

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В.ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Лухманов Максим Иванович

**МОДЕЛЬ ДЕЛИКТНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СИТУАЦИЯХ
АЛЬТЕРНАТИВНОЙ ПРИЧИННОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ**

5.1.3 «Частно-правовые (цивилистические) науки»

(12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право)

Диссертация на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Научный руководитель:

доктор юридических наук, доцент

С.В. Третьяков

Москва - 2022

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА 1. ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ АЛЬТЕРНАТИВНОЙ ПРИЧИНОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ В ДЕЛИКТНОМ ПРАВЕ.....	20
§ 1. Проблема выбора между единоличной ответственностью, множественностью делинквентов и отказом в иске: убеждение и вероятность	20
§ 2. Понятие и признаки альтернативной причинной неопределенности	33
§ 3. Основные источники альтернативной причинной неопределенности.....	41
§ 4. Анализ основных аргументов в пользу принципиального вменения ответственности (против полного отказа в иске).....	49
ГЛАВА 2. ПРОПОРЦИОНАЛЬНАЯ И СОЛИДАРНАЯ МОДЕЛИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СИТУАЦИЯХ АЛЬТЕРНАТИВНОЙ ПРИЧИНОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ.....	93
§ 1. Критика модели пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения вреда.....	94
§ 2. Анализ доктрины потери шанса (<i>loss of chance</i>) как решения проблемы альтернативной причинной неопределенности.....	134
§ 3. Критика и апология солидарной ответственности как решения проблемы альтернативной причинной неопределенности.....	149
§ 4. Основание и пределы применения модели пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения вреда, в ситуации, когда хотя бы одна альтернативная причина лежит в сфере ответственности потерпевшего.....	178
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	197
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ.....	200

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Проблемы причинно-следственной связи приобрели актуальность в частном праве на самых ранних этапах его развития. Задолго до серьезной концептуализации, обобщения и глубокого анализа вопросы причинности в праве и материальной действительности оказались на повестке юридической практики. Актуальность данной проблематики для развития правовой системы невозможно переоценить: деликтное право захватывает в сферу своей защиты первостепенные субъективные права, блага и интересы, обеспечивающие существование свободной личности в обществе. В свою очередь, участие субъекта в гражданском обороте, прежде всего посредством добровольного (договорного) обмена, становится тем более защищенным, чем надежнее охраняется правовая сфера лица от произвольных вторжений в нее третьих лиц и недобровольного обмена. В этой системе защиты причинная связь выступает необходимым условием ее осуществления, так что понимание данного элемента гражданско-правовой ответственности во многом предопределяет уровень предсказуемости правовых последствий человеческого поведения и границы личной свободы.

Одной из наиболее сложных областей деликтного права вообще и учения о причинной связи в частности принадлежат ситуации причинной неопределенности, или осложненной причинно-следственной связи. В отечественной литературе можно встретить несколько вариантов классификации всех случаев причинной неопределенности. Например, С.В. Назариков выделяет альтернативную причинность (включая случаи альтернативности потерпевших) и кумулятивную причинность (включая опережающую причинность)¹; Д.О. Епихина в своем исследовании последовательно обсуждает альтернативную причинность, кумулятивную

¹ Назариков С.В. Некоторые теоретические и практические аспекты причинно-следственной связи в контексте деликтной ответственности // Вестник гражданского права. 2016. № 6. С. 173, 183–193.

причинность и опережающую причинность¹; В.С. Михайлов рассматривает альтернативную причинность (включая в нее случаи утраты шанса на благоприятный исход), кумулятивную причинность, опережающую причинную связь и вытесняющую причинную связь, отдельно обсуждает проблему перерыва причинной связи².

Как видно из изложенного, разновидностью категории неопределенной причинно-следственной связи является ситуация альтернативной причинной неопределенности, или альтернативной каузальности. Данная ситуация возникает, когда перед судом установлена ограниченная группа из нескольких возможных причин вреда, среди которых достоверно есть одна или несколько фактических причин вреда, однако установить фактическую причину вреда из группы альтернативных причин в соответствии с обязательным в данной процессуальной форме стандартом доказывания для суда в состязательном процессе невозможно³. Дошедшая до нас заочная полемика великих римских

¹ Епихина Д.О. Ответственность за совместно причиненный вред // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. С. 95–97.

² Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения // Вестник гражданского права. 2018. № 3. С. 113–157.

³ См. для сравнения в зарубежной литературе: Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. P. 631 («Термин “альтернативная причинно-следственная связь” используется для описания случаев причинной неопределенности, когда более чем один фактор потенциально мог привести к причинению вреда, но невозможно установить, какой из них фактически вызвал его»); German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). Munich/Baden-Baden: C.H. Beck/Nomos, 2020. P. 1634 (автор комментария к § 830 ПГУ – U. Magnus: «Альтернативная причинная связь обозначает ситуацию, в которой вклад каждого вовлеченного лица по отдельности мог причинить тот вред, который последовал, но остается не установленным, кто из двух или более участников фактически причинил вред»); Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Wien: Jan Sramek Verlag KG, 2012. P. 140 («Проблема здесь заключается в том, что потерпевший претерпевает ущерб, который определенно был причинен либо событием 1, либо событием 2, но невозможно установить, какое из этих событий на самом деле было причиной»); Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues // Chicago-Kent Law Review. 2016. Vol. 91. Iss. 2. P. 587 («Альтернативная причинная связь представляет собой ситуацию, когда существуют два и более конкурирующих объяснения того, как вред потерпевшего был причинен, и деликтное поведение ответчика выступает частью одного объяснения, но не частью другого (других)»). Ст. 3:103(1) Принципов Европейского деликтного права (Principles of European Tort Law, *PETL*) описывает альтернативную причинную неопределенность как ситуацию множества деяний (*multiple activities*), когда каждое из них в отдельности было бы достаточно для причинения вреда, но остается неопределенным, какое деяние фактически причинило вред. См.: European Group on Tort Law. Принципы европейского деликтного права. URL: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/296/PETLRussian.pdf> (дата обращения: 14.08.2022). См. также ст. VI.-4:103 Модельных правил Европейского частного права (Draft Common Frame of Reference, *DCFR*) («Альтернативные причины»): «Если юридически значимый вред мог быть причинен любым одним или более чем одним из числа явлений, за которые отвечают различные лица, и установлено, что вред был причинен одним из этих явлений, но не установлено, каким именно...» (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference / Ed. by C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke.

юристов Юлиана и Ульпиана на страницах Дигест показывает, что ситуации альтернативной каузальности начали возникать еще на заре развития деликтного права¹, однако в обобщенном виде данная проблема анализируется в литературе, ставится на нормативном уровне и обсуждается в судебной практике всего не более пары столетий.

Дополнительно обостряют проблематику альтернативной причинной неопределенности основополагающие принципы и структурные ограничения базовых категорий классического деликтного права *de lege lata*, а также традиционные процессуальные правила доказывания и процессуального познания суда в состязательном цивилистическом процессе, последовательное применение которых первоначально вело к отказу в возмещении вреда потерпевшему. Интуитивно осознаваемая несправедливость такого подхода в отсутствие широкого развития публично-правовых систем возмещения вреда по принципу общественного страхования заставила судебную практику и литературу искать иные способы решения проблемы альтернативной каузальности, обосновывая их релевантность существующей правовой системе или выступая за ее коренную перестройку в соответствии с новыми началами.

Степень научной разработанности темы. Проблема альтернативной причинной неопределенности не получила обстоятельной разработки ни в

Full Edition. Sellier, 2009. URL: http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf (дата обращения: 14.08.2022)). В том же ключе см.: Bydlinski F. Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität / Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979 / Ed. by O. Sandrock. Berlin, Boston, De Gruyter, 2020. S. 3ff.; Kruse C. Alternative Kausalität im Deliktsrecht. Eine historische und vergleichende Untersuchung. Berlin: Lit Verlag, 2006. S. 1–3; von Tuhr A. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Erster Halbband. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1924. S. 79; van Dam C. European Tort Law. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 329–330; Steel S. Proof of Causation in Tort Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. P. 139; Osborne P.H. The Law of Torts. 5th Edition. Toronto: Irwin Law, 2015. P. 62–63. В российской литературе см.: Гражданское право: учебник. В 4 т. Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Т. 1: Общая часть. М., 2019. С. 528 (автор гл. 13 – А.А. Ягельницкий); Назариков С.В. Указ. соч. С. 184; Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 113; Епихина Д.О. Указ. соч. С. 95–96, 99–100, 103–104, 108–109.

¹ См. D. 9.2.11: «Ульпиан в 18-й книге «Комментариев к эдикту». <...> Если несколько лиц наносили рабу удары (от которых раб умер), то посмотрим, отвечают ли все за убийство. И если будет установлено, от чьего удара погиб раб, то он (нанесший этот удар) отвечает за то, что убил; если это не обнаружено, то, как говорит Юлиан, все отвечают за то, что убили, и если иск предъявлен к одному, то другие не освобождаются. Ведь согласно Аквилеву закону, если один привлекается к ответственности, другой не освобождается, если на нем лежит вина». См.: Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. 2-ое изд. М., 2008. С. 399 (авторы перевода – Т.А. Бобровникова, И.С. Перетерский). Анализ данного фрагмента в современном контексте со ссылками на литературу см. ниже в § 2 главы 1 настоящей работы.

дореволюционной, ни в советской цивилистической литературе. Причины этого, по-видимому, различны для отечественной науки дореволюционного и советского периодов.

Бурное развитие отечественной частноправовой доктрины на рубеже XIX-XX вв. совпало с первыми результатами обобщения и осмысления ситуаций альтернативной каузальности за рубежом. Уже в мотивах к Проекту гражданского уложения Российской империи 1899 г. (Проект ГУ РИ) видно, что его составители были прекрасно осведомлены о содержании и значении предл. 2 абз. 1 § 830 Германского гражданского уложения (ГГУ), которое считается первым успешным примером решения проблемы альтернативной каузальности на позитивно-правовом уровне. Однако в отсутствие серьезных разработок этой темы в отечественной доктрине составители Проекта ГУ РИ «вложили» решение проблемы альтернативной причинной неопределенности в общую норму о солидарной ответственности за совместное причинение вреда (ст. 1076 ред. 1899 г.¹, ст. 2612 сводной ред. 1905 г.²), без специальной оговорки, подобной предл. 2 абз. 1 § 830 ГГУ, и дополнительных объяснений, выделявших специфику и основание деликтной ответственности в данной группе ситуаций. Проблема альтернативной каузальности действительно тесно связана с категорией совместного причинения вреда, и эта взаимосвязь была запечатлена в предл. 2 абз. 1 § 830 ГГУ. С учетом того, что ответственность за совместное причинение вреда уже получила к тому времени относительно подробную разработку в российской литературе³, нормативное решение, избранное составителями Проекта ГУ РИ, может быть обосновано контекстом состояния отечественной доктрины того времени и естественным стремлением уместить

¹ Гражданское уложение. Кн. 5. Обязательства. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Т. 5. Ст. 937–1106 с объяснениями. СПб, 1899. С. 514–515.

² Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского уложения. СПб, 1905. С. 250.

³ См., например: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. М., 2003 («Классика российской цивилистики»). С. 564; Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. IV: Отдельные обязательства. СПб., 1904. С. 428–430, 433–438, 499–500; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 584; Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. II: Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев, 1915. С. 241.

новые ситуации и категории, постепенно проникавшие в российский цивилистический дискурс, в устоявшуюся систему понятий.

Однако восприятие и освоение передового зарубежного опыта, в том числе в вопросах альтернативной каузальности, оказалось прервано событиями 1917 г. Советская доктрина, наследуя дореволюционной литературе, немало внимания уделяла вопросам деликтной ответственности за совместно причиненный вред¹, но практически не затрагивала случаи альтернативной каузальности², не рассматривая их как материально-правовую и нормативную проблему для советского деликтного права. Представляется, что недостаточное внимание советской литературы к проблематике альтернативной каузальности невозможно объяснить только лишь прерванным процессом обмена и коммуникации или возросшим языковым барьером. Многие советские ученые, признанные классики отечественной цивилистики, продолжали отслеживать передовой зарубежный опыт и адаптировать его к советским условиям, используя самые разные приемы в условиях ограниченной возможности прямого цитирования. Можно осторожно предположить, что развитию категории альтернативной каузальности в советском цивилистическом дискурсе отчасти мешало идеологически обусловленное враждебное отношение многих авторов к так называемым идеалистическим концепциям причинной связи (Д. Юм, Дж. С. Милль и другие), которые трактовались как субъективно-ориентированные теории и следствия «неправильных» идей агностицизма или скептицизма по поводу познаваемости окружающего мира. Вместо этого многие советские авторы, особенно в послевоенное время, обосновывали как

¹ См., в частности: Варшавский К.М. Обязательства, возникающие вследствие причинения другому вреда. М., 1929. С. 164–168; Гражданское право: учебник / под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. Т. I (М.М. Агарков, С.Н. Братусь, Д.М. Генкин). М., 1944 (приводится по: Агарков М.М. Гражданское и торговое право: источники, категории, институты, конструкции (педагогическое наследие). В 3 кн. Кн. 3: учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры / сост. В.А. Белов. М., 2018. С. 77–78); Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 317; Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. Л., 1951. С. 64–68; Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С. 152–157.

² В качестве редкого исключения можно выделить работы В.А. Тархова, который обсуждал классический казус с двумя охотниками и потерпевшим, но прежде всего в уголовно-правовом контексте по мотивам соответствующей судебной практики: Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары, 1997. С. 321–322.

единственно верные объективно-ориентированные материалистические теории, общей платформой которых служили представления К. Маркса, Ф. Энгельса и В.И. Ленина о наличии в мире объективных и, главное, принципиально познаваемых закономерностей, центральная роль в выяснении которых отводилась советскому суду, занимавшему, как было тогда принято, активную позицию искателя материальной истины. Время показало, что непоколебимая вера во всемогущество науки и убежденность в абсолютной познаваемости мира по-прежнему остаются крайне спорными идеями¹. Тем более проблематичным представляется тезис о возможности безоговорочного переноса любой философской и методологической основы научного познания в гражданский процесс, где суд должен исполнять гносеологическую функцию, подобно настоящему ученому: имплицитная посылка о тождественности правил, методов и стандартов научного и процессуального познания не выдерживает критики². Однако сциентизм советской доктрины, помноженный на материалистическую философскую основу, привел к тому, что советская литература и судебная практика в принципе не допускали ситуацию невозможности установления причинно-следственной связи: суд должен был констатировать либо ее наличие, либо ее отсутствие, и каждый такой вывод должен был представлять собой прежде всего объективную истину, правду о действительном положении дел и имевших место в прошлом фактических обстоятельствах, а не результат состязательного процесса (с учетом его цели установления определенности в материально-правовых отношениях сторон). Прямо декларировавшаяся в литературе и судебной практике недопустимость смешения вероятности причинной связи с самой причинной связью³ служила определенной идеологической завесой для вероятностных суждений относительно причинной связи, формирующих убежденность в ее наличии или отсутствии в конкретном

¹ См. подробнее о вероятностном характере современных научных представлений о причинно-следственной связи, помещенных в юридический контекст Г. Кельзенем, далее § 1 главы 2 настоящей работы.

² См. подробнее далее § 1 главы 1 настоящей работы.

³ См., например: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 310–312.

деле и неизбежно свойственных любой процессуальной системе¹.

С распадом СССР было упразднено деление философских систем, дескриптивных моделей мира и гносеологических методов на официально «правильные» и «неправильные», открылись границы и снизились языковые барьеры, в связи с чем не заставило себя ждать проникновение в отечественную цивилистику передового зарубежного опыта, в том числе новейших разработок в области альтернативной каузальности – особенно с учетом того, что в западных странах литература и судебная практика по рассматриваемой теме совершили большой скачок в развитии во второй половине XX в. Начиная примерно с 2010-х гг. можно отметить возросший интерес отечественной доктрины к проблематике причинно-следственной связи и смежным вопросам деликтного права. Из современной литературы на русском языке следует выделить работу С.В. Назарикова, познакомившего отечественную юриспруденцию с актуальными тенденциями развития учения о причинной связи за рубежом². После этого были опубликованы исследования Д.О. Епихиной³ и В.С. Михайлова⁴, которым удалось, в частности, подвести зарубежный опыт к российской действительности, подробно проанализировав разработки дореволюционной и советской литературы в сравнительно-правовой перспективе. Отдельные вопросы причинной связи обсуждаются сегодня как в аспекте соотношения с иными элементами деликтной ответственности⁵, так и в

¹ См. подробнее далее § 1 главы 1 настоящей работы.

² Назариков С.В. Указ. соч.

³ Епихина Д.О. Указ. соч.

⁴ Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения; Михайлов В.С. К вопросу о допустимости возмещения расходов, понесенных независимо от факта причинения вреда // Закон. 2019. № 3. С. 67–75; Михайлов В.С. Теории причинно-следственной связи и установление пределов ответственности // Вестник гражданского права. 2019. № 4. С. 82–144; Михайлов В.С. Природное явление и перерыв причинной связи. Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 13.08.2019 № 11-КГ19-15 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 4. С. 4–14; Михайлов В.С. Влияние предрасположенности потерпевшего на возмещение причиненного ему вреда // Закон. 2020. № 6. С. 84–94; Михайлов В.С. Причинно-следственная связь как условие деликтной ответственности: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/Михайлов Владимир Сергеевич. М., 2021. – 239 с.

⁵ Ягельницкий А.А. К вопросу о вине потерпевшего. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 15.02.2017 № 305-ЭС16-14064 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 21–26; Евстигнеев Э.А. Вопросы соотношения вины и причинно-следственной связи в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2020. № 1. С. 33–59; Сударев Г.А. Некоторые трудности при определении границ вины потерпевшего // Вестник гражданского права. 2020. № 3. С. 83–135.

других специальных контекстах¹. Равным образом, направление современной дискуссии задают последние разработки Н.В. Тололаевой в области теории пассивного солидаритета, которая также охватывает отдельные аспекты деликтной ответственности². Параллельно актуальные вопросы причинной связи в сравнительно-правовой перспективе обсуждаются в науке уголовного права, где эта проблематика стоит не менее остро³. Помимо схожей уголовно-правовой дискуссии, необходимо отметить тесную взаимосвязь причинной связи с процессуальными вопросами бремени и стандартов доказывания. В последнем

¹ Егоров А.В. Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 68–137; Останина Е.А. Некоторые аспекты возложения ответственности за совместно причиненный вред // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2010. С. 374–385; Богданов Д.Е. Пределы деликтной ответственности в российском и зарубежном праве // Журнал российского права. 2011. № 7. С. 69–78; Богданов Д.Е. Влияние принципа справедливости на эволюцию учения о причинности в деликтной ответственности // Адвокат. 2012. № 7. С. 5–15; Богданов Д.Е. Солидарная деликтная ответственность с позиций справедливости // Цивилист. 2013. № 3. С. 47–55; Сераков В.В. Исторические аспекты предвидимости убытков. Соотношение предвидимости убытков в ст. 74 Венской конвенции 1980 г. и решении по делу *Hadley v. Baxendale* // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 289–301; Сераков В.В. Критерий предвидимости убытков. Извлечения из решений избранных арбитражей и судов по вопросу применения критерия предвидимости убытков в контексте ст. 74 Венской конвенции 1980 г. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 1. С. 149–173; 2014. № 1. С. 149–165; Сераков В.В. Теория адекватной причинности как способ ограничения размера причиненных убытков // Вестник гражданского права. 2014. № 5. С. 233–252; Сераков В.В. Сравнительно-правовой анализ предвидимости убытков как способа ограничения размера причиненных убытков // Вестник гражданского права. 2016. № 4. С. 159–184; Карапетов А.Г. Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 163–195; Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11. С. 24–80; № 12. С. 24–73; Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Спор о взыскании убытков. Как меняется подход судов к причинно-следственной связи // Арбитражная практика. 2016. № 1. С. 26–34; Егорова М.А., Крылов В.Г., Романов А.К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве: учебное пособие / отв. ред. М.А. Егорова. М., 2017; Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. № 4. С. 45–83; № 5. С. 55–84; Спиридонова Н.Б. Теории причинно-следственной связи: анализ содержания, соотношение с основными подходами зарубежной доктрины // Журнал РШЧП. 2018. № 3. С. 258–260; Белов В.А. Дело об убытках от африканской чумы свиней. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 09.06.2016 № 305-ЭС16-1712 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 8. С. 16–19; Белов В.А. Что такое предвидимость? // Закон. 2019. № 3. С. 33–46; Маркелова А.А. Отдельные аспекты установления причинной связи в деликтах государства // Закон. 2019. № 3. С. 76–87; Ягельницкий А.А. О тенденциях судебной практики по делам об убытках // Закон. 2019. № 3. С. 47–55; Бudyлин С.Л. Оттого что в кузнице не было гвоздя. Причинная связь и предвидимость убытков в России и за рубежом // Вестник экономического правосудия. 2020. № 1. С. 111–151; Насибуллина И.А. Причинно-следственная связь: камень преткновения в спорах с производителем и продавцом дефектных товаров // Закон. 2020. № 3. С. 57–68; Сударев Г.А. Взаимодействие причин и условий вреда. Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 18.05.2020 № 78-КГ20-18 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2021. № 8. С. 5–29.

² См. подробнее: Тололаева Н.В. Пассивные солидарные обязательства: российский подход и континентально-европейская традиция: монография. М.: Статут, 2020. 144 с.

³ См., например: Соктоев З.Б. Причинность в уголовном праве: теоретические и прикладные проблемы: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.08/Соктоев Зорикто Борисович. М., 2014. – 408 с.; Есаков Г.А. Причинная связь в сложных ситуациях: уголовно-правовая наука и судебная практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 81–102.

отношении также стоит обозначить активизировавшиеся в последнее время разработки отечественной литературы и судебной практики¹, что позволяет опереться в настоящем исследовании на уже знакомый российской юриспруденции категориальный аппарат. Наконец, будучи межотраслевым элементом юридической ответственности, причинная связь выступает также междисциплинарной категорией. И здесь нужно заметить, что юридическая наука развивает учение о причинной связи не менее интенсивно, чем богатое наследие философии, к отдельным направлениям которой мы также будем обращаться по ходу настоящего исследования.

Безусловно, ни одно современное исследование, посвященное проблематике причинно-следственной связи в деликтном праве, не могло бы состояться без величественного фундамента отечественной доктрины дореволюционного, советского и современного периодов. Настоящая работа не является исключением и опирается на богатое научное наследие таких ученых, как А.С. Кривцов, А.А. Симолин, И.А. Покровский, Т.М. Яблочков, И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц, М.М. Агарков, К.М. Варшавский, Е.А. Флейшиц, Б.С. Антимонов, О.С. Иоффе, Г.К. Матвеев, В.П. Грибанов, В.И. Кофман, Н.Д. Егоров, А.А. Собчак, В.А. Тархов, Е.А. Суханов, А.С. Комаров, В.В. Витрянский, В.А. Белов, В.В. Байбак, А.В. Егоров, А.Г. Карапетов и другие.

Проблематика альтернативной причинной неопределенности и в целом причинной связи в деликтном праве относительно подробно исследована за рубежом, в связи с чем в настоящем исследовании мы многократно обращаемся к работам таких ученых, как К. фон Бар (*C. von Bar*), Ж. Боргетти (*J. Borghetti*), Ф. Быдлински (*F. Bydlinisky*), Г. Вагнер (*G. Wagner*), К. ван Дам (*C. van Dam*), С. Виттакер (*S. Whittaker*), М. Гайстфельд (*M.A. Geistfeld*), Дж. Голдберг (*J.C.P. Goldberg*), Дж. Гордли (*J. Gordley*), У.В. Гортон Роджерс (*W.V. Horton*

¹ См., например: Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 5. Приложение к Ежемесячному журналу. 96 с.; Смола А.А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. С. 129–165.

Rogers), В.Р. Джонсон (*V.R. Johnson*), Е. Зерводжианни (*E. Zervogianni*), Б. Зипурски (*B.C. Zipursky*), М. Инфантино (*M. Infantino*), Г. Калабреззи (*G. Calabresi*), Г. Кельзен (*H. Kelsen*), К. Кётц (*K. Kötz*), Б.А. Кох (*B.A. Koch*), Х. Коциоль (*H. Koziol*), К. Крузе (*C. Kruse*), У. Ландес (*W.M. Landes*), У. Магнус (*U. Magnus*), М. Мартин-Казальс (*M. Martin-Casals*), Ф. Озборн (*P.H. Osborne*), Н. Оливейра (*N.M.P. Oliveira*), К. Олифант (*K. Oliphant*), Т. Оноре (*T. Honoré*), Р. Познер (*R. Posner*), У.Л. Проссер (*W.L. Prosser*), Р.У. Райт (*R.W. Wright*), Дж. Степлтон (*J. Stapleton*), Дж. Стил (*J. Steele*), С. Стил (*S. Steel*), А. фон Тур (*A. von Tuhr*), Э. Хайнрих (*E. Heinrich*), Г. Харт (*H.L.A. Hart*), Р. Циммерманн (*R. Zimmermann*), Н. Янсен (*N. Jansen*) и другие.

В то же время в российской цивилистической доктрине проблематика альтернативной причинной неопределенности и нахождения оптимальной модели ответственности в этой сфере остается одной из наименее разработанных тем в области причинно-следственной связи в деликтном праве. В отечественной литературе до настоящего времени отсутствуют специальные исследования, которые были бы посвящены углубленному и обстоятельному рассмотрению проблематики альтернативной каузальности. Накопленный отечественный и зарубежный опыт требует осмысления, критического анализа и обоснования оптимальной модели ответственности альтернативных делинквентов в парадигме современного российского деликтного права.

Цель и задачи исследования. Целью настоящей работы является постановка проблемы альтернативной причинной неопределенности в деликтном праве и критический анализ основных существующих моделей ответственности в данной группе ситуаций.

Названная цель предопределила задачи, решаемые в рамках настоящего исследования: установить процессуальные и материально-правовые предпосылки ситуаций альтернативной каузальности в деликтном праве; вывести понятие и основные признаки, а также проанализировать основные жизненные обстоятельства – источники возникновения данной группы

ситуаций; взвесить основные аргументы литературы и судебной практики против принципиального отказа в иске – в пользу удовлетворения исковых требований потерпевшего в ситуациях альтернативной причинной неопределенности; критически проанализировать основные модели ответственности альтернативных делинквентов в данной области и обосновать наиболее оптимальную из них с точки зрения базовых принципов правовой системы и действующего деликтного права; определить влияние обстоятельств в сфере ответственности потерпевшего на ситуацию альтернативной каузальности и обосновать с точки зрения тех же критериев оптимальную модель ответственности для случаев вхождения обстоятельств в сфере ответственности потерпевшего в группу альтернативных причин вреда.

Научная новизна исследования. Настоящая работа представляет собой первое в отечественной доктрине специальное исследование, посвященное анализу основных моделей деликтной ответственности в ситуациях альтернативной причинной неопределенности. Проблема альтернативной каузальности концептуализируется как материально-правовая категория во взаимосвязи с ее материально-правовыми и процессуальными признаками и предпосылками; вводятся в отечественный цивилистический дискурс и оцениваются основные аргументы зарубежной доктрины и судебной практики против принципиального отказа в иске – в пользу удовлетворения исковых требований потерпевшего в ситуациях альтернативной каузальности; критически анализируются основные модели ответственности альтернативных делинквентов и обосновываются наиболее оптимальные материально-правовые решения поставленной проблемы с точки зрения соответствия базовым принципам действующего деликтного права и процессуально-познавательной деятельности суда в состязательном процессе.

Теоретическая и практическая значимость работы. Полученные в результате настоящего исследования выводы могут быть использованы в научно-исследовательской деятельности, при реформировании гражданского

законодательства, а также в ходе разрешения судебных споров. Сделанные выводы и содержащийся в работе фактический материал могут быть использованы в преподавательской деятельности.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся между потерпевшим и альтернативными делинквентами в ситуациях альтернативной причинной неопределенности. **Предметом** исследования являются нормативные модели ответственности альтернативных делинквентов, выдвинутые в юридической литературе, действующие нормативные акты, положения проектов международных частноправовых унификаций, судебные акты национальных судов, принимаемые для решения данной группы ситуаций.

Методология исследования. Современная дискуссия о причинной связи за рубежом представляет собой огромный поток литературы, посвященной самым разным аспектам этого явления, а подходы правопорядков к разрешению аналогичных ситуаций подчас значительно различаются между собой. Поэтому в настоящем исследовании активно используется **сравнительно-правовой метод** с обращением к опыту правопорядков Германии, Австрии, Франции, Англии, США и Канады, который подвергается критическому анализу. Также в работе применяется **функциональный метод** в значении преимущественной концентрации на общих (и претендующих на универсализм) тенденциях в рассматриваемых зарубежных подходах. В этих целях обращение делается в том числе к авторитетным зарубежным компаративным сборникам, а также к двум частноправовым унификациям – Принципам Европейского деликтного права (*Principles of European Tort Law, PETL*) и Модельным правилам Европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*). Хотя названные источники «мягкого права» далеко не во всех своих положениях сформулировали европейский *common core* и нередко предлагают собственные решения, отличающиеся от господствующего мнения, данные решения, создававшиеся авторитетными европейскими учеными в течение многих лет,

нуждаются в критическом рассмотрении. В отдельных аспектах настоящего исследования применяется **исторический метод**, помогающий понять истоки, направления и тенденции развития современных отечественных нормативных и правоприменительных подходов. Кроме того, с учетом межотраслевого значения причинной связи, некоторые частнопроводные теории и аргументы, выдвигаемые в рамках рассматриваемой проблематики, оцениваются через обращение к смежным вопросам из теории процессуального и уголовного права. **Сквозными методами** настоящего исследования выступают **системное, телеологическое, логическое и грамматическое толкование**.

