Pi D. Double-edged torts // International Review of Law and Economics. Vol. 46. 2016. P. 47.
[329] Ibid. P. 43.
[330] Cooter R., Porat, A. Does harm to self increase the care owed to others? Law and economics in conflict // Journal of Legal Studies. Vol. 29 (1). 2000. P. 19–34.
[331] Luppi B., Parisi F., Pi D. Op. cit. P. 47.

Таким образом, все усложнения образуют дополнительные факторы, которые необходимо учитывать при формулировании эффективного режима ответственности.

1.5.3. Страхование

По мнению специалистов в области экономического анализа права, одной из причин, по которой возникает необходимость в страховании, является негативное отношение субъектов к риску. Считается, что для таких лиц потеря определенной суммы денег уменьшит их полезность больше, чем получение такой же суммы. Следовательно, социальные издержки зависят не только от стоимости принимаемых мер предосторожности, издержек ожидаемого вреда, но и от того, подвержены ли субъекты риску. Выходит, с точки зрения экономического анализа, страхование призвано перераспределять риски или переносить их на нейтральных к риску субъектов.

Для лучшего уяснения системы стимулов, порождаемых страхованием, ученые предлагают весьма любопытный гипотетический пример, когда система страхования недоступна: делинквент не может застраховать свою ответственность, а потерпевший не имеет возможности прибегнуть к страхованию от несчастных случаев, при этом оба не расположены к риску. При режиме ответственности без вины делинквент будет нести риск, кроме того, он будет принимать излишние меры предосторожности, чтобы избежать ответственности. Легко предположить, что объем деятельности также сократится[332]. С. Шевелл призывает решать данную проблему посредством уменьшения размера возмещения вреда, причиненного не расположенным к риску нарушителем[333].

При режиме ответственности за вину делинквенты, при условии соблюдения должного стандарта осмотрительности, не будут привлечены к

---

[332] Представьте, как будут ездить не расположенные к риску водители в отсутствие страхования ответственности, если на них распространяются нормы о строгой ответственности.
[333] Shavell S. On Liability and Insurance. P. 120–132.

ответственности. Потерпевшие понесут убытки самостоятельно. В таком случае общественное благосостояние не может считаться оптимальным, если потерпевшие не расположены к риску и не застрахованы.

Таким образом, в гипотетическом примере, когда отсутствует страхование, ответственность без вины является более привлекательной, если делинквенты нейтральны к риску или менее расположены к нему, чем потерпевшие. В то же время режим виновной ответственности является предпочтительным, когда потерпевшие менее расположены к риску, чем причинители вреда.

Теперь рассмотрим более реальные ситуации при доступном страховании. В случае виновной ответственности от делинквента следует ожидать соблюдения должного стандарта осмотрительности, а от не расположенного к риску потерпевшего заключения договора страхования от несчастных случаев. Такое решение представляется общественно приемлемым. Тем не менее проблемы возникают со страхованием ответственности при режиме безвиновной ответственности, поскольку у делинквента изменяются стимулы к принятию должного стандарта осмотрительности, следовательно, изменяется вероятность причинения вреда. Зачем застраховавшему ответственность потенциальному делинквенту принимать надлежащие меры предосторожности? Решение видится в предоставлении страховщикам возможности устанавливать размер страховой премии в зависимости от должного стандарта осмотрительности[334]. Предположим, что делинквент (страхователь) заключает договор страхования ответственности, который покрывает ответственность за причинение вреда здоровью другим лицам в результате пожара в его здании. Размер страхового покрытия 1 000 000. Приобретение огнетушителей за 10 000 снизит риск пожара с 5 % до 1 %, а также размер ожидаемого вреда на 40 000. Если у страховщика есть возможность устанавливать зависимость размера страховой премии от должного стандарта осмотрительности, то ее

[334] Shavell S. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One: Accident Law. Ch. 5. P. 4.

размер при наличии огнетушителей будет снижен на 40 000 (50 000[335] – 40 000 = 10 000 – размер страховой премии). В этом случае страхование ответственности является приемлемым с точки зрения общественного благосостояния.

Рассмотрим аналогичный умозрительный пример при виновной ответственности. Должным стандартом осмотрительности будет приобретение огнетушителей за 10 000. Принятие такой меры предосторожности необходимо для того, чтобы избежать привлечения к ответственности. Предположим, у делинквента есть возможность выбора между приобретением огнетушителей и заключением договора страхования[336]. Как и в предыдущем примере, вероятность причинения вреда в размере 1 000 000 равна 5 %. Размер страховой премии составит, соответственно, 50 000. Очевидно, столкнувшись с выбором, заплатить ли 50 000 в качестве страховой премии или потратить 10 000 на приобретение огнетушителей, причинитель вреда прибегнет ко второму варианту. При режиме виновной ответственности стоимость страхования будет значительно выше, чем издержки принятия должных мер предосторожности[337]. Таким образом, соблюдать стандарт осмотрительности будет разумнее.

В связи с этим любопытным выглядит высказывание Р. Кутера: «В системе доступного страхования цель деликтного права может быть описана как минимизация размера страховых премий для страхователей»[338].

Таким образом, страховщики оказывают положительное влияние на систему стимулов, когда могут устанавливать зависимость размера страховой премии от должного стандарта осмотрительности. Действительно, во многих видах страхования, страховые организации при расчете страховой премии применяют к базовым ставкам страховых тарифов коэффициент,

---

[335] В данном примере 50 000 представляет собой 5 % от 1 000 000.

[336] Во многих видах страхования, страховые организации при расчете страховой премии применяют к базовым ставкам страховых тарифов коэффициент, зависящий от уровня безопасности, в том числе с учетом соблюдения требований технической и пожарной безопасности.

[337] Ibid. Ch. 5. P. 6. Интересный эмпирический пример в отношении страхования ответственности за медицинскую небрежность см.: Cooter R.,Ulen T. Law and Economics. P. 239.

[338] Cooter R.,Ulen T. Op. cit. P. 237.

зависящий от уровня безопасности, в том числе с учетом соблюдения требований технической и пожарной безопасности[339]. Наличие страхования ответственности и страхования от несчастных случаев повышает полезность для не расположенных к риску субъектов.

1.5.4. Размер возмещения вреда

Размер возмещения вреда, присуждаемого судом, оказывает значительное влияние на систему стимулов делинквентов и потерпевших. Оптимальным с экономической точки зрения выглядит принцип полного возмещения вреда. Любые отклонения в большинстве ситуаций приводят к неэффективному результату. Размер возмещения вреда формирует одну из основных переменных в формуле социальных издержек, а именно издержки ожидаемого вреда. Если размер возмещения вреда меньше фактического вреда, стимулов для принятия мер предосторожности будет меньше. В противном случае – появляются чрезмерные стимулы для принятия мер предосторожности.

Если исследователь ставит во главу угла критерий предвидимости, наши выводы изменяются. Критерий предвидимости может влиять на размер возмещения вреда или же освобождать от ответственности[340]. Существует целый ряд аргументов против ограничения ответственности. Во-первых, любую ситуацию, в которой одно лицо причиняет вред другому можно считать уникальной, экстраординарной, принимая во внимание абсолютно все факторы, воздействовавшие на них в этот день. Во-вторых, теоретикам экономического анализа деликтного права ясно, что издержки ожидаемого вреда отражают все возможные вариации причинения вреда[341]. В-третьих, возрастет стоимость судебного разбирательства, поскольку рассмотрение

---

[339] См., например, страхование гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии: Страховая премия [Электронный ресурс] URL: https://www.rgs.ru/products/juristic_person/opasnie_obekti/zakonodatelstvo/premiya/index.wbp (дата посещения: 07. 04. 2020)

[340] Хрестоматийным делом, описывающим критерий предвидимости является *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* Подробнее см.: Fleming J. The Law of Torts. 9th ed. P. 237 – 246; Markesinis, B. S. A Comparative Introduction to the German Law of Tort. 3rd edition. Oxford: Clarendon Press, 1994. P. 107 – 108.

[341] Shavell. S. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One: Accident Law. Ch. 4. P. 10.

каждого дела будет сопряжено с трудностями по установлению стандартов предвидимости. В-четвертых, если мы допускаем отклонение от принципа полного возмещения вреда в ситуациях, когда лицо не могло разумно предвидеть причинение вреда, должны ли мы увеличивать размер возмещения, когда вероятность причинения вреда была достаточно велика?

Другой важной проблемой является экономическое обоснование штрафных убытков. Существует как минимум три аргумента для описания необходимости взыскания штрафных убытков. Первый довод заключается в том, что вероятность привлечения к ответственности делинквента не равна 100 %. В таком случае издержки ожидаемого вреда будут выше, чем размер возмещения вреда, в результате стимулы к принятию надлежащих мер предосторожности будут недостаточными[342]. Например, вероятность обращения в суд с иском о возмещении вреда, причиненного делинквентом равна 50 %, а фактический нанесенный ущерб соответствует 10 000. Для того чтобы стимулы были надлежащими, размер возмещения вреда должен быть умножен на обратную вероятность обращения с иском в суд, то есть 10 000 × 2 = 20 000 – надлежащий размер возмещения вреда, из чего следует, что 20 000 × 50 % = 10 000 – ожидаемый вред[343].

Второй аргумент за взыскание штрафных убытков говорит о возможности делинквента получить вследствие причинения вреда выгоду. К примеру, делинквент прокалывает колеса автомобиля соседа и получает наслаждение от его несчастья. Такое наслаждение делинквента не должно учитываться при выявлении общественного благосостояния[344]. Размер возмещения вреда в этом случае должен быть выше, чем фактический вред. Такой довод может вызвать ряд проблем, например, какую полезность стоит учитывать при выявлении общественного благосостояния?

---

[342] Как верно отметил Р. Познер, «экономист предсказывает, что увеличение либо строгости наказания, либо вероятности его присуждения увеличивает цену преступной деятельности и потому снижает ее интенсивность» (Познер Р. Указ. соч. С. 6).

[343] Shavell. S. Foundations of Economic Analysis of Law. Ch. 4. P. 14.

[344] Поскольку делинквент извлекает из причинения вреда выгоду за счет уменьшения суммарного общественного богатства (см.: Mill J. S. Utilitarianism / Ed. by R. Crisp. Oxford: Oxford University Press. [1861] 1998. P. 56).

В соответствии с третьим аргументом обоснование штрафных убытков дается через превентивную функцию деликтной ответственности. Истцы, обращаясь в суд с исками, выполняют полезную для общества функцию общей превенции, однако в случаях, когда истцам это невыгодно с точки зрения временных затрат и судебных издержек, они склонны воздерживаться от выполнения такой функции. Взыскание сумм сверх компенсации может поощрять потерпевших к преследованию делинквентов[345].

Для исследователей рассматриваемого феномена основным аргументом в пользу взыскания штрафных убытков является первое положение из рассмотренных нами[346].

1.5.5. Рациональность субъектов

Как было указано выше, при обсуждении эмпирической группы вопросов презюмируется рациональность субъектов. Тем не менее последние исследования в области экономического анализа деликтного права показывают, что потенциальные делинквенты склонны ошибаться при принятии решений[347]. Ослабим предпосылку о рациональности и выясним, изменится ли в таком случае наше представление о режимах ответственности?

Основная проблема тезиса о рациональности заключается в неоправданном оптимизме[348]. Субъекты считают, что они меньше, чем другие, подвержены риску причинить вред и имеют больше шансов избежать его причинения. Согласно социальным исследованиям, 22 % опрошенных водителей проявляют неоправданный оптимизм по поводу безопасности их собственного вождения[349]. Можно предположить, что принятые такими водителями меры предосторожности будут недостаточными.

---

[345] Faure M. Op. cit. P. 166—168.

[346] Например, Р. Кутер вообще не рассматривает иных аргументов, кроме первого (см.: Cooter R.,Ulen T. Law and Economics. P. 257 – 261).

[347] Zamir E., Teichman D. Behavioral Law and Economics. Oxford University Press, 2018. P. 325.

[348] Weinstein N. Unrealistic optimism about future life events // Journal of Personality and Social Psychology. Vol. 39 (5). 1980. P. 806 – 820.

[349] Soames R. F., Hamer V., Walker M. The Effects of Optimism Bias and Fear on Protective Behaviours // Australia's Adolescents: A Health Psychology Perspective. University of New England Press, 1995. P. 151–156 (цит. по: Zamir E., Teichman D. Op. cit. P. 330).

Проанализировать влияние неоправданного оптимизма на вероятность причинения вреда впервые решился Э. Познер[350]. Ученый обнаружил, что при незначительной вероятности причинения вреда потенциальные делинквенты предполагают, что она равна нулю[351]. При этом, если неоправданный оптимизм потенциального делинквента высок, принимаемые им меры предосторожности недостаточны. Соответственно, когда уровень неоправданного оптимизма мал, потенциальный делинквент будет проявлять должную степень осмотрительности. В ситуациях среднего уровня неоправданного оптимизма меры предосторожности, по мнению ученого, являются излишними.

В литературе выводы Э. Познера признаются далеко не бесспорными. В реальности определить порог вероятности, при котором потенциальный делинквент не будет принимать должных мер предосторожности, представляется затруднительным[352].

Основной работой по данной тематике стала публикация Л. Корнхаузера и Э. Шоттера[353]. В ходе проведенного ими эксперимента участники неоднократно сталкивались с необходимостью выбора мер предосторожности в зависимости от режима ответственности. При виновной ответственности участники на протяжении всего эксперимента выбирали должные меры предосторожности. В случае же ответственности без вины респонденты меняли стратегию с течением времени: на ранних этапах они принимали излишние меры предосторожности, затем постепенно сокращали их до нежелательного минимума. Таким образом, ученые сделали вывод в пользу режима ответственности при наличии вины.

К такому умозаключению необходимо относиться с осторожностью. Во-первых, модель основана на ограниченных эмпирических данных. Во-вторых, результат получен исходя из анализа стилизованных моделей

---

[350] Posner E. Op. cit. P. 125.
[351] Этот результат стал основой анализа Р. Кутера (см.: Cooter R.,Ulen T. Op. cit. P. 231).
[352] Zamir E., Teichman D. Op. cit. P. 332.
[353] Kornhauser L., Schotter A. An Experimental Study of Single-Actor Accidents // The Journal of Legal Studies. Vol. 19. № 1. 1990. P. 203 – 233.

поведения, чувствительных к определяющим их параметрам[354]. В-третьих, учет субъективных воззрений судей может привести к противоположному результату. Доказано, что оценка мер предосторожности *ex ante* существенно отличается от оценки *ex post*. Большинство людей склонны переоценивать вероятность события, как только они узнали, что событие произошло[355]. При рассмотрении *ex post* кажется, что меры предосторожности *ex ante* были недостаточными. В результате формируется завышенный стандарт должной осмотрительности.

Другим фактором, влияющим на выбор режима ответственности, является «эффект результата». Дж. Бартон и Дж. Херши в своем эксперименте попросили респондентов оценить решение хирурга о проведении операции, которая могла повлечь летальный исход с вероятностью 8 %[356]. Оценка опрашиваемых в значительной степени зависела от исхода операции: когда исход был летальным, они рассматривали решение об операции как менее обоснованное.

В пользу вышеприведенных доводов говорит и тот факт, что судьи склонны удовлетворять требования о возмещении вреда даже в тех случаях, когда ответчик принимал оптимальные меры предосторожности *ex ante*.

Несмотря на то что режим ответственности при наличии вины в анализе Л. Корнхаузера и Э. Шоттера был признан наиболее предпочтительным, высказанные нами аргументы позволяют усомниться в этом. Ведь «эффект результата» и проблема с оценкой мер предосторожности *ex ante* и *ex post* заставляют потенциального делинквента принимать излишние меры предосторожности.

Таким образом, ослабление аргумента о рациональности усложняет экономический анализ деликтного права, лишая его главной практической функции – предсказательной способности. По меткому замечанию Дж. Ролза,

---

[354] Zamir E., Teicnman D. Op. cit. P. 333.
[355] Kamin K., Rachlinski J. Op. cit. P. 89.
[356] Baron J., Hershey J. Outcome Bias in Decision Evaluation // Journal of Personality and Social Psychology. Vol. 54. 1988. P. 569 (цит. по: Zamir E., Teicnman D. Op. cit. P. 337).

теоретические модели должны делать, конечно, больше, чем только упрощать: они должны идентифицировать существенные элементы объяснения фактов, требующих понимания[357]. Добавляя новые переменные, едва ли можно с уверенностью ответить на вопрос: какой режим ответственности является предпочтительным в конкретной ситуации?

1.6. Выводы к главе 1

Проиллюстрированные концепции противоправности обладают любопытной закономерностью. С одной стороны, каждая их них претендует на всеохватывающее применение, с другой – как только появляются проблемы практического применения, тут же предпринимаются попытки создать еще одну теорию, разрешающую спорные вопросы. Так, критика субъективной теории противоправности поведения в основном имеет политико-правовое содержание, поскольку она исходит из принципа «что не разрешено, то запрещено». Напротив, субъективная теория противоправности результата предполагает весьма абстрактный критерий определения противоправности (*neminem laedere*), что вызывает трудности в обосновании, с одной стороны, превентивных действий потерпевшего, с другой, противоправности бездействия, посредством которого произошло причинение вреда.

Появившаяся в немецкой доктрине объективная теория противоправности результата также встречает препятствия в обосновании обстоятельств, исключающих противоправность, несмотря на то что исходит из принципа «разрешено все, что не запрещено» и предлагает определенный критерий (нарушение конкретных благ) при установлении противоправности. Более того, проблемы возникают и при причинении вреда бездействием, а также в связи с взысканием чисто экономических убытков. Следствием рефлексии указанных недостатков стала разработка объективной теории противоправности поведения. Успешно справляясь с обоснованием

[357] Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 92.

возмещения чисто экономических убытков, подход порождает еще большие проблемы в разграничении вины и противоправности, затрудняет анализ поведения в ситуациях, когда наличествуют обстоятельства, исключающие противоправность, а также приводит к увеличению административных издержек при рассмотрении судом вопроса об установлении противоправности.

В европейской доктрине были предприняты некоторые попытки создать компромиссные теории, которые сочетали бы объективные теории результата и поведения. Тем не менее ни Х. Коциоль, ни Н. Янсен не предлагают ясных критериев для установления противоправности.

Благодаря влиянию французского и английского права, возник подход, определяющий противоправность как нарушение должной осмотрительности. Во многом такая концепция аналогична теории поведения. Следовательно, трудности в разграничении вины и противоправности, появление случайных императивных стандартов поведения присущи и этому подходу. Более того, попытки ученых разработать источники мер осторожности отличные от норм защиты приводят к еще более абстрактным критериям и бескрайнему судебному усмотрению.

По нашему мнению, удовлетворительной следует признать теорию интересов М. Картье, которая позволяет достичь максимальной гибкости при привлечении к ответственности, однако, по сути, является логическим продолжением теории противоправности поведения. Ведь выявление баланса интересов необходимо, в конечном счете, для установления поведенческой обязанности, отклоняясь от которой делинквент действует противоправно[358]. Тем не менее в отличие от теории поведения, подход М. Картье свободен почти от всех проблем, свойственных концепции поведения.

Для обоснования некоторых недостатков различных теорий мы активно использовали превентивную функцию деликтной ответственности, определяя

[358] Verde M. Op. cit. S. 25.

противоправность в качестве отрицательного элемента правонарушения. Если во главу угла ставится компенсаторная функция, наши выводы несколько изменятся. Тогда противоправность должна мыслиться в качестве удобного механизма обоснования распределения вреда[359], на что вправе претендовать теория интересов М. Картье.

Основная задача сторонников теории М. Картье заключается в том, чтобы разработать определенные группы случаев, объединенных по способу установления противоправности.

В настоящей главе также были рассмотрены воззрения специалистов в области экономического анализа на деликтное право. Экономическая модель деликта состоит из простейших элементов: убытков от причинения вреда и стоимости мер предосторожности. Особую актуальность экономический анализ приобретает в связи с выявлением баланса интересов при применении теории М. Картье, поскольку некоторые виды вредоносной деятельности представляются общественно необходимыми.

[359] Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. S. 534 – 535.

Глава 2. Понятие обязательства из причинения вреда правомерными действиями

2.1. Генезис обязательств из причинения вреда правомерными действиями

Впервые в отечественной литературе вопрос о возмещении вреда, причиненного правомерными действиями, был поставлен выдающимся цивилистом М.М. Агарковым[360]. Комментируя положения ст. 403 ГК РСФСР 1922 г., ученый указывал, что обязательство возмещения в некоторых случаях возникает в результате правомерного причинения вреда. При этом М.М. Агарков отмечал, что вред причиняется правомерно, когда наличествует управомочие на причинение вреда, которое устраняет противоправность, а вместе с тем и ответственность[361]. В ст. 403 ГК РСФСР 1922 г. ничего не сказано о противоправности или правомерности. Тем не менее в доктрине господствовало воззрение, согласно которому любое причинение вреда считается противоправным за исключением случаев, когда лицо докажет, что было управомочено на причинение вреда[362]. Такие рассуждения напоминают субъективную теорию противоправности, обсуждаемую нами в гл. 1. Однако затем делалась очень важная оговорка, что противоправным считается такое поведение, которое противоречит советскому праву в объективном смысле и нарушает субъективное право

---

[360] Существует спорная точка зрения, согласно которой в норме ст. 684 т. X Свода законов Российской империи было сформулировано правило о возмещении вреда, причиненного правомерными действиями (см.: Лисаченко А.В. Компенсация ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов и органов местного самоуправления: практика применения и научное осмысление // Российский юридический журнал. № 4. 2017. С. 116 – 122). Однако такие выводы, на наш взгляд, представляются необоснованными. В ст. 648 т. X Свода законов Российской империи говорилось: «Всякий обязан вознаградить за вред и убытки, причиненные кому-либо его деянием или упущением, хотя бы сие деяние или упущение и не составляли не преступления, ни проступка, если только будет доказано, что он не был принужден к тому требованиями закона, или правительства, или необходимою обороною, или же стечением таких обстоятельств, которых он не мог предотвратить». Данная норма была сформулирована неудачно, так как на практике происходила путаница, во-первых, между уголовным и гражданским законами, а во-вторых, между ст. 644 и 684 т. X Свода законов. Как выяснилось позже, авторы закона имели в виду в этих двух нормах деление на деликты и квази-деликты, которые не караемы уголовным законом. Следовательно, ни о каком возмещении вреда, причиненного правомерными действиями, не говорилось.

[361] Агарков М.М. Указ. соч. С. 151.

[362] Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 355.

лица, которому был причинен вред[363]. Подобное видение противоправности сочетает в себе элементы как субъективной, так и объективной теорий. Определение противоправности как поведения, воспрещенного объективным правом, которое нарушает субъективное право другого лица, было раскрыто в дореволюционной литературе Г.Ф. Шершеневичем[364]. Он же разделил обстоятельства, исключающие противоправность, на действия, (1) состоящие в осуществлении права; (2) представляющие собой исполнение служебного долга; (3) выражающиеся в необходимой обороне; (4) совершенные с согласия потерпевшего[365]. Несмотря на приведенную классификацию, ученый далее не развивал идею возмещения вреда, причиненного правомерными действиями.

Анализируя позицию М.М. Агаркова возможно сформулировать следующие признаки возмещения вреда, причиненного правомерными действиями: во-первых, обязанность возмещения вреда не является ответственностью[366]; во-вторых, допускается возмещение причиненного правомерными действиями вреда в тех случаях, когда «для обеспечения какого-либо законного и подлежащего удовлетворению интереса необходимо пожертвовать другим тоже законным и по общему правилу подлежащим удовлетворению, но менее значительным интересом другого лица»[367]; в-

---

[363] Там же.

[364] Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 588. К.Н. Анненков указывает на необычайное сходство позиций Г.Ф. Шершеневича и Ю. Барона (см.: Анненков К.Н. Указ. соч. С. 554).

[365] Шершеневич Г.Ф. Указ. Соч. С. 587. Подобную классификацию со ссылкой на Ф. Регельсбергера и Т. Моммзена дает В.М. Хвостов, отмечая, что действие, по своему внешнему эффекту представляющееся вторжением в чужую сферу субъективных прав и охраняемых интересов, не считается правонарушительным в следующих случаях: (1) Если действие совершается во исполнение обязанности, законом возложенной, или по предписанию компетентной власти (L. 167 § 1 D. 50, 17), или если оно не выходит за пределы субъективного права действующего лица; (2) если действие совершается в состоянии необходимой обороны против неправомерного вторжения в существующие фактические отношения (L. 4 pr. L. 45 § 4 D. 9,2); (3) если действие совершается в состоянии крайней необходимости или крайней нужды, когда приходится жертвовать менее ценным благом для сохранения более ценного (например, корабль без вины шкипера запутался в рыболовных сетях и их пришлось разрубить (L. 29 § 3 D. 9,2); или для прекращения пожара пришлось снести соседний дом (L. 49 § 1 D. 9,2)); (4) Некоторые действия утрачивают правонарушительный характер, если они совершены с согласия потерпевшего лица (например, воровство L. 46 § 8 D: 47, 2). См.: Хвостов В. М. Система римского права / В. М. Хвостов. М.: Издательство Юрайт, 2019. С. 198 – 199. Аналогичную классификацию обстоятельств, исключающих противоправность, приводит Е.А. Флейшиц. (см.: Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 370 – 376).

[366] Агарков М.М. Указ. соч. С. 151.

[367] Там же.

третьих, обязательным условием возмещения вреда служит указание закона; в-четвертых, правомерное действие не может быть виновным[368].

М.М. Агарков не описывает всех случаев возмещения вреда, причиненного правомерными действиями, ограничиваясь лишь указанием на реквизицию и крайнюю необходимость. При этом в ГК РСФСР 1922 г. отсутствовала норма о возмещении вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости. Интересным представляется тот факт, что возмещение обосновывалось со ссылкой на ст. 406 ГК РСФСР 1922 г.: «В тех случаях, когда согласно статьям 403 – 405 причинивший вред не обязан к его возмещению, суд, однако, может обязать его возместить вред в зависимости от его имущественного положения и имущественного положения потерпевшего»[369]. Любопытно, что в соответствии со ст. 406 ГК РСФСР 1922 г. возмещению подлежал вред при наличии противоправности, но при отсутствии умысла или неосторожности[370]. Ясно, что такое объяснение является дискуссионным и может стать объектом критики, поскольку, вне зависимости от условий деликтной ответственности, суд вправе, руководствуясь ст. 406 ГК РСФСР, возложить обязанность по возмещению вреда на нарушителя. Тем не менее постановка вопроса о возмещении вреда, причиненного правомерными действиями, не может не вызывать восхищения.

Е. А. Флейшиц внесла неоценимый вклад в развитие теории обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, сместив основной акцент рассмотрения с возмещения вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, на возмещение вреда, причиненного правомерными действиями государства. В 1946 г. при описании ответственности зарубежных государств за вред, причиняемый их

---

[368] Там же. С. 153.

[369] Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1435.htm (дата обращения: 6.07.2020). М. М. Агарков пишет: «De lege lata вопрос о вознаграждении может быть разрешен только применением ст. 406 ГК. Текст ст. 406 дает возможность суду возложить ответственность и в тех случаях, когда вред причинен правомерным действием» (см.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 153).

[370] Там же. С. 150.

должностными лицами, Екатерина Абрамовна ограничивается лишь двусмысленным указанием на то, что «последовательное расширение **ответственности** [выделено здесь и далее мной. – *С.С.*] государства за вред, причиняемый его **правомерными действиями**, какими являются введение монополий, законодательная деятельность вообще и даже война, которая до самого последнего времени признавалась актом осуществления суверенитета *par excellence*, не могло не способствовать и расширению, и укреплению ответственности государства за вред, причиняемый неправомерными действиями должностных лиц»[371]. Рассуждая о принудительном отчуждении имущества частных лиц для государственных нужд, Е. А. Флейшиц сформулирует основной подход к возмещению вреда, причинённого правомерными действиями государства: «Если государство в ходе своей деятельности вынуждено обречь отдельного гражданина или определенную группу граждан на несение более тяжелого бремени участия в издержках государственной жизни, чем то, какое несут остальные граждане, то это бремя должно быть распределено между всеми»[372]. В данной формулировке воплощается принцип равенства граждан в несении бремени государственных расходов[373].

Дальнейший шаг в развитии теории обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, был сделан при подготовке Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (далее – Основы), работа над которыми началась в марте 1957 г., на волне демократизации, последовавшей за XX съездом КПСС и вошедшей в нашу историю под названием «оттепели»[374]. Уже в 1962 г., комментируя ст. 88 Основ, Е.А. Флейшиц укажет на следующие случаи возмещения вреда, причиненного правомерными действиями государства, правда, не называя это ответственностью, как в 1946 г.: «Возмещение вреда, причиненного

[371] Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 317; см. также: Маркелова А.А. Указ. соч. С. 99 - 100.
[372] Там же. С. 316.
[373] Там же.
[374] Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922 – 2006). М.: Статут, 2010.

органами ветеринарного надзора уничтожением в целях борьбы с эпизоотией животных, заболевших заразной болезнью или павших вследствие сделанных им прививок, а также уничтожением предметов, могущих способствовать распространению заразы; возмещение вреда, причиненного повреждением земельных угодий при производстве топографо-геодезических работ»[375].

В 1960-х гг., с одной стороны, наблюдается либерализация законодательства о привлечении к ответственности государственных учреждений за вред, причиненный гражданам неправильными служебными действиями их должностных лиц в области административного управления (ст. 89 Основ)[376], с другой – утверждается в законодательстве норма, согласно которой вред, причиненный правомерными действиями, также подлежит возмещению.

ГК РСФСР 1964 г. содержал более детальное регулирование деликтных отношений. Имело место постепенное усиление компетенции законодателя в вопросах возмещения вреда. Интересен тот факт, что это происходило в отсутствие желания самого законодателя укреплять свои позиции, поскольку никаких политико-правовых или социальных предпосылок для перераспределения компетенции в пользу законодателя не имелось[377]. По мнению Э.А. Евстигнеева, катализатором перераспределения компетенции стало активное участие ученых в разработке ГК РСФСР 1964 г.[378] Разумеется, данное обстоятельство оказало влияние на становление системы возмещения вреда, особенно в сфере правомерно причиненного вреда, поскольку от законодателя в соответствии со ст. 444 ГК РСФСР 1964 г. требовалось определить в законе случаи, когда такой вред подлежит возмещению.

Думается, что основной идеей, заключенной как в ст. 88 и 89 Основ, так и в ст. 444, 446, 447 ГК РСФСР 1964 г., была максимальная защита потерпевшего от действий государства. Появившись как реакция на произвол

---

[375] Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 210.

[376] Эволюция ответственности советского государства за действия должностных лиц подробно описана А. Л. Маковским (см.: Маковский А.Л. Указ. соч)..

[377] Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы развития (часть вторая). С. 68.

[378] Там же.

государства, обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, были непосредственно связаны с ответственностью государства.

Столь положительные изменения не коснулись теории противоправности. В советском деликтном праве сложилась довольно неоднозначная ситуация. «Гибридная» теория противоправности сочеталась с неудачным распределением бремени доказывания. По сути, заимствуя определение противоправности у Г.Ф. Шершеневича, советские ученые не обратили внимание на то, что вину делинквента, согласно Г. Ф. Шершеневичу, доказывает потерпевший[379]. В то же самое время, в соответствии с позицией К. Н. Анненкова, бремя доказывания противоправности необходимо возложить на истца[380]. Однако в советской литературе признавалось, что лицо, причинившее вред, должно доказать отсутствие как противоправности, так и вины[381]. Более того, появляются позиции, расширяющие содержание противоправности[382]. Понятно, что в такой ситуации положение причинителя вреда было наихудшим. О. С. Иоффе в связи с этим подчеркивает, что «это, разумеется, не означает, что в ходе рассмотрения дела суд может пассивно выжидать, пока ответчик докажет свою невиновность <…>. Советский суд активен. Закон (статья 5 ГПК) возлагает на него прямую обязанность принять все меры к выяснению действительных взаимоотношений сторон, оказать активное содействие обращающимся к суду гражданам <…>»[383].

