Т. М. Яблочковъ.

Профессоръ Демидовскаго Юридическаго Лицея.

ПОНЯТІЕ НЕПРЕОДОЛИМОЙ СИЛЫ

ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

Отдѣльный оттискъ изъ № 2, 1911 г. «Юридическихъ Записокъ», издаваемыхъ Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1911.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея *В. Щегловъ.*

Типографія Губернскаго Правленія.

Понятіе «непреодолимой силы» въ гражданскомъ правѣ.

Введеніе. Вопросъ о научной классификаціи существующихъ теорій. Господствующіе методы построенія понятія непреодолимой силы.

«Непреодолимая сила» есть одинъ изъ загадочныхъ институтовъ гражданскаго права. Съ нимъ оперируетъ законодатель въ разныхъ отдѣлахъ права, не связывая, однако, съ нимъ никакого опредѣленнаго содержанія. Замѣчательно, что сами редакторы закона обычно уклоняются разъяснить его смыслъ [1]). Они сознаютъ, что этотъ терминъ допускаетъ самое различное пониманіе, но въ тоже время не считаютъ возможнымъ устранить это выраженіе изъ системы гражданскаго права. Въ виду такого положенія вещей на науку права ложится отвѣтственная работа прійти на помощь судебной практикѣ, давъ ей руководящія начала для сужденія о наличности «непреодолимой силы».

Всѣ юристы согласны въ томъ, что понятіе «непреодолимой силы» есть видъ родового понятія «случая», противополагаемаго понятію вины. Но, что̀ такое «непреодолимая сила» (vis major)? Этотъ вопросъ разъединяетъ ученый міръ на массу теченій и направленій. Одни юристы опредѣляютъ «непреодолимую силу», какъ «такое вредоносное событіе, которое, несмотря на крайнюю старательность, не можетъ быть *субъективно* предотвращено, т. е. не можетъ быть предотвращено мѣрами и средствами даннаго предпріятія» [2]). Другіе же юристы

---

[1]) См. напр. скудныя и отрывочныя замѣчанія въ мотивахъ къ *Entw.* I, *Motiven*, т. I, стр. 317 сл., т. V, стр. 612.

[2]) *Goldschmidt*. «Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum». Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. III, (1860) стр. 58 и сл; Его-же. Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen., ibid, Bd. XVI (1871), стр. 324 сл.

вносятъ въ это опредѣленіе поправку: непреодолимая сила есть *объективно* непредотвратимое вредоносное событіе [1]). Эти опредѣленія кладутъ начало двумъ большимъ теченіямъ въ научной литературѣ по вопросу о сущности «непреодолимой силы»: теоріямъ «субъективнымъ» и теоріямъ «объективнымъ».

Такова классификація теорій, принятая теперь наукой права. Въ самомъ дѣлѣ, эта группировка теорій стала, можно сказать, традиціонной у всѣхъ авторовъ, какъ отечественныхъ, такъ и западно-европейскихъ! Однако,— полагаемъ мы,—она покоится лишь на поверхностномъ признакѣ *субъективной* или *объективной* предвидимости и непреодолимости событія. Это различіе нивеллируется на объединяющемъ ихъ основномъ отправномъ пунктѣ этихъ теорій: ученіе о *предотвратимости* изслѣдуемаго дѣянія, какъ необходимомъ и существенномъ реквизитѣ понятія «vis major». Идея «предотвратимости» необходимо связана съ предположеніемъ *предусмотрительности*, ибо первая безполезна безъ второй. Возникаетъ, такимъ образомъ, вопросъ объ объемѣ требуемой—in casu—«diligentia», а это изысканіе въ свою очередь возвращаетъ насъ къ принципу *виновной* отвѣтственности. Само ученіе о «непредотвратимости» событія, какъ признакѣ «непреодолимой силы», начинаетъ въ новѣйшей литературѣ подвергаться сомнѣнію. Нами лично оно рѣшительно отбрасывается, какъ ученіе совсѣмъ несостоятельное и съ теоретической и практической точекъ зрѣній.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, рождается вопросъ о новой научной группировкѣ существующихъ теорій, покоющейся на болѣе глубокомъ признакѣ, чѣмъ моментъ субъективной или объективной непредотвратимости дѣянія. Лишь установивъ на прочныхъ основаніяхъ *методы* изслѣдованія, коими пользовались наши предшественники по работѣ и открывъ ихъ слабыя стороны, мы можемъ: 1-хъ, дать новую научную группировку существующихъ теорій, и 2-хъ, дать правильную конструкцію понятія «непреодолимой силы» (vis major).

---

[1]) *Exner*. Der Begriff der höheren Gewalt, стр. 6 сл.

***

Ученіе о «vis major» имѣетъ тотъ практическій интересъ, что въ нѣкоторыхъ видахъ гражданской отвѣтственности законодатель, исходя изъ тѣхъ или другихъ соображеній, повышаетъ отвѣтственность извѣстныхъ лицъ или предпріятій путемъ возложенія на послѣднихъ отвѣтственности не только за *вину* (culpa)—личную или помощниковъ и служащихъ,—но и за *случай* (casus). Единственнымъ «освобождающимъ основаніемъ» законъ допускаетъ въ этихъ видахъ отвѣтственности (кромѣ ссылки на собственную вину потерпѣвшаго) указаніе на «непреодолимую силу».

Такъ вотъ, два метода мыслимы при построеніи такого понятія «vis major». Мы можемъ разсматривать «vis major», какъ понятіе, которое должно быть построено апріорнымъ путемъ, внѣ зависимости его отъ основанія (ratio legis) повышенной отвѣтственности даннаго лица или предпріятія. Съ точки зрѣнія этого воззрѣнія, «vis major» есть кругъ такихъ событій, «quibus resisti non potest» (l. 18 pr. D. 13. 6) и въ этомъ ихъ свойствѣ они «a nullo praestantur» (l. 23 D. 50. 17). Найти критерій «неотразимости» есть задача изслѣдователя даннаго вопроса. Прилагая къ данному типу отвѣтственности выработанное, такъ сказать, «на сторонѣ» понятіе «vis major», мы и получаемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отвѣтъ на вопросъ: отвѣчаетъ ли или нѣтъ отвѣтчикъ за данный несчастный случай. Самъ размѣръ отвѣтственности лица или предпріятія зависитъ, такимъ образомъ, отъ объема вливаемаго въ понятіе «vis major» содержанія.

Мыслимо и другое построеніе. Мы можемъ приступить къ изысканію понятія «vis major», исходя отъ «ratio legis»: *за что*, по мысли законодателя, должно отвѣчать данное лицо или предпріятіе. Все, что остается за бортомъ этого «за что», есть «vis major». Здѣсь не готовая уже конструкція «vis major» вліяетъ на объемъ отвѣтственности, а наоборотъ, объемъ отвѣтственности вліяетъ на содержаніе, вливаемаго въ понятіе «vis major». «Vis major», такимъ образомъ, опредѣляется лишь послѣ

того, какъ установлены внѣшнія границы отвѣтственности даннаго типа отвѣтственнаго лица или предпріятія. Тотъ и другой методъ изслѣдованія находитъ своихъ представителей въ научной литературѣ. Постараемся сгруппировать наиболѣе извѣстныхъ авторовъ по выставленному нами признаку: методу изслѣдованія понятія «непреодолимой силы» Эта группировка и сопутствующая критика по существу представленныхъ теорій поможетъ намъ освѣтить изслѣдуемый нами вопросъ съ новой точки зрѣнія и дастъ намъ ниже матеріалъ для построенія нашей собственной теоріи «непреодолимой силы».

I.

Построеніе понятія непреодолимой силы на идеѣ необычности [или-чрезвычайности] явленія. Критика этой теоріи.

Первая конструкція такова: «vis major» есть единое понятіе, которое должно быть выработано теоретическимъ путемъ и затѣмъ примѣняемо во всѣхъ случаяхъ, когда о немъ упоминаетъ законодатель. «Непреодолимая сила» связана съ идеей «чрезвычайности», «необычайности» событія. Въ этомъ и лежитъ оправданіе освобожденія лицъ или предпріятій отъ отвѣтственности за эту категорію несчастій, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ, исходя изъ тѣхъ или другихъ соображеній, возлагаетъ на нихъ безусловную отвѣтственность («omnimodo tenetur»).

Что же такое «необычайность», исключающая предвидимость событія, и какое значеніе она имѣетъ въ дѣлѣ установленія «непреодолимой силы»? Сильно представленная въ германскомъ юридическомъ мірѣ доктрина, въ лицѣ, напримѣръ, *Stintzing* [1]), *A. Knauer* [2]),

[1]) *Stintzing*. Ueber vis major. Arch. für civil. Praxis, Bd. 81, стр. 427 сл. Центръ тяжести онъ кладетъ въ непредвидимости вреда Съ предвидимымъ вредомъ предприниматель можетъ считаться и такъ или иначе обезпечить себя отъ него. Къ непредвидѣннымъ явленіямъ онъ не можетъ приспособиться: за нихъ поэтому онъ не отвѣчаетъ. Это—«vis major».

[2]) *Dr. jur. A. Knauer*. Die höhere Gewalt im Reichsrecht. Berlin. 1901, стр. 119: «Der Unternehmer nur bezüglich der *typischen*, mit gewisser Regelmässigkeit eintretenden Schadensursachen seine *wirtschaftlichen Berechnungen* anstellen kann, um im Einzelfall nicht durch unberechenbare Verluste in seiner ganzen Existenz bedroht zu sein».

Dr. Hermann Dungs [1]) и др., даетъ такое построеніе.

Непреодолимая сила есть все то, съ чѣмъ не можетъ напередъ считаться жел.-дорожный предприниматель и что онъ не можетъ принять въ кругъ хозяйственныхъ разсчетовъ. Онъ «причиняетъ» то, что входитъ такъ или иначе въ его волю. Но его воля не охватываетъ необычайныя, рѣдкія событія. Онъ отвѣчаетъ поэтому за всѣ случаи, которые вообще *предвидимы*, причиненъ ли убытокъ его дѣйствіями, или внѣшними отъ его воли каузально независимыми событіями.

Слѣды этой конструкціи мы находимъ и въ новѣйшей германской судебной практикѣ. Въ старой своей практикѣ Рейхсгерихтъ держался того воззрѣнія, что рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь то соображеніе—позволяли ли сложившіяся обстоятельства обязанному лицу (жел. дорогѣ) отвратить событіе при примѣненіи крайней осторожности и предусмотрительности [2]). Такимъ образомъ, Рейхсгерихтъ ставилъ «höhere Gewalt» въ связь съ идеей *крайней рачительности*: если случай не можетъ быть приписанъ погрѣшности противъ этого крайняго «предѣла виновности», то мы имѣемъ «höhere Gewalt», и желѣзная дорога свободна отъ отвѣтственности.

Такая конструкція не продержалась долго. Въ 1899 г. [R. G. 12 Juni 1899, Bd. 44 № 9] Рейхсгерихтъ имѣлъ сужденіе по такому дѣлу: 6-ти лѣтній мальчикъ попалъ на оживленной улицѣ подъ моторъ и лишился ноги. На искъ потерпѣвшаго Общ-во Трамваевъ предъявило возраженіе изъ § 1 R. H. G., указывая на «höhere Gewalt». Это возраженіе было отброшено во всѣхъ инстанціяхъ, при чемъ Рейхсгерихтъ разсуждалъ такъ. Понятіе «höhere Gewalt» предполагаетъ такого рода необычайное событіе, съ наступленіемъ котораго

---

[1]) *Dr. H. Dungs.* Gefährdehaftung. Gruch. Beit. 1910, стр. 540: «Die Haftung ist ausgeschlossen... wenn solche Unfälle bei derartigen Betrieben so selten sind, dass der Unternehmer mit ihrem Eintritte nicht zu rechnen brauchte».

[2]) R. G. 23 März 1888, Bd. 21, стр. 13 сл.; 143 сл. [здѣсь обзоръ прежней судебной практики]; см. въ особенности R. G. 23 Mai 1882, Eis. E. II, 291. *A. Schröder.* Die höhere Gewalt im intern. Eisenbahnverkehr. Bern. 1908, стр. 109—124.

нельзя считаться. Эксплоатація электрическихъ трамваевъ на улицахъ большого и богатаго движеніемъ города вноситъ публикѣ новую, доселѣ неизвѣстную опасность. Съ другой стороны, причинная связь между эксплоатаціей и несчастіемъ должна считаться тогда прерванной, когда несчастіе должно быть отнесено къ привхожденію событія, которое въ силу своей необычайности по человѣческому предусмотрѣнію не можетъ быть воспринято въ кругъ разсчета, наступленіе котораго по прежнему опыту не можетъ быть ожидаемо. Но безспорно то, что дѣти особенно часто становятся жертвами трамвайнаго движенія, ибо они меньше всего освоились со спеціальной опасностью новой тяги [1]). Посему здѣсь нѣтъ vis major.

Изъ этихъ разсужденій мы видимъ, что Рейхсгерихтъ не усматриваетъ vis major'а въ тѣхъ событіяхъ, которыя обычно повторяются съ извѣстной частостью въ данномъ промыслѣ. Если несчастный случай и не можетъ быть отвратимъ даже примѣненіемъ чрезвычайной заботливости, онъ все же не представляетъ «vis major», если онъ самъ, какъ таковой, долженъ быть отнесенъ къ связаннымъ съ отправленіемъ даннаго промысла опасностямъ и не шокируетъ наблюдателя, какъ явленіе необычное.

Мы думаемъ, что различіе въ указанныхъ построеніяхъ можетъ быть сведено къ слѣдующему: по старой практикѣ (Bd. 21), Рейхсгерихтъ центръ тяжести при сужденіи о наличности vis major клалъ въ *причинахъ* даннаго событія: онъ изслѣдовалъ, — могло ли быть отвращено это событіе примѣненіемъ крайней рачительности [«Aufwendung der äussersten Umsicht und Sorgfalt»], при утвердительномъ отвѣтѣ данное несчастіе приписывается погрѣшности противъ этой рачительности, какъ къ *причинѣ* событія. По новой практикѣ, теперь окончательно установившейся въ Германіи, центръ тяжести кладется не въ *причинахъ* несчастія, а въ самомъ *свойствѣ* несчастія; рѣшающее значеніе получаетъ то соображеніе: необычно ли изслѣдуемое событіе. Если Рейхс-

---

[1]) См. еще R. G. 11 Ian. 1909, Eis. E. XXV, стр. 396.

герихтъ и говоритъ объ «отнесеніи несчастія къ привхожденію необычайнаго событія», то все же онъ подчеркиваетъ значеніе этого событія, не какъ причины, а какъ момента, придающаго характеръ необычайности самому инкриминируемому явленію.

Не трудно подмѣтить логическій промахъ въ этой конструкціи. Коренная ошибка этихъ теорій (Stintzing, Knauer, Рейхсгерихта) заключается въ томъ, что они, говоря о «необычайныхъ событіяхъ», смѣшиваютъ два понятія, которыя надо разъединять и различать: *несчастіе* (damnum fatale) и *источникъ несчастія* (vis major). Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ развитіи ихъ теоріи они пріурочиваютъ «необычайность» то къ первому, то ко второму моменту [это смѣшеніе особенно ясно сказывается въ формулировкѣ, даваемой понятію «vis major» Рейхсгерихтомъ]. Отсюда—полная путаница понятій, какъ результатъ сбивчивости воззрѣній самихъ авторовъ! Вѣдь, болѣзни, смерть и т. п. представляютъ не «необычайныя», а—повседневныя явленія, и, однако, они могутъ представлять изъ себя при извѣстныхъ условіяхъ «vis major»! И законодатель, говоря о vis major, имѣетъ въ виду не свойство событія (несчастія), такъ такового, а особое свойство *причины*, породившей это событіе!

Свободны отъ упрека смѣшенія этихъ понятій другіе авторы, въ общемъ и цѣломъ оперирующіе съ «абстрактнымъ методомъ». «Необычайность», «чрезвычайность» они пріурочиваютъ не къ несчастію, а къ *силѣ*, породившей это несчастіе. Но и они строятъ единое понятіе vis major абстрактно, т. е. безъ связи этого понятія съ конкретнымъ правоотношеніемъ, ради котораго они предпринимаютъ свою работу.

«Vis major», съ точки зрѣнія этого воззрѣнія, есть фиксированный кругъ явленій, который вырабатывается апріорно, т. е. внѣ связи съ цѣлью данной усиленной отвѣтственности лица или предпріятія.