Проведенное исследование позволило автору сформулировать и обосновать следующие **положения, выносимые на защиту**:

1. Установлено, что альтернативная причинная неопределенность как материально-правовая категория возникла в деликтном праве в результате обобщения регулярно повторяющихся на практике ситуаций, в которых потерпевшему был причинен вред кем-то из нескольких возможных делинквентов, которые своим упречным поведением существенно затруднили или сделали невозможным для потерпевшего доказывание причинной связи. Решение проблемы возмещения вреда дополнительно осложняется при установлении в числе альтернативных причин вреда обстоятельств в сфере ответственности потерпевшего, когда обоснованное предположение причинения вреда ответчиками не может быть опровергнуто, но может быть выдвинуто также против истца, в связи с чем сделать достоверный вывод относительно фактической причины вреда также невозможно. Вытекающее из принципа «истец доказывает» (*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*) решение в виде отказа в удовлетворении требования потерпевшего о возмещении вреда в ситуации альтернативной причинной неопределенности в ходе длительной исторической эволюции было отвергнуто в правовых порядках Германии, Австрии, Франции, Англии, США и Канады в пользу принципиальной допустимости привлечения альтернативных делинквентов к ответственности, несмотря на

отсутствие достоверно установленной фактической причинной связи между их поведением (или иными обстоятельствами в их сфере ответственности) и вредом, наступившим на стороне потерпевшего. Проблема альтернативной причинной неопределенности регулярно возникает и в российской судебной практике, однако в настоящее время она не концептуализирована судами как материально-правовая категория, в результате чего в решениях по отдельным спорам в данной области не прослеживается единый подход, несмотря на наличие общих признаков и предпосылок.

2. Принципиальное вменение деликтной ответственности в ситуациях альтернативной причинной неопределенности, независимо от избрания правопорядком той или иной модели ответственности, обосновывается в зарубежной доктрине и судебной практике такими аргументами, как: необходимость превенции (предупреждения) вреда и стимулирования надлежащего поведения; существенное повышение альтернативными делинквентами риска (создание конкретной угрозы) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил (идея общей гипер-адекватности поведения альтернативных делинквентов наступившим последствиям при невозможности сделать достоверный вывод о наличии причинной связи в конкретном случае); доказательство «от противного» (полное или частичное удовлетворение исковых требований в ситуации альтернативной каузальности не так несправедливо, как отказ в иске); выполнение потерпевшим максимально требуемого от него в данной ситуации бремени доказывания и установленное отсутствие оснований для отнесения вреда к сфере его ответственности; порождение ситуации неопределенности упречным поведением альтернативных делинквентов и недобровольный характер деликтного обязательства; некоторые утилитаристские теории гражданско-правовой ответственности, обосновывающие необходимость отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия.

3. Доказано, что применение модели долевой ответственности,

пропорциональной вероятности причинения вреда альтернативными делинквентами, в ситуации альтернативной причинной неопределенности, возникновение которой хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части нельзя вменить потерпевшему, не соответствует исходным предпосылкам существующего деликтного права и нарушает правила процессуальной познавательной деятельности суда. В частности, данное решение влечет гораздо большее искажение основных принципов гражданско-правовой ответственности, чем побочные негативные эффекты баланса вероятностей и принципа «все или ничего»; применение модели пропорциональной ответственности ведет к отказу от принципа корректирующей справедливости классического деликтного права, не предусматривая адекватного решения для существующей правовой системы; возникает опасность редукции развитой системы деликтной ответственности к примитивному правилу «грех пополам»; пропорциональная ответственность ставит эвентуально не разрешимые *de lege lata* проблемы обоснования управомоченности конкретного потерпевшего на получение возмещения вреда от альтернативных делинквентов и ограничения ответственности каждого из них в правоотношении с потерпевшим; пропорциональная ответственность принципиально не нуждается в фигуре потерпевшего и установлении фактической причинной связи.

4. Установлено, что основными нормативными и правоприменительными решениями, обосновывающими модель солидарной ответственности альтернативных делинквентов в ситуациях альтернативной причинной неопределенности (в качестве общего правила или в ограниченном перечне случаев) в правопорядках Германии, Австрии, Франции, Англии, США и Канады, служат перераспределение бремени доказывания при существенном повышении альтернативными делинквентами риска (создании конкретной угрозы) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил; перераспределение бремени доказывания при схожей деятельности альтернативных делинквентов; теория лишения потерпевшего

права на иск к фактическому делинквенту. В российском деликтном праве с учетом его гибкости и адаптируемости потенциально может быть применим любой из названных подходов, однако наиболее адекватным решением, вскрывающим материально-правовую проблему, стоящую за ситуацией альтернативной каузальности, является теория лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту, которое устанавливается с применением теста на существенное повышение альтернативными делинквентами риска (создания конкретной угрозы) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил.

5. Доказано, что основная дифференциация случаев альтернативной причинной неопределенности должна осуществляться по признаку наличия или отсутствия в группе альтернативных причин вреда обстоятельств в сфере ответственности потерпевшего в связи с переходом деликтной ответственности от одного нормативного основания (корректирующей справедливости во внешнем правоотношении каждого альтернативного делинквента с непричастным потерпевшим) к другому (распределяющей справедливости во внутренних правоотношениях участников группы альтернативных источников вреда, включающей в себя обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего).

6. Обосновано, что если потерпевший при установлении всех признаков альтернативной причинной неопределенности, возникновение которой нельзя хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части вменить сфере ответственности потерпевшего, доказывает с помощью баланса вероятностей, что каждый из группы ответчиков – альтернативных делинквентов – своим упречным поведением создал конкретную угрозу (повышенный риск) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил, то все ответчики должны нести солидарную ответственность за наступивший вред, с тем исключением, что каждый из ответчиков вправе доказать с помощью баланса вероятностей отсутствие причинной связи между собственным

поведением и наступившим вредом. В ситуации альтернативной причинной неопределенности, возникновение которой хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части можно вменить сфере ответственности потерпевшего, каждый альтернативный делинквент должен нести перед потерпевшим долевую ответственность за наступивший вред пропорционально доказанной вероятности причинения этого вреда каждым альтернативным делинквентом, а в случае невозможности хотя бы примерного расчета – в равных долях за вычетом доли, падающей на потерпевшего.

Степень достоверности и апробация результатов исследования. Степень достоверности исследования подтверждается проведенным анализом зарубежных и отечественных нормативных актов, судебной практики и доктринальных источников, постановкой целей и задач исследования и избранной методологической основой исследования.

Диссертация обсуждена на кафедре гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Апробация результатов исследования осуществлялась посредством публикаций специальных статей в научных изданиях¹ (объемом 8,35 п.л.), в форме выступлений с докладами на конференции² и круглом столе³ и путем использования полученных выводов в преподавательской деятельности при проведении семинарских занятий по гражданскому праву на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова.

¹ Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте // Вестник гражданского права. 2021. № 5. С. 86–132; Лухманов М.И. Необходимость отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия, как аргумент для решения проблемы альтернативной каузальности в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2022. № 1. С. 88–107; Лухманов М.И. Вероятностный характер научных представлений о причинно-следственной связи как аргумент в пользу пропорциональной ответственности в ситуации альтернативной каузальности // Законодательство. 2022. № 6. С. 7–12; Лухманов М.И. Понятие, признаки и основные источники альтернативной причинной неопределенности в деликтном праве // Вестник экономического правосудия. 2022. № 7. С. 104–119; Лухманов М.И. Условия и пределы применения солидарной ответственности для решения проблемы альтернативной каузальности в деликтном праве: сравнительно-правовой аспект // Вестник гражданского права. 2022. № 3. С. 210–241.

² Лухманов М.И. Выступление 19.04.2022 с докладом «Вероятностный характер научных представлений о причинно-следственной связи как аргумент в пользу пропорциональной ответственности в ситуациях альтернативной причинной неопределенности» на секции гражданского права XXIX Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов-2022».

³ Лухманов М.И. Выступление 08.04.2020 с докладом «Проблема причинно-следственной связи» на круглом столе «Основные проблемы деликтного права. Введение» Исследовательского центра частного права (ИЦЧП) имени С.С. Алексеева при Президенте РФ.

ГЛАВА 1. ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ АЛЬТЕРНАТИВНОЙ ПРИЧИННОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ В ДЕЛИКТНОМ ПРАВЕ

§ 1. Проблема выбора между единоличной ответственностью, множественностью делинквентов и отказом в иске: убеждение и вероятность

Рассматривая несколько потенциальных причин вреда, правопорядок в одних случаях выбирает одну-единственную и привлекает делинквента к единоличной ответственности, а в других случаях склоняется к той или иной модели разложения вреда между несколькими ответчиками. Возникает нормативный вопрос о том, какими критериями и соображениями руководствуется правовая система, возлагая ответственность на одного или нескольких субъектов либо вовсе отказывая в удовлетворении исковых требований¹. Сравнительно-правовые исследования убедительно демонстрируют плюрализм взглядов и подходов относительно перечня таких критериев. Однако сам по себе определенный выбор правопорядка требует анализа и объяснения, поскольку не может основываться на чисто интуитивно понимаемой справедливости.

Разумеется, данный аспект рассматриваемой темы тесно граничит с процессуальной, прежде всего доказательственной, проблематикой, поскольку

¹ По меткому выражению А.А. Симолина, «возмещение убытка не уничтожает вреда, но лишь переносит его с одного лица на другое» (Симолин А.А. Основания гражданской ответственности за вред и убытки. Казань, 1905. С. 9). Как обоснованно указывает А.С. Кривцов, «с точки зрения права чрезвычайно важно определить, почему законодатель в одном случае заставляет отвечать за вред одно лицо, а в другом возлагает ответственность совсем на другого субъекта, т.е. в чем коренится для законодателя мотив перенесения ответственности с одного лица на другое, какие юридические факты обуславливают ответственность именно того, а не другого лица» (Кривцов А.С. Общее учение об убытках. Юрьев, 1902. С. 53). См. в том же ключе: Jansen N. The Structure of Tort Law. 1st Edition, translated by S. Steel. Oxford: Oxford University Press, 2021. P. 52; Binding K. Die Normen und ihre Übertretung. Erster Band. Leipzig: Engelmann, 1872. S. 227 («обязанность выплатить компенсацию и обязанность самостоятельно нести издержки в связи с причиненным вредом идентичны по содержанию», цитируется по: Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 57); Coleman J.L. Risks and Wrongs. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. P. 226ff.

в том числе в доказательственном праве необходимо искать ответ на вопрос о том, в каком случае мы имеем дело с одной или несколькими отвечающими причинами, а в каком вред должен быть отнесен только на потерпевшего. Правила доказывания регулируют значительный подготовительный (для распределения ответственности) этап установления причинной связи в форме процессуального познания.

В то же время нельзя недооценивать исторически обусловленную взаимосвязь материального права и процесса, в данном случае значительное влияние процессуально-когнитивного этапа установления причинно-следственной связи на конструирование в доктрине и судебной практике индуктивным и эмпирическим путем материально-правовых критериев, определяющих ту или иную модель разложения негативных последствий наступившего вреда на один или несколько его источников. Иными словами, этап установления причинно-следственной связи в форме процессуального познания заслуживает внимательного рассмотрения не только в силу его практической значимости, но прежде всего затем, что его анализ поможет в дальнейшем артикулировать материально-правовые понятие и основные признаки ситуаций альтернативной причинной неопределенности, оценить обоснованность основных моделей разложения ответственности в этой сфере и, наконец, разграничить эти ситуации со случаями единоличной ответственности.

Предположим, существует несколько потенциальных причин вреда и установлено, что вред причинил либо первый альтернативный делинквент (*Д1*) с вероятностью 60%, либо *Д2* с вероятностью 40%; поведение потерпевшего (*П*) не в чем упрекнуть. На языке европейского деликтного права эту ситуацию можно разрешить трояко: признать доказанным причинение вреда *Д1*, поскольку к нему склоняется наибольшая вероятность, и привлечь его одного к ответственности; установить пропорциональную ответственность *Д1* и *Д2* в определенных долях; либо же привлечь *Д1* и *Д2* к солидарной ответственности

как кумулятивных делинквентов¹. Таким образом, при распределении наступивших негативных последствий перед правопорядком встает выбор между тремя моделями: единоличной, долевой (пропорциональной) и солидарной ответственностью. Вопрос заключается в том, существуют ли в материальном праве универсальные и абстрактные нормативные критерии разграничения случаев применения того или другого решения.

В данной части работы будет рассмотрен первичный (предварительный) аспект проблемы альтернативной причинной неопределенности: как отличить (1) случаи единоличной ответственности от (2) ситуаций неопределенной причинно-следственной связи и (3) необходимости отказа в иске. Ответ на поставленные вопросы, как представляется, лежит в двух важных процессуальных предпосылках.

¹ Оговорка про европейское деликтное право обусловлена тем, что в США законодательная и судебная практика отдельных штатов в области кумулятивной причинной связи слишком разнообразна и к настоящему моменту еще далека от унификации. См. подробнее: Horton Rogers W.V. *Multiple Tortfeasors / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary.* Wien: Springer-Verlag, 2005. P. 140–141. О политической и академической дискуссии в этой области см.: Wright R.W. *Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense of Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure // University of California, Davis Law Review.* 1988. Vol. 21. P. 1147–1193. Решения предлагаются настолько различные, что составители известной унификации *Restatement* отказались от формулирования единообразных правил и в специальном сборнике *Restatement of the Law of Torts (Third): Apportionment of Liability* остановились на обобщении только различных путей (*tracks*) распределения ответственности нескольких делинквентов за единый причиненный вред. Юрист континентально-европейской правовой системы может найти там такие диковинные для себя конструкции, как солидаритет с включением в пропорциональное ручательство самого потерпевшего (кредитора) (*Track C*), гибридная модель с долевой ответственностью – до определенного порогового размера доли делинквента во внутренних отношениях – и солидарной ответственностью по достижении и выше этого порога (*Track D*), гибридная модель с солидарной ответственностью за экономические убытки и долевой ответственностью за неэкономические убытки (*Track E*), солидарная ответственность отдельных делинквентов в группе, действовавших умышленно, независимо от модели ответственности всех остальных (§ 12) и т.д. – помимо традиционных моделей солидарной и долевой ответственности (соответственно, *Tracks A and B*). См. подробнее: *Restatement of the Law of Torts (Third): Apportionment of Liability. Current through the March 2017 Update / The American Law Institute (Thomson Reuters ProView eBook Edition)*. При всем сравнительно-правовом интересе к американскому опыту мы все же оставим за рамками настоящего исследования анализ американских решений в области кумулятивной причинной связи, поскольку подробное рассмотрение проблематики кумулятивной причинной связи не охватывается темой настоящей работы, а предлагаемые в американской судебной практике модели ответственности не получили распространения в европейских правопорядках, язык которых в целом более привычен для российской правовой системы.

1. Независимо от принятого в правовом порядке стандарта доказывания существо отправления правосудия и принцип разрешенного спора (res iudicata) предполагают, что суд не может в своем решении установить спорное обстоятельство только в какой-то определенной части или до какой-то известной степени: он констатирует либо его наличие, либо его отсутствие.

Это положение возможно вывести из таких общепризнанных целей гражданского процесса, как защита субъективных прав и установление определенности в материально-правовых отношениях тяжущихся сторон¹. Действительно, если в исковом заявлении утверждается о наличии у потерпевшего субъективного права на возмещение вреда, то необходимым условием для признания и принудительного осуществления этого права становится установление судом факта причинения вреда ответчиком, т.е. причинно-следственной связи между поведением ответчика и вредом, наступившим на стороне истца. Установление факта причинения вреда ответчиком, в свою очередь, невозможно только с какой-то определенной вероятностью, недостаточной для итогового положительного вывода. В таком случае это не факт, а всего лишь неподтвержденное предположение. Для удовлетворения исковых требований в любой части (т.е. для признания и принудительного осуществления субъективного права судом) в гражданском процессе и судебном решении речь может идти только об установленном факте причинения вреда ответчиком – конкретном жизненном обстоятельстве, выполняющем в правовой системе роль юридического факта, порождающего субъективное право истца на возмещение вреда.

¹ См. подробнее: Брем В. Понятие и цели гражданского процесса // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 3. С. 86–97; Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского процесса / Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти проф. Г.Ф. Шершеневича. М., 1915. С. 275–318; Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 1–6; Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 460–482; Сахнова Т.В. Цивилистический процесс: онтология судебной защиты // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. С. 54–65; Сахнова Т.В. Actio-litis contestatio-res iudicata-jus: современный контекст // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 4. С. 41–46. См. также ст. 2, ч. 1 ст. 3 ГПК РФ (Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 14.07.2022) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532), а также п. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 4 АПК РФ (Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 11.06.2022) (с изм. и доп., вступ. в силу с 22.06.2022) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012).

Необходимость разрешения конкретного спора по существу (принцип *res iudicata*) в условиях недостижимости абсолютной истины с неизбежностью приводит к развитию в каждой процессуальной форме *правил распределения бремени доказывания*¹ и *стандартов доказывания*. Стандартом доказывания можно назвать ту степень убежденности суда, по достижении которой предоставление новых доказательств более не требуется и суд готов признать спорный факт установленным, несмотря на неизбежный риск прегрешения против истины². Большинство специалистов согласны в том, что в континентальных правовых системах стандарт доказывания по гражданским делам в среднем выше, чем в странах общего права³. Возможно, это обусловлено тяжелым историческим опытом господства инквизиционного процесса и вырождения теории формальных доказательств («признание – царица

¹ «С задачей гражданского процесса установить для сторон правовую определенность было бы несовместимо отклонение иска как неразрешимого на данный момент в случае неустранимой неясности юридически значимых обстоятельств. Суд и в этом случае должен быстро и окончательно разрешить дело, чтобы стороны знали, какое правовое состояние ляжет в основу их дальнейшего поведения. При этом правила о распределении бремени доказывания говорят судье, за какой стороной следует признать право в случае неясных обстоятельств. <...> Из отказа признавать установление истины целью гражданского процесса не следует принципиальной невозможности процесса по установлению фактов (так называемого информационного процесса). Но в той мере, в какой процесс ограничивается установлением фактов, утверждения принимаются не ради них самих, а по правовым причинам. Гражданский процесс – это не историческое расследование» (*Брем В.* Указ. соч.). См. также: «Определенное распределение бремени доказывания является вместе с тем и возложением на одну из сторон невыгодных последствий того, что какое-либо фактическое обстоятельство осталось в процессе невыясненным» (Агарков М.М. Обязательства из причинения вреда (Действующее право и задачи Гражданского кодекса СССР) // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. М., 2012. Т. 2. С. 463).

² См. подробнее: Карапетов А.Г., Косарев А.С. Указ. соч.; Смола А.А. Указ. соч.

³ В то время как *common law* в общегражданских делах оперирует балансом вероятностей (необходимая степень убежденности – «скорее да, чем нет», >50%), в странах континентальной правовой семьи суд должен обладать чем-то вроде «убежденности в истинности спорного факта», и считается, что стандарт доказывания здесь скорее ближе к уголовному «за гранью разумных сомнений». Впрочем, эмпирически этот тезис стороннему исследователю, не вовлеченному глубоко в практику конкретного правового порядка, подтвердить непросто, а на одни примеры можно привести контр-примеры. Поэтому согласно другой точке зрения стандарты доказывания в ключевых правовых системах примерно одинаковы, однако на континенте процесс оценки доказательств получается относительно менее прозрачным. См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 52–60; Wright R.W., Puppe I. Causation: Linguistic, Philosophical, Legal and Economic // Chicago-Kent Law Review. 2016. Vol. 91:2. P. 489–494. Отдельно для Испании см.: Martín-Casals M. Proportional Liability in Spain. A Bridge too Far? / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 43–66 (базовый стандарт доказывания причинной связи в испанской судебной практике оценивается автором как вероятность не менее чем 80% и противопоставляется более «мягкому» стандарту, применяемому в английской и американской судебной практике). См. для сравнения в Германии: Kötz H., Wagner G. Deliktsrecht. 13. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2016. S. 82–89, 92–96; German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 340 (автор комментария к § 249 – U. Magnus; стандарт доказывания для конституирующей причинной связи (*haftungsbegründende Kausalität*) описывается как «близкий к ясности» и противопоставляется более мягкому стандарту доказывания размера присуждаемого возмещения применительно к наполняющей причинной связи (*haftungsausfüllende Kausalität*)).

доказательств», правило двух свидетелей и т.д.). В силу выработанного иммунитета к любой формализации в континентальных правовых системах (принцип свободной оценки доказательств) формирование стандартов доказывания по различным категориям споров представляет собой гораздо менее прозрачный и потому трудноизмеримый процесс по сравнению с правопорядками *common law*.

Но несмотря на эти частные различия, стандарты доказывания развиваются везде – как неизбежное следствие целей и ограничений процессуальной формы, в которой осуществляется отправление правосудия. В литературе, особенно континентально-европейской, стандарт доказывания «баланс вероятностей» часто критикуют за устанавливаемый им подход «все или ничего» (*all or nothing approach*)¹. Но данная критика направлена скорее на относительно низкий порог формирования убеждения суда в существовании спорного факта, чем на сам обозначенный принцип². Потому что в действительности в любой модели процесса стандарт доказывания как инструмент познавательной деятельности суда не оставляет пространства для каких-либо «полутонов»: в конечном счете при вынесении решения суд становится перед выбором – признать спорное обстоятельство наличествующим или отсутствующим, т.е. действует также по принципу «все или ничего». Другими словами, сколько бы процентов ни составляла уверенность в том или ином положении дел, в результате можно прийти только к одному из двух решений: признать существование спорного факта или констатировать его отсутствие³.

¹ См. подробный обзор и опровержение критики: Steel S. Op. cit. P. 50ff., и обсуждаемую там литературу.

² Исключение составляют сторонники «гибкой системы» (В. Вильбург, Ф. Быдлински, Х. Коциоль), которые критикуют принцип «все или ничего» как таковой и выступают за принципиальное признание возможности усредненных решений. См. введение в эту методологию: Коциоль Х. Гибкая система – золотая середина в законодательстве и доктрине // Вестник гражданского права. 2016. № 6. С. 246–267; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 13–16, 143ff.

³ Признание отсутствия спорного факта по разным причинам нередко маскируется судом под обтекаемые формулировки вроде «истец не доказал», «в материалы дела не представлены [ясные/убедительные/беспорные] доказательства» наличия спорного факта и т.п., но общий отрицательный вывод от такой формы суждения не меняется. При этом, разумеется, принцип *res iudicata* не имеет в виду формализм и разрешение спора как самоцель: существуют процедуры пересмотра вступивших в законную силу судебных актов по новым и вновь открывшимся обстоятельствам. Это отступление от цели окончательного разрешения спора диктуется осознанием непреодолимого риска совершения судебной ошибки. На возможность позднейшего пересмотра выводов суда по конкретному делу также работают правило ограничения преклюзивного эффекта судебного

Таким образом, из первой обозначенной предпосылки следует вывод, что суд не может признать поведение *Д1* причиной вреда с вероятностью 60%, а поведение *Д2* – причиной того же вреда с вероятностью 40%. Если альтернативных причин вреда больше установленного числа его фактических причин, то суду приходится делать выбор. С точки зрения баланса вероятностей в описанной ситуации поведение *Д1* скорее всего будет признано причиной вреда, несмотря на определенные сомнения в этом выводе, а *Д2* не будет привлечен к ответственности.

2. Ни один стандарт доказывания не предполагает подмену убежденности относительно наличия или отсутствия спорного факта его вероятностью: вероятность выступает только одним из источников формирования убежденности.

В числовом выражении стандарт доказывания «баланс вероятностей» часто описывают формулой «50%+1», или «>50%». Этому противопоставляют континентальный принцип свободной оценки доказательств, согласно которому ни одно доказательство не имеет заранее установленной силы; суд оценивает каждое доказательство по своему внутреннему убеждению. Однако предполагаемый категориальный и терминологический конфликт вероятности и убежденности оказывается мнимым: как и его континентальный аналог, баланс вероятностей не подменяет абстрактной вероятностью конкретную убежденность, которая может складываться из самых разных источников¹. Это хорошо видно на примере продолжительной зарубежной дискуссии о допустимости научно-статистических исследований в качестве доказательств наличия причинной связи в конкретном деле, основные положения которой

решения сторонами дела, а также институт преюдиции, позволяющий не участвовавшему в деле лицу оспорить те или иные выводы суда в другом процессе.

¹ См. очень важное для данного вывода английское дело *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.* (2011), в котором Верховный суд указал, что для установления причинной связи недостаточно просто представить статистические доказательства взаимосвязи между обсуждаемыми явлениями; необходимо нечто большее, приближающее абстрактно установленную вероятность к обстоятельствам конкретного дела. См. подробнее: McBride N.J., Bagshaw R. *Tort Law*. 6th ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2018. P. 269–270.

можно суммировать следующим образом¹.

В науке традиционно выделяют следующие концепции вероятности:

- 1) классическая (математическая);
- 2) статистическая:
 - a. актуальная (зафиксированная частота повторений в заданном наборе условий);
 - b. гипотетическая (предположительная частота повторений в заданном наборе условий);
- 3) обыденная (степень собственной уверенности);
- 4) объективная (природная, физическая) «склонность» (*propensity*).

Ни одна из этих концепций не может полностью объяснить механизм работы процессуальных стандартов доказывания, в том числе баланса вероятностей, поскольку ни одна из них не сводима к последнему. В то же время заметно, что баланс вероятностей много черпает из указанных неюридических концепций вероятности, его современная аутентичная формулировка гласит: «В гражданском процессе баланс вероятностей означает ни больше ни меньше чем то, что суд должен быть убежден на рациональных и объективных основаниях в том, что аргументы за то, чтобы поверить (*the case for believing*) в существование обстоятельств причинно-следственной связи, сильнее, чем аргументы за то, чтобы не поверить в это»².

С учетом этого признается, что релевантная для процессуальной формы (юридическая) концепция вероятности – это *вероятность, основанная на доказательствах*. Юридическое измерение вероятности производно от:

- 1) той степени, с которой данный набор доказательств поддерживает заявленный довод о наличии причинно-следственной связи между определенными явлениями в общественном и материальном мире (абстрактная

¹ См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 60ff.; Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 491–494; Wright R.W. Proving Causation: Probability versus Belief / Perspectives on Causation / Ed. by R. Goldberg. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 195–220; Fleming J.G. Probabilistic Causation in Tort Law // The Canadian Bar Review (La Revue du Barreau Canadien). 1989. Vol. 68. Iss. 4. P. 661–681.

² См. английское дело *Nulty v. Milton Keynes Borough Council* (2013), цитируется по: Steel S. Op. cit. P. 64.

юридическая вероятность, общая причинно-следственная связь: если A , то B ; «курение [вообще, в принципе] вызывает рак»);

2) той степени, с которой спецификация (подробное описание всех нюансов и квалифицирующих признаков) фактических обстоятельств и данного набора доказательств соответствует заявленному доводу (конкретная юридическая вероятность, конкретная причинно-следственная связь: если a , то b ; «рак у данного потерпевшего стал результатом его продолжительного курения»).

При таком определении понятно, что вероятность, основанная на доказательствах, по общему правилу сильнее, когда она подкрепляется, например, классической или статистической вероятностью. Но столь же верно, что доказательственная вероятность несводима к математическим аксиомам или статистическим исследованиям.

Например, вероятность существования обстоятельств A , B и C по отдельности – 0,6 для каждого. Однако для правовой системы (в отличие от математики) это необязательно означает, что вероятность существования этих обстоятельств вместе составляет $0,6 * 0,6 * 0,6 = 0,216$. С математической точки зрения можно подумать, что по отдельности три обстоятельства удовлетворяют балансу вероятностей ($0,6 > 0,5$), а все вместе – нет ($0,216 < 0,5$). Но для юридической сферы данный вывод оказывается не столь очевиден. Например, суд не может оценивать правдивость показаний свидетеля в конкретной ситуации *исключительно* на основании исследования того, в скольких процентах случаев он по жизни говорит правду, а в скольких – ложь. Даже обоснованное убеждение суда в том, что свидетель по жизни – лжец, необязательно означает, что он лжет прямо сейчас перед судом. Иными словами, для процессуальной формы и любого стандарта доказывания ни математические аксиомы, ни статистические исследования не обладают необходимым универсализмом и заранее заданным доказательственным значением: все они должны учитываться судом в совокупности¹.

¹ См. также: Johnson V.R. *Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts*. 6th Edition. Durham: Carolina

В сфере научного познания стандарт доказывания причинно-следственной связи (объективной зависимости) между явлениями намного выше, чем в гражданском процессе. Это различие обусловлено иными целями, методологией и последствиями получения новых научных знаний. Изучая сложнейшие взаимосвязи различных элементов материальной действительности, ученые в конечном счете формируют представление человечества о мире, в котором оно существует. Ввиду значительно более серьезных рисков совершения ошибок (часто непоправимых) в связи с получением нового знания, оказавшегося недостоверным, а также принимая во внимание всестороннее (часто всепоглощающее) влияние открытий на действительность, осознавая далеко идущие последствия всякого ложного вывода и большую ответственность ученого за каждую продуцируемую им теорию, ученые сформировали для своего сообщества крайне высокий стандарт доказывания любых выдвигаемых гипотез¹.

Деликтное право оперирует другими рисками и преследует локальную задачу восстановления поправного *status quo* в отдельном случае, в связи с чем правовая система даже при столкновении с подчас весомой долей сомнений требует скорее возместить вред, чем отказать в его возмещении². Для этого нередко

Academic Press, 2018. Ch. 7.1 («Важно не путать *Bur for* тест со стандартом доказывания, применимым к установлению фактической причинной связи. Подобно тому, как присяжные не могут гадать относительно причинной связи, так же не может и эксперт. Показания эксперта должны быть твердо основаны на доказательствах»).

¹ См. подробнее: Hill A.B. The Environment and Disease: Association or Causation? // Proceedings of the Royal Society of Medicine. 1965. № 58. P. 295–300. URL: <https://www.edwardtufte.com/tufte/hill> (дата обращения: 14.08.2022); Haack S. Correlation and Causation. The “Bradford Hill Criteria” in Epidemiological, Legal, and Epistemological Perspective / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 176–202.

² При этом часто не учитывается, что при возложении обязательства на непричастное лицо восстановления поправного *status quo* не происходит: последствия причинения вреда одному лицу устраняются за счет причинения вреда другому (непричастному) лицу. По меткому выражению А.А. Симолина, «возмещение убытка не уничтожает вреда, но лишь переносит его с одного лица на другое» (Симолин А.А. Указ. соч. С. 9). И все-таки правопорядок во многих случаях осознанно идет на этот риск, поскольку, во-первых, при возложении обязательства остается (весомый) шанс привлечения к ответственности фактического делинквента, а во-вторых, даже в случае ошибки непричастному лицу в большинстве случаев причиняется *не аналогичный вред*, который был причинен потерпевшему: вред, причиненный (в большинстве случаев) жизни и здоровью потерпевшего, замещается чисто экономическим вредом, причиняемым кошельку непричастного лица – должника по деликтному обязательству. Деликтное право большинства развитых правопорядков независимо от избранной модели построения этого корпуса норм (принцип генерального деликта, закрытый перечень деликтов или иная модель) исходит из приоритетной охраны абсолютных прав потерпевшего, в то время как чисто экономические интересы защищаются только в отдельных случаях. См., например: Bussani M., Palmer V.V. (eds.) Pure Economic Loss in Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

осознанно или неосознанно занижается даже классический, и без того заниженный по сравнению с общенаучным, стандарт доказывания на балансе вероятностей.