Недостатки существующей теории противоправности ощущались при обсуждении противоправности действий владельца источника повышенной

---

[379] Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 587.
[380] Анненков К.Н. Указ. соч. С. 551.
[381] Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 355, 402; Иоффе О.С. Указ. соч. С. 38 – 39. Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 185, 266 – 267; Алексеев С.С. О составе гражданского правонарушения // Правоведение. № 1. 1958. С. 51; Шевченко А.С. Указ. соч. С. 5,6.
[382] Так, В.П. Грибанов указывает, что «не все то, что не запрещено законом, - дозволено <…>». Далее ученый пишет: «Противоправным следует считать не только поведение, нарушающее конкретные нормы права, но и поведение, противоречащее правовым принципам данной системы, отрасли или института права, хотя бы это поведение и не противоречило конкретной норме права» (Грибанов В.П. Указ. соч. С. 52); Иоффе О.С. Юридические нормы и человеческие поступки // Актуальные вопросы советского гражданского права. Москва. Юридическая литература. 1964. С. 25.
[383] Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. С. 38.

опасности. Так, Б. С. Антимонов полагал, что поведение указанного субъекта правомерно, тогда как неправомерными бывают лишь некоторые следствия этой деятельности, а именно те, которые причинили вред личности или имуществу[384]. Особую сложность в связи с этим приобретала ссылка на управомоченность по смыслу ст. 407 ГК РСФСР 1922 г., однако, по мнению Б. С. Антимонова, когда вред был причинен источником повышенной опасности, вопрос об управомоченности или неуправомоченности использования этого источника отпадает[385]. Напротив, Е. А. Флейшиц считала, что по смыслу ст. 404 ГК РСФСР 1922 г. ответственность владельца источника повышенной опасности при определённых условиях определяется за вред, причиненный правомерной деятельностью[386]. Альтернативной точки зрения придерживался О. А. Красавчиков. Настаивая на противоправности поведения владельца источника повышенной опасности, ученый предположил, что необходимо вести речь не о роде и видах деятельности данного субъекта, а о конкретном вредоносном действии, в результате которого произошло умаление благ потерпевшего[387]. При этом противоправность поведения может определяться по нормам ряда отраслей права[388]. Но иногда возникают ситуации, когда вредоносное поведение владельца источника повышенной опасности не нарушает норм права. Еще более дискуссионным выглядит «конкретное» рассмотрение вредоносного действия, ведь в такой ситуации неясно, вправе ли потерпевший прибегнуть к мерам активно-оборонительного характера, смысл которых как раз и заключается в том, чтобы предотвратить причинение вреда[389].

Следующий этап в становлении теории обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, связан с попыткой

---

[384] Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1952. С. 72.
[385] Там же. С. 76.
[386] Флейшиц Е.А. Основные вопросы гражданской ответственности за повреждение здоровья // Ученые записки ВИЮН. Вып. 1. М.: Госюриздат, 1955. С. 8.
[387] Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 436.
[388] Там же. С. 438.
[389] Схожие аргументы уже были высказаны нами при рассмотрении теории противоправности результата в гл. 1.

придания обязательствам по возмещению правомерно причиненного вреда смысла *sui generis*. Так, А.С. Шевченко определяет такое обязательство как гражданское правоотношение, в силу которого одно лицо (кредитор) имеет право требовать от другого лица (должника) возмещения правомерно причиненного ему вреда путем предоставления определенного имущества в натуре или возмещения убытков, а должник обязан удовлетворить требования кредитора[390]. Действия, влекущие возникновение обязательств по возмещению вреда, в данном случае совершаются в государственных или общественных интересах, в силу чего обладают общественной полезностью, следовательно, признаются правомерными[391]. Основанием возникновения таких обязательств может быть как один юридический факт – причинение вреда правомерными действиями (крайняя необходимость), так и сложный юридический состав, включающий в себя административный акт и причиненный на его основе вред[392]. Условиями возмещения вреда являются (1) правомерный характер действий, в результате совершения которых причиняется вред; (2) наличие причинной связи между правомерными действиями, которыми причиняется вред, и наступившим вредом; (3) специальное указание закона, предусматривающего обязанность возместить правомерно причиненный вред[393]. В отличие от деликтных обязательств, по мнению А.С. Шевченко, обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, во-первых, не носят характера ответственности. Во-вторых, размер возмещения правомерно причиненного вреда может отклоняться от принципа полного возмещения. В-третьих, обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда имеют особые основания возникновения[394]. Ввиду этих причин ученый полагает, что такие обязательства необходимо считать самостоятельным институтом советского

[390] Шевченко А.С. Указ. соч. С. 17.
[391] Там же. С. 21.
[392] Там же. С. 24.
[393] Там же. С. 26 – 29.
[394] Там же. С. 54.

гражданского права[395]. Любопытной выглядит приводимая А.С. Шевченко, классификация обязательств:

1. обязательства по возмещению вреда, причиненного в силу государственной или общественной необходимости[396];
2. обязательства по возмещению вреда, причиненного в целях предотвращения опасности, угрожающей государственным, общественным или личным интересам[397].

В основе настоящей классификации лежат интересы, защите которых закон отдает предпочтение в каждом конкретном случае правомерного нарушения, исходя из принципа социальной справедливости и сочетания общественных и личных интересов при подчинении личных интересов общественным[398].

Тем не менее позиция А.С. Шевченко не всегда выглядит последовательной. К примеру, критикуя мнение о том, что возмещение вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, является ответственностью, ученый активно использует воззрения М. М. Агаркова на противоправность[399], не учитывая того обстоятельства, что последний зачастую отождествляет противоправность и виновность[400]. Более того, в ст. 449 ГК РСФСР 1964 г. говорилось именно об ответственности за вред, причиненный в состоянии крайней необходимости[401].

Обосновывая характер *sui generis* обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, апелляция А.С. Шевченко к соотношению мер защиты и ответственности порой выглядит схоластично[402]. Отличия видятся, с одной стороны, в основаниях возникновения (хотя сам автор признает, что вне зависимости от оснований возникновения меры

---

[395] Там же. С. 55.
[396] Там же. С. 63 – 82.
[397] Там же. С. 83 – 110.
[398] Там же. С. 62.
[399] Там же. С. 42.
[400] Критика подхода М.М. Агаркова см.: Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 259 – 261.
[401] Статья 449 ГК РСФСР 1964 г. «Ответственность за вред, причиненный в состоянии крайней необходимости» [Электронный ресурс]. URL: http://www.kremlin.ru/acts/bank/3/print (дата обращения: 13.07.20). Интересно, что В.П. Грибанов также при описании возмещения вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, исходит из положений об ответственности (см.: Грибанов В.П. Указ. соч. С. 132).
[402] Шевченко А.С. Указ. соч. С. 39, 40.

защиты и ответственности реализуются в рамках охранительного правоотношения), с другой – в функциях этих мер (меры защиты не преследуют карательной и предупредительно-воспитательной функции, а сводятся к восстановительным задачам). Небесспорным выглядит замечание автора, согласно которому «универсализация категории «ответственность», попытка объединить с ее помощью все случаи возмещения вреда, даже причиненного правомерно <…> не может способствовать дальнейшему развитию науки в этом вопросе, для правильной социальной оценки поведения лиц, причинивших вред при реализации прав, предоставленных законом. <…> трактовка ответственности как единственно возможного способа урегулирования общественных отношений в случае их нарушения представляет собой «прокрустово ложе», в которые пытаются поместить и иные формы восстановления нарушенных субъективных прав»[403]. Последний аргумент с трудом можно признать состоятельным. Используя методологический принцип «не следует множить сущее без необходимости»[404], с легкостью опровергается позиция ученого о том, что выделение дополнительных категорий способствует «дальнейшему развитию науки». При этом необходимость должна быть обусловлена политико-правовыми, социальными причинами, а не предпочтениями конкретных ученых. К сожалению, обнаружить такие причины, за исключением весьма общего указания на «правильную социальную оценку поведения лиц», в работе А.С. Шевченко не представляется возможным.

Новый этап в развитии теории обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, возможно охарактеризовать как расширение объема понятия. Заслуга в этом принадлежит О. Н. Садикову. Придерживаясь позиции А. С. Шевченко, согласно которой такие обязательства не являются ответственностью, ученый отмечает

---

[403] Там же. С. 38.

[404] Принцип «бритвы Оккама» в последнее время часто используется при объяснении институтов частного права. Например, см.: Белов В.А. К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора // Вестник гражданского права. № 4. 2007. С. 239 – 258; Карапетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М.: Статут, 2011. С. 113.

положительную, по его мнению, тенденцию расширения случаев возмещения «убытков, причиненных правомерными действиями»[405]. О.Н. Садиков предлагает новую классификацию обязательств, поскольку предложенный А. С. Шевченко критерий представляется однотипным и не раскрывает систему и особенности гражданско-правовых норм, предусматривающих возмещение убытков, причиняемых правомерными действиями[406]. Правовой механизм в этой области имеет особенности применительно к институтам вещного и обязательственного права, что надлежит учитывать при классификации. Итак, первой рубрикой следует считать правомерные действия, нарушающие вещные права[407]. Сюда относятся положения о реквизиции, об изъятии земельных участков для государственных и муниципальных нужд, случаи реконструкции и сноса жилых помещений, отчуждения животных и изъятия продуктов животноводства при ликвидации очагов особо опасных болезней животных.

Второй раздел составляют правомерные действия, нарушающие обязательственные права[408]. Здесь речь идет, во-первых, о ситуациях, когда в результате издания акта государственного органа исполнение обязательств становится невозможным полностью или частично; во-вторых, о гарантиях прав кредиторов юридического лица при его реорганизации, а именно прав кредитора требовать досрочного исполнения соответствующего обязательства должником, а при невозможности досрочного исполнения – прекращения обязательства и возмещения связанных с этим убытков.

Третья группа носит название «иные правомерные действия, влекущие убытки»[409]. Примерами таких ситуаций, по мнению автора, можно считать причинение вреда в состоянии крайней необходимости, при общей аварии, а также имущественные потери, возникающие при обнаружении потерянных

[405] Садиков О.Н. Указ. соч. С. 157.
[406] Там же.
[407] Там же. С. 158 – 164.
[408] Там же. С. 165 – 169.
[409] Там же. С. 170 – 174.

вещей, задержании безнадзорных животных и ведении чужих дел без поручения.

Существенная новизна позиции О.Н. Садикова состоит в том, что он смог увидеть тенденцию расширения объема понятия. Вместе с тем приведенная классификация не свободна от недостатков. К примеру, действия лица в состоянии крайней необходимости могут нарушать вещные права других. В то же самое время изъятие земельного участка возможно и у арендатора. Возникает резонный вопрос: насколько обоснована и устойчива настоящая классификация?

В заключение стоит отметить, что в отечественной литературе считается господствующим воззрение, согласно которому обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда представляют собой особый субинститут гражданского права[410]. Более того, в некоторых исследованиях предлагается ограничить размер возмещения лишь реальным ущербом[411]. При этом совершение правомерных действий, причиняющих вред, считать частью «позитивной» гражданско-правовой ответственности[412].

Таким образом, становление и развитие теории обязательств из причинения вреда правомерными действиями можно охарактеризовать следующим образом: появившись как исключительный случай для решения проблем возмещения вреда в состоянии крайней необходимости, при реквизиции, обязательства по возмещению вреда, нанесенного правомерными действиями, получили нормативный импульс в Основах, а затем и в ГК РСФСР 1964 г. Кроме того, в работах отечественных цивилистов нашли свое отражение идеи, обозначающие уникальность данной

---

[410] Гинц Е.М. Указ. соч. С. 10.

[411] Карманова Е.В. Указ. соч. С. 11.

[412] Там же. Автор ссылается на идеи Н.И. Матузова, А.В. Малько, а также А.С. Баринова. Она пишет, что под «позитивной» ответственностью следует понимать «осознание личностью собственного долга перед обществом и государствам, понимание в свете этого долга смысла и значения своих поступков, согласование деятельности личности с лежащими на ней обязанностями, которые следуют из общественных связей человека» (см. также: Баринов А.С. Проблемы определения юридической ответственности // История государства и права. 2007. № 4. С. 5; Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов.: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2004. С. 60; Теория государства и права: учебник / отв. ред. А.В. Малько. М.: КНОРУС, 2006. С. 282).

правовой конструкции, несмотря на наличие известного сходства с деликтными обязательствами.

2.2. Место обязательств из причинения вреда правомерными действиями в системе российского права

Прежде чем определить место обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда в системе российского права, необходимо прояснить важные для дальнейшего изложения детали. Существует весьма обоснованная позиция, согласно которой в системах, основанных на принципе генерального деликта, нет никакой необходимости в выделении особых обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, поскольку перед нами, несомненно, частный случай деликтных правоотношений[413]. Если в качестве неотъемлемого условия видеть не только вредоносное, но и противоправное деяние, то обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда представляют собой особый тип гражданских охранительных правоотношений[414].

Несмотря на господствующее мнение о том, что российская система возмещения вреда построена по модели генерального деликта[415], в отечественной литературе наблюдается тенденция по опровержению настоящего утверждения[416]. Выделение противоправности как самостоятельного условия деликтной ответственности не может свидетельствовать о наличии генерального деликта. Существенное возражение против принципа состоит в том, что при генеральном деликте закон принципиально не ограничивает ответственность случаями

---

[413] Белов В.А. Гражданское право. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2015. С. 613. Однако это положение не мешает, к примеру, Кармановой Е.В. выделять отдельные обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда (см.: Карманова Е.В. Указ. соч. С. 12, 59, 73).

[414] Белов В.А. Указ. соч. С. 613.

[415] См., например: Гражданское право: в 4 т. Том 4: Обязательственное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 621. Этот же подход выражен и в двухтомнике: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. М.: Статут, 2013. С. 1079 – 1081; Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.] // под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2019. С. 9, 10, 19.

[416] Евстигнеев Э.А. Указ. соч. С. 68 – 81.

посягательств на субъективные права – общая норма охватывает любой вред. Родиной обсуждаемого принципа считается Франция. Норма ст. 1241 ФГК устанавливает, что любое виновное причинение вреда другому лицу порождает обязанность по его возмещению. Изначальных ограничений в виде противоправности или причинения физического вреда не обнаруживается. Ясно, что право не должно допускать ничем не ограниченную ответственность за любые имущественные потери, и соответствующие ограничения во французском праве имеются.

Во-первых, смущает вывод о том, что ответственность наступает в отсутствие всякой противоправности на стороне причинителя вреда. Дело в том, что противоправность замаскирована в вине (faute), которую должен доказать истец. Изначально французские ученые и судьи выделяли в вине объективный и субъективный элементы: первый представлял собой внешнюю оценку поведения делинквента, второй – его личные способности (то, насколько он может оценивать обстоятельства, предпринимать соответствующие меры и проч.). Однако последний элемент уже утратил свое практическое значение, и теперь вина понимается сугубо как нарушение определенного стандарта поведения. Считается, что оно имеет место в случаях (а) нарушения нормы объективного права, (б) нарушения стандарта поведения, которого бы придерживался «добрый отец семейства»[417]. Вина также будет иметь место в случае умышленного причинения вреда, несмотря на то что в практике такие случаи менее распространены. Одним из таких редких примеров умышленного причинения вреда является злоупотребление правом[418].

Во-вторых, в соответствии со ст. 1239—1240 ФГК устанавливаются требования к характеру причинной связи: связь между причиненными убытками и поведением ответчика должна быть определенной и прямой, а убытки – предвидимыми. Однако на практике провести четкую границу

[417] Dam. C. European Tort Law. Oxford University Press, 2006. P. 47, 192 – 193.
[418] Ibid. P. 185—186.

между определенной и неопределенной, прямой и непрямой причинной связью непросто. Несмотря на то что причинная связь играет роль серьезного ограничителя ответственности, представители французской доктрины тем не менее не разработали фундаментальных теорий относительно причинной связи, которые могли бы претендовать на то, чтобы занять положение общепризнанных[419].

Таким образом, основная нагрузка в деле сдерживания безразмерной ответственности во Франции приходится на вину и причинную связь. Французы придерживаются подхода, противоположного немецкому: они отказываются от изначального предела деликтной ответственности в виде противоправности, но используют другие условия ее наступления в качестве сдерживающих механизмов. Во Франции также отсутствует общая норма о возмещении вреда, причиненного правомерными действиями, поскольку эта категория является разновидностью деликтных правоотношений, а понятия крайней необходимости и необходимой обороны вообще не содержатся в ФГК, а находят свое отражение в уголовном законодательстве[420].

Э. А. Евстигнеев выделяет некоторые признаки, которые позволяли бы говорить о наличии принципа генерального деликта. В частности, определение судебной практикой перечня случаев, когда причиненный вред должен быть компенсирован; наличие большого числа случаев, когда вред должен быть возмещен причинителем вреда; большее доверие к суду и его компетенции, чем к законодателю[421]. После детального рассмотрения каждой характеристики автор приходит к выводу об отсутствии в российской системе принципа генерального деликта[422].

Если предположить, что принцип генерального деликта отвергнут нашим правопорядком, может сложиться впечатление будто выделение обязательств *sui generis* по возмещению вреда, причиненного правомерными

---

[419] Ibid. P. 171—172, 278—279, 306—308.
[420] Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015. P. 12.
[421] Евстигнеев Э.А. Указ. Соч. С. 72.
[422] Там же. С. 72 – 76.

действиями, оправданно. Однако, как нам кажется, такие выводы представляются поспешными. Ведь ни германский, ни швейцарский правопорядки ничего не говорят о компенсации вреда такого рода. Разумеется, данный аргумент не может быть принят в качестве основного, поскольку «при идентификации российской деликтной модели нельзя дать определенный ответ, к какой же известной модели ее можно отнести»[423]. Решение видится в пересмотре содержания и положения противоправности как условия ответственности. Изменив основные черты теории противоправности, можно будет дать либо положительный, либо отрицательный ответ на вопрос о выделении обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда в отдельную категорию.

Как мы уже отмечали, противоправность непосредственно связана с функциями деликтной ответственности[424]. Когда на первый план выходит функция компенсации, противоправность освобождается от чуждых ей элементов воспитания[425]. Возмещение вреда – акт принуждения, который обусловлен противоправностью, тогда как правомерное поведение подразумевает противоположное поведение, т.е. такое, при котором акт принуждения не наступает[426]. Иными словами, противоправным считается поведение лишь постольку, поскольку правопорядок делает его условием предусмотренного этим порядком акта принуждения; акт принуждения приобретает характер правового последствия только потому, что он

---

[423] Там же. С. 77.

[424] Примечательны дискуссии относительно функций деликтной ответственности в советском праве. К примеру, А.М. Белякова выделяла компенсационную и превентивную или воспитательно-предупредительную функции (т.е. обязанность делинквента возместить вред воспитывает у граждан чувство неприкосновенности собственности, жизни, здоровья людей, побуждает соблюдать в обществе законность и правопорядок, а также оказывает превентивное воздействие на потенциальных правонарушителей) (см.: Белякова А. М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда (теория и практика). М.: Изд-во Моск. ун-та, 1986. С. 12. Некоторые ученые, напротив, выделяли отдельно воспитательную функцию (см.: Антимонов Б. С. Гражданская ответственность за вред, причинённый источником повышенной опасности. С. 12, 16. В одной из работ Е.А. Суханов особо подчеркивает приоритет предупредительно-воспитательной функции (см.: Суханов Е.А. Превентивная функция имущественной ответственности // Советское государство и право. № 6. 1982. С. 49); М.Я. Шиминова делает акцент на том, что функция деликтных обязательств заключается в возмещении (компенсации) вреда (см.: Шиминова М.Я. Указ. соч. С. 8).

[425] В настоящем вопросе мы всецело разделяем точку зрения Г. Кельзена (см.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е издание / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. С. 142 – 146).

[426] Там же. С. 149.

предусмотрен правопорядком в качестве последствия определенного действия или бездействия[427]. Карательная функция заключается в том, что правопорядок отдает предпочтение определенным интересам потерпевшего при присуждении возмещении вреда[428]. Возникает резонный вопрос: кто и как должен определять, в каких ситуациях необходимо возложить обязанность по компенсации вреда на делинквента?

Ответ на первую часть вопроса заключается в следующем. Как известно, в российской системе возмещения вреда наличествует известное противоречие между компетенцией законодателя и суда[429]. Во многом это представляет собой отражение известной дилеммы между стандартами и правилами[430]. Первые разрабатываются судом, тогда как последние вводятся законодателем[431]. С одной стороны, простота и предсказуемость являются несомненным достоинством правил, тем не менее недостаточная гибкость и адаптивность к обстоятельствам конкретного дела неизбежно создают стимулы для нахождения исключений[432]. С другой – стандарты видятся более гибким и удобным механизмом правовой регуляции, что одновременно является как положительной, так и отрицательной чертой, поскольку они могут быть неопределенными и размытыми, а их применение порождает излишние административные издержки[433]. Таким образом, механизм определения случаев возмещения вреда можно представить как соотношение правил и стандартов. В ситуациях, когда достигается известный баланс между ними, система выглядит наиболее эффективной и предпочтительной.

В этом вопросе компромиссная позиция Э.А. Евстигнеева представляется бесспорной. Основная нагрузка в определении

---

[427] Там же. С. 145.
[428] Тон А. Указ. соч.
[429] Евстигнеев Э. А. Указ. соч. С. 78 – 80.
[430] Такое соотношение известно экономическому анализу права. См.: Dworkin R.M. The Model of Rules // The University of Chicago Law Review. Vol. 35. 1967. P. 22 – 29. Ehrlich I., Posner R. An Economic Analysis of Leg Rulemaking // The Journal of Legal Studies. Vol. 3. 1974. P. 257. В российской литературе применительно к ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности см.: Лашков Н.С. Указ. соч. С. 78 – 81.
[431] Posner R. Economic Analysis of Law. 8th ed. Aspen Publishers. 2010. P. 748 (цит. по Лашков Н.С. Указ. соч. С. 78).
[432] Ibid. (цит. по Лашков Н.С. Указ. соч. С. 79).
[433] Ibid. P. 749 (цит. по Лашков Н.С. Указ. соч. С. 79).

противоправности как общего условия возмещения вреда должна ложиться на судебную систему, пусть это и вызывает большие административные издержки. Законодателю надлежит сосредоточиться на формулировании круга случаев, когда защита прав не может быть предоставлена[434]. Такие размышления несколько приближают нас к принципу генерального деликта, тем не менее наличие отдельного условия противоправности сдерживает от беспрекословного следования ему.

Ответ на вторую часть вопроса выглядит более сложным. Для этого необходимо использовать некоторые выводы теории интересов М. Картье. Во-первых, противоправность как общее условие возмещения вреда представляет собой сопоставление интересов судьей. Принимаются во внимание три группы интересов: (1) интерес потерпевшего к безопасности, (2) интерес причинителя вреда к свободе действий и (3) общественные интересы. Во-вторых, как указал М. Картье, поскольку решение о противоправности зависит от усмотрения судьи, возникает риск правовой неопределенности. Уменьшить его возможно посредством разработки типизированных категорий дел, в которых определенное поведение считается противоправным[435], а, стало быть, обусловливает акт принуждения в виде возмещения вреда. В-третьих, при выявлении баланса интересов необходимо руководствоваться видом нарушаемого блага, а также анализом вредоносного поведения. Аргументация ученого по поводу учета вида нарушаемого блага видится нам сомнительной. Большего внимания здесь заслуживает точка зрения Н. Янсена. Ведь, по сути, усовершенствованная теория противоправности результата помогает точнее определить право (благо), подлежащее защите. К тому же в изложении Н. Янсена теория свободна от известных недостатков, связанных со «слепым» причинным

[434] Типичным случаем будет причинение вреда в состоянии необходимой обороны. ГК РФ содержит весьма лаконичную норму, посвященную необходимой обороне. Так, ст. 1066 ГК РФ содержит указание, что не подлежит возмещению вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, если при этом не были превышены ее пределы.

[435] Cartier M. Op. cit. S. 131.

процессом[436]. Если применять подход Н. Янсена, апелляция М. Картье к видам нарушаемых прав (благ), а также ссылка на ст. 2:102 *PETL* выглядят доктринально более последовательными.

При рассмотрении вредоносного поведения надлежит руководствоваться соображениями общего благосостояния, поскольку определенные виды деятельности представляются общественно необходимыми. Здесь открываются возможности использовать методологию экономического анализа деликтного права, однако необходимо также принимать во внимание личную свободу причинителя вреда, которую порой трудно выразить с помощью инструментария экономического анализа. Верно отметил Дж. Флеминг: «<…> рассмотрение деликтных исков требует постоянного сопоставления конкурирующих интересов. В противоположность требованию истца о возмещении вреда неизменно возникает уравновешивающий интерес ответчика, которому не следует препятствовать в осуществлении его собственных действий и желаний. Следовательно, применение закона предполагает взвешивание этих противоположных интересов на весах социальной ценности для достижения баланса, который сведет к минимуму противоречия и будет в наибольшей степени способствовать общественному благу»[437].

На наш взгляд, индикатором противоправности в некоторых случаях выступают вина и причинная связь. Иными словами, для установления противоправности или ее отрицания суды могут использовать аргументацию, свойственную для обоснования вины[438] и причинной связи[439]. Посредством

---

[436] Jansen N. Op. cit. S. 542 – 543.

[437] Fleming J. The Law of Torts. 8th ed. Sydney, 1992. P. 6.

[438] Здесь наблюдается аналогия с концепцией противоправности Х. Коциоля. Чем легче суду определить вину делинквента, тем отчетливее видится противоправность (см. Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 177). На самом деле, вопрос соотношения вины и противоправности имеет весьма любопытную историю. Так, одной из самых важных работ по «юридизации вины» принято считать труд Х. Асора *Institutiones morales*, первая часть которого была издана в XVII в. и посвящена учению о человеческих поступках, о грехе и пороке, о добродетели и добродетельных поступках. Однако абсолютная новизна заключается в том, что Х. Асор провел четкое различие между пороком как отрицательной моральной привычкой и грехом, который мыслится "*in praesenti*" как конкретный акт, свободно выступающий (только в свободе может быть вина) против указаний здравого смысла: каждая вина – грех, и каждый грех – порок, но не наоборот, потому что для вины требуется свободный и добровольный акт, а для греха – нарушение нормы. Так, Х. Асор пишет: «Затем, между грехом и виной имеется следующее различие: грех более

индукции мы переходим от частного к общему – противоправности, после определения которой в отношении последующих дел со схожими фактическими обстоятельствами действует излюбленная отечественными цивилистами презумпция неправомерности[440].

Некоторые положения законов, иных нормативных актов подразумевают существование эксплицитно выраженного баланса интересов.

широкое понятие, чем вина, ибо грех присутствует как в действиях природы и искусства, так и в действиях разума и нравов. В самом деле, грех есть действие, которое отступает и отклоняется от должной нормы; и, конечно, в том, что относится к действиям, совершаемым по природе, нормой является природа, в том, что совершается посредством искусства, нормой является искусство, а в нравственности – разум. <…> Вина же присутствует в действиях нравов и разума, добровольных и свободных: тому, что добровольно и свободно совершается против здравого разума, вменяются вина и наказание. В данном случае о грехе говорится как о том, что имеется в действиях разума и нравов. И из этого следует, что любая вина есть грех, а всякий грех есть порок, и не всякий грех – вина. Поэтому [нечто] есть порок потому, что является *quia habitus* или действием, противоположным добродетели, есть грех потому, что является действием, отклоняющимся от нормы, и есть вина потому, что является свободным и добровольным действием, отклоняющимся от нормы» (цит. по Проди П. История справедливости: от плюрализма форумов к современному дуализму совести и права / Паоло Проди; пер. с ит. И. Кушнаревой; пер. с лат. А. Апполонова // Москва: Изд-во Института Гайдара, 2017. С. 358 – 359). Позднее тема греха, вины, наказания была подвергнута пристальному разбору Г. Гроцием (см.: Grotius. H. De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur, a cura di BJ. A. De Kanter-Van Hettinga Tromp. Lyon. 1939 (rist. Aalen 1993) (цит. по Проди П. Указ. соч. С. 382 – 387).

[439] Так, например, в английском деликтном праве в деле *X (Minors) v. Bedforshire County Council [1995] 2 AC 633,* в котором аргументы, свойственные для определения вины, использовались для отрицания *duty of care.* В настоящем деле истцами были несовершеннолетние дети, законные представители которых обратились в суд с исками к местным властям, поскольку последние не защищали их от жестокого обращения. Некоторые из несовершеннолетних считали, что местные власти проявили небрежность, забирая их из семей, где не было подтвержденных актов жестокого обращения. Другие же упрекали местные власти в том, что они не защитили их от жесткого обращения и не забрали из неблагополучной семьи. Дело попало на рассмотрение в Палату лордов, которая пришла к выводу о том, что у местных органов власти не было обязанности соблюдать осторожность перед детьми. Один из доводов заключался в том, что у социальных работников в подобных вопросах очень деликатная и сложная задача. Если бы им пришлось предвидеть все возможные иски из небрежности (negligence), они были бы чрезмерно осторожными и не стали предпринимать решительных шагов, рискуя не оказать помощь детям, которые находятся в опасности. Такая аргументация, скорее, говорит об издержках мер предосторожности, что означает вину. Конечно, вопросы вины и противоправности в английском деликтном праве постоянно смешиваются. Это происходит по причине того, что в английском правопорядке существует процедура, благодаря которой ответчик может обращаться в суд на ранней стадии, чтобы исключить иск, если он видит, что не существует разумных оснований иска. Одним из таких случаев является отсутствие обязанности по осторожности, следовательно, говорить о *negligence* нельзя.

В другом деле *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd [1987] UKHL 18* также использовалась аргументация, свойственная вине, при определении противоправности. Компания *Littlewoods* являлась владельцем заброшенных помещений кинотеатра, куда вторглись неизвестные лица, которые развели в помещении огонь. Через некоторое время огонь перекинулся на соседнее здание истца. Последний обратился в суд с иском к компании *Littlewoods*, обосновывая требование тем, что компания была обязана соблюдать осторожность в отношении него. Аргументы лордов *J. Mackay* и *N. Bridge* сводились к мерам предосторожности, которые должен был принять ответчик, чтобы не допустить проникновения посторонних лиц в пустующее помещение кинотеатра. В результате, они пришли к выводу, что меры предосторожности являются излишними и неразумными. Эти обстоятельства, по мнению лордов, говорят об отсутствии вины и обязанности по осторожности.

[440] Гражданское право: в 4 т. Том 4: Обязательственное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция». С. 621. Этот же подход выражен и в двухтомнике см.: Российское гражданское право: учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право. С. 1080; Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.] // под ред. А. П. Сергеева. С. 19.

К примеру, ПДД, некоторые правила, установленные профессиональными сообществами (врачей, адвокатов и др.)[441]. По мнению М. Картье, суд не должен в таких ситуациях заново сопоставлять интересы – требуется лишь надлежащим образом квалифицировать фактические отношения[442].

Суду предоставляется значительная свобода усмотрения в отношении выявления баланса интересов[443]. В свою очередь, это обстоятельство не означает бескрайнего судебного усмотрения, а также увеличения необоснованных судебных процессов. Как и в швейцарском праве[444], в российском существуют нормы, согласно которым требуется надлежащее обоснование выносимого судьей решения[445].

Здесь следует остановиться на возмещении вреда, причиненного источником повышенной опасности. Ясно, что деятельность по использованию источников повышенной опасности нельзя признать противоправной, поскольку общественные интересы будут играть значительную роль при выявлении баланса[446]. В то же самое время теория интересов дает следующее обоснование: реализация риска причинения вреда ведет к пересмотру соотношения интересов в пользу потерпевшего[447]. Не менее любопытным представляется тот факт, что теория интересов свободна от недостатков при обосновании активно-оборонительных мер воздействия (необходимая оборона, крайняя необходимость) против причинения вреда источником повышенной опасности, поскольку в конечном счете это отражается лишь на итоговом сопоставлении интересов.

Теперь возможно ответить на вопрос о значении и роли обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями. Во-первых,

---

[441] Bar Ch. Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Bd. II. N. 252; Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. N. 44, 49, 57 f.
[442] Cartier M. Op. cit. S. 138.
[443] На это обстоятельство указывал еще Кр. Бёркхард (см.: Burckhardt Chr. Op. cit. S. 477).
[444] Roberto V. Op. cit. N. 74.
[445] См.: ст. 170 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК) от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 08.06.2020); ст. 198 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК) от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 24.04.2020); Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19. 12. 2003 № 23 «О судебном решении» (с изменениями внесенными Постановлением Пленума Верховного Суда РФ № 25 от 23.06.2015) // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 2, 2004.
[446] Об этом более подробно см. § 3 настоящей главы.
[447] Cartier M. Op. cit. S. 178.

если несколько изменить содержание теории противоправности, становится непросто квалифицировать обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда в качестве *sui generis*. Основанием возникновения таких обязательств является причинение вреда. Во-вторых, необходимо выдвинуть следующее предположение: коль скоро возмещение вреда представляет собой акт принуждения, следовательно, принимая во внимания теорию интересов, мы отчетливо видим противоправность, а вместе с ней – ответственность, поскольку определенным интересам потерпевшего отдается приоритет. В случаях, когда возмещение вреда отсутствует, речь идет о конструкции обстоятельств, исключающих противоправность (самыми очевидными примерами видятся необходимая оборона, согласие потерпевшего).