Къ этому направленію принадлежитъ швейцарскій юристъ *Dr. jur. J. Luchsinger*. Въ своей работѣ: «Das Verschuldungsprinzip in der Lehre von der Schadensersatzpflicht im römischen Rechte und die römische Vis major» [Zürich, 1909] авторъ исходитъ изъ того

наблюденія, что преторскій эдиктъ о «receptum» гласитъ категорически: «*omnimodo* tenetur» и лишь юристы—комментаторы (Labeo) впервые формулируютъ положеніе, что нѣтъ отвѣтственности за «vis major». Отсюда авторъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что изначала не было установлено отвѣтственности до предѣловъ vis major,—установлена была, именно, безусловная отвѣтственность содержателей гостинницъ и пр., которая *позднье* терпитъ ограниченіе черезъ «exceptio viris majoris», [«nisi si quid damno fatali contingit»] и съ тѣмъ обоснованіемъ, что отвѣтственность при наличности vis major была бы «iniqua» (l. 3 § 1 D. 4. 2: «non esse *iniquum* exceptionem ei dari»). Вотъ почему римскіе юристы и не даютъ намъ опредѣленія «vis major». Vis major оставалось для нихъ основаннымъ на *справедливости* исключеніемъ отвѣтственности (стр. 127 сл.). Кругъ событій, разсматриваемыхъ, какъ «vis major», былъ узко опредѣленъ («ein eng begrenzter ist») и охватывалъ лишь типы, описанные въ примѣрахъ, рядомъ съ которыми исключали отвѣтственность «vitium rei», самовина, самопричиненіе. Повидимому, римляне сами не отдавали себѣ отчета въ томъ, *почему* они считали *справедливымъ* придавать vis major освобождающее дѣйствіе (стр. 131). Повидимому, за vis major нѣтъ отвѣтственности потому, что необычайное событіе, которое для римлянъ было vis major, являлось, какъ *самостоятельная причина* наступившаго вреда, которая и прерывала причинную связь между дѣяніемъ и вредомъ [1]).

Такова теорія Luchsinger'a. Намъ кажутся очень сомнительными пріемы истолкованія этимъ авторомъ римскихъ текстовъ. Мы держимся того воззрѣнія, что, именно, изначала въ цѣляхъ законодателя лежало установить отвѣтственность, принципіально простирающуюся *до* предѣловъ vis major [Ср. l. 30 § 4 D. 19. 2: «sed extrariam vim... excipere voluise»]. Вѣдь, иначе «безусловная отвѣтственность» была бы не только «строгимъ», но и «безпощадно суровымъ» началомъ, которое вовсе

[1]) *Luchsinger*, o. c., 132:.. «als ein alle Menschen gemeinsam treffendes. Gesetz und Regel durchbrechendes, als Eingriff einer höheren Macht hinzunehmendes Fatum»...

не оправдывалось бы «utilitate hujus edicti», и шло бы въ разрѣзъ со всей системой права. Мы полагаемъ, что слово «iniquum» Лабеона можно толковать въ смыслѣ: «лежитъ внѣ цѣли закона», «не адэкватно съ волей законодателя» [1] [2].

Мы не останавливаемся болѣе подробно на возраженіяхъ, которыя поднимаются у насъ при чтеніи книги Luchsinger'a. Намъ важно было лишь отмѣтить основной методъ, которымъ пользуется авторъ при построеніи «vis major». Онъ, какъ мы видѣли, строитъ vis major не снизу, путемъ изслѣдованія основанія усиленной отвѣтственности лица, а—сверху, путемъ установленія того круга явленій, которымъ, какъ явленіемъ необычнымъ, была бы присуща особая сила «vis major».

На этой почвѣ стоитъ западно-европейская [3] и русская [4]

---

[1] И римскіе источники подтверждаютъ нашу мысль. См. напр. l. 26 § 6 D. 17,1. Юристъ говоритъ, что не все, что случится при исполненіи порученія (mandatum), напр. разбой, кораблекрушеніе и т. п. *ложится* на манданта: «nam haec magis *casibus* quam *mandato* imputari oportet».

[2] Наконецъ, построеніе Luchsinger'a страдаетъ самопротиворѣчивостью. У него исходный пунктъ не согласуется съ выводами. Исходитъ онъ изъ того соображенія, что vis major обязанъ уваженію aequitas, т. е. *справедливому* ограниченію «безусловной отвѣтственности лица». А приходитъ къ тому выводу, что vis major есть все что не стоитъ въ *причинной связи* со сферой *дѣйствія лица*, ибо разъ лицо *отвѣчаетъ внѣ вины*, оно отвѣчаетъ на основаніи *каузальнаго* принципа, и vis major прерываетъ эту причинную связь между дѣяніемъ и вредомъ. Чему же вѣрить?! Есть ли «vis major» выраженіе принципа справедливости или принципа права?...

[3] *Sourdat.* Traité général, II, стр. 248: «c'est un fait irrésistible, étranger à toute faute personnelle de la part du voiturier et que toute la prudence d'un homme soigneux n'aurait pu ni prévoir ni conjurer». *C. Baldi.* Responsabilità civile. Torino, 1908, стр. 227:... «è necessario provare... che fu nell' impossibilità di prevenire, evitare od attenuare gli effetti dell'avvenimento»;—для швейцарской юриспруденціи: *Dr. J. Wachtel*, Kommentar, 1909, стр. 212: «unter höhern Gewalt sind alle von aussen kommenden Ereignisse, die nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen und deren Eintritt und Wirkungen durch Vorkehrungen, welche zu dem durch sie zu erreichendem Erfolge nach der Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältnisse stehen, nicht abgewendet werden können, zu verstehen».—*R. G.* Bd. 64, стр. 405: «und es hat daher als höhere Gewalt zu gelten, wenn die schädigende Einwirkung auch durch die äusserste, nach den gegebenen Umständen gebotene Vorsicht, durch alle vernünftigerweise dem Betriebsunternehmer zuzuweisenden Vorkehrungen nicht zu vermeiden war». См. еще O. L. G. Köln, 22 Ian. 1910, Eis. E. XXVII (1910), 1 Heft, № 17; R. G. 24 Nov. 1906 Eis. E. XXIV (1908), 18—20.

[4] К. Р. 1887/69: «владѣльцы жел. дорогъ... освобождаются отъ отвѣтственности за ущербъ и вредъ какому либо лицу или имуществу только тогда, когда случившееся несчастіе произошло отъ такихъ причинъ, которыхъ *нельзя было предотвратить* никакими мѣрами предусмотрительности или осторожности». Ср. К. Р. 1894/87; 1907/1:... «убытокъ или несчастіе, проистекающіе отъ сего неисполненія, не могли быть предотвращены, несмотря на принятіе ею всѣхъ тѣхъ мѣръ и способовъ, которыми обязано располагать въ данное время исправное транспортное предпріятіе».

судебная практика и господствующія теоріи въ русской юридической литературѣ [1]).

Всѣ перечисленные юристы въ основаніе своихъ построеній кладутъ *объективное* свойство явленій и подъ понятіе непреодолимой силы подводятъ лишь особаго рода событія, отличающіяся отъ обыкновенныхъ несчастій посредствомъ извѣстныхъ внѣшнихъ, объективныхъ признаковъ. Они только замѣняютъ понятіе «необычайности» понятіемъ «чрезвычайности», т. е. на мѣсто рѣдкости явленія ставятъ его *непредвидимость*, вслѣдствіе быстроты его наступленія. Весь споръ среди представителей этого научнаго направленія свелся къ банальной контроверзѣ о «субъективности» или «объективности» непредотвратимости и непредвидимости событія. Эта контроверза до сихъ поръ раздѣляетъ литературу на два приблизительно равныхъ по силѣ лагеря. А между тѣмъ, эта контроверза, по нашему мнѣнію, безплодна [2]), ибо конечный выводъ этой теоріи покоится на заблужденіи!

Масса явленій можетъ быть *предвидѣна* [наприм., штурмъ на морѣ, сдвиженіе скалъ, нашествіе непріятельскаго войска по объявленіи войны] и все же безспорно представляется, какъ «vis major»!

---

[1]) Субъективныя теоріи: *А. Гордонъ*, Ж. Гр. и Уг. Пр. 1887 кн. 2, стр. 53. Онъ опредѣляетъ «непреодолимую силу», какъ такое чрезвычайное, непредвидѣнное внѣшнее событіе, наступленіе и вредныя послѣдствія котораго не могли быть предотвращены самыми крайними мѣрами предосторожности, обусловливаемыми данными обстоятельствами; *Л. Петровъ*. Вѣстникъ права, 1900, № 10, стр. 110; *Э. Э. Инрошъ*. Ж. М. Ю. 1894/5, № 5, стр. 35.—Объективныя теоріи: *Ф. Осецкій*, ук. соч. 262: «непреодолимая сила, это—объективно непредотвратимое чрезвычайное и причиняющее личный или имущественный вредъ событіе»; *Г. Ф. Шершеневичъ*. Учебникъ русскаго гражд. права. Казань, 1905 г., стр. 571; *Н. Земцовъ*. Vis major. Ж. Гр. и Уг. Пр. 1891, кн. 4, стр. 3; *В. И. Анненковъ-Фаминскій*. Новый законъ о вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ (Изд. 5), Спб. 1910, стр. 187, 189.

[2]) Не спасаетъ эту теорію и замѣна «непредотвратимости» понятіемъ «непреодолимости» («unüberwindlich»). Терминъ «непреодолимость» указываетъ прямо на *субъективный* масштабъ, ибо то, что въ одномъ случаѣ «непреодолимо», то въ другомъ случаѣ не является таковымъ, напр. разбойное нападеніе на атлета или на одинокую дѣвушку. Съ точки зрѣнія воззрѣній оборота, все то *непреодолимо*, что не можетъ быть *предотвращено* черезъ обычную заботливость. Поэтому несостоятельно различеніе понятій: «непреодолимость» и «непредотвратимость». Какъ можетъ событіе разсматриваться, какъ явленіе «непреодолимое», разъ оно могло быть «отвращено»?!

Казалось бы одного этого возраженія достаточно, чтобы обличить полную несостоятельность конечныхъ выводовъ критикуемаго нами направленія.

Однако, сила традиціи такова, что и въ XX вѣкѣ эта теорія завоевываетъ все новыхъ и новыхъ адептовъ не только среди теоретиковъ и практиковъ, но и среди законодателей! Укажемъ на редакторовъ нашего отечественнаго Проекта Гражданскаго Уложенія.

Свои воззрѣнія на этотъ вопросъ редакторы Проекта высказываютъ много разъ и въ выраженіяхъ настолько категоричныхъ, что не оставляютъ мѣста для сомнѣній, касательно принятой ими позиціи. Объяснительная Записка къ ст. 1087 (т. V, стр. 591—592) говоритъ: «подъ *непреодолимой силою* разумѣются такія проявленія силъ природы и такія дѣянія третьихъ лицъ (не принадлежащихъ къ составу служащихъ), которыя какъ сами по себѣ, такъ и въ своихъ послѣдствіяхъ, не могли быть ни предотвращены, ни преодолѣны, хотя бы были приняты всякія возможныя и необходимыя при данныхъ обстоятельствахъ мѣры предосторожности»... «Вообще нельзя требовать для освобожденія предпринимателя отъ отвѣтственности, чтобы дѣйствіе природы или дѣяніе третьихъ лицъ было безусловно не предотвратимо, но достаточно, если то или другое событіе не могло быть предотвращено при тѣхъ средствахъ, которыми собственникъ предпріятія долженъ былъ обладать при разумномъ веденіи своего дѣла». *Объясн. Зап.* къ ст. 1065 (т. V, стр. 453): «вредъ признается послѣдствіемъ непреодолимой силы (ст. 683 т. X ч. I), когда онъ произошелъ отъ такихъ причинъ, которыхъ нельзя было *предотвратить никакими* мѣрами предусмотрительности или осторожности. (К. Р. 1887 № 69). Поэтому непреодолимая сила, подобно физическому принужденію, всегда и безусловно устраняетъ отвѣтственность за вредъ, хотя бы наступленіе дѣйствія этой силы даже *предвидѣлось* (наприм., нашествіе непріятельскаго войска по объявленіи войны), такъ что такое событіе можетъ быть и не случайнымъ въ тѣсномъ смыслѣ этого слова»...

Объяснительная Записка къ ст. 474 (т. II, стр. 495—496): «общее выраженіе «непреодолимая сила»... обнимаетъ собою вышеприведенныя событія, а именно главнымъ образомъ *непредотвратимыя явленія природы*»... «...Существенное понятіе «непреодолимой силы» заключается въ томъ, что событіе (явленія природы и дѣянія постороннихъ лицъ), причинившее вредъ, и самый вредъ *не могли быть предотвращены* всѣми возможными и необходимыми при данныхъ обстоятельствахъ мѣрами предосторожности. Но наличность простого *факта непредотвратимости* событія (наприм., бури, урагана, лѣсного пожара и т. п.) не составляетъ достаточнаго основанія къ освобожденію лица отъ отвѣтственности за вредъ, если въ мѣстѣ съ тѣмъ не установлено, что это лицо *не могло своевременно и предвидѣть* означеннаго событія и вообще не допустило какой либо *вины съ своей стороны*». ...«Для признанія событія непреодолимою силою не требуется, чтобы оно не могло быть предотвращено никакими человѣческими силами, но достаточно, если событіе или его послѣдствіе (вредъ) не могло быть устранено силами даннаго лица, такъ что «непреодолимая сила» (физическое принужденіе) подобно «случаю», въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, также является *понятіемъ относительнымъ*»...

Такова теорія редакторовъ Проекта Гражданскаго Уложенія. Несостоятельность ея бросается въ глаза.

Въ самомъ дѣлѣ, какое поразительное противорѣчіе опредѣлятъ, съ одной стороны, vis major, какъ «*непредотвратимый или неизбѣжный случай*», а, съ другой стороны, признавать допустимымъ наличность *вины* въ неотвращеніи этого случая!

Правда, редакторы желаютъ спастись отъ такого противорѣчія указаніемъ на *относительность* понятія непреодолимости (т. II, стр. 496), но это указаніе приводитъ ихъ къ явно непріемлемому выводу.

Разъ мы ставимъ понятіе непреодолимой силы въ связь съ вопросомъ о субъективной предотвратимости несчастія, мы приходимъ къ опредѣленію просто *виновнаго* событія. Хозяинъ предпріятія не обладалъ тѣми средствами отвращенія несчастія, коими онъ долженъ былъ

обладать; значитъ, онъ велъ свои дѣла неразумно, небрежно. Гдѣ же здѣсь мѣсто «непреодолимой силѣ»?!

Редакторы Проекта муссируютъ элементъ «чрезвычайности», «нечаянности» явленія [т. II, 496; т. V, 454]. Эта «чрезвычайность» событія дѣлаетъ то, что само событіе, именуемое «непреодолимой силой», является событіемъ *непредотвратимымъ*.

Съ точки зрѣнія этой конструкціи, понятія *вины* и *чрезвычайности* сливаются въ одно понятіе «непреодолимой силы». Нѣтъ чистаго понятія «vis major»,—есть «*провиненный* vis major».

Несостоятельность такого построенія бросается въ глаза!

Казалось бы, что все критикуемое нами построеніе стройно въ отдѣльныхъ частяхъ, и конечные выводы являются логическими послѣдствіями изъ предпосылокъ. Однако, конечные выводы насъ не удовлетворяютъ, а потому тѣ методологическіе пріемы, которые привели къ этимъ выводамъ, возбуждаютъ сомнѣнія въ ихъ правильности. Это побуждаетъ насъ объявить безплодными всѣ попытки построить апріорнымъ путемъ понятіе «vis major», и, такимъ образомъ, отвергнуть теорію, пользующуюся такимъ почетомъ на Западѣ и безусловнымъ авторитетомъ въ Россіи.

Обратимся теперь къ второму изъ указанныхъ нами выше направленій въ литературѣ.

II.

Построеніе понятія непреодолимой силы на почвѣ изысканія rationis legis, усиливающаго отвѣтственность данной категоріи лицъ или предпріятій.

Другая конструкція такова: «непреодолимая сила» не есть самостоятельное готовое понятіе. «Непреодолимая сила» охватываетъ всѣ тѣ случаи, которые остаются за бортомъ отвѣтственныхъ случаевъ. Намъ надо сначала выяснить «ratio legis»: *почему* данное лицо или предпріятіе отвѣчаетъ въ повышенномъ размѣрѣ? Vis major есть то явленіе, которое по спеціальнымъ

соображеніямъ законодателя не должно быть вмѣнено въ отвѣтственность лицу. Вся проблема, такимъ образомъ, сводится не къ уясненію теоретической сущности vis major, а къ уясненію соотвѣтствующей ratio legis, побудившей законодателя повысить отвѣтственность лица.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, «vis major» отнюдь не представляется, какъ единое понятіе, примѣнимое ко всѣмъ случаямъ повышенной отвѣтственности. Наоборотъ: мы для каждаго вида повышенной отвѣтственности должны, въ уваженіе особой «ratio legis», вырабатывать особую «vis major», и, такимъ образомъ, мы получаемъ столько отдѣльныхъ «непреодолимыхъ силъ» сколько въ данной законодательной системѣ встрѣчается случаевъ отвѣтственности до предѣловъ «непреодолимой силы».