Показательный пример, ставший притчей во языцех, – это асбестовые дела (*asbestos cases*). До сих пор на установленном наукой стандарте не доказано, какое количество асбестовых волокон и какая продолжительность их воздействия на организм человека необходимы для возникновения онкологических заболеваний: эмпирические данные слишком разнятся между собой, а существующий уровень науки и техники пока не позволяет продвинуться в изучении этого вопроса¹. Но поскольку установлена принципиальная (абстрактно существующая) связь между вдыханием асбестовых волокон и возникающей впоследствии особой формой рака, постольку право идет на опережение и привлекает к строгой (безвиновной) ответственности всех владельцев источников асбеста, подвергших потерпевшего вредоносному воздействию, вне зависимости от степени интенсивности и продолжительности такого воздействия².

Учитывая описанные различия между юридической и научной концепциями вероятности, правовая система не рассматривает в качестве необходимого элемента доказывания причинной связи в сложных случаях предоставление потерпевшим каких-либо научных свидетельств в пользу своей позиции. Научные изыскания по поставленной перед судом проблеме принимаются во внимание, но их полное отсутствие или нехватка однозначных выводов не являются сами по себе основанием для вывода об отсутствии причинной связи

¹ См. подробнее: Turton G. *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*. London: Bloomsbury Publishing, 2016. Sec. 5.I.B.

² Так, в английском праве применительно к мезотелиоме после некоторых колебаний судебной практики на статутном (законодательном) уровне была закреплена солидарная ответственность всех причинителей вреда с сохранением, однако, для остальных подобных случаев (других болезней) ранее выработанные судебной практикой тесты и правила, влекущие только пропорциональную ответственность в зависимости от степени и продолжительности вредоносного воздействия. См. подробнее: McBride N.J., Bagshaw R. *Op. cit.* P. 271–278; Mullis A., Oliphant K. *Torts*. 4th Edition. London: Palgrave Macmillan Law Masters, 2011. P. 126–130; Stapleton J. *Uncertain Causes. Asbestos in UK Courts / Uncertain Causation in Tort Law* / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 87–113. Эволюция английского подхода к данной категории дел рассматривается далее в § 3 главы 2 настоящей работы.

в конкретном деле¹.

В зарубежной литературе и практике нет устоявшегося консенсуса по вопросу допустимости признания научно-статистических исследований в качестве доказательства причинной связи между поведением данного нарушителя и возникшим вредом². В целом можно сказать, что в Англии, США, Франции и Германии такие доказательства скорее признаются допустимыми, нежели отвергаются. Причем, исходя из анализируемого здесь материала, можно предположить, что судебная практика принимает такие доказательства охотнее, чем литература.

Многочисленные возражения на этот счет часто сводятся к тезису о том, что даже если установлено, что *A* влечет за собой *B* в 99 случаях из 100, то это не значит, что *a* повлекло за собой *b* в конкретном деле. Это возражение сколь справедливое и обоснованное, столь же неизбежное и на самом деле изначально заложенное (учтенное) в процессуальной познавательной деятельности. Феномен следа в процессуальном познании предполагает вероятностную, но заранее не определенную предельную познавательную способность каждого доказательства, предоставляемого суду. Когда свидетель дает показания, что год назад зимней ночью он видел человека, похожего на делинквента, пробирающимся в соседний дом, суду предстоит сложнейшая задача оценить, насколько можно быть уверенным в том, что свидетель в данный момент не лжет; насколько можно полагать, что память его не подводит; насколько

¹ См. подробнее: Martín-Casals M., Papayannis D.M. Introduction / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 1. Для Франции см.: Borghetti J. Litigation on Hepatitis B Vaccination and Demyelinating Diseases in France. Breaking through Scientific Uncertainty? / Ibid. P. 11–42. Многочисленную практику английских и американских судов см.: Steel S. Op. cit. P. 74. В упомянутом выше деле Sienkiewicz Верховный суд Великобритании указал, что отдаленные статистические исследования не могут выступать доказательствами причинной связи *сами по себе*: нужны дополнительные доказательства, приближающие статистику к обстоятельствам конкретного дела. Поэтому научно-статистические исследования принципиально приемлемы, но должны рассматриваться в совокупности со всеми остальными доказательствами. При этом чем больше существенных для дела предпосылок учитывает статистическое исследование, тем большее доказательственное значение ему придается. См. подробнее: McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 269–270; Stapleton J. Uncertain Causes. Asbestos in UK Courts / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 87–113; Giussani A. Proof of Causation in Group Litigation / Ibid. P. 240–249.

² См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 85–101; Green M.D., Sanders J. Admissibility versus Sufficiency. Controlling the Quality of Expert Witness Testimony in the United States / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 203–239.

можно быть уверенным, что свидетеля не подвело его зрение; и наконец, насколько допустимо утверждать, что человек, которого свидетель счел похожим на делинквента, действительно им является.

Можно заметить, таким образом, из какого количества различных вероятностей и допущений складывается итоговое суждение суда – иногда прямо описываемых в судебном акте, иногда имплицитно подразумеваемых. В этом смысле научно-статистические исследования *принципиально* ничем не отличаются от всех остальных доказательств. Их отдаленность или приближенность к обстоятельствам конкретного дела всякий раз подлежит оценке судом. Как бы ни относились наука и практика к научно-статистическим исследованиям, и защитники, и критики этого типа доказательств сходятся в том, что для принятия научно-статистического исследования судом в качестве относимого доказательства оно во всяком случае должно удовлетворять следующим требованиям¹:

1) научно-статистическое исследование должно доказывать абстрактную (общую) причинную связь между *A* и *B* на балансе вероятностей;

2) научно-статистическое исследование должно быть посвящено явлениям, событиям, предметам, людям и связям между ними (*A* и *B*), которые по своим характеристикам и условиям максимально схожи с фактической ситуацией (*a* и *b*), поставленной перед судом в конкретном деле;

3) в основе научно-статистического исследования должна лежать разумная и заслуживающая доверия методология².

Иными словами, разность относительного «веса» тех или иных научно-статистических исследований в самой научной среде предопределяет

¹ Steel S. Op. cit. P. 85, 92–93.

² См. в том же направлении: Green M.D., Sanders J. Admissibility versus Sufficiency. Controlling the Quality of Expert Witness Testimony in the United States / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 203–239. На материале важнейшего для данной проблематики американского дела *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1994) авторы анализируют следующие критерии определения степени доверия: (1) может ли рассматриваемая теория или методика быть (и была) проверена; (2) подвергалась ли она экспертной оценке и публикации; (3) какова ее известная или потенциальная частота ошибок и (4) является ли она общепринятой в соответствующем научном сообществе.

невозможность наделения их всех одинаковой силой как доказательств в состязательном процессе. Помимо признанности данного исследования в научном сообществе его происхождения, необходимо принимать во внимание степень его приближенности и приложимости по предпосылкам, оговоркам, условиям и итоговым выводам к обстоятельствам конкретного дела.

В совокупности изложенные рассуждения позволяют прийти к выводу, что для отграничения случаев единоличной ответственности от ситуаций с множеством делинквентов суд должен на балансе доказательственных вероятностей прийти к конкретному убеждению в том, что у наступившего вреда имеется скорее одна фактическая причина, чем несколько, и заключена она в поведении делинквента. Невозможность прийти к такому выводу либо влечет отказ в удовлетворении исковых требований, либо (при доказанности фактической причинной связи в отношении нескольких ответственных лиц) порождает ситуацию множественности делинквентов (кумулятивной причинной связи), либо (при установлении специфических признаков, рассматриваемых далее) порождает ситуацию альтернативной причинной неопределенности.

§ 2. Понятие и признаки альтернативной причинной неопределенности

Дигесты Юстиниана сохранили для нас известный фрагмент, в котором великие юристы Ульпиан и Юлиан анализируют следующий казус:

D. 9.2.11: «Ульпиан в 18-й книге «Комментариев к эдикту». <...> Если несколько лиц наносили рабу удары (от которых раб умер), то посмотрим, отвечают ли все за убийство. И если будет установлено, от чьего удара погиб раб, то он (нанесший этот удар) отвечает за то, что убил; если это не обнаружено, то, как говорит Юлиан, все отвечают за то, что убили, и если иск предъявлен к одному, то другие не освобождаются. Ведь согласно Аквиллиеву закону, если один привлекается к ответственности, другой не освобождается, если на нем

лежит вина»¹.

Итак, если в драке участвовали несколько лиц и невозможно установить, кем был нанесен смертельный дар, то Юлиан и Ульпиан полагают, что все участники отвечают за убийство, хотя из описания ситуации явно следует, что (1) смерть потерпевшему причинил кто-то один из ограниченного множества участников и (2) истец (например, наследник убитого) не может доказать причинно-следственную связь против кого-либо из ответчиков. Спустя много веков описанная группа ситуаций получила в зарубежной доктрине и судебной практике наименование «альтернативной причинной связи» (*alternative Kausalität, alternative causation*), а изложенное решение римских юристов впоследствии обрело нормативное выражение во множестве развитых правовых порядков.

Если попытаться обобщить популярные примеры литературы и распространенные в судебной практике ситуации, то можно перевести данную группу случаев на формальный язык и описать ее как материально-правовую проблему. В техническом смысле ситуация альтернативной причинной неопределенности возникает при установлении ограниченной группы из нескольких возможных причин вреда, среди которых достоверно есть одна или несколько фактических причин вреда, однако установить фактическую причину вреда из группы альтернативных причин в соответствии с обязательным в данной процессуальной форме стандартом доказывания для суда в состязательном процессе невозможно². Альтернативные причины, в свою очередь, могут быть как деликтного, так и неделиктного свойства (встречная вина, непреодолимая сила, неблагоприятная рыночная конъюнктура и иные обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего³). Если у наступившего

¹ См.: Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. С. 399 (авторы перевода – Т.А. Бобровникова, И.С. Перетерский). Подробный анализ данного фрагмента и проблематики альтернативной причинной неопределенности в римском праве см.: Kruse C. Op. cit. S. 4–45. См. также: Kortmann J.S. Ab Alio Ictu(s): Misconceptions about Julian's View on Causation // Journal of Legal History. 1999. Vol. 20. № 2. P. 95–103.

² См. различные определения ситуации альтернативной каузальности в зарубежной и отечественной литературе во введении к настоящей работе.

³ См., например: Bydlinski F. Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen // Festschrift für

вреда установлена только *одна* фактическая причина, то ситуация неопределенной причинно-следственной связи не может возникнуть в принципе. В этом случае необходимо перейти к установлению юридических пределов ответственности единственного делинквента либо прекратить исследование, если эта единственная причина вреда находится в сфере ответственности потерпевшего.

Помимо базовой ситуации «один потерпевший против нескольких альтернативных делинквентов», существуют также случаи нескольких альтернативных потерпевших, которым может противостоять один или несколько альтернативных делинквентов¹. Эти и другие осложненные группы случаев², безусловно, заслуживают отдельного рассмотрения, однако мы не будем подробно останавливаться на них в настоящей работе, поскольку на

Gerhard Frotz. 1993. S. 3–10; Heinrich E. *Teilhaftung bei alternativer Kausalität mit Zufall* // *Juristische Blätter*. 2011. Vol. 133. № 5. S. 277–287. Об обстоятельствах в сфере ответственности потерпевшего см. также: German Civil Code. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 368–373 (автор комментария к § 254 – U. Magnus); Kötz H., Wagner G. *Op. cit.* S. 305–312; Medicus D., Lorenz S. *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch*. 22. Aufl. München: C.H. Beck, 2021. S. 344–352; Looschelders D. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. 16. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2018. S. 402–414; Simons K.W. *Contributory Negligence: Conceptual and Normative Issues / Philosophical Foundations of Tort Law* / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 461–485; Simons K.W. *Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law* // *Journal of Tort Law*. 2015. Vol. 8. № 1-2. P. 29–66; Markesinis B., Unberath H. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. 4th Edition. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002. P. 110; Михайлов В.С. Влияние предрасположенности потерпевшего на возмещение причиненного ему вреда; Сударев Г.А. Некоторые трудности при определении границ вины потерпевшего; Ягельницкий А.А. К вопросу о вине потерпевшего. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 15.02.2017 № 305-ЭС16-14064; Яблочков Т.М. Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых ему убытков. Т. 1: Часть теоретическая. Ярославль, 1910. 458 с.; Яблочков Т.М. Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых ему убытков. Т. 2: Очерки законодательной и судебной практики. - Ярославль, 1911. 600 с. Широкая категория «в сфере ответственности потерпевшего» («*within the victim's own sphere*»), обобщающая все указанные обстоятельства, применяется составителями *PETL*, см. ст. 3:106 и комментарий к ней: Spier J. *Causation / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. P. 56–59.

¹ Наиболее известные примеры – *DES*-дела и экологические деликты. См. пример системного обобщения различных ситуаций: *Digest of European Tort Law*. Vol. 1: *Essential Cases on Natural Causation* / Ed. by B. Winiger. H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann. Wien: Springer, 2007. P. 353–456. Попытку аналитического обобщения различных ситуаций альтернативной причинной неопределенности см.: Oliphant K. *Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues*. P. 591–592.

² В частности, российской судебной практике известны случаи на грани альтернативной и кумулятивной каузальности, когда причинная неопределенность заключена в вопросе о том, одно лицо причинило вред или делинквентов было несколько (см., например, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 28.07.2020 по делу № А55-25179/2014 с комментарием: Романова О.И. Применение судами положений ст. 1080 ГК РФ // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2022. № 4. С. 157–158). Подобные ситуации представляются относительно менее затруднительными в разрешении, поскольку остается возможность предположить здесь кумулятивную причинную связь. Большинство аргументов и теорий в области классической альтернативной каузальности применимы и к данной группе ситуаций. Гораздо более сложной представляется рассматриваемая в настоящей работе классическая ситуация альтернативной каузальности, когда достоверно установлено, что число фактических причин вреда меньше числа альтернативных причин.

данный момент даже основные вопросы альтернативной причинной неопределенности, которые удобнее всего рассматривать на наиболее простом примере (базовой аналитической модели), остаются недостаточно разработанными в российской литературе. В качестве образца и отправной точки мы, в основном, будем анализировать наиболее типичную ситуацию, когда установлена ограниченная группа из двух и более альтернативных причин вреда, только одна из которых является его фактической причиной, но определить (выбрать) эту причину в соответствии с обязательным в данной процессуальной форме стандартом доказывания для суда в состязательном процессе невозможно¹.

Разумеется, для формирования ситуации альтернативной причинной неопределенности необходимо установление всех остальных элементов деликтной ответственности применительно к каждому альтернативному делинквенту (размер вреда, противоправность, вина или иное основание для вменения)². Но что не менее важно, требуется установить на соответствующем стандарте доказывания, что вред потерпевшему определенно был причинен *кем-то (или чем-то) из группы альтернативных причин*: иными словами, проблема должна заключаться не в установлении ограниченной группы альтернативных причин, а только в выборе одной или нескольких фактических причин вреда между ними³.

¹ Оговорка про состязательный процесс обусловлена тем соображением, что в инквизиционном процессе судья не только может, но и обязан заниматься поиском «объективной истины», что с учетом имманентно присущих такому процессу обвинительного уклона и других искажений может приводить к внешнему уменьшению (или полному устранению) в судебной практике случаев альтернативной причинной неопределенности при многократном возрастании количества ложноположительных и ложноотрицательных выводов относительно причинной связи ввиду существенно возрастающего риска потери судом нейтральности и беспристрастности и нарушения процессуального баланса сторон. Для установления «объективной истины» суд наделяется несколько более расширенным процессуальным инструментарием по собиранию доказательств в инициативном порядке, однако все его усилия во всяком случае будут ограничены *предельной познавательной способностью* каждого доказательства, которая никогда не откроет перед судом подлинную картину событий и явлений прошлого на все 100%. Подробнее см. выше § 1 главы 1 настоящей работы.

² German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1634–1635 (автор комментария к § 830 – U. Magnus); Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 141.

³ В германоязычной литературе распространено мнение о том, что поскольку установить причинную связь в отношении кого-либо из альтернативных делинквентов невозможно, то привлечение каждого из них к ответственности основывается на *потенциальной* причинно-следственной связи. Это же обстоятельство объясняет снижение общепринятого стандарта доказывания для потерпевшего (см. подробнее: Koziol H. Basic

Один из важнейших вопросов при выявлении отличительных признаков ситуации альтернативной каузальности заключается в определении критериев отнесения потенциальных причин вреда к числу альтернативных, т.е. таких, между которыми возможно обсуждение разложения последствий наступившего вреда по тем или иным правилам. Дело в том, что практически в любой ситуации причиненного вреда можно заподозрить вмешательство случая или иных обстоятельств, традиционно относящихся к сфере ответственности потерпевшего по принципу *casum sentit dominus*. Однако не каждое такое подозрение должно влечь за собой признание спорного фактора альтернативной причиной вреда, иначе любой деликтный казус на практике можно было бы представить как ситуацию альтернативной каузальности. Равным образом, во многих случаях бывает сложно определить, когда потенциальный делинквент должен быть включен в число альтернативных причин вреда, а когда для него допустимо сослаться на «моральную удачу» (*moral luck*)¹, т.е. (применительно к рассматриваемой проблематике) такое положение, при котором его поведение обладает признаками потенциально вредоносного (например, неосторожный образ действий, создание повышенной опасности для окружающих), но не может быть включено в орбиту альтернативных причин вреда по отношению к конкретному потерпевшему.

Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 142ff., со ссылками на литературу). Данная точка зрения имеет значение в контексте рассматриваемой проблематики, поскольку, действительно, если нельзя установить причинную связь в отношении кого-либо из ответчиков, т.е. если причинную связь между их поведением и наступившим вредом нельзя рассматривать как актуальную (действительно существующую), то она может быть только потенциальной, т.е. виртуально мыслимой с учетом всех реконструированных обстоятельств конкретного дела. В то же время, на наш взгляд, такой стилистический прием, во-первых, не объясняет принципиальное привлечение альтернативных делинквентов к ответственности, но лишь описывает проблему другими словами («потенциальная причинная связь»), а во-вторых, он затеняет очень важный признак ситуаций альтернативной причинной неопределенности, заключающийся в установлении судом наличия фактической причины вреда среди альтернативных его причин. Привлечение альтернативных делинквентов к ответственности за потенциальную причинную связь (только за создание конкретной угрозы причинения вреда) при неправильной расстановке акцентов может подвинуть систему к необоснованному расширению случаев привлечения к ответственности за рамки описанных условий и существенно исказить самое основание классического деликтного права, находящееся в корректирующей справедливости. См. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 90–93, со ссылками на литературу; Gordley J. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 182–184; Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 59–68. Также см. § 1 главы 2 настоящей работы.

¹ См. подробнее: Williams B. Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

Для отделения «подлинных» альтернативных делинквентов от более или менее упречно действовавших, но непричастных субъектов зарубежные литература и судебная практика в зависимости от доктринальной традиции определенного правопорядка используют различные критерии, среди которых можно выделить следующие¹:

1) поведение альтернативных делинквентов привело к *существенному повышению риска* причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил (Англия, США и Канада);

2) поведение альтернативных делинквентов привело к *созданию конкретной угрозы* причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил (Германия и Австрия);

3) поведение альтернативных делинквентов имело *схожий характер*, способный причинить данному потерпевшему такой вред, который у него фактически наступил (Франция, отчасти Англия и Канада);

4) поведение альтернативных делинквентов привело к лишению данного потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту (отчасти все вышеуказанные правопорядки на уровне эпизодически возникающего аргумента в литературе и судебной практике).

Представленные критерии позволяют описать абстрактным юридическим языком поведение альтернативных делинквентов из образцового римского фрагмента D. 9.2.11, процитированного выше, и обосновать ограничение числа альтернативных причин вреда только лицами, наиболее близко стоящими к данному потерпевшему в тумане неопределенной причинно-следственной связи.

Применение указанных критериев, с одной стороны, способствует соблюдению принципа *de minimis* и не позволяет спекулировать на возможном влиянии на ситуацию причинения вреда незначительных и явно пренебрежимых факторов в сфере ответственности потерпевшего или третьих лиц, а с другой стороны, позволяет исключить из числа альтернативных делинквентов таких

¹ См. подробный анализ различных подходов далее в § 3 главы 2 настоящей работы.

лиц, чье поведение, хотя и обладало признаками упречного *per se* (являлось виновным или создавало повышенную опасность для неопределенного числа окружающих), достоверно не может быть квалифицировано в качестве причины наступившего вреда на стороне конкретного потерпевшего¹.

С учетом изложенного можно выделить следующие признаки альтернативной причинной неопределенности:

1) На необходимом стандарте доказывания (с помощью критериев существенного повышения риска, или создания конкретной угрозы, или схожего характера деятельности) установлена ограниченная группа из нескольких альтернативных причин вреда (m_A), среди которых есть одна или несколько фактических причин вреда (n_Φ): $n_\Phi \in m_A$, где $n \geq 1$, а $m > n$;

2) В соответствии с обязательным в данной процессуальной форме стандартом доказывания установлено, что число фактических причин вреда меньше числа альтернативных причин: $n_\Phi < m_A$;

3) Определение (выбор) одной или нескольких фактических причин вреда из установленной группы его альтернативных причин в соответствии с обязательным в данной процессуальной форме стандартом доказывания для суда в состязательном процессе невозможно;

4) В соответствии с обязательным в данной процессуальной форме стандартом доказывания установлены все остальные элементы деликтной ответственности применительно к каждому альтернативному делинквенту.

Принцип «истец доказывает», покоящийся на классической латинской максиме «*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*», предопределяет типичный сценарий отказа потерпевшему в удовлетворении иска за его недоказанностью в

¹ Например, *Д1*, *Д2* и *Д3* продавали медицинский препарат, скрытый вредоносный эффект от приема которого проявился лишь спустя несколько лет, в связи с чем потерпевший не может точно установить, у какого продавца он приобретал злополучный препарат. Потерпевший предъявляет иск ко всем продавцам, однако *Д3* освобождается от ответственности, доказывая, что не реализовывал препарат в конкретном регионе проживания данного истца. И хотя деятельность *Д3* по своей упречности (при прочих равных условиях) ничем не отличается от поведения *Д1* и *Д2*, *Д3* вправе ссылаться на то, что он не создавал повышенный риск или конкретную угрозу причинения вреда данному *П*. Иными словами, *Д3* просто повезло в обособленном процессе против данного *П*, и его поведение не может быть включено в число альтернативных причин вреда данного *П*.

случае неспособности, затруднительности или невозможности установления причинно-следственной связи между поведением ответчика и вредом, наступившим на стороне истца. В этом смысле очевидно, что ситуация альтернативной причинной неопределенности вступает в значительное напряжение с принципом состязательности гражданского процесса и требует дополнительного объяснения своего отношения к нему. Накопленный опыт показывает, что при установлении вышеописанных специфических признаков, обусловленных определенными жизненными обстоятельствами, доктрина и судебная практика интуитивно склоняются к поиску определенных механизмов и решений, направленных на удовлетворение исковых требований вопреки признаваемым проблемам потерпевшего-истца с доказыванием фактической причинной связи¹. Одновременно признается, что область приложения указанных признаков и решений до сих пор строго не очерчена и нащупывается судебной практикой от дела к делу². Весьма дискуссионным остается условие о *невозможности* для суда в состязательном процессе установления (выбора) на необходимом стандарте доказывания фактической причины вреда из нескольких альтернативных³. Речь идет о патовом положении, при котором суд с точки зрения общепринятого стандарта доказывания не может отнести наступившие вредоносные последствия ни на один из альтернативных причинных факторов⁴.

¹ Martín-Casals M., Papayannis D.M. Introduction / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 1.

² Jansen N. Historical Report / Digest of European Tort Law. Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation. P. 354.

³ См. ниже американский критерий ситуации альтернативной причинной неопределенности, согласно которому «от истца нельзя разумно ожидать, что он сможет доказать, какое лицо или лица причинили вред (*the plaintiff cannot reasonably be expected to prove which actor or actors caused the harm*). Это условие (при установлении остальных специфических признаков) смягчает ригоризм классических процессуальных правил для потерпевшего, вовлекая в орбиту альтернативной причинной неопределенности также случаи субъективной невозможности, чрезвычайной затруднительности или очевидной нецелесообразности (с точки зрения базового критерия разумности) доказывания причинной связи для потерпевшего. См. подробнее § 3 главы 2 настоящей работы, а также примеры подобных ситуаций ниже в § 3 настоящей главы.

⁴ Равным образом, в ситуациях альтернативной каузальности суд не может просто отказать потерпевшему в удовлетворении иска лишь со ссылкой на недоказанность требований. В классическом примере с потерпевшим, вред которому причинил один из двух альтернативных делинквентов, речь идет о ситуации установленного наличия у потерпевшего права на иск в материальном смысле, соединить которое с конкретным должником мешает неопределенность, созданная упречным поведением самих ответчиков. С возрастанием числа альтернативных делинквентов может уменьшаться доказательственная вероятность причинения вреда каждым из них, но не устраняется обозначенный факт активной легитимации потерпевшего. Более сложными представляются случаи, в которых альтернативной причиной вреда могут выступать обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего, т.е. когда само по себе наличие у потерпевшего права на иск в материальном

В том числе, суд не может отнести вредоносные последствия в сферу ответственности потерпевшего, поскольку не обладает конкретной доказательственной убежденностью в том, что именно и только лишь фактор в сфере ответственности потерпевшего является фактической причиной вреда. При этом возникновение такого процессуально-гносеологического тупика во всяком случае можно вменить альтернативным делинквентам, а в некоторых ситуациях (но необязательно) – также самому потерпевшему.

Для иллюстрации невозможности установления фактической причины вреда на необходимом стандарте доказывания необходимо рассмотреть основные жизненные обстоятельства – источники альтернативной причинной неопределенности. Представление о содержании и роли этих обстоятельств тем более важно, чем чаще они на практике сопровождают проблематику альтернативной каузальности, переплетаясь вместе и смешиваясь, существенно затрудняя для правоприменителя решение принципиального вопроса вменения или невменения конкретному лицу обязательства по возмещению наступившего вреда.

§ 3. Основные источники альтернативной причинной неопределенности

1. Недостаточная изученность в науке того или иного явления и объективные пределы человеческого познания.

Приступая к решению вопроса о том, стало ли конкретное деяние, совершенное *Д*, причиной определенного вреда, возникшего у *П*, правоприменитель предварительно разрешает вопрос о том, может ли *в принципе*

смысле не может быть установлено с необходимой процессуальной точностью. Однако и эти ситуации находят в литературе и судебной практике определенные решения в виде различных моделей деликтной ответственности, которые рассматриваются далее в главе 2 настоящей работы.

(*вообще*) такое деяние повлечет такой-то вред. Другими словами, процессу установления *конкретной причинной связи* (*specific causation*) предшествует нахождение *общей причинной связи* (*general causation*) между обсуждаемыми явлениями¹.

Во многих ситуациях прохождение этого первичного теста не вызывает затруднений. Например, *Д* выстрелил в *П* из пистолета, после чего *П* скончался. Приступая к изучению конкретного случая с его многочисленными деталями и частностями (модель оружия, тип патронов, расстояние выстрела, физические особенности потерпевшего и т.д.), правоприменитель предваряет это исследование базовой предпосылкой о том, что выстрел из пистолета в целом, *вообще*, способен причинить человеку смерть. В подобных ситуациях общий каузальный вопрос разрешается практически неосознанно, незаметно для мыслительного процесса, и исследователь сразу переходит к анализу конкретной причинной связи.

Но такое относительно несложное преодоление проблемы общей каузальности возможно далеко не всегда. Так, устанавливая связь между продолжительным курением *П* и обнаруженным у него раком легких, для начала необходимо ответить на вопрос: а вызывает ли вообще курение рак легких? Ввиду накопленного опыта многочисленных исследований в настоящее время можно прийти к первой важной предпосылке анализа и заключить, что курение может вызвать рак легких. Вместе с тем такой уверенный и положительный вывод не мог быть сделан еще каких-нибудь полвека назад².

¹ Подробнее см.: Steel S. Op. cit. P. 5–6, 67–103; Martín-Casals M., Papayannis D.M. Introduction / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 2; Borghetti J. Litigation on Hepatitis B Vaccination and Demyelinating Diseases in France. Breaking through Scientific Uncertainty? / Ibid. P. 11–42; Giussani A. Proof of Causation in Group Litigation / Ibid. P. 240–249.

² Описанная проблема в контексте смешанной вины была предметом рассмотрения английского дела *Badger v Ministry of Defence* (2005). Потерпевший вследствие продолжительного контакта на работе с вредоносным источником (асбестом) заработал себе рак легких. Помимо этого, очень рано – еще в 1955 г. – он начал курить. Защита ответчика состояла в том, чтобы показать перед судом вину самого потерпевшего в приобретенном заболевании, поскольку тот в течение многих десятилетий самостоятельно подвергал себя риску развития рака легких. Между тем суд установил, что в середине 50-х гг. XX в. еще не было достоверно известно, что курение может вызывать рак легких или причинять иной вред здоровью. Первые официальные предупреждения властей о вреде курения стали появляться только в середине 70-х гг. XX в. Более того, в 1968 г. врачи персонально предупреждали потерпевшего о риске для его здоровья, если он не бросит курить. С учетом этого суд пришел к выводу, что абстрактный разумный и осмотрительный человек на месте потерпевшего (*reasonable person*) бросил

В отечественной судебной практике проблемы подобного рода часто возникают в спорах между учреждениями здравоохранения и пациентами, пострадавшими от ненадлежащего лечения. Недостаточный уровень развития научных знаний в той или иной области вместе с про-бюджетным уклоном российской судебной практики приводят к тому, что потерпевшим очень часто отказывают в удовлетворении исковых требований за недоказанностью именно причинно-следственной связи между некачественным лечением и наступившими неблагоприятными последствиями. Рассмотрение подобных дел с применением ясно артикулированного стандарта доказывания (например, баланса вероятностей¹) и специальных правил разрешения ситуаций причинной неопределенности отечественными судами в подавляющем большинстве случаев пока не осуществляется. Анализ причинной связи либо полностью полагается на экспертное заключение, либо (в случае его противоречивости или при наличии конкурирующих экспертных мнений) представляет собой непрозрачный, практически не просматриваемый в судебном акте мыслительный процесс, руководимый в большей или меньшей степени интуицией, наитием, профессиональными симпатиями, предубеждениями и иными мета-правовыми политическими соображениями².