Наша гипотеза, как и любая другая, нуждается в доказательствах. Для этого проанализируем конструкцию возмещения вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости. Особое значение рассмотрение обязательств вследствие крайней необходимости приобретает постольку, поскольку на практике применение ст. 1067 ГК РФ не является однозначным. Так, в одном деле истец обратился в суд с иском о возмещении вреда, причиненного заливом квартиры, принадлежащей ему на праве собственности, к ответчику, в квартире которого произошел пожар. Судебная коллегия определила, что так как сотрудники МЧС при тушении пожара в квартире ответчика действовали в его интересах, на него в соответствии с положениями ст. 1067 ГК РФ может быть возложена обязанность по возмещению вреда истцу[448]. В другом деле, с аналогичными обстоятельствами, судебная коллегия отметила, что «действия по тушению пожара являлись правомерными и необходимыми и производились не только в интересах ответчиков, но и в интересах других владельцев квартир в данном доме, в том числе истца, ответчики признаны потерпевшими в

[448] Апелляционное определение Московского городского суда от 22.04.2016 № 33-14099/2016; Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 17.02.2015 № 33-2012/2015.

рамках уголовного дела возбужденного по факту поджога их квартиры, в связи с чем судебная коллегия полагает возможным освободить ответчиков от возмещения ущерба, причиненного истцу»[449].

Не случайно разработчики ГК РСФСР 1964 г. поименовали ст. 449 как «Ответственность за вред, причиненный в состоянии крайней необходимости». К сожалению, на такое законодательное решение позднее набросились с яростной критикой, объектом которой было положение статьи о возмещении вреда лицом, причинившим вред[450]. Так, Н.С. Малеин считал, что вред во всех случаях «должно» возместить лицо, чьи интересы охранялись[451]. В ст. 1067 ГК РФ отсутствует указание на ответственность, а также наиболее полно раскрыто содержание крайней необходимости, в остальном подход, отраженный в ГК РСФСР 1964 г., был сохранен. В связи с этим в доктрине наблюдается положительная тенденция, в соответствии с которой взыскание убытков с лица, причинившего вред в состоянии крайней необходимости, следует считать ответственностью[452]. По мнению В.П. Грибанова, такое решение стимулирует известную осмотрительность в выборе средств устранения опасности[453].

Более любопытным выглядит вопрос о противоправности. Ведь установленный законом приоритет в защите интересов потерпевшего говорит

---

[449] Апелляционное определение Московского городского суда от 24.05.2018 № 33-22894.

[450] К примеру, см.: Малеин Н.С. Возмещение вреда, причиненного в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости // Советская юстиция. № 20. 1964. С. 25; Шевченко А.С. Указ. соч. С. 38, 63 – 82.

[451] Малеин Н.С. Указ. соч. С. 25; Аналогичной позиции придерживался О.Н. Садиков, который считает, что «законодательное решение не может не вызывать сомнения, ибо в качестве исходного начала возмещение вреда рекомендуется возлагать на лицо, действовавшее для устранения опасности, что несправедливо и не стимулирует совершение таких действий, нередко связанных со значительным риском и имущественными затратами» (Садиков О.Н. Указ. соч. С. 171).

[452] Гражданское право: учебник: в 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2019. С. 525 (автор главы – Ягельницкий А.А.).

[453] Грибанов В.П. Указ. соч. С. 131. Однако в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» сказано, что «если при рассмотрении дела будет установлено, что причинитель вреда действовал в состоянии крайней необходимости в целях устранения опасности не только в своих интересах, но и в интересах третьего лица, суд может возложить обязанность возмещения вреда на них обоих по принципу долевой ответственности с учетом обстоятельств, при которых был причинен вред». Такое решение вряд ли стимулирует причинителя вреда к выбору наименее вредоносного средства устранения опасности, скорее принцип солидарной ответственности отвечает данному требованию. Думается, выбор принципа долевой ответственности обусловлен квази-договорным отношением, возникающими между причинителем вреда и лицом, в чьих интересах, он действовал, т.е. речь идет о действиях в чужом интересе без поручения.

о противоправности поведения причинителя вреда с точки зрения теории интересов. Такой вывод представляется не совсем точным. В ст. 1067 ГК РФ предусматривается дискреционность при осуществлении правосудия. Суд может возложить обязанность по возмещению вреда не только на лицо, причинившее вред, но и – при определенных обстоятельствах – на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред, либо освободить от возмещения вреда полностью или частично как это третье лицо, так и причинившего вред. В конечном счете вопрос о противоправности непосредственно связан с присуждением возмещения вреда. Когда суд отказывает в возмещении, поведение причинителя вреда в состоянии крайней необходимости будет лишено противоправности. Однако в ситуациях, когда суд удовлетворяет требование о возмещении вреда, отдав предпочтение интересам потерпевшего, с точки зрения теории М. Картье противоправность установлена. Интересно, что в отечественной литературе также высказывались сомнения относительно отсутствия противоправности при возмещении вреда в состоянии крайней необходимости. Так, С. М. Корнеев писал, что «весьма неточно рассматривать данную ситуацию как возмещение вреда при отсутствии противоправности поведения причинителя вреда, поскольку в рассматриваемом случае происходит нарушение субъективных прав потерпевшего (например, права собственности), что также охватывается понятием «противоправность»»»[454]. Разумеется, эта аргументация не является бесспорной[455], так как закон может управомочивать на такое нарушение (в случае необходимой обороны). Скорее, сопоставление интересов при решении вопроса о возмещении вреда, также присуждение истцу убытков свидетельствуют о противоправности.

Разберем более подробно систему стимулов, которую создает норма о крайней необходимости. В американской литературе проблема крайней

[454] Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право. С. 1086. (Автор главы – Корнеев С.М.)
[455] Почему нарушение субъективного права говорит о противоправности поведения?

необходимости[456] обсуждается на примере двух весьма известных дел *Ploof v. Putnam* (1910)[457] и *Vincent v. Lake Erie* (1910)[458]. Фабулы этих дел являются практически идентичными: лица, действующие в состоянии крайней необходимости во время шторма, пришвартовываются к причалу, чтобы избежать аварии. В первом деле работник собственника причала своими фактическими действиями воспрепятствовал швартовке, в результате чего судно погибло в шторме. Соответственно, на собственника причала в деле *Ploof v. Putnam* (1910), работник которого сделал швартовку судна невозможной, была возложена обязанность по возмещению вреда. В деле *Vincent v. Lake Erie* (1910) судно пришвартовалось, но повредило причал, причем обязанность по возмещению вреда была возложена на собственника судна.

В соответствии с доктриной крайней необходимости (private necessity), лицо, действующее в состоянии крайней необходимости и причинившее вред, обязано его возместить[459]. Какие же стимулы создает данная доктрина? Неужели все сводится к стимулированию причинителя вреда, как принято считать в отечественной литературе? На самом деле, доктрина крайней необходимости влияет не только на стимулы лица, действующего в состоянии крайней необходимости, но и на стимулы потенциального потерпевшего к принятию мер фактического характера, направленных на охрану его имущественных прав и интересов. Иными словами, одна из

---

[456] Здесь и далее по тексту речь идет о *private necessity*. В англо-американском праве существуют концепции частной (private necessity) и публичной (public necessity) крайней необходимости. В первом случае имеется в виду ситуация, когда лицо, действуя в состоянии крайней необходимости, причиняет вред имуществу другого лица, чтобы защитить свои имущественные права и интересы, имущественные права и интересы другого лица (см.: Restatement (Second) of Torts § 197 (Private necessity) [Электронный ресурс]. URL: https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Second-Torts/ (дата обращения: 19.02.2020)). Отличительной особенностью *private necessity* является то обстоятельство, что действие в состоянии крайней необходимости совершается с целью защиты собственных благ или благ третьего лица, а не широкого круга лиц.

Лицо, действующее в состоянии публичной крайней необходимости, причиняет вред другому лицу с целью спасения всего общества. Классическими примерами являются действия по уничтожению собственности с целью предотвращения распространения пожара, уничтожение инфицированного скота. Стоит отметить, что лицо, действующее в состоянии публичной крайней необходимости, чаще всего освобождается от обязанности возместить вред, причиненный его действиями (см.: Conan J. Private and public necessity and the violation of property rights // North Dakota Law Review. Vol. 83. 2007. P. 653, 655).

[457] *Ploof v. Putnam*, 83 Vt. 494, 76 A. 145, 1910 Vt. LEXIS 220 (Vt. 1910).

[458] *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 109 Minn. 456, 124 N.W. 221, 1910 Minn. LEXIS 588 (Minn. 1910)

[459] Hylton K. The Economics of Necessity // Journal of Legal Studies. Vol. 41. 2012. P. 270.

функций доктрины крайней необходимости заключается в регулировании стимулов собственника имущества, которому причиняется вред в состоянии крайней необходимости. Так, действия собственника в состоянии необходимой обороны по защите своего имущества от посягательства лица, действующего в состоянии крайней необходимости, не являются эффективными, когда выгода причинителя превышает издержки собственника[460]. Правило, установленное в деле *Ploof v. Putnam* (1910) стимулирует собственника не предпринимать никаких действий фактического порядка, направленных на охрану его имущественных прав и интересов. Целью нормы, посвященной крайней необходимости, является стимулирование не только причинителя вреда действовать наиболее осмотрительно в состоянии крайней необходимости, но и собственника имущества содействовать и помогать лицу, находящемуся в опасном состоянии.

Особенностью крайней необходимости являются высокие трансакционные издержки, поскольку причинение вреда в состоянии крайней необходимости происходит в условиях, когда причинитель и собственник не могут договориться до причинения вреда об условиях, на которых причинителю возможно будет, например, пришвартоваться[461]. Подобного рода анализ имеет место, когда вред, причиненный в состоянии крайней необходимости меньше, чем вред, который мог бы наступить[462]. Тем не менее только этого условия недостаточно. В деле *Jacque v. Steenberg Homes* (1997)[463] ответчик пересек границу земельного участка истца после того, как истец не согласился пропустить ответчика через участок. Если бы ответчик не провез груз по земельному участку истца, ему пришлось бы ехать по более длинной дороге. Выгода ответчика однозначно больше, чем издержки истца.

---

[460] Ibid. P. 275.
[461] Познер Р.А. Экономический анализ права. С. 327; Hylton K. Op. cit. P. 272.
[462] Во многих работах по деликтному праву этот принцип провозглашается как необходимый (см.: Elliot C., Quinn F. Op. cit. P. 405; Finch E., Fafinski S. Tort law. 3rd ed. LawExpress. 2011. P. 180).
[463] *Jacque v. Steenberg Homes*, 563 N.W. 2d 154 (Wis. 1997)

Однако суд не посчитал правомерным применить доктрину крайней необходимости.

Следует проанализировать более подробно рациональное поведение собственника. Предположим, что причинитель вреда, действующий в состоянии крайней необходимости, является рациональным, т.е. осознает, что стоимость защищаемого им блага в условиях опасности выше, чем стоимость блага лица, которому причиняется вред. В такой ситуации действия собственника по защите от посягательства будут считаться рациональными и социально оптимальными только в том случае, если издержки на необходимую оборону будут меньше, чем судебные издержки и стоимость потерянного блага. Следовательно, собственника побуждают к применению действий фактического порядка, направленных на охрану его имущественных интересов. Единственные издержки собственника – затраты на действия фактического порядка, направленные на защиту. Если собственник выбирает вариант поведения, при котором он не противодействует причинителю, то его расходы будут равны судебным издержкам[464]. Напротив, когда собственник привлекается к ответственности, как в деле *Ploof v. Putnam* (1910), он несет дополнительные издержки, связанные с возмещением вреда лицу, действовавшему в состоянии крайней необходимости, в размере разницы между гипотетической выгодой причинителя в случае спасения имущества и вредом, который понес бы собственник, если бы не препятствовал таким действиям[465]. Слабость данной аргументации, во-первых, в том, что суд не всегда может объективно оценить рациональность причинителя и, соответственно, ценность благ, приносящихся в жертву. Во-вторых, в некоторых ситуациях собственники не обращаются в суд с иском в силу разнообразных причин. В-третьих, иногда в качестве потерпевшего выступает третье лицо. Изменим пример со швартовкой судна. Предположим, первый собственник причала не позволил

[464] При условии полного возмещения стоимости потерянного блага.
[465] Hylton K. Op. cit. P. 278 – 279.

пришвартоваться. Судно пришвартовывается ко второму причалу другого собственника и причиняет вред столкновением. Действия первого собственника будут эффективными лишь в том случае, если вред, возникший у его «соседа» меньше, чем был бы у него. Возложение обязанности по возмещению вреда на первого собственника не является оправданным. В то же время, когда убытки, причиненные второму собственнику больше либо равны убыткам, которые лицо, действующее в состоянии крайней необходимости, причинило бы первому собственнику, возложение обязанности возмещения вреда на первого собственника представляется оправданным[466]. В-четвертых, действия фактического характера, направленные на защиту имущества, иногда совершаются по мотивам возмездия или наказания[467]. Такое желание, вероятно, будет особенно сильным, когда причинитель уничтожает особо ценное имущество для собственника. Таким образом, во многих ситуациях издержки на фактические действия, направленные на защиту имущества, будут значительно ниже социальных издержек, поскольку даже если собственник и осознает социальные издержки оборонительных действий, он все равно будет учитывать выгоду, которую получит от наказания причинителя.

Вышеприведенный анализ надлежит учитывать при выявлении баланса интересов. Поскольку крайняя необходимость должна стимулировать не только причинителей вреда проявлять известную осмотрительность в выборе средств устранения опасности, но и лиц, блага которых приносятся в жертву, не прибегать к действиям оборонительного характера против делинквента.

Не менее важным представляется вопрос об определении вины. Дело в том, что в отечественной доктрине можно считать устоявшейся точку зрения, согласно которой при причинении вреда в состоянии крайней необходимости

---

[466] Ibid. P. 283 – 284.

[467] Например, в теории игр существует пример ультимативных игр, когда второй игрок предпочитает наказать первого игрока, несправедливо делящего сумму денег.

вина делинквента не имеет значения[468]. Напротив, в зарубежных правопорядках такой вопрос считается ключевым.

Внимания заслуживает § 904 ГГУ, содержащий положения об *aggressiver Notstand*[469]. Настоящая норма была принята лишь при работе Второй комиссии по составлению ГГУ по причинам скорее прагматическим, нежели концептуальным[470]. Комиссия раскритиковала первый проект ГГУ, в котором отсутствовало указание на *aggressiver Notstand*, отметив:

«Неприемлемость правовой ситуации (согласно первому проекту) очевидна без дополнительных аргументов, если рассмотреть некоторые практические следствия. В соответствии с проектом, когда тонущий человек залезает в чужую лодку, чтобы спастись, его действие считается противоправным. Владелец лодки, который не находится в опасности, вправе столкнуть тонущего обратно в воду. <…> Во всех перечисленных ситуациях действия собственника представляются необходимой обороной. Настоящие выводы недопустимы и несовместимы с другими принципами, отраженными в законе. <…> Наиболее ярким примером является экспроприация. Фундаментальная идея экспроприации состоит в том, что действие, совершенное по необходимости, соответствует закону только в том случае, когда очевиден приоритет высших интересов над низшими, поскольку реализация таких действий является долгом перед обществом»[471].

Сразу же после введения § 904 возникли споры относительно второго предложения, а именно: в каких случаях собственник может требовать возмещения понесенных убытков? При ответе на поставленный вопрос используется известное различие между формами вины. Считается, что

---

[468] Шевченко А.С. Указ. соч. С. 39 - 47.

[469] В соответствии с указанным параграфом «собственник вещи не вправе запретить другому лицу воздействие на вещь, если это необходимо для предотвращения имеющейся опасности и грозящий ущерб значительно превысит вред, причиненный воздействием на вещь. Собственник может требовать возмещения понесенных убытков». Принято различать два вида крайней необходимости: во-первых, *defensiver Notstand* (крайняя необходимость, обусловленная необходимой обороной) – причинение вреда вещи, которая явилась причиной опасной ситуации; во-вторых, *aggressiver Notstand* (агрессивная или наступательная крайняя необходимость) – причинение вреда вещи, которая не была причиной опасной ситуации (см.: Erman W. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 15. Aufl. Köln: Otto Schmidt Verlag, 2017. S. 660).

[470] Gordley J. Op. cit. P. 133.

[471] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerliches Gesetzbuches 4. Berlin, 1899. § 419, S. 214 (цит. по Gordley J. Op. cit. P. 133).

собственник вправе требовать возмещения вреда, причиненного в состоянии *aggressiver Notstand*, когда делинквент действовал умышлено[472]. При этом необязательно, чтобы умысел был прямым, достаточно, осознания возможности вредоносных последствий. В то же время, если причинитель вреда действовал неосторожно, потерпевший не может требовать возмещения вреда. В качестве иллюстрации приведем некоторые примеры. Так, в одном из дел немецкий военный корабль сел на мель. Решившись прийти на помощь, капитан проходившего мимо военного судна, приказал бросить якорь, несмотря на то что в этом месте под водой проходил электрический кабель. Как выяснилось, капитан знал о расположении кабеля. Суд удовлетворил требование к немецкому флоту о возмещении вреда, хотя признал, что действия совершены в состоянии крайней необходимости[473].

В другом деле водитель автомобиля, чтобы избежать ДТП с автотранспортным средством, водителя которого не удалось идентифицировать, выехал на встречную полосу движения и столкнулся с машиной истца. Суд указал, что удовлетворить требование о возмещении вреда в соответствии с § 904 ГГУ возможно лишь в случаях, когда установлен умысел ответчика на использование вещи потерпевшего в обстоятельствах крайней необходимости[474].

Безусловно, различие, продиктованное судами, не может считаться бесспорным. По меткому замечанию Дж. Гордли, чем тщательнее лицо понимает риски своих действий, тем больше вероятность, что оно будет обязано к возмещению вреда[475]. Тем не менее сформулированные судами позиции, на наш взгляд, не являются безосновательными. Очевидно, что в каждом конкретном случае вопрос о возмещении вреда будет зависеть от многих факторов. В то же время предложенный критерий может использоваться в качестве вспомогательного.

---

[472] Gordley J. Op. cit. P. 135.
[473] RG 29 Apr. 1926, RGZ 113, 301 (цит. по Gordley J. Op. cit. P. 136).
[474] BGH, 30 Oct. 1984, Vers R 1985, 66 (цит. по Gordley J. Op. cit. P. 136).
[475] Gordley J. Op. cit. P. 136.

В российской практике встречаются дела, в которых суды указывают на необходимость исследования вины делинквента при причинении вреда в состоянии крайней необходимости[476]. Однако логика рассуждений несколько иная. Приведем следующий пример. Потерпевший обратился в суд с иском о возмещении вреда, причиненного водителем автомобиля скорой помощи в состоянии крайней необходимости. Судами первой и второй инстанций в иске отказано. Верховный Суд РФ согласился с тем, что вред причинен в состоянии крайней необходимости, но обратил внимание судов на то, что вопрос о возмещении должен решаться в зависимости от того, были ли нарушены ПДД при совершении маневра водителем машины скорой помощи. В Определении Верховного Суда РФ указано: «В связи с этим факт наличия или отсутствия вины сторон в нарушении ПДД и, как следствие, в указанном дорожно-транспортном происшествии является обстоятельством, имеющим юридическое значение для правильного разрешения настоящего дела»[477]. Ясно, что вернее говорить о выборе причинителем вреда средств устранения опасности.

Такие размышления близки к позициям, разделяемым американскими учеными. В отличие от немецких коллег основной акцент в американской доктрине смещается в пользу вероятности причинения вреда истцу. Так, считается, что лицо осознавало и желало причинения вреда, когда велика вероятность наступления вредоносного результата[478]. Дж. Гордли также подвергает критике такой подход, поскольку делинквент действует разумно, независимо от того, какова вероятность реализации риска причинения вреда – 50%, 80% или 100%[479]. Следовательно, нет причин, по которым в какой-то момент его действие может считаться умышленным, а он должен быть привлечен к ответственности за умышленное причинение вреда[480].

---

[476] Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26.07.2016 № 18-КГ16-69; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 03.11.2015 № 25-КГ15-9.
[477] Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26.07.2016 № 18-КГ16-69.
[478] Gordley J. Op. cit. P. 137 – 138.
[479] Ibidem.
[480] Ibidem.

Представляется весьма непростой задачей найти универсальное решение, однако вышеприведенные воззрения могут служить инструментарием более тонкой настройки при определении случаев, когда возмещение необходимо, а также при установлении его размера. В следующем параграфе мы проиллюстрируем фундаментальные основания доктрины крайней необходимости с точки зрения аристотелевско-томистской традиции, что, возможно, поможет при решении проблемы возмещения вреда.

2.3. Объяснение категории с точки зрения этико-правовых аргументов

Одной из самых влиятельных концепций, объясняющих значение и смысл деликтного права, является теория справедливости[481]. В ее основе лежит подход Аристотеля, различавшего общую и частную (специальную) справедливость[482]. Последняя, в свою очередь, разделяется на коммутативную и дистрибутивную справедливость[483].

Первая группа теоретиков решительно отрицает любой дистрибутивный признак, свойственный деликтному праву, настаивает на применении принципов только лишь коммутативной справедливости к исследованию права причинения вреда[484].

Представители второй группы занимают компромиссную позицию. По их мнению, некоторые виды деликтных отношений легко описать с помощью теории коммутативной справедливости (ответственность за вину), тогда как

---

[481] Такой подход был назван редукционистским в работе Дж. Мерфи. См.: Murphy J. Heterogeneity of Tort Law // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 39, № 3. 2019. P. 455–482.

[482] Богданов Д. Е. Указ. Соч. С. 37 – 38.

[483] Два вида справедливости, о которых идет речь в цитате Аристотеля (1130b. 30-35), называются различно у разных авторов. Сам Аристотель не дает им определенного наименования. Для мыслителя это два вида права, первый из которых регулирует распределение государством всевозможных благ, а второй – взаимоотношения граждан между собой. В разных источниках можно прочитать про распределительную, распределяющую, разделяющую и, соответственно, корректирующую, направляющую, воздающую, карающую, уравнительную, уравнивающую справедливость. (см.: Кашников Б.Н. Концепция общей справедливости Аристотеля: Опыт реконструкции // Этическая мысль. Вып. 2. М.: ИФРАН, 2001. С. 116 (прим. 15)). Мы будем называть эти два вида «коммутативная справедливость» и «дистрибутивная справедливость».

[484] Яркими представителями такого подхода являются А. Бивер и Э. Вайнриб (см.: Beever A. Forgotten Justice: The Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 2013; Weinrib E. The Idea of Private Law. Cambridge. MA: Harvard University Press, 1995).

другие поддаются объяснению посредством дистрибутивной справедливости (ответственность без вины)[485].

Третья группа состоит из сторонников дистрибутивной справедливости. Акцент здесь смещается на рассмотрение функций деликтной ответственности (превенция и компенсация). В результате делается вывод о необходимости совершенствования механизмов страхования, уголовного и административного права, а также создания специальных государственных фондов, которые, по мнению представителей третьего подхода, лучше справляются с проблемами компенсации и превенции[486].

Остановимся более подробно на первых двух подходах, поскольку альтернативы деликтному возмещению будут рассмотрены в гл. 3. Выявив наиболее предпочтительную позицию, мы с уверенностью сможем ответить на вопрос: существуют ли этико-правовые основания полагать, что обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, не являются деликтами?

Единого подхода к определению коммутативной справедливости в доктрине не выработано[487]. Для целей нашего исследования позиция Д. Коулмана представляется наиболее предпочтительной. Ученый выделяет четыре элемента коммутативной справедливости[488]. Во-первых, коммутативная справедливость относится лишь к поведению людей, т.е. вред, причиненный природными явлениями, исключается. Во-вторых, основное значение коммутативной справедливости сводится к восстановлению и исправлению вредоносных последствий. В-третьих, исправление связано с каким-либо правонарушением (противоправным

[485] Например, Г. Китинг, Дж. Мерфи, Д. Приэл, М. Стоун и Дж. Гордли (см.: Keating G. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents // Southern California Law Review. Vol. 74, P. 193 – 226; Murphy J. Op. cit.; Priel D. Private Law: Commutative or Distributive? // The Modern Law Review. Vol. 77. 2. 2014. P. 308-331; Stone M. On the Idea of Private Law // Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Vol. 9. 2. 1996. P. 235 – 277; Gordley J. Op. Cit).

[486] Идеи нашли свое отражения в работах многих ученых. К примеру, см.: Green L. Tort Law: Public Law in Disguise // Texas Law Review. Vol. 38. 1959; Blum W., Kalven H. Public Law Perspectives on a Private Law Problem – Auto Compensation Plans // The University of Chicago Law Review. Vol. 31. № 4. 1964. P. 641 – 723.

[487] Keating G. Op. cit. P. 197.

[488] Coleman J. The Practice of Corrective Justice // Arizona Law Review. Vol. 37. 1995. P. 15 – 31.

причинением вреда). В-четвертых, неотъемлемой чертой коммутативной справедливости является коррелятивность, т.е. ограниченность конкретными сторонами, между которыми существуют нормативно значимые отношения. Принципы коммутативной справедливости не могут быть обращены «в воздух»[489], а адресованы определенным лицам. Думается, существует еще одна важная характеристика, а именно повышенная роль суда при применении принципов коммутативной справедливости[490].

Причинение противоправного вреда представляется ключевым для теоретиков коммутативной справедливости, отсюда неприязнь к ответственности без вины. Вред, причиненный умышленно или по неосторожности, легче охарактеризовать как противоправный, с точки зрения коммутативной справедливости, чем вред, причиненный безупречным поведением делинквента[491]. Как метко отметил Э. Вайнриб, «частное право черпает свой моральный дух из понятия свободы воли… Из-за фундаментального значения свободы воли целенаправленное взаимодействие лиц неизбежно подчиняется требованиям коммутативной справедливости»[492]. Когда вред потерпевшему причинен умышленно или по неосторожности, требования свободы воли и противоправности удовлетворяются, делинквент находится в «нормативно значимых отношениях» с потерпевшим. Напротив, если вред причинен безупречным поведением, требование свободы воли присутствует, но противоправности нет.

Кратко рассмотрим основные тезисы теоретиков коммутативной справедливости против выделения ответственности без вины.

Аргументы первой группы заключаются в том, что вред, причиненный безупречным поведением, не должен возмещаться. К нежелательным

---

[489] Ibid. P. 26.

[490] Данное утверждение не является бесспорным, поскольку некоторые исследователи видят в этом проявление дистрибутивной справедливости. Это так называемый институциональный аргумент против коммутативной справедливости. Более подробно, с разбором позиции Аристотеля, см.: Stone M. Op. cit. P. 251 -252.

[491] Keating G. Op. cit. P. 198.

[492] Weinrib E. Op. cit. P. 109 - 110.

вредоносным последствиям такого поведения следует относиться так же, как к результатам природных явлений[493].

Вторая группа доводов состоит в концептуальном возражении против ответственности без вины. Коль скоро практически все случаи причинения вреда возникают при конфликте нескольких видов деятельности (включающих действия потерпевшего и причинителя вреда), этот факт заставляет нас использовать критерий вины[494]. Следовательно, ответственность без вины имеет тенденцию преобразовываться в некоторых случаях в виновную ответственность[495].

Третья группа сводится к тому, что при ответственности без вины нарушается принцип равенства, столь фундаментальный для коммутативной справедливости, поскольку интересы потерпевшего явно превалируют над интересами делинквента[496].

Получается, что ответственность без вины либо вовсе отрицается, поскольку ее нельзя рассматривать с точки зрения коммутативной справедливости, либо получает оттенок дистрибутивности и объявляется конструкцией *sui generis*. Тем не менее при детальном рассмотрении каждый из приведенных аргументов не выдерживает критики.

Сторонники компромиссного подхода исходят из приоритета дистрибутивной справедливости. По их мнению, деликтное право связано со справедливым распределением издержек и выгод от полезной, но вредоносной деятельности[497]. Справедливость требует, чтобы те, кто извлекает определенную выгоду от деятельности, порождающей риски,

---

[493] Keating G. Op. cit. P. 198.
[494] Ibid. P. 199.
[495] Интересно, что подобные аргументы высказывались в советской литературе О.А. Красавчиковым (Указ. соч. С. 441).
[496] Weinrib E. Op. cit. P. 177 (цит. по Murphy J. Op. cit. P. 460; см. также: Beever A. A Theory of Tort Liability. Hart Publishing, 2016. 5th emphasis added. P. 83). Э. Вайнриб предлагает элегантное объяснение ответственности без вины. По мнению ученого, почти все случаи ответственности без вины возможно объяснить с точки зрения виновной ответственности. К примеру, применительно к ответственности юридического лица за вред, причиненный его работником, Э. Вайнриб утверждает, что речь идет о виновной ответственности работодателя. Однако такой подход на практике был отвергнут Палатой Лордов (см.: *Majrowski v. Guy's & St Thomas' NHS Trust* [2006] 3 WLR 125. А также *Armes v Nottinghamshire CC* [2017] UKSC 60, [91]).
[497] Keating G. Op. cit. P. 200.

несли издержки, вызванные реализацией таких рисков. В связи с этим акцент смещается в пользу ответственности без вины. Коммутативный характер ответственности без вины выражается в возмещении вреда потерпевшему и является следствием более глубокого дистрибутивного аспекта. Вред, причиненный реализацией правомерного риска, должен быть возмещен, так как невыполнение такого требование приведет к несправедливости в отношении распределения[498].

Когда речь идет о виновной ответственности, более важными являются соображения коммутативной справедливости. Однако и здесь коммутативные принципы встроены в более глобальную дистрибутивную справедливость, ведь объективный масштаб должной осмотрительности выражает некоторый баланс между свободой действий делинквента и безопасностью потерпевшего[499].

Компромиссные теории опираются на более абстрактную идею общественного договора[500], которая находит свое применение в деликтном праве при обсуждении критерия взаимного риска. Смысл критерия состоит в том, что ответственность за вину позволяет справедливо распределить издержки и выгоды от рискованной деятельности в рамках одного сообщества, в то время как ответственность без вины эффективно справляется с той же задачей путем возложения рисков одним сообществом на другое[501]. В первом случае речь идет о сообществе, в рамках которого его члены подвергают друг друга одинаковым рискам причинения вреда, рискованная деятельность приносит бóльшую выгоду тем, кто ее реализует,

---

[498] Ibid. P. 201.

[499] К примеру, если рассматривать положения о неосторожности в теории М.Картье.

[500] Здесь отчетливо ощущается влияние Дж. Ролза на всю зарубежную доктрину деликтного права. Об этом влиянии см.: Ripstein A. The division of responsibility and the law of tort // Fordham Law Review. Vol. 72. 2004. P. 1811 – 1844. Особое внимание теоретиками уделяется второму принципу справедливости в заключительной формулировке: социальные и экономические неравенства должны быть организованы таким образом, что они одновременно (а) делают открытыми для всех должности и положения в условиях честного равенства возможностей; (б) ведут к наибольшей выгоде наименее преуспевших (принцип различия) (см.: Ролз Дж. Указ. соч. С. 267).

[501] Апелляция ко второму принципу справедливости по теории Дж. Ролза см.: Keating G. Op. cit. P. 203.

по сравнению с издержками потенциальных потерпевших[502]. Коль скоро риски взаимны[503], каждый отказывается от равной степени безопасности и получает равный объем свободы действий. Без сомнения, что режим виновной ответственности представляется более эффективным.

Напротив, когда риски не взаимны, ответственность без вины предпочтительнее. Невзаимные риски считаются обоснованными в ситуациях, когда они способствуют долгосрочной выгоде потенциальных потерпевших. Риски несправедливо распределяются заранее, но издержки причинения вреда, связанные с реализацией этих рисков, справедливо распределяются *ex post*. Следовательно, возмещение вреда при ответственности без вины представляется не компенсацией за нарушение безопасности другого лица, а способом более справедливого распределения издержек и выгод от деятельности[504]. Когда риски не являются взаимными, уменьшение безопасности и увеличение свободы действий распределяются неравномерно, что корректируется посредством ответственности без вины.