Всѣ почти представители этого направленія въ основу своихъ изысканій rationis legis кладутъ изслѣдованіе римскихъ источниковъ. Одни изъ нихъ (Volkmar, H. Fischer, Stucki и др.)—съ тою практической цѣлью, чтобы съ ихъ помощью выработать [на основаніи преторскаго эдикта о receptum] понятіе vis major, годное и для современнаго права [1]), другіе [Unger и др.]—съ цѣлью обоснованія римскими источниками тѣхъ положеній, къ которымъ они пришли изъ изученія современнаго права [2]).

Въ этомъ направленіи мы можемъ различить три теченія: 1) субъективныя теоріи, ставящія понятіе «непреодолимой силы» въ связь съ идеей крайней рачительности, 2) объективныя теоріи, строящія понятіе «непреодолимой силы» на противоположеніи «эксплоатаціонныхъ» и «внѣ-эксплоатаціонныхъ» несчастій, 3) теоріи, ставящія понятіе vis major въ связь съ идеей «custodia».

Разсмотримъ каждую изъ этихъ конструкцій отдѣльно и выяснимъ ихъ слабыя стороны.

---

[1]) *H. Stucki.* Ueber den Begriff der höheren Gewalt. (Bern. 1888), стр. 13; «содержаніе современнаго понятія сообразуется съ содержаніемъ правового понятія римлянъ».

[2]) Вѣрно замѣчаетъ *Ф. Осенкій*, о. с. 243: «найти подтвержденіе своего ученія въ римскомъ правѣ, значитъ обезпечить за собою успѣхъ въ Германіи, а затѣмъ и въ остальномъ ученомъ мірѣ».

I. Субъективныя теоріи, ставящія понятіе vis major въ связь съ идеей крайней рачительности. Критика.

Къ представителямъ субъективныхъ теорій мы причисляемъ Goldschmidt'a, Dernburg'a и Eger'a.

Goldschmidt опирается на римскіе источники и изучаетъ «ratio legis», давшее жизнь понятію vis major впервые въ области преторскаго эдикта о «receptum».

Вотъ вкратцѣ его ходъ мыслей [1]). До изданія эдикта господствовалъ общій обычай оборота, въ силу котораго nautae, caupones и т. п. брали на себя особымъ обезпечительнымъ обѣщаніемъ (Garantieversprechen) передъ ихъ кліентами болѣе усиленную отвѣтственность.

Преторскій эдиктъ оперся на этотъ обычай, установивъ полную дѣйствительность такого безформеннаго односторонняго волеизъявленія и объемъ принимаемаго имъ обязательства [2]). «Recipere» понималось, какъ фактическій, безформенный актъ принятія, включающій въ себѣ и молчаливое обѣщаніе гарантіи. «Объемъ отвѣтственности опредѣляется судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по здравому усмотрѣнію и въ уваженіе основной идеи нашего института и цѣли усиленной отвѣтственности. Все что лежитъ по ту сторону отвѣтственности («nur was darüber hinaus liegt») есть неотвѣтственный случай, т. е. vis major въ смыслѣ нашего ученія» [ibid., стр. 115].

Посему въ теоріи receptum'a vis major есть всякое событіе, которое не подпадаетъ подъ положеніе 1 [безусловная отвѣтственность за вину служащихъ, гостей и пассажировъ] и подъ положеніе 2 [отвѣтственность за furtum и damnum отъ третьихъ лицъ, поскольку реципіентъ не могъ воспрепятствовать поврежденіе черезъ «Sorgsamste Obhut»] [3]).

---

[1]) *Goldschmidt.* Zeit. für Handelsrecht, III. §§ 7, 9, 11.

[2]) *Goldschmidt*, о. с. 334: «Настоящую сущность receptum надо усмотрѣть въ первоначально положительномъ, а позднѣе предполагающимся обѣщаніи гарантіи».

[3]) *Goldschmidt*, о. с. 95.

Въ другомъ своемъ трудѣ [Zeit. f. H. R. XVI, стр. 328 сл.] Goldschmidt выражается такъ: «къ отвѣтчику не примѣняется повышенный масштабъ рачительности, по содержанію котораго опредѣлялась бы его обязанность, но на него возлагается договоромъ или закономъ отвѣтственность за извѣстныя «an sich» неотвѣтственные случаи,—частью безусловно, частью при томъ условіи, что они не являются совершенно *непоправимыми* черезъ тѣ мѣры, которыя при конкретныхъ обстоятельствахъ разумно предписывались бы для отвращенія соотвѣтствующей опасности. Иначе говоря, объемъ обязанности въ такихъ исключительныхъ случаяхъ опредѣляется не по абстрактному масштабу рачительности, напр. по «diligentia» все предусматривающаго человѣка, а по содержанію конкретной воли сторонъ или закона, которая извѣстныя въ данномъ случаѣ дѣйствительно или презумптивно невиновныя событія (Zufall) беретъ въ кругъ отвѣтственныхъ случаевъ. Для этого неотвѣтственнаго случая въ источникахъ употребляются выраженія: vis major, damnum fatale и т. д. Но, именно, потому, что область не отвѣтственнаго случая можетъ быть отграничена отъ области отвѣтственнаго случая не абстрактно, а конкретно для отдѣльнаго правоваго института или правоваго отношенія и *не можетъ существовать какого либо объективнаго и повсюду равнаго понятія «высшей силы»*.

Такова теорія Гольдшмидта. Ошибка Гольдшмидта та, что l. 1—3, l. 5 § 1 D. 4—9, онъ счелъ за исчерпывающее и принципіальное установленіе объема отвѣтственности за receptum. Онъ думалъ путемъ голаго перечисленія исчерпать идею и основаніе отвѣтственности и путемъ исключенія изъ этого объема прійти къ опредѣленію «vis major». На самомъ же дѣлѣ *идею*, receptum'а Гольдшмидтъ намъ не даетъ. Онъ не столько объясняетъ, сколько описываетъ исторію receptum'а. И помимо того, что его историческія гипотезы сами по себѣ сомнительны [и не встрѣтили одобренія въ ученой литературѣ!], онѣ не даютъ идеи, указывающей на *объемъ* отвѣтственности реципіента. По мысли Гольдшмидта, въ эдиктѣ стоятъ рядомъ двѣ различныя вещи: отвѣт-

ственность за чужую вину и отвѣтственность за свою вину [1]).

Оба обязательства стоятъ рядомъ безъ органической связи другъ съ другомъ. Ихъ не связываетъ одна какая либо общая идея. Вотъ почему, методъ—въ сущности правильный,—коимъ пользуется Гольдшмидтъ, не могъ дать надежнаго и прочнаго вывода. «Vis major есть все что превышаетъ законныя границы отвѣтственности». Но разъ эти законныя границы отвѣтственности авторомъ не опредѣлены, понятіе vis major остается лишеннымъ опредѣленности и точности, а это лишаетъ всю конструкцію, предложенную авторомъ научной цѣнности!

Тѣмъ же методомъ, какъ и Гольдшмидтъ оперируютъ и *Dernburg* [2]) и *Eger* [3]). И тотъ и другой ученый подходитъ къ построенію vis major черезъ предварительное выясненіе ratio legis, устанавливающаго усиленную отвѣтственность предпріятія. Они, однако, впали въ ту же ошибку, какъ и ихъ предшественникъ Гольдшмидтъ. Они ставятъ понятіе «непреодолимой

---

[1]) Отвѣтственность за «custodia» (=«Anwendung aller Sorgfalt») въ его формулировкѣ (положеніе 2-ое) ведетъ къ *виновной* отвѣтственности. Противъ этого вывода протестуетъ, впрочемъ, самъ Гольдшмидтъ. Bd. XVI, стр. 328.

[2]) *Dernburg*. Lehrbuch des preus. Priv. R. II, § 69, стр. 158—160; Zeit. f. d. priv. und öff. R. XI (1884), стр. 344 сл.; Pandekten, II, § 39, стр. 108—109; Bürg. R. II, 1 Abt., § 69, стр. 148.—Авторъ исходитъ изъ того соображенія, что повышенная отвѣтственность возложена лишь на промышленныхъ предпринимателей. Кто заключаетъ контрактъ, исполняетъ свою обязанность, если онъ въ данномъ случаѣ примѣняетъ всю осторожность заботливаго человѣка. Кто отправляетъ промыселъ перевозчика или хозяина гостинницы, или эксплоатируетъ жел. дорогу, тотъ обязанъ къ большому. Онъ долженъ непрерывно заботиться о наиболѣе надежномъ оборудованіи предпріятія, что бы оградить отъ убытковъ, какъ тѣхъ, которые вступаютъ съ нимъ въ договорныя отношенія, такъ и третьихъ лицъ, если онъ могъ предвидѣть разумнымъ образомъ этотъ убытокъ и отвратить его цѣлесообразными мѣрами. *Vis major есть то, что превышаетъ человѣческую силу.* Подъ послѣдней надо понимать то что по праву можетъ быть потребовано отъ развитія человѣческой силы. Это по общему правилу—diligentia. Въ промышленныхъ предпріятіяхъ это есть «Veranstaltung tunlichst das Publikum sichernder Anlagen».

[3]) *Eger*. R. H. G., (6 изд.) стр. 129 сл. Исходя отъ идеи «Betriebsgefahr», какъ основанія усиленной отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ, онъ заставляетъ желѣзную дорогу отвѣчать: 1) безусловно за «innere Zufall» (правильное функціонированіе всѣхъ органовъ и всего ж.-д. состава), 2) условно за «äussere Zufall» (дѣйствія третьихъ лицъ и событія природы, поскольку эти *явленія* могутъ быть отвращены или обезврежены цѣлесообразными и требуемыми обстоятельствами мѣрами осторожности); См. ту же конструкцію при прямой ссылкѣ на *Eger'a*: O. L. G. Cöln, 22 Ian. 1910, Eis. E. XXVII (1910), 1 Heft, № 17.

силы» въ связь съ повышенной обязанностью предпріятія, и, такимъ образомъ, приходятъ или къ отождествленію «непреодолимой силы» со «случаемъ» или же къ принципу вины [1]).

Они упустили изъ виду, что выраженія «vis *major*», «*maior* casus» указываютъ на то, что здѣсь включено нѣчто бо́льшее, чѣмъ отсутствіе вины, чѣмъ простой «casus». Отвѣтственность за «receptum» есть не только болѣе строгая отвѣтственность, но и отвѣтственность, покоящаяся на совсѣмъ другихъ принципахъ, чѣмъ отвѣтственность за «diligentia diligentissimi». Не приняли названные юристы во вниманіе и то, что, исходя изъ принципа *вины*, нельзя строить понятіе «непреодолимой силы», ибо «непреодолимая сила» есть подвидъ понятія *случая* въ широкомъ смыслѣ этого слова, а съ точки зрѣнія принципа вины, конечно, немыслимо различать отдѣльные виды «случая»!

II. Объективныя теоріи, строящія понятіе vis major на противоположеніи «эксплоатаціонныхъ» и «внѣэксплоатаціонныхъ» несчастій. Критика.

Потребности многихъ отраслей хозяйственнаго оборота нашего времени выдвинули *объективную отвѣтственность* извѣстныхъ *опасныхъ* предпріятій на базѣ профессіональнаго риска и вмѣстѣ съ тѣмъ—различеніе случаевъ на внутренніе и внѣшніе: случаи эксплоатаціи и случаи внѣ-эксплоатаціи. Романистическія изслѣдованія Гольдшмидта, не давая объективнаго критерія для юридическаго обоснованія указаннаго различія, не могли удовлетворить запросовъ современнаго оборота.

---

[1]) Конструкція Эгера не можетъ насъ удовлетворить, т. к. она не даетъ рѣшительно никакого объективнаго признака для понятія «höhere Gewalt». Конструкція Дернбурга не означаетъ ничего большаго, какъ для отдѣльныхъ призваній спеціализированную *заботливость* рачительнаго представителя даннаго призванія, которая обязываетъ къ надлежащему безопасному оборудованію предпріятія. Но кто упуститъ эту обязанность, отвѣчаетъ не только, какъ думаетъ Дернбургъ, вслѣдствіе несовершенства оборудованія («wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen»), но вслѣдствіе *пренебреженія заботливости* рачительнаго хозяина гостинницы, перевозчика, корабельщика, желѣзно-дорожнаго предпринимателя и т. д., даже если въ данномъ конкретномъ случаѣ ему кромѣ того нельзя сдѣлать никакого упрека.

Честь покрыть этотъ пробѣлъ несомнѣнно принадлежитъ *Exner'y*. Его изслѣдованіе скоро вытѣснило популярную теорію Гольдшмидта и предопредѣлило путь, по которому пошли за нимъ цѣлые ряды ученыхъ.

Экснеръ [Der Begriff der höheren Gewalt. 1883] посвящаетъ римскому праву относительно ограниченную часть своей работы [хотя исходнымъ пунктомъ и беретъ слова эдикта], и свою теорію онъ выводитъ изъ отношеній современныхъ крупныхъ предпріятій [1]).

Прежде всего, Экснеръ ищетъ принципъ отвѣтственности за «receptum» и находитъ его въ «Beweisnotlage», въ которомъ находится, какъ истецъ, потерпѣвшій передъ повредителемъ, т. е. передъ nautae, caupones и т. п. и въ особенности—передъ современными крупными промышленными предпріятіями. Авторъ принимаетъ «ratio legis» намѣреніе претора черезъ введеніе «receptum» устранить въ интересахъ оборота обычное стѣсненное положеніе потерпѣвшаго, касательно доказательства вины на сторонѣ предпринимателя, [«weil er keinen Einblick in dessen Betrieb hat»] и сдѣлать это въ ущербъ реципіента. Однимъ переложеніемъ onus probandi здѣсь не помочь дѣлу. Здѣсь умѣстно бороться съ выгодной позиціей [«Beweisübermacht»] повредителя путемъ «законнаго элиминированія вопроса о винѣ» [стр. 70, прим. 48]. Поэтому, строгая отвѣтственность должна терпѣть исключеніе, если in casu нѣтъ на лицо этого «Beweisnotstand». Иначе говоря, vis major—на лицо, тогда, когда «der kasuelle Charakter des Unfalls prima facie evident ist» (стр. 55) [2]). А это имѣетъ мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, 1-хъ, которые возникли *внѣ* круга дѣйствія [«ausserhalb» понимается авторомъ въ чисто мѣстномъ значеніи] отвѣтственнаго транспортнаго предпринимателя и причинили вредъ черезъ свое воздѣйствіе извнѣ внутрь этого предпріятія, и 2-хъ, которые по способу и силѣ (Wucht)

---

[1]) Свое отношеніе къ римскому праву Экснеръ опредѣляетъ такъ: «Corpus juris передалъ намъ въ этомъ пунктѣ правовую мысль, но отнюдь не оформленное правовое понятіе. Развить послѣднее изъ перваго есть наша задача» (о. с., стр. 54).

[2]) *Exner*, o. c. 55: «Liquidität des Sachverhaltens zugunsten des Rezipienten ist das Prinzip der auf «höhere Gewalt» sich stützenden Einrede».

ихъ проявленія очевидно превышаютъ встрѣчаемые при нормальномъ теченіи жизни случаи [стр. 63—86].

Такимъ образомъ, vis major есть явленіе *необычное* и *явное*, которое выступаетъ съ *чрезвычайной силой* (Wucht), такъ что возможность *отвращенія* его prima facie является исключенной. Само же явленіе должно вторгаться въ эксплоатацію *извнѣ* (какъ молнія, и прочія элементарныя силы природы), а не корениться «innerhalb des Betriebes». Авторъ даетъ такой примѣръ: поѣздъ сходитъ съ рельсъ отъ того, что машинистъ убитъ молніей, и паровозъ лишается руководителя. Здѣсь—vis major, ибо молнія имѣетъ свое происхожденіе *внѣ* эксплоатаціи и вторгается въ нее *извнѣ* (von aussen). Но если машинистъ умираетъ отъ разрыва сердца, здѣсь нѣтъ «vis major»; ибо вредоносное явленіе имѣло своимъ источникомъ самого машиниста, т. е коренилось «innerhalb des Eisenbahnbetriebes».