бы курить к середине 70-х гг., а поскольку этого не произошло, то именно с этого времени (но не ранее) суд начал отсчитывать вину самого потерпевшего в развившемся заболевании и наступившей смерти, пропорционально уменьшая ответственность работодателя за подвергание своего работника вредным условиям труда. Подробнее см.: Elliott C., Quinn F. *Tort Law*. 8th Edition. Harlow: Pearson Education, 2011. P. 120.

¹ В зарубежной практике см., например, английское дело *Barnett v Chelsea and Kensington Hospital Management* (1969): потерпевший поступил в больницу с тяжелым отравлением, однако дежурный врач отказал ему в приеме, после чего больной скончался. Судом было установлено, что обращение за медицинской помощью последовало слишком поздно, и смерть скорее всего наступила бы даже в случае оказания пациенту возможного в данной ситуации лечения. Подробнее см.: Mullis A., Oliphant K. *Op. cit.* P. 121.

² См., например, на уровне высшей судебной инстанции Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 14.10.2019 № 80-КГ19-13 // СПС «КонсультантПлюс» (аналогичный случай медицинской халатности при неопределенной причинной связи в условиях запоздалого обращения за медицинской помощью). В этом судебном акте просматриваются сочувственное отношение судебной коллегии к потерпевшему и желание принять решение в его пользу, и для этой цели вместе оказываются смешаны все элементы ответственности (и вина, и причинная связь, и противоправность), а также бремя доказывания. Это неупорядоченное перечисление и смешение категорий судебная коллегия утяжеляет сонмом цитат из Конституции РФ (Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993, с изм. и доп. от 14.03.2020 № 1-ФКЗ) // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416), Европейской конвенции по правам человека (Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Заключена в г. Риме 04.11.1950, с изм. от 24.06.2013 // СПС «КонсультантПлюс»), легальных определений жизни, смерти, здоровья и т.п., что несколько не проясняет для нижестоящих судов хотя бы базовые алгоритм и критерии установления фактической причинной связи.

При таких обстоятельствах итоговое решение суда оказывается подчинено подчас случайным (нерелевантным) факторам. Помимо указанных выше, необходимо выделить также когнитивные искажения мыслительной деятельности. Речь идет о том, что в неопределенной ситуации психологически оказывается сложнее признать спорный факт доказанным (то есть, пойти на риск ложноположительного вывода), чем отписать судебный акт с уклончивой формулировкой «истец не доказал» (то есть, принять на себя риск ложноотрицательного вывода). Такие сбои рациональности, как предпочтение бездействия (*omission bias*), неприятие потерь (*loss aversion*) и склонность в сомнительных ситуациях придерживаться статус-кво (*status quo bias*), в последнее время стали осмысляться в отечественной литературе в контексте проблематики стандартов доказывания¹. Возникает ощущение, что в первом случае (принятие риска ложноположительного вывода и удовлетворение исковых требований) суд как будто берет на себя бóльшую ответственность, чем во втором случае, при отказе в удовлетворении исковых требований и принятии риска ложноотрицательного вывода. Вместе с тем, если преодолеть эти когнитивные искажения, свойственные человеческой психологии, то можно заметить, что в наиболее спорных случаях ошибки первого и второго рода становятся зеркальными противоположностями друг друга, а риск их совершения содержательно оказывается одинаков в смысле равно возможной опасности погрешить против истины².

¹ См., например: Карапетов А.Г., Косарев А.С. Указ. соч. С. 49–50.

² Против см.: Steel S. *Op. cit.* P. 122–123. По мнению автора, с точки зрения морального основания отнесения бремени доказывания причинной связи на истца, а не на ответчика (см. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 90–101), отказ в удовлетворении исковых требований и риск ложноотрицательного вывода в ситуации причинной неопределенности все-таки более предпочтителен и приемлем, чем удовлетворение исковых требований и риск ложноположительного вывода. Также автором отмечается, что в ситуации неопределенности относительно правильного выбора люди психологически более склонны оправдывать бездействие, чем действие. В обоснование приводится известный в этике казус с вагонеткой, который многим кажется правильным решать через бездействие. Но проблема вагонетки нам представляется здесь неприменимой, поскольку она ставит гораздо более сложную дилемму: мы знаем, что вред точно будет кому-то причинен, у нас нет опции устранения вреда. Между тем в ситуации причинной неопределенности такой шанс всегда остается, поскольку если в действительности вред все-таки был причинен ответчиком, то это значит, что суд, пойдя на риск ложноположительного вывода, принял правильное решение, восстанавливающее поправленное равновесие и соответствующее началу корректирующей справедливости. Иными словами, важное материально-правовое соображение против процессуальной проблемы соблюдения рафинированного принципа состязательности (*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*) заключается в том, что

2. Прошествие времени после причинения вреда.

Объективный феномен времени таков, что с его неумолимым течением блекнут воспоминания, теряются записи, уходят люди: другими словами, материальные и нематериальные следы причинения вреда портятся, исчезают и пропадают.

Здесь уместно привести в качестве примера известные в зарубежной судебной практике дела по поводу препарата *DES*, которые рассматривались высшими судебными инстанциями Нидерландов, Франции и судами штатов США во второй половине XX в.¹ Этот препарат, причинивший вред здоровью многих матерей, в двадцатом столетии был представлен на рынке множеством производителей и фармацевтов, которым также было разрешено его производить. Лекарство, как предполагалось, должно было защитить против преждевременных родов и активно принималось беременными женщинами в 1940-е, 1950-е и 1960-е гг. Дети этих женщин впоследствии страдали от бесплодия, а дочери также приобрели высокий риск развития рака шейки матки. То есть, вредоносный эффект препарата проявился только в следующем поколении людей, поэтому истцы – дети принимавших некачественное лекарство матерей – по объективным причинам не могли доказать, от какого производителя их матери приобрели злополучный препарат.

Помимо того, что определенный вред, как в вышеописанной ситуации, может проявить себя лишь через много лет, проблема прошествия времени после причинения вреда актуальна также для притязаний, которые законодатель не подвергает действию исковой давности: например, в российском праве это те же требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью

с точки зрения корректирующей справедливости в ситуации альтернативной каузальности принятие судом риска ложноположительного вывода оказывается более предпочтительным решением, чем сохранение ситуации в нетронутом виде и отказ в удовлетворении исковых требований. Подробнее см. далее § 4 данной главы и § 1 главы 2 настоящей работы.

¹ Подробнее см.: van Dam C. Op. cit. P. 332–333; Osborne P.H. Op. cit. P. 64–65.

гражданина (ст. 208 ГК РФ¹)². Если единственным «виновником» патового положения альтернативной каузальности признается сам потерпевший (например, в связи с откладыванием момента предъявления иска на многие годы без уважительных причин), то суд отказывает в удовлетворении требований. Но если данную ситуацию можно также вменить альтернативным делинквентам в связи с определенными их действиями, общим характером их деятельности или иными обстоятельствами в их сфере ответственности (например, если созданию ситуации альтернативной причинной неопределенности способствовало длительное нахождение потерпевшего в той или иной устойчивой форме существенной зависимости от ответчиков), то это должно повлечь за собой применение специальных правил разложения вредоносных последствий, которые обсуждаются далее в настоящей работе.

3. Человеческий фактор и затруднения материального характера, которые полностью или частично могут быть вменены альтернативным делинквентам.

Разнообразные жизненные обстоятельства, связанные с субъективными человеческими проблемами, также влекут неопределенность причинно-следственной связи, поскольку порождают искусственные препятствия в ее установлении, если такие препятствия полностью или частично можно вменить альтернативным делинквентам.

Например, в канадском деле *Letnik v Municipality of Metropolitan Toronto* (1988)³ неосторожность ответчика, как утверждал истец, повлекла причинение неопределенного ущерба катеру истца. Неожиданно две недели спустя судно

¹ Текст ГК РФ приводится в настоящей работе по: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2022) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

² Как отмечает ВС РФ, при рассмотрении данной категории дел следует иметь в виду, что в силу ст. 208 ГК РФ выплаты за прошлое время взыскиваются не более чем за три года, предшествовавшие предъявлению иска. Вместе с тем суд вправе взыскать сумму возмещения вреда и за период, превышающий три года, при условии установления вины ответчика в образовавшихся недоплатах и несвоевременных выплатах гражданину (п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // РГ. № 24. 05.02.2010).

³ Steel S. Op. cit. P. 9–10.

затонуло, что нельзя было отнести на какую-либо неосторожность со стороны истца. Было подсчитано, что расходы на поднятие корабля со дна составят от \$ 324 000 до \$ 890 000, в то время как все судно в целом было оценено примерно в \$ 450 000. Если бы катер вытащили на поверхность, можно было бы с высокой долей вероятности установить точную причину и размер причиненного ущерба, однако ввиду непропорциональных расходов, связанных с предположенной операцией, от установления причинно-следственной связи решено было отказаться. Получается, что сначала ответчик причинил имуществу истца неопределенный ущерб, а затем его действия (пусть и опосредованно) привели к ситуации причинной неопределенности относительно юридической причинной связи, или пределов ответственности делинквента¹, поскольку истец предпринял все зависящие от него меры по минимизации ущерба.

Возможный пример влияния нецелесообразности несения несоразмерных расходов на установление точной причины вреда, которая, однако, не всегда должна вести к отказу в удовлетворении исковых требований в состязательном процессе, можно обнаружить в одном из дел, рассмотренных Верховным Судом Российской Федерации². Истец обратился с иском к садоводческому товариществу о возмещении ущерба, указав, что его земельный участок в садовом товариществе периодически подвергается затоплению по причине ненадлежащего состояния резервуара для воды, расположенного напротив его земельного участка, вследствие чего оказался поврежден фундамент строящегося дома. Факты перелива воды через верхний край металлического резервуара, принадлежащего ответчику, и подтопления земельного участка истца ответчиком не оспаривались. Однако альтернативной (или кумулятивной) причиной вреда, согласно выводам судебной экспертизы, могли стать климатическая специфика местности (сезонный перепад температур) или

¹ См. подробнее о разграничении фактической причинной связи и юридических пределов ответственности делинквента: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 93–101 (со ссылками на литературу).

² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации (ВС РФ) от 20.10.2020 № 46-КГ20-7-К6 // СПС «КонсультантПлюс».

геодезические особенности земельного участка истца. Более детальное экспертное исследование, которое могло бы установить степень влияния факторов природного или иного характера на возникновение дефектов фундамента в каком-либо процентном соотношении, не проводилось. Можно предположить, что не в последнюю очередь отказ от углубленной и комплексной дорогостоящей экспертизы был обусловлен незначительной суммой исковых требований (55 тыс. руб. на восстановление поврежденного фундамента). Вместе с тем, как верно отметила судебная коллегия, такая ситуация с точки зрения состязательного процесса не должна приводить к полному отказу в удовлетворении исковых требований в свете того, что ответчик не оспаривал подтопление земельного участка истца переливанием воды из своего резервуара, а альтернативной причиной вреда могли быть только особенности природной среды¹.

В другом деле, уже из области медицинской ответственности², потерпевший проходил лечение в двух учреждениях здравоохранения, ненадлежащее лечение в которых привело к его смерти. Вместе с тем экспертиза и суды не смогли установить точную степень негативного воздействия на здоровье истца медицинского вмешательства в первой больнице, поскольку там «имели место дефекты ведения медицинской документации». Судебная коллегия обоснованно отметила, что даже информированное добровольное согласие пациента на те или иные риски медицинского вмешательства не может быть вменено потерпевшему и не приводит к устранению ответственности ответчиков в ситуации, когда ни один из них не исполнил свои обязательства в соответствии с установленными

¹ Как представляется, в данном судебном акте содержится некоторый намек на пропорциональную ответственность: «Невозможность точного определения степени влияния одной из совокупных причин на возникновение ущерба не должно приводить к лишению потерпевшего права на возмещение вреда. По настоящему делу факт подтопления участка истца по вине ответчика судами по существу признан, ввиду того что ответчиком данный факт не опровергался. Согласно заключению эксперта, именно подтопление участка в совокупности с обычными сезонными природными явлениями могло привести к повреждению имущества истца. Каких-либо иных причин повреждения фундамента судами не установлено. <...> С учетом изложенного, выводы судов об отказе в иске *в полном объеме* (курсив мой – М.Л.) не соответствуют нормам материального права».

² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 22.03.2021 № 18-КГ20-122-К4 // СПС «КонсультантПлюс».

в медицинской деятельности стандартами и правилами. Равным образом верно, что потерпевшему не может быть вменена невозможность установления точной степени влияния двух альтернативных делинквентов на причинение вреда в условиях, когда невозможность детального анализа лечения, которое потерпевший проходил в первой больнице, обусловлена халатным отношением ее врачей к исполнению базовой обязанности по ведению медицинской документации больного.

Как можно заметить, примеры влияния человеческого фактора на процесс установления причинной связи встречаются в повседневной практике довольно часто. Вопрос заключается в том, можно ли с юридической точки зрения вменить эту ситуацию альтернативным делинквентам. Положительный ответ на него влечет за собой возникновение ситуации альтернативной причинной неопределенности (при установлении остальных критериев, изложенных выше). Например, два охотника по неосторожности выстрелили в лесу в случайного потерпевшего, но только один из них попал в цель. Они стреляли из разного оружия, однако вторую пулю так и не удалось найти. Другая же пуля, поразившая потерпевшего, оказалась по неосторожности утрачена хирургом, проводившим вскрытие или операцию. В итоге точную причинную связь так и не удастся установить, что, однако, в отсутствие иных особенных обстоятельств едва ли возможно вменить потерпевшему, оказавшемуся заложником цепочки неприятностей, с точки зрения зеркального применения к его поведению правил о противоправности, вине и иных основаниях деликтной ответственности.

§ 4. Анализ основных аргументов в пользу принципиального вменения ответственности (против полного отказа в иске)

Рассмотрим «лакмусовую бумагу» настоящего исследования – классический

казус с двумя охотниками и одним потерпевшим. Два охотника заметили характерное движение в лесной чаще и почти одновременно выстрелили из одинакового оружия с большого расстояния, рассчитывая на хорошую добычу, однако их цель оказалась посторонним человеком. На потерпевшем зафиксировано только одно попадание: то есть, кто-то из охотников промахнулся, но кто именно, установить невозможно. Таким образом, доказательственная вероятность причинной связи в отношении каждого охотника (*Д1* и *Д2*) – по 50%, при этом все остальные элементы ответственности установлены¹.

Прежде всего возникает вопрос о том, а необходимо ли здесь в принципе удовлетворение деликтных требований в какой-либо части. Основной аргумент против удовлетворения исковых требований ранее уже был высказан в другом месте²: моральное основание деликтного обязательства и балансирование правовой системой конкурирующих интересов, заключенных в негативной и позитивной свободе людей и их объединений, приводят к отнесению на истца (потерпевшего) бремени доказывания фактической причинной связи между наступившим вредом и поведением ответчика. В отсутствие установленной в состязательном процессе истцом на балансе доказательственных вероятностей причинной связи суд не может отнести негативные последствия, наступившие в сфере одного лица, сфере другого лица.

Между тем многочисленная зарубежная литература и судебная практика, по-видимому, интуитивно осознавая несправедливость решения об отказе в присуждении возмещения, продолжают тратить значительные усилия для обоснования ответственности в ситуациях альтернативной каузальности.

¹ Описанные в литературе казусы с охотниками помимо своей огромной книжной популярности имеют многочисленные прототипы в реальной судебной практике самых разных правопорядков – см., напр., дело Верховного суда штата Калифорния *Summers v. Tice* (1948), канадское дело *Cook v. Lewis* (1957). Подробнее см.: Назариков С.В. Указ. соч. С. 184–188; Osborne P.H. *Op. cit.* P. 62–63. См. аналогичную французскую судебную практику: *Steel S. Op. cit.* P. 153–158. Австрийское дело *GIUNF 4329: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective.* P. 141. Похожие «охотничьи» дела рассматривались в судебной практике СССР, см. подробнее: Епихина Д.О. Указ. соч. С. 114.

² См. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 90–101, и приведенную там литературу.

В компаративной литературе можно заметить определенную схожесть в направлениях эволюции судебной практики развитых зарубежных правовых порядков: отказ в удовлетворении исковых требований и применение классических правил установления причинной связи в XIX – начале XX вв. приводят к осознанию несправедливости и неудовлетворительности общего подхода, и уже в середине XX в. судебная практика меняется в пользу потерпевших, удовлетворяя их требования к альтернативным делинквентам полностью или в пропорциональной части¹. В настоящем параграфе анализируются основные аргументы в пользу принципиального удовлетворения исковых требований потерпевших, безотносительно той или иной модели ответственности альтернативных делинквентов.

1. Выполнение деликтным правом цели превенции: необходимость предупреждения вреда и стимулирования надлежащего поведения.

Сторонники традиционного деонтологически-ориентированного подхода к частному праву и апологеты инструментальных методологий, прежде всего экономического анализа права, отводят функции превенции в деликтном праве разное место. Первые считают ее «побочным следствием компенсации²», вторые выстраивают вокруг нее всю систему³. Но здесь важно констатировать, что оба направления принципиально признают за деликтным правом функцию превенции ненадлежащего поведения. Соответственно, утверждается, что полный отказ в удовлетворении требований о возмещении вреда в ситуации альтернативной каузальности определенно повлечет за собой ложные стимулы для построения участниками оборота программы собственного поведения⁴.

¹ См. подробный обзор судебной практики Германии, Франции, США, Англии и Канады: Steel S. Op. cit. P. 141–174, а также далее по тексту анализ подходов отдельных правовых порядков с приводимой литературой.

² См. подробнее с обширными ссылками на литературу: Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 25–30; Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2014. № 5. С. 201–204.

³ См. подробнее с приведенной литературой: Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 494–501; Young R., Faure M., Fenn P. Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis // Review of Law & Economics. 2007. Vol. 3. № 1. P. 111–132.

⁴ Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 589. См. пример подобной аргументации в деликтах из медицинской области (американское дело *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N.E.2d 819, 452 Mass. 1, 2008): Johnson V.R. Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts. Ch. 7.2 («Суд пришел к выводу, что медицинская наука в настоящее время позволяет оценить вероятность

Подобное «воспитательное» и «направляющее» воздействие деликтного права на поведенческие паттерны участников оборота особенно заметно на примере случаев строгой ответственности, которые являются важным отступлением от общего начала ответственности за вину. В литературе применительно к указанной группе случаев отрицается предшествующее возникновению ответственности нарушение обязанности одного лица по отношению к другому: вред возмещается только по принципу причинения¹. Угроза возникновения деликтного обязательства направлена на стимулирование лиц, рискующих ответственностью, к принятию максимальных мер безопасности в целях минимизации возможности причинения вреда². Случаи строгой ответственности много веков оставались проблемой для цивилистов догматического направления, заботящихся о сохранении единства и системной стройности частноправовых конструкций³. На фоне, как многим представляется, очевидного и вытекающего из здравого смысла принципа ответственности за вину строгая ответственность продолжает оставаться хаотичным и трудно обобщаемым набором казусов, каждый из которых, на первый взгляд, обладает своей спецификой и практически не связан с остальными никаким основанием.

выживания пациента с разумной определенностью, и поэтому возмещение вреда в связи с утраченным шансом излечения от болезни было особенно уместным. Суд постановил, что иное решение подорвет принцип превенции, освобождая целые области врачебной небрежности от ответственности, и вынудит “сторону, которая наименее способна предотвратить вред (пациента), нести последствия небрежности более способной к этому стороны (врача)”». О доктрине утраты шанса на благоприятный исход как механизме решения проблемы альтернативной причинной неопределенности см. ниже § 2 главы 2 настоящей работы. См. также в американском DES-деле *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980) аргумент о возложении ответственности на альтернативных деликвентов как стимул к тщательному соблюдению правил испытания безопасности медицинских препаратов в будущем: *Ibid.* Ch. 7.4.

¹ См. подробнее, например: Murphy J., Witting C. *Street on Torts*. 13th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 415ff.; Jansen N. *The Structure of Tort Law*. P. 11, 31 (со ссылками на литературу).

² Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. Киев, 1899. С. 13–16. См., например, п. 4 Обзора судебной практики по вопросам применения законодательства об охране окружающей среды, утв. Президиумом ВС РФ 24.06.2022 // СПС «КонсультантПлюс»: «Использование причинителем вреда источника повышенной опасности само по себе означает обязанность принять те невыгодные имущественные последствия, которые наступают в силу владения таким источником даже тогда, когда произошло случайное причинение вреда, что стимулирует потенциального причинителя вреда инвестировать больше средств в предупреждение вреда и повышает стандарты заботливости и осмотрительности». Впрочем, в литературе по экономическому анализу права обоснованно отмечается ограниченность данного аргумента, а именно, если величина издержек на предупреждение вреда приближается к размеру ожидаемой ответственности, помноженному на вероятность ее наступления, или тем более превышает этот размер, то стимулирующая функция строгой ответственности элиминируется. Подробнее см. на примерах из повседневной жизни: Уинтер Г. Вопросы права и экономики / пер. с англ. Т. Шишкиной; под науч. ред. М. Одинцовой. М., 2019. С. 173–208.

³ Jansen N. *The Structure of Tort Law*. P. 25–136, с приведенной литературой и судебной практикой.

Джеймс Гордли (*James Gordley*), отмечая этот феномен, обосновывает все случаи строгой ответственности с помощью аристотеле-томистской методологии, дедуктивно выводя две основные группы случаев строгой ответственности из ключевого (в его понимании) правила корректирующей справедливости «никто не вправе обогащаться за счет другого»¹.

Первая группа случаев объединена поведением, создающим либо повышенную опасность причинения вреда окружающим, либо повышенную уязвимость самому стать объектом причинения вреда для окружающих. Две эти модели поведения увеличивают в обществе как сам риск совершения деликта, так и масштаб вредоносных последствий. Лицо, добровольно вступающее в такую опасную активность, превышает тем самым свою долю в общих несчастьях в обмен на некоторое благо, которое оно стремится для себя приобрести (с учетом того, что поведение человека, в отличие от других живых существ, целеполагающе). В связи с этим принципы корректирующей справедливости, прежде всего запрет обогащения одного лица за счет другого, в первой ситуации требуют возмещения вреда, несмотря на возможное отсутствие вины в его причинении², а во второй ситуации влекут уменьшение размера компенсации вплоть до полного отказа в иске³.

Вторая группа случаев у Дж. Гордли – и она представляет основной интерес для настоящего исследования – объединена чрезвычайной затруднительностью или полной невозможностью установления наличия или отсутствия вины на стороне делинквента. Если правовая система в соответствии с базовым правилом требует установления вины в ситуациях, когда никто не может установить ее наличие или отсутствие либо когда ее установление чрезвычайно

¹ Gordley J. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations // *Edinburgh Law Review*. 1997. Vol. 1. № 3. P. 349ff.

² См. общие правила об источниках повышенной опасности в ст. 1079 ГК РФ и п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // РГ. № 24. 05.02.2010.

³ См., например, уменьшение ответственности делинквента в ситуациях смешанной вины (п.п. 1-2 ст. 1083 ГК РФ), а также отказ в возмещении вреда при согласии потерпевшего на его причинение (абз. 2 п. 3 ст. 1064 ГК РФ).

затруднительно, то *делинквент* получает возможность избежать ответственности, сохраняя то благо, ради приобретения которого он совершил вменяемые ему действия или бездействие.

В этом рассуждении о вине последнюю несложно заменить на причинно-следственную связь, и мы получим ту же проблему дефектного состава ответственности: объективная невозможность или чрезвычайная затруднительность в доказывании на балансе вероятностей причинной связи между поведением делинквента и наступившим вредом создает для нарушителя возможность всегда избегать ответственности за недоказанностью своей причастности к вредоносным последствиям, сохраняя все приобретаемые за счет своего поведения (и причинения вреда потерпевшим) блага.

Это особенно актуально, например, для экологических деликтов, для случаев отложенного вредоносного эффекта (*DES*-дела), а также для самых разных ситуаций столкновения с объективными пределами человеческого познания. Так, можно предположить, что привлечение к ответственности владельцев применяющих асбест предприятий с переложением на них риска ложноположительного решения относительно наличия причинной связи по-своему способствует отказу от применения асбеста на производстве там, где он еще не запрещен, а также стимулирует финансирование дальнейших исследований механизма развития связанных с асбестом заболеваний, чтобы генезис причиненного в конкретном случае вреда можно было устанавливать на балансе вероятностей¹.

¹ По данным на 14.07.2022 асбест запрещен в 68 странах мира, включая Евросоюз, Великобританию, Австралию и Канаду. См. актуальную информацию: Current Asbestos Bans. Compiled by Laurie Kazan-Allen (Revised July 14, 2022). URL: http://www.ibasecretariat.org/alpha_ban_list.php (дата обращения: 14.08.2022). Современные дела зарубежной судебной практики – это печальные последствия неконтролируемого и интенсивного применения этого материала в прошлом. Основными экспортерами асбеста в мире остались Россия и Казахстан. В частности, на Урале в г. Асбест расположено соответствующее градообразующее предприятие. И здесь обращает на себя внимание не только продолжаемое использование этого материала внутри страны, но и показательное отрицание на официальном уровне губительного вреда асбеста для здоровья. См., например: Россия выиграла. Хризотил-асбест выдержал испытание Женевской конференцией. URL: <https://rg.ru/2017/05/24/rossiia-vyskazalas-protiv-priznaniia-hrizotil-asbesta-osobo-opasnym.html> (дата обращения: 14.08.2022): «Вопрос о запрете использования хризотилового асбеста на конференциях сторон Роттердамской конвенции рассматривается уже более десяти лет. Включение в Приложение III (перечень веществ, подлежащих процедуре предварительного обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле) означает фактический запрет на применение вещества. По результатам обсуждений хризотил-асбест в очередной

Отечественная практика судов общей юрисдикции по асбестовым делам тяжело поддается обобщению по причинам технического характера, но и из имеющихся материалов можно сделать интересные наблюдения. В большинстве проанализированных дел работодатели не оспаривают профессиональный характер заболевания и причинно-следственную связь между условиями работы потерпевшего на производстве и возникшим вредом, в связи с чем истцы обычно без особых доказательственных затруднений взыскивают с ответчиков компенсации¹. Со стороны может показаться, что проблема асбестовых дел, так сильно повлиявших на современный облик деликтного права за рубежом, в России вовсе не существует, несмотря на то что наша страна остается одним из мировых лидеров по применению асбеста на производстве. Однако данное впечатление обманчиво. Первая проблема заключается в размерах компенсаций, присуждаемых судами: они крайне малы и несопоставимы с теми выгодами и прибылью, которые извлекают собственники вредных производств². Иными словами, если издержки ответчиков на доказывание своей позиции значительно превышают среднюю присуждаемую судом компенсацию, то проще и дешевле не оспаривать приведенные в иске обстоятельства³. Вторая проблема состоит в

(шестой!) раз не был включен в перечень особо опасных химических веществ. Против включения минерала в «запретительный» список выступили семь стран: Россия, Казахстан, Кыргызстан, Белоруссия, Индия, Зимбабве и Сирия. Их основной аргумент – отсутствие убедительного научного обоснования опасности минерала...» См. также: Государство поддержит хризотилловую индустрию в РФ. URL: <https://rg.ru/2021/09/29/reg-pfo/gosudarstvo-podderzhit-hrizotilovuiu-industriiu-v-rf.html> (дата обращения: 14.08.2022).

¹ См., например, Апелляционное определение Свердловского областного суда от 17.11.2015 по делу № 33-16722/2015 // СПС «КонсультантПлюс», Апелляционное определение Саратовского областного суда от 18.08.2016 по делу № 33-6139/2016 // СПС «КонсультантПлюс», Апелляционное определение Свердловского областного суда от 07.09.2016 по делу № 33-14931/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например, Апелляционное определение Саратовского областного суда от 18.08.2016 по делу № 33-6139/2016 // СПС «КонсультантПлюс» (присуждена компенсация в размере 80 000 рублей), Апелляционное определение Свердловского областного суда от 07.09.2018 по делу № 33-15527/2018 // СПС «КонсультантПлюс» (70 000 рублей). В то же время в силу существующей в судах общей юрисдикции традиции цензурирования публикуемых судебных актов установить и сравнить точный характер полученных истцами профессиональных заболеваний не представляется возможным.

³ В некоторых делах ответчики указывают суду на то, что общий стаж работы истца на вредном производстве значительно превышает стаж работы у конкретного ответчика: в спорах о взыскании компенсации морального вреда суды иногда не придают этому обстоятельству значения (см., например, Апелляционное определение Верховного Суда Республики Коми от 25.12.2017 по делу № 33-8252/2017 // СПС «КонсультантПлюс»), но иногда учитывают этот фактор при расчете (в частности, когда в одном процессе в числе ответчиков собрано несколько работодателей потерпевшего – см. обзор практики по иным, неасбестовым вредным производствам: Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 120–121). В целом из содержания проанализированных судебных актов можно сделать вывод, что аргументация ответчиков против предъявленных требований предельно формальна: видно, что особенные усилия по их опровержению

отсутствии в России традиции и развитого института групповых исков: обращения в суд по подобным делам индивидуальны, и их число, как можно предположить, растворяется в общем количестве случаев причинения аналогичного вреда, которые в силу тех или иных причин не доходят до суда¹.

Таким образом, печальное состояние отечественной судебной практики по асбестовым делам может служить практическим подтверждением большого значения превентивной функции в деликтном праве в целом и особенно в ситуациях альтернативной каузальности: относительно небольшое количество судебных актов и мизерные компенсации совсем не обостряют эту проблему в России. В нашей стране асбест по-прежнему не запрещен и применяется на различных производствах. Считанное количество судебных процессов с компенсациями, не превышающими среднюю месячную зарплату в крупных городах, остается микроскопическими издержками для большой индустрии, которую защищают на государственном уровне.