Другим примером, вызывающим трудности в обосновании возмещения вреда с точки зрения коммутативной справедливости, представляется крайняя необходимость. Так, при рассмотрении крайней необходимости Э. Вайнриб вовсе отрицает принадлежность такой конструкции к праву причинения вреда, полагая, что речь должна идти о неосновательном обогащении[505]. Позицию ученого критикует другой сторонник коммутативной справедливости, А. Бивер. Теоретик приводит следующий пример. Допустим, А скитается по лесу в поисках пищи и набредает на дом, принадлежащий Б. Для того чтобы не умереть от голода, А проникает в дом Б и потребляет большие запасы еды. По мнению А. Бивера, анализ крайней необходимости складывается из двух этапов[506]. Первый заключается в

---

[502] Fried Ch. An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice. Cambridge, Harvard University Press, 1970. P. 183 – 206.

[503] Взаимность существует тогда, когда риски равны по вероятности наступления вредоносных последствий и их тяжести (см.: Keating G. Op. cit. P. 206).

[504] Keating G. Op. cit. P. 204.

[505] Weinrib E. Op. cit. P. 196 – 203.

[506] Beever A. A Theory of Tort Liability. Hart Studies in Private Law. Oxford and Portland, Oregon. 2016. P. 91.

установлении противоправности. Поскольку наличествует конфликт двух различных прав – с одной стороны, врожденного права на жизнь А, с другой – приобретенного права собственности Б, – следует установить приоритет более фундаментального права А. На этом основании противоправность исключается[507].

Второй этап состоит в установлении обязанности А возместить причиненный вред. И здесь автор использует довольно спорную аргументацию. Поскольку отсутствуют противоправность и упречность поведения причинителя вреда, для любого другого теоретика коммутативной справедливости было бы невозможно обосновать обязанность к возмещению вреда, тем не менее А. Бивера это не смущает. И он находит противоправность в оставлении собственности Б в новом состоянии (к примеру, съеденные припасы, сломанный замок на двери дома)[508]. Такие рассуждения, по мнению теоретика, «отражают то, что кажется интуитивным решением примера»[509]. Затем еще раз подчеркивается сложность обоснования обязанности к возмещению, и на этом обсуждение крайней необходимости заканчивается[510]. Очевидно, «интуитивное решение» вряд ли может показаться удовлетворительным. В гл. 1 мы указывали на недостатки подхода, при котором противоправность раздваивается (на примере ответственности без вины), ключевым здесь является отсутствие четкого представления об управомоченности потенциального потерпевшего на меры активного оборонительного характера против причинения вреда в состоянии крайней необходимости. А. Бивер вовсе не касается этого вопроса. И причина этому становится ясной, как только мы обращаемся к работам М. Стоуна.

Дело в том, что с помощью принципа коммутативной справедливости невозможно решить, в каких случаях вред подлежит возмещению, а в каких

---

[507] Ibidem.
[508] Ibid. P. 92.
[509] Ibidem.
[510] Удивительно, что А. Бивер несколько раз указывает на трудность проблемы возмещения вреда при крайней необходимости и в то же время этой «сложной проблеме» он уделяет всего три страницы своей фундаментальной работы, посвященной деликтному праву (Beever A. Op. cit. P. 91 – 93).

нет[511]. Требуется предшествующее нормативное понимание равенства (в терминологии Аристотеля), иными словами, должна быть сформирована теория противоправности, отражающая баланс интересов[512]. А случаи крайней необходимости сложны тем, что всякий раз баланс будет устанавливаться *ex post*. Однако теоретики коммутативной справедливости в своих концепциях пытаются продемонстрировать характерную причину *ex ante* возмещения вреда. Все это усложняет рассмотрение крайней необходимости в рамках теории коммутативной справедливости. Помимо прочего, А. Бивер также не уделяет внимание ситуациям, когда суды отказывают в возмещении вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, или перекладывают обязанность возмещения на третьих лиц; мотивы умолчания понятны, ведь это иллюстрирует нарушение принципов коммутативной справедливости.

Обратимся к компромиссным теориям. Привлекательной основой для этого являются рассуждения Дж. Гордли. Доктрина крайней необходимости оставалась неизвестной римскому праву[513] и была сформулирована

---

[511] Stone M. Op. cit. P. 258 – 259.

[512] «So corrective justice stands in need of a prior doctrine about the social interest in regulating this recurring situation…» (Stone M. Op. cit. P. 259).

[513] Хотя в римском праве наличествовали отдельные случаи, которые обсуждались юристами. Так, известен следующий спор между римскими юристами. Одно лицо C разрушает дом соседа D в целях спасения своего дома от пожара. (см.: Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, 1992. P. 1001 – 1002). По мнению Сервия, действия C оправданны, если была объективная необходимость в таких действиях, а также, если огонь распространился до участка D (объективный критерий). Цельс рассуждал иначе, делая акцент на субъективном восприятии опасности возгорания дома C («iusto enim metu ductus»), т.е. разрушение дома D правомерно, если C испытывал обоснованный страх, что его дом тоже может быть охвачен огнем. Ульпиан занимает позицию Цельса: «Nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset» (D 47,9,3,7). Тем не менее данный спор разрешался каждый раз в пользу C. Интересен тот факт, что в любом случае интересам C отдавалось предпочтение независимо от стоимости имущества D. Любопытным представляется аргумент P. Циммермана, объясняющий отсутствие в римских текстах сравнения сохраненного блага и уничтоженного: «Аргументация римских юристов, возможно, основана на том, что дом D все равно бы сгорел, а C, по сути, не причинил ущерб D, а всего лишь хотел предотвратить возгорание собственного дома». Данный аргумент апеллирует к теории причинно-следственной связи, однако вряд ли можно говорить о развитом учении причинности в римском праве, следовательно, данный вывод является ложным. Другой аргумент P. Циммермана представляется более убедительным. Дело в том, что в римском обществе пожары были частым явлением, угрожающим всему городу, поэтому любое усилие по устранению очага возгорания является желательным и не заслуживает общественного порицания.

В римских текстах также можно обнаружить примеры действий в состоянии крайней необходимости, связанных с кораблекрушениями. Например, ради спасения моряки выбрасывают товары с корабля (D 19, 5, 14); моряки перерезают якорные канаты, так как судно запуталось в них (D 9, 2, 29, 3), и т.д.

средневековыми канонистами[514]. По их мнению, в ситуациях крайней необходимости имущество, принадлежащее конкретному лицу, должно становиться общим[515]. Окончательное разъяснение с опорой на Аристотеля дал Фома Аквинский: «Поэтому основанное на человеческом законе разделение и присвоение вещей не устраняет тот факт, что эти самые вещи должны служить для удовлетворения человеческих потребностей. Следовательно, все, чем некоторые обладают в избытке, согласно естественному закону должно быть использовано для помощи бедным. <…> Впрочем, если нужда является столь очевидной и крайней, что необходимость её удовлетворения любыми подручными средствами ни у кого не вызывает сомнений (например, когда человек находится в большой опасности и налицо только одно возможное средство [ему помочь]), то в таком случае человек вправе использовать для этого чужую собственность, беря её явно или тайно, и при этом в строгом смысле слова речь не идет о воровстве или грабеже»[516].

Такое объяснение было принято поздними схоластами XVI в., а затем представителями школы естественного права XVII и XVIII вв.[517] Ясно, что крайняя необходимость является легальным ограничением осуществления права собственности. Однако к XIX в. подобная аргументация стала непопулярной, поскольку ученые пытались объяснить право собственности, не с позиций целей, которым право должно служить, а с помощью концепции воли[518].

В соответствии с позициями авторов аристотелевской традиции функция права собственности заключается в том, чтобы преодолеть недостатки состояния, при котором все имущество находится в собственности государства. По мнению Дж. Гордли, в таком государстве

---

[514] Gordley J. Op. cit. P. 130 – 131.

[515] При этом они ссылались на Декрет Грациана, в котором цитировались слова святого Амвросия См.: Gordley J. Op. cit. P. 130 – 131.

[516] Summa theologiae II – II, Q. 66, a. 7 (Фома Аквинский. Сумма Теологии [Электронный ресурс]. URL: https://azbyka.ru/otechnik/konfessii/summa-teologii-tom-8/20 (дата обращения: 27. 08.2020)).

[517] Gordley J. Op. cit. P. 131.

[518] Через работы Р. Потье эта идея проникла в ст. 554 ФГК, а затем защищалась Б. Виншайдом. Более подробно см.: Gordley J. Op. cit. P. 132.

средства производства переходят к тому, для кого они представляют наибольшую потребность, и кто их использует наиболее эффективным образом[519]. Это обусловливает конфликт между людьми по поводу использования, для разрешения которого как раз и необходимы права собственности. Так формулируется абсолютное положение собственника. Поскольку наличествуют определенные цели (скажем, избежать конфликта по поводу использования), порой необходимо возвращаться к состоянию, при котором абсолютное положение умаляется, а распределение прав собственности происходит в зависимости от того, кто больше всего в ней нуждается[520]. Если мы принимаем такое утверждение, то остается открытым вопрос о возмещении вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости.

Дж. Гордли обращается для обоснования возмещения вреда к работам Д. Фридмана. Ученый полагает, что лицо, которое получает (необязательно при крайней необходимости) выгоду посредством присвоения некоторого имущества, принадлежащего другому лицу, должно привлекаться к ответственности за такую выгоду, относящуюся к присвоению[521]. Очевидно, что в некоторых случаях в возмещении вреда может быть отказано, следовательно, критерий Д. Фридмана лишь переносит акцент на термин «присвоение», не раскрывая его значение для целей возмещения[522]. Более того, такая аргументация несколько сближает возмещение вреда с возвратом неосновательного обогащения. Однако, как мы отмечали в предыдущем параграфе, для решения вопроса о возмещении вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, важна вина делинквента, что является отличительной особенностью[523]. А само присуждение убытков отражает

---

[519] Gordley J. Op. cit. P. 139.
[520] Ibidem.
[521] Friedmann D. Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property of the Commission of a Wrong // Columbia Law Review. Vol. 80. 1980. P. 504 – 509 (цит. по Gordley J. Op. cit. P. 139).
[522] Sugarman S. The “Necessity” Defense And The Failure Of Tort Theory: The Case Against Strict Liability For Damages Caused While Exercising Self-Help In An Emergency // Issues in Legal Scholarship. 2005. P. 35. (цит. по Gordley J. Op. cit. P. 139).
[523] Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 867; Гербутов В. С. Понятие и формы обогащения в кондикционных обязательствах: дис. … канд. юридических наук. М., 2014. С. 150.

наличие противоправности с точки зрения разделяемой нами теории интересов М. Картье.

Итак, подход Дж. Гордли прекрасно справляется с объяснением крайней необходимости, но с трудом описывает возмещение вреда. Удовлетворивший нас ответ получилось найти в работе А. Рипштейна[524]. Автор анализирует деликтное право с помощью концепции справедливости Дж. Ролза, уделяя особое внимание распределению «первичных благ»: получив свою долю, индивид свободен в выборе того, как ей распорядиться. Любое покушение на распоряжение противоречило бы свободе. В то же время Дж. Ролз, а вслед за ним и А. Рипштейн признают, что индивидам необходимо обмениваться распределенными «первичными благами». Порой такой обмен может быть не только добровольным, но и принудительным. В области недобровольного обмена возникает место для деликтного права. Лицо, причинившее вред в состоянии крайней необходимости[525], обязано к возмещению постольку, поскольку препятствует осуществлению жизненных планов потерпевшего (пользуясь терминологией Дж. Ролза и А. Рипштейна) и нарушает его свободу.

Руководствуясь компромиссным подходом нам удается описать наиболее сложные примеры деликтных отношений, включая ответственность без вины и возмещение вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости. Если бы в качестве методологического подхода была выбрана теория коммутативной справедливости, очевидно, указанные случаи едва ли поддавались бы объяснению. Тогда выделение в отдельную рубрику обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, представлялось бы оправданным.

---

[524] Ripstein A. Op. cit. P. 1811 – 1844.

[525] Коль скоро взаимодействие (добровольное или недобровольное) неизбежно, теоретики «опубличивают» частные отношения по поводу использования блага, чтобы объяснить главным образом несение налогового бремени (см.: Ripstein A. Op. cit. P. 1835 – 1836). С этой же точки зрения становится легко объяснить цели права собственности, как это было у Дж. Гордли. При этом последователи А. Рипштейна часто используют аргументацию У. Хофельда, согласно которой собственность – это совокупность связей, в том числе и публичных, в которых находятся лица по поводу одной и той же вещи (см.: Hohfeld W. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. Vol. 26. 1917. P. 710, 719).

Теория коммутативной справедливости является довольно заманчивым методологическим подходом из-за кажущейся простоты, однако в отрыве от дистрибутивной справедливости в деликтном праве она не способна описать внутренний смысл явлений (необходимо нормативное представление о равенстве). Коль скоро деликтное право описывается с помощью доктрин коммутативной и дистрибутивной справедливости, этико-правовых оснований для придания обязательствам по возмещению правомерно причиненного вреда характера *sui generis* нет.

2.4. Выводы к главе 2

Пройдя путь от простого упоминания в работе М.М. Агаркова, обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, к середине 60-х годов XX в. благодаря стараниям ученого сообщества получили нормативный импульс. В дальнейшем развитие концепции обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда шло по пути признания за ними статуса *sui generis*. Некоторые авторы стремились выделить принципы, свойственные таким обязательствам и отличающие их от деликтных отношений. К примеру, иррелевантность вины при определении случаев возмещения вреда, а также отклонение от принципа полного возмещения. В конечном счете категорию обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, в доктрине и законодательстве можно признать устоявшейся.

В то же самое время отдельные представители научного сообщества справедливо высказывают возражения по поводу обоснованности выделения таких обязательств в отдельную рубрику. Мы отчетливо разделяем такую позицию. Нами была использована теория интересов М. Картье, чтобы доказать наличие противоправности в обязательствах по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями. Пристальное изучение зарубежной доктрины, а также анализ практики российских судов позволили выявить релевантность вины при возмещении вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости. Таким образом, обязательства по

возмещению правомерно причиненного вреда представляют собой разновидность деликтных отношений.

В заключение была предпринята попытка выявить этико-правовые аргументы, позволяющие считать обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, категорией *sui generis*. Разделяя подход, согласно которому деликтное право сочетает в себе элементы как коммутативной, так и дистрибутивной справедливости, мы пришли к выводу, что убедительных доказательств не существует.

Глава 3. Системы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями

В § 3.1 настоящей главе проанализированы основные случаи возмещения вреда, причиненного правомерными действиями. Для каждого из рассмотренных случаев выявлены характерные проблемы, возникающие на практике. Отмечается, что в основе некоторых проблем лежит неверное представление о правовой природе обязательств вследствие причинения вреда правомерными действиями.

Поскольку основные трудности зарождаются, когда вред причиняется правомерными действиями государства, в § 3.2 на примере изъятия земельных участков для государственных нужд проиллюстрированы последствия отсутствия равноценного возмещения такого вреда.

Очевидно, в отдельных случаях принцип равноценного возмещение может быть непосильным бременем для государства. В § 3.3 основное внимание уделяется страховым механизмам возмещения при причинении вреда в ходе контртеррористической операции.

3.1. Практические проблемы определения размера возмещения вреда, причиненного правомерными действиями

Первая категория дел связана с возмещением вреда, причиненного при пресечении террористического акта. Такие отношения регулируются Федеральным законом от 06.03.2006 № 35-ФЗ (ред. от 18.03.2020) «О противодействии терроризму»[526] (далее – ФЗ № 35). Здесь следует выделить следующие практические проблемы:

1. определение надлежащего ответчика;
2. отказ в возмещении вреда, поскольку не соблюден порядок, установленный ФЗ № 35 и соответствующими разъяснениями Правительства РФ;
3. правовая природа компенсации по ФЗ № 35;

[526] Федеральный закон от 06.03.2006 г. № 35-ФЗ (ред. от 18.03.2020) «О противодействии терроризму» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 11, ст. 1146.

4. возмещение морального вреда.

Рассмотрим более подробно каждую из проблем. Согласно ч. 2 ст. 18 ФЗ № 35 возмещение вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями, осуществляется за счет средств федерального бюджета в соответствии с законодательством в порядке, установленном Правительством РФ. Постановлением Правительства от 28.12.2019 № 1928 утверждены «Правила предоставления межбюджетных трансфертов из федерального бюджета, источником финансового обеспечения которых являются бюджетные ассигнования резервного фонда Правительства РФ, бюджетам субъектов РФ на финансовое обеспечение отдельных мер по ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, осуществления компенсационных выплат физическим и юридическим лицам, которым был причинен ущерб в результате террористического акта, и возмещения вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями»[527] (далее – Правила № 1928). Установленное в Правилах № 1928 регулирование в части дискреционных полномочий органов исполнительной власти схоже с Правилами № 110. Поскольку основная практика по данной категории дел сложилась при применении Правил № 110, рассмотрим порядок возмещения, предусмотренный этим Постановлением.

Согласно п. 6 Правил № 110 федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов не позднее 3 месяцев со дня совершения террористического акта или завершения мероприятий по пресечению террористического акта правомерными действиями (окончания контртеррористической операции) обращаются в Правительство РФ с просьбой о выделении бюджетных ассигнований из резервного фонда для осуществления компенсационных выплат физическим и юридическим лицам,

[527] В соответствии с п. 2 указанного Постановления утратило силу Постановление Правительства Российской Федерации от 15 февраля 2014 г. № 110 «О выделении бюджетных ассигнований из резервного фонда Правительства Российской Федерации по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и последствий стихийных бедствий» (далее – Правила № 110) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 8. Ст. 809.

которым был причинен ущерб в результате террористического акта, и возмещения вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями. Такое обращение должно содержать обоснование расходов с указанием данных о количестве людей, погибших или получивших вред здоровью, размере материального ущерба и т.д. Далее Правительство РФ принимает решение о выделении бюджетных ассигнований из резервного фонда на финансовое обеспечение мер для осуществления компенсационных выплат физическим и юридическим лицам, которым был причинен ущерб в результате террористического акта, и возмещения вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями[528].

Основная проблема заключается в том, что органы исполнительной власти субъектов (главы администраций и т.д.) не утверждают акты обследования утраченного потерпевшими имущества, а также не подготавливают в установленном порядке заявки о потребности в бюджетных ассигнованиях из резервного фонда[529]. Во всех проанализированных нами судебных актах дословно совпадают формулировки отказа потерпевшим в возмещении вреда. Во-первых, истцы обращаются с иском к Министерству финансов РФ; по мнению судов, «истцами выбран ненадлежащий способ защиты нарушенного права, Министерство финансов РФ не является самостоятельным распорядителем бюджетных средств по выделению ассигнований на оказание гражданам

[528] В соответствии с пп. «в,г,д» п. 3 Правил № 110 «…для покрытия расходов на финансовое обеспечение следующих мероприятий, в частности: проведение неотложных аварийно-восстановительных работ по перечню согласно приложению № 4; развертывание и содержание в течение необходимого срока (но не более 6 месяцев) пунктов временного размещения и питания для эвакуируемых граждан (из расчета за временное размещение – до 550 рублей на человека в сутки, за питание – до 250 рублей на человека в сутки); оказание финансовой помощи в связи с утратой имущества: гражданам (из расчета за частично утраченное имущество – 50 тыс. рублей на человека, за полностью утраченное имущество - 100 тыс. рублей на человека…».

[529] См.: апелляционное определение Московского городского суда от 16.01.2019 № 33-1644/2019; определение Московского городского суда от 17.12.2018 № 4г/8-13164/2018; определение Московского городского суда от 27.11.2018 № 4г/8-16095; апелляционное определение Московского городского суда от 20.09.2018 № 33-41403/2018; определение Московского городского суда от 10.09.2018 №4г/8-12057/2018; апелляционное определение Московского городского суда от 24.09.2018 № 33-36865/2018; апелляционное определение Московского городского суда от 18.12.2017 № 33-52049/2017; апелляционное определение Московского городского суда от 16.08.2016 № 33-31359.

финансовой помощи в связи с утратой имущества, поскольку денежные средства для оказания гражданам указанной финансовой помощи выделяются из резервного фонда Правительства РФ по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и последствий стихийных бедствий»[530]. Во-вторых, подчеркивается, что «суд не может заменить собой совокупность уполномоченных государственных органов, устанавливающих наличие оснований для проведения соответствующих компенсационных мероприятий с их ведомственным согласованием, а также устанавливающих объем выплат и перечень лиц, претендующих на данные выплаты»[531]. А в некоторых актах особо отмечается, что «законодательно установленный порядок осуществления государством компенсаций в возмещение ущерба, причиненного при пресечении террористического акта, не может подменяться судебным порядком возмещения вреда на общих основаниях, предусмотренных гражданским законодательством»[532]. Очевидно, подобные выводы не могут быть признаны удовлетворительными. Недоумение вызывает тот факт, что во всех актах фактически установлено проведение контртеррористической операции. При этом суды разъясняют возможность истцу оспорить решение, а также действия (бездействия) соответствующего органа власти по организационному обеспечению осуществления указанных выплат. Иными словами, это означает возложение дополнительных издержек на потерпевшего.

В отношении первой проблемы о выборе надлежащего ответчика по иску существует другая практика, заслуживающая одобрения и поддержки. Истец обратился с иском к Министерству финансов РФ о возмещении материального ущерба, причиненного проведением контртеррористической операции. Суд частично удовлетворил требования истца о взыскании с Министерства финансов РФ за счет казны РФ: денежной суммы за вред, причиненный имуществу (в части); суммы уплаченной государственной

[530] Апелляционное определение Московского городского суда от 20.09.2018 № 33-41403/2018.
[531] Определение Московского городского суда от 10.09.2018 № 4г/8-12057/2018.
[532] Там же.

пошлины; расходов на оплату услуг оценщика; расходов за услуги представителя. Тем не менее представители Министерства финансов РФ обратились в суд кассационной инстанции[533], поскольку считали, что Министерство финансов РФ является ненадлежащим ответчиком[534]. По мнению представителей Министерства, надлежащим ответчиком следовало считать главных распорядителей средств федерального бюджета, а именно: МВД РФ и ФСБ РФ. Однако суд не нашел оснований для отмены акта и, ссылаясь на ст. 125 ГК РФ, указал на возможность представления интересов РФ Министерством финансов РФ в качестве ответчика[535].

Разрешить вторую проблему, с которой, несомненно, связана третья, представляется несколько сложнее. В этой связи пристально рассмотрим предложения Гинц Е.М. Ее основной тезис состоит в том, что необходимо различать выплаты, предусмотренные ФЗ № 35, и возмещение ущерба[536]. В ФЗ № 35 и Правилах № 110 речь идет о компенсационных выплатах, целью которых является социальная защита, а государство, организуя систему компенсации, выступает как публичный орган, выражающий общие интересы, и как распорядитель бюджета, создаваемого и расходуемого в общих интересах[537]. Напротив, при возмещении ущерба государство должно выступать «как ответчик в обязательствах из правомерного причинения вреда»[538]. Следовательно, компенсация в первом случае признается социальной помощью лицам, во втором – компенсационные выплаты

---

[533] Кассационное определение Верховного суда Карачаево-Черкесской Республики от 01.09.2010 № 33-562/2010 (цит. по: Гинц Е.М. Указ. соч. С. 104 – 105).

[534] Аналогичный аргумент высказывался представителями Министерства финансов РФ в другом деле (см. апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 27.03.2018 № 33-5215/2018. В данном деле суд указал, что «по искам к Российской Федерации Министерство финансов РФ, являясь представителем, в силу положений статьи 125 ГК РФ, и п. 3 статьи 158 Бюджетного кодекса РФ выступает в судебных процессах в качестве ответчика не от собственного имени, а от имени Российской Федерации, и, являясь надлежащим представителем ответчика, представляет интересы не Министерства, а интересы Российской Федерации, в том числе, и в данном споре».

[535] Гинц Е.М. Указ. соч. С. 105.

[536] Там же. С. 107 – 108.

[537] Определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2005 № 523-О «По жалобе граждан Бурбан Елены Леонидовны, Жирова Олега Александровича, Миловидова Дмитрия Эдуардовича, Миловидовой Ольги Владимировны и Старковой Тамары Михайловны на нарушение их конституционных прав положениями статьи 17 Федерального закона «О борьбе с терроризмом» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 12. Ст. 1326 (цит. по: Гинц Е.М. Указ. соч. С. 107).

[538] Гинц Е.М. Указ. Соч. С. 108.

выступают частичным возмещением вреда. При этом за потерпевшими во втором случае сохраняется право на полное возмещение реального ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов по пресечению террористического акта, с зачетом сумм полученной компенсации[539].

Мнение Е.М. Гинц заслуживает внимания. Однако ученый не разрешил существенное противоречие. Дело в том, что в самом ФЗ № 35 о компенсации говорит лишь ч. 1 ст. 18[540], тогда как ч. 2 содержит четкое указание на возмещение вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями, которое осуществляется за счет средств федерального бюджета в соответствии с законодательством РФ в порядке, установленном Правительством РФ. Думается, приводимый в качестве основного аргумент названного автора требует дальнейшей детализации. Так, при системном толковании ст. 16.1 ГК РФ, где говорится о компенсации ущерба, а также п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 25, в котором предусмотренное п. 2 ст. 18 ФЗ № 35 возмещение также поименовано в качестве компенсации[541], у судов появляется возможность квалифицировать такие выплаты в качестве компенсации, несмотря на то что в ФЗ № 35 прямо говорится о возмещении вреда. Такая логика позволяет обосновать право потерпевшего на полное возмещение реального ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов по пресечению террористического акта, с зачетом сумм полученной компенсации.

Любопытно, но в одном из дел истцы, приводя положения ст. 16.1 ГК РФ, ч. 2 ст. 18 ФЗ № 35, указали, что при буквальном толковании порядок, установленный Правилами № 110, относится лишь к оказанию финансовой помощи (компенсационным выплатам), а не к возмещению причиненного

---

[539] Там же. С. 108 – 109.

[540] Государство осуществляет в порядке, установленном Правительством РФ, компенсационные выплаты физическим и юридическим лицам, которым был **причинен ущерб в результате террористического акта**.

[541] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 8. 2015.

вреда лицам, пострадавшим в результате пресечения террористического акта[542]. В обсуждаемом деле истцы не обращались в орган местного самоуправления в установленный срок с заявлением, что, по мнению суда, является существенным препятствием для удовлетворения требований о возмещении вреда. К сожалению, суд не принял во внимание доводы истцов и поддержал решение суда первой инстанции об отказе в возмещении вреда.

Однако подход, различающий компенсационные выплаты и возмещение вреда, наибольшим образом способствует защите интересов потерпевшего, а также согласуется с позицией Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ). Так, ЕСПЧ исходит из того, что государство обязано делать все для того, чтобы в обществе сохранялись порядок и безопасность, и в случае их нарушения кем-либо оно обязано компенсировать вред потерпевшим, исходя только из самого факта причинения вреда[543]. Подтверждение указанной позиции возможно обнаружить в решении от 8 января 2004 г. по делу «Айдер и другие против Турции» (*Ayder and Othes v. Turkey*), в котором ЕСПЧ указал, что ответственность государства носит абсолютный характер и имеет объективную природу, основанную на теории «социального риска» (social risk)[544]. Государство должно быть привлечено к гражданско-правовой ответственности с целью возмещения вреда потерпевшим, когда оно признает свою неспособность поддерживать общественный порядок и безопасность или защищать жизнь людей и собственность[545].

Судам следует возлагать обязанность по возмещению вреда на государство по норме о крайней необходимости. Ведь ясно, что причинение вреда при пресечении террористического акта обусловлено чрезвычайным характером. В ст. 1067 ГК РФ установлено правило о возмещении вреда

---

[542] Апелляционное определение Верховного суда Кабардино-Балкарской Республики от 11.11.2015 № 33-1330/2015.

[543] Красавчикова Л.О. Вопросы компенсации пострадавшим в результате террористических актов в свете практики Конституционного Суда РФ // Закон. №11. 2006.

[544] Там же.

[545] Пункт 70 Постановления ЕСПЧ от 08.01.2004 по делу «Айдер и другие против Турции» (*Ayder and Others v. Turkey*) (жалоба № 23656/94) (цит. по Красавчикова Л.О. Указ. соч.).

лицом, действующим в состоянии крайней необходимости[546]. Суд, обладая определенной дискрецией при осуществлении правосудия, вправе возложить обязанность полного возмещения ущерба на государство. Также применение ст. 1067 ГК РФ позволит судам исследовать сложные вопросы о принятых государственными органами мерах по минимизации возможных неблагоприятных последствий. К примеру, ЕСПЧ в одном из постановлений указывал на то, что контртеррористическая операция, проведенная 26 октября 2002 г., была ненадлежаще спланированной[547]. Важным является и тот факт, что отказать в возмещении не представляется возможным, если принимается во внимание критерий вины причинителя вреда, действующего в состоянии крайней необходимости[548].

На практике получить компенсацию, предусмотренную Правилами № 110, весьма непросто. Помимо указанных случаев, связанных с деятельностью органов исполнительной власти субъектов, не всегда очевидно, вправе ли потерпевший своими силами и за свой счет восстанавливать поврежденное в результате контртеррористической операции имущество до получения компенсации.

Истец обратился в суд с иском к местной администрации городского округа Нальчик Кабардино-Балкарской Республики, Министерству финансов РФ в лице Федерального казначейства по Кабардино-Балкарской Республике о возложении обязанности выплатить денежные средства, выделенные на возмещение причиненного имуществу ущерба в размере 115 400 руб., компенсации морального вреда в размере 100 000 руб. В обоснование своих требований он указал на то, что 14 марта 2014 г. в ходе проведения контртеррористической операции был причинен вред жилому дому, собственником которого он являлся. Истец неоднократно обращался в

---

[546] Интересно, что в одном из дел суд в мотивировочной части решения ссылается на нормы о крайней необходимости при обсуждении вопроса о возмещении вреда, причиненного при пресечении террористического акта. Правда, ограничивается лишь цитированием статьи 1067 ГК РФ (см. апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 27 марта 2018 г. № 33-5215/2018).

[547] Постановление ЕСПЧ от 20.12.2011. по делу «Финогенов и другие против Российской Федерации» (*Finogenov and others v. Russian Federation*) (жалобы № 18299/03 и № 27311/03).

[548] О критерии вины применительно к состоянию крайней необходимости см. § 2.2 гл. 2.

органы исполнительной власти и органы местного самоуправления Кабардино-Балкарской Республики с просьбой разрешить вопрос о выплате компенсации за причиненный ущерб, на что получал ответ о том, что проводятся работы по определению сумм ущерба и процедуры согласования. Проживать в разрушенном доме было невозможно – потерпевший вынужденно произвел ремонтно-восстановительные работы своими силами и за свой счет. Поскольку денежные средства поступили уже после восстановления дома истца, возмещение сумм по выполненным работам, по мнению органа исполнительной власти, противоречило бы целевому назначению бюджетных ассигнований, так как проведение ремонтно-восстановительных работ дома не требуется. Решением Нальчикского городского суда Кабардино-Балкарской Республики от 24 января 2019 г., оставленным без изменения апелляционным определением судебной коллегии по гражданским делам Кабардино-Балкарской Республики от 8 мая 2019 г., в удовлетворении требований истца было отказано. Однако кассационный суд с выводами судов первой и апелляционной инстанций не согласился[549].

Представляется, что аргументация суда не совсем логична. Так, вызывают сомнения ссылки на практику ЕСПЧ, касающуюся объема полномочий государственных органов при осуществлении контртеррористической операции. Суд кассационной инстанции обратил внимание на необходимость проверить, в какое время и когда был проведен ремонт в доме истца. Думается, эти обстоятельства имеют косвенное значение. От суда требовалось сформулировать довольно четкую позицию, согласно которой действия потерпевшего по восстановлению имущества не освобождают государство от выплаты компенсации. Для этого необходимо было отступиться от чрезмерно формального толкования положения п. 3 Правил № 110 о «проведении неотложных аварийно-восстановительных работ», поставив вопрос о цели компенсации.

---

[549] Определение Пятого кассационного суда общей юрисдикции от 22.01.2020 № 88-625/2020.

При новом рассмотрении апелляционный суд не внес ясности в этот вопрос[550]. В его определении сказано: «*Согласно п. 3 Правил, бюджетные ассигнования из резервного фонда выделяются федеральным органам исполнительной власти и органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации в целях, в том числе, проведения неотложных аварийно-восстановительных работ по перечню согласно приложению № 4.*

В пункте 1 приложения № 4 предусмотрено, что в перечень неотложных аварийно-восстановительных работ входят восстановительные работы на объектах жилищного фонда (до первоначального состояния).