Такова знаменитая теорія Экснера. Какъ видимъ, Экснеръ пользуется такимъ методомъ: онъ строитъ понятіе vis major на основѣ ratio legis. Но съ его разсужденіями мы все же согласиться не можемъ. Авторъ очевидно строитъ всю свою теорію на ложномъ основаніи, т. к. «Beweisnotstand» вовсе не былъ рѣшающимъ для введенія «receptum» [1]).

Не можемъ согласиться и съ конечными выводами его теоріи. Въ основѣ теоріи Экснера лежитъ скрытый принципъ вины, ибо онъ пытается примирить отвѣтственность изъ «receptum» съ общегражданскимъ принципомъ отвѣтственности [2]). Весь вопросъ о «vis major» низводится имъ къ чисто подготовительному вопросу о правѣ доказательства; но разрѣшеніе этого вопроса, конечно, не затрагиваетъ общіе принципы отвѣтственно-

---

[1]) Въ римскомъ правѣ и при remissio mercedis и въ другихъ случаяхъ отвѣтственность повышалась до предѣловъ «vis major» и, однако, здѣсь не можетъ быть и рѣчи о «Beweisnotstand». Что касается «receptum» то ratio legis намъ даетъ l. 1 § 1, l. 3 § 1 D. 4. 9. Въ l. 9 § 4 D. 19, 2, l. 6 C. 4, 24 мы находимъ указанія на то, что «Beweisnotstand» не былъ рѣшающимъ въ вопросѣ о существѣ vis major.

[2]) *Exner*, o. c. 80: «man sieht, der allgemeine Satz, dass jedermann die Folgen seines Verschuldens zu verantworten habe, lässt sich auch in unseren besonderen Fällen gegenüber dem Frachtführer sehr wohl durchführen».

сти, а потому и не можетъ служить базой для построенія понятія vis major!

Объясненіе и обоснованіе понятія «vis major» Экснеромъ не нашли сочувствія въ литературѣ Но конечные выводы его теоріи получили одобреніе, не только въ доктринѣ, но и въ германской юриспруденціи. Экснеръ справедливо считается родоначальникомъ теоріи, которая подъ именемъ *объективной* теоріи противополагается нынѣ *субъективной* теоріи Гольдшмидта.

Представители объективной теоріи [1]) понимаютъ vis major, какъ «vis extraria», въ чисто мѣстномъ значеніи [«ein von aussen kommendes Ereignis»], т. е. vis должна безусловно возникнуть *внѣ* предпріятія и лишь въ ея дальнѣйшемъ теченіи должна оказать свое дѣйствіе внутри предпріятія. Въ этомъ смыслѣ событіе, именуемое vis major, есть сила *объективная непредотвратимая*, т. е. непредотвратимая не только силами даннаго предпріятія, но вообще никакимъ мыслимымъ сопротивленіемъ.

И съ такой формулировкой понятія «vis major» мы не можемъ согласиться. Мы рѣшительно протестуемъ противъ внесенія *непредотвратимости* въ опредѣленіе понятія vis major [2]).

---

[1]) *Hafner*. Ueber den Begriff der vis major (1886), стр. 65; *Holder*. Ueber vis major. Krit. Viertelj. XXVI (1884), стр. 535. Изъ старой литературы см. *Glück*. Ausführliche Erläuterungen. Teil. VI (1800), § 490, стр. 120; *Mommsen*. Die Unmöglichkeit der Leistung (1853), § 22, стр. 253; *Puchta*. Pandekten, § 314, стр. 481.—Другую формулировку конструкціи Экснера даетъ *R. Müller-Erzbach*. Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Arch. f. civ. Pr. 106 (1910), стр. 415, 417. Онъ строитъ понятіе vis major съ точки зрѣнія идеи «Gefahrtragung», подъ каковой онъ понимаетъ возможность «die Gefahr zu beherrschen». Vis major есть все то, что не можетъ быть вмѣнено съ точки зрѣнія «Gefährdungshaftung»: «Es ist überall das nach wirtschaftlichen Grundsätzen noch Ausführbare als die Grenze dessen anzusehen, was von einem Unternehmer bei der Bekämpfung der den exponierten Interessen drohenden Gefahren verlangt werden kann» (стр. 415).

[2]) Повидимому, на такую постановку вопроса оказало рѣшающее вліяніе выраженіе римскихъ юристовъ: «vis major, *cui humana infirmitas resistere non potest*» (l. 1 § 4 D. 44, 7). Такая конструкція неправильна, съ точки зрѣнія ученія самихъ римскихъ юристовъ. На самомъ дѣлѣ, римскіе юристы пытались этими внѣшними формулами создать лишь тѣнь соотвѣтствія ученія о vis major съ принципомъ вины. Они пользуются этими выраженіями и тогда, когда приводимые ими примѣры показываютъ, что въ дѣлѣ установленія vis major вовсе не важна отвратимость или неотвратимость явленія, и что часто даже безусловно неотвратимый случай можетъ быть *разсматриваемъ не какъ* vis major, а какъ простой *casus* (ср.

Во-1-хъ, развѣ есть абсолютно непреодолимыя явленія? «Latrones». «hostes», «praedones» могутъ быть укрощены силою оружія, «vis fluminis,—aequarum, maris» можетъ быть обезврежена дамбами. Во-2-хъ, многое нельзя предотвратить при отправленіи промысла и все же не есть «vis major». Напр., стрѣлочникъ теряетъ глазъ отъ искры, вылетѣвшей изъ проходящаго поѣзда. Можно ли утверждать, что дымъ. вырывающійся изъ локомотива и застилающій глаза желѣзно-дорожнаго служащаго, можетъ быть устраненъ? Германскій Рейхсгерихтъ отвѣтилъ—нѣтъ, и все же не призналъ наличности vis major (R. G., Bd. II, стр. 147).

Еще примѣръ. Рѣзкій свистокъ паровоза пугаетъ лошадей, они понесли и причинили вредъ. Рейхсгерихтъ не призналъ здѣсь «höhere Gewalt», хотя не можетъ быть и рѣчи о предотвратимости этого свиста. [R. G. 21 Apr. 1910, Eis. E. XXVII (1910), 1 Heft, № 49].

Или такой случай: вагоновожатый электрическаго трамвая, видя несущійся автомобиль, остановилъ трамвай. Автомобиль врѣзался въ средній вагонъ. Случай былъ непредотвратимъ, съ точки зрѣнія трамвайной эксплоатаціи, однако Рейхсгерихтъ отвергъ здѣсь наличность «höhere Gewalt» [R. G. 4 Febr. 1911, D. I. Z. 15 April 1911, стр. 595].

Такимъ образомъ, критерій *непредотвратимости* совсѣмъ не пригоденъ въ дѣлѣ выработки понятія vis major. Это чувствуетъ самъ Экснеръ, который привноситъ сюда еще формальный признакъ: «prima facie непредотвратимо все, что съ непреодолимой силой вторгается *извнѣ* въ предпріятіе, какъ чрезвычайное событіе И, наоборотъ, prima facie предотвратимо то что возникло *внутри* предпріятія».

Эта теорія не находитъ себѣ подтвержденія въ источникахъ [1]). Она и логически необоснована. Возни-

напр. l. 15 § 2, D. 19, 2), и, обратно, отвратимый случай, напр. «fugae servorum» («qui custodiri non solent» l. 18 pr. D. 13, 6), причисляется къ «casus, quibus resisti non potest».

[1]) Римскіе источники ничего не знаютъ о различеніи *внутри* и *внѣ* предпріятія. Два мѣста, гдѣ упоминается внѣшнее происхожденіе случая [l. 24 § 3 D. 39, 2; l. 30 § 4 D. 19, 2] не указываютъ на это, какъ на существенный моментъ vis major. См. *K. Brunner*. Die Haftung nach bürg. R. und die höhere Gewalt. Bonn. 1904, стр. 78—80.

кает̀ъ вопрос̀ъ: почему границы между «vis major» и «casus» надо опредѣлять̀ по такому случайному моменту, как̀ъ *мѣсто* возникновенія причины явленія? Указаніе Экснера на то, что всѣ несчастія, возникающія *внутри* предпріятія, prima facie отвратимы. не всегда оправдывается. Представимъ себѣ̀ тот̀ъ же случай со стрѣлочникомъ, потерявшимъ глазъ̀ отъ искры паровоза. Случай этот̀ъ непредотвратимъ,- съ этимъ̀ были согласны обѣ стороны и судъ,—а все же онъ имѣетъ свое происхожденіе «внутри предпріятія». Такимъ̀ образомъ, указанный признакъ (мѣсто возникновенія причины явленія) не идетъ̀ всегда рука въ руку съ моментомъ непредотвратимости. Несостоятельно класть̀ какое либо значеніе и въ «необычности» явленія [«ob der fragliche Unfall im gewöhnlichen Leben zu gewärtigen war oder nicht»]. Нападеніе, напр., разбойниковъ̀ въ данной мѣстности и въ данную эпоху можетъ̀ представиться, как̀ъ явленіе не только не неожиданное, а, наоборот̀ъ, ожидаемое и предвидимое, и все же является «vis major»!

III. Теоріи, ставящія понятіе vis major въ связь съ идеей custodia. Критика.

На ряду съ традиціонно противополагаемыми субъективными и объективными теоріями въ новѣйшей литературѣ выростаетъ̀ третье направленіе, ставящее понятіе «vis major» въ тѣсную связь съ идеей «custodia».

Главнѣйшими представителями этого направленія являются: *Windscheid* [1]), *Biermann* [2]), *Baron* [3]) и *Bruck-*

---

[1]) *Windscheid.* Lehrbuch, II, § 384, стр. 399—400.

[2]) *Biermann.* Verhandlungen des 22 Deutschen Juristentages. Bd. IV (1893), стр. 39—44, 57—64.

[3]) *Baron.* «Diligentia exactissima» въ Arch. f. civ. Pr. 52 (1869), стр. 44—96; его же: «Die Haftung bis zur höheren Gewalt», Arch.—Pr. Bd. 78 (1892), стр. 204 сл.; Pandekten (9 изд.) § 237, стр. 422. Авторъ настаиваетъ на томъ, что рецииентъ по источникамъ отвѣчаетъ безъ соображенія вины «custodiae nomine» и приходитъ къ выводу, что т. к. «custodia adversus vim, cui resisti non possit» не помогаетъ, къ vis major надо причислить все «was nach den Verkehrsbegriffen als unüberwindlich zu gelten habe» (стр. 294). Авторъ полагаетъ, что «custodia» была лишь юридическимъ «Denkform» для введенія отвѣтственности за *чужую вину*, и затѣмъ римскіе юристы изъ этой «Denkform» должны были сдѣлать выводъ объ отвѣтственности за случай («niederen Zufall»). «Unüberwindliche Zufall» остается за бортомъ этихъ отвѣтственныхъ случаевъ и есть vis major. «Die Unüberwindlichkeit

ner [1]). Эта теорія все болѣе и болѣе упрачивается въ литературѣ вопроса и вскорѣ, быть можетъ, даже будетъ считаться господствующей, хотя толкованія источниковъ, предложенныя перечисленными мною учеными, не удовлетворили юридическую мысль XX вѣка, и въ новѣйшее время возбужденъ интересъ къ пересмотру и болѣе детальному изслѣдованію римскихъ источниковъ въ указанномъ направленіи.

Изъ новѣйшихъ представителей этого направленія мы можемъ указать на русскаго ученаго проф. *Е. Пассекъ*. Онъ также ставитъ понятія «vis major» и «custodia» въ взаимную связь, но его методологическіе пріемы и конечные выводы и вообще общій характеръ работы отличаетъ его трудъ отъ трудовъ его предшественниковъ. Въ своемъ широко задуманномъ, но не оконченномъ, изслѣдованіи: «Понятіе непреодолимой силы (vis major) въ гражданскомъ правѣ» [Ученыя Записки Императорскаго Юрьевскаго Университета 1901, № 4; 1903, № 2 и 3] проф. Пассекъ анализируетъ всѣ договорныя отношенія, въ коихъ установлена повышенная отвѣтственность должниковъ, именно отвѣтственность и за «custodia», что означаетъ отвѣтственность до предѣловъ «vis major».

Авторъ на первомъ планѣ ставитъ себѣ задачей собрать тексты, указывающіе на повышенную отвѣтственность должника [2]). Затѣмъ, онъ устанавливаетъ

---

ist nicht subjectiv zu fassen» (стр. 294).—Теорія Baron'a встрѣтила меньше всего сочувствія въ литературѣ. Скрытымъ образомъ она ведетъ къ установленію случаевъ, граничащихъ съ culpa levissima. Это сознаетъ, но не желаетъ признать самъ авторъ. Arch. Bd. 52, стр. 45; Bd. 78, стр. 206.

[1]) *Bruckner*. Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis major. München, 1889, § 32, стр. 254 сл., § 33, стр. 282 сл. И въ опредѣленіи содержанія понятія custodia и въ опредѣленіи области примѣненія этого понятія, Брукнеръ даетъ другіе признаки, чѣмъ Баронъ. Онъ причисляетъ къ vis major всѣ несчастія, противъ которыхъ по общему опыту нѣтъ никакихъ цѣлесообразныхъ средствъ отвращенія, или вслѣдствіе силы или вслѣдствіе внезапности, съ которой они наступили. Custodia онъ конструируетъ, какъ «Garantiecustodia». См. въ особенности §§ 16, 17, стр. 134—163.

[2]) Г. Пассекъ (стр. 11) начинаетъ свое изслѣдованіе съ эдикта de recepto, о коемъ выражается такъ: «такъ какъ общій признакъ (безусловная отвѣтственность и за вину и за случай) настолько простъ, что никакихъ затрудненій при его примѣненіи, очевидно, возникать не можетъ, то и степень ясности всей нормы стоитъ въ прямой зависимости отъ второй ея половины, отъ опредѣленія понятія damnum fatale или vis major. Вся задача сводится, слѣдовательно, къ отысканію точнаго критеріл, на осно-

содержаніе этой отвѣтственности. И, наконецъ, замѣчая противорѣчія въ источникахъ, разсматриваетъ и тѣ тексты, въ коихъ *повышенная* отвѣтственность должника уживается съ отвѣтственностью, базированной на принципѣ *легкой вины* (коммодатарія, залогодержателя, арендатора и т. д.). Авторъ пытается устранить эти противорѣчія въ одной части текстовъ историческимъ толкованіемъ; въ другой части—такимъ разсужденіемъ: «если окажется возможнымъ опредѣлить, къ чему, именно, сводится область непреодолимой силы и если окажется, что область эта включаетъ въ себѣ безусловную отвѣтственность лишь за точно опредѣленныя событія, то не трудно представить себѣ, что въ остальномъ кругѣ лежащихъ на должникѣ обязанностей отъ него и не требуется большаго чѣмъ «рачительность хорошаго домохозяина» (diligentia diligentis). При этихъ условіяхъ отвѣтственность до границъ непреодолимой силы можетъ, очевидно, существовать въ одномъ и томъ же юридическомъ отношеніи рядомъ съ отвѣтственностью за легкую вину» (стр. 133).

Правильны ли методологическіе пріемы автора? Намъ думается, что—*нѣтъ!* Авторъ полагаетъ, что логически можно примирить начало *вины* съ началомъ повышенной отвѣтственности *do vis major*.

Непреодолимая сила—де—есть кругъ событій, за который отвѣчаетъ должникъ на ряду съ общимъ принципомъ вины. Это—логически несостоятельное утвержденіе! Если бы лицо отвѣчало за *вину+vis major* (=кругъ точно опредѣленныхъ событій), то, пожалуй, не было бы противорѣчія говорить о совмѣстной отвѣтственности за то и другое. Но коммодатарій и др. отвѣчаютъ за вину+*до* границъ vis major! Иначе говоря, эти должники отвѣчаютъ за вину+за кругъ точно опредѣленныхъ событій, не квалифицируемыхъ самимъ же г. Пассекомъ

ваніи котораго данное событіе могло бы быть отнесено либо къ группѣ, такъ сказать, простыхъ случаевъ, либо къ группѣ тѣхъ, которые должны быть подведены подъ понятіе damnum fatale или vis major».—Безусловную отвѣтственность nautarum авторъ ставитъ въ непосредственную и тѣснѣйшую связь съ понятіемъ custodia (стр. 35). Такимъ путемъ авторъ обѣщаетъ дать представленіе о матеріальномъ содержаніи понятія непреодолимой силы (стр. 106).

за vis major (furtum, rapina и т. д.). Поэтому, вопросъ о существѣ vis major остается открытымъ, [1]) и указанное противорѣчіе неустраненнымъ.

Съ первыхъ же страницъ изслѣдованія г. Пассека надо было предвидѣть, что опредѣленія vis major онъ не дастъ. Въ самомъ дѣлѣ, авторъ нигдѣ не даетъ попытки углубиться въ «ratio legis» повышенной отвѣтственности. Онъ лишь выясняетъ кругъ тѣхъ происшествій, за которыя отвѣчаетъ тотъ или другой отвѣтчикъ [2]).