не прилагаются. Так, популярным является довод о том, что истец добровольно согласился работать у ответчика, а также добровольно продолжал трудовую деятельность после достижения стажа работы на вредном производстве, достаточного для выхода на пенсию. Этот довод справедливо отклоняется судами, поскольку «непринятие ответчиком мер по обеспечению надлежащих условий труда не должно и не может ограничивать свободу выбора работы, которая гарантируется ч. 1 ст. 37 Конституции РФ. В связи с этим длительный период работы истца во вредных условиях труда не уменьшает ответственность работодателя за причинение вреда здоровью истца, и, соответственно, не может служить основанием для снижения размера компенсации морального вреда» (Апелляционные определения Свердловского областного суда от 17.11.2015 по делу № 33-16722/2015 и от 07.09.2016 по делу № 33-14931/2016 // СПС «КонсультантПлюс»). «При этом обязанность работодателя по обеспечению безопасных условий труда подразумевает создание работнику таких условий труда, в которых *в полном объеме* (курсив мой – М.Л.) исключаются воздействие неблагоприятных производственных факторов и возможность причинения вреда здоровью на рабочем месте» (Апелляционные определения Свердловского областного суда от 07.09.2016 по делу № 33-14931/2016 и от 07.09.2018 по делу № 33-15527/2018 // СПС «КонсультантПлюс»). Другим распространенным и легко опровергаемым судами аргументом ответчиков является довод о том, что истец уже получает страховые выплаты из Фонда социального страхования (см. также вышеприведенные судебные акты). Здесь ответчики, очевидно, смешивают возмещение имущественного вреда, на что направлено страховое покрытие, и компенсацию морального вреда, составляющую личное обязательство работодателя (см. ст. 8 Федерального закона от 24.07.1998 № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803).

¹ Последний тезис особенно примечателен в свете, казалось бы, относительной дешевизны и простоты доступа к правосудию в России по сравнению с западными правовыми порядками (в том, что касается «обрамления» процесса, то есть пошлин, профессионального ценза представительства, степени состязательности и профессионализации процесса, сроков рассмотрения дел и пр.).

2. Существенное повышение альтернативными делинквентами риска (создание конкретной угрозы) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил.

Важным соображением, обосновывающим привлечение альтернативных делинквентов к ответственности в ситуациях альтернативной каузальности, становится тезис о создании ими «существенно повышенного риска» (*materially increasing of the risk*) или «конкретной угрозы» (*konkrete Gefährlichkeit*) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил. Как будет показано далее, установление истцом данного признака представляет собой необходимое условие привлечения альтернативных делинквентов к ответственности во многих развитых правовых системах. Во-первых, выполнение данного условия часто обостряет вышеописанную проблему превенции и риска оставления явно ненадлежащего (нежелательного) поведения без негативных правовых последствий. Во-вторых, по меткому наблюдению германоязычной литературы, доказывание потерпевшим факта создания ответчиками конкретной угрозы причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил, порождает ситуацию сильнейшей адекватности (соответствия) наступивших последствий вредоносному поведению, что возводит на ответчиков обоснованное подозрение в наличии фактической причинной связи¹. Нормативной основой этого правила выступает абз. 1 § 830 ГГУ, согласно которому если несколько лиц совместным совершением одного недозволенного действия причинят вред, то каждое из них несет ответственность за этот вред. *Указанное положение применяется, если невозможно установить, кто из нескольких соучастников причинил вред своими*

¹ Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 141, 145; Steel S. Op. cit. P. 149–151 (с приведенной литературой). См. попытку заимствования германской теории адекватной причинной связи в абз. 2 и 3 п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 (ред. от 22.06.2021) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // РГ. № 70. 04.04.2016. В отечественной литературе подробнее см.: Сераков В.В. Теория адекватной причинности как способ ограничения размера причиненных убытков. С. 233–252; Назариков С.В. Указ. соч. С. 194–199; Михайлов В.С. Теории причинно-следственной связи и установление пределов ответственности. С. 98–103, 112–114, 127–139.

действиями (курсив мой – М.Л.)¹.

Показательным в этом отношении является известное английское дело *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* (2003)². У потерпевшего было обнаружено онкологическое заболевание под названием мезотелиома – раковая опухоль, развивающаяся вследствие продолжительного вдыхания асбестовой пыли. Палате Лордов предстояло определить условия, при которых истец, испытывавший вредоносное воздействие асбестовой пыли в ходе осуществления трудовой деятельности последовательно у нескольких работодателей, может получить возмещение вреда³. Нижестоящие суды оценили дело с позиции классических способов установления причинно-следственной связи, указав, что, поскольку истец ввиду неопределенности в науке не может с помощью *Bur for* теста (правила *conditio sine qua non*) на баланс вероятностей доказать, что мезотелиома возникла у него в период работы у того или иного работодателя, в удовлетворении требования о возмещении вреда следует отказать. Однако, по мнению Палаты Лордов, в этом деле следовало отойти от стандартных правил доказывания причинно-следственной связи. Наука не может достоверно установить механизм образования вреда на стороне потерпевшего, и в такой ситуации последнему достаточно было доказать, что каждый работодатель своим противоправным поведением последовательно подвергал истца *существенному риску возникновения вреда*, что и было установлено в данном деле в ходе изучения фактических обстоятельств⁴. В то же время Палата Лордов

¹ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. 4-е изд., перераб. М., 2015 // СПС «КонсультантПлюс».

² Подробнее см.: Peel W.E., Goudkamp J. Winfield and Jolowicz on Tort. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters. 20th Edition. 2020. Paras 7-034–7-038; Steel S. Op. cit. P. 167–169; McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 271–278.

³ Медицинская наука до сих пор не пришла к консенсусу по вопросу о механизме возникновения мезотелиомы в организме человека: согласно первой точке зрения, достаточно единичного (разового) проникновения асбестовых волокон в человеческий организм, чтобы болезнь проявила себя через 10-40 лет; по другому мнению, мезотелиома требует длительного, регулярного контактирования человека с асбестовой пылью и развивается только тогда, когда ее воздействие достигает критического уровня (Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 127).

⁴ Не обошли вниманием судьи и превенцию, указав, что в данной ситуации необходимо было обеспечить привлечение всех работодателей к ответственности за допущенные нарушения также в целях предупреждения противоправного поведения: если ответчики смогут легко избежать ответственности за подвергание потерпевшего существенному риску наступления вреда, пользуясь ограниченностью научного знания и перекладывая ответственность на других работодателей по цепочке (и в итоге оставляя истца ни с чем), то соответствующие трудовые обязанности работодателей лишатся всякого содержания.

справедливо указала, что тест на существенное повышение риска причинения вреда вместо традиционных критериев установления причинной связи, предусматривающих более высокий стандарт доказывания, может применяться только в исключительных случаях. Тем самым правовой системе была оставлена возможность развиваться в этом направлении от дела к делу, а доктрине – подробнее осмыслить новую проблематику¹.

В деле *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd* (2011)² часть судей Верховного суда высказала желание сохранить этот исключительный тест причинной связи только в асбестовых делах, но Лорд Филлипс справедливо отметил, что дело заключается не в конкретной болезни, генезис которой до сих пор определенно не выявлен. Даже когда механизм развития мезотелиомы будет изучен, все равно будут возникать ситуации, аналогичные рассматриваемой по своему сложному юридическому составу. Например, в отношении каждого из четырех альтернативных делинквентов установлена вероятность причинения вреда потерпевшему 25%, причину вреда на балансе вероятностей определить невозможно, и это будет приводить к несправедливому результату – отказу в иске потерпевшему, который определенно имеет требование о возмещении вреда к *кому-то* из ответчиков.

Поэтому в литературе по английскому праву отмечается, что тест на существенное повышение риска причинения вреда может применяться при соблюдении двух ключевых условий: (1) объективная невозможность установить наличие или отсутствие причинной связи на балансе вероятностей (*rock of uncertainty argument*³), в частности в связи с недостаточной изученностью наукой механизма развития и функционирования спорного явления, что влечет невозможность применения *conditio sine qua non* теста фактической причинной

¹ См., например: Weekes R. Not Seeing the Wood for the Trees – Risk Analysis as an Alternative to Factual Causation in Fairchild // Nottingham Law Journal. 2003. Vol. 12. № 2. P. 18–33; Holcapek T. Causation after Fairchild // Common Law Review. 2003. Vol. 4. P. 21–23.

² McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 275–278; Stapleton J. Uncertain Causes. Asbestos in UK Courts / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 87–113.

³ McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 276.

связи, а также (2) схожесть (однородность) нескольких источников вреда – как в ситуации с однотипными условиями труда у разных работодателей в деле *Fairchild*¹. Примерно аналогичные условия чуть позже сформулировал Верховный суд Канады в ходе рассмотрения нескольких знаковых дел².

Подобные ограничения объяснимы. Тест на существенное повышение риска причинения вреда с трудом вписывается в классическую систематику деликтного права и может иметь ограниченный эффект, в основном, в контексте реализации превентивной функции. Сам по себе этот довод в конечном итоге ведет к отрицанию необходимости элемента причинной связи и фигуры потерпевшего как таковой³. Например, два нетрезвых водителя на огромной скорости проскочили ночной перекресток, но только один из них сбил ребенка. Они оба одинаково рисковали, оба создали повышенную опасность причинения вреда, их поведение одинаково упречно во всем. Но *только один из них совершил гражданско-правовой деликт*. Оставаясь на началах компенсационности, корректирующей справедливости, баланса вероятностей и принципа «все или ничего», мы не можем обосновать деликтную ответственность второго водителя, который фактически не причинял вреда ребенку, не связан с этим вредом ни *NESS* тестом⁴, ни правилом *conditio sine qua non*. Эта проблема особенно остро

¹ Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 128.

² В Канаде литература и суды долго осмыслили тест на существенное повышение риска причинения вреда, и в ходе рассмотрения дел *Resurface Corp. v Hanke* (2007) и *Clements v Clements* (2012) Верховный суд пришел к более узкому его пониманию, чем в Англии: в частности, в канадском праве данный тест неприменим к делам с одним деликвентом и случаем как альтернативной причиной вреда. Тем не менее аналогичные дела решаются в двух правовых порядках примерно одинаково за счет более широкого толкования в канадском праве классического *But for* теста. Подробнее см.: Osborne P.H. Op. cit. P. 58–62; Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 593.

³ См. ниже § 1 главы 2 настоящей работы.

⁴ Necessary Element for the Sufficiency of a Set of conditions sufficient for the occurrence of the effect (необходимый элемент для завершения набора условий, достаточного для возникновения вреда). Согласно данному правилу, чтобы быть признанным причиной вреда, поведение деликвента должно быть *необходимым* элементом для завершения сложившегося набора условий, формирование которого является *достаточным* для возникновения вреда. Подробнее см.: Wright R.W. Causation in Tort Law // California Law Review. 1985. Vol. 73. Iss. 6. P. 1735–1828; Wright R.W. The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms / Perspectives on Causation / Ed. by R. Goldberg. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 285–322; Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 481–489; Hart H.L.A., Honore T. Causation in the Law. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 1985. P. 122–128; Honore T. Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law / Philosophical Foundations of Tort Law / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 363–385; Turton G. Op. cit. Sec. 2, Pt. II-III. Из литературы на русском языке краткое представление о *NESS* тесте можно получить в следующих работах: Спиридонова Н.Б. Теории причинно-следственной связи: анализ содержания, соотношение с основными подходами зарубежной доктрины. С. 258–260; Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 112–113; Назариков С.В.

проявляется в модели пропорциональной ответственности, которая идет еще дальше и помещает размер создаваемой опасности (риска) в основание определения размера возмещения¹.

Описанный казус с перекрестком помогает решить германский критерий создания альтернативными делинквентами существенной и конкретной угрозы причинения вреда, имея в виду, что последняя в условиях альтернативной каузальности во всяком случае должна быть адресована данному потерпевшему. Это приводит к исключению из области обсуждения водителей, так же неосторожно, на той же огромной скорости, проехавших соседний перекресток, поскольку их поведение не угрожало данному конкретному потерпевшему. Сама существенность риска и угрозы, в свою очередь, также должна служить оговоркой *de minimis* для того, чтобы не вовлекать в число альтернативных причин вреда незначительные (не отклоняющиеся от обычных) обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего и поведение других лиц, которых иначе за любую неосторожность можно было бы включить в список ответчиков².

При этом немецкая концепция конкретной угрозы, по-видимому, способна столкнуться с определенными затруднениями в спорах, подобных *DES*-делам, то есть, когда имеется определенное множество потерпевших и делинквентов, но при этом нельзя точно установить, кто кому причинил вред³. Неочевидно, что фармацевтическая компания, выпустившая на рынок потенциально вредоносный препарат, создала конкретную угрозу причинения вреда определенному *И*: эта угроза является достаточно абстрактной и может реализоваться в любом человеке, принимавшем препарат. Понадобится дополнительно объяснить, почему угроза, создаваемая *Д*, конкретна в указанном смысле гипер-

Указ. соч. С. 209–212; Байбак В.В. Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6. С. 9, 18–20; Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 104–121.

¹ См. ниже § 1 главы 2 настоящей работы.

² Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 143.

³ См. подробнее: Thiede T. Defective Pharmaceuticals and Indeterminate Tortfeasors: A German Law Perspective on DES-Daughters Scenarios // European Review of Private Law. 2013. Vol. 2. P. 617–624; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 160–161.

адекватности вредоносных последствий у данного *П* вредоносному поведению данного *Д*, что возможно далеко не в каждой ситуации альтернативной каузальности, осложненной неопределенным множеством потерпевших.

Помимо изложенного, важность критерия существенного повышения риска причинения вреда состоит в том, что он помогает отделить круг потенциально ответственных лиц, чье поведение наиболее близко стоит к причиненному вреду, от действий или бездействия, которые по своему характеру являются безупречными и, таким образом, точно иррелевантными для наступившего в итоге результата. Например, *П* приходит в частную школу английского языка и оставляет свое пальто в шкафу, где раздеваются все посетители. После визита *П* обнаруживает, что из кармана его пальто пропал кошелек (при этом *П* может доказать, что этот кошелек у него был). Для упрощения казуса примем за данность, что между *П* и школой не возник договор хранения, то есть школа не несет ответственности за пропажу как хранитель. В отсутствие видеонаблюдения или иных механизмов, позволяющих вычислить вора, под подозрение попадают все посетители, преподаватели и сотрудники, воспользовавшиеся шкафом в период нахождения *П* на занятии. Интуитивно кажется несправедливым привлекать к ответственности всех посетителей и школу (отвечающую за своих работников) только потому, что эти посетители или работники просто воспользовались шкафом в пределах некоторого периода времени. Это поведение само по себе не повышает риск причинения вреда и не содержит в себе ничего упречного, что оправдывало бы вовлечение этих лиц в орбиту альтернативных делинквентов, между которыми причиненный вред подлежит разложению по тем или иным правилам. Дело может разрешиться так, что в отсутствие иных доказательств (хотя бы косвенных), кроме факта пользования шкафом, никто из посетителей и сотрудников не будет привлечен к ответственности¹.

¹ Показательно, что игнорирование критерия создания существенного риска в швейцарской литературе исторически стало одной из причин, способствовавших развитию господствующего мнения против привлечения альтернативных делинквентов к ответственности по какой-либо модели. А. фон Тур упоминал аналогичный казус

В американском *DES*-деле *Hymowitz v Eli Lilly & Co* (1987), которое дошло до Верховного суда штата Нью-Йорк¹, суд отказал ответчику в возможности освободиться от ответственности посредством представления доказательств своей непричастности к причинению вреда конкретному истцу. Эти доказательства заключались в том, что ответчик выпускал таблетки специальной, особенно запоминающейся формы, и поставлял их только определенным фармацевтам. Единственный способ освободиться от ответственности, по мнению суда – это доказать, что ответчик не выпускал вредоносный препарат в период его предполагаемого приема матерями потерпевших. Все остальные факторы с точки зрения суда представляли собой не более, чем «простую случайность» (*mere fortuity*), которая бы необоснованно (несмотря на создание повышенного риска причинения вреда) позволила бы ответчику уйти от ответственности в конкретном деле. Данный прецедент представляется плохим примером и демонстрацией той крайности, до которой может дойти привлечение к ответственности за простое создание риска. Пренебрежительное отношение к моральной удаче (*moral luck*), на наш взгляд, недопустимо в частноправовой сфере.

Таким образом, критерий существенного повышения риска причинения вреда не может выступать самостоятельным основанием ответственности, однако служит важным инструментом определения круга альтернативных делинквентов в ситуации причинной неопределенности. При этом в зарубежных правовых системах, где этот критерий применяется², можно обнаружить, что простого создания риска причинения вреда недостаточно – необходимо значительное, или *существенное*, повышение риска причинения вреда своим поведением (*materially increasing of the risk*; в немецкой литературе говорят о

(кража личной вещи на званом приеме из открытой комнаты, которую посещало несколько человек) в подтверждение тезиса о недопустимости привлечения к ответственности за одно только подозрение, в отсутствие установленной причинно-следственной связи, см.: von Tuhr A. Op. cit. S. 79. См. критику этого мнения с позиций критерия создания существенного риска и необходимости установления остальных условий ответственности: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 145.

¹ Steel S. Op. cit. P. 166.

² См. ниже § 3 главы 2 настоящей работы.

«конкретной угрозе», *konkrete Gefährlichkeit*)¹. Апологеты этого правила, видимо, хотят подчеркнуть, что в известном смысле человек каждый день своей жизни рискует причинить кому-то вред, но только существенно девиантное (упречное) поведение по отношению к данному потерпевшему способно стать поводом для ответственности в условиях неопределенной причинной связи.

В связи с этим возникает вопрос о том, как соотносится требование существенного повышения риска (создания конкретной угрозы) причинения вреда с элементом вины. Некоторые немецкие авторы полагают, что критерий конкретной угрозы *ipso facto* выполняется в условиях виновного характера поведения, а в условиях строгой ответственности он должен быть установлен отдельно². Другие ученые, как было отмечено выше, указывают на то, что критерий конкретной угрозы специфицирует и маргинализирует более общее условие о наличии адекватной причинной связи между поведением ответчика и вредоносными последствиями на стороне истца. Другими словами, критерий конкретной угрозы представляет собой ситуацию гипер-адекватности вредоносных последствий вредоносному поведению. В этом смысле вопрос о соотношении критерия конкретной угрозы с виной оказывается частным случаем более общей дискуссии об отношении теории адекватного причинения к вине, которая давно ведется в литературе³. Данная тема проблематизируется попытками обосновать самодостаточный характер теории адекватного причинения вместо классических правил установления фактической причинной связи. Отнесение теории адекватного причинения к области юридических пределов ответственности (юридической причинной связи) и объяснение отличий последней от категории фактической причинной связи (причинной связи в собственном смысле) снимает многие вопросы по данной проблематике⁴.

¹ Steel S. Op. cit. P. 150, 197.

² См. обзор точек зрения германской литературы: Steel S. Op. cit. P. 151.

³ Сераков В.В. Теория адекватной причинности как способ ограничения размера причиненных убытков. С. 245–249, со ссылками на литературу; Михайлов В.С. Теории причинно-следственной связи и установление пределов ответственности. С. 136–139, со ссылками на литературу. См. также: Евстигнеев Э.А. Вопросы соотношения вины и причинно-следственной связи в деликтном праве.

⁴ Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 93–101, с приведенной литературой.

Например, основанием вменения в конкретном деликте может быть как легкая неосторожность, так и нормативная ситуация строгой ответственности (в т.ч. вовсе невиновное поведение), однако вопрос о том, является ли такое поведение гипер-адекватным наступившим вредоносным последствиям, решается отдельно по самостоятельным правилам.

Во французском праве отсутствует прямой аналог § 830 ГГУ и теории конкретной угрозы, что заставило судебную практику находить справедливые решения через другие конструкции¹. Строго формальная и последовательно отказная позиция судов в ситуациях с несколькими альтернативными делинквентами, господствовавшая в судебной практике в течение полутора столетий после принятия Французского гражданского кодекса (ФГК)², во второй половине XX в. под давлением доктрины и интуитивно ощущаемой справедливости сменилась на применение солидарной ответственности³. Примечательно, что, обычно гибкий и хорошо адаптируемый, ФГК со своим генеральным деликтом показал в обсуждаемой сфере неожиданную ригидность и неготовность к ситуациям альтернативной причинной неопределенности, что потребовало от судов изобретения ряда искусственных конструкций для подведения конкретного случая под регулирование ст.ст. 1382 или 1384. Так, относительную популярность приобрели концепция «коллективной вины» (*faute*

¹ См. подробный обзор литературы и судебной практики: Steel S. Op. cit. P. 153–161.

² Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М., 2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См. подробнее: Moréteau O. Basic Questions of Tort Law from a French Perspective / Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective / Ed. by H. Koziol. Wien: Jan Sramek Verlag KG, 2015. P. 52–58. Для целей настоящей работы мы не различаем отдельно урегулированные ФГК *obligations solidaires* и изобретенную судебной практикой применительно к ответственности нескольких делинквентов конструкцию *obligatio in solidum*. Во-первых, различия между этими моделями не столь важны для целей данного исследования, а во-вторых, Проект реформы гражданской ответственности ФГК должен наконец унифицировать режим солидарной ответственности из различных оснований. Подробнее о развитии этой партикулярной для французского права истории см.: Ligüerre C.G. ‘Solidary’ Liability and the Channelling of Liability / French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2019. Sec. I. Здесь и далее положения французского Проекта реформы гражданско-правовой ответственности приводятся по английскому переводу, выполненному по заказу Министерства юстиции Франции, см. подробнее: Reform Bill on Civil Liability (March 2017). Presented on the 13 March, 2017 by Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, Minister of Justice, following a public consultation undertaken between April and July 2016. Translated into English by Simon Whittaker, in consultation with Jean-Sébastien Borghetti. This translation was commissioned by the Direction des affaires civiles et du sceau, Ministère de la Justice. URL: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/reform_bill_on_civil_liability_march_2017.pdf (дата обращения: 14.08.2022). Данный перевод также воспроизведен в более позднем издании: French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2019.

collective) и ее аналог для случаев строгой ответственности (*garde en commun*). Например, дети играли на площадке, один из них неосторожно попал камнем в другого, причем обидчика точно установить не получилось. Суд привлек к солидарной ответственности всех детей за неосторожный образ действий¹.

Как можно заметить, функционально речь идет о том же условии существенного повышения риска причинения вреда, но само нахождение этого критерия в элементе вины и строгой ответственности (т.е. в самом основании ответственности) вызывает немало вопросов и практических затруднений. Представляется весьма противоречивым решением накладывать один элемент ответственности (вину) на другой (причинную связь). Поясним это на известном деле французской судебной практики². 12 охотников отметили славную охоту праздничным залпом, и кто-то из них в результате подстрелил потерпевшего. Суд привлек к солидарной ответственности 10 из 12 ответчиков, поскольку двое остальных смогли доказать свою непричастность (использование патронов другого калибра, стрельба в другом направлении от потерпевшего). Вместе с тем необходимо признать, что, применяемая последовательно, коллективная вина в форме неосторожности присутствует на стороне всех 12 охотников. И действительно, определенная часть литературы призывала к привлечению к солидарной ответственности всех³. Эта точка зрения исходит из самодостаточности упречного поведения (создания повышенной угрозы причинения вреда) как обоснования ответственности. Недостатки этого подхода уже были отмечены выше. Достоверно установлено, что двое, рисковавших так же опасно, как остальные, к инциденту точно непричастны. Как обосновать их освобождение? Смешение здесь элементов вины и причинной связи серьезно затрудняет аргументацию. Кроме того, в каких-то случаях явным преувеличением будет атрибутирование признака «коллективной» вины поведению нескольких делинквентов, действующих независимо и даже

¹ Steel S. Op. cit. P. 155–156.

² Ibid. P. 155.

³ Ibid.

не знающих друг о друге.

В связи с изложенным критерии существенного повышения риска или создания конкретной угрозы причинения вреда представляются относительно более предпочтительными, нежели французское решение, изменяющее само основание ответственности. При этом в каждом случае необходимо учитывать ограниченную сферу действия всех описанных критериев, подчеркивающих значение превентивной функции и юридических пределов деликтной ответственности, но существенно ослабляющих ее связь с основанием классического деликтного права, находимом в корректирующей справедливости и достоверно установленной фактической причинной связи.

3. Доказательство «от противного» (contradictio in contrarium).

В образцовом казусе с двумя охотниками доказательственная вероятность причинения вреда *Д1* и *Д2* составляет по 50%, чего не хватает для выполнения базового стандарта доказывания фактической причинной связи. Чтобы удовлетворить требования потерпевшего в любой части, необходимо прийти к выводу, что цена ошибки ложноотрицательного вывода (отказа в иске) значительно превысит цену ошибки ложноположительного вывода (удовлетворения иска).

Цена ошибки первого рода заключается в оставлении потерпевшего – недобровольного кредитора, доказавшего максимум возможного – без защиты и освобождении от ответственности фактического делинквента. Цена ошибки второго рода заключается в привлечении к ответственности не причастного лица, попавшего в группу альтернативных делинквентов благодаря своему упорному поведению, существенно повысившему риск наступления вреда. Если и возникают определенные сомнения насчет того, можно ли вменить обязанность по возмещению вреда альтернативному делинквенту, то во всяком случае противным чувством справедливости представляется оставление потерпевшего полностью без защиты.

Однако такой аргумент требует осторожного обращения. Столь же острую дискуссию и не менее широкую амплитуду колебаний правопорядка уже в течение многих лет можно наблюдать в рамках дискуссии о вине и строгой ответственности. Сторонники последней использовали аналогичный тезис, заявив, что даже если делинквент не виновен, то еще менее виновен потерпевший. На этот тезис другие представители классической цивилистики замечали, что «если вина имеет степени, то не имеет степеней невинность¹». Как и со строгой ответственностью, в ситуациях альтернативной каузальности правопорядок не может ограничиться констатацией факта активной легитимации потерпевшего – ему необходимо найти и аргументировать справедливое основание вменения наступивших негативных последствий правовой сфере другого лица. Иными словами, как бы ни было велико постигшее потерпевшего несчастье, это не позволяет правопорядку терять необходимую разборчивость в установлении субъектов, обязанных к возмещению: как потерпевший, так и один из двух охотников одинаково непричастны к наступлению вреда, однако привлечение всех альтернативных делинквентов к ответственности ведет к тому, что возникшие в связи с вредом неблагоприятные последствия в той или иной части *перекладываются с одного непричастного лица на другое*.

Наконец, в литературе справедливо отмечено, что сам принципиальный факт активной легитимации потерпевшего не может быть установлен, когда в число альтернативных причин вреда могут быть отнесены обстоятельства в сфере его ответственности². В этой ситуации противопоставление решений об удовлетворении деликтного требования и об отказе в возмещении вреда перестает быть таким резким, каким оно проявляется в базовом казусе с охотниками. Если альтернативная причина вреда может быть атрибутирована в том числе потерпевшему, то нарушение корректирующей справедливости при

¹ Покровский И.А. Возмещение вреда и разложение его: дилеммы современного гражданского права в области ответственности за вред и убытки // Вестник права. 1899. № 9. Ноябрь. С. 19. В этом месте отечественный ученый цитирует классика австрийской цивилистики Йозефа Унгера.

² Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 146–152.

отказе в возмещении вреда не является гарантированным.

Таким образом, аргументация «от противного» представляется ограниченно уместной в контексте функции превенции и только при непричастности самого потерпевшего к созданию ситуации причинной неопределенности, в то время как альтернативные делинквенты своим поведением существенно повысили риск причинения вреда. Значение тезиса «от противного» в описанных условиях заключается в установлении за потерпевшим принципиального права на иск, которому противостоит группа альтернативных делинквентов, чье поведение гипер-адекватно наступившим последствиям. Предел этого аргумента обнаруживает себя в индивидуальном начале гражданско-правовой ответственности, в том числе невозможности групповой ответственности по принципу «круговой поруки» или иному подобному правилу.

4. Выполнение потерпевшим максимально требуемого от него в данной ситуации бремени доказывания и установленное отсутствие оснований для отнесения вреда к сфере его ответственности.

Действительно, основные жизненные обстоятельства, способствующие возникновению проблемы альтернативной каузальности, приводят к тому, что потерпевший либо объективно не может выполнить перед судом необходимый стандарт доказывания, либо его выполнение силами истца настолько затруднительно, что становится несправедливо предъявлять к нему такие высокие требования. Равным образом с точки зрения материального права нет никаких оснований для вменения потерпевшему хотя бы части негативных последствий понесенного вреда: простой поход в лес, приобретение популярного лекарственного препарата, допущенного всеми инстанциями к широкому обращению, или работа на вредном асбестовом производстве явно «не от хорошей жизни» – все эти примеры не содержат в себе какой-либо смешанной вины или добровольного согласия на причинение вреда¹. Иными словами,

¹ Разумеется, между повседневными активностями вроде похода в лес или приобретения лекарства с

поведение потерпевшего может быть не в чем упрекнуть как с процессуальной, так и с материальной стороны, однако последствием применения классических правил становится отказ в удовлетворении исковых требований. В связи с интуитивно ощущаемой несправедливостью такого решения суды идут навстречу потерпевшему, перенося риск причинной неопределенности на создавших ее своим поведением альтернативных делинквентов.

В качестве показательного примера описанной ситуации можно привести одно из дел российской судебной практики¹. Потерпевший – собственник квартиры в многоквартирном доме – обратился с иском к управляющей компании и трем гражданам о возмещении вреда в связи с тем, что квартира потерпевшего в течение года подвергалась периодическим заливам из квартиры, расположенной этажом выше. Квартира, из которой текла вода, в период регулярных заливов была продана двумя гражданами третьему лицу, в связи с чем все трое (бывшие собственники и текущий собственник) были привлечены соответчиками. Судами установлено, что в квартире силами собственников были проведены несогласованные переустройство и перепланировка (в частности, переставлена ванна, демонтирована раковина в санузле, перенесена раковина на кухне), которые стали причиной длящихся протечек воды, в связи с чем ответственность за причиненный вред должна быть возложена на собственников, осуществивших указанные работы. При этом суды указали, что «из материалов

добросовестным полаганием на исчерпывающий перечень раскрытых производителем побочных эффектов, с одной стороны, и поступлением на работу с достоверно вредоносными материалами, с другой стороны, можно усмотреть определенное различие. Оно заключается в том, что в последнем случае, в отличие от первой группы примеров, можно обсуждать принятие потерпевшим определенного риска наступления вреда (*assumption of risk*). В немецкой литературе имплицитное согласие лица на принятие риска (несение бремени) наступления негативных последствий в случае отклонения от определенной модели поведения, не заключающей в себе юридической обязанности (*Pflicht*), описывается категорией долженствования (*Obliegenheit*). Между тем, если в рассматриваемом асбестовом примере можно обсуждать принятие потерпевшим риска получения профессионального заболевания, то едва ли возможно отождествить этот риск с *риском невозмещения причиненного вреда в связи с невозможностью установления фигуры надлежащего ответчика между несколькими альтернативными делинквентами* (риск альтернативной причинной неопределенности). Нужно отметить также неопределенный характер категории долженствования в частном праве: точных аналогов этому термину нет ни в английском (Steel S. Translator's Note / Jansen N. The Structure of Tort Law. P. XL), ни в русском языке, а границы его применения весьма расплывчаты. В частности, как было показано выше, возражение делинквента о добровольном принятии потерпевшим риска приобретения профессионального заболевания применительно к асбестовым делам легко преодолевается в российской судебной практике.