Тем самым, целью выделения бюджетных ассигнований из резервного фонда является покрытие расходов на финансовое обеспечение работ по восстановлению объектов жилищного фонда до первоначального состояния, а соответственно, выплата собственнику жилого дома выделенных в установленном соответствующими актами размере бюджетных средств, не противоречит целевому назначению бюджетных ассигнований».

Иными словами, аргументы, которые ранее суд использовал для отказа в удовлетворении требований о получении компенсации, теперь приводятся с целью обоснования такого возмещения.

Не менее любопытной представляется проблема возмещения морального вреда. Дело в том, что в ст. 18 ФЗ № 35 предусмотрено, что моральный вред, причиненный в результате террористического акта, подлежит возмещению. Как видно из положений закона, такая компенсация напрямую не предусмотрена для случаев причинения вреда в ходе контртеррористической операции. По этой причине суды зачастую отказывают в возмещении морального вреда потерпевшим от контртеррористической операции[551]. Однако такая возможность появляется, как только мы разграничиваем компенсационные выплаты и само

---

[550] Апелляционное определение Нальчикского городского суда от 28.05.2020 № 33-673/2020.

[551] См.: апелляционное определение Московского городского суда от 16.08.2016 № 33-31359; определение Пятого кассационного суда общей юрисдикции от 22.01.2020 № 88-625/2020.

возмещение вреда. Интересно, что Е. М. Гинц, обосновывая необходимость возмещения морального вреда, приходит к выводу о том, что обязанность такого возмещения следует возложить на лиц, совершивших теракт[552]. Это рассуждение не выглядит последовательным. С одной стороны, ученый отстаивает принцип полного возмещения реального ущерба государством, с другой – разделяет подход, согласно которому моральный вред, причиненный в таких обстоятельствах, должен возмещаться лицами, совершившими теракт. Нередко в ходе контртеррористической операции лица, осуществляющие теракт, ликвидируются – тогда требование о возмещении морального вреда остается без удовлетворения. Усложняет анализ тот факт, что действия причинителей вреда (представителей ФСБ, МВД) считаются правомерными, что, по мнению некоторых ученых, не позволяет говорить о возмещении морального вреда[553]. Тем не менее, по общему правилу, моральный вред подлежит компенсации в случаях нарушения личных неимущественных прав потерпевшего, иными словами, вмешательства в неимущественную сферу потерпевшего[554]. Разбивая аргумент о характере *sui generis* обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда, появляется возможность обосновать возмещение морального вреда, возникшего вследствие причинения вреда в ходе контртеррористической операции.

Аргумент об отсутствии в законодательном акте прямого указания на возможность возмещения морального вреда нередко используется судами для того, чтобы отказать в компенсации. Напротив, в соответствии с позицией Верховного Суда РФ отсутствие прямого указания на возможность компенсации причиненных нравственных и физических страданий по

---

[552] Гинц Е.М. Указ. соч. С. 113.
[553] Карманова Е.В. Указ. соч. С. 11, 84 – 88, 168.
[554] Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда. М.: Р. Валент, 2007. С. 10-18.

конкретным правоотношениям не всегда означает, что потерпевший не имеет права на возмещение морального вреда[555].

Второй группой дел, при рассмотрении которых возникают практические сложности, являются случаи изъятия животных и (или) продуктов животноводства при ликвидации очагов особо опасных болезней животных.

Такой порядок установлен Постановлением Правительства РФ от 26.05.2006 № 310 «Об отчуждении животных и изъятии продуктов животноводства при ликвидации очагов особо опасных болезней животных»[556], которым утверждены Правила отчуждения животных и изъятия продуктов животноводства при ликвидации очагов особо опасных болезней животных (далее – Правила № 310).

Согласно п. 9 Правил № 310 граждане и юридические лица имеют право на возмещение ущерба, понесенного ими в результате отчуждения животных или изъятия продуктов животноводства, в размере стоимости отчужденных животных или изъятых продуктов животноводства в соответствии с порядком расходования средств бюджета субъекта РФ, предусмотренных на эти цели. Размер подлежащего возмещению ущерба, понесенного гражданами и юридическими лицами в результате отчуждения животных или изъятия продуктов животноводства, определяется субъектом РФ на основании государственных регулируемых цен в случае, если таковые установлены. В остальных случаях размер указанного ущерба определяется на основании рыночной стоимости отчужденных животных и изъятых продуктов животноводства (п. 11 Правил № 310)[557].

---

[555] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» (ред. от 06.02.2007) // Российская газета. № 29. 08.02.1995.

[556] Постановление Правительства РФ от 26.05.2006 № 310 «Об отчуждении животных и изъятии продуктов животноводства при ликвидации очагов особо опасных болезней животных» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 23. Ст. 2502.

[557] Особенно интересно сопоставить две ситуации. В одном случае государство возмещает рыночную стоимость изъятых животных. В другом же, при осуществлении контртеррорестической операции, логика законодателя и судов иная. Возмещение доступно лишь в том объеме, который указан в Правилах № 110. Думается, такое положение дел нельзя признать удовлетворительным.

Основные проблемы возникают при суброгации требований о возмещении ущерба к страховщикам. Уполномоченные органы государственной власти полагают, что, поскольку потерпевшие получили страховое возмещение, право требования возместить стоимость изъятого поголовья не возникает[558]. Тем не менее суды встают на сторону потерпевших. Так, в одном из дел суд указал, что «не освобождает от ответственности [по возмещению правомерно причиненного вреда] и факт того, что ООО «Мерси Трейд» в установленном порядке не обращалось за возмещением стоимости изъятого поголовья, поскольку оно получило страховое возмещение в силу иных правоотношений»[559]. Отсюда следуют важные выводы. Во-первых, суд называет возмещение правомерного вреда ответственностью. Во-вторых, несоблюдение порядка обращения не оказывает влияние на возникновение права требования.

В другом деле, несмотря на получение страхового возмещения, потерпевший обратился с требованием о возмещении вреда, причиненного изъятием поголовья, к Государственной ветеринарной инспекции Приморского края. Суд, отклоняя довод государственного органа о наличии в действиях потерпевшего при подаче рассматриваемого иска признаков злоупотребления правом ввиду фактического получения страхового возмещения от страховой компании, исходил из того, что согласно соглашению об урегулировании страхового случая к договорам страхования сельскохозяйственных животных при получении из государственного бюджета компенсации стоимости изъятых застрахованных животных у страхователя возникает обязанность возвратить страховщику страховую выплату в размере суммы, полученной за счет средств компенсации (но не более суммы полученного страхового возмещения)[560].

---

[558] См.: постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.06.2016 № Ф03 – 2108/2016; постановление Арбитражный суда Дальневосточного округа от 02.03.2016 № Ф03 – 306/2016.
[559] Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.06.2016 № Ф03 – 2108/2016.
[560] Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 02.03.2016 № Ф03 – 306/2016.

Еще одной проблемой представляется расширение оснований отказа в выплате возмещений в нормативных актах субъектов, отличные от нормативно-правового регулирования на федеральном уровне, поскольку изъятие животных происходит за счет средств бюджета субъектов РФ[561]. В связи с этим необходимо разграничивать компетенцию субъектов РФ, которая заключается в осуществлении борьбы с эпидемиями, и гражданское законодательство, регулирующее основания возмещения, относящееся к исключительной сфере РФ[562]. Недопустимость расширения оснований для отказа в возмещении в актах субъектов РФ также подчеркивается в судебной практике[563].

Также достойна упоминания проблема уменьшения размера возмещения за изъятие животных в случаях, когда их владельцы не соблюдали ветеринарно-санитарные правила. Верховный суд РФ неоднократно подчеркивал эту возможность, применяя по аналогии ст. 1083 ГК РФ[564]. Разумеется, обращение к инструментарию такой нормы еще раз подчеркивает деликтную природу обязательств по возмещению вреда, причиненного изъятием животных или продуктов животноводства в связи с ликвидацией очагов особо опасных болезней. Однако Конституционный Суд РФ в недавнем постановлении обратил внимание на то, что применение ст. 1083 ГК РФ ставит разрешение вопроса об учете поведения собственника в зависимость от не очерченного четкими законодательными критериями усмотрения суда[565]. Причем Конституционный Суд РФ указал на то, что отказ в выплате собственнику стоимости животных (или уменьшение выплаты), изъятых у него при ликвидации очагов особо опасных болезней

---

[561] Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1 – 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.В. Асосков, В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко [и др.]; отв. ред. А. Г. Карапетов. Москва: М-Логос. 2020. С. 1456. (авторы комментария – А.А. Маркелова, А.А. Ягельницкий).

[562] п. «о» ст. 71 Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020).

[563] Апелляционное определение Верховного суда РФ от 4.07.2018 г. № 21-АПГ18-2.

[564] Апелляционное определение Верховного суда РФ от 26.09.2018 г. № 89-АПГ18-2; Определение Верховного Суда РФ от 12.03.2020 г. № 304-ЭС20-863 по делу N А70-1180/2019.

[565] Постановление Конституционного Суда РФ от 08.07.2021 № 33-П «по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 242 и пункта 2 статьи 1083 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Комплекс»» // Собрание законодательства РФ. 19.07.2021. № 29. Ст. 5751.

животных, если его поведение способствовало возникновению или распространению таких очагов, не лишен конституционных оснований.

С одной стороны, получение полного возмещения независимо от виновных действий (бездействия) собственника нарушает не только баланс частных и публичных интересов, но и принцип равноправия, поскольку добросовестные и недобросовестные участники гражданского оборота получали бы из бюджета полную стоимость изъятого имущества и, соответственно, равную защиту их прав.

С другой стороны, Конституционный Суд РФ отметил, что возможен и иной подход, когда выплата собственнику производится безотносительно к тому, имели ли место его виновные действия (бездействие), поскольку не исключает дальнейшего взыскания с собственника, получившего выплату, возмещения вреда при наличии оснований для его деликтной ответственности, размер которого может и превышать размер выплаты.

Таким образом, законодателю надлежит выбрать наиболее оптимальный вариант: либо более подробно регламентировать нормы об учете вины потерпевшего в Законе Российской Федерации «О ветеринарии» и в Правилах № 310, либо указать на невозможность учета вины собственника при выплате стоимости изъятых животных.

Третья группа дел самая многочисленная и касается изъятия земельных участков для государственных и муниципальных нужд.

Различают общий порядок процедуры изъятия земельных участков, который осуществляется на основании решений уполномоченных федеральных органов исполнительной власти, исполнительных органов государственной власти субъекта РФ либо органов местного самоуправления - в зависимости от того, для нужд какого уровня осуществляется изъятие[566], а

[566] Статья 56.2. Земельного кодекса Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. от 31.07.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 28.08.2020) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

также специальный порядок, определяемый отдельными нормативными актами[567].

Итак, основными проблемами представляются следующие:

1. в рамках общего порядка – количество органов, управомоченных принимать решения об изъятии;
2. несоответствие положений специального законодательства нормам ЗК РФ;
3. взыскание упущенной выгоды.

Помимо исполнительных органов государственной власти субъектов, органов местного самоуправления, около 12 федеральных органов исполнительной власти обладают возможностью принимать решения об изъятии; также необходимо учитывать полномочия субъектов естественных монополий на подачу ходатайства об изъятии земельных участков[568].

---

[567] См., например, Федеральный закон «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 01.12.2007 г. № 310-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 03.12.2007. № 49. Ст. 6071.

[568] К уполномоченным федеральным органам исполнительной власти, принимающим решения об изъятии земельных участков, в частности, относятся:

1. Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом (если иное не установлено федеральными законами, актами Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации). Согласно п. 5. 52 Постановления Правительства РФ от 05.06.2008 г. № 432 (ред. от 29.06.2019) «О Федеральном агентстве по управлению государственным имуществом» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 23. Ст. 2721;
2. Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации (в целях строительства и реконструкции объектов связи федерального значения, в том числе линейных объектов, обеспечивающих деятельность субъектов естественных монополий в сфере связи). См.: п. 5.19(9) Постановления Правительства РФ от 02.06.2008 г. № 418 (ред. от 06.02.2020) «О Министерстве цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 23. Ст. 2708;
3. Министерство энергетики Российской Федерации (для обеспечения эксплуатации линейных объектов). В соответствии с п. 4.4.27 Постановления Правительства РФ от 28.05.2008 г. № 400 (ред. от 23.11.2019) «О Министерстве энергетики Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 22. Ст. 2577;
4. Министерство обороны Российской Федерации (в целях строительства и реконструкции объектов обороны). Согласно п. 71.1 Указа Президента РФ от 16.08.2004 г. № 1082 (ред. от 02.08.2019) «Вопросы Министерства обороны Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2004. № 34. Ст. 3538;
5. Министерство природных ресурсов и экологии Российской Федерации (для создания или расширения особо охраняемой природной территории федерального значения). См.: п. 5.43(1) Постановления Правительства РФ от 11.11.2015 г. № 1219 (ред. от 24.01.2020) «Об утверждении Положения о Министерстве природных ресурсов и экологии Российской Федерации и об изменении и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 47. Ст. 6586;
6. Министерство Российской Федерации по развитию Дальнего Востока и Арктики (в целях размещения объектов инфраструктуры свободного порта Владивосток). Согласно п. 4.2.20.4 Постановления Правительства РФ от 30.06.2012 г. № 664 (ред. от 20.04.2019) «О Министерстве

Насколько это соотносится с положениями ЗК РФ об исключительности случаев, когда возможно изъятие? Способствует ли это статике отношений собственности? Не является ли перераспределение благ, проводимое на основании таких решений, свидетельством излишнего вмешательства государства?[569] Ведь если представить, что раз в месяц представители одного из упомянутых федеральных органов задумываются об изъятии, выходит 156 потенциальных случаев изъятия земельных участков в год[570]. В полной мере проанализировать данный вопрос невозможно – укажем лишь на количество

Российской Федерации по развитию Дальнего Востока и Арктики» (вместе с «Положением о Министерстве Российской Федерации по развитию Дальнего Востока и Арктики») // Собрание законодательства РФ. 2012. № 28. Ст. 3898;

7. Главное управление специальных программ Президента Российской Федерации (в целях строительства и реконструкции объектов федерального значения, которые необходимы для осуществления полномочий ГУСПа). В соответствии с п. 18 Указа Президента РФ от 31.12.2017 г. № 651 (ред. от 25.12.2018) «Вопросы Главного управления специальных программ Президента Российской Федерации» (вместе с «Положением о Главном управлении специальных программ Президента Российской Федерации») // Собрание законодательства РФ. 2018. № 1 (часть 1). Ст. 324;
8. Федеральная служба безопасности Российской Федерации (в пределах своих полномочий). См.: п. 73.1 Указа Президента РФ от 11.08.2003 г. № 960 (ред. от 03.07.2018) «Вопросы Федеральной службы безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 33. Ст. 3254;
9. Федеральное агентство по недропользованию (принимает решение об изъятии земельных участков в связи с осуществлением недропользования, если принятие такого решения обосновано лицензией на пользование недрами (в случае изъятия земельных участков для проведения работ, связанных с пользованием недрами, в том числе осуществляемых за счет средств недропользователя). Согласно п. 5.3.19 Постановления Правительства РФ от 17.06.2004 г. № 293 (ред. от 07.07.2016) «Об утверждении Положения о Федеральном агентстве по недропользованию» // Собрание законодательства РФ. 2004. № 26. Ст. 2669;
10. Федеральная служба охраны Российской Федерации (целях строительства и реконструкции объектов федерального значения, которые необходимы для осуществления полномочий ФСО России). См.: п. 67.1 Указа Президента РФ от 07.08.2004 г. № 1013 (ред. от 27.02.2018) «Вопросы Федеральной службы охраны Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 09.08.2004. № 32. Ст. 3314;
11. Федеральное агентство железнодорожного транспорта (в целях развития сети железных дорог). В соответствии с п. 5.3.19 Постановления Правительства РФ от 30.07.2004 г. № 397 (ред. от 23.04.2019) «Об утверждении Положения о Федеральном агентстве железнодорожного транспорта» // Собрание законодательства РФ. 2004. № 32. Ст. 3344;
12. Федеральное дорожное агентство (для строительства и реконструкции автомобильных дорог федерального значения). См.: п. 5.4.1(1) Постановления Правительства РФ от 23.07.2004 г. № 374 (ред. от 13.11.2019) «Об утверждении Положения о Федеральном дорожном агентстве» // Собрание законодательства РФ. 02.08.2004. № 31. Ст. 3264;
13. Организации, имеющие право на обращение с ходатайствами об изъятии земельных участков для федеральных нужд (их перечень утвержден Постановлением Правительства РФ от 06.05.2015 г. № 442 «Об утверждении перечня организаций, имеющих право на обращение с ходатайствами об изъятии земельных участков для федеральных нужд» // Собрание законодательства РФ. 11.05.2015. № 19. Ст. 2841).

[569] Здесь уместно вспомнить тезис А. Бивера о тоталитаризме, к которому приводит излишняя деятельность государства в сфере перераспределения благ. См.: Beever A. Forgotten Justice: The Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory. Oxford: Oxford University Press. 2013. P. 291.

[570] Фактически таких случаев будет еще больше, поскольку все естественные монополии, представители которых способны обратиться с соответствующим ходатайством, приняты за 1.

дел, в которых судами обсуждалось применение ст. 49 ЗК РФ. По данным СПС «КонсультантПлюс» их примерно 2507[571].

Следующая проблема рельефно проявляется при обращении к специальному законодательству. Каким должен быть механизм определения компенсации? Ответ на данный вопрос частично дают нормы, содержащиеся в ГК РФ и ЗК РФ. В соответствии с п. 2 ст. 281 ГК РФ при определении размера возмещения при изъятии земельного участка для государственных или муниципальных нужд в него включаются рыночная стоимость земельного участка, право собственности на который подлежит прекращению, или рыночная стоимость иных прав на земельный участок, подлежащих прекращению, и убытки, причиненные изъятием такого земельного участка, в том числе упущенная выгода, и определяемые в соответствии с федеральным законодательством. Однако при специальном регулировании отношений по изъятию земельных участков для государственных и муниципальных нужд неизбежно возникают проблемы при установлении механизма возмещения. Ярким примером является ч. 21 ст. 15 Федерального закона «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 01.12.2007 № 310-ФЗ (далее – ФЗ № 310), которая ставит под сомнение возможность предоставления равноценного возмещения по причине проведения оценки земельных участков и расположенных на них объектов недвижимости оценщиком, выбранным Государственной корпорацией по строительству олимпийских объектов, которая, в свою очередь, и выплачивает вознаграждения собственникам и иным владельцам. При этом ФЗ № 310 не исключает проведения независимой оценки. В то же самое время согласно ч. 26 ст. 15 ФЗ № 310 выкупная цена земельных участков и

[571] Именно такое количество дел, рассмотренных судами, возможно обнаружить, если обратиться к разделу дополнительной информации к ст. 49 ЗК РФ (СПС «КонсультантПлюс»).

объектов недвижимости, а также размер убытков, подлежащих возмещению в связи с изъятием, не могут превышать размеры, внесенные в отчет об оценке того оценщика, с которым администрация Краснодарского края совместно с корпорацией заключают договор[572].

Проблема определения размера возмещения недавно рассматривалась Конституционным Судом РФ. Предметом обсуждения стал механизм, предусмотренный ч. 5 ст. 13 Федерального закона «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[573] (далее – ФЗ № 43). Так, указанная норма предусматривала, что при расчете размера возмещения собственникам земельных участков их стоимость определяется на день, предшествующий принятию решения об утверждении документации по планировке территории, предусматривающей размещение объекта федерального значения, для целей которого осуществляется изъятие недвижимого имущества. Иными словами, государство определяет размер возмещения исходя не из рыночной стоимости имущества на момент принятия решения о его изъятии, а исходя из стоимости имущества на день, предшествующий принятию решения об утверждении документации по планировке территории. Конституционный Суд указал, что федеральный законодатель может избрать тот или иной вариант определения даты, по состоянию на которую производится оценка стоимости изымаемого имущества; тем не менее, принимая во внимание общеправовой принцип справедливости, такое регулирование в любом случае не может приводить к получению одним из участников отношений необоснованных экономических преимуществ за счет другого участника и не освобождает от необходимости учитывать

[572] Курницкая А.В. Изъятие земельных участков при строительстве олимпийских объектов в городе Сочи как вид ограничения прав на землю // Петербургский юрист. № 1. 2014. С. 102.

[573] Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации - городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1651

объективные факторы, влияющие на рыночную стоимость этого имущества[574]. Однако данный принцип не был применен с необходимой последовательностью. К примеру, Конституционный Суд делает вывод, что сама по себе норма ч. 5 ст. 13 ФЗ № 43 не является противоречащей Конституции РФ. Более того, в Постановлении прямо говорится, что рыночная стоимость изымаемого имущества может возрасти в связи с размещением объекта федерального значения, следовательно, выплата в данной ситуации собственнику изымаемого имущества его текущей рыночной стоимости означала бы получение им несправедливой выгоды за счет публичного субъекта и бюджетных средств, израсходованных в целях развития соответствующей местности.

Затем Конституционный Суд все же пытается рассмотреть рациональные аргументы в пользу собственников и отмечает, что увеличение рыночной стоимости изымаемого имущества может быть обусловлено объективным – с течением времени – изменением соотношения спроса и предложения в отношении определенных видов имущества или в отношении имущества, расположенного в определенной местности. В результате было установлено, что возмещение собственникам необходимо определять, руководствуясь рыночной стоимостью по правилам ч. 5 ст. 13 ФЗ № 43, индексируемой с учетом динамики рыночной стоимости аналогичных объектов на основании заключения эксперта или же данных – при наличии таковых – о показателях рыночной стоимости в соответствующем сегменте рынка недвижимости, которые подготовлены организациями, осуществляющими на профессиональной основе анализ рынка недвижимости и не вызывают сомнений с точки зрения правомерности и достоверности использованных методик анализа. Из Постановления следует, что Конституционный Суд не признал ни одну из норм неконституционной;

[574] Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11. 02. 2019 № 9-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 13 Федерального закона «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с жалобами граждан А.К. Качковского и А.Г. Федосова» // Собрание законодательства РФ. 2019. № 7 (часть 2). Ст. 712.

более того, законодателю предписано внести в действующее правовое регулирование поправки, вытекающие из Постановления. Тем не менее отсутствует правовая определенность в том, какие именно поправки необходимо внести, поскольку Конституционный Суд при высказывании правовых позиций использовал довольно расплывчатые формулировки.

Верховный Суд в одном из дел поддержал выводы Конституционного Суда[575]. Фабула дела довольно простая. Постановлением Правительства Москвы в 2013 г. утверждён проект планировки участка линейного объекта улично-дорожной сети. В 2016 г. правительством Москвы принято распоряжение об изъятии имущества для целей строительства дороги. В 2017 г. указанное распоряжение было дополнено принадлежащими истцу гаражными боксами. Согласно отчету об оценке, рыночная стоимость гаражных боксов на 8 апреля 2013 г., т.е. на дату, предшествующую утверждению документации по планировке территории, составляла значительно меньшую сумму, нежели на момент принудительного изъятия недвижимого имущества для государственных нужд. Верховный Суд, разделяя позицию Конституционного Суда в отношении ч. 5 ст. 13 ФЗ № 43, указал, что за период более чем шесть лет стоимость изымаемых объектов существенно изменилась вследствие общей динамики цен. Это обстоятельство необходимо учитывать при определении размера возмещения за изъятие имущества.

Другим любопытным примером являются положения Закона Республики Крым от 30. 12. 2016 № 345-ЗРК «Об особенностях регулирования в Республике Крым отдельных имущественных отношений»[576] (далее – Закон № 345-ЗРК). Указанный нормативный акт был принят для обеспечения возмещения убытков лицам, которые были лишены права собственности на имущество в связи с его изъятием[577]. В соответствии

---

[575] Определение Верховного Суда РФ от 26.05.2020 № 5-КГ20-32.

[576] Опубликован на интернет-портале правовой информации [Электронный ресурс]. URL: http://www.pravo.gov.ru (дата обращения: 01.09.2020).

[577] Маркелова А.А. Указ. соч. С. 118.

с нормой ранее принятого Закона Республики Крым от 31. 07. 2014 № 38-ЗРК «Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым»[578] (далее – Закон № 38-ЗРК) право собственности на любое имущество прекращалось в случае его включения в Перечень имущества, учитываемого как собственность Республики Крым, утвержденный Постановлением Государственного Совета Республики Крым от 30. 04. 2014 № 2085-6/14 «О вопросах управления собственностью Республики Крым». Объекты, ранее находившиеся в частной собственности, стали собственностью Республики Крым только лишь в силу нормы Закона № 38-ЗРК и решения, принятого Государственным Советом Республики Крым[579]. Условия ст. 35 Конституции РФ, а также ст. 235, 306 ГК РФ о предварительном возмещении, о судебном решении не соблюдались[580].

Федеральный законодатель, установив переходный период, в течение которого урегулируются вопросы интеграции новых субъектов в экономическую, финансовую, кредитную и правовую системы, одновременно предусмотрел, что особенности регулирования имущественных отношений на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя до 1 января 2019 г. могли быть установлены нормативными правовыми актами Республики Крым и города федерального значения Севастополя[581].

Верховный Суд указал, что, поскольку федеральный законодатель предоставил органам государственной власти Республики Крым в переходный период право устанавливать особенности регулирования отдельных сфер и областей общественной жизни, такие особенности правового регулирования имущественных отношений на территории

---

[578] Опубликован на интернет-портале правовой информации [Электронный ресурс]. URL: http://www.pravo.gov.ru (дата обращения: 01.09.2020).
[579] Маркелова А.А. Указ. соч. С. 118.
[580] Там же.
[581] Статья 12.1 Федерального конституционного закона от 21 марта 2014 г. № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов - Республики Крым и города федерального значения Севастополя» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 12. Ст. 1201.

Республики Крым не могут рассматриваться как несоответствие федеральному законодательству[582].

Конституционный Суд, проверяя конституционность положений Закона № 38-ЗРК, констатировал, что такое законодательное регулирование само по себе является допустимым и обусловлено особенностями переходного периода, введение которого имело целью в том числе упорядочение отношений собственности при интеграции новых субъектов РФ в российскую правовую и экономическую системы и тем самым – поддержание правовой определенности и стабильности гражданского оборота в новых для Республики Крым условиях[583]. Также Конституционный Суд подчеркнул, что предоставление органам государственной власти Республики Крым возможности действовать в переходный период подобным образом не входит в противоречие с конституционными гарантиями охраны частной собственности, универсальный характер которых не означает, что законы, направленные на создание условий, обеспечивающих реализацию соответствующего конституционного права, во всех сферах общественных отношений проявляют свое регулятивно-обеспечительное воздействие одинаковым (сходным) образом; законодатель, на которого непосредственно возложена обязанность по наполнению соответствующих гарантий конкретным нормативно-правовым содержанием (о чем свидетельствует прямая отсылка в ч. 1 ст. 35 Конституции РФ к закону как основному регулятору в этой сфере), не лишен возможности учитывать специфику отношений между физическими и юридическими лицами, а также между ними и государством, особенности соотношения в них частноправовых и публично-правовых, императивных и диспозитивных начал, принимая при этом во внимание, что даже государственная регистрация прав на

---

[582] Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 12.12.2018 № 127-АПГ18-12.

[583] Постановление Конституционного Суда РФ от 07.11.2017 № 26-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца первого части 2 статьи 2, абзаца третьего части 1 и части 3 статьи 2-1 Закона Республики Крым «Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым» в связи с жалобами обществ с ограниченной ответственностью «Дайвинг-Центр», «Соляриус», «Промхолдинг» и «Формат-ИТ»» // Собрание законодательства РФ. 2017. № 47. Ст. 7049.

недвижимое имущество, будучи юридическим актом признания и подтверждения государством возникновения, изменения, перехода, прекращения права определенного лица на недвижимое имущество или ограничения такого права и обременения недвижимого имущества, не может подменять собой основание возникновения, изменения и прекращения права[584].

Более того, принятый Закон № 345-ЗРК о возмещении вреда при изъятии, не свободен от недостатков. Как верно отмечает А.А. Маркелова, выплата компенсации согласно закону ограничена кругом лиц, которые имеют на нее право, размером компенсации (только рыночная стоимость за вычетом множества сумм), порядком выплаты компенсации, которая предусматривает краткие сроки для обращения в уполномоченный орган и длительные сроки для принятия решения о выплате компенсации[585]. Еще одной проблемой, на которой акцентирует свое внимание А.А. Маркелова, является выплата компенсации только в пределах средств бюджета, выделенных на эти цели, что позволяет Республике Крым предусмотреть заведомо недостаточную сумму для выплаты компенсаций и затем ссылаться на то, что в компенсации должно быть на этом основании отказано[586]. Такую ситуацию нельзя признать удовлетворительной. Собственники, лишенные имущества, только в силу этого факта имеют право на возмещение убытков в полном объеме[587]. В отсутствие бюджетных ассигнований на цели возмещения вреда, по мнению А.А. Маркеловой, суд не может отказать в компенсации, требования должны удовлетворяться и переходить в плоскость принудительного исполнения решений[588]. Такие выводы необходимо поддержать. Тем не менее остаются открытыми вопросы о размере возмещения вреда, гарантиях, предусмотренных федеральным законодательством.

---

[584] Там же.
[585] Маркелова А.А. Указ. соч. С. 118.
[586] Там же.
[587] Там же. С. 119.
[588] Там же.

В общем виде логика как Конституционного Суда, так и Верховного Суда небесспорна. Получается, коль скоро установлен переходный период, нормы, регулирующие имущественные отношения в конкретном субъекте, могут отличаться от федеральных норм, значительно ухудшая имущественное положение потерпевшего.

Стоит обратить внимание на практику Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет), который рассматривал поправки в Закон № 38-ЗРК, предложенные Советом министров Республики Крым[589]. Одни из них предполагали сокращение сроков подачи заявлений об учете прав лиц в случае отсутствия сведений о правах и правообладателях в Едином государственном реестре недвижимости и органах местного самоуправления и сроков о предоставлении правообладателям изымаемого имущества для подписания соглашений об изъятии[590]. При этом предложение о сокращении названных сроков было сформулировано не применительно к одному конкретному случаю, а ко всем случаям изъятия имущества для государственных и муниципальных нужд на весь период действия Закона № 38-ЗРК.

Другие поправки касались специфики межбюджетных отношений, а отчасти были связаны с возможным несоответствием рыночной стоимости изымаемого имущества и рыночной стоимости недвижимости, предоставляемой взамен изымаемой. Вместе с тем речь шла об изъятии и предоставлении только жилых помещений, а стоимость изымаемого имущества заведомо предполагалась меньше стоимости предоставляемого имущества, что позволяло бы установить ограничительные критерии для обмена.

---

[589] Экспертное заключение по проекту закона Республики Крым «О внесении изменений в Закон Республики Крым «Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым»» // Вестник гражданского права. 2017. № 2. С. 160 – 163.

[590] В части сокращения сроков, предусмотренных ч. 8 ст. 56.5 ЗК РФ, с 60 до 14 дней и сроков, установленных ч. 10 ст. 56.10 ЗК РФ, с 90 до 20 дней.

Безусловно, Совет дал отрицательное заключение на предложенный к его рассмотрению проект закона.

Последним, сложным аспектом представляется взыскание упущенной выгоды. Дело в том, что в нормах ЗК РФ предусмотрена возможность возмещения упущенной выгоды при изъятии земельных участков; в связи с установлением, изменением зон с особыми условиями использования территорий; при ограничении прав собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов земельных участков, правообладателей расположенных на земельных участках объектов недвижимости[591]. Если допустить существование обязательств по возмещению правомерно причиненного вреда, то видится непоследовательным факт, согласно которому законодатель допускает взыскание упущенной выгоды. В соответствии с п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда № 25 случаи изъятия земельных участков поименованы в качестве правомерных. Если принять существующие доктринальные воззрения в отношении принципов возмещения правомерно причиненного вреда, получается, что размер возмещения должен быть ограничен лишь реальным ущербом. Напротив, при признании таких обязательств деликтными подход законодателя выглядит весьма удовлетворительным[592].

Четвертая группа дел связана с возмещением вреда, причиненного при оказании услуг по ценам, регулируемым государством. С учетом того, что регулирование цен в подобных ситуациях обусловлено не экономической, а социальной потребностью, государство берет на себя обязательство компенсировать предпринимателям разницу между экономически

[591] ч. 2 ст. 56.8 ЗК РФ, ч. 1 ст. 57 ЗК РФ, ч. 1 ст. 57.1 ЗК РФ.