Выводы автора сводятся къ слѣдующему. Отвѣтственность до предѣловъ vis major нельзя конструировать, какъ отвѣтственность за любой случай утраты или поврежденія вещи. По своему содержанію она есть отвѣтственность за custodia, т. е. безусловная отвѣтственность за опредѣленныя событія, именно: за furtum, rapina, pauperies, fugae servorum qui custodiri solent [damnum iniuria datum сюда не входитъ!] [3]) (стр. 105, 224, 149—150, 162, 238). Это, именно, имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда содержаніе обязательства сводится къ возвращенію должникомъ полученной имъ отъ кредитора индивидуальной вещи (стр. 224, 239).

Итакъ, авторъ, какъ мы видимъ, выясняетъ: *когда* лицо отвѣчаетъ за custodia и *за что* отвѣчаетъ лицо, отвѣчающее въ томъ или другомъ правоотношеніи за custodia. Но что такое *custodia?* Что такое *vis major?* На эти вопросы въ трудѣ Пассека отвѣта мы не находимъ...

Болѣе богатую въ отношеніи выводовъ попытку выяснить понятіе vis major на идеѣ custodia даетъ ори-

---

[1]) Это долженъ признать въ результатѣ долгихъ разсужденій (стр. 133—159) самъ авторъ. Стр. 159: «Если же это такъ и если коммодаторъ дѣйствительно не отвѣчаетъ безусловно даже и по этимъ искамъ, то всѣ доказательства его отвѣтственности до границъ непреодолимой силы сводятся къ выраженіямъ общаго характера, не дающимъ возможности опредѣлить ближайшимъ образомъ содержаніе такой отвѣтственности, а, слѣдовательно, и содержанія понятія непреодолимой силы».

[2]) При этомъ авторъ пользуется главнымъ образомъ такимъ методологическимъ пріемомъ: онъ выясняетъ—имѣетъ ли самъ отвѣтчикъ личные или вещные иски къ правонарушителю (повредителю, похитителю и т. д.). Утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ есть указатель интереса, лежащаго въ основаніи иска: именно, его личная отвѣтственность передъ *его* кредиторомъ.

[3]) Лишь nautae, caupones, stabularii отвѣчаютъ безусловно и за *damnum* (стр. 162 прим.).

гинальное сочиненіе *K. Brunner'a* [ук. соч., стр. 49—52, 61—75].

Бруннеръ въ основу своихъ построеній кладетъ преторскій эдиктъ о receptum. Мотивомъ повышенной отвѣтственности nautarum и т. д. является особое отношеніе довѣрья [l. 1 § 1 D 4, 9: «quia necesse est plerumque fidem eorum sequi et res custodiae eorum committere»] между «recipienti» и «recepti». Эти послѣдніе по необходимости довѣряютъ себя и свои вещи «custodia» содержателей гостинницъ и т. п. Поэтому «nautae» etc. отвѣчаютъ такъ, какъ будто они молчаливо приняли гарантію «custodia» и въ этомъ лежитъ сущность отвѣтственности вплоть до «vis major». Всѣ тѣ, которые отвѣчаютъ до предѣловъ «vis major», «custodiae nomine tenentur» (l. 5 pr. D. 4,9), т. е. vis major опредѣляется границами возможности небезрезультатной «custodia». Въ этихъ случаяхъ, лицо отвѣчаетъ за все, что оно могло обезвредить черезъ личную охрану или черезъ постановку сторожа.

Эта «custodiae praestatio» дѣйствительно есть нѣчто другое, чѣмъ отвѣтственность за diligentia boni patris familias. Важно то, могло ли обязанное къ «custodia» лицо при нормальныхъ условіяхъ оказать *безъ особаго приготовленія* сопротивленіе *внезапно* проявленной противъ него силѣ. То что такая «custodia» фактически вообще не можетъ быть проведена и истребована отъ лица указываетъ на то, что основой отвѣтственности не является здѣсь culpa. «Custodiae praestatio» есть лишь юридическая форма мышленія, которая облегчала римлянамъ ввести въ право отвѣтственность до предѣловъ vis major. Напр., кто либо кладетъ камень на рельсы. Поѣздъ еще—не въ виду. Но камень продолжаетъ лежать и налетѣвшій поѣздъ сходитъ съ рельсъ. Здѣсь нѣтъ—vis major. Ибо камень могъ быть легко устраненъ человѣческимъ вмѣшательствомъ до прихода поѣзда. И не имѣетъ значенія то, что желѣзная дорога тщательно исполнила свою обязанность общей охраны пути черезъ сторожей и стрѣлочниковъ. Но если преступникъ кидаетъ камень въ поѣздъ такъ поздно, что несчастіе

безусловно не могло быть устранено,—мы имѣемъ vis major [1]).

Такова теорія Бруннера. Заслуга Бруннера заключается въ томъ, что онъ доказалъ то положеніе, что, какъ субъективная, такъ и объективная теоріи неизбѣжно ведутъ къ просто *виновной* отвѣтственности, ибо всѣ онѣ касательно требуемаго сопротивленія событію принимаютъ въ разсчетъ не коротко опредѣляемый [непосредственно передъ вторженіемъ силы], а неопредѣленный промежутокъ времени, а потому онѣ должны были вернуться къ вопросу, могло ли данное событіе быть предотвращено или нѣтъ. И такъ какъ онѣ обсуждаютъ эту предотвратимость, то по «предвидимости событія», то по «ожидаемости отъ предпріятія цѣлесообразныхъ мѣръ охраны», онѣ возвращаются къ отвѣтственности изъ *вины*, ибо «vis major» ставятъ въ связь съ идеей, лежащей на предпринимателѣ, какъ таковомъ («mit Rücksicht auf seinen Betrieb»), заботливости.

Надо признать за Бруннеромъ ту заслугу, что онъ поставилъ изученіе спорнаго вопроса въ связь съ бытовыми условіями эпохи и доказалъ неоспоримо, что рѣшающее для введенія «receptum» значеніе имѣло не «Beweisnotstand», какъ думали раньше [Exner], а то, что «necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere» [l. 1 § 1 D. 4. 9]. Съ точки зрѣнія этого историческаго происхожденія receptum'a, методъ автора при отысканіи vis major, какъ внѣшней границы отвѣтственности предпринимателя (l. 3 § 1 D. 4. 9) подкупаетъ насъ своей обоснованностью.

И все же мы полагаемъ, что «custodia», какъ ее понимаетъ авторъ, безконечно съуживаетъ понятіе vis major и ведетъ къ чрезмѣрному расширенію отвѣт-

---

[1]) Еще примѣръ. Машинистъ поражается ударомъ или молніей, предположимъ, вмѣстѣ съ истопникомъ. Здѣсь нѣтъ—«внутренняго» случая. Но для жел. дороги здѣсь нѣтъ «vis major», даже если черезъ это поѣздъ потерпитъ крушеніе. Ибо несчастіе могло быть снова обезврежено черезъ вмѣшательство человѣка, если бы таковой находился на машинѣ. Что такового на машинѣ не было, не можетъ быть вмѣнено въ вину желѣзной дорогѣ, но она все же отвѣчаетъ, ибо *для нея* въ данномъ случаѣ нѣтъ vis major.

ственности реципіента! Многое, весьма многое можетъ быть отвращено черезъ во время принятую «custodia», но все же быть «vis major»! Примѣръ самого же автора (стр. 89): пассажиръ отдалъ въ багажъ бомбу, которая и взрывается. Авторъ говоритъ, что здѣсь—vis major. Почему?! Развѣ несчастіе не могло быть предупреждено (хотя бы въ нашемъ мышленіи) надлежащей и своевременной «custodia»? Если ударитъ молнія въ машиниста и истопника, не можетъ быть рѣчи о даже мыслимой «custodia», по одной простой причинѣ: мѣры осторожности противъ такихъ неожиданныхъ явленій, какъ «vis major» выходятъ за предѣлы технической «custodia», ибо «custodia» предполагаетъ, что наступленіе самого явленія ex ante было предвидимо настолько заблаговременно, что можно было бы приложить безъ приготовленія соотвѣтствующія мѣры охраны. Но о какихъ мѣрахъ охраны можетъ итти рѣчь, когда мчится поѣздъ въ открытомъ полѣ? Правда, авторъ говоритъ, что не важно, выполнимъ ли вообще соотвѣтствующій надзоръ [«gerade darin liegt eben die Haftung über culpa hinaus»!]. Но, съ другой стороны, у автора «custodia» не есть только «юридическая форма мышленія». Онъ вливаетъ въ этотъ терминъ строго опредѣленное содержаніе. Custodia есть «воспрепятствованіе явленію безъ особыхъ приготовленій» (стр. 69). «Vis major опредѣляется границами возможности *не безрезультатной* custodia» (стр. 61). И вотъ, если мы спросимъ: мыслимы ли въ разбираемомъ казусѣ безъ особыхъ приготовленій небезрезультатныя мѣры отвращенія несчастія, мы не можемъ прійти къ другому, какъ къ отрицательному отвѣту. Мы лично предполагаемъ, что въ приведенномъ примѣрѣ (пораженіе машиниста ударомъ молніи) на лицо—vis major. Таково твердое мнѣніе и западноевропейской юриспруденціи (*Eger*, R. H. G., стр. 122).

Лишаетъ практической цѣнности конструкцію Брунера и то соображеніе, что она непріемлема для разрѣшенія вопросовъ, рождаемыхъ современнымъ жел. дорожнымъ правомъ. Ученіе объ отвѣтственности предпринимателя за личный вредъ, причиненный при жел. дорожной эксплоатаціи, получило въ современномъ

правѣ особое развитіе. При настоящихъ бытовыхъ условіяхъ нѣтъ рѣшительно никакого основанія опасаться «nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversos eos, quos recipiunt coeundi» (l. 1 § 1 D. 4. 9). Не тѣ—слава Богу—теперь нравы и не тѣ бытовыя условія! [1]).

Принципъ желѣзно-дорожной отвѣтственности обязанъ, какъ мы неоднократно указывали, идеѣ, родившейся подъ впечатлѣніемъ той *опасности*, которая создана для всѣхъ окружающихъ ростомъ примѣненія силы пара въ XIX вѣкѣ. Гражданская отвѣтственность жел. дор. предпринимателей стала сознаваться, какъ плата—не за получаемыя выгоды [по принципу «cuius commodum, eius periculum»], нѣтъ!—а за саму профессіональную *дѣятельность* лица.

Не трудно понять, что этотъ «ratio legis» не совпадаетъ съ «ratio legis» преторскаго эдикта. Вотъ почему, конструкція Бруннера лишена для насъ практической цѣнности.

III.

Выводы. Наша теорія.

Мы изложили выше два направленія въ литературѣ по вопросу о существѣ «vis major». Представители одного направленія исходятъ изъ идеи, что vis major есть «Божья сила»»: «θεοῦ βία». Представители другого направленія исходятъ изъ идеи, что vis major есть все, что остается за бортомъ отвѣтственныхъ случаевъ, опредѣляемыхъ «ratione legis».

---

[1]) *Motive* [Zu B.G.B., II, стр. 585. Ср. Denkschrift, стр. 91], устанавливая институтъ «receptum», выставляютъ основаніемъ отвѣтственности хозяина гостинницы по § 701 B.G.B. не опасность «cum furibus coeundi», а болѣе современныя и болѣе понятныя для насъ соображенія «Beweisnotstand», или «Haftung für die speziellen Betriebsgefahren» [*Mot.* I, стр. 317 сл.; II, стр. 585]. Ср. къ этому вопросу *Weinand.* Die höhere Gewalt im neueren Reichsrecht (1897), стр. 13—24.

Этотъ авторъ не разсматриваетъ понятіе vis major въ современномъ и въ римскомъ правѣ, какъ единое понятіе, но признаетъ, что имперское законодательство хотѣло рецепировать римское понятіе. Однако, авторъ настаиваетъ на томъ, что вслѣдствіе совсѣмъ различныхъ бытовыхъ условій, римское понятіе «vis major» не можетъ быть для насъ авторитетнымъ.

Вся задача изслѣдователя, съ точки зрѣнія послѣдняго воззрѣнія, сводится къ установленію этой ratio legis. Какъ мы видѣли, всѣ изслѣдователи этого вопроса не могли насъ удовлетворить, такъ какъ они не умѣли правильно установить этотъ ratio legis, или же не точно опредѣляли сущность того отношенія, которое связуетъ отдѣльные случаи съ ratio legis.

Первое же изъ указанныхъ направленій покоится на роковомъ заблужденіи. Представители этого направленія полагали, что vis major есть единое, готовое и законченное понятіе, которое можетъ быть выяснено изъ самого себя.

Этому воззрѣнію мы противополагаемъ наше воззрѣніе, которое мы считаемъ единственно правильнымъ. Мы настаиваемъ на томъ, что строить понятіе vis major надо негативнымъ путемъ: путемъ исключенія. Мы устанавливаемъ: *за что* отвѣчаетъ данное лицо или предпріятіе. *Все, что не связано причинной связью съ этимъ основаніемъ усиленной отвѣтственности, есть vis major*. Посему, мы должны отказаться отъ того, что бы заранѣе установить a priori перечень случаевъ, которые были бы всегда и во всѣхъ случаяхъ «vis major». Въ одномъ и томъ же законодательствѣ въ одну и ту же эпоху можетъ уживаться нѣсколько «непреодолимыхъ силъ», изъ которыхъ каждое имѣетъ свое особое содержаніе: все зависитъ отъ мѣры отвѣтственности и цѣли повышенной отвѣтственности, которую преслѣдовалъ законодатель, устанавливая данный видъ отвѣтственности!

Вотъ почему, повсюду, гдѣ лицо отвѣчаетъ внѣ вины, но эта усиленная отвѣтственность не вытекаетъ изъ опредѣленной ratio legis, въ томъ смыслѣ, что законъ боролся бы съ точно опредѣленнымъ типомъ явленій, стоящихъ въ причинной связи со сферой дѣйствія отдѣльнаго лица,—мы имѣемъ не «vis major» въ техническомъ смыслѣ этого слова, а—широкое понятіе «*casus*», охватывающее всѣ случаи, постигшіе предметъ обязательства, независимо отъ причины ихъ происхожденія [1]).

---

[1]) Вспомнимъ, напр., отвѣтственность должника «in mora». «Mora obligatio perpetuatur» и должникъ отвѣчаетъ «sine dolo malo et culpa» (l. 15 § 3 D. 6. 1). Онъ отвѣчаетъ и за casus («несетъ рискъ гибели

Съ точки зрѣнія нашей теоріи, нельзя и говорить объ историческомъ развитіи понятія vis major. Въ литературѣ вопроса сдѣлалось банальнымъ указаніе на то, что vis major, какъ юридическое понятіе, мѣняется въ своемъ составѣ съ поступательнымъ ростомъ завоеваній техники: ибо то, что напр. римляне считали за «θεοῦ βία» является для насъ не таинственной «божьей силой», а—установленной наукой физики силой природы [«wir haben den Blitz gezähmt»: *Exner*]; поэтому-де-римская конструкція vis major непригодна для современныхъ условій жизни. Съ этими разсужденіями мы не можемъ согласиться. Если vis major есть явленіе не «непреодолимое», а такое, которое стоитъ внѣ причинной связи со сферой эксплоатаціи, то развѣ имѣетъ какое либо значеніе, что силы природы нами не разсматриваются болѣе за таинственную «θεοῦ βία»?! Вѣдь, прервать причинную связь можетъ и не сила природы! При сужденіи о vis major мы пользуемся не естественно физическими понятіями, а понятіями и воззрѣніями оборота!

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣрами. Возьмемъ два вида каузальной отвѣтственности. Держатель животнаго обязанъ возмѣстить ущербъ причиненный животнымъ потерпѣвшему (§ 833 B. G. B. § 1385 Code Civil) Владѣлецъ желѣзно-дорожнаго предпріятія обязанъ вознаградить каждаго потерпѣвшаго за вредъ и убытки, причиненные при эксплоатаціи желѣзной дороги (§ 1 R. H. G., ст. 683 т. X ч. 1). Тотъ и другой отвѣтчикъ

предмета»). Но что такое въ данномъ случаѣ «casus»? Мы не имѣемъ никакого основанія ограничивать отвѣтственность такого должника, выкидывая изъ этого понятія «vis major». Такое ограниченіе было бы совсѣмъ произвольнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, какіе случаи мы должны были бы выкинуть, какъ случаи «vis major?! Это понятіе здѣсь не даетъ себя построить, т. к. для этого нѣтъ базы. Vis major связано съ идеей противоположенія извѣстнаго круга событій объективному основанію каузальной отвѣтственности. Vis major есть все, что не связано причинной связью съ ratio legis. О такой «причинной связи» не можетъ быть и рѣчи въ ученіи о mora. Вѣдь, оправданіе повышенной отвѣтственности должника «in mora» то, что «si ei restituisset, dixtraxisset et pretium esset lucratus» (l. 15 § 3 D. 6. 1). На этой почвѣ строить противоположеніе «vis major» объективному каузальному основанію отвѣтственности невозможно. Вотъ почему, должникъ отвѣтитъ строже, чѣмъ «nautae, caupones, stabularii» за «receptum». Не потому, что онъ отвѣтитъ бы за «vis major въ техническомъ смыслѣ этого слова, а потому, что «рискъ гибели вещи» падаетъ всецѣло на него!