¹ Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 27.01.2020 по делу № 88-1000/2020 // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Романова О.И. Указ. соч. С. 160.

дела невозможно установить, когда именно были выполнены соответствующие работы», в связи с чем на всех троих граждан (предыдущих и текущего собственников) была возложена солидарная ответственность.

В знаменитом американском *DES*-деле *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980) суд отметил, что «отсутствие доказательств причинно-следственной связи было по меньшей мере в такой же степени виной ответчиков, как и истца»¹. Между тем, если отсутствие доказательств возможно поставить в «вину» истцу в том обыденном смысле, что истец, не предоставляющий доказательства, несет риск отказа в удовлетворении исковых требований в состязательном процессе («проиграл, потому что не доказал»), то возникает вопрос о том, возможно ли равным образом ответчику ставить отсутствие доказательств в «вину» в том же широком смысле последствий в виде вынесения судебного акта не в его пользу².

В настоящее время, в том числе на материале современного российского права, можно констатировать, что принцип «истец доказывает», оставаясь фундаментальным выражением цивилистического процесса, основанного на состязательности и диспозитивности, не является абсолютным и знает некоторые исключения. К таким исключениям относятся прежде всего расставляемые законом презумпции³ и ситуации асимметрии доказательственных возможностей⁴. Однако отмеченные инструменты не освобождают истца от доказывания полностью, но предполагают установление перед судом ряда иных, взаимосвязанных обстоятельств, позволяющих возвести против ответчика законную презумпцию или продемонстрировать неравенство доказательственных возможностей, перенеся

¹ Johnson V.R. *Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts*. Ch. 7.4.

² См. подробнее: Яблочков Т.М. Недостаточное обоснование требования (возражения). Петроград, 1915. 20 с.; Яблочков Т.М. Бремя утверждения в гражданском процессе. Петроград, 1916. 41 с.

³ В качестве примера можно привести многочисленные презумпции из Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (ред. от 28.06.2022, с изм. от 21.07.2022) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190), а также презумпцию вины должника в сфере гражданско-правовой ответственности (п. 2 ст. 401, п. 2 ст. 1064 ГК РФ). См. подробнее: Решетникова И.В. Презумпции и фикции в арбитражном процессе // Вестник гражданского процесса. 2019. № 1. С. 16–28; Hansen H.V., Kauffeld F.J., Freeman J.B., Bermejo-Luque L. (eds.) *Presumptions and Burdens of Proof: An Anthology of Argumentation and the Law*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 2019.

⁴ См., например: Карапетов А.Г., Косарев А.С. Указ. соч. С. 57–60.

бремя доказывания (опровержения) на ответчика. Сами по себе эти механизмы, даже вынесенные на позитивно-правовой уровень (как в отдельных зарубежных законодательствах и частноправовых унификациях), не объясняют причину перенесения на ответчика бремени доказывания отсутствия фактической причинной связи в ситуациях альтернативной каузальности.

Более того, вызывает вопросы сама релевантность указанных инструментов рассматриваемой проблематике. Так, презумпция зачастую (хотя и не в каждом случае) устанавливается законодателем для типовых (абстрактно описанных) ситуаций, в которых собранная совокупность признаков (условий) эмпирически и индуктивно указывает скорее на наличие спорного факта, чем на его отсутствие, в связи с чем на ответчика возлагается бремя опровержения данного факта в конкретной ситуации несмотря на возможность предположить его наличие в большинстве случаев¹. В отличие от этого, в любом примере альтернативной причинной неопределенности достоверно установлено, что число альтернативных причин вреда превышает число его фактических причин, так что возведение презумпции в отношении всех альтернативных делинквентов, по крайней мере в ситуациях, когда альтернативную причину вреда нельзя отнести сфере ответственности потерпевшего, изначально означает *возведение презумпции против, как минимум, одного достоверно непричастного лица*.

Что касается асимметрии доказательственных возможностей, то необходимо отметить, что она, хотя и может иметь место в ситуациях альтернативной каузальности (как в типовом казусе с охотниками), тем не менее встречается далеко не всегда. Например, в *DES*-делах и потерпевшие, и альтернативные

¹ Например, при оспаривании сделки с заинтересованностью в случае установления истцом признаков заинтересованности в совершении сделки и ряда иных формальных условий предполагается причинение сделкой ущерба интересам общества, однако эта презумпция может быть опровергнута ответчиками в конкретном деле с учетом всех его обстоятельств (п. 1.1 ст. 84 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 14.07.2022) «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1; абз. 4–6 п. 6 ст. 45 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ (ред. от 02.07.2021, с изм. 25.02.2022) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785; п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 8). Многочисленные подобные опровержимые презумпции можно найти в области ответственности контролирующих лиц в корпоративном праве и банкротстве.

делинквенты испытывали объективные затруднения в собирании доказательств своей позиции, поскольку, с одной стороны, истцы обратились в суд, будучи дочерьми матерей, принимавших вредоносный препарат, т.е. обладателями наследственного заболевания в следующем поколении, а с другой стороны, ответчики – производители препарата – в силу различных объективных причин (от простетвия длительного времени до многозвенной цепочки медицинских поставок) не могли установить перед судом каждого человека, которому их препарат был продан, чтобы исключить из этого перечня матерей истцов. Получалось, что обе стороны оказались объективно лишены доступа к определяющим для установления причинной связи доказательствам, и в этом смысле между ними нет асимметрии доказательственных возможностей, а есть состояние равновесия.

Здесь же важно отметить, что существо ситуаций альтернативной каузальности заключается в том, что как истец не может доказать причинную связь, так и ответчики не могут ее опровергнуть. В числовом выражении доказательственных вероятностей это означает установление в отношении $D1$ и $D2$ вероятности в размере не более чем 50% на каждого. А если альтернативных делинквентов трое и более, то этот показатель может упасть до 33% и далее по нисходящей, что в каждом случае с точки зрения баланса вероятностей должно было бы повлечь отказ в удовлетворении исковых требований.

В свете изложенных особенностей мы полагаем, что аргумент о выполнении потерпевшим максимального бремени доказывания необходимо рассматривать не только в контексте установленного отсутствия оснований для отнесения вреда сфере ответственности потерпевшего, но и прежде всего в совокупности с установленным фактом создания каждым альтернативным делинквентом своим упречным поведением необходимых условий, вместе достаточных для эвентуальной ситуации невозможности для суда в состязательном процессе установить фактического делинквента на традиционном стандарте доказывания. Установление фактической причинной связи между упречным поведением

каждого альтернативного делинквента, создавшего для потерпевшего существенный риск (конкретную угрозу) причинения вреда в вышеописанном смысле, и результатом в виде лишения потерпевшего и суда возможности установления фактического делинквента составляет для потерпевшего подлинный предмет доказывания, выполнение которого влечет за собой привлечение альтернативных делинквентов к ответственности.

5. Порождение ситуации неопределенности упречным поведением альтернативных делинквентов и недобровольный характер деликтного обязательства.

Говоря о причинах, побуждающих ослабить стандарт доказывания, развернуть его бремя или иным возможным способом защитить потерпевшего, нередко апеллируют также к недобровольному характеру деликтного обязательства, ввиду которого потерпевший, которому нельзя хотя бы в некоторой непренебрежимой части вменить альтернативную причину вреда, оказывается заложником ситуации. Причем достоверно установлено, что эту ситуацию неопределенности своим упречным, повышенно рискующим поведением создали лица, которые теперь могут уйти от ответственности. Более того, на необходимом стандарте доказывания установлено, что *среди альтернативных делинквентов есть фактический причинитель вреда*, который ничего не заплатит потерпевшему за свое поведение¹.

В свете изложенных доводов, несмотря на то, что последовательное привлечение каждого альтернативного делинквента к ответственности в обсуждаемых случаях неизбежно приведет к возложению обязательства возместить вред на непричастное лицо, суды тем не менее идут на это, поскольку отказ в иске означает оставление потерпевшего – недобровольного кредитора, доказавшего максимум для него возможного, без защиты против лиц, поведение которых упречно с правовой точки зрения. Такая цена оказывается

¹ Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 142–144.

неприемлемой для цивилизованного общества¹.

б. Необходимость отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия.

Одним из возможных способов решения проблемы альтернативной каузальности является распространенный в консеквенциалистском правопонимании тезис о необходимости отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия. С его помощью пытаются установить преимущества и недостатки принципа вины и принципа причинения, в том числе объяснить экспансию случаев строгой (безвиновной) ответственности, которую переживает деликтное право в течение последних столетий. Равным образом, его кладут в основание идеи замены деликтного права публично-правовой системой обязательного страхования². Обсуждается он и в ходе переосмысления существующей правовой системы в парадигме экономического анализа права³.

Необходимо признать, что в современном деликтном праве невозможно не считаться с экономическим аргументом, как минимум с социологической

¹ Так, в ранее упомянутом английском деле *Fairchild* судья Палаты Лордов Лорд Николлз, подтверждая правовую позицию о возможности привлечения к ответственности за создание повышенного риска причинения вреда в ситуации неопределенной каузальности, отметил, что «любой иной результат глубоко бы оскорблял интуитивные представления о том, чего требует справедливость и в чем нуждается честность». Лорд Бингхэм в том же деле указал, что, хотя в каком-то смысле несправедливо возлагать ответственность на ответчика, против которого нет доказательств, что именно его поведение стало необходимой причиной наступившего вреда, данная несправедливость абсолютно меркнет перед несправедливостью отказа в возмещении ущерба потерпевшему от такого поведения. Подробнее см.: Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 128; Steel S. Op. cit. P. 167–169; McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 271–274.

² Симолин А.А. Указ. соч. С. 9–17; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. С. 312–323; Покровский И.А. Возмещение вреда и разложение его: дилеммы современного гражданского права в области ответственности за вред и убытки. С. 38–39; Новгородцев П.И., Покровский И.А. О праве на существование: социально-философские этюды П.И. Новгородцева, профессора Московского университета, и И.А. Покровского, профессора С.-Петербургского университета. СПб, М., 1911. Подробнее о современном состоянии вопроса и отдельных реформах в этой области в различных правовых порядках см.: Wagner G. (ed.) *Tort Law and Liability Insurance*. Wien: Springer-Verlag, 2005; van Boom W.H., Faure M. (eds.) *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*. Wien: Springer-Verlag, 2007; Wagner G. *Tort Law and Liability Insurance // The Geneva Papers on Risk and Insurance*. 2006. № 31. P. 277–292; Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 167–173; Peel W.E., Goudkamp J. Op. cit. Paras 1-018–1-053; Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. P. 5–8; Kötz H., Wagner G. Op. cit. S. 17–27.

³ Mataja V. *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1888. S. 19ff.; Shavell S. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge / London: The Belknap Press of HUP, 2004. P. 257–279; Shavell S. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge / London: HUP, 2007. P. 186–261; Wagner G. *Tort Law and Liability Insurance / Tort Law and Economics / Ed. by M. Faure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. P. 377–405; Fiore K. *No-Fault Compensation Systems / Ibid*. P. 406–432.

точки зрения¹, и проблема альтернативной каузальности не является здесь исключением. Соображения очевидного экономического неравенства сторон и слабого положения потерпевшего, например, в асбестовых делах или *DES*-спорах с большей или меньшей силой вторгаются в юридический анализ дела и подталкивают к истолкованию всех сомнений и неопределенностей на пользу потерпевшего, чтобы каким-либо образом все-таки обосновать его иск, учитывая, что ответчик в своей имущественной массе удовлетворение требований потерпевшего даже не заметит².

Тезис о необходимости отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия, часто используется для обоснования строгой (безвиновной) ответственности в деликтном праве. Общество обогащается за счет различных видов деятельности, сопряженной с повышенным риском для окружающих. Этот риск регулярно реализуется в виде причинения вреда конкретным потерпевшим. Извлекаемая бенефициарами такой деятельности (как конкретными субъектами, так и обществом в целом) выгода является настолько значительной, что позволяет возложить на причинителя вреда обязанность по его возмещению независимо от установления элемента вины в поведении делинквента.

Традиционный аргумент против выгодо-ориентированного подхода к

¹ Зарубежные специалисты в области компаративистики в числе прочих тенденций отмечают, что во многих европейских правовых системах суды в целом гораздо охотнее констатируют причинную связь между наступившим вредом и поведением делинквента, если в конкретной области действует развитая система страхования ответственности потенциальных причинителей вреда (производственные травмы и профессиональные заболевания, ДТП, медицинская халатность и т.п.). См. подробнее: Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Infantino M., Zervogianni E. (Eds.) Op. cit. P. 658–659, 662. По гамбургскому счету, конечно, эти соображения не должны влиять на нормативные представления о причинной связи и способах ее установления. Последние должны стремиться к единству вне фонового контекста. Но и понять такое благоприятствующее отношение судов к потерпевшим тоже можно: в упомянутых категориях дел суды в меньшей степени опасаются допустить ошибку, то есть (в их понимании) предпочесть ложноположительный вывод ложноотрицательному, поскольку знают, что делинквента поддерживает устойчивая система общественного разложения последствий причиненного вреда, которая не оставит его без средств к существованию.

² Помимо прочих доводов, этот аргумент прямо был использован судом в американском *DES*-деле *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980): суд отметил, что ответчикам экономически проще нести расходы, связанные с возмещением вреда, чем истцам, и что привлечение производителей препарата к ответственности способствовало бы усилению превентивной функции деликтного права (неосторожность ответчиков заключалась в непроведении достаточных экспериментальных испытаний безопасности перед тем, как выпускать препарат на рынок). Подробнее см.: Steel S. Op. cit. P. 165–166; Johnson V.R. Op. cit. Ch. 7.4.

обоснованию строгой ответственности заключается в том, что деликтное право в подавляющем большинстве случаев ориентировано на возмещение вреда потерпевшего, а не на истребование выгоды, извлеченной делинквентом¹. Размер вреда, причиненного потерпевшему, может лишь в редких исключительных ситуациях случайно совпасть с размером выгоды, извлеченной делинквентом, но обе эти величины не определяют друг друга и друг от друга не зависят. Это отчетливо осознавал уже Аристотель, который в парадигме корректирующей справедливости применял к типичным случаям внедоговорного вреда (причинение смерти, нанесение увечий, уничтожение чужого имущества) категорию недобровольного «обмена» лишь в метафорическом смысле, имея в виду, что как таковая выгода здесь не может быть достоверно исчислена, и это не требуется, поскольку размер возмещения концентрируется на правоохраняемой сфере потерпевшего, а не делинквента².

На этом фоне выгодо-ориентированное обоснование строгой ответственности было модифицировано, придав обязательству по возмещению вреда значение своеобразной платы («индульгенции») за ведение объективно опасной деятельности. Особенность этой деятельности заключается в том, что одна ее сторона таит в себе угрозу причинения вреда третьим лицам, в то время как другая сторона приносит выгоду и этим третьим лицам, и обществу в целом. Поэтому запрет такой деятельности, по общему мнению, признается нецелесообразным – в том смысле, что негативные последствия такого запрета

¹ См. подробнее: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 65–66; Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве. С. 219–220; Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 69–70. Редкое исключение составляет институт *disgorgement of profits* (абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ), условия применения которого, как и место между деликтным правом и неосновательным обогащением, остаются предметом больших споров в российской и зарубежной литературе. См. подробнее: Гербутов В.С. Об истребовании доходов, полученных от использования чужого имущества // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 8. С. 10–14; Каргальсков Д.С. Взыскание прибыли, полученной правонарушителем: голландский подход и одно определение Верховного Суда РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 1. С. 107–123; Громов А.А. Взыскание собственником доходов и иных выгод, полученных арендодателем и арендатором при отсутствии правового основания. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 26.11.2019 № 309-ЭС19-13850 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 3. С. 4–18; Акужинов А.С. *Disgorgement of profits* в российском праве: контекстуализация проблемы, краткая история возникновения и обзор практики применения абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. С. 188–238.

² Аристотель. Этика (пер. с древнегреч. Э.Л. Радлова по изд. 1884 г.). М., 2019. С. 162–163; Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 69; Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 92.

перевесят потенциально достижимые этим запретом положительные результаты, а целей, преследуемых таким запретом, можно добиться (или заметно приблизиться к ним) менее затратным путем – через возложение на субъектов такой деятельности обязательства по возмещению вреда всем потерпевшим. Независимо от того, можно ли охарактеризовать конкретное вредоносное поведение как виновное, справедливость требует отнесения последствий наступившего от такой деятельности вреда на его причинителей (вместо которых часто выступают их страховщики), чьи «глубокие карманы» (*deep pockets*) способны с наименьшими потерями покрыть соответствующие издержки, частично хеджировав их, а частично переложив на остальное сообщество через цену реализуемых товаров и услуг¹.

Изложенное объяснение строгой ответственности показывает, что аргумент о возложении бремени несения вредоносных последствий на более способного справиться с ними (в том числе застраховать себя от соответствующего риска) экономически сильного субъекта тесно связан с тезисом об извлечении этим субъектом выгоды от деятельности, обеспечивающей его значительную экономическую силу и сопряженной с риском причинения вреда окружающим².

¹ Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 12; Peel W.E., Goudkamp J. Op. cit. Para 21-006; Johnson V.R. Op. cit. Ch. 1.1; Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 39–45, 99, 463; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 239–240, 251–255; Агарков М.М. Обязательства из причинения вреда (Действующее право и задачи Гражданского кодекса СССР). С. 478–479; Агарков М.М. Гражданское и торговое право: источники, категории, институты, конструкции (педагогическое наследие). Кн. 3. С. 69–71 (применительно к буржуазному праву).

² Интересен в этом отношении тезис М.М. Агаркова о том, что господствующее в буржуазном праве обоснование строгой ответственности владельцев источников повышенной опасности, завязанное на описанной идее платы за извлечение выгоды, непригодно для советского права, поскольку владельцем большинства источников повышенной опасности в СССР выступало социалистическое государство: «Было бы очень странно устанавливать для социалистического государства ответственность именно ввиду того, что оно этой деятельностью занимается. Неприменимо равным образом к социалистическому праву и соображения о выгоде, извлекаемой из подобного рода деятельности. Для социалистического государства железные дороги, промышленные предприятия и т.д. нужны не как источник «выгоды», а как одно из средств для «увеличения общественного богатства, неуклонного подъема материального и культурного уровня трудящихся, укрепления независимости СССР и усиления его обороноспособности» (ст. 11 Конституции СССР)» (Агарков М.М. Обязательства из причинения вреда (Действующее право и задачи Гражданского кодекса СССР). С. 479). См. также в учебнике гражданского права 1944 г.: Агарков М.М. Гражданское и торговое право: источники, категории, институты, конструкции (педагогическое наследие). Кн. 3. С. 70–71. Однако поиск иного обоснования строгой ответственности владельцев источников повышенной опасности в советском праве приводит великого отечественного цивилиста к выдвиганию на первый план еще более спорных идей о затруднительности опровержения оправдывающих делинквента доказательств для потерпевшего, о необходимости установления неопровержимой презумпции вины делинквента, об оправданности максимально строгого стандарта вины владельцев источников повышенной опасности, сужающего пространство для простого случая между неосторожностью и непреодолимой силой (Агарков М.М. Обязательства из причинения вреда (Действующее

В противном случае идея отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия, может быть редуцирована до простого взвешивания относительного благосостояния потерпевшего и причинителя вреда¹. Именно связь причинения вреда потерпевшему с деятельностью, которая обеспечивает мощное экономическое положение делинквенту, обосновывает возложение на него безвиновной ответственности по принципу платы за возможность ведения деятельности, сопряженной с повышенной опасностью для окружающих².

право и задачи Гражданского кодекса СССР). С. 479–480; Агарков М.М. Гражданское и торговое право: источники, категории, институты, конструкции (педагогическое наследие). Кн. 3. С. 71–72). Примечательно, что указанные аргументы обсуждались как в зарубежной, так и в отечественной дореволюционной литературе, однако не получили широкого признания. В том, что М.М. Агарков был хорошо осведомлен о дискуссиях в рассматриваемой области, нет никаких сомнений. Однако ему, по-видимому, необходимо было найти иную платформу строгой ответственности в условиях абсолютного подчинения всех средств производства «государству победившего социализма» при сохранении частноправовой формы деликтного обязательства по возмещению вреда. Советский эксперимент показал, что без тезиса об извлечении выгоды делинквентом конструкция строгой ответственности с догматической точки зрения много теряет в своей убедительности, а возложение строгой ответственности на государство, присвоившее труд рабочих и крестьян (потенциальных потерпевших) и преследующее в своей деятельности качественно иные (публично-правовые) цели, мало чем на практике отличает частноправовую форму возмещения вреда от публичного страхования.

¹ Такая идея тоже имеет место во многих современных правоприменениях, в том числе в России, получая в них ограниченное распространение. Так, в области ответственности недееспособных существует правило п. 3 ст. 1076 ГК РФ, согласно которому если опекун умер либо не имеет достаточных средств для возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью потерпевшего, а сам причинитель вреда обладает такими средствами, суд с учетом имущественного положения потерпевшего и причинителя вреда, а также других обстоятельств вправе принять решение о возмещении вреда полностью или частично за счет самого причинителя вреда. Аналогичное правило-исключение предусмотрено в абз. 2 п. 4 ст. 1073 ГК РФ для возмещения вреда за счет имущества несовершеннолетних, причинивших вред в возрасте до четырнадцати лет, то есть будучи неспособными нести деликтную ответственность (п. 3 ст. 28 ГК РФ). Существует также общая оговорка п. 3 ст. 1083 ГК РФ, согласно которой суд может уменьшить размер возмещения вреда, причиненного гражданином, с учетом его имущественного положения, за исключением случаев, когда вред причинен действиями, совершенными умышленно. Между тем подобные нормы по-прежнему остаются «чужеродными» вкраплениями для правовой системы, построенной на началах нейтралитета и формального равенства (см. блестящую критику И.А. Покровским § 829 ГГУ и других правил, аналогичных вышеизложенным: Покровский И.А. Возмещение вреда и разложение его: дилеммы современного гражданского права в области ответственности за вред и убытки. С. 25–30). Попытки возвести изначально экстраординарное правило о возможности в исключительных случаях возмещения вреда за счет имущества недееспособных до значения общей оговорки (см., напр. предл. 2 абз. 1 § 1301 Проекта изменений деликтного права Австрийского гражданского уложения (АГУ) 2007 г.: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 202–205, 330–331) следует признать некорректными, однако подробное их обсуждение выходит за рамки настоящей работы.

² Здесь возникает важный вопрос о правовой природе этой платы, а именно, насколько эта плата неизбежно должна принимать частноправовую форму обязательства по возмещению вреда (см. также выше применительно к обоснованию строгой ответственности у М.М. Агаркова). В общем виде владелец источника повышенной опасности *отдает свою лепту обществу* за возможность заниматься соответствующей деятельностью: фигура конкретного потерпевшего отходит на второй план, а расходы на возмещение вреда становятся рутинной статьёй в перечне побочных издержек. Поэтому во многих областях, где ранее действительно господствовала частноправовая форма возмещения вреда, опосредуемая деликтным правом, последняя была заменена системой публично-правовых платежей по модели обязательного государственного или общественного страхования. Так, в Австрии и Германии широко развито страхование на случай профессиональных (производственных) травм и заболеваний, в скандинавских странах система страхования работает в сфере возмещения вреда от медицинских ошибок, допущенных в ходе лечения (при этом она не заменяет деликтное право полностью). Наиболее радикальное решение принято в Новой Зеландии, где система публично-правовых компенсаций применяется для всех случаев имущественного и неимущественного вреда личности и не зависит от наличия фигуры делинквента

Действительно, именно эта выгода в виде прибавочной стоимости от такой деятельности, собственно говоря, обеспечивает делинквенту его более сильное и прочное экономическое положение. Железные дороги и аэропорты, железнодорожные- и авиаперевозчики, заводы, фабрики и другие промышленные предприятия неспособны создавать свою прибавочную стоимость без систематически фиксируемых в сфере их деятельности случаев причинения вреда. Возложенное на них бремя возмещения даже невиновно причиненного вреда растворяется в масштабе всей производственной и операционной деятельности или, по крайней мере, выступая одной из статей расходов, не становится таким экзистенциальным вопросом, который бы вредоносные последствия во многих случаях поставили перед лицом потерпевшего гражданина, оставшегося с ними один на один.

Критики данного объяснения резонно замечают, что оно может быть убедительным, только когда извлекаемая делинквентом выгода действительно ощутима и хотя бы примерно исчислима, а не эфемерна и метафорична. В противном случае описанная теория теряет связь с действительным экономическим преимуществом, обосновывающим возложение ответственности за невиновно причиненный вред. Возможно, поэтому конвенциональная область приложения описанной аргументации редко выходит за рамки отношений «Давида и Голиафа» деликтного права: крупных экономических субъектов и граждан-потребителей. Тезис о необходимости отнесения вреда на лицо, которому экономически легче справиться с его последствиями, оказывается парализован в правоотношениях между более-менее равными субъектами, издержки которых не отличаются друг от друга в десятки и сотни раз (*b2b*- или *c2c*-отношения, которые также опосредуются деликтным правом). В свою очередь, критерий преследуемой материальной выгоды от источника

и основания вменения ему ответственности. Подробнее см., например: Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 167–173; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 5. В этом смысле неудивительно, что многие сторонники отнесения вреда на экономически более сильного субъекта в своей критике современной им правовой системы за ее социальную несправедливость приходили к идее частичной или полной замены деликтного права публично-правовой системой обязательного страхования.

повышенной опасности, выходящий на первый план, позволяет обосновать возложение обязательства на делинквента во многих ситуациях причинения вреда даже между более-менее равными субъектами, если можно выделить этот источник повышенной опасности и, соответственно, артикулировать выгоду, преследуемую за счет данной деятельности, побочным эффектом которой стало причинение вреда потерпевшему.

Действительно, оторванная от своей экономической и грубой материальной (граничащей с классовой) основы и проведенная последовательно, такая теория строгой ответственности, с одной стороны, резко снижает свою аргументативную убедительность для обоснования безвиновной ответственности, а с другой стороны, ведет к полному поглощению принципа вины принципом причинения, ведь во всякой человеческой деятельности есть какое-то целеполагание и преследование некой пользы (выгоды) для себя. В чем заключается особенность выгоды, которую в Древнем Риме извлекает делинквент в связи с вылитым и выброшенным (*actio de effusis et deiectis*), по сравнению, например, с убийством или неосторожным причинением смерти? Между тем первый несет строгую ответственность, а в двух последних случаях ответственность наступает за вину. Понятно также, что далеко не всегда в деликтах со строгой ответственностью делинквент в моменте извлекает хотя бы эфемерную выгоду; более того, какие-то вредоносные решения негативно влияют и на него самого безотносительно возложения обязательства.

Тогда вводимый критерий извлечения выгоды становится скорее фикцией: его присутствие объявляется повсеместным, хотя все понимают, что это не так, ведь нарушитель не может освободиться от ответственности, доказав отсутствие какой-либо выгоды на своей стороне в конкретном случае невиновного причинения вреда.

Возникает потребность в теории, которая бы синтезировала строгую (безвиновную) ответственность с идеей отдаленной, эвентуальной, трудно осязаемой в моменте причинения вреда выгоды, в обмен на признание которой

правопорядок возлагает на нарушителя деликтное обязательство. Подобное объяснение строгой ответственности в русле аристотеле-томистской методологии предлагает Дж. Гордли: отправляясь от целеполагающей деятельности человека, которому свойственно стремиться к лучшему для себя, он переходит от такого широкого понятия выгоды к критерию «неестественно высокого риска причинения вреда» (*abnormally high risk of harm*), которому делинквент подвергает потерпевшего. Каждый может преследовать в жизни свои цели, но обогащение одного лица за счет другого в такой грубой форме (даже если в ходе ведения существенно опасной деятельности выполнены все необходимые мероприятия по обеспечению безопасности) является недопустимым¹.

Такое объяснение, хотя и подчеркивает значимость любых плодов созидательной человеческой деятельности, не вдаваясь в их количество и стоимость, увязывает санкцию в виде деликтного обязательства не с ними, а с деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих. Однако безвиновная ответственность владельца источника повышенной опасности сама по себе требует объяснения, и Дж. Гордли находит его в том, что такая деятельность не просто создает повышенную опасность для окружающих, но и упречна в том, что подвергает потерпевшего неестественному, ненормальному, отклоняющемуся от обычного риску причинения вреда. Санкция в виде строгой ответственности за такую деятельность, по-видимому, либо должна стимулировать участников оборота к воздержанию от нее, либо служить все той же «индальгенцией» за ее осуществление.

Между тем акцент на неестественности и девиантности повышенного риска, который сопровождает деятельность, создающую повышенную опасность для окружающих, предполагает неестественность и девиантность самой этой деятельности, что представляется очень спорным. Возможно, неестественно повышенный риск причинения вреда можно обсуждать применительно к

¹ См. подробнее: Gordley J. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. P. 204–216.

деятельности фабрик и заводов (хотя и это предположение в XXI в. может показаться спорным), однако едва ли такими характеристиками в настоящее время можно наделить обыкновенное дорожное движение, в сфере которого доминирующее положение в большинстве современных правовых порядков, в т.ч. в России, занимает строгая ответственность. Абсолютное большинство людей сталкивается с дорожным движением и рисками, связанными с ним, каждый день, в связи с чем эти риски нельзя наделить характеристиками неестественной высоты. Предлагаемый Дж. Гордли критерий не может объяснить и другие популярные группы случаев строгой ответственности (ответственность работодателей за работников, ответственность за вред, причиненный некачественными товарами, и т.д.). Сохранение выдвинутой Дж. Гордли теории предполагает критику самих этих случаев строгой ответственности *de lege ferenda*, что снижает ее герменевтический потенциал для современного права.