[592] Не зря в дореволюционной литературе подчеркивалось, что «вознаграждение собственника изымаемого имущества носит частноправовой характер и относится к обязательствам, возникающим из права требовать возмещения понесенных по чужой вине убытков» (Венецианов М.В. Экспроприация с точки зрения гражданского права // Вестник гражданского права. № 6. 2014. С. 230). Стоит отметить, что нормы определяющие возмещения вреда, причиненного собственнику в результате изъятия его имущества, содержались в главе VI «О праве вознаграждения за понесенный вред и убытки» Свода законов гражданских.

обоснованной стоимостью услуг и такими ценами[593]. Приведем следующий пример.

АО «Федеральная пассажирская компания» (далее – ФПК), являясь публичным перевозчиком, обратилось в суд с исковыми требованиями к Министерству финансов РФ и Федеральному агентству железнодорожного транспорта о взыскании убытков[594].

ФПК осуществляет перевозку пассажиров по регулируемым государством тарифам в плацкартных и общих вагонах, которые установлены ниже экономически обоснованного уровня. В соответствии с п. 3 ст. 8 Федерального закона от 10. 01. 2003 № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» потери в доходах перевозчика, возникшие в результате установления тарифов ниже экономически обоснованного уровня, возмещаются в полном объеме за счет средств бюджетов соответствующих уровней бюджетной системы РФ. Порядок возмещения потерь в доходах определяется Постановлением Правительства РФ от 07. 04. 2007 № 207 (далее – Постановление № 207), согласно которому компенсация потерь в доходах перевозчика осуществляется путем предоставления субсидий. В названном нормативном акте потери в доходах перевозчика формулируются как разница между экономически обоснованным уровнем тарифа и доходами, полученными в результате применения тарифов, установленных государством. Вместе с тем в Постановлении № 207 содержится положение, в соответствии с которым субсидии могут быть предоставлены лишь в объеме денежных средств, предусмотренных на данные цели федеральным бюджетом на соответствующий финансовый год.

В 2013 г. в соответствии с требованиями Постановления № 207 между Федеральным агентством железнодорожного транспорта и ФПК был

---

[593] Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1 – 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 1457. (авторы комментария – А.А. Маркелова, А.А. Ягельницкий).

[594] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.12.2017 № Ф05-14740/2017 по делу № А40-15466/2017.

заключен договор, по которому были предоставлены субсидии на компенсацию потерь; в то же самое время некоторые потери остались невозмещенными. Представители ФПК ссылались на ст. 15 ГК РФ, а также на п. 5 ст. 790 ГК РФ, согласно которому в случаях, когда в соответствии с законом или иными правовыми актами установлены льготы или преимущества по провозной плате за перевозку грузов, пассажиров и багажа, понесенные в связи с этим расходы возмещаются транспортной организации за счет средств соответствующего бюджета.

Отказывая в удовлетворении требований, суды первой, апелляционной и кассационной инстанций исходили из того, что заключенный между ФПК и Федеральным агентством железнодорожного транспорта договор исполнен надлежащим образом, предоставление субсидии в размере, полученном истцом, было предусмотрено в федеральном бюджете на 2013 г. Кассационный суд указал, что, поскольку федеральный бюджет разрабатывается и утверждается в форме федерального закона, заявленные ФПК в рамках настоящего дела исковые требования по своему содержанию направлены на изменение неустановленным способом федерального закона о федеральном бюджете на соответствующий финансовый год[595].

По сути, вопрос состоит в том, может ли суд в отсутствие бюджетных субсидий удовлетворить требования о возмещении правомерно причиненного государством вреда?

В другом деле суд указал, что договор о предоставлении субсидий между ФПК и Федеральным агентством железнодорожного транспорта не является основанием возникновения обязательства, поскольку стороны не свободны в его заключении, не вправе отказаться от его заключения и самостоятельно предусмотреть его условия[596]. Обязанность его заключения установлена законодательством РФ. Данный договор является частью

[595] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.12.2017 № Ф05-14740/2017 по делу № А40-15466/2017.
[596] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.12.2018 № Ф05-21486/2018 по делу № А40-54604/2018.

процедуры выделения бюджетных средств на реализацию государственного обязательства.

В рассматриваемом деле ФПК обратилась в суд к Министерству финансов РФ, Федеральному агентству железнодорожного транспорта о взыскании за счет казны убытков, причиненных по причине неисполнения обязательства по возмещению в полном объеме расходов, возникших в связи с установлением льгот по провозной плате обучающихся и воспитанников общеобразовательных учреждений старше 10 лет железнодорожным транспортом в 2016 г. Суд кассационной инстанции указал, что заявленная ко взысканию сумма потерь в доходах, возникших в связи с предоставлением льгот по провозной плате, является суммой, которая у Федерального агентства железнодорожного транспорта не была заложена для предоставления из федерального бюджета субсидий организациям железнодорожного транспорта на компенсацию потерь в доходах, возникающих в результате установления льгот, однако данное обстоятельство не является основанием для освобождения РФ от исполнения обязательств по возмещению убытков организации, осуществляющей перевозку пассажиров, в отношении которых государством установлены льготы.

Суд подчеркнул, что на лицо, занимающееся коммерческой деятельностью по осуществлению перевозок пассажиров, не может быть возложено бремя несения расходов, возникших в результате реализации нормативных актов, устанавливающих льготы для отдельных категорий граждан.

Такое решение следует признать удовлетворительным; подход, выработанный в последнем деле, должен быть распространен и на случаи регулирования государством тарифов.

Таким образом, мы обозначили круг некоторых практических проблем. Для их разрешения необходимо отчетливо понять, к каким последствиям приводит отказ в возмещении вреда или недостаточный размер возмещения.

3.2. Эффективность публично-правовой схемы возмещения вреда, причиненного правомерными действиями

В настоящем параграфе мы рассмотрим возмещение вреда за изъятие земельного участка[597] с точки зрения эффективности. Проанализируем аргументы за и против компенсации.

Как правило, издержки от изъятия либо возлагаются на собственника (когда отсутствует возмещение), либо могут быть распределены между всеми лицами[598].

Эффективность возмещения вреда за изъятие земельных участков пристально рассматривалась Р. Познером. По его мнению, экономически полная компенсация может привести к избыточным инвестициям в имущество, которое с большей вероятностью будет изъято государством[599]. Возникает и еще более сложная проблема, когда рыночная стоимость в некотором смысле создается самим государством. В качестве иллюстрации ученый приводит пример с повышением цен на частные суда после изъятия. Должно ли государство платить повышенную рыночную стоимость при дальнейшем изъятии[600]? Если ответить положительно, то результатом будет неэффективное перераспределение благ от налогоплательщиков к собственникам судов, но отрицательный ответ также проблематичен, поскольку не учитывает конкурирующие потребности остающихся частных покупателей судов.

Когда возмещение недоступно – риски, связанные с изъятием земельного участка, накладывают издержки на потенциальных инвесторов, заставляя их отказываться от инвестиций в недвижимость. Можно предположить, что инвесторы смогут избежать таких рисков, заключив договор страхования на случай изъятия земельного участка, однако этот вид

---

[597] Для целей настоящего параграфа под словосочетанием «возмещение вреда за изъятие земельных участков» мы понимаем все многообразие случаев ограничения прав собственников земельного участка и непосредственно само изъятие земельного участка.

[598] Blume L., Rubinfeld D. Compensation for Takings: An Economic Analysis // California Law Review. Vol. 72. 1984. P. 571.

[599] Познер Р.А. Экономический анализ права. С. 79.

[600] Там же.

страхования не представляется эффективным из-за провала рынка[601]. Дело в том, что исходная предпосылка экономического подхода заключается в том, что эффективность достигается только тогда, когда существуют конкурентные рынки для всех видов товаров и услуг, включая страхование[602]. Как мы обнаружим впоследствии, рынок частного страхования в этом случае не является эффективным[603].

Начнем с простых соображений о необходимости возмещения вреда за изъятие. Один из самых распространенных подходов гласит, что государство обязано к возмещению всякий раз, когда изъятие приводит к существенному снижению стоимости имущества[604]. К примеру, стоимость имущества уменьшилась в результате ограничения прав собственников. В возмещении необходимо отказать, если ограничение влияет на стоимость имущества незначительным образом.

Со временем был предложен другой подход, согласно которому при решении вопроса о возмещении вреда при изъятии фундаментальное значение приобретают цели изъятия. Возмещение должно быть доступно в ситуациях, когда государство действует как «предприниматель»[605]. В таких случаях оно не балансирует выгоды конкурирующих притязаний на использование земельных участков, а, скорее, действует в качестве субъекта предпринимательской деятельности[606]. Возмещение вреда выполняет функцию, ограничивающую произвольное использование государственной власти, поскольку влияет на стимулы органов, принимающих решения об

---

[601] Ситуация, при которой механизм рыночного регулирования не срабатывает. Иными словами, речь идет не о субъективных ошибках участников рынка, а о сбоях механизма координации, роль которого, в принципе, выполняет рынок. Традиционная классификация провалов рынка включает монополию и монопсонию, недостаток и асимметрию информации, а также внешние эффекты (экстерналии). См.: Экономика общественного сектора / под ред. Л. И. Якобсона, М. Г. Колесницыной. Москва: Издательство Юрайт. 2014. С. 15.

[602] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 572.

[603] Ibidem.

[604] *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, 260 U.S. 393, 413 (1922).

[605] Sax J. Takings and the Police Power // The Yale Law Journal. Vol. 74. 1964. P. 61 – 67. Профессор Й. Сакс также предлагает тест, позволяющий определить, когда государство действует в качестве предпринимателя (Ibid. P. 67 – 76).

[606] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 577 – 578.

изъятии, заставляя учитывать стоимость изымаемых участков[607]. Сторонники такого подхода пошли еще дальше, указав на то, что возмещение должно быть доступно лишь тогда, когда при осуществлении полномочий по изъятию не образуются положительные внешние эффекты[608]. В литературе критически отнеслись к этим выводам, поскольку присуждение компенсации поставлено в зависимость от внешних эффектов, которые зачастую прямым образом не отражаются через цены товаров и услуг[609]. Вместе с тем возникает следующая проблема: собственник земельного участка терпит убытки при изъятии, что не принимается во внимание учеными, разделяющими подход внешних эффектов.

Новейшие исследования в этой области сосредоточены на классификации объектов недвижимости и психологической привязанности собственников к ним. М. Радин обосновала теорию персонализированной собственности, в соответствии с которой изъятие жилых помещений должно быть запрещено, поскольку они играют важную роль в развитии личности[610]. Спустя несколько десятилетий концепция М. Радин стала объектом критики

---

[607] Sax J. Op. cit. P. 64 – 67. Законодательные решения, усложняющие процедуру изъятия, как раз направлены на увеличение издержек изъятия, что уменьшает вероятность и частоту случаев изъятия. Подходящим примером является законодательство Германии, в котором изъятие земельных участков для общественных нужд применяется довольно редко (см.: Hoppe W., Bönker C., Grotefels S. Öffentliches Baurecht. 4. Auflage. München. 2010. S. 346). В Германии различают два вида изъятия земельных участков: изъятие посредством издания закона без принятия административного акта (Legislativenteignung) и административное изъятие при помощи принятия административного акта (Administrativenteignung). На практике в основном используется второй способ, поскольку конкретизация общей цели изъятия, установленной в законе, принятом на уровне федерации или федеральных земель, происходит в процессе правоприменения административным органом по изъятию. Также при изъятии посредством административного акта конституционные права граждан защищены лучшим образом, так как у них есть возможность оспорить данный акт в общих судах, что недопустимо при изъятии, оформляемом законом. Данное положение послужило причиной того, что Федеральный конституционный суд Германии признал изъятие земельных участков посредством закона исключительной мерой, применимой, например, в случаях наводнения. Следует также отметить, что в Германии существуют довольно строгие требования оценки всех затрагиваемых изъятием интересов, причем не только частных и общественных, но и публичных. Интересным является тот факт, что орган власти, принимающий решение об изъятии, должен доказать, что другого варианта для достижения общественно-полезной цели не было, а также приложить серьезные усилия по приобретению земельного участка путем заключения договора с рыночной ценой. См.: Поветкина Е.Л., Кучин С.А. Изъятие в пользу частного лица: практика Германии и США // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. № 7. 2014. С. 4 – 19.

[608] Напомним, что такие внешние эффекты (экстерналии) возникают, когда действия одного субъекта влияют на благосостояние другого, который не вовлечен в деятельность первого. См.: Sax J. Takings, Private Property and Public Rights // The Yale Law Journal. Vol. 81. 1971. P. 155 – 172.

[609] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 578.

[610] Radin M. The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings // Columbia Law Review. Vol. 88. 1988. P. 1667 – 1696.

С. Штерн[611]. Главный аргумент состоял в том, что центральное значение при становлении личности приобретают социальные отношения, а не жилые помещения. Абсолютное ограничение изъятия для публичных нужд не видится оправданным. Более того, такие меры направлены на защиту собственников дорогой недвижимости. Предложение С. Штерн и ее последователей заключалось в том, чтобы установить возмещение за изъятие жилых помещений на более высоком уровне, чем их рыночная стоимость[612]. В некоторых нормативных актах штатов эта позиция получила воплощение. К примеру, в § 2 ст. 10 Конституции штата Мичиган установлено возмещение в размере 125 % рыночной стоимости, в § 32-24-4.5-8(2) титула 32 Кодекса Индианы – в размере 150 % рыночной стоимости жилого помещения.

Опираясь на теорию персонализированной собственности, Дж. Надлер и Ш. Даймонд провели исследования, согласно которым большинство респондентов отвергли предложения об изъятии жилого помещения при возмещении на уровне рыночной стоимости (80, 7 %); некоторые отказали, даже если возмещение будет выше (9, 4 %)[613]. Согласные на изъятие респонденты настаивали на получении возмещения, примерно на 30 % превышавшего рыночную стоимость. Уровень однозначных отказов и требований выплат сверх возмещения были выше у лиц, проживших в жилом помещении в течение долгого времени. Наконец, ученые пришли к выводу, что субъективная ценность жилого помещения значительнее, чем цели изъятия[614]. Тем не менее дальнейшие исследования показали, что цели изъятия также важны. Респонденты категорически возражают против изъятия для целей «экономического развития» или «коммерческого использования»

---

[611] Stern S. Residential Protectionism and the Legal Mythology of Home // Michigan Law Review. Vol. 107. 2009. P. 1093, 1109 – 1120.
[612] Fee J. Eminent Domain and the Sanctity of Home // Notre Dame Law Review. Vol. 81. 2006. P. 803 – 817.
[613] Nadler J., Diamond Sh. Eminent Domain and the Psychology of Property Rights: Proposed Use, Subjective Attachment, and Taker Identity // Journal of Empirical Legal Studies. Vol. 5. 2008. P. 713, 731.
[614] Ibid. P. 713.

(строительства торгового центра или гостиницы); в то же самое время, когда речь идет о постройке больницы или автомагистрали результаты иные[615].

В литературе распространение теории персонализированной собственности лишь на жилые помещения вызывает дискуссию. Действительно, чем отличается психологическая привязанность собственника жилого помещения от привязанности предпринимателя к недвижимости, которая используется для семейного бизнеса в течение многих столетий?[616]

Надлежит обратить внимание на позицию Ф. Михельмана, который обсуждает значение возмещения вреда с альтернативной точки зрения[617]. По его мнению, наряду с издержками, возникающими при выплате возмещения собственникам, существуют деморализационные издержки (demoralization cost), когда компенсация не выплачивается. Суть их заключается в том, что они возникают при любом риске государственного вмешательства. Иными словами, от людей сложно потребовать заниматься определенной деятельностью при существовании вероятной угрозы вмешательства государства[618]. Выходит, отказ в возмещении возможен, когда выгода больше, чем издержки на изъятие и деморализационные издержки.

Помимо прочего, Ф. Михельман для решения проблемы возмещения за изъятие использует довольно интересный критерий. Невыплата возмещения является справедливой мерой лишь тогда, когда собственник понимает, что ему и другим людям в обществе будет лучше без возмещения[619]. Однако значение аргументов о справедливости не совсем понятно для анализа

---

[615] Strother L. Beyond Kelo: An Experimental Study of Public Opposition to Eminent Domain // Journal of Law and Courts. Vol. 4. 2016. P. 339.

[616] Clark M. Reconstructing the World Trade Center: An Argument for the Applicability of Personhood Theory to Commercial Property Ownership and Use // Penn State Law Review. Vol. 109. 2005. P. 815; Zamir E., Teicnman D. Behavioral Law and Economics. P. 222.

[617] Michelman F. Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law // Harvard Law Review. Vol. 80. 1967. P. 1214 – 1218.

[618] Ibidem.

[619] Правда, более подробно данный аргумент раскрыт не был (см.: Michelman F. Op. cit. P. 1218 – 1224).

эффективности возмещения[620]. В связи с этим необходимо более подробно остановиться на дистрибутивном эффекте возмещения вреда при изъятии.

Л. Блум и Д. Рубинфельд приводят в качестве иллюстрации довольно любопытный пример. Всякий раз, когда государство прибегает к изъятию земельных участков для своих нужд, оно перераспределяет права собственности таким образом, что изменение их баланса выгодно для одних членов общества и, соответственно, причиняет вред другим[621]. Возмещение вреда позволяет компенсировать издержки последних. Получается, в результате изъятия положение всех лиц не ухудшается. Однако на практике такие случаи встречаются редко.

Предположим, правительством области было принято постановление о реорганизации особо охраняемых природных территорий, в соответствии с которым в состав образуемой единой особо охраняемой природной территории – государственного природного заказника регионального значения – вошли земельные участки, принадлежащие Б. на праве собственности, что привело к запрету на строительство на этом участке[622]. Стоимость прилегающих к природной территории участков (к примеру, их количество – 100) оценивается в 200 000. Начало строительства в такой зоне снизит их стоимость, тогда как включение земельного участка Б. в состав природной территории повысит стоимость каждого участка на 10 000. Напротив, цена участка Б. упадет на 100 000.

Правильное ли решение приняло правительство области? Стоимость недвижимости в это районе возрастет в общей сложности на 1 000 000, тогда как стоимость участка Б. снизится на 100 000. В этом случае возмещение собственнику земельного участка не повлияет на результат расчета выгод и издержек, но изменит распределение выгод. Из 1 000 000 в виде выгоды за нахождение поблизости с природной территорией, 100 000 переданы от Б. всем собственникам прилегающих участков. Любое перераспределение

[620] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 579.
[621] Ibid. P. 580.
[622] По мотивам апелляционного определения Нижегородского областного суда от 04.04.2017 № 33-15/2017.

имущества, которое имеет место в результате изъятия земельного участка или, к примеру, реорганизации особо охраняемых природных территорий, может создать чистую социальную выгоду[623]. К тому же оно влияет на перераспределение дохода.

Возмещение вреда государством имеет несколько положительных эффектов. Выплата возмещения уменьшает потенциальную несправедливость, присущую изъятию без компенсации. Ведь возмещение вреда в данном случае представляет собой перераспределение доходов от тех, кто получает выгоду от создания природной территории, к тем, у кого возникают издержки, связанные с таким решением. А также в теории считается, что при справедливом возмещении решается проблема принудительного изъятия, поскольку каждый будет не против него[624].

Возможно ли решить проблему возмещения вреда, полагаясь на рынок? Рыночные механизмы позволяют достичь эффективного решения только в том случае, когда 10 и более собственников участков объединятся и совместно выкупят участок истца[625]. Выходит, если N собственников объединяются, выгода каждого из них составит 10 000 – $\frac{1\,000\,000}{N}$. Причем оставшиеся собственники получат ровно 10 000 и никаких издержек от покупки участка истца не понесут. Это иллюстрация классической «проблемы безбилетника», потенциал которой делает любое объединение собственников нестабильным. Выплата возмещения государством позволяет решить эту проблему через налоговые механизмы.

Таким образом, эта мера может способствовать распределению доходов от социально выгодного государственного решения. Может ли возмещение вреда за изъятие повысить социальное благосостояние?

В ситуациях, когда отдельный покупатель приобретает земельный участок, он, вероятно, должен учитывать не только риск, связанный с

---

[623] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 580 – 581.

[624] Безусловно, такой аргумент является спорным, так как не принимается во внимание субъективная ценность имущества для конкретного лица.

[625] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 581.

действиями других покупателей, но и риск, касающийся принятия государством решения об изъятии. Немного изменим предыдущий пример.

Итак, Б. является собственником участка, стоимость которого 200 000. Правительство области рассматривает возможность принять решение о включении участка Б. в состав природной территории. Вероятность, что решение будет принято 1 %. Предположим, возмещение не будет выплачено, таким образом, Б. подвергается риску. С вероятностью 99 % цена его земельного участка равна 200 000, а при вероятности 1 % - 0. В результате, ожидаемая стоимость составляет 198 000 (0,99 × 200 000 + 0,01 × 0). Важно отметить, чем выше вероятность изъятия, тем меньше цена земельного участка.

Усложним пример. Б. также является собственником участка стоимостью 200 000. В. обдумывает покупку земельного участка у Б. и готов заплатить 200 000. Как продавец, так и покупатель обеспокоены возможным решением государственных органов о включении этого участка в состав природной территории, что уменьшит цену до 100 000. Однако они считают принятие такого решения маловероятным (менее 10 %). Стоимость земельного участка в 200 000 отражает тот факт, что покупатель и продавец не склонны к риску и воспринимают лишь небольшую вероятность государственного вмешательства.

Внезапно выясняется, что вероятность создания природной территории составляет 50 %. Тогда ожидаемая цена земельного участка составит 150 000 (0,5 × 200 000 + 0,5 × 100 000). Если покупатель В. нейтрален к риску, он готов заплатить 150 000. В то же время, когда В. не склонен к риску, его премия за риск[626] изменит его финальные условия. За вычетом премии за риск (предположим, 20 000) В. заплатит лишь 130 000. Следовательно, риск государственного вмешательства учитывается при определении результирующей стоимости земельного участка[627].

[626] Если субъект не склонен к риску, ему нужно заплатить определенную сумму денег, чтобы он согласился принять риск.
[627] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 586 – 587.

Государственное вмешательство не только способствует возникновению издержек, но и влияет на информацию, которой располагают участники рынка.

Б. хочет продать земельный участок, который с некоторой вероятностью будет включен в состав природной территории, что значительно уменьшит его стоимость. В. готов заплатить 200 000, а Г. готов его приобрести за 170 000. Если бы вероятность государственного вмешательства отсутствовала, то эффективным решением было бы заключение договора купли-продажи между Б. и В. Предположим, вероятность государственного вмешательства составляет 10 %, и в таком случае возмещения вреда не будет. Цена, которую заплатит В., 180 000 (0,9 × 200 000 + 0,1 × 0), а Г. готов заплатить 153 000 (0,9 × 170 000 + 0,1 × 0). Однако представим, что премия за риск В. – 80 000, тогда как Г. – всего 3 000. Выходит, итоговая сумма для В. составляет 100 000, а для Г. 150 000. Отсутствие возмещения вреда в данном примере способствует неэффективному распределению ресурсов.

Неэффективность, вызванная влиянием риска, на первый взгляд кажется может быть устранена с помощью страхования[628]. Возможно ли страхование на частном рынке? Иначе говоря, доступно ли страхование на случай изъятия земельного участка для государственных нужд?

Выше мы указывали, что существует несколько проблем, связанных с организацией страхования на случай государственного вмешательства. Источником несовершенства такого рынка является негативное изменение стимулов лиц, участвующих в страховом правоотношении (moral hazard). У собственников земельных участков отпадает необходимость участвовать в политическом процессе (общественных слушаниях) по вопросам государственного вмешательства, а также коль скоро возмещение сполна компенсирует все убытки, собственники в некоторых случаях, наоборот, могут «подкупать» чиновников и лоббировать изъятие. Вместе с тем издержки страховой организации по определению вероятности реализации

[628] Ibid. P. 589.

риска изъятия и, следовательно, страховой премии весьма велики. С этими обстоятельствами связано второе затруднение, которое заключается в том, что страховщики не всегда могут точно рассчитать вероятность наступления страхового случая, тогда как страхователи более осведомлены о событии (adverse selection)[629]. Страховой организации будет достаточно трудно даже в долгосрочной перспективе оставаться безубыточной.

Для России характерны следующие догматические препятствия для организации такого рода страхования. Дело в том, что ключевыми характеристиками страхового случая являются признаки вероятности и случайности[630], как было указано, именно при определении этих критериев и возникают основные проблемы. Более того, стоит обратить внимание на недавно рассмотренное Верховным Судом РФ дело[631], обстоятельства которого заключаются в следующем: между истцом (Хасиева Т. А.) и ответчиком (СПАО «РЕСО-Гарантия») был заключен договор страхования недвижимого имущества. По условиям договора к страховым рискам относились, в частности, противоправные действия третьих лиц.

Истец обратился к страховщику с заявлением о выплате страхового возмещения по риску «противоправные действия третьих лиц», сославшись на уничтожение застрахованного имущества неизвестными лицами. Отказывая в выплате возмещения, страховая организация указала, что заявленное событие не является страховым случаем, так как снос домов произведен в рамках реконструкции центральной части города. Кроме того, по результатам проверки СПАО «РЕСО-Гарантия» установлено, что ранее страховая компания отказала истцу в заключении договора страхования в связи с запланированной реконструкцией центральной части города, после чего Хасиева Т. А. заключила договор страхования в филиале страховщика в г. Москве.

---

[629] Ibid. P. 595; Cooter R., Ulen T. Law and Economics. P. 204.

[630] Абз. 2 п. 2 ст. 9 Закона Российской Федерации от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» // Российская газета. № 6. 12.01.1993.

[631] Определение Верховного Суда РФ от 02.06.2020 № 23-КГ20-4, 2-2131/2018.

Суд первой инстанции частично удовлетворил требования истца, посчитав, что страховой организацией не доказан факт сноса застрахованного имущества в рамках реконструкции центральной части города. С такими выводами согласился и суд апелляционной инстанции. Напротив, Верховный Суд РФ апелляционное определение отменил и направил дело на новое рассмотрение. Суд указал на то, что, во-первых, снос зданий в связи с реконструкцией нельзя признать страховым случаем в соответствии с заключенным договором страхования. Во-вторых, коль скоро истец был осведомлен о предстоящем сносе строений, он действовал недобросовестно при вступлении в договорные отношения с филиалом страховой организации в г. Москве.

Для нас представляется интересным ответ на гипотетический вопрос: возможно ли включить риск сноса имущества в рамках реконструкции в договор страхования? По мнению А. Г. Архиповой, если на момент заключения договора ни страховщик, ни страхователь не знали о возможной реконструкции, то никаких препятствий не имеется[632]. Такое обстоятельство необходимо главным образом для того, чтобы риск соответствовал критерию случайности. Тем не менее достичь этого на практике весьма не просто.

Еще одной практической проблемой при организации страхования на случай изъятия земельного участка по российскому праву следует признать соотношение выплаты страхового возмещения и возмещения стоимости изъятого участка в рамках публично-правовой схемы. Предположим, страховое возмещение было получено, означает ли это, что право требования возместить стоимость изъятого участка к государству не возникло? Можно помыслить и другую ситуацию, когда лицо одновременно получает страховое возмещение и возмещение за изъятие в рамках публично-правовой схемы, размер которого значительно ниже рыночной стоимости имущества – как в таком случае должна решаться указанная проблема? Все эти трудности

[632] «Шоу 40+» № 24. Неисполнение информационной обязанности при заключении договора страхования. Аудио [Электронный ресурс]. URL: https://www.youtube.com/watch?v=iNUDSSX55jU (дата обращения: 2.08.2021)

приводят к неэффективности страхования при изъятии земельных участков как для страхователей, так и для страховщиков.

Итак, перед ученым сообществом стоит весьма непростая задача, поскольку, с одной стороны, невозможно полностью отказать в возмещении при изъятии земельных участков, с другой – проблематично организовать частную систему страхования в этом случае, что предопределяет потребность создания эффективного государственного механизма возмещения вреда на случай изъятия.

Специалисты в области экономического анализа приходят к выводу о том, что возмещение должно быть доступно лишь несклонным к риску собственникам, для которых убытки от изъятия весьма велики[633]. Между тем необходимо учитывать издержки, связанные с выплатой возмещения собственникам за изъятия, так называемые административные издержки[634]. К примеру, выявление стоимости конкретного земельного участка при его изъятии не вызывает сложностей[635]. Однако, когда решение органов исполнительной власти об изъятии касается нескольких собственников (или многих собственников как при изъятии земельных участков в связи с присоединением к субъекту РФ – городу федерального значения Москве территорий), то административные издержки неприемлемо высоки. Помимо прочего, надлежит учитывать возможные судебные разбирательства, связанные с определением размера возмещения.

---

[633] К примеру, изъятие жилого дома собственника, вероятнее всего, является существенной для него потерей, поскольку склонность к риску продиктована личным благосостоянием. Соответственно, возмещение за изъятие необходимо.

[634] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 600 – 601.

[635] Существуют как минимум 4 критерия для определения возмещения: (1) аналогичная продажа, (2) метод капитализации дохода, (3) метод затрат, (4) метод определения рыночной стоимости для земельных участков, на которых планируется строительство. Метод аналогичных продаж представляет собой сравнение стоимости аналогичного имущества, проданного в последнее время, и имущества, которое подлежит изъятию. На основе данного сравнения определяется размер возмещения. Метод капитализации доходов применяется для расчета упущенной выгоды на основе предшествующих показателей. При использовании метода затрат из общей стоимости имущества вычитают амортизационные издержки. Последний метод необходим для включения в рыночную стоимость изымаемого земельного участка возможной прибыли при строительстве на данном участке. См.: Dyson D. Eminent Domain: Just Compensation [Электронный ресурс]. URL: https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/ss/clssedjust.pdf (дата обращения: 04.09.2020)

С помощью этих критериев проанализируем знаменитое дело *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), в котором ограничение прав компании – собственника земельного участка (Penn Central) привело к невозможности строительства офисного здания. Снижение стоимости земельного участка в результате такого ограничения было значительным, правда, анализ убытков для суда был усложнен тем обстоятельством, что городские власти предоставили компании возможность застройки другого участка, принадлежавшего ей же. Тем не менее выгода от такого решения для компании не ясна[636]. Первый критерий (существенный размер убытков от ограничения прав) удовлетворяется.

Напротив, в отношении второго критерия (склонность к риску) нет уверенности, так как компания *Penn Central* обладает значительными активами, в том числе земельными участками. Данное обстоятельство говорит о том, что компания могла вложить средства для строительства офисного здания на другом участке. По мнению Л. Блума и Д. Рубинфельда, по этой причине необходимо отказать в возмещении вреда[637].

Возражения против такого подхода сводятся к тем же административным издержкам. Ведь установление благосостояния лица, его склонности к риску – все это критерии, трудно поддающиеся анализу. Более того, при прочтении указанных источников, возникает резонный вопрос: почему возрастающие административные издержки должны ограничивать размер возмещения? Ведь возможно предложить и иное обоснование. Коль скоро административные издержки по выплате возмещения велики, необходимо вовсе отказаться от изъятия. Наконец, критерий склонности к риску, предлагаемый Л. Блумом и Д. Рубинфельдом, направлен против крупных инвесторов – собственников (как компания *Penn Central*).

Таким образом, принцип эффективности рельефно проявляет все недостатки изъятия земельных участков без предоставления возмещения.

[636] Blume L., Rubinfeld D. Op. cit. P. 611.
[637] Ibid. P. 612.

Однако использовать его в качестве универсальной основы для создания публично-правовой схемы возмещения за изъятия не представляется возможным, поскольку за основу берутся весьма расплывчатые критерии (склонность к риску, существенность размера убытков от изъятия).

Интересно, что экспериментальные исследования в области поведенческой экономики показывают, что получение полной рыночной стоимости изъятого государством имущества в качестве компенсации воспринимается собственниками как худший результат по сравнению с получением такой же суммы при заключении обычного гражданско-правового договора об отчуждении этого имущества[638]. При этом, даже когда субъективная ценность изымаемого имущества меньше рыночной стоимости, размер возмещения, определенный на рыночном уровне, кажется собственникам недостаточным[639]. Еще одно любопытное заключение: с точки зрения собственников наилучшим является не денежное возмещение, а предоставление аналогичного земельного участка[640].

3.3. Схема страхового возмещения вреда, причиненного правомерными действиями

Как мы выяснили в предыдущем параграфе, организация страхового возмещения при изъятии земельных участков для государственных или публичных нужд, при ограничении прав собственников не представляется эффективным решением проблемы. Тем не менее существуют весьма любопытные примеры, когда страхование допустимо и приводит к положительным результатам. Речь идет о причинении вреда в результате террористического акта. Подробно проанализировав механизм страхования, существующий в зарубежных юрисдикциях, мы сможем не только выявить оптимальные тенденции страхования на случай причинения вреда террористическим актом, но и структурировать модель страхования на

---

[638] Lewinsohn – Zamir D. Taking Outcomes Seriously // Utah Law Review. Vol. 2. 2012. P. 861, 869 – 872, 876.
[639] Zamir E., Teicnman D. Op. cit. P. 218.
[640] Ibid. P. 219.