освобождаются отъ отвѣтственности, если докажутъ, что несчастіе случилось или по собственной винѣ потерпѣвшаго, или по *непреодолимой силѣ*. Оба они, какъ видимъ, отвѣчаютъ *внѣ вины*; ихъ отвѣтственность покоится на принципѣ *причиненія* Но, вникая глубже въ основаніе отвѣтственности, мы констатируемъ, что база отвѣтственности *держателя животнаго* шире, чѣмъ база отвѣтственности *жел. дороги*.

Устанавливая строгую отвѣтственность держателя животнаго, законодатель исходилъ изъ того соображенія, что держатель животнаго создаетъ для всѣхъ окружающихъ состояніе опасности, т. е. то состояніе, которое въ извѣстной степени благопріятствуетъ наступленію вреда, и способно вообще создавать его. Устанавливая положительной нормой отвѣтственность его на основѣ «Gefährdungsprinzip», законодатель все же предполагаетъ естественную типическую причинную связь, а не сцѣпленіе ненормальныхъ, исключительныхъ событій. Посему онъ освобождаетъ держателя животнаго отъ отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда вредъ физически происходитъ отъ животнаго, но лежитъ *внѣ общаго предвидѣнія* рачительнѣйшаго и опасливаго добраго хозяина [1]). Для оправданія отвѣтственности съ т. з. «Gefährdungsprinzip» для насъ достаточно, чтобы возможно было предусмотрѣть послѣдствія, какъ *общую возможность* [2]), хотя бы въ конкретномъ случаѣ держатель животнаго абсолютно не могъ предвидѣть, что данное событіе, какъ оно конкретно наступило, должно было имѣть мѣсто [3]).

---

[1]) *Schmoller*. Ueber den K.Z.H. beim Tierschaden. Arch. f. civil. Pr. 98 (1906), стр. 40—47; *Hoffer*. Grund und Grenze der Haftung des Tierhalters (1903), стр. 44—63; *Litten*. Die Ersatzpflicht des Tierhalters (1905), стр. 94—95; *Niemeyer*. Die Haftung, 66—68; *R. G.* 6 Febr. 1902, Bd. 50, стр. 180; 26 Febr. 1903, Bd. 54, стр. 74.

[2]) Этимъ самымъ отличается «Gefährdungsprinzip» отъ принципа вины. Хотя оба эти принципа имѣютъ два общихъ признака: 1) созданіе опасности правамъ третьихъ лицъ, 2) общее предвидѣніе возможности наступленія убытка,—*между ними лежитъ глубокая пропасть*. Для наличности *вины* надо большее, чѣмъ *общую* предвидимость возможности событія, надо —предвидѣніе, именно, конкретнаго случая и наступленія его въ конкретной обстановкѣ.

[3]) Напр. *A* спуститъ съ цѣпи собаку, принадлежащую *B*.—Собака укуситъ прохожаго. Отвѣтственность *B*—внѣ всякаго сомнѣнія. Какъ

Вотъ почему, держатель животнаго отвѣтитъ за каждое дѣйствіе животнаго, даже въ томъ случаѣ, если причиной движенія животнаго была вина третьяго лица. Наоборотъ, держатель животнаго не отвѣтитъ за «vis major», т. е. за тѣ событія, которыя *вообще* непредвидимы, въ указанномъ выше смыслѣ. Это различеніе между вообще предвидимыми и вообще непредвидимыми опасностями представляетъ въ области отвѣтственности за животныхъ границу между обосновывающимъ отвѣтственность *случаемъ* и снимающей отвѣтственность *высшей силой*[1]).

На болѣе узкой базѣ построена отвѣтственность *владѣльцевъ жел. дор. предпріятій.*

Въ нашей монографіи: «Смѣшанная вина и ст. 683 т. X ч. I» (Ярославль. 1910) мы доказали, что отвѣтственность жел. дор. предпринимателя есть *законная* отвѣтственность, основанная на идеѣ *профессіональнаго риска.* Повышенная мѣра отвѣтственности на сторонѣ предпринимателя соотвѣтствуетъ интенсивности связанной съ жел. дор. эксплоатаціей опасности и довѣрію, съ которымъ публика обязана представлять себя ускользающему отъ ея контроля оборудованію и распорядку жел. дор. управленія[2]). Жел. дорожный предприниматель отвѣчаетъ не потому, что онъ *провинилъ* или *могъ провинить* убытокъ, а потому, что онъ *объективно причинилъ* его.

Въ этой идеѣ, какъ она ни проста, кроется все разрѣшеніе проблемы о существѣ «vis major». Настоятельныя потребности оборота выставляютъ идею про-

---

всякій держатель животнаго, онъ долженъ считаться съ мыслимой возможностью, что собака будетъ освобождена, и что она укуситъ. Эта *общая предвидимость*—на лицо. Но въ тоже время, онъ—*вне вины*; онъ сдѣлалъ все, что было въ его силахъ, посадивъ собаку на цѣпь. Предвидѣнія,—того, именно, предвидѣнія конкретныхъ послѣдующихъ событій, которое мы разумѣемъ, говоря о вмѣненіи результата,—у него не было, а потому съ т. з. принципа *вины*, онъ былъ бы свободенъ отъ отвѣтственности! *Dernburg* Bürg. R. II, § 396, стр. 647; *Plank*; II, стр. 618; *Linckelmann.* Die Schadensersatzpflicht. (Berlin. 1898), стр. 87; *Oertmann.* Das Recht der Schuldv. (Berlin, 1906), 570; *Piper.* Verursachen und Verschulden (1902), стр. 32.

[1]) *v. Schey.* Gutachten. II, 46; *Unger.* Handeln auf eigene Gefahr, 33—34; *Windscheid*, II, стр. 578; *Endemann*, Schuldv. § 115, sub 3, стр. 648; *M. Rümelin.* Zufall, стр. 27.

[2]) Ср. Allg. Motiven zum R.H.G. [Eger. R H.G., стр. XVI].

фессіональнаго риска, т. е. отвѣтственность предпринимателя за всякій убытокъ, вызванный опасностью промысла. Тамъ гдѣ несчастіе не стоитъ въ *причинной связи* съ опасностью промысла, нѣтъ мѣста профессіональному риску: предприниматель свободенъ отъ обязанности вознагражденія [1]). Здѣсь — vis major [2]). Такимъ образомъ, важенъ не мѣстный признакъ:— коренится ли несчастіе *въ* предпріятіи *или внѣ* его, а каузальный моментъ: стоитъ ли несчастье въ *причинной связи* съ предпріятіемъ. Въ казусѣ съ машинистомъ, умершимъ отъ разрыва сердца, надо спросить: стоитъ ли разрывъ сердца въ каузальной связи съ эксплоатаціей желѣзной дороги [напр. вслѣдствіе переутомленія машиниста жел. дор. службой] или нѣтъ. Если выяснится, что такой связи нѣтъ, то, хотя явленіе и родилось «im Inneren des Betriebes», оно должно быть разсматриваемо, подобно дѣйствію землетрясенія, какъ «vis major». И солнечный ударъ или ударъ молніи въ жел. дор. служащаго не могутъ быть разсматриваемы, какъ «vis major», если эти силы стоятъ въ причинной связи съ условіями дѣятельности въ данной эксплоатаціи. Напр. мѣсто, на которомъ работалъ рабочій, отличалось повышенной опасностью къ ударамъ молніи [3]).

---

[1]) Вотъ почему, основа отвѣтственности ж. дороги очень узкая, и отвѣтственность ихъ отпадаетъ всякій разъ, какъ несчастіе не обязано силамъ эксплоатаціи, какъ своей причинѣ. Напр., несчастіе вызвано третьими лицами, ж. д. эксплоатаціи не причастными.

[2]) Къ нашей конструкціи приближаются: *Unger*, o. c. Iher. Iahrb. XXX. (1891), стр. 409—417. Онъ исключаетъ изъ vis major тѣ несчастія, которыя «aus der eigenen Schuld des Betriebes entstehen», т. е. «reine Betriebsgefahren», и причисляетъ къ vis major лишь событія «die von aussen her störend auf den Bahnbetrieb einwirken». Къ аналогичнымъ результатамъ приходитъ *Dr. E. Volkmar*. Vis major und Betriebsgefahr. Berlin, 1900 [Rechts—und Staatswissenschaftliche Studien, Heft IX], стр. 56. Авторъ центръ тяжести кладетъ на изслѣдованіе римскихъ источниковъ и проводитъ интересную параллель съ отвѣтственностью по «cautio damni infecti», a° e recepto по римс. праву (стр. 58—77). Ср. еще *Schey*. Gutachten über die Frage ..etc. [Verhandlungen des 22 deutschen Iuristentags.] Bd. II (1892), стр. 62; *Rümelin*. Arch.—Prax. Bd. 90, стр. 202: «Denn dadureh, dass ein Erfolg mit einer vis major in Verbindung gebracht wird, lehnt man eben den Z. H. mit einem bestimmten menschlichen Verhalten ab».—*R. Merkel*. Kollision der rechtn. Interessen, стр. 205.

[3]) Такова и практика германскаго Страхового Присутствія [Unfallversicherungsamtes]—См. у *Dr. C. Kaufmann*. Handbuch der Unfallverletzungen. (Stuttgart. 1893), стр. 34—36.

Итакъ, всѣ несчастія, стоящія въ *объективной причинной связи* съ эксплоатаціей [«Eigenart des Betriebes»], суть «отвѣтственные случаи» [1]). И, наоборотъ, тѣ несчастія «quae non ex re ipsa oriuntur» обязаны явленіямъ «vis major». Непредвидимость, необычность, неотвратимость явленія не играютъ никакой роли въ установленіи «vis major». Точно также не имѣетъ значенія и то, гдѣ родилась причина явленія—*въ* или *внѣ* сферы эксплоатаціи.

Вотъ почему, «extraria vis» должна быть понята не въ спеціальномъ мѣстномъ значеніи возникновенія силы. Важно не мѣсто ея зарожденія, а то—была ли она *дѣйствительная* причина несчастія: «vis extrinsecus» или «vitia quae ex ipsa re oriuntur».—Въ послѣднемъ случаѣ несчастіе лежитъ обоснованнымъ въ своемъ возникновеніи въ техническихъ потребностяхъ эксплоатаціи, въ своеобразіи отправленія послѣдней, и за него отвѣчаетъ предприниматель, даже если онъ сдѣлалъ все мыслимое въ человѣческихъ силахъ для совершенства своей эксплоатаціи. Въ первомъ случаѣ несчастіе лежитъ внѣ причинной связи съ эксплоатаціей и образуетъ «vis major».

Тѣмъ самымъ мы отвергаемъ установившуюся въ наукѣ права и въ судебной практикѣ—западно-европейской и русской—понятіе «виновнаго vis major». Мы, съ одной стороны, возводимъ само явленіе, характеризуемое, какъ «vis major», на степень *самостоятельной причины* явленія; а, съ другой стороны, мы признаемъ самостоятельное каузальное значеніе за такой дѣятельностью (или упущеніемъ), которая обязана небреженію требуемой въ оборотѣ заботливости. Въ послѣднемъ отношеніи мы имѣемъ квалифицированную каузальность *неосторожнаго дѣянія:* вѣдь, послѣднее можетъ охватывать не только рядовыя явленія повседневной жизни, но и случаи «непреодолимой силы»!.

Разъ мы не сливаемъ *вину* лица (culpa) и *высшую силу* (vis major), то мы должны признать въ несчастіи

---

[1]) Надо имѣть въ виду, что наличность этой причинной связи не обусловлена тѣмъ, что «своеобразіе промысла» было *исключительной* причиной несчастія. Достаточно, что черезъ нее было бы положено *одно* изъ условій, къ которому можно отнести убытокъ.

не одну причину (виновный vis major), а двѣ причины (vis major, вина). А это приводитъ насъ въ вопросѣ объ отвѣтственности желѣзной дороги къ такому построенію. Мы должны различать вопросъ о наличности «vis major» отъ вопроса объ отвѣтственности. Надо сначала рѣшить вопросъ: имѣло ли событіе, квалифицированное, какъ «vis major», вредоносныя послѣдствія? И затѣмъ — могло ли это событіе или вредоносныя послѣдствія его быть отвращены отвѣтчикомъ?

Такимъ образомъ, вина получаетъ самостоятельное значеніе *рядомъ* съ «непреодолимой силой». И это побуждаетъ насъ поднять вопросъ—такъ тщательно провентилированный въ западно-европейской литературѣ— о *формахъ взаимнаго отношенія* этихъ факторовъ несчастья.

Мы различаемъ четыре формы.

Во-первыхъ, *вина+vis major* могутъ въ своей совокупности образовать *причину* несчастья.

Напр. жел. дорога виновна въ просрочкѣ въ перевозкѣ груза. Послѣ прибытія грузъ гибнетъ отъ воздѣйствія непреодолимой силы [похищенъ во время ж. д. забастовки и мятежа въ г. Москвѣ]. Здѣсь гибель груза обязана: 1) несвоевременному исполненію договора перевозки (вина)+2) разграбленію его во время народныхъ волненій (vis major) [1]).

Во-вторыхъ, вина (упущеніе) прерываетъ причинную связь между *vis major* и *вредомъ* [2]).

Напр., корабль потерпѣлъ штурмъ, далъ течь. Вмѣсто того, что бы уйти въ гавань, капитанъ пускается въ открытое море и топитъ корабль. Здѣсь корабль погибъ не отъ штурма. Причинная связь прервана черезъ *вину* капитана, которая съ юридической точки зрѣнія и принимается въ соображеніе не *рядомъ* съ vis major, а *исключительно* сама по себѣ.

---

[1]) К. Р. 1907/1 разрѣшилъ вопросъ объ отвѣтственности жел. дороги въ утвердительномъ смыслѣ.

[2]) L. 24 §§ 5, 11 D. 39, 2. Фундаментъ дома подмывается наводненіемъ, а затѣмъ «aedificium vitiosum» рушится благодаря упущенію въ ремонтѣ. Отвѣтственность по damnum infectum наступаетъ.

Въ-третьихъ, болѣе сильная каузальность *вины* поглощаетъ менѣе сильную каузальность «vis major» [1]).

L. 24 § 9 D. 39, 2. Штурмъ опрокидываетъ домъ или дерево, но «vetustate arborum hoc fiebat...» или «ita vitiosae... aedes fuerint, ut qualibet vel minima tempestate ruerint» (l. 24 § 10 D. h. t.).

Въ-четвертыхъ, вина направлена на неотвращеніе или на созданіе самого «vis major» [2]).

L. 1 § 4 D. 44, 7: «sed in *majoribus casibus*, si *culpa* eius interveniat, tenetur» [3]). Напр., перевозчикъ, предвидѣвшій сильный штурмъ, могъ избѣгнуть его, зайдя въ портъ, но не дѣлаетъ этого и топитъ корабль. Отвѣтственность въ этихъ случаяхъ разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ.

§ 2 I. 3, 14: «sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit».

Послѣдняя форма виновности заслуживаетъ особеннаго интереса съ нашей стороны [4]). Какъ мы указали выше, господствующая доктрина сливаетъ *вину* и *vis major* въ одно понятіе «непреодолимая сила», каковымъ выраженіемъ она и опредѣляетъ «vis major». Мы утверждаемъ, что это понятіе есть лишь сокращенное выраженіе для двухъ идей: «vis major» освобождаетъ отвѣтчика лишь при томъ условіи, что нѣтъ *вины* на его сторонѣ. Этотъ выводъ мы считаемъ очень важнымъ.

---

[1]) И обратно: «vis major» можетъ поглотить каузальность вины. Ср. l. 24 §§ 3—4 D. 39, 2: «quo enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit»?