Фундаментальные основания у строгой ответственности находит Т. Оноре, который не только защищает, но еще более расширяет критерий извлечения выгоды делинквентом, экстраполируя его на весь жизненный путь свободной человеческой личности. Согласно его теории, даже принимая неверное (невыгодное, проигрышное) для себя решение в одном случае, человек в целом в своей деятельности ориентирован на достижение успеха (выгоды, победы) и, в основном, добивается своих целей (чаще выигрывает, чем проигрывает). Наделенный разумом и сознанием индивид, конструирующий свое поведение, имеет право на признание и защиту всех выгод, присваиваемых им в процессе своей деятельности. Соответственно этому, человек должен нести неблагоприятные последствия своих поступков всякий раз, когда он ошибается и делает неправильный выбор. Отказываясь от ответственности, человек не может претендовать на признание и защиту приобретаемой им выгоды, которая может оказаться на его стороне столь же случайно («невиновно»), как и причиняемый им вред¹.

¹ См. подробнее: Honore T. Responsibility and Fault. Oxford: Hart Publishing, 1999. P. 14–40. В этом месте к

Как видно из изложенного, теорию Т. Оноре невозможно редуцировать к идее ответственности как обратной стороне свободы созидательной деятельности. Свобода предполагает возможность осознанного (добровольного) выбора между различными вариантами поведения¹, в т.ч. в пользу причинения вреда, поэтому важным компонентом таких теорий ответственности становилось учение о вине в той или иной форме. Еще у Аристотеля обязательство восстановить поправное равновесие возникало только из такого недобровольного обмена, который содержал в себе волевой элемент в поведении нарушителя². Последствия случайного вреда Аристотель также относил на потерпевшего, поскольку иное бы нарушало личную свободу третьих лиц³. Равным образом, в христианской догматике идея ответственности как противовеса личной свободы сосуществует с глубоко развитым учением о грехе, вменение которого (за исключением идеи первородного греха) предполагает свободу выбора, т.е. все тот же волевой элемент. Напротив, у Т. Оноре ответственность за случайно причиненный вред не просто является обратной стороной свободы. Свобода как возможность добровольного выбора, волевого действия, не может быть уравновешена ответственностью за поведение, не содержащего в себе волевого элемента.

объяснению Т. Оноре близко подходит другой крупный философ права, Ричард Эпштейн, который обосновывал строгую ответственность через отражение абсолютной защиты права собственности. См. подробнее (из наиболее позднего): Epstein R.A. *Toward a General Theory of Tort Law: Strict Liability in Context* // *Journal of Tort Law*. 2010. Vol. 3. P. [ii]–47. Критическое обсуждение его теории см.: Simmonds N.E. *Epstein's Theory of Strict Tort Liability* // *Cambridge Law Journal*. 1992. Vol. 51. № 1. P. 113–137; Gordley J. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. P. 198; Jansen N. *The Structure of Tort Law*. P. 68–74.

¹ Соловьев В.С. Свобода воли – свобода выбора // *Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона*. Т. XXIX: Сахар – Семь мудрецов. СПб, 1900. С. 163–169.

² Аристотель. Указ. соч. С. 176–183. О том, что Аристотель в «Этике» под основанием обязательства возмещения вреда имел в виду только умысел, см.: Gordley J. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. P. 196 (со ссылками на литературу). Данное толкование обоснованно критикует Н. Янсен: Jansen N. *The Structure of Tort Law*. P. 59, 65–68 (также со ссылками на литературу). Спорные фрагменты у Аристотеля довольно сложны для анализа, и существует значительный риск впасть в анахронизм, если выводить из них строгую дифференциацию форм вины на современном языке или устанавливать строгое соответствие между отдельными фрагментами и современными основаниями деликтной ответственности. В последнем отношении см.: Wright R.W. *Substantive Corrective Justice* // *Iowa Law Review*. 1992. Vol. 77. P. 697–698.

³ Непроизвольное (невиновное) поведение (случай) Аристотель не приравнивает к справедливому образу поведения, но и не видит в нем основания для ответственности: «Итак, если такова справедливость и несправедливость, то только в том случае кто-либо совершает преступление или поступает справедливо, когда он действует произвольно, когда же он действует непроизвольно, то он не совершает преступления и не поступает справедливо, а действие его лишь случайно становится таковым, ибо всякая деятельность людей подходит под категорию справедливой или несправедливой. Преступление и справедливый образ действий определяются понятием произвольного и непроизвольного...» (Аристотель. Указ. соч. С. 176–177).

Ответственность за случайно причиненный вред выступает у Т. Оноре гарантией признания и защиты правопорядком всех приобретаемых человеком благ, в том числе таких, которые поступают к нему столь же случайно (по наследству, везению и т.п.). Выступая против традиционного взгляда на правовую систему, Т. Оноре указывает на ее дисбаланс в том, что идея защиты права собственности по-прежнему носит священный и абсолютный характер независимо от наличия волевого элемента в юридическом факте его приобретения, однако основанием ответственности частного собственника перед третьими лицами по общему правилу по-прежнему остается только волевое виновное поведение.

Проведенная последовательно, теория Т. Оноре не только справляется с объяснением случаев строгой ответственности *de lege lata*, но и также влечет за собой упразднение принципа вины в деликтном праве *de lege ferenda*. Однако ее достоинство заключается в более глубоком объяснении выгоды, ради признания и защиты правопорядком которой человек должен нести строгую ответственность. Т. Оноре как бы приводит к симметрии, равновесному и зеркальному состоянию принцип защиты благоприобретенных прав и принцип строгой безвиновной ответственности. Преимущественно рациональная деятельность человека предполагает, что в большинстве случаев человек, несмотря на совершаемые в жизни ошибки, остается в плюсе, а не в минусе. Ответственность человека за свое поведение выступает залогом юридического признания, уважения и защиты этого плюса остальным обществом и государством, ведь двум последним не приходится принимать на себя издержки неправильного выбора¹. Разумеется, в системе Т. Оноре необходимым

¹ В этом смысле теория Т. Оноре, на первый взгляд стесняя свободу человеческой личности в аспекте возложения на нее безвиновной ответственности, на самом деле способствует еще большему признанию и гарантированности этой свободы. Действительно, несложно усмотреть определенную взаимосвязь в том, что чем более человек отказывается от ответственности за свое поведение, тем далее он отказывается от *свободы выбора* собственного поведения и права на взаимоуважение. Издержки своего поведения, которые человек отказывается нести, не могут постоянно падать на потерпевших, поскольку это чревато тяжелыми социальными последствиями. Поэтому объяснимо, что когда эти издержки в конце концов берет на себя третье лицо (прежде всего государство), то оно постепенно начинает претендовать на, как минимум, соразмерную часть свободы человека, отказавшегося отвечать за последствия своей деятельности. В таком случае поведение индивида в известной степени начинает определять субъект или институция, взявшие на себя издержки человеческой коммуникации.

реквизитом гражданско-правовой ответственности остается дееспособность, позволяющая квалифицировать человеческое поведение как целеполагательное и рациональное. Однако при наличии дееспособности более не требуется устанавливать соответствие всей палитры человеческих поступков некоему субъективному или усредненному объективному стандарту «правильного» поведения: принцип вины теряет свое значение необходимого элемента ответственности.

Можно предположить, что, понимая выгоду в таком широком смысле как «конечное положительное сальдо жизни», мы должны вменять ее и потерпевшему, который также для какой-то цели (за какой-то своей выгодой) оказался на месте причинения вреда¹. Возникает вопрос о том, почему выгода делинквента приносится в жертву выгоде потерпевшего. Не должен ли потерпевший нести бремя негативных последствий причиненного ему вреда равным образом как обратную сторону своей созидательной деятельности? Между тем отказ потерпевшему в возмещении вреда означает отказ в исправлении последствий произошедшего недобровольного обмена. Иными словами, вместе с отказом потерпевшему в возмещении вреда устраняется институционализированный механизм защиты приобретаемых благ, т.е. уничтожается сама идея того самого «положительного сальдо жизни», которое признается и охраняется благодаря институту возмещения вреда. Оставление потерпевшего один на один с причиненным ему вредом как побочным эффектом его деятельности по преследованию личной выгоды означает, что эта последняя перестает защищаться правопорядком. Тем самым фактически санкционируются «война всех против всех» и замена равной защиты приобретаемых благ примитивным «правом сильного». Это состояние продлится до тех пор, пока сильные не подчинят себе слабых посредством насилия или продажи слабому права требовать защиты от посягательств третьих лиц и оставаться свободным

¹ См. подробнее: Perry S.R. Impossibility of General Strict Liability // The Canadian Journal of Law and Jurisprudence. 1988. Vol. 1. № 2. P. 169; Perry S.R. The Moral Foundations of Tort Law // Iowa Law Review. 1992. Vol. 77. № 2. P. 463–465.

от причинения вреда, что запустит процесс институционализации и юридизации данных отношений заново.

Таким образом, в изложении Т. Оноре критерий извлечения выгоды приобретает новое значение для обоснования строгой ответственности. Во-первых, он окончательно расстается с первоначальной посылкой об относительной экономической мощи, способствующей принятию таким субъектом на себя негативных последствий причиненного вреда. Экономическое положение теряет свою количественную, но приобретает качественную доминанту, одинаково важную для всех членов общества, а именно признак юридизированной институционализированной защищенности. С этим новым качеством критерий преследуемой выгоды перестает носить во многих областях строгой ответственности (например, в сфере ответственности владельцев транспортных средств) фиктивный и ритуальный (хотя эпизодически иллюстративный) характер и приобретает новое измерение эвентуально защищаемого положительного баланса приобретенных благ, которые человек извлекает для себя на всем протяжении жизни, независимо от их количества и стоимости, способности к страхованию и других внешних критериев. При этом теория Т. Оноре перерастает задачу обоснования существующих групп случаев строгой ответственности *de lege lata*, ведет к отмене или по крайней мере существенному элиминированию значения вины в современном деликтном праве и становится полноценной апологией принципа причинения.

В этом месте, как представляется, обнаруживается неприменимость обсуждаемой аргументации к ситуациям альтернативной причинной неопределенности. Рассмотренные дистрибутивные консеквенциалистские теории служат цели восполнения дефектности (отсутствия) элементов вины или противоправности для состава деликтной ответственности. Указанные авторы не идут в своих рассуждениях настолько далеко, чтобы привлекать к ответственности по данному основанию в отсутствие установленной на необходимом стандарте доказывания фактической причинной связи. Даже

будучи эфемерным или прямо фиктивным (либо же негативным эпизодом в общем рациональном пути делинквента по достижению целей своей деятельности), обогащение делинквента, наполняющее его «глубокие карманы», обосновывает возложение ответственности только тогда, когда оно осуществляется *за счет потерпевшего*, т.е. когда блага конкретного потерпевшего, составляющие его правоохраняемую сферу, становятся на пути или приносятся в жертву (эвентуальному) успеху делинквента. В свою очередь, без установления на необходимом стандарте доказывания причинно-следственной связи между поведением делинквента и вредом потерпевшего соединение одного лица и другого в обязательство по возмещению вреда только по принципу относительной экономической мощи, дешевизны или доступности страхования окончательно становится искусственным и произвольным выбором правопорядка. Отбор по такому принципу должен осуществляться в масштабе всего общества и показывает, что наиболее доступным страхование является для государства, которое регулярно перекладывает издержки своей деятельности на население через налоги, парафискалитеты и присвоение ренты и иных доходов от эксплуатации государственной собственности¹.

Идея о том, чтобы в ситуации доказательственного тупика отнести негативные последствия наступившего вреда на того, кому их легче нести экономически (то есть, защитить относительно слабую сторону в возникшей ситуации), не имеет никакого отношения к процессу установления причинной связи и цели восстановления корректирующей справедливости².

¹ К этому же выводу приводит попытка обосновать отнесение последствий вреда на экономически более сильного субъекта, стоящего к вреду ближе всех остальных третьих лиц, через принцип общественной солидарности (с учетом недобровольного характера возникающего обязательства, а именно несчастья, способного постигнуть каждого). Здесь равным образом имеются основания утверждать, что в таком случае этот принцип реализуется за счет не того субъекта: социальное государство должно функционировать за счет государства, обладающего возможностью создания компенсационного фонда солидарности с помощью существующих публично-правовых механизмов. Это соответствует более общей идее о том, что роль государства в современной экономике заключается в справедливом материальном перераспределении (трансфертные платежи) и сглаживании негативных эффектов капиталистической системы (провалов рынка).

² Приведем известный фрагмент из Аристотеля: «Справедливость же в обменах также заключается в своего рода равенстве, но не по такой пропорции, а по арифметической, ибо здесь не имеют в виду разницы, лишил ли порядочный человек дурного чего бы то ни было, или дурной – порядочного, или же порядочный совершил прелюбодеяние, а не дурной человек; закон обращает внимание лишь на различие ущерба, а с лицами обходится как с равными во всем, за исключением различия того, кто совершил преступление, от того, кто страдает,

Более того, его соответствие даже распределяющей справедливости вызывает большие сомнения. Важной компонентой учения Аристотеля была идея пропорционального распределения общественных благ сообразно вкладу в общее дело¹. Однако в данном случае не артикулирован с необходимой ясностью критерий предпочтения одного субъекта другому, или «мерило достоинства». Более того, оценка повседневных активностей потерпевших, оказавшихся в ситуации альтернативной причинной неопределенности, с точки зрения сумм страховых премий, которые они могли бы потратить для страхования своей личности или имущества, относительно аналогичного исследования деятельности каждого альтернативного делинквента по определению издержек на страхование риска гражданской ответственности, чаще всего (в ситуациях несопоставимого характера деятельности) может работать в пользу экономически сильных субъектов – владельцев источников повышенной опасности, обосновывая освобождение их от ответственности². Несмотря на то, что подобные решения являются более тонкими и научно фундированными по

и того, кто нанес ущерб, – от того, кто терпит ущерб (курсив мой – М.Л.). Итак, эту-то несправедливость, состоящую в неравенстве, судья старается приравнять, ибо в тех случаях, когда один испытывает побои, а другой наносит их, или когда один убивает, а другой убит, в этих случаях страдание и действие разделены на неравные части» (Аристотель. Указ. соч. С. 162). См. подробнее: Gordley J. Tort Law in the Aristotelian Tradition // Philosophical Foundations of Tort Law / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 131–158. См. для сравнения в контексте современной правовой системы: «Например, если ответчик очень богат, а истец очень беден, то можно подумать, что ложно-отрицательный вывод [относительно существования причинной связи] будет гораздо хуже ложно-положительного. Затруднение с этим тезисом состоит в том, что он вводит нормативные соображения в определение правил доказывания, которые, как утверждается, не имеют значения на уровне материального права. Поскольку содержание первичных прав и обязанностей в деликтном праве не зависит от благосостояния в том смысле, что существование и строгость прав и обязанностей сторон обычно не зависят от их относительного материального положения, правила доказывания не могут опираться на соображения совершенно иного порядка» (Steel S. Op. cit. P. 122–123).

¹ «...Отсюда-то и возникают тяжбы и споры, когда равные люди владеют неравным имуществом или неравным уделено равное. Это явствует и из поговорки: «Делите по достоинству». Все люди согласны в том, что распределяющая справедливость должна руководствоваться достоинством, но мерило достоинства не все видят в одном и том же, а граждане демократии видят его в свободе, олигархии – в богатстве, а аристократии – в добродетели» (Аристотель. Указ. соч. С. 159). Также в другом месте: «Распределяющая справедливость, как сказано, касается благ, общих всем гражданам, и распределяет их пропорционально, и даже если бы распределялось общественное имущество, то при этом руководствовались бы отношением, в котором стоят взносы в общественную казну отдельных граждан» (Там же. С. 161–162).

² Так, например, представляется верным, что по общему правилу потерпевшему гражданину дешевле застраховать свои жизнь и здоровье, чем авиаперевозчику – риск причинения вреда пассажирам и третьим лицам, и т.д. В таком случае возложение последствий причиненного вреда по принципу относительной дешевизны страхования соответствующего риска должно вести к освобождению авиаперевозчика от ответственности, т.е. к результату, прямо противоположному тому, к которому хотят прийти сторонники обсуждаемого принципа. Сравнительная оценка доли расходов на страховые премии в общем балансе потерпевшего и авиаперевозчика также не всегда способна дать однозначный вывод в пользу потерпевшего.

сравнению с прямым взвешиванием относительного экономического благосостояния сторон, в конечном счете они продиктованы той же генерализующей идеей защиты экономически более слабого от экономически более сильного. И здесь возникает угроза редукции критерия распределяющей справедливости («мерила достоинства») к относительной бедности как таковой.

Принцип защиты слабой стороны встречает весьма сочувственное отношение не только у законодателей, часто использующих его для инструментальных (в том числе популистских по своему характеру) вторжений в частноправовую систему, но и среди ученых, нередко прибегающих к нему как аргументу в пользу своей позиции в научных спорах. Вместе с тем, если придать идее защиты слабой стороны (или ее более нюансированному выражению в виде правила отнесения вреда на того субъекта, которому дешевле застраховать соответствующий интерес – риск причинения вреда собственной личности или имущественному праву либо риск ответственности перед третьими лицами) значение нормативного принципа деликтного права, то есть закрепить за ним универсальную применимость, то оказывается непростой задачей найти его место в существующей правовой системе. Относительная дешевизна страхования соответствующего риска не может стать самостоятельным основанием вменения негативных последствий причиненного вреда в один ряд с виной и строгой ответственностью, поскольку их разделяют разные классификационные критерии. Оставление этого принципа в состоянии случайно всплывающего аргумента в литературе и судебной практике противоречит фундаментальному началу правовой определенности, что нельзя признать удовлетворительным решением¹.

¹ Действительно, насколько несложно найти примеры применения данного принципа в (зарубежной) судебной практике и аргументировать его преимущества *de lege ferenda*, настолько же затруднительно вписать это правило в существующую структуру деликтной ответственности. Если оставить в стороне обыкновенно встречающуюся консеквенциалистскую аргументацию, практическое воплощение которой невозможно без коренной перестройки существующей правовой системы, то можно предположить, что *de lege lata* сферу приложения данного правила необходимо искать в донарушенной стадии деликтного права – одной из наименее разработанных его областей. См., например, попытку Н. Янсена описать правила относительной дешевизны и доступности страхования с помощью категории долженствования (*Obliegenheit*): Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 86–90, 466–467. Между тем здесь может быть справедливым (как минимум, для российской доктрины)

Наконец, принцип защиты слабой стороны не отвечает на вопрос о том, каким должно быть решение проблемы альтернативной каузальности в условиях, когда очевидного экономического неравенства между сторонами нет (классические *b2b*- или *c2c*-ситуации). Критерий извлекаемой за счет потерпевшего выгоды (какая бы она ни была), помогающий разрешать многие спорные казусы в условиях установленной фактической причинной связи (см. выше), по определению отсутствует в ситуациях альтернативной каузальности (нет установленной на необходимом стандарте доказывания причинной связи, обосновывающей извлечение «выгоды» одного лица за счет другого). По-видимому, остается только применить классические правила доказывания и отказать потерпевшему в иске. Однако актуальная судебная практика (объяснить которую во многом и призваны обсуждаемые инструменталистские теории) не только показывает противоположное решение (в образцовом казусе с охотниками суды склонны привлекать альтернативных делинквентов к солидарной ответственности), но и, как будет показано далее, демонстрирует удивительное (без какого-либо согласования) единообразие по данному вопросу.

Таким образом, рассмотрение теорий строгой (безвиновной) ответственности, вытекающих из тезиса о необходимости отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия, показывает его неприменимость к ситуациям альтернативной каузальности. Описанные дистрибутивные консеквенциалистские теории служат цели восполнения дефектности (отсутствия) элементов вины или противоправности для состава деликтной ответственности, но не могут заменить отсутствие установленной на необходимом стандарте доказывания причинно-следственной связи. Критерий извлекаемой делинквентом за счет потерпевшего выгоды (какая бы она ни была), помогающий разрешать многие спорные казусы в условиях установленной фактической причинной связи, по определению отсутствует в ситуации

возражение против описания одной невыясненной категории (*assurance oblige*) через другую (*Obliegenheit*). См. также: Ehrenzweig A.A. *Assurance Oblige – A Comparative Study* // *Law and Contemporary Problems*. 1950. № 15. P. 445–454.

альтернативной каузальности. Без установления на необходимом стандарте доказывания причинно-следственной связи между поведением делинквента и вредом потерпевшего соединение одного лица и другого в обязательство по возмещению вреда только по принципу относительной экономической мощи, дешевизны или доступности страхования окончательно становится искусственным и произвольным выбором правопорядка. Положительная судебная практика и значительное большинство литературы, выступающие в гармонии с интуитивно ощущаемым чувством справедливости за привлечение альтернативных делинквентов к ответственности в ситуации альтернативной каузальности, заставляют искать иное объяснение данному решению, коренящееся, по-видимому, в совокупном приложении иных вышеописанных аргументов.

ГЛАВА 2. ПРОПОРЦИОНАЛЬНАЯ И СОЛИДАРНАЯ МОДЕЛИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СИТУАЦИЯХ АЛЬТЕРНАТИВНОЙ ПРИЧИННОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Предваряя дальнейшее изложение, мы считаем необходимым отметить, что на текущий момент, как представляется, не существует ни одной абсолютно убеждающей теории распределения ответственности между альтернативными делинквентами. Это та область, в которой классическое деликтное право и цивилистическая догматика испытывают значительные затруднения и даже некоторую беспомощность, уходящие далеко в самые основания правовой системы. Здесь наиболее остро ощущается потребность в публично-правовом вмешательстве и учреждении системы разложения вреда на всех участников сообщества по принципу обязательного страхования¹. Разумеется, частноправовые решения проблемы альтернативной причинной неопределенности существуют: это отказ в удовлетворении исковых требований, пропорциональная либо солидарная ответственность. Выше мы рассмотрели основные аргументы против первого возможного решения – полного отказа в иске потерпевшему. Приходя к выводу о необходимости установления деликтного обязательства в ситуации альтернативной каузальности, правовая система оказывается перед выбором из двух указанных моделей распределения

¹ Например, развитие в Германии социальное страхование на случай профессиональных заболеваний приводит к тому, что часто упоминаемые в настоящей работе «асбестовые дела» никогда не смогут оказаться в германском суде в форме частноправового деликтного спора, так что проблема значительной группы казусов причинной неопределенности снимается здесь публично-правовым инструментарием, см. подробнее: Wagner G. Asbestos-Related Diseases in German Law // *European Review of Private Law*. 2013. Vol. 1. P. 319–330. См. об аналогичной тенденции «обобществления» деликтной ответственности во Франции: Журдэн П. Принципы гражданско-правовой ответственности (начало) // *Вестник гражданского права*. 2021. № 4. С. 222–224. Возникает фундаментальный вопрос о том, насколько правильным путем идет правовая система, пытаясь разработать частноправовые решения для случаев альтернативной каузальности. По нашему мнению, во-первых, каким бы ни было отдаленное будущее деликтного права, правовая система в обозримой перспективе не сможет полностью снять проблему альтернативной каузальности публично-правовыми механизмами, что подтверждает практическую необходимость поиска для этих ситуаций частноправового решения. А во-вторых, развитие публично-правовых систем возмещения вреда, построенных на принципах социального страхования, способно в перспективе снизить прикладное значение обсуждаемой темы, но не устраняет как таковую частноправовую проблему, для которой классическое деликтное право, претендующее, как и всякая когерентная система, на универсализм и беспробельность, должно найти внутри себя обоснованное и справедливое решение.

вредоносных последствий. Несмотря на то, что ни одна из этих моделей применительно к рассматриваемой теме не вписывается безупречно в традиционные основания и принципы деликтного права *de lege lata*, их относительная обоснованность, справедливость и соответствие классическому деликтному праву далеко не одинаковы, в связи с чем обе они требуют критического анализа.

§ 1. Критика модели пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения вреда

С учетом рассмотренной небесспорности аргументов в пользу возмещения вреда альтернативными делинквентами, но самодовлеющего интуитивного чувства несправедливости относительно полного отказа в иске, литература и судебная практика некоторых развитых правовых порядков (в ограниченных пределах Австрия, Голландия, Англия и США) предложили срединное решение: распределять негативные последствия на альтернативных делинквентов пропорционально вероятности причинения вреда каждым из них.

Во второй половине XX в. некоторые европейские страны и штаты США столкнулись с *DES*-делами, печальный сюжет которых описан выше¹. Чтобы прийти к решению на пользу потерпевших, понадобилось кардинально развернуть бремя доказывания, установив против ответчиков, по сути, неопровержимую презумпцию причинения вреда конкретному истцу и, как следствие, презумпцию наличия причинной связи между их деятельностью и наступившим вредом. В Европе суды удовлетворяли требования потерпевших ко всем компаниям – производителям *DES* в период времени предположительного причинения вреда, привлекая всех ответчиков к *солидарной ответственности*.

¹ См. выше § 3 главы 1 настоящей работы.

Однако в США Верховный суд штата Калифорния в знаменитом деле *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980) пришел к другому решению: производители вредоносного лекарства были привлечены к *долевой ответственности пропорционально занимаемой каждой компанией доле на рынке данного препарата*. Как отметил суд, каждый производитель опасного лекарства должен нести ответственность в той мере, в какой он подвергал риску развития соответствующего заболевания все американское общество – то есть, соразмерно доле, занимаемой на национальном рынке препарата *DES* в период его приема потерпевшими¹. Данное решение много обсуждалось в литературе и судебной практике, однако в итоге оно было отвергнуто как в Европе, так и в США, оставшись ярким, но скорее маргинальным примером пропорциональной ответственности альтернативных делинквентов².

В австрийской литературе примерно в тот же период завершилась разработка новой глобальной методологии правотворчества и правоприменения – т.н. гибкой системы (В. Вильбург, Ф. Быдлински, Х. Коциоль)³. В этой системе законодатель и суд, а также отдельные институты и конструкции частного права взаимно сдерживают и уравнивают друг друга, совместными усилиями вырабатывая сбалансированные решения на основе «базовых ценностей правовой системы». В сфере деликтной ответственности это означает, помимо прочего, установление открытого перечня и примерной иерархии защищаемых

¹ Интересно отметить, что судья Стэнли Моск, готовивший решение от большинства коллегии в этом деле, спустя много лет в интервью рассказывал, что почерпнул идею пропорциональной ответственности соразмерно доле рынка (*market share liability*) из студенческой статьи, опубликованной в журнале *Fordham Law Review*. См. подробнее: Oral History Interview with Honorable Stanley Mosk, Justice of the California Supreme Court, 1964–present. February 18, March 11, April 2, May 27, July 22, 1998. San Francisco, California. P. 62. URL: <https://archives.cdn.sos.ca.gov/oral-history/pdf/mosk.pdf> (дата обращения: 14.08.2022).

² «За исключением вышеупомянутых особых английских и чешских правил для альтернативной причинной связи в сферах, соответственно, профессиональных травм и заболеваний (*work-related injuries*) и откровенно опасной деятельности (*overtly dangerous activities*), европейские правовые системы не используют модель пропорциональной ответственности в делах с множеством потенциальных делинквентов. Тем не менее весомые аргументы в пользу пропорциональной ответственности по доле рынка выдвинуты в австрийской литературе, в то время как включение этого правила в *PETL* (ст. 3:103) увеличивает вероятность его применения в Литве, если такое дело окажется на рассмотрении судов» (Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 684). См. также: Steel S. Op. cit. P. 165–167; Thiede T. Op. cit.; Aggregation and Divisibility of Damage / Ed. by K. Oliphant / Tort and Insurance Law. Vol. 26. Wien: Springer-Verlag, 2009.

³ См. введение в проблематику: Коциоль Х. Гибкая система – золотая середина в законодательстве и доктрине; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 13–16, 143ff.

интересов (вместо полярных методов строгой типизации и «бегства к общим оговоркам»), а также постоянную динамику, взаимовлияние и взаимосвязь различных элементов ответственности. Так, например, вместо традиционного состава деликтной ответственности, все элементы которой должны быть одинаково четко установлены, в гибкой системе обоснование ответственности возможно через уравнивающие связки типа «сильная вина – слабая причинная связь», «высокое место в иерархии охраняемых интересов (например, жизнь и здоровье) – слабая вина и причинная связь», «низкое место в иерархии охраняемых интересов (например, чисто экономический вред) – сильная вина (умысел) и сильная причинная связь» и т.д.

Соответственно, в ситуации альтернативной каузальности «слабая» («потенциальная») причинная связь может уравниваться высоким местом правового интереса, которому был причинен вред, в иерархии правоохраняемых благ (до сих пор мы рассматривали только казусы причинения вреда жизни и здоровью) или «сильной» виной (например, умыслом или грубой неосторожностью¹). В то же время сбалансированное решение апологетам этой системы видится в привлечении альтернативных делинквентов не к полной ответственности, а к ответственности, пропорциональной вероятности причинения вреда каждым ответчиком – чтобы максимально уравновесить риск обоюдно терпимой несправедливости.

Ст. 3:103(1) (Альтернативные причины) *PETL*, которые испытали сильное влияние австрийской цивилистики и во многом построены на началах гибкой системы², гласит: «В случае множества деяний (*multiple activities*), когда каждое

¹ В частности, в австрийской судебной практике благодаря аргументации Ф. Быдлински большое влияние приобрела позиция, согласно которой в ситуациях альтернативной причинной неопределенности, когда фактическая причина вреда остается не вполне выясненной, но поведение ответчиков обладает признаками умысла, возможно применение по аналогии предл. 2 § 1302 АГУ и привлечение альтернативных делинквентов к солидарной ответственности. Подробнее см.: Koch B.A. Proportional Liability for Causal Uncertainty. How It Works on the Basis of a 200-Year-Old Code / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 67–86; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 147–148. Текст АГУ приводится по изданию: Всеобщий гражданский кодекс Австрии от 01.06.1811 (с изм. и доп. по состоянию на 27.07.2010). М., 2011 // СПС «КонсультантПлюс».

² См. подробнее: Spier J. General Introduction / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 16–18.

из них в отдельности было бы достаточно для причинения вреда, но остается неопределенным, какое деяние фактически причинило вред, каждое деяние рассматривается как причина вреда в той степени, которая соответствует вероятности того, что это деяние могло причинить вред потерпевшему». Ст. 3:103(2) устанавливает аналогичный подход применительно к квалифицированному случаю альтернативной каузальности – альтернативным потерпевшим (к этой группе относятся, например, *DES*-дела).