случай причинения вреда при контртеррористической операции. Актуальности исследования служит и тот факт, что российские страховщики все чаще рассуждают о необходимости государственной поддержки, а также о введении обязательного страхования от террористических актов[641]. Кроме того, риски, связанные с террористическими актами, стали предметом рассмотрения и в Концепции реформирования гл. 48 ГК РФ. Так, в контексте п. 1 ст. 964 ГК РФ обсуждается вопрос о включении в перечень обстоятельств, по умолчанию исключенных из страхового покрытия, террористических актов и диверсий. Разработчики концепции выступают против такого решения[642].

Риски, сопряженные с террористическими атаками, имеют общие черты с рисками, связанными с контртеррористическими операциями, что позволяет в некоторых правопорядках вовсе не различать их. К примеру, в Израиле вред, причиненный при теракте и при его пресечении, возмещается одинаковым образом[643]. Это обстоятельство заставляет обратить пристальное внимание на организацию страхования на случай теракта.

Рынок страхования существенным образом изменился после терактов 11 сентября 2001 г. События, унесшие жизни более 3050 человек из 90 разных стран, заставили изменить традиционный взгляд на страхование рисков причинения вреда террористическими действиями. Ущерб в результате терактов составил 80 млрд долл., из которых около 32, 5 млрд были застрахованы[644]. Перестраховщики (большинство из которых европейские) возместили почти две трети застрахованных убытков[645]. По этой причине некоторые из них вовсе перестали оказывать услуги по страхованию на

---

[641] «Выплат от государства недостаточно, чтобы продолжить жить нормально»: В России могут ввести обязательное страхование от террористических актов // Коммерсант [Электронный ресурс]. URL: https://www.kommersant.ru/doc/2944754 (дата доступа: 20. 09.2020)

[642] Концепция реформирования главы 48 Гражданского Кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2019/12/Концепция-глава-48-ГК-РФ-проект-231219-1.pdf (Дата обращения: 20.09.2020).

[643] Sommer H. Providing Compensation for Harm Caused by Terrorism: Lessons Learned in the Israeli Experience // Indiana Law Review. Vol. 36. 2003. P. 339.

[644] Hartwig R. The fate of TRIA: Is terrorism an insurance risk? // Insurance Information Institute. New York, NY. 2004.

[645] Michel-Kerjan E., Pedel B. Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S. // The Geneva Papers. Vol. 30. 2005. P. 145 – 146.

случай теракта[646], другие же значительно увеличили размер страховых премий[647]. Стало очевидным, что рынок страхования нуждается в помощи государства.

Начнем с анализа французской модели, которая представляет интерес по нескольким поводам. Во-первых, согласно императивным правилам французского закона в страховое покрытие на случай причинения вреда зданиям, сооружениям или земельным участкам, используемым для коммерческой деятельности, включает риски, сопряженные с терактом[648]. Коль скоро страховщик отказывается от покрытия рисков причинения вреда в результате террористической атаки, он должен прекратить оказывать услуги по страхованию имущества, необходимого для осуществления коммерческой деятельности. Во-вторых, страхование на случай теракта во Франции является обязательным[649]. В декабре 2001 г. французское правительство подписало соглашение с крупнейшими представителями страховщиков. В соответствии с программой *Gestion de l'Assurance et de la Réassurance des risques attentats et Actes de Terrorisme* (GAREAT) был организован перестраховочный пул в рамках четырехуровневой системы распределения рисков. Первый уровень составляют французские страховщики. На втором действуют крупные перестраховщики, а также некоторые крупные страховщики из первого уровня. На третьем уровне активную роль играют международные перестраховщики. На четвертом уровне неограниченное возмещение, которое предоставляется государственной перестраховочной компанией *Caisse Centrale de Re ´ assurance*[650]. В общей сложности первые три уровня образуют емкость пула

[646] Это было характерно для страховщиков в США до введения *TRIA*.
[647] Jaffee D., Russel T. Markets under stress: The case of extreme event insurance, in Arnott, Greenwald, Kanbur and Nalebuff (eds) Economics for an Imperfect World: Essays in Honor of Joseph Stiglitz, Cambridge, MA: MIT Press. 2003.
[648] Michel-Kerjan E., Pedel B. Op. cit. P. 146.
[649] Tomas J. Benefits of the U.S. program for terrorism insurance from a comparative perspective // The Journal of Financial Perspectives: Insurance. Vol. 4. 2017. P. 86.
[650] Michel-Kerjan E., Pedel B. Op. cit. P. 148.

до 2 миллиардов евро[651]. Распределение рисков в *GAREAT* происходит следующим образом: первый уровень – 30 %, второй – 50 %, третий – 10 %, на государство (на четвертом уровне) возлагается почти 10 %.

GAREAT покрывает довольно обширный перечень рисков, тем не менее есть некоторые ограничения, которые необходимо учитывать. Так, страховой случай должен произойти на территории Франции[652]. Механизм возмещения, предусмотренный *GAREAT*, возможно использовать лишь тогда, когда страховая сумма по договору страхования превышает 6 млн евро.

Стоит отметить, что вклад страховщиков в пул не зависит от местонахождения застрахованного имущества или характера последствий риска, а связан со страховой суммой по конкретным договорам страхования. Чем выше страховая сумма, тем больше размер вклада, который должен внести страховщик.

Одним из существенных недостатков, не позволяющим применять в полной мере рыночные механизмы при организации страхования на случай теракта, критики называют низкое собственное удержание (в среднем всего 4 млн евро на страховщика), что не создает стимулов для частного перестрахования[653].

Как и во многих других государствах, в Германии риски террористических атак были включены в договоры страхования, которые заключались для осуществления полноценной коммерческой деятельности. После 11 сентября большинство страховщиков отказались предоставлять услуги по страхованию на случай теракта. После затяжных переговоров между Правительством ФРГ и Германским союзом страховщиков (Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft) в 2002 г. было создано акционерное общество *EXTREMUS Versicherungs-AG*, призванное разрешить

---

[651] Для сравнения: емкость Российского антитеррористического страхового пула составляет 240 млн долл. См.: http://www.ratsp.ru [Электронный ресурс] (дата обращения: 24.09.2020).
[652] Включая заморские территории Франции.
[653] Tomas J. Op. cit. P. 86.

проблемы страховой отрасли[654]. Участниками такого юридического лица являются страховые компании и перестраховщики. С 1 марта 2004 г. годовая емкость покрытия, обеспечиваемая тремя уровнями системы распределения рисков, была ограничена 10 млрд евро. Ответственность *EXTREMUS* и акционеров ограничена в связи с организационно-правовой формой акционерного общества. Следовательно, если совокупные убытки за 1 год, причиной которых был теракт, превысят 10 млрд евро, вероятно, *EXTREMUS* должен заявить о несостоятельности[655].

Участники *EXTREMUS* обеспечивают покрытие на первом уровне. На втором основная нагрузка ложится на международных перестраховщиков. На последнем уровне государство берет на себя обязанности перестраховщика. В отличие от французского подхода, в котором обязанность по возмещению не ограничена, немецкая модель предполагает существенные лимиты, сопряженные с бюджетными правилами[656]. Доходы от страховых операций распределяется между участниками *EXTREMUS*, включая государство.

Страхование на случай теракта не является обязательным в Германии. *EXTREMUS* покрывает риски, связанные с причинением вреда зданиям, сооружениям или земельным участкам, оборудованию, используемым для коммерческой деятельности, а также убытки от прерывания коммерческой деятельности. Для того чтобы механизм страхования, предусмотренный *EXTREMUS*, был реализован, необходимо выполнение некоторых условий. Террористический акт и возникшие в результате убытки должны быть локализованы на территории Германии. Помимо прочего, страховая сумма по договору страхования должна превышать 25 млн евро. При этом каждый страхователь обязан выбрать ежегодную страховую выплату на случай причинения вреда террористической атакой в пределах 1,5 млрд евро. Когда размер ущерба значительно больше, страхователь может рассчитывать лишь

---

[654] Gas B., Thomann C. Wer trägt das Terrorrisiko? Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft. Vol. 92. 2003. S. 697 – 723.

[655] Ibidem.

[656] Так, правительству запрещается брать на себя неограниченные обязательства (см.: Michel-Kerjan E., Pedel B. Op. cit. P. 151).

на частичное покрытие риска. Таким образом, страховая премия зависит от двух показателей: общей страховой суммы и размера страховой выплаты (до 1,5 млрд евро)[657]. Как и во Франции, премии не различаются в зависимости от местоположения застрахованного имущества и характера последствий риска.

В США наблюдается довольно любопытный подход. С одной стороны, действует Акт о доступе жертв терроризма к компенсации 2002 г. (Terrorism Victim's Access to Compensation Act of 2002), в котором предусмотрено право потерпевших требовать возмещения вреда из заблокированных в США активов государств – спонсоров терроризма[658]. С другой – эта сфера также регулируется Актом о страховании рисков от терроризма 2002 г. (Terrorism Risk Insurance Act 2002 (TRIA))[659], представляющий собой уникальную модель партнерства государства и частных страховщиков. После принятия в *TRIA* вносились незначительные изменения (в 2007 г. покрытие было распространено на внутренний терроризм). Несмотря на эти обстоятельства, первоначальный подход главным образом сохранился.

Итак, принцип работы *TRIA* напоминает перестрахование, тем не менее перестраховщиком (государством) не взымаются *ex ante* премии и не формируются резервы. В соответствии с *TRIA* страхование на случай причинения вреда терактом не является обязательным, однако на страховщиков возложена обязанность предлагать такое покрытие всякий раз, когда заключаются договоры страхования на случай причинения вреда зданиям, сооружениям или земельным участкам, используемым для коммерческой деятельности, а также прерывания коммерческой деятельности[660].

---

[657] Michel-Kerjan E., Pedel B. Op. cit. P. 152 - 153.

[658] Скловский К. И., Смирнова М. Б. О возмещении вреда, причиненного в результате террористической акции // Хозяйство и право. № 6. 2003.

[659] Terrorism Risk Insurance Act (TRIA) [Электронный ресурс]. URL: https://www.treasury.gov/resource-center/fin-mkts/Documents/hr3210.pdf (дата обращения: 24.09.2020).

[660] Tomas J. Op. cit. P. 81 - 82.

Существует несколько условий, чтобы получить страховую защиту по *TRIA*. Так, необходимо признание террористического акта как такового министром финансов после консультации с министром внутренней безопасности. В соответствии с § 102(1) TRIA страховая сумма по договору страхования должна превышать 5 млн долл. Дальнейший порядок более сложный.

Страховщик вправе рассчитывать на какую-либо поддержку по программе в ситуациях, когда убытки от страхового случая превышают 100 млн долл. К 2020 г. такой показатель составил 200 млн долл. При этом размер «собственного удержания» страховщика составляет 20 % от полученных за предыдущий год страховых премий[661]. После покрытия 20 % страховщикам возмещается государством 85 % от страховых сумм по договорам страхования (в 2020 г. эта планка снизилась до 80 %)[662].

Государство возмещает свои затраты *ex post*. Так, Министерство финансов США разрабатывает проект о наложении дополнительных сборов с заключаемых договоров имущественного страхования, чтобы получить 140 % разницы между предоставленным возмещением и «собственным удержанием» страховщика[663].

Для описания такого подхода термин «перестрахование» в литературе признается не точным. Скорее, речь идет о государственной поддержке или содействии[664], поскольку значительная часть риска остается у страховщиков. Как уже было отмечено, в отличие от перестрахования государство не взимает никаких страховых премий *ex ante*; в этом случае иррелевантно положение о вероятности рисков и потенциальных убытках.

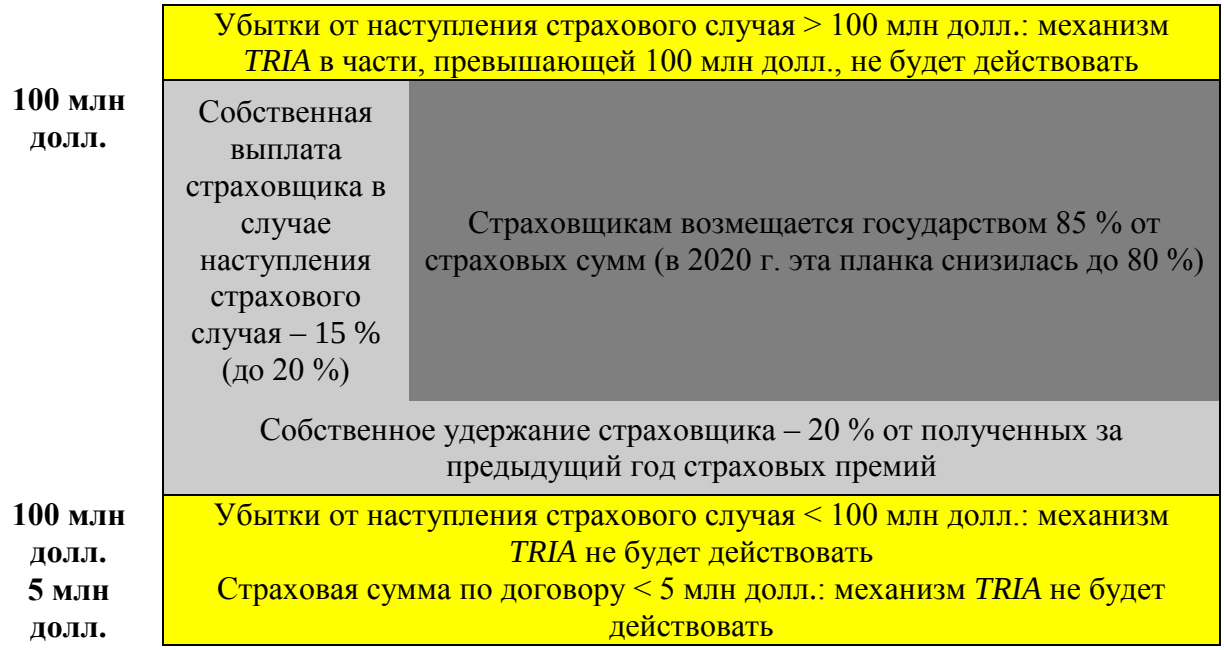
TRIA обладает множеством преимуществ по сравнению с известными альтернативами. Благодаря поддержке государства страховщики предлагают услуги по страхованию на случай причинения вреда терактом. Тем не менее

---

[661] См.: § 103(e)(2)(B)(i) and § 102(7) *TRIA*.
[662] См.: § 103(e)(1)(A) *TRIA*.
[663] Tomas J. Op. cit. P. 82.
[664] Используется термин *Backstop* (см.: Tomas J. Op. cit. P. 82).

размеры «собственного удержания», а также возможное увеличение государственных сборов побуждают страховые организации обращаться к инструментам частного перестрахования, что стимулирует рыночное ценообразование.

Механизм *TRIA* возможно изобразить следующим образом[665]:



Данное графическое изображение дает представление о структуре *TRIA*, тем не менее необходимо учитывать, что к 2020 г. пороговый показатель изменился до 200 млн долл., тогда как «собственное удержание» страховщиков составляет 20 %.

Однако даже малейшее государственное вмешательство некоторыми учеными воспринимается негативно. Считается, что со временем частный рынок страхования самостоятельно сможет решить проблему страхования на случай теракта[666].

В одном из известных учебников по страхованию определены четыре идеальных элемента страхуемого риска[667]. Во-первых, необходимо достаточно большое количество страхователей, чтобы проанализировать

---

[665] Источник: Congressional Research Service, adapted from Congressional Budget Office, Federal Reinsurance for Terrorism Risks: Issues in Reauthorization, August 1, 2007. P. 12.

[666] Gron A., Sykes A. Terrorism and Insurance Markets: A Role for the Government as Insurer? // Indiana Law Review. Vol. 36. 2003. P. 447; Levmore S., Logue K. Insuring Against Terrorism – and Crime // Michigan Law Review. Vol. 102. 2003. P. 268, 296-306; Rhee R. Terrorism Risk in a Post-9/11 Economy: The Convergence of Capital Markets, Insurance and Government Action // Arizona State Law Journal. Vol. 37. 2005. P. 435.

[667] Vaughan E., Vaughan T. Fundamentals of Risk and Insurance. Hoboken, NJ. John Wiley & Sons. 2003. P. 41.

вероятность возникновения убытков. Во-вторых, убытки должны быть определенными и измеримыми. В-третьих, признак случайности страхового риска. В-четвертых, убытки от страхового случая не должны быть катастрофическими (т.е. отсутствует вероятность того, что в одно и то же время многие риски реализуются). Террористический риск удовлетворяет лишь второму и – при некоторых обстоятельствах – четвертому критериям. Террористические акты являются преднамеренными, а не случайными[668], следовательно, прогнозировать поведение террористов весьма тяжело. Зачастую терроризм обусловлен различными культурными, идеологическими, религиозными факторами. Наконец, данные о террористической деятельности не всегда доступны из-за соображений национальной безопасности[669]. Более того, специалисты в области поведенческой экономики признали ограниченность своих моделей для анализа террористических рисков[670].

По причине того, что терроризм настолько непредсказуем и может привести к катастрофическим убыткам, страховым организациям весьма непросто определить размеры страховой суммы, премии, равно как и страховых резервов. Вследствие этого требуется государственное присутствие, чтобы избежать провала рынка.

Впрочем, существуют примеры, в которых механизм страхования на случай теракта сформировался без участия государства. Так, в Австрии страховой пул образовался без государственной поддержки[671]. При этом сумма страхового покрытия доступная через пул составляет всего 200 млн евро, т.е. по 5 млн евро на каждого страховщика[672]. Такие показатели составляют всего 1 % от механизма, предусмотренного *TRIA*. Это еще раз

[668] Tomas J. Op. cit. P. 84.
[669] Ibidem.
[670] Willis H., Al-Shahery O. National Security Perspectives on Terrorism Risk Insurance in the United States. Santa Monica. CA: RAND Corporation. 2014. P. 12.
[671] Tomas J. Op. cit. P. 86.
[672] Ibidem.

подтверждает, что страховщики не желают принимать на себя катастрофические террористические риски без поддержки государства[673].

Россия также относится к числу стран, в которых государство не принимает участия в механизме страхования на случай теракта. В декабре 2001 г. в России шестью крупнейшими российскими страховыми компаниями был создан страховой пул Российский антитеррористический страховой пул (РАТСП), к 2020 г. общая емкость пула составила 240 млн долл., по 11 млн на каждого участника.

По нашему мнению, механизм страхования, существующий в США, как стимулирует рыночное ценообразование, так и способствует наилучшей защите потенциальных потерпевших. Несмотря на то что некоторые ученые настроены против государственного вмешательства, как показывает опыт Австрии и России, общая емкость пула в таких случаях весьма недостаточна. Ввиду существенных собственных удержаний и вероятных сборов программа *TRIA* способствует разработке все новых поведенческих моделей, практик андеррайтинга, а также перестрахованию, позволяет учитывать локализацию риска, чего невозможно добиться ни в рамках *GAREAT*, ни в *EXTREMUS*[674]. Другой особенностью механизма страхования представляется использование схемы с *ex post* возмещением вероятных выплат по *TRIA*, что позволяет отвлечься от сложных процессов предсказания и анализа террористических рисков.

Проанализировав разные подходы к страхованию на случай причинения вреда террористическим актом, можно помыслить несколько вариантов для страховой схемы возмещения вреда, причиненного при пресечении теракта.

Один вариант заключается в том, чтобы осуществлять страхование террористических и контртеррористические рисков в рамках одного

---

[673] Zager T. Note, Terrorism Coverage and the United States Insurance Industry: An International Inquiry in Search of a Long-Term Solution // Drake Law Review. Vol. 53. 2005. P. 545.

[674] К примеру, страховая премия будет выше в центре города, нежели в районе, где плотность населения низкая (см.: Michel-Kerjan E., Pedel B. Op. cit. P. 165).

механизма[675], как это сделано в Израиле. Действительно, если за основу взять четыре вышеперечисленных элемента, можно обратить внимание на схожесть указанных рисков. Контртеррористический риск удовлетворяет лишь второму критерию об определенности и измеримости убытков. При данных обстоятельствах от государства потребуется создать определенный механизм поддержки РАТСП, чтобы стимулировать развитие страхового рынка.

Для квалификации события в качестве страхового случая необходимо наличие не только вреда, но и решения о проведении контртеррористической операции.

В качестве альтернативы возможно создать с помощью крупнейших российских страховщиков параллельный механизм страхования на случай причинения вреда при пресечении террористического акта. Но такое решение вызывает оправданные сомнения из-за высоких административных издержек.

Таким образом, в рамках реализации первого подхода необходимо учитывать уникальный опыт США.

3.4. Выводы к главе 3

Основные проблемы определения размера возмещения возникают в нескольких сферах. Первая категория дел связана с возмещением вреда, причиненного при пресечении террористического акта. В качестве решений возможно использовать два пути. Первый подход состоит в том, чтобы различать компенсацию по ФЗ № 35 и само возмещение вреда. Следовательно, потерпевший вправе рассчитывать не только на компенсацию, но и на возмещение вреда по правилам о крайней необходимости. Ведь ясно, что причинение вреда при пресечении террористического акта обусловлено чрезвычайным характером.

---

[675] Интересно, что в рамках жилищного страхования в городе Москве страховым случаем признается как повреждение или уничтожение застрахованного жилого помещения в результате пожара, так и причинение вреда при проведении правомерных действий по ликвидации пожара (см.: Положение о системе страхования в городе Москве жилых помещений, утвержденного постановлением Правительства Москвы от 01.10.2002 № 821-ПП «О мерах по дальнейшему развитию страхования жилых помещений в городе Москве» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. № 47. Октябрь. 2002).

Второй подход связан с совершенствованием механизма страхования на случай причинения вреда при пресечении теракта. Риски, связанные с причинением вреда при контртеррористической операции схожи с рисками, сопряженными с терактом. В связи с этим мы проанализировали опыт зарубежных государств в сфере организации страхования от терактов. В частности программы Франции, Германии, США, Австрии. Подход США, по нашему мнению, представляется наиболее удовлетворительным, следует учесть его при совершенствовании российской модели страхования.

Вторая категория дел связана с изъятием земельных участков для государственных и публичных нужд. Отказ в возмещении вреда или недостаточный размер возмещения с точки зрения эффективности создают ряд трудностей. Более того, в рамках общего порядка изъятия существует излишнее количество органов, управомоченных принимать решения об изъятии. Зачастую определение размера возмещения за изъятие в специальном законодательстве не соответствует нормам ЗК РФ, что ухудшает положение потерпевших.

Удивительным образом складывается практика по возмещению вреда, причиненного при оказании услуг по ценам, регулируемым государством. Так, суды приходят к разным результатам в зависимости от цены иска, несмотря на то что ссылаются на одну и ту же норму ГК РФ в мотивировочной части решения. Безусловно, такую ситуацию нельзя признать удовлетворительной.

Заключение

Настоящее исследование иллюстрирует эффективность избранной методологии и позволяет обосновать положения, вынесенные на защиту.

На базе весьма обширного количества источников европейкой доктрины и практики были проанализированы различные теории противоправности. Определить содержание противоправности представлялось необходимым для установления противоположного понятия правомерности.

Субъективная теория заключается в том, что любое вредоносное поведение само по себе является противоправным, а делинквент должен доказать законные основания для причинения вреда. Акцент теории делается на обстоятельствах, исключающих противоправность. В европейской доктрине существует два направления субъективной теории, когда противоправность определяется (1) либо по поведению причинителя вреда (Ф. Ренсинг), либо (2) по результату (Б. Габриэль, М. Гмюр). Тем не менее субъективная теория подвергается жесточайшей критике, поскольку исходит из принципа «что не разрешено – запрещено».

В основе объективной теории противоправности лежит принцип – «разрешено все, что не запрещено». Противоправность как необходимое условие деликтной ответственности возникает, когда делинквент нарушает какое-либо абсолютное право потерпевшего (противоправность результата), либо предписание нормы (противоправность поведения). Выявлено, что оба подхода обладают доктринальными противоречиями.

В рамках исследования проанализированы компромиссные теории Н. Янсена и Х. Коциоля. Последний попытался создать всеобъемлющую концепцию противоправности, которая сочетала бы противоправность результата и противоправность поведения. Так, Х. Коциоль предложил определять противоправность в три этапа. Было доказано, что такая позиция не лишена недостатков. Складывается впечатление, что основная цель ученого заключалась в том, чтобы вместо всеобъемлющей концепции

обосновать субъективный стандарт вины и укрепить в науке спорную концепцию противоправности поведения.

Н. Янсен усовершенствовал теорию противоправности результата, освободив ее от главного недостатка, связанного со «слепым» причинным процессом.

Последний этап развития теорий противоправности связан с современными воззрениями. Рассмотрен подход, определяющий противоправность как нарушение должной осмотрительности. Указано, что он сформировался благодаря влиянию французского и английского права. При применении такой концепции непросто различить вину и противоправность. Более того, возникают резонные сомнения относительно выделения противоправности в качестве отличного от вины условия деликтной ответственности.

Наиболее любопытной и подходящей для применения надлежит считать теорию противоправности М. Картье. Суть ее заключается в том, что противоправность представляет собой результат сопоставления судьей интересов причинителя вреда, потерпевшего и всего общества. Принимаются во внимание три группы интересов: (1) интерес потерпевшего к безопасности, (2) интерес причинителя вреда к свободе действий и (3) общественные интересы. Концепция М. Картье позволяет достичь максимальной гибкости при привлечении к ответственности, решает проблемы с обоснованием возмещения чисто экономических убытков.

В качестве основы наших рассуждений мы использовали теорию М. Картье, а также усовершенствованную концепцию противоправности результата Н. Янсена, так как при описании интересов потерпевшего к безопасности надлежит установить вид нарушенного блага, с чем прекрасно справляется концепция Н. Янсена.

Применив подход М. Картье к анализу обязательств из причинения вреда правомерными действиями, мы обнаружили, что каких-либо оснований для выделения такой категории в рубрику *sui generis* нет, поскольку

противоправность в теории интересов непосредственно связана с возмещением вреда. В свою очередь, возмещение вреда представляет собой акт принуждения, который обусловлен противоправностью, тогда как правомерное поведение подразумевает противоположное поведение, т.е. такое, при котором акт принуждения не наступает.

Попытки выявить этико-правовые основания для выделения обязательств по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, также не дали результата. Напротив, указание на особую правовую природу таких обязательств порождает практические проблемы, например, отклонение от принципа полного возмещения при причинении вреда в ходе контртеррористической операции. Это положение дел нельзя признать удовлетворительным. С точки зрения эффективности и на примере изъятия земельных участков для государственных нужд мы проиллюстрировали негативные результаты государственного вмешательства без предоставления возмещения.

Очевидно, что проблемы полного возмещения не всегда решаются с помощью деликтного механизма. По этой причине мы проанализировали страховую схему возмещения вреда, причиненного при теракте. Риски, сопряженные с террористическим актом, схожи с рисками, связанными с проведением контртеррористической операции. Изучив опыт зарубежных государств, мы пришли к выводу о том, что наиболее развита программа, действующая в США. Это обстоятельство необходимо учитывать при совершенствовании российского законодательства в данной сфере.

Список литературы

1. Правовые акты и судебная практика

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020).
2. Федеральный конституционный закон от 21.03.2014 № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов – Республики Крым и города федерального значения Севастополя» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 12. Ст. 1201.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. 28.04.2020) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.
5. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.01.2001 № 136-ФЗ (ред. от 31.07.2020, с изм. и доп., вступ. в силу с 28.08.2020) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.
6. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 20.07.2020) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.
7. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.
8. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 08.06.2020) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.
9. Федеральный закон от 05.04.2013 № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к

субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 14. Ст. 1651.

10. Федеральный Закон Российской Федерации от 27.11.1992 № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» // Российская газета. № 6. 12.01.1993.

11. Федеральный закон от 01.12.2007 № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Параолимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2007. № 49. Ст. 6071.

12. Указ Президента РФ от 16.08.2004 № 1082 «Вопросы Министерства обороны Российской Федерации» (ред. от 02.08.2019) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 34. Ст. 3538.

13. Указ Президента РФ от 31.12.2017 № 651 «Вопросы Главного управления специальных программ Президента Российской Федерации» (вместе с «Положением о Главном управлении специальных программ Президента Российской Федерации») (ред. от 25.12.2018) // Собрание законодательства РФ. 2018. № 1 (ч. 1). Ст. 324.

14. Указ Президента РФ от 11.08.2003 № 960 «Вопросы Федеральной службы безопасности Российской Федерации» (ред. от 03.07.2018) // Собрание законодательства РФ. 2003. № 33. Ст. 3254.

15. Указ Президента РФ от 07.08.2004 № 1013 «Вопросы Федеральной службы охраны Российской Федерации» (ред. от 27.02.2018) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 32. Ст. 3314.

16. Постановление Правительства РФ от 26.05.2006 № 310 «Об отчуждении животных и изъятии продуктов животноводства при

ликвидации очагов особо опасных болезней животных» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 23. Ст. 2502.

17. Постановление Правительства РФ от 05.06.2008 № 432 «О Федеральном агентстве по управлению государственным имуществом» (ред. от 29.06.2019) // Собрание законодательства РФ. 2008. № 23. Ст. 2721.
18. Постановление Правительства РФ от 02.06.2008 № 418 «О Министерстве цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации» (ред. от 06.02.2020) // Собрание законодательства РФ. 2008. № 23. Ст. 2708.
19. Постановление Правительства РФ от 28.05.2008 г. № 400 «О Министерстве энергетики Российской Федерации» (ред. от 23.11.2019) // Собрание законодательства РФ. 2008. № 22. Ст. 2577.
20. Постановление Правительства РФ от 11.11.2015 № 1219 «Об утверждении Положения о Министерстве природных ресурсов и экологии Российской Федерации и об изменении и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» (ред. от 24.01.2020) // Собрание законодательства РФ. 2015. № 47. Ст. 6586.
21. Постановление Правительства РФ от 30.06.2012 № 664 «О Министерстве Российской Федерации по развитию Дальнего Востока и Арктики» (вместе с «Положением о Министерстве Российской Федерации по развитию Дальнего Востока и Арктики») (ред. от 20.04.2019) // Собрание законодательства РФ. 2012. № 28. Ст. 3898.
22. Постановление Правительства РФ от 17.06.2004 № 293 «Об утверждении Положения о Федеральном агентстве по недропользованию» (ред. от 07.07.2016) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 26. Ст. 2669.
23. Постановления Правительства РФ от 30.07.2004 № 397 «Об утверждении Положения о Федеральном агентстве железнодорожного

транспорта» (ред. от 23.04.2019) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 32. Ст. 3344.

24. Постановление Правительства РФ от 23.07.2004 г. № 374 «Об утверждении Положения о Федеральном дорожном агентстве» (ред. от 13.11.2019) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 31. Ст. 3264.
25. Постановление Правительства РФ от 06.05.2015 № 442 «Об утверждении перечня организаций, имеющих право на обращение с ходатайствами об изъятии земельных участков для федеральных нужд» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 19. Ст. 2841.
26. Постановление Правительства от 28.12.2019 № 1928 «Об утверждении правила предоставления межбюджетных трансфертов из федерального бюджета, источником финансового обеспечения которых являются бюджетные ассигнования резервного фонда Правительства Российской Федерации, бюджетам субъектов Российской Федерации на финансовое обеспечение отдельных мер по ликвидации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, осуществления компенсационных выплат физическим и юридическим лицам, которым был причинен ущерб в результате террористического акта, и возмещения вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями» // Собрание законодательства РФ. 2020. № 1 (ч. 2). Ст. 106.
27. Постановление Правительства Российской Федерации от 15.02.2014 № 110 «О выделении бюджетных ассигнований из резервного фонда Правительства Российской Федерации по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций и последствий стихийных бедствий» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 8. Ст. 809.
28. Закон Республики Крым от 30.12.2016 № 345-ЗРК «Об особенностях регулирования в Республике Крым отдельных имущественных отношений» [Электронный ресурс]. URL: http://www.pravo.gov.ru.

29. Закон Республики Крым от 31.07.2014 № 38-ЗРК «Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым» [Электронный ресурс]. URL: http://www.pravo.gov.ru.