[2]) Въ данномъ казусѣ лицо взяло на подержаніе серебряную посуду для угощенія пріятелей; но беретъ ее съ собою въ путешествіе, и благодаря vis major [naufragium, praedonum incursus] утрачиваетъ ее въ дорогѣ. Онъ отвѣчаетъ—*Dr. E. Volkmar*, o. c. 31—32 объясняетъ этотъ текстъ съ точки зрѣнія «condictio furtiva».

[3]) Ср. l. 21 D. 3, 5; см. еще противоположеніе «fortuitus casus»—«culpa» въ l. 9 § 3; l. 30 § 4 D. 19, 2; l. 23 D. 50, 17. «Casus non praestet, quibus resisti non possit», но привходящая сюда «culpa praestanda est» (l. 18 pr. D. 13, 6); l. 3 § 1 D. 4, 9: «damnum fatale»—culpa. L. 1 § 4 D. 44, 7; l. 11 § 1 D. 19, 2.

[4]) *Ihmer*, o. c. 572; Baron, o. c. Arch.—Prax. 78, 285; *Fischer*, Vis major. Iher. Iahrb. XXXVII, 266, 292 [у него собранъ богатый матеріалъ по римскому праву] допускаютъ, что рядомъ съ *casus* и *vis major* можетъ течь *culpa*. Противъ этого толкованія источниковъ: *E Volkmar*, o. c. стр. 30—40.

Благодаря все растущей техникѣ, многія вредоносныя послѣдствія «высшей силы» могутъ быть избѣгнуты: противъ удара молніей—изобрѣтены громоотводы, противъ сдвиженія скалъ—шуцмауеры и т. д.

Но развѣ это уполномочиваетъ насъ сказать, что, разъ эти послѣдствія предотвратимы, то мы не имѣемъ и «высшей силы»? «*Высшая сила*»—сама по себѣ, а предотвратимость, какъ указатель *вины*—сама по себѣ!

Иллюстрируемъ нашу мысль примѣромъ. Стачка жел. дор. служащихъ остановила движеніе по жел. дорогамъ. Есть ли эта стачка «vis major»? Сенатъ говоритъ—да, если жел. дорога докажетъ, что благодаря стачкѣ убытокъ или несчастіе, проистекающій отъ неисполненія ея обязанности транспортного предпріятія, не могли быть предотвращены (К. Р. 1907 № 1).

Мы утверждаемъ, что эти моменты надо раздѣлить. Во-первыхъ, стихійныя явленія общественной жизни, какъ массовыя стачки и забастовки, обязанныя общимъ волненіямъ въ государствѣ, должны быть, наравнѣ съ стихійными силами природы, квалифицированы, какъ «непреодолимая сила». Желѣзная дорога можетъ предотвратить вредоносныя *послѣдствія* этого событія, напр., наймомъ новыхъ служащихъ на мѣсто выбывшихъ и т. д., но это не мѣшаетъ тому, что само явленіе (причина) было непреодолимой силой [1]).

Съ другой стороны, желѣзная дорога освобождается отъ отвѣтственности лишь при томъ условіи, что она *не виновна* въ неотвращеніи вредоносныхъ послѣдствій «непреодолимой силы». Иначе, мы имѣемъ съ ея стороны *неосторожное* дѣяніе, которому присуща *квалифицирующая* каузальность. Сама «квалификація» каузальности заключается, повторяемъ, въ томъ, что она относится не къ рядовымъ явленіямъ повседневной жизни, а къ внѣшнему случаю [2]).

---

[1]) Въ случаѣ стачки рабочихъ, обязанной общимъ волненіемъ въ государствѣ, первичной причиной нарушенія правильнаго отправленія промысла должно считать эти явленія общественной жизни, а не саму стачку, какъ таковую.

[2]) Ср. ст. 619 и 642 т. X. ч. I. Какъ добросовѣстный, такъ и недобросовѣстный владѣльцы отвѣчаютъ за скотъ павшій во время эпизоотической болѣзни, если будетъ доказано, что имъ не были приняты для предохра-

Далѣе. На ряду съ *винои*, въ новѣйшей законодательной практикѣ, какъ извѣстно, получаетъ все большее и большее признаніе принципъ *профессіональнаго риска*, какъ основа гражд. отвѣтственности. Въ особо опасныхъ предпріятіяхъ (фабричнозаводскихъ, жел. дорож.) законодатель считаетъ справедливымъ привлечь къ отвѣтственности владѣльцевъ ихъ за всѣ несчастія, случившіяся при эксплоатаціи этихъ предпріятій, внѣ всякой идеи [реальной или презюмированной] вины ихъ. «*Опасность промысла*» [Betriebsgefahr] возводится на степень самостоятельнаго каузальнаго момента и особой базы отвѣтственности.

Такъ вотъ, мы, признавая «опасность промысла» въ качествѣ самостоятельнаго каузальнаго момента, должны признать, что не только «квалифицированная каузальность» *неосторожнаго дѣянія* (culpa), но и «квалифицированная каузальность» *опасности промысла* можетъ относиться до *vis major*. Само событіе, взятое отдѣльно, можетъ само по себѣ представиться, какъ vis major.

Но созданное явленіе можетъ принадлежать къ такому *типу явленій*, что съ нимъ въ данномъ промыслѣ можно считаться по обычному ходу вещей: оно не необычно, не исключительно.

Напр. 6-ти лѣтній мальчикъ попадаетъ подъ моторъ на оживленной улицѣ богатаго движеніемъ города и получаетъ увѣчье [1]).

Мы полагаемъ, что въ данной категоріи случаевъ (напр. 2-хъ лѣтній ребенокъ слѣпо бросается подъ

нія его отъ заразы предохранительныя мѣры предосторожности. Эпизоотическія болѣзни могутъ при извѣстныхъ условіяхъ быть *vis major*, и все же къ этой vis major можетъ относиться вина отвѣтчика.

[1]) Германскій Рейхсгерихтъ отрицаетъ здѣсь «höhere Gewalt». *R. G. 12 Juni 1899, Bd. 44, № 9.* Понятіе «höhere Gewalt» предполагаетъ такого рода необычное событіе, съ наступленіемъ котораго нельзя считаться. Эксплоатація электрическихъ трамваевъ на улицахъ большого и богатаго движеніемъ города вноситъ публикѣ новую доселѣ неизвѣстную опасность. Съ другой стороны, причинная связь между эксплоатаціею и несчастьемъ можетъ считаться тогда прерванной, когда несчастье можетъ быть отнесено къ привхожденію событія, которое въ силу своей необычайности по человѣческому предусмотрѣнію не можетъ быть воспринято въ кругъ разсчета, наступленіе котораго по прежнему опыту не можетъ быть ожидаемо. Но безспорно то, что дѣти особенно часто становятся жертвами трамвайнаго движенія, ибо они менѣе всего освоились со спеціальной опасностью новой тяги.

поѣздъ) мы имѣемъ «vis major» (höhere Gewalt), но, на ряду съ этимъ, мы имѣемъ самостоятельный каузальный моментъ: «присущую желѣзно-дорожному движенію опасность промысла». И эта «квалифицированная каузальность» оправдывается здѣсь тѣмъ, что явленіе (увѣчіе малолѣтнихъ на оживленной улицѣ богатаго движеніемъ города) само по себѣ не необычно, оно не шокируетъ наблюдателя, какъ исключительное событіе: оно обязано присущей жел.-дорожной эксплоатаціи опасности.

Еще примѣръ. Необычайно сильный туманъ создалъ скользкость рельсъ; этимъ затруднена остановка поѣзда. Здѣсь—vis major [1]). Но на ряду съ этимъ—и каузальное содѣйствіе «опасности промысла». Здѣсь силы природы послужили причиной явленія, которое, само по себѣ, представляетъ *случающееся и въ обычномъ теченіи вещей* воздѣйствіе внѣшнихъ обстоятельствъ на жел.-дорожную эксплоатацію.

Моментъ обычности и неисключительности не устанавливаетъ здѣсь *причинной связи* между несчастнымъ случаемъ и эксплоатаціей: соотвѣтствующее явленіе квалифицируется нами, какъ vis major. Но, въ тоже время, эта обычность и неисключительность указываетъ на то, что «Betriebsgefahr» проявилъ свое дѣйствіе и къ явленію vis major. Въ самомъ дѣлѣ, конкретное явленіе, чтобы быть «отвѣтственнымъ случаемъ», должно стоять въ такой причинной связи съ «своеобразіемъ предпріятія» что оно обязано послѣднему, какъ своей причинѣ. Если данное конкретное явленіе не отвѣчаетъ этому условію, оно—vis major. Но оно въ тоже время, какъ *типъ* извѣстнаго рода явленій, можетъ быть обычнымъ въ сферѣ желѣзно-дорожной эксплоатаціи и потому стоять въ общей причинной связи съ опасностью промысла.

Этотъ выводъ вполнѣ логиченъ. Если *вина* можетъ относиться къ случаямъ vis major, то почему «*опасность промысла*» не можетъ имѣть этой силы?

---

[1]) R. G. 22 Mai 1885 Bis. E IV, 285; 1 Juni 1885, ibid. IV, 287, отрицаетъ здѣсь наличность высшей силы.

Развѣ принципъ вины и профессіональный рискъ не равноправные факторы отвѣтственности? [1]).

Посмотримъ теперь, находитъ ли наше построеніе понятія непреодолимой силы опору въ дѣйствующемъ русскомъ положительномъ правѣ.

Наши гражданскіе законы противополагаютъ *вину* понятію о *случаѣ*. «Случай» есть дѣяніе, учиненное не только безъ намѣренія, но и безъ всякаго со стороны учинившаго оное неосторожности (ст. 647 т. X ч. 1).

Говоря о неосторожности или небрежности лица, законъ предполагаетъ такое стеченіе обстоятельствъ, которое позволяло «въ естественномъ порядкѣ вещей» «предвидѣть и предотвратить» вредъ (ст. 619 т. X ч. 1).

Однако, относительность этихъ понятій (предвидимость, предотвратимость) дѣлаетъ то, что часто отвѣтчикъ можетъ ссылаться на подобнаго рода стеченіе обстоятельствъ, и—тогда даже, когда, справедливость, казалось бы, требовала именно, повышенную заботливость съ его стороны, и когда, съ другой стороны, споръ съ такимъ отвѣтчикомъ былъ бы особенно труденъ потерпѣвшему контрагенту, въ виду самостоятельности занимаемой послѣднимъ позиціи. Въ этихъ отношеніяхъ законъ *для огражденія интересовъ потерпѣвшаго* считаетъ нужнымъ, *оставаясь на почвѣ принципа вины*, опредѣлить кругъ тѣхъ внѣшнихъ событій, которыя устраняютъ отвѣтственность за неисполненіе договора или требованія закона, или, вѣрнѣе сказать, указать тѣ событія, которыя снимаютъ съ отвѣтчика упрекъ въ виновномъ неисполненіи обязанности. Въ этихъ право-

---

[1]) Наша конструкція даетъ тѣ же выводы, что и практика германскаго Рейхсгерихта. Но она болѣе правильна съ теоретической точки зрѣнія, чѣмъ конструкція Рейхсгерихта. А если бы мы сочли нужнымъ отвергнуть самостоятельную квалифицированную каузальность «опасности промысла» (какъ это имѣетъ мѣсто въ русской ж.-д. судебной практикѣ), то мы должны были бы признать въ этой категоріи случаевъ исключительную наличность vis major и освободить жел. дорогу отъ отвѣтственности. Вотъ почему, мы полагаемъ, что наша конструкція особенно пригодна въ русской ж.-д. судебной практикѣ. Она дала бы здѣсь и новые и справедливые выводы.

отношеніяхъ законъ и *не задается цѣлью повысить отвѣтственность должника до предѣловъ vis major.*

Онъ желаетъ лишь намѣтить тѣ внѣшнія событія, доказать которыя вообще болѣе легко, и наличность которыхъ безспорнѣе всего доказываетъ невиновность отвѣтчика.

Поэтому, было бы грубой ошибкой привлекать эти тексты, [какъ то дѣлаютъ редакторы Проекта Гражд. Уложенія, т. II, стр. 494 сл., т. V, стр. 453 сл.], къ уясненію сущности понятія vis major по дѣйствующему законодательству.

Такъ, это имѣетъ мѣсто въ ст: 633, 684 [1]), 1689, 2105, 2106 т. X ч. 1 [2]), ст. 216, 218 Пол. о Каз. Подр. и Постав. [3]), ст. 2 Общ. Уст. Рос. ж. д. [4]), ст. 529, 779 Уст. Торг. (изд. 1903 г.) [5]) ст. 47 Уст. Кред. (Разд. III) [6]), ст. 49 т. XII Пол. о наймѣ [7]).

---

[1]) Замѣтимъ, что слова ст. 684: «или же стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить» вовсе не имѣютъ въ виду vis major, какъ это думаетъ русская доктрина и судебная практика! Было бы странно, если законодатель говоритъ: «лицо отвѣчаетъ только за *вину*, если только будетъ доказано, что не было непреодолимой силы». [Замѣтимъ еще, что также ст. 619 и 647 т. X, ч. I. ставятъ вопросъ о *непредотвратимости*, какъ признакѣ *случая*, а не vis major!]. Этого не понимаютъ редакторы Проекта Гр. Улож., которые въ ст. 1065 (ст. 1036 изд. 1903 г.) устанавливаютъ принципъ *вины*, какъ основы общегражданской отвѣтственности, а въ ст. 1068 (=ст. 1039 изд. 1903 г.) особо оговариваются: «причинившій вредъ не подлежитъ отвѣтственности, если онъ совершилъ дѣяніе, вслѣдствіе воздѣйствія *непреодолимой силы*»...(!!).

[2]) Статьи *эти* навѣяны боязнью законодателя, что тысячи оговорокъ, коими можетъ оправдаться контрагентъ по запродажной и сохранной записямъ, нарушатъ интересы обманутаго другого контрагента.

[3]) Статьи эти имѣютъ въ виду сохранить наиболѣе энергичнымъ способомъ важные интересы казны отъ всякихъ неожиданностей.

[4]) Ст. 2 говоритъ о томъ, когда *жел. дорога* имѣетъ право отказать въ принятіи къ перевозкѣ пассажировъ, багажъ или грузъ.

[5]) Ст. 779: «Складъ отвѣтствуетъ за утрату или поврежденіе принятаго имъ на храненіе товара, если не докажетъ, что они *не могутъ быть предотвращены средствами склада* и произошли *отъ непреодолимой силы*». (sic!). Здѣсь особенно ясно, что «непреодолимая сила» понимается въ смыслѣ круга событій, явно и безспорно снимающихъ со склада упрекъ въ неотвращеніи вреда средствами склада.

[6]) Ст. 47 также говоритъ о «гибельныхъ случаяхъ», какъ *доказательствѣ событія*. Она, именно, говоритъ о порядкѣ возобновленія утраченныхъ государственныхъ непрерывно доходныхъ билетовъ: ...«Если же таковой билетъ истребленъ будетъ пожаромъ, наводненіемъ, кораблекрушеніемъ, или другимъ гибельнымъ случаемъ, то, *по представленіи о томъ явныхъ доказательствъ, Комиссія*»...

[7]) Ст. 49 перечисляетъ «уважительныя причины» несвоевременнаго прибытія на работу сельскаго рабочаго.

Во всѣхъ этихъ текстахъ рѣчь идетъ о «непреодолимыхъ *препятствіяхъ*», а не о непреодолимой *силѣ*, въ техническомъ смыслѣ «vis major». Говорится о «нечаянности», «чрезвычайности», и внесеніе этихъ признаковъ можетъ быть оправдано тѣмъ, что въ соотвѣтствующихъ статьяхъ рѣчь идетъ объ отвѣтственности за *неисполненіе договоровъ* и здѣсь привнесеніе субъективныхъ моментовъ оправдывается характеромъ обязательства (ср. К. Р. 1907/76).

Лишь въ очень немногихъ текстахъ мы находимъ повышеніе отвѣтственности должника *до предѣловъ vis major*, и только эти тексты должны быть привлекаемы нами для опредѣленія понятія «непреодолимой силы» по русскому праву. Мы имѣемъ въ виду ст. 92, 96, 102 Общ. Уст. Росс. жел. дорогъ и ст. 683 т. X ч. I и законы о профессіональномъ рискѣ: зак. 2 іюня 1903 г. и др. [1]).

И вотъ, изслѣдованіе этого матеріала убѣждаетъ насъ въ томъ, что нашъ русскій законодатель стоитъ всецѣло на той точкѣ зрѣнія, которую мы защищаемъ.

Въ старой редакціи ст. 683 т. X ч. I (изд. 1857 г.) не содержится указанія на непреодолимую силу, какъ на факторъ, снимающій отвѣтственность съ жел. дороги. Это указаніе было излишне, такъ какъ вся отвѣтственность жел. дороги была основана на *принципѣ вины*. Жел. дорога отвѣчала за «каждое случившееся на жел. дорогѣ несчастіе, когда оно произошло отъ причинъ, предусмотрѣнныхъ при отправленіи или движеніи поѣзда, но не отвращенныхъ принятіемъ надлежащихъ мѣръ, или, когда оно вообще могло быть предусмотрѣно, но оставлено безъ вниманія». Отсюда—логическій выводъ: жел. дорога не отвѣчаетъ, «когда случившееся на жел. дорогѣ несчастіе произошло отъ такихъ причинъ, которыхъ нельзя было предотвратить никакими мѣрами предусмотрительности и осторожности».

---

[1]) Законъ 2 іюня 1903 г. о вознагражденіи за увѣчіе и смерть въ промышленныхъ заведеніяхъ частныхъ и общественныхъ. Ср. еще законы о вознагражденіи за увѣчье и смерть въ промышленныхъ заведеніяхъ казенныхъ управленій: 9 іюня 1904 г., 6 іюня 1905 г., 19 декабря 1905 г., 6 марта 1906 г. и 19 апрѣля 1906 г.

Въ этомъ построеніи, очевидно нѣтъ мѣста «непреодолимой силѣ». Жел дорога не отвѣчала за меньшее (casus), зачѣмъ же указывать на бо́льшее?!..

На другихъ началахъ построена ст. 683 т. X ч. 1 по закону 25-го января 1878 г. (т. X ч. I, по прод. 1879 г.). Въ Государственномъ Совѣтѣ, обсуждавшемъ соотвѣтствующій законопроектъ, было «признано удобнѣйшимъ» исправность бывшаго въ поѣздѣ подвижного состава не показывать въ числѣ причинъ, устраняющихъ обязанности предпринимателя вознаграждать потерпѣвшихъ вредъ при эксплоатаціи жел. дороги [1]).

Принципъ *вины*, какъ основа гражданской отвѣтственности жел дороги, былъ замѣненъ принципомъ *причиненія*. Вмѣстѣ съ тѣмъ, опредѣляется кругъ отвѣтственныхъ случаевъ и кругъ причинъ, снимающихъ отвѣтственность съ жел. дороги. Жел. дорога отвѣчаетъ за вредъ и убытки, «*причиненные эксплоатаціею* жел. дор. сообщеній», и не отвѣчаетъ за вредъ и убытки, причиненные не эксплоатаціею, а или 1) *непреодолимой силою* или 2) виной потерпѣвшаго [2]).

Иначе говоря, непреодолимая сила есть все то, что не стоитъ въ объективной *причинной связи* съ силами жел.-дорожной эксплоатаціи. Этотъ выводъ диктуется самимъ ratione legis, лежащимъ въ основѣ ст. 683 т. X ч. I.

Усиленная отвѣтственность желѣзной дороги обязана повышенной опасности, угрожающей жел.-дор. эксплоатаціей всѣмъ, имѣющимъ нужду войти съ нею въ соприкосновеніе (профессіональный рискъ),—за бортомъ отвѣтственныхъ случаевъ останутся всѣ несчастія, не входящія въ рамки этого профессіональнаго риска. Посему, указаніе на непреодолимую силу, какъ на снимающую отвѣтственность причину, можно сказать,

---

[1]) См. наше изслѣдованіе: «Смѣшанная вина и ст. 683 т. X. ч. 1» [Ярославль, 1910], стр. 22.

[2]) Ст. 683 т. X ч. 1 говоритъ: «причиненныхъ *при* эксплоатаціи». Ст. 92 Общ. Уст. ж. д. говоритъ: «причиненныхъ *эксплоатаціею* ж. дорогъ». Ст. 683 т. X ч. 1 допускаетъ lapsus, говоря объ освобождающихъ основаніяхъ: а) *не по винѣ* управленія... b) вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы. Ст. 96 и 102 Уст. ж. д. говорятъ болѣе точно: 1) *по винѣ* потерпѣвшаго, 2) отъ непреодолимой силы. См. наше изслѣдованіе, ук. соч. стр. 38—57.

содержится дважды въ ст. 683 т. X ч. I. Одинъ разъ—молчаливо оно предполагается въ п. 1 ст. 683, гдѣ устанавливается принципъ, на которомъ основана отвѣтственность желѣзной дороги (принципъ *причиненія* несчастія *эксплоатаціей*). Другой разъ—verbis expressis въ п. 2, гдѣ законъ повторяется въ цѣляхъ большей ясности. П. 2 говоритъ не больше того, что скрыто въ п. 1: законъ не примѣнимъ въ тѣхъ случаяхъ, когда причина несчастнаго случая лежитъ внѣ профессіональнаго риска жел.-дор. предпринимателя.

Блестящее подтвержденіе этому утвержденію мы находимъ въ ст. 1 и 2 Закона 2 іюня 1903 года «о вознагражденіи за увѣчье и смерть въ промышленныхъ заведеніяхъ частныхъ и общественныхъ».

Ст. 1 гласитъ:

«При несчастныхъ случаяхъ въ предпріятіяхъ фабрично-заводской горной и горнозаводской промышленности владѣльцы предпріятій обязаны вознаграждать, на основаніи правилъ, изложенныхъ въ статьяхъ 2—53 сего приложенія, рабочихъ, безъ различія ихъ пола и возраста, за утрату долѣе, чѣмъ на три дня, трудоспособности отъ тѣлеснаго поврежденія, *причиненнаго имъ работами по производству предпріятія или происшедшаго вслѣдствіе таковыхъ работъ*»...

Ст. 2 гласитъ:

«Владѣлецъ предпріятія освобождается отъ обязанности вознаграждать рабочихъ и членовъ ихъ семействъ только въ томъ случаѣ, если докажетъ, что причиною несчастнаго случая были злой умыселъ самого потерпѣвшаго или грубая неосторожность его, не оправдываемая условіями и обстановкою производства работъ».

Въ основѣ ст. 1, устанавливающей отвѣтственность владѣльцевъ промышленныхъ предпріятій, положенъ принципъ *профессіональнаго риска*. Владѣлецъ промышленнаго предпріятія отвѣчаетъ за всѣ несчастные случаи, которые вызваны причинами, предусмотрѣнными въ ст. 1 и не отвѣчаетъ за тѣ несчастные случаи, которые лежатъ внѣ профессіональнаго риска предпринимателя. Онъ отвѣчаетъ за тѣлесныя поврежденія, «*причиненныя рабочему работами по производству предпріятія или*

происшедшаго вслѣдствіе таковыхъ работъ». Онъ не отвѣчаетъ [«освобождается», какъ неточно говоритъ ст. 2, желая сообразоваться съ редакціей ст. 683 т. X ч. I], если докажетъ, что причиной несчастнаго случая были такія то формы виновности на сторонѣ потерпѣвшаго. Указаніе на послѣднее было необходимо, ибо иначе на судебную практику была бы переложена работа, которая должна быть произведена законодателемъ: разграниченіе формъ виновности потерпѣвшаго, поглощаемыхъ понятіемъ профессіональнаго риска [легкая вина, тяжелая вина] и выходящихъ изъ рамокъ профессіональнаго риска (злой умыселъ; тяжелая вина, не оправдываемая условіями производства).

Наоборотъ, что касается *непреодолимой силы*, то законодатель не счелъ даже нужнымъ verbis expressis оговариваться о ней въ ст. 2, и не потому, что непреодолимая сила входила бы въ профессіональный рискъ, или не потому что она не входила бы въ это понятіе, но законодатель допустилъ пробѣлъ, редактируя ст. 2, а—потому, что указаніе на vis major, какъ на обстоятельство, снимающее съ патрона отвѣтственность, содержится «implicitement» уже въ ст. 1 этого закона, въ которой говорится, что тѣлесное поврежденіе должно быть «причинено работами или произойти вслѣдствіе работъ». «Нѣтъ, повидимому,—говоритъ Государственный Совѣтъ—надобности и особо оговаривать въ законѣ случаи освобожденія предпринимателей отъ обязанности уплачивать вознагражденіе за увѣчіе рабочихъ... при воздѣйствіи стихійныхъ силъ». Въ самомъ дѣлѣ, «если вліяніе непреодолимой силы проявилось вслѣдствіе работъ, то несчастный случай, отъ сего происходящій, подойдетъ подъ указанное выше опредѣленіе, если же стихійныя силы дѣйствовали внѣ всякой зависимости отъ работъ предпріятія, то, безъ сомнѣнія, не можетъ быть и рѣчи о вознагражденіи за увѣчіе, получаемое имъ отъ такого несчастнаго случая»[1]).

---

1) Цитирую по работѣ сенатора бар. *А. М. Нолькенъ*. Законы о вознагражденіи за увѣчье и смерть въ промышленныхъ заведеніяхъ. Спб. 1911, стр. 70. См. еще *В. П. Литвиновъ-Фалинскій*. Новый законъ о вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ, (Спб. 1910), стр. 101—104.

И въ объяснительной запискѣ Министерства Финансовъ (стр. 141 и 142) положительно сказано: «въ виду этого и принимая во вниманіе то обстоятельство, что обязанность доставлять вознагражденіе потерпѣвшимъ рабочимъ опредѣлена въ проектѣ закона прямымъ указаніемъ на случаи, происшедшіе... вслѣдствіе производства рабочими работъ въ промышленныхъ заведеніяхъ, врядъ ли представлялось бы необходимымъ еще особое указаніе на то, что случаи, происшедшіе не... вслѣдствіе производства рабочими работъ, къ числу которыхъ относятся и случаи, вызванные проявленіемъ стихійныхъ силъ, не влекутъ за собою обязанности предпринимателей вознаграждать потерпѣвшихъ рабочихъ» [1]).

Мы можемъ привѣтствовать то радостное явленіе, что, наконецъ то въ XX вѣкѣ русскимъ юридическимъ міромъ усвоена правильная концепція понятія «vis major», но мы не можемъ не отмѣтить того, что починъ въ этомъ отношеніи принадлежитъ не доктринѣ, а законодателю. Не теоретики—юристы указали законодателю правильную формулировку понятій «профессіональнаго риска» и «непреодолимой силы» и ихъ взаимнаго отношенія [2]), а законодатель самъ безъ помощи русскихъ ученыхъ силъ дошелъ «своимъ умомъ» до правильной конструкціи и далъ матеріалъ для построенія юристамъ—комментаторамъ [3]).

Въ нашей русской литературѣ, на сколько намъ извѣстно, впервые на почвѣ толкованія закона 2 іюня 1903 года [4]) разрабатывается понятіе непреодолимой силы при помощи тѣхъ методологическихъ пріемовъ, которые мы защищаемъ въ настоящей статьѣ, какъ единственно правильные.

Моментъ «*непреодолимости*», ставшій банальнымъ во всѣхъ господствующихъ опредѣленіяхъ понятія vis

---

1) Бар. *А. М. Нолькенъ*. Ук. соч., стр. 70, прим. 44.

2) См. нашу работу «*Смѣшанная вина и ст. 683 т. X ч. I*», стр. 5 и сл., passim.

3) См. цитированный трудъ бар. *А. М. Нолькенъ*, стр. 69 и сл.; *В. П. Литвиновъ-Фалинскій*, Новый законъ о вознагражденіи увѣчныхъ рабочихъ. Спб. 1910, стр. 101 сл.

4) На почвѣ толкованія *ст. 683 т. X ч. I* см. цитированную нашу работу, стр. 162—174.

major, выбрасывается за бортъ. Если бы мы пожелали настаивать на томъ, что vis major есть проявленіе высшей силы, какъ явленія, характеризуемаго непреодолимостью его, то «всѣ несчастные случаи, кои не могли быть предотвращены, не вошли бы въ категорію тѣхъ, за которые устанавливается отвѣтственность, хотя бы причины ихъ лежали въ самомъ производствѣ и изъ него проистекали. Благодаря этому, понятіе высшей силы мало чѣмъ отличалось бы отъ простой случайности, которую нельзя было преодолѣть, а изъ предѣловъ отвѣтственности предпринимателей были бы исключены всѣ тѣ случаи, кои не могли быть предотвращены, несмотря на принятіе возможныхъ мѣръ предосторожности» [1]).

Къ такого рода сліянію понятія *непреодолимой силы* и понятія *случайности* ведетъ настоящая судебная практика по примѣненію ст. 683 т. X ч. I, которая признаетъ непреодолимую силу повсюду, гдѣ несчастіе обязано причинѣ *«которую нельзя было предотвратить никакими мѣрами предусмотрительности или осторожности»* (К. Р. 1887/69; 1893/87).

Такое распространительное толкованіе словъ ст. 683: «вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы» обязано тому, что наша судебная практика не усвоила себѣ сущности принципа *профессіональнаго риска* [2]), изъ котораго и должно выводиться понятіе «vis major».

Можно надѣяться, что новое теченіе, которое пробивается на базѣ толкованія закона 2 іюня 1903 года, окрѣпнетъ и завоюетъ сознаніе юристовъ-практиковъ, и тогда будетъ устранена та прискорбная и ничѣмъ не оправдываемая несогласованность между судебной практикой по примѣненію ст. 683 т. X ч. I и судебной практикой по примѣненію закона 2 іюня 1903 года. Оба закона построены на одной идеѣ профессіональнаго риска и потому mutatis mutandis понятіе vis major должно быть *одно* въ той и другой области.

---

1) Объясн. Зап. М. Ф. стр. 142 сл. [Цитирую по *Литвинову-Фалинскому*, ук. соч., стр. 103—104].

2) См. нашу цитиров. работу, стр. 38—57, 108—154.

Выше мы установили то положеніе, что не только *вина*, но и *опасность промысла* [какъ основа профессіональнаго риска] можетъ относиться до vis major. Въ обоихъ случаяхъ отвѣтственность наступитъ, хотя непосредственной причиной, создавшей несчастье, была «непреодолимая сила». Для отпаденія отвѣтственности надо, что бы непреодолимая сила была не только непосредственной, но и *единственной* причиной несчастія. Если несчастіе вызвано и «опасностью промысла» и «непреодолимой силой», въ какомъ бы сочетаніи эти основанія отвѣтственности ни сплетались бы другъ съ другомъ,—отвѣтственность наступитъ въ силу ст. 1 закона 2 іюня 1903 года!

Приведу въ качествѣ авторитета мнѣніе барона *А. М. Нолькенъ* [ук. соч., стр. 72—73]. «Совокупное дѣйствіе внѣшней силы и условій производства работъ не можетъ сложить съ предпринимателя отвѣтственности по закону 2 іюня 1903 г. Если рабочій по условіямъ и обстановкѣ производства работъ подвергается опасности разрушительнаго воздѣйствія на его здоровье и жизнь внѣшней силы, то совершенно независимо отъ того, приняты ли были владѣльцемъ предпріятія мѣры для огражденія рабочаго отъ такой опасности, и вообще могъ ли онъ принимать какія либо въ семъ отношеніи мѣры,—опасность эта подлежитъ учету со стороны предпринимателя, и онъ долженъ отвѣчать за послѣдствія этой опасности по началу профессіональнаго риска. Въ частности опасность отъ огня свойственна всякому промышленному производству—даже такому, которое дѣйствуетъ не при посредствѣ паровой или электрической силы—въ силу одного того обстоятельства, что работа производится въ закрытомъ помѣщеніи и при участіи многихъ людей. Поэтому по какой бы то ни было причинѣ ни возникъ пожаръ въ промышленномъ заведеніи, то пожаръ самъ по себѣ, если онъ является причиною несчастій съ рабочими, никакъ не можетъ служить основаніемъ для освобожденія владѣльца предпріятія отъ отвѣтственности по закону 2 іюня 1903 г., если имѣются на лицо остальныя условія для возникновенія такой отвѣтственности».

Эта конструкція начинаетъ рецепироваться и новѣйшей судебной практикой. Такъ, Прав. Сенатъ въ К. Р. 1909 № 59 высказалъ: основаніемъ отвѣтственности владѣльца фабрично-заводскаго предпріятія служитъ не вина хозяина предпріятія, а профессіональный рискъ, создаваемый работами по производству предпріятія. Государственный Совѣтъ (отчетъ за 1902—3 гг) прямо призналъ, что предприниматель долженъ нести отвѣтственность и тогда, когда несчастный случай произошелъ отъ непреодолимой силы природы; необходимо только, что бы вліяніе этой силы проявлялось вслѣдствіе работъ, а не стояло внѣ всякой зависимости отъ работъ предпріятія.

Мы можемъ, такимъ образомъ, на основаніи вышеизложеннаго утверждать, что наша конструкція «vis major» во всѣхъ своихъ деталяхъ находитъ опору въ дѣйствующихъ русскихъ законахъ.