В том же направлении выдержан и опубликованный в 2007 г. Проект изменений деликтного права АГУ, разработанный Министерством юстиции Австрии. Согласно его § 1294(2) если одна из причин является случаем, или вызвана потерпевшим, или если только та или другая причина могли причинить вред (альтернативная причинная связь), то вред должен распределяться «в соответствии с [относительным] весом соответствующих оснований для вменения и вероятностью причинной связи» (*according to the weight of the respective grounds for imputation and the likelihood of causation*)¹.

Сторонники пропорциональной ответственности критикуют принцип «все или ничего» процессуального познания и сознательно отвергают его, отмечая, что он либо ведет к полному отказу в удовлетворении исковых требований, либо стимулирует различные процессуальные искажения на пользу потерпевшего, как, например, перенесение бремени доказывания на ответчика, снижение стандарта доказывания, толкование всяческих неопределенностей и двусмысленных обстоятельств на пользу потерпевшего, а также другие процессуальные уловки, не способствующие когерентности правовой системы. Полный отказ и полное удовлетворение исковых требований в отсутствие достоверно установленной причинной связи представляются сторонникам пропорциональной ответственности одинаково несправедливыми решениями, а предлагаемая ими модель разложения вреда – сбалансированной и оптимальной

¹ Английский перевод текста Проекта см.: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 325ff.

в рассматриваемой ситуации¹. Соответственно, применительно к образцовому казусу с двумя охотниками это будет означать, что поскольку доказательственная вероятность причинения вреда *Д1* и *Д2* составляет по 50% на каждого, то *Д1* и *Д2* должны быть привлечены к долевой ответственности и заплатить по 50% итогового возмещения.

В свою очередь, мы полагаем, что при безупречном поведении потерпевшего, когда обстоятельства в сфере его ответственности не могут быть признаны альтернативной причиной вреда, модель пропорциональной ответственности альтернативных делинквентов является неприемлемой и должна быть отвергнута, в связи с чем выдвигаем против нее следующие аргументы.

1. Вероятностный характер современных научных представлений о причинно-следственной связи уменьшает уверенность в эвентуальной познаваемости мира, но не влияет на формально-логическую структуру суждения о причинно-следственной связи как механизма описания необходимой взаимосвязанности явлений, которым оперирует правовая система для установления деликтной ответственности.

Г. Кельзен описывает, как благодаря исследованиям XX в. в области физики, особенно квантовой механики (принцип неопределенности В. Гейзенберга), элемент необходимости в научных суждениях о причинности был заменен элементом вероятности. Согласно новейшим естественнонаучным представлениям, утверждение о наличии причинно-следственной связи между явлениями может быть только вероятностным, поскольку в природе существуют области, в которых выявление взаимообусловленностей (взаимозависимостей, предопределенности) между явлениями изначально объективно невозможно². Применительно к проблематике альтернативной каузальности это важное

¹ См. также обобщение основных аргументов сторонников пропорциональной ответственности: Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 113–137.

² Kelsen H. Causality and Retribution / What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press. 1971. P. 319–320.

открытие может иметь несколько значимых импликаций¹.

Во-первых, ввиду эвентуально вероятностного понимания причинно-следственной связи в естественных науках классическое противопоставление нормативных и естественно-научных суждений относительно причинной связи оказывается не столь резко контрастирующим, как оно обычно описывается в литературе². Несмотря на то, что вероятностное понимание причинно-следственной связи в естественно-научном и юридико-процессуальном познании имеет различные отправные точки, в конечном итоге каждое суждение относительно причинно-следственной связи становится вероятностным, и вопрос заключается только в установлении оптимального стандарта доказывания в каждой указанной области.

Во-вторых, вероятностная интерпретация причинно-следственной связи позволяет рассматривать ее не только как необходимый элемент состава юридической ответственности, но и как механизм корректировки ее размера в соответствии с установленной вероятностью (пропорцией). Действительно, если установление причинно-следственной связи между явлениями прошлого эвентуально признается объективно невозможным, а суждения относительно ее наличия или отсутствия даже с научной точки зрения могут быть только вероятностными, то в рамках правовой системы тем более было бы уместно задуматься о возможности распределения негативных последствий наступившего вреда в соответствии вероятностью, приходящейся на каждый возможный его источник.

Тем не менее представляется, что оба приведенных положения могут оказать лишь ограниченное влияние на современные представления о причинно-следственной связи в классическом деликтном праве.

Сближение естественно-научного и юридического понимания причинно-

¹ Помимо обсуждаемых далее аспектов, это открытие бросает тень на значительный корпус советской литературы, выводившей объективно-необходимый характер причинно-следственной связи в праве не из ее формально-логической структуры, а из ее естественно-научного происхождения.

² См. пример такого описания со ссылками на литературу: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 93–101.

следственной связи в своей эвентуальной вероятностной формуле не позволяет преодолеть разницу между категориями фактической причинной связи и юридических пределов ответственности делинквента прежде всего ввиду их значительных функциональных различий (какую роль для установления деликтной ответственности играет каждая категория)¹. Так, в другой своей работе Г. Кельзен мастерски проводит фундаментальное различие между базовым механизмом функционирования природы (материального мира) и правовой системы: в то время как *modus operandi* природных процессов выступает *причинность* между физическими явлениями, в развитой правовой системе связующим звеном между двумя ключевыми явлениями – правонарушением и санкцией – становится *вменение* (*imputation, Zurechnung*), которое осуществляет правовая норма, и не между физическими явлениями (бесконечной цепочкой событий материального мира), а между физическим явлением (поведением) и субъектом, его производящим (ответственным за его возникновение) и выступающим конечной точкой цепочки событий². В русле этого различия фактическую причинно-следственную связь в деликте устанавливают в результате исследования естественной взаимообусловленности между данным поведением и наступившим вредом, в то время как определение конечного размера (пределов) ответственности подчинено целям правовой системы, которые она преследует в организации жизнедеятельности общества³.

Что касается второго тезиса, то важно отметить, что замена объективной

¹ Согласно господствующему мнению литературы, юридическая причинная связь принадлежит праву убытков (*law of damages*), а фактическая – установлению основания ответственности. К определению юридических пределов ответственности невозможно перейти без установления *состава* юридической ответственности, в том числе фактической причинно-следственной связи. См. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 93–101 (с приведенной литературой).

² Kelsen H. Causality and Imputation / What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press. 1971. P. 324–349.

³ Так, например, может быть несложно установить фактическую причинную связь между поведением делинквента и чисто экономическим вредом (утратой права требования, уменьшением рыночной стоимости вещи и т.п.) или умалением нематериальных благ (чести, достоинства, деловой репутации и т.п.), однако решение вопросов о принципиальной компенсируемости данных типов вреда по-прежнему остается исключительной прерогативой правопорядка (в позитивистской парадигме Г. Кельзена – правовой нормы). Подчеркнутое Г. Кельзенем различие, как он утверждает, отделяет научно сформированные представления о природе и праве от более примитивных систем, в рамках которых идеи причинности и вменения, различные в своих основаниях, оказывались нераздельно слиты в божественной воле или иной метафизической сущности, единовластно управляющей природой и конструирующей правопорядок по единым вселенским законам.

необходимости в понятии причинно-следственной связи на вероятностный компонент в естественных науках не привела (и как представляется, не может привести) к отказу от законченных формально-логических суждений о наличии или отсутствии причинно-следственной связи по модели «если А, то Б», поскольку именно формулированию таких выводов и определению дальнейших поведенческих и управленческих стратегий подчинены все естественно-научные и социальные исследования. Суждение типа «если поднять минимальный размер оплаты труда в данной отрасли, то это обязательно приведет к росту безработицы»¹, хотя и является в основе своей вероятностным, имеет познавательную ценность ровно настолько, чтобы принять на его основе определенное управленческое (политическое) решение о повышении или отказе от повышения МРОТ в данной отрасли. Принятие данного решения предполагает принятие вывода об отсутствии причинно-следственной связи между повышением МРОТ и ростом безработицы как законченного формально-логического суждения, несмотря на сохраняющуюся вероятность ложноотрицательного характера данного вывода (и наличия причинно-следственной связи между указанными явлениями).

Кроме того, описанное открытие в естественных науках не может повлиять на роль и принципы деятельности суда в состязательном процессе и методы процессуального познания, поскольку последнее и без того всегда считалось ограничено объективным феноменом следа и предельной познавательной способностью каждого доказательства, из-за чего каждое судебное решение неизбежно основано на доказательственной вероятности, а выполнение предмета доказывания определяется заданным в правопорядке стандартом доказывания². В парадигме процессуального познания суждение типа «Д скорее всего

¹ Речь идет об одной из работ лауреата Нобелевской премии 2021 г. по экономике Дэвида Карда, получившего ее вместе с другими экономистами, Джошуа Ангристом и Гвидо Имбенсом, за «эмпирический вклад в экономику труда» и «методологический вклад в анализ причинно-следственных связей». См. подробнее: Card, D., Krueger A.B. Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania // *The American Economic Review*. 1994. Vol. 84. № 4. P. 772–793.

² См. подробнее выше § 1 главы 1 настоящей работы.

причинил вред П» имеет эвристическую ценность только как основание для вывода о наличии причинной связи, удовлетворения исковых требований и разрешения спора по существу (*res iudicata*). В этом смысле Г. Кельзен обоснованно отмечает, что «предсказуемость [основанная на вероятности] выступает критерием, хотя и ни в коем случае не единственным критерием, причинности, но не является самой причинностью¹». Любой результат судебного разбирательства – в отсутствие законченного вывода о наличии или отсутствии причинной связи (и основания для взыскания возмещения вреда в виде установленного состава деликтной ответственности) – является, по существу, отказом в правосудии, поскольку суд в состязательном процессе так и не разрешил вопрос о том, причинил ответчик вред потерпевшему (истцу) или ответчик к нему непричастен.

Изложенное свидетельствует о невозможности конвертации вероятностного характера современных научных представлений о причинно-следственной связи между определенными явлениями в пропорциональную ответственность, основанную на установленной доказательственной вероятности причинения вреда потерпевшему каждым альтернативным делинквентом. Сближение за счет общего вероятностного компонента категорий фактической и юридической причинной связи не приводит к преодолению их базовых функциональных различий, а именно отнесению первой категории к элементам состава правонарушения (основанию деликтной ответственности), а второй категории – к праву убытков и специальным принципам, определяющим юридические пределы ответственности делинквента. Вероятностный характер суждений относительно наличия или отсутствия причинно-следственной связи не может элиминировать значение формально-логических суждений по модели «если А, то Б» как когнитивной основы для конструирования выводов о природном мире и общественных процессах.

Процессуальная система с учетом роли и принципов деятельности суда в

¹ Kelsen H. Causality and Retribution. P. 321.

состязательном процессе, независимо от господствующего понимания причинной связи, воспринимает суждения сторон обо всех обстоятельствах дела как изначально наделенные вероятностным компонентом, поскольку стороны процесса преследуют конкурирующие интересы, целью осуществления правосудия не является установление объективной (абсолютной) истины, а представляемые суду доказательства, будучи лишь следами событий прошлого, имеют ограниченную предельную познавательную способность. Такое положение тем не менее не позволяет суду в решении считать обстоятельства дела, в том числе причинно-следственную связь, установленными только на определенное число процентов или до определенной степени (наполовину, на две трети и т.д.): суду необходимо констатировать наличие или отсутствие причинно-следственной связи в каждом деле по модели законченного определенным выводом утверждения для того, чтобы установить правовую определенность в материально-правовых отношениях сторон. В этом смысле вероятностный характер современных естественно-научных представлений относительно причинно-следственной связи ничего не меняет для принципов процессуально-познавательной деятельности и установленных требований к судебному решению, разрешающему дело по существу, в связи с чем также не может обосновываться возложение на альтернативных делинквентов пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения вреда каждым из них.

2. Модель пропорциональной ответственности предполагает отступление от базовых правил процессуальной познавательной деятельности, влекущее гораздо большее искажение основных принципов гражданско-правовой ответственности, чем побочные негативные эффекты баланса вероятностей и принципа «все или ничего».

Как было отмечено выше, независимо от принятого в правовом порядке стандарта доказывания существование отправления правосудия и принцип разрешенного спора

(*res iudicata*) предполагают, что суд не может в своем решении установить спорное обстоятельство только в какой-то определенной части или до какой-то известной степени: он либо устанавливает его, либо отвергает¹. Это означает, что спор не может считаться разрешенным, а обстоятельства дела – выясненными, если суд закончит разбирательство, указав, что *Д1* причинил вред с 35% вероятностью, *Д2* – с 30% вероятностью, а *Д3* – с 35% вероятностью. Этот ответ равнозначен отказу в правосудии и признанию бессилия правовой системы, что нарушает право потерпевшего, которому нельзя хотя бы частично вменить сложившуюся неопределенность, на судебную защиту, в т.ч. на установление материально-правовой определенности в отношениях сторон².

В свою очередь, ни один стандарт доказывания не предполагает подмену убежденности относительно существования спорного факта его вероятностью: вероятность выступает только одним из источников формирования убежденности. Если доказательственную вероятность (конкретную убежденность) невозможно сформировать только в связи с упречным поведением альтернативных делинквентов, то потерпевший не может быть поставлен в худшее положение только потому, что рядом с его обязательственной связью с фактическим делинквентом стоят другие лица, своим поведением запутавшие ситуацию. Действительно, если убрать из казуса с охотниками *Д1* или *Д2*, то дело станет ясным и потерпевшему не придется принимать на свой счет дополнительные процессуальные издержки и риск банкротства еще одного лица (или нескольких лиц) и ограниченную ответственность фактического делинквента.

Так, в европейской литературе, отвергнувшей американское решение о пропорциональной ответственности производителей *DES* по доле занимаемого

¹ См. выше § 1 главы 1 настоящей работы.

² Если ситуацию альтернативной каузальности хотя бы частично можно вменить сфере ответственности потерпевшего, то положение меняется: право на судебную защиту и окончательное разрешение спора в смысле достоверного установления фактической причины вреда оказывается невозможным реализовать в том числе в связи с упречным поведением самого потерпевшего, и модель пропорциональной ответственности становится допустимой. См. подробнее ниже § 4 настоящей главы.

ими рынка, отмечалось следующее¹. Во-первых, доленая ответственность должников увеличивала процессуальные издержки истцов и усложняла для потерпевших как взыскателей исполнительное производство, которое нужно было вести отдельно против каждого ответчика, в отличие от модели солидарной ответственности, где можно взыскать всю сумму с любого (как правило, наиболее состоятельного) должника. Во-вторых, доленая ответственность означала перенесение на потерпевшего рисков банкротства и ликвидации также тех ответчиков – потенциальных причинителей вреда, которых истцу все же удавалось привлечь к суду, что с учетом массовости коллективных исков по поводу препарата *DES* в то время становилось достаточно серьезным риском.

Таким образом, пропорциональная ответственность влечет за собой значительные процессуальные искажения в части целей и задач правосудия и принципов познавательной деятельности суда, а также материально-правовые искажения правовой системы в части деформации принципа относительности обязательственных правоотношений и самой структуры обязательственных связей в деликте. Критикуя баланс вероятностей и принцип «все или ничего» за их жесткое отсечение недостаточно доказанных исков и полное удовлетворение требований, доказанных не полностью, сторонники пропорциональной ответственности открывают ворота для практически не ограниченных спекуляций на вероятности, позволяя потерпевшему взыскивать различные суммы возмещения с любых лиц, которых хотя бы с какой-нибудь вероятностью можно связать с наступившими негативными последствиями. И в этом месте обсуждаемая модель делает порочный круг в аргументации, который заслуживает отдельного пункта критического анализа.

3. Критика пороговых вероятностных значений и последующее возвращение к ним представляют собой порочный круг в аргументации.

Оппоненты принципа «все или ничего» баланса вероятностей указывают на

¹ См. подробнее: van Dam C. Op. cit. P. 332–333.

то, что его применение приводит к диаметрально противоположным результатам, зависящим от самых незначительных колебаний вероятности наличия причинной связи: получается, что при вероятности 49% делинквент полностью освобождается от ответственности, а при вероятности 51% – возмещает вред в полном объеме. Столь несущественная разница в вероятности неспособна объяснить абсолютно полярные решения¹.

Между тем описание баланса вероятностей через обозначение «>50%» представляет собой не более чем аналитическую модель, и в реальной судебной практике, разумеется, суды не устанавливают степень доказанности каждого довода в процентном выражении, тем более с точностью до 1%. Приведенное выше обобщение стандартов доказывания причинно-следственной связи в развитых зарубежных правовых порядках² показывает, что тезис о достаточности 51% не подтверждается на практике, и на деле речь идет, как минимум, о 60% доказательственной вероятности (насколько возможно корректно перевести суждения судов на математический язык). Но и безотносительно такого важного наблюдения необходимо отметить, что принятие решений на основании колеблющейся доказательственной вероятности не представляет собой настолько недопустимой уступки случайности, как это пытаются подать некоторые авторы. Можно привести немало примеров, когда для конечных выводов суда какое-нибудь доказательство, не самое сильное само по себе, в совокупности с остальным корпусом доказательств приобретает решающее значение. Без признания допустимым принятия решений на основании простого большинства (наличия 51% его сторонников) были бы невозможны избирательные системы многих стран, а также нормальное функционирование органов управления корпораций в частном праве³. Доказательства в этом смысле

¹ См. подробнее: Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 589; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 148, со ссылками на литературу.

² См. выше § 1 главы 1 настоящей работы.

³ Для опровержения этой аналогии необходима убедительная критика как такового принципа большинства в частном и публичном праве в контексте его соотношения с принципом автономии воли. Рассмотрение этого вопроса вышло бы далеко за рамки настоящей работы, однако в отсутствие господствующего мнения противников принципа большинства мы полагаем данную аналогию уместной иллюстрацией сопоставимого

выступают такими же «сторонниками» положительного или отрицательного вывода относительно причинной связи в конкретном деле.

Отвергая баланс вероятностей и критикуя его за произвольность и несправедливость установленного порога доказательственной вероятности (конкретной убежденности) «>50%», апологеты пропорциональной ответственности тем не менее признают, что последовательное проведение идеи определения размера возмещения, пропорционального вероятности причинения вреда, откроет дорогу для самых волонтаристских исков, собирающих по 1% с каждого потенциального делинквента¹.

Но и добросовестным потерпевшим от этой модели не легче. Вспомним важный аргумент европейской литературы против американского решения о пропорциональной ответственности в доле занимаемого рынка: чтобы получить возмещение в полном, 100% объеме, потерпевшему требовалось привлечь к суду в качестве ответчиков *все* компании, вместе занимавшие в прошлом 100% рынка вредоносного лекарства, что с учетом различных обстоятельств (прошествие времени, затраты на исследование рынка в конкретном временном промежутке, банкротство и ликвидация тех или иных производителей и т.д.) было объективно невозможно. То есть, потерпевший редко мог получить возмещение в 100% размере от положенной ему суммы, поскольку собрать перед судом весь рынок на определенную историческую дату ему не удавалось.

Эта двусторонняя опасность возвращает апологетов пропорциональной ответственности к установлению пороговых значений, то есть опять заводит их на поле баланса вероятностей, только теперь явно искаженного в пользу альтернативных делинквентов. Признается возможным пренебрегать спекулятивными исками в случае некоторой минимальной вероятности причинения вреда. И наоборот, если вероятность причинения вреда $D1$ равняется, например, 98%, то оставшимися 2%, относимыми на $D2$, предлагается

механизма принятия решений.

¹ См., например: Spier J. Causation / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 57–59.

пренебречь и взыскать 100% с ДИ¹. Оба эти решения соответствуют идее баланса вероятностей, а не модели пропорциональной ответственности.

При этом установление таких порогов приводит скорее к дисбалансу вероятностей: от классического стандарта доказывания остается лишь заимствование общего принципа. Можно возразить, указав, что пропорциональная ответственность, как кажется, во всяком случае позволяет избежать принципа «все или ничего», на котором основан баланс вероятностей. Но в действительности введение *любых* порогов подрывает идею пропорционального возмещения вреда, основанного на вероятности его причинения. Такую уступку нельзя самодостаточно обосновать правилом *de minimis*. Причина этого заключается в том, что пренебрежимый *minimum* в области вероятности может означать существенную денежную сумму в переводе на размер возмещения. Например, при дорогостоящем лечении, измеряющимся шести- или семизначными суммами, даже 1-2% вероятности, подразумевающие, соответственно, 1-2% от общего возмещения, могут стать для потерпевшего серьезным вспоможением.

Таким образом, введение любых порогов изначально противоречит идее пропорциональной ответственности, завязанной на вероятности причинения вреда. Само обоснование этой модели начинается с критики порогов, которыми оперирует баланс вероятностей. Поэтому возвращение этих порогов в искаженном в пользу альтернативных делинквентов виде подрывает самое основание обсуждаемой теории. Даже 1-2% – это тоже вероятность, и, отбрасывая ее, правовая система еще дальше отдалается от корректирующей справедливости и компенсационной цели деликтного права, поскольку освобождает от ответственности, возможно, истинного делинквента, лишает потерпевшего части защиты, а остальной размер возмещения раскладывает на лиц, может быть, в действительности вообще не причастных к причинению вреда. Ввиду того, что последовательное проведение модели пропорциональной

¹ Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 148–149.

ответственности невозможно, под сомнением оказывается самое основание этой теории и, соответственно, ее относительная ценность.

4. Применение модели пропорциональной ответственности ведет к отказу от принципа корректирующей справедливости классического деликтного права без предложения когерентного решения для существующей правовой системы.

В ходе рассмотрения каждого дела при установлении любого спорного обстоятельства суд оказывается перед выбором между риском ложноположительного вывода (признать обстоятельство, которого не было) и риском ложноотрицательного вывода (отвергнуть обстоятельство, которое в действительности было). Обе ошибки эвентуально являются зеркальными противоположностями друг друга в контексте равно существующей опасности погрешить против истины¹.

В образцовом казусе с двумя охотниками размер доказательственной вероятности применительно к *Д1* и *Д2* составляет по 50%, и суд оказывается в ситуации невозможности принятия совершенного решения. Суд может (1) отказать в удовлетворении исковых требований за недоказанностью причинной связи, привлечь *Д1* и *Д2* к (2) пропорциональной или (3) солидарной ответственности. В связи с этим необходимо оценить относительное несовершенство каждого решения применительно к основным принципам деликтного права, в том числе корректирующей справедливости.

1) Полный отказ в иске.

Мы установили, что поведение *П* безупречно – в том смысле, что ему нельзя вменить сложившуюся неопределенность ни в какой части, и его поведение не рассматривается как потенциальная причина вреда. В таком случае отказ в удовлетворении исковых требований означает консервацию ситуации нарушенного равновесия как есть, то есть отнесение на потерпевшего

¹ См. выше § 1 главы 1 настоящей работы.

негативных последствий (несправедливости), испытанных им недобровольно.

2) Долевая ответственность пропорционально вероятности причинения вреда Д1 и Д2 (то есть, по 50% размера возмещения).

Это решение демонстрирует принципиальный отказ от принципа корректирующей справедливости. Попранное равновесие гарантированно умножается в трех направлениях:

1. Привлечение к деликтной ответственности лица, достоверно непричастного к наступившему вреду (только одна пуля сразила *П*);
2. Ограничение ответственности реального делинквента, фактическая легализация его нарушения, как минимум, на 50% негативных последствий причиненного вреда (и чем больше в деле альтернативных делинквентов, тем больший может быть процент легализации противоправной деятельности);
3. Добавление потерпевшему новых процессуальных издержек на ведение дела и исполнительного производства против каждого альтернативного делинквента, а также отнесение на него – и так недобровольного кредитора – риска банкротства всех альтернативных делинквентов.

Крайне важно учитывать, что это решение отрекается от принципа корректирующей справедливости так же окончательно, как и полный отказ в иске. Правопорядок открыто соглашается на привлечение к ответственности достоверно непричастного лица (или нескольких лиц) и не оставляет никакого шанса на восстановление попрачного равновесия, кроме экстраординарного процессуального механизма пересмотра дела по новым или вновь открывшимся обстоятельствам.

3) Солидарная ответственность Д1 и Д2.

Некоторые авторы полагают, что, за исключением распределения риска банкротства должников, разница между солидаритетом и пропорциональной ответственностью, завязанной на вероятности причинения вреда, составляет, по сути, один шаг, который заключается в полном удовлетворении кем-либо

требований потерпевшего¹. После этого, что в солидаритете, что в рамках пропорциональной ответственности, выравнивание определяется идентичными правилами. Между тем, даже оставляя в стороне институт пропорционального ручательства, значительно отличающий внутренние отношения солидарных должников от отношений пропорционально ответственных делинквентов², мы должны заметить, что между двумя моделями существуют серьезные фундаментальные различия с точки зрения принципа корректирующей справедливости. Последний также нарушается в рамках модели солидаритета, но только в одном направлении из трех перечисленных – в контексте риска привлечения к ответственности заведомо непричастного лица. Но и в этом первом направлении остается возможность для полного восстановления попоранного равновесия в связи со следующим.

Во-первых, только принятие риска ложноположительной ошибки дает правопорядку определенный шанс достигнуть цели корректирующей справедливости, в отличие от полного бездействия (которое во всяком случае не предоставляет такой возможности, сохраняя нарушение в том виде, как оно есть) и пропорциональной ответственности (которая частично легализует противоправное поведение фактического делинквента, ограничивая его ответственность).

Во-вторых, в случае солидаритета дальнейшее развитие событий может быть различным: например, потерпевший взыщет сумму полного возмещения с реального делинквента, не обращаясь к фактически непричастным ответчикам; в ходе внутреннего выравнивания между альтернативными делинквентами

¹ Gilead I., Green M.D., Koch B.A. General Report. Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report / Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives / Tort and Insurance Law. Vol. 33. Ed. by I. Gilead, M.D. Green, B.A. Koch. Berlin / Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2013. P. 4; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 144–145; Young R., Faure M., Fenn P. Op. cit. P. 115–116.

² См., например, пп. 2 п. 2 ст. 325 ГК РФ, согласно которому, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками, неуплаченное одним из солидарных должников должнику, исполнившему солидарную обязанность, падает в равной доле на этого должника и на остальных должников. В отличие от данного правила, модель пропорциональной ответственности предполагает установление нескольких отдельных обязательств альтернативных делинквентов без внутренних отношений между ними по поводу долгов друг друга.

могут быть представлены новые убеждающие доказательства причинной связи, так что выравнивание или не понадобится, или позволит непричастным ответчикам взыскать уплаченное с фактического делинквента; непричастный ответчик может стать банкротом, и весь долг будет взыскан с фактического делинквента, и т.д.

Что касается второго и третьего направлений нарушения корректирующей справедливости, которые допускает пропорциональная ответственность, то при солидаритете эти направления не возникают: ответственность фактического делинквента перед потерпевшим не ограничивается; риск банкротства остальных ответчиков уравнивается *полной* ответственностью *каждого* альтернативного делинквента перед потерпевшим; несение дополнительных процессуальных издержек может не потребоваться в случае взыскания всей суммы долга с наиболее платежеспособного альтернативного делинквента.

Таким образом, все три возможные решения образцового казуса по-своему несправедливы, но очень важно, что модель пропорциональной ответственности прямо и окончательно отрекается от корректирующей справедливости на материально-правовом уровне отношений «потерпевший – делинквент», только умножая поправное равновесие в мире, в то время как солидаритет в этой ценностной парадигме оказывается наименее несправедливым решением, которое сохраняет возможность полного восстановления корректирующей справедливости как на уровне внешних отношений с потерпевшим, так и впоследствии в ходе внутреннего выравнивания альтернативных делинквентов.

5. Расчет конечного (после завершения всех судебных процессов) выравнивания во внешних и внутренних отношениях участников массовых деликтов с множественностью альтернативных потерпевших и альтернативных делинквентов, стремящийся восстановить поправное равновесие, является искусственным и недостижимым.

Несмотря на то, что в конкретном деле применение пропорциональной

ответственности не способно достичь цели корректирующей справедливости, в литературе не без оснований утверждается, что совокупный результат всех судебных процессов всех потерпевших против всех альтернативных делинквентов при определенном методе расчета доли ответственности может достигнуть цели корректирующей справедливости¹.

Этот аргумент вырастает из американского решения в пользу пропорциональной ответственности в *DES*-деле. Предположим, что в результате применения вредоносного препарата выявлено 10 000 случаев рака, причем каждый такой случай причиняет \$ 1 000 вреда. *DI* имел долю на рынке 30%. Можно предположить, что при указанной доле на рынке *DI* ответственен за 30% заражений, то есть за 3 000 случаев рака. Если так, то на долю *DI* должно приходиться в совокупности \$ 3 000 000 возмещения. Если каждый потерпевший отсудит у *DI* 30% причиненного вреда, то мы получим ту же сумму: $1\,000 \times 0.3 \times 10\,000 = \$\,3\,000\,000$.

Впрочем, изложенное построение, как и всякая экономическая модель, не лишена предположений, навлекающих подозрения в своей искусственности и рафинированности. Мы должны обозначить, как минимум, три таких оспоримых предположения:

1) Принципиально опровержимо предположение о том, что каждый случай наступившего вреда (например, заболевания раком) причиняет одинаковые негативные последствия, имеющие одинаковую денежную оценку: \$ 1000 за образец – слишком большая условность, не учитывающая обстоятельства конкретного дела и индивидуальные особенности каждого потерпевшего, заслуживающие защиты. Как имущественный, так и неимущественный вред могут очень сильно различаться в различных делах.

2) Доля на рынке необязательно соответствует доле выявленных заражений в общем числе случаев: для подтверждения высказанной гипотезы необходимо

¹ См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 165–166; Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 642. См. также в российской литературе: Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 128–129.

установить, что относительный размер предложения данного препарата на рынке соответствует относительному спросу на него в общем объеме потребления соответствующего лекарства. Это предположение опускает влияние таких факторов, как цена (препарат, имеющий меньшую долю на рынке, может иметь меньшую цену, в связи с чем пользоваться более высоким спросом, чем шире представленный на рынке конкурент, простаивающий на аптечных полках из-за своей более высокой цены), локальная доступность (препарат, в абсолютном выражении имеющий наибольшую долю на рынке, может быть неравномерно представлен на нем: например, превалирующая доля на рынке может возникнуть за счет лучшей представленности в городах, чем в сельской местности, но при этом в сельской местности потенциальных потребителей препарата может быть больше, чем в городах, из-за различных показателей рождаемости (*DES* принимали беременные женщины), при этом в сельской местности представлен другой препарат, глобально имеющий меньшую долю на рынке) и других обстоятельств.

3) Наконец, для того чтобы представленные формулы соединились в верное уравнение, необходимо, чтобы действительно *каждый