30. Положение о системе страхования в городе Москве жилых помещений, утвержденное постановлением Правительства Москвы от 01.10.2002 № 821-ПП «О мерах по дальнейшему развитию страхования жилых помещений в городе Москве» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2002. № 47. Окт.

31. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11.02.2019 № 9-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 13 Федерального закона «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с жалобами граждан А.К. Качковского и А.Г. Федосова» // Собрание законодательства РФ. 2019. № 7 (ч. 2). Ст. 712.

32. Постановление Конституционного Суда РФ от 07.11.2017 № 26-П «По делу о проверке конституционности положений абзаца первого части 2 статьи 2, абзаца третьего части 1 и части 3 статьи 2-1 Закона Республики Крым «Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым» в связи с жалобами обществ с ограниченной ответственностью «Дайвинг-Центр», «Соляриус», «Промхолдинг» и «Формат-ИТ»» // Собрание законодательства РФ. 2017. № 47. Ст. 7049.

33. Постановление Конституционного Суда РФ от 08.07.2021 № 33-П «по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 242 и пункта 2 статьи 1083 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с

жалобой общества с ограниченной ответственностью «Комплекс»» // Собрание законодательства РФ. 19.07.2021. № 29. Ст. 5751.

34. Определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2005 № 523-О «По жалобе граждан Бурбан Елены Леонидовны, Жирова Олега Александровича, Миловидова Дмитрия Эдуардовича, Миловидовой Ольги Владимировны и Старковой Тамары Михайловны на нарушение их конституционных прав положениями статьи 17 Федерального закона «О борьбе с терроризмом»» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 12. Ст. 1326.

35. Определение Конституционного Суда РФ от 19.05.2009 № 816-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шевченко Андрея Александровича на нарушение его конституционных прав абзацем вторым пункта 2 статьи 1083 и абзацем вторым статьи 1100 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 42. Ст. 4970.

36. Постановление Европейского Суда от 08.01.2004 по делу «Айдер и другие против Турции» (*Ayder and Others v. Turkey*), жалоба № 23656/94.

37. Постановление Европейского Суда от 20.12.2011 по делу «Финогенов и другие против Российской Федерации» (*Finogenov and others v. Russian Federation*), жалобы № 18299/03 и № 27311/03.

38. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2003 № 23 «О судебном решении» (с изм., внесенными Постановлением Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

39. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 3.

40. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

41. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // Российская газета. 1995. № 29. 8 фев.

42. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.11.2015 № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 1.

43. Определение Верховного Суда РФ от 26.07.2016 № 18-КГ16-69.

44. Определение Верховного Суда РФ от 03.11.2015 № 25-КГ15-9.

45. Определение Верховного суда РФ от 26.05.2020 № 5-КГ20-32.

46. Определение Верховного Суда РФ от 12.12.2018 № 127-АПГ18-12.

47. Определение Верховного Суда РФ от 02.06.2020 № 23-КГ20-4, 2-2131/2018.

48. Определение Пятого кассационного суда общей юрисдикции от 22.01.2020 № 88-625/2020.

49. Апелляционное определение Московского городского суда от 16.01.2019 № 33-1644/2019.

50. Определение Московского городского суда от 17.12.2018 № 4г/8-13164/2018.

51. Определение Московского городского суда от 27.11.2018 № 4г/8-16095.

52. Апелляционное определение Московского городского суда от 20.09.2018 № 33-41403/2018.

53. Определение Московского городского суда от 10.09.2018 № 4г/8-12057/2018.

54. Апелляционное определение Московского городского суда от 24.08.2018 № 33-36865/2018.

55. Апелляционное определение Московского городского суда от 18.12.2017 № 33-52049/2017.

56. Апелляционное определение Московского городского суда от 16.08.2016 № 33-31359.

57. Апелляционное определение Московского городского суда от 16.08.2016 № 33-31359.

58. Кассационное определение Верховного суда Карачаево-Черкесской Республики от 01.09.2010 № 33-562/2010.

59. Апелляционное определение Верховного суда Кабардино-Балкарской Республики от 11.11.2015 № 33-1330/2015.

60. Апелляционное определение Московского городского суда от 22.04.2016 № 33-14099/2016.

61. Апелляционное определение Московского городского суда от 24.05.2018 № 33-22894.

62. Апелляционное определение Московского городского суда от 26.06.2018 № 33-27163/18.

63. Апелляционное определение Московского городского суда от 12.06.2019 № 33-30867.

64. Апелляционное определение Московского городского суда от 26.10.2018 № 33-44-37.

65. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.06.2010 № КГ-А40/4471-11-П.

66. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.12.2017 № Ф05-14740/2017 по делу № А40-15466/2017.

67. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.12.2018 № Ф05-21486/2018 по делу № А40-54604/2018.

68. Определение Санкт-Петербургского городского суда от 27.03.2018 № 33-5215/2018.

69. Определение Санкт-Петербургского городского суда от 17.02.2015 № 33-2012/2015.

70. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27.02.2013 № А29-6328/2011.

71. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.06.2016 № Ф03-2108/2016.

72. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 02.03.2016 № Ф03-306/2016.

73. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 08.06.2016 № Ф03-2108/2016.

74. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 02.03.2016 № Ф03-306/2016.

75. Апелляционное определение Нальчикского городского суда от 28.05.2020 № 33-673/2020.

76. Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 04.04.2017 № 33-15/2017.

77. Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 18.02.2015 № 33-1583/2015, А-57.

78. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14.05.2015 № А32-22720/2013.

79. Постановление Пятнадцатого ААС от 29.04.2013 № 15АП-3141/2013.
80. Постановление Одиннадцатого ААС от 20.02.2007 № А55-14512/2006.
81. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.03.2010 № А56-46309/2007.

2. Диссертации

82. Гербутов В.С. Понятие и формы обогащения в кондикционных обязательствах: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Виктор Станиславович Гербутов. М., 2014. 184 с.
83. Гинц Е.М. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями государственных органов: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Евгения Михайловна Гинц. М., 2014. 153 с.
84. Карманова Е.В. Обязательства вследствие причинения вреда правомерными действиями в Российском гражданском праве: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Карманова Екатерина Васильевна. М., 2012. 198 с.
85. Михайлов В. С. Причинно-следственная связь как условие деликтной ответственности: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03 / Владимир Сергеевич Михойлов. М., 2021. 239 с.

3. Литература

86. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР. 1940.
87. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012.
88. Алексеев С.С. О составе гражданского правонарушения // Правоведение. 1958. № 1.
89. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. 1: Введение и общая часть. Изд. 2-е, пересмотр. и доп. СПб., 1899.

90. Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1952.

91. Антимонов Б.С. Значение вины потерпевшего при гражданском правонарушении. М.: Госюриздат, 1950.

92. Аристотель. Сочинения: В 4 т. Т. 1 / Академия Наук СССР; Институт философии. М.: Мысль, 1976.

93. Архипова А.Г. Противоправный интерес в страховании // Актуальные проблемы международного частного, гражданского права и арбитража: сборник научных трудов. М.: МГИМО-Университет, 2018.

94. Баринов А.С. Проблемы определения юридической ответственности // История государства и права. 2007. № 4.

95. Белов В.А. Гражданское право. Т. IV: Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2015.

96. Белов В.А. К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора // Вестник гражданского права. 2007. № 4.

97. Белов В.А. Что такое предвидимость? // Закон. 2019. № 3.

98. Белякова А.М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда (теория и практика). М.: Изд-во Моск. ун-та, 1986.

99. Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало гражданско-правовой ответственности в российском и зарубежном праве: монография. Москва: Проспект, 2013.

100. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М.: Юрид. лит., 1976.

101. «Выплат от государства недостаточно, чтобы продолжить жить нормально»: В России могут ввести обязательное страхование от

террористических актов // Коммерсант [Электронный ресурс]. URL: https://www.kommersant.ru/doc/2944754.

102. Венецианов М.В. Экспроприация с точки зрения гражданского права // Вестник гражданского права. 2014. № 6.

103. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть (лекции, читанные в Московском Университете) М.: Литография Общ. распр. п. кн., 1897 – 1898.

104. Голевинский В.И. О происхождении и делении обязательств. Ч. 1 // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 2.

105. Горенберг М.Б. Принцип гражданской ответственности за вред и убытки, причиненные недозволенными действиями // Юридическая литература. 1902. № 8–9.

106. Гражданское право: В 4 т. Т. 4: Обязательственное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006.

107. Гражданское право: учебник: В 3 т. Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2019.

108. Гражданское право: учебник: В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2019.

109. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. М.: Статут, 2001.

110. Дождев Д.В. Римское частное право. 3-е изд. / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016.

111. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения (часть вторая) // Вестник гражданского права. 2017. № 5.

112. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения (часть первая) // Вестник гражданского права. 2017. № 4.

113. Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. Л.: Изд-во Ленингр. гос. ун-та им. А. А. Жданова, 1951.

114. Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975.

115. Иоффе О.С. Юридические нормы и человеческие поступки // Актуальные вопросы советского гражданского права. М.: Юрид. лит., 1964.

116. Кабатова Е.В. Деликты в международном частном праве // Государство и право. 1992. № 9.

117. Карапетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М.: Статут, 2011.

118. Кашников Б.Н. Концепция общей справедливости Аристотеля: Опыт реконструкции // Этическая мысль. Вып. 2. М.: ИФРАН, 2001.

119. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / Пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лёзова. СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015.

120. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

121. Концепция реформирования главы 48 Гражданского Кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2019/12/Концепция-глава-48-ГК-РФ-проект-231219-1.pdf.

122. Кофман В.И. Соотношение вины и противоправности в гражданском праве // Правоведение. 1957. № 1.

123. Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005.

124. Красавчикова Л.О. Вопросы компенсации пострадавшим в результате террористических актов в свете практики Конституционного Суда РФ // Закон. 2006. № 11.

125. Курницкая А.В. Изъятие земельных участков при строительстве олимпийских объектов в городе Сочи как вид ограничения прав на землю // Петербургский юрист. 2014. № 1.

126. Лашков Н.С. Строгая ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Проблема выбора между правилами и стандартами // Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. Т. 2 / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. М., 2018.

127. Лисаченко А.В. Компенсация ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов и органов местного самоуправления: практика применения и научное осмысление // Российский юридический журнал. 2017. № 4.

128. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010.

129. Малеин Н.С. Возмещение вреда, причиненного в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости // Советская юстиция. 1964. № 20.

130. Маркелова А.А. Соотношение вины и противоправности в деликтах государства // Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. Т. 2 / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. М., 2018.

131. Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев: Изд-во Киев. ун-та, 1955.

132. Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970.

133. Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2004.

134. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По испр. и доп. 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. М.: Статут, 2003.

135. Монастырский Ю.Э. Противоправность как основание присуждения убытков // Закон. 2011. № 11. С. 132.

136. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2018.

137. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательствах. М.: Юрид. лит., 1950.

138. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020.

139. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М.: Статут, 2003.

140. Поветкина Е.Л., Кучин С.А. Изъятие в пользу частного лица: практика Германии и США // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 7.

141. Подшивалов Т.П. Негаторный иск: проблемы теории и практики: монография. М.: Инфотропик Медиа, 2019.

142. Познер Р. Экономический анализ права: В 2 т. Т. 1 / Пер. под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб.: Экономическая школа, 2004.

143. Проди П. История справедливости: от плюрализма форумов к современному дуализму совести и права / Пер. с ит. И. Кушнаревой; пер. с лат. А. Апполонова. М.: Изд-во Института Гайдара, 2017.

144. Райхер В.К. Вопросы ответственности за причинение вреда // Правоведение. 1971. № 5.

145. Рахмилович В.А. О противоправности как основании гражданской ответственности // Советское государство и право. 1964. № 3.

146. Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995.

147. Российское гражданское право: учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. М.: Статут. 2013.

148. Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

149. Скловский К. И. Сделка и ее действие (4-е изд., доп.). Коментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. М.: Статут, 2019.

150. Скловский К.И., Смирнова М.Б. О возмещении вреда, причиненного в результате террористической акции // Хозяйство и право. 2003. № 6.

151. Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие. Л.: ЛГУ, 1983.

152. Степанов С.К. Концепция вреда, причиненного правомерными действиями // Научное обозрение. Сер. 1 «Экономика и право». 2019. № 3–4.

153. Степанов С.К. Современные теории противоправности: швейцарский подход // Вестник гражданского права. № 1, 2021.

154. Стучка П.И. Мой путь и мои ошибки // Советское государство и революция права. 1931. № 5–6 (май – июнь). С. 67–97.

155. Суханов Е.А. Превентивная функция имущественной ответственности // Советское государство и право. 1982. № 6.

156. Теория государства и права: учебник / Отв. ред. А.В. Малько. М.: КНОРУС, 2006.

157. Тон А. Правовая норма и субъективное право. Исследование по общей теории права. Часть первая // Вестник гражданского права. 2010. № 4.

158. Третьяков С.В. К проблеме использования исторической аргументации в цивилистической догматике // Неволин К.А. История российских гражданских законов. Часть первая: Введение и книга первая о союзах семейственных. М.: Статут, 2005 («Классика российской цивилистики»).

159. Третьяков С.В. Проблемы применения марксистской методологии к анализу гражданско-правовой формы // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М.: Статут, 2011.

160. Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // Liber Amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный оборот и право / Сост. и науч. редакторы: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013.

161. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917.

162. Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. 2. М.: Статут. 2015.

163. Флейшиц Е.А. Основные вопросы гражданской ответственности за повреждение здоровья // Ученые записки ВИЮН. Вып. 1. М.: Госюриздат, 1955.

164. Фома Аквинский. Сумма Теологии [Электронный ресурс]. URL: https://azbyka.ru/otechnik/konfessii/summa-teologii-tom-8/20.

165. Хвостов В.М. Система римского права. М.: Юрайт, 2019.

166. Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2 т. Т. 1: Основы. Т. 2: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. М.: Международные отношения, 2010.

167. Шевченко А.С. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями. Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 1989.

168. Шершеневич Г. Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4, включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016.

169. Шиминова М.Я. Компенсация вреда гражданам: гражданско-правовое регулирование. М., 1979.

170. Экономика общественного сектора / Под ред. Л.И. Якобсона, М.Г. Колесницыной. М.: Юрайт, 2014.

171. Экспертное заключение по проекту закона Республики Крым «О внесении изменений в Закон Республики Крым «Об особенностях регулирования имущественных и земельных отношений на территории Республики Крым»» // Вестник гражданского права. 2017. № 2.

172. Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда. М.: Р. Валент, 2007.

173. Яблочков Т.М. Понятие вины в римском праве (черты индивидуализма в учениях римских юристов о вине). М.: Правоведение, 1907.

174. Ягельницкий А.А. Отклонение от принципа полного возмещения убытков, причиненных государством //Закон. 2017. № 10.

175. Ягельницкий А.А. Ответственность за недостоверное заявление. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим

спорам ВС РФ от 11.05.2018 N 306-ЭС17-18368 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 8.

176. Ярошенко К.Б. Защита граждан, пострадавших в результате дорожно-транспортных происшествий (состояние законодательства и перспективы его совершенствования) // Журнал российского права. 2015. № 12(228).

4. Правовые акты и судебная практика зарубежных государств

- **Швейцария**

177. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2020). URL: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html [Электронный ресурс].

178. Schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937. URL: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html [Электронный ресурс].

179. BGE 115 II 15 (18) E. 3a; 82 II 25 (28) E. 1.

180. Решение Федерального суда Швейцарии от 19.10.2010 №2C_834/2009,E. 2.2.

181. Решение Федерального суда Швейцарии от 28.01.1999 № 4C.296/1999, E. 1a.

182. BGE 119 II 127 (128) E. 3; 33 II 564 (568) E. 3.

183. BGE 116 Ib 367, 374 (Erw. 4c).

184. BGE 80 II 26, 39 (Erw. 5a).

185. BGE 118 Ib 473, 476 f. (Erw. 2b).

186. BGE 118 II 502, 506 f. (Erw. 3).

187. BGE 116 Ib 367, 374 (Erw. 4c).

188. BGE 115 II 15, 19 (Erw. 3b).

189. BGE 124 III 297, 300 (Erw. 5b).

190. BGE 106 Ib 357, 362 (Erw. 2c).

191. BGE 94 I 628, 643 (Erw. 5).

192. BGE 102 II 85, 88 (Erw. 5)

193. BGE 113 Ib 420, 423 (Erw. 2).

194. BGE 112 II 118 (128) E. 5e.

195. BGE 116 II 480 (491 f.) E. 5.

196. BGE 97 II 221, 222.

197. BGE 101 Ib 252, 254 ff. (Erw. 2b–d).

198. BGE 102 II 85, 86 (Erw. 4).

199. BGE 121 III 358, 360 (Erw. 4a).

200. BGE 83 IV 84 f.; BGE 61 I 429, 432 f. (Erw.2).

201. BGE68 II 116, 127 (Erw.6).

202. BGE 113 II 429, 432 (Erw. 3a).

203. BGE 111 II 89, 91 (Erw. 1).

204. BGE 104 II 184, 185 f. (Erw. 1).

205. BGE 102 II 364, 368 (Erw. 4).

206. BGE 90 II 9, 13 (Erw. 4).

207. BGE 115 II 283, 287 (Erw. 2a).

208. BGE 119 II 443, 448 (Erw. 2a).

209. BGE 101 II 69, 72 (Erw. 2).

- **Германия**

210. Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/ [Электронный ресурс].

211. Protokolle der Kommission für die zweiye Lesung des Bürgeliches Gesetzbuches 4. Berlin, 1899.

212. BGH JZ 1999, 50.

213. BGH JZ 1999, 48.

214. OLG DüsseldorfVersR 1975, 159.

215. OLG Hamm MDR 1984, 668.

216. RG 29 Apr. 1926, RGZ 113, 301.

217. BGH, 30 Oct. 1984, Vers R 1985, 66.

- **Англия и США**

218. Terrorism Risk Insurance Act (TRIA). URL: https://www.treasury.gov/resource-center/fin-mkts/Documents/hr3210.pdf [Электронный ресурс].

219. Terrorism Risk Insurance: Overview and Issue Analysis for the 116th Congress. Congressional Research Service, 2019.

220. Restatement (Second) of Torts. URL: https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Second-Torts/ [Электронный ресурс].

221. *Armstrong v. Morgan*, 545 S.W.2d 45.

222. *X (Minors) v. Bedforshire County Council* [1995] 2 AC 633.

223. *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* [1987] UKHL 18.

224. *Ploof v. Putnam*, 83 Vt. 494, 76 A. 145, 1910 Vt. LEXIS 220 (Vt. 1910).

225. *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 109 Minn. 456, 124 N.W. 221, 1910 Minn. LEXIS 588 (Minn. 1910).

226. *Jacque v. Steenberg Homes*, 563 N.W. 2d 154 (Wis. 1997).

227. *Majrowski v. Guy's & St Thomas' NHS Trust* [2006] 3 WLR 125.

228. *Armes v. Nottinghamshire CC* [2017] UKSC 60, [91].

229. *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 413 (1922).

230. *Penn Cent. Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978).

5. Зарубежная литература

231. Aebi-Müller R. Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung // Jusletter. 22. September 2014.

232. Bar Ch. Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II: Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe. Lehrbuch/Studienliteratur. München: C.H. Beck, 1999.

233. Baron J., Hershey J. Outcome Bias in Decision Evaluation // Journal of Personality and Social Psychology. 1988. Vol. 54.

234. Beever A.A Theory of Tort Liability. Hart Studies in Private Law. Oxford; Portland; Oregon, 2016.

235. Beever A. Forgotten Justice: The Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory. Oxford: Oxford University Press, 2013.

236. Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. In The Utilitarians. Reprint of 1823 edition. Garden City, N.Y.: Anchor Books, [1789] 1973.

237. Blum W., Kalven H. Public Law Perspectives on a Private Law Problem – Auto Compensation Plans // The University of Chicago Law Review. 1964. Vol. 31(4).

238. Blume L., Rubinfeld D. Compensation for Takings: An Economic Analysis // California Law Review. 1984. Vol. 72.

239. Bosshard E. Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. Zürich, 1988.

240. Burckhardt Chr. Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 1903. Bd. 22.

241. Büren B. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Zürich, 1964.

242. Calabresi G. The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs // Harvard Law Review. 1965. Vol. 78.

243. Calabresi, G. The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

244. Cartier M. Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR. Dissertation der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG) zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft. Nr. 3287. FL, 2007.

245. Chappuis Ch., Werro F. La responsabilité civile: à la croisée des chemins // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 2003. Bd. 122.

246. Clark M. Reconstructing the World Trade Center: An Argument for the Applicability of Personhood Theory to Commercial Property Ownership and Use // Penn State Law Review. 2005. Vol. 109.

247. Coase R. The Firm, the Market, and the Law. Chicago, 1988.

248. Coleman J. The Practice of Corrective Justice // Arizona Law Review. 1995. Vol. 37.

249. Cooter R., Porat A. Does Harm to Self Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict // Journal of Legal Studies. 2000. Vol. 29(1).

250. Cooter R., Ulen T. An Economic Case for Comparative Negligence // New York University Law Review. 1986. Vol. 61.

251. Cooter R., Ulen T. Law and Economics. 6th ed. Berkley Law, 2016.

252. Dam C. European Tort Law. Oxford University Press, 2006.

253. Dharmapala D., Hoffmann S. Bilateral Accidents with Intrinsically Interdependent Costs of Precaution // Journal of Legal Studies. 2005. Vol. 34.

254. Dworkin R. M. The Model of Rules // The University of Chicago Law Review. 1967. Vol. 35.

255. Ehrenzweig A., Ehrenzweig A. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Buch, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, bearbeitet von Mayrhofer Heinrich, 3 Auflage. Wien, 1986.

256. Ehrlich I., Posner R. An Economic Analysis of Leg Rulemaking // The Journal of Legal Studies. 1974. Vol. 3.

257. Elliott C., Quinn F. Tort Law. 8th ed. Longman, 2011.

258. Enneccerus L., Nipperdey H.C. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. 1. Halbband. Tübingen, 1959; 2. Halbband. Tübingen, 1960.

259. Erman W. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 15. Aufl. Köln: Otto Schmidt Verlag, 2017.

260. Faure M. Tort Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics. 2nd ed. 2009.

261. Fee J. Eminent Domain and the Sanctity of Home // Notre Dame Law Review. 2006. Vol. 81.

262. Fellmann W. Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 1987. Bd. 106.

263. Finch E., Fafinski S. Tort law. 3rd ed. LawExpress, 2011.

264. Fleming J. An Introduction to the Law of Torts. 2nd ed. Oxford, 1985.

265. Fleming J. The Law of Torts. 8th ed. Sydney, 1992.

266. Fleming J. The Law of Torts. 9th ed. Syndey: LBC Information Services, 1998.

267. Fried Ch. An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

268. Friedmann D. Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property of the Commission of a Wrong // Columbia Law Review. 1980. Vol. 80.

269. Fuchs M. Deliktsrecht. 7. Aufl. Berlin; Heidelberg, 2009

270. Gabriel B. Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden. Entlebuch, 1987.

271. Gauch P. Der Schätzer und die Dritten // Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand / E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller (Hrsg.). Bern, 2005.

272. Gauch P. Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht // Steinauer. Das Menschenbild im Recht: Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg. Freiburg, 1990.

273. Gauch P. Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts // Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis. 1996. Bd. 14.

274. Gmür M. Inwieweit ist die Übereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar? // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 1903. Bd. 22.

275. Gordley J. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford University Press, 2007.

276. Green L. Tort Law: Public Law in Disguise // Texas Law Review. 1959. Vol. 38.

277. Gron A., Sykes A. Terrorism and Insurance Markets: A Role for the Government as Insurer? // Indiana Law Review. 2003. Vol. 36.

278. Gross J. Schweizerisches Staatshaftungsrecht. 2. Aufl. Bern, 2001.

279. Grotius H. De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur / A cura di B.J.A. De Kanter-Van Hettinga Tromp. Lyon, 1939 (rist. Aalen 1993)

280. Hartwig R. The Fate of TRIA: Is terrorism an insurance risk? // Insurance Information Institute. New York, NY, 2004.

281. Hasse J. Die culpa des römischen Rechts. Bonn, 1938.

282. Hohfeld W. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // Yale Law Journal. 1917. Vol. 26.

283. Honsell H. Schweizerisches Haftpflichtrecht. 4. Aufl. Zürich; Basel; Genf., 2005.

284. Hoppe W., Bonker C., Grotefels S. Öffentliches Baurecht. 4. Aufl. München, 2010.

285. Hylton K. The Economics of Necessity // Journal of Legal Studies. 2012. Vol. 41.

286. Jaffee D., Russel T. Markets under Stress: The case of extreme event insurance // Economics for an Imperfect World: Essays in Honor of Joseph

Stiglitz / R. Arnott, B. Greenwald, R. Kanbur and B. Nalebuff (eds.). Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

287. Jansen N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB // Archiv für die civilistische Praxis. 2002. Bd. 202.

288. Jaun M. Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung: Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen. Bern, 2007.

289. Kamin K., Rachlinski J. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight // Law and Human Behavior. 1995. Vol. 19.

290. Känzig E. Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit. Bern, 1939.

291. Kaplow L., Shavell S. The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle // American Law and Economics Review. 2000. Vol. 63.

292. Keating G. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents // Southern California Law Review. 2000. Vol. 74.

293. Keller A. Haftpflichtrecht im Privatrecht I. 6. Aufl. Bern, 2002.

294. Keller M., Gabi S., Gabi K. Haftpflichtrecht. 3. Aufl. Basel, 2012.

295. Kornhauser L., Schotter A. An Experimental Study of Single-Actor Accidents // The Journal of Legal Studies. 1990. Vol. 19(1).

296. Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective. Jan Sramek Verlag, 2015.

297. Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Jan Sramek Verlag, 2012.

298. Kramer E. „Reine Vermögensschäden“ als Folge von Stromkabelbeschädigungen // Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis. 1984.

299. Lanz W. Alternativen zur Lehre vom Adäquaten Kausalzusammenhang. Bern; Frankfurt am Main, 1974.

300. Larenz K., Canaris C.-W. Lehrbuch des Schuldrechts. II. Bd.: Besonderer Teil. 2. Halbband. 13. Aufl. München, 1994.

301. Levmore S., Logue K. Insuring Against Terrorism – and Crime // Michigan Law Review. 2003. Vol. 102.

302. Lewinsohn-Zamir D. Taking Outcomes Seriously // Utah Law Review. 2012. Vol. 2.

303. Luppi B., Parisi F., Pi D. Double-edged torts // International Review of Law and Economics. 2016. Vol. 46.

304. Markesinis B., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. 4th ed. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2002.

305. Markesinis, B.S. A Comparative Introduction to the German Law of Tort. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

306. Merz H. Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem // Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1955. 91bis.

307. Michel-Kerjan E., Pedel B. Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S. // The Geneva Papers. Vol. 30. 2005.

308. Michelman F. Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of „Just Compensation“ Law // Harvard Law Review. 1967. Vol. 80.

309. Mill J. S. Utilitarianism / Ed. by R. Crisp. Oxford: Oxford University Press, [1861] 1998.

310. Müller-Chen M. Haftpflichtrecht in der Krise? // Basler Juristische Mitteilungen. 2002. Bd. 6.

311. Murphy J. Heterogeneity of Tort Law // Oxford Journal of Legal Studies. 2019. Vol. 39(3).

312. Priel D. Private Law: Commutative or Distributive? // The Modern Law Review. 2014. Vol. 77(2).

313. Nadler J., Diamond Sh. Eminent Domain and the Psychology of Property Rights: Proposed Use, Subjective Attachment, and Taker Identity // Journal of Empirical Legal Studies. 2008. Vol. 5.

314. Nipperdey H.C. Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht // Neue Juristische Wochenschrift. 1957. Bd. 10.

315. Oftinger K. Schweizerisches Haftpflichtrecht. 1. Bd.: Allgemeiner Teil. Zürich, 1940.

316. Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht I. 1. Bd.: Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Zürich, 1995.

317. Oftinger K., Stark E. Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1. 2. Bd. 1. Teilband (II/1): Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung. 4. Aufl. Zürich, 1987.

318. Oswald C. Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich. Zürich, 1988.

319. Perrig W. Über den Begriff der Widerrechtlichkeit // Schweizerische Juristen-Zeitung. 1959. Bd. 55.

320. Portmann W. Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht // Schweizerische Juristen-Zeitung. 1997. Bd. 93.

321. Posner E. Probability Errors: Some Positive and Normative Implications for Tort and Contract Law // Supreme Court Economic Review. 2004. Vol. 11.

322. Posner R. Economic Analysis of Law. 8th ed. Aspen Publishers, 2010.

323. Radin M. The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings // Columbia Law Review. 1988. Vol. 88.

324. Rensing F. Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatz-Grund. Freiburg: Lectionum Universitate Friburgensi, 1892.

325. Rey H. Ausservertragliches Haftpflichtrecht. 3. Aufl. Zürich, 2003.

326. Rhee R. Terrorism Risk in a Post-9/11 Economy: The Convergence of Capital Markets, Insurance and Government Action // Arizona State Law Journal. 2005. Vol. 37.

327. Ripstein A. The division of responsibility and the law of tort // Fordham Law Review. 2004. Vol. 72.

328. Roberto V. Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens // Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle. 1999. Bd. 8.

329. Roberto V. Schweizerisches Haftpflichtrecht. Zürich, 2002.

330. Sax J. Takings and the Police Power // The Yale Law Journal. 1964. Vol. 74.

331. Sax J. Takings, Private Property and Public Rights // The Yale Law Journal. 1971. Vol. 81.

332. Schönenberger B. Die Dritte Widerrechtlichkeitstheorie // Haftung und Versicherung / Responsabilité et Assurance. 2004. Bd. 1.

333. Schwenzer I. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Bern, 2003.

334. Shavell S. A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation // Journal of Legal Studies. 2013. Vol. 42.

335. Shavell S. Foundations of Economic Analysis of Law. Part One „Accident Law“. Harvard University Press, 2003.

336. Shavell S. On Liability and Insurance // Bell Journal of Economics. 1982. Vol. 13.

337. Shavell S. Strict Liability Versus Negligence // Journal of Legal Studies. 1980. Vol. 9.

338. Sinzheimer H. Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. München: M. Rieger (G. Himmer), 1909.

339. Soames R.F., Hamer V., Walker M. The Effects of Optimism Bias and Fear on Protective Behaviours // Australia’s Adolescents: A Health Psychology Perspective. University of New England Press, 1995.

340. Sommer H. Providing Compensation for Harm Caused by Terrorism: Lessons Learned in the Israeli Experience // Indiana Law Review. 2003. Vol. 36.

341. Stern S. Residential Protectionism and the Legal Mythology of Home // Michigan Law Review. 2009. Vol. 107.

342. Stone M. On the Idea of Private Law // Canadian Journal of Law and Jurisprudence. 1996. Vol. 9(2).

343. Strother L. Beyond Kelo: An Experimental Study of Public Opposition to Eminent Domain // Journal of Law and Courts. 2016. Vol. 4.

344. Sugarman S. The “Necessity” Defense and the Failure of Tort Theory: The Case Against Strict Liability for Damages Caused while Exercising Self-Help in an Emergency // Issues in Legal Scholarship. 2005

345. Tomas J. Benefits of the U.S. program for terrorism insurance from a comparative perspective // The Journal of Financial Perspectives: Insurance. 2017. Vol. 4.

346. Tuhr A. Literaturanzeigen: Rensing, F. Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund... // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 1893. Bd. 12.

347. Tuhr A., Peter H. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 1. Bd. 3. Aufl. Zürich, 1979 (переиздание, 1984).

348. Vaughan E., Vaughan T. Fundamentals of Risk and Insurance. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2003.

349. Verde M. Die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht // Jusletter 18. 2016.

350. Weinrib E. The Idea of Private Law. Cambridge. MA: Harvard University Press, 1995.

351. Weinstein N. Unrealistic optimism about future life events // Journal of Personality and Social Psychology. 1980. Vol. 39(5).

352. Werro F. Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR // Zeitschrift für Schweizerisches Recht. 1997. Bd. 116.

353. Widmer P. Schaden – Haftung –Versicherung // Handbücher für die Anwaltspraxis. Bd. 5. Basel, 1999.

354. Willis H., Al-Shahery O. National Security Perspectives on Terrorism Risk Insurance in the United States. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2014.

355. Zager T. Note, Terrorism Coverage and the United States Insurance Industry: An International Inquiry in Search of a Long-Term Solution // Drake Law Review. 2005. Vol. 53.

356. Zamir E., Teichman D. Behavioral Law and Economics. Oxford University Press, 2018.

357. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, 1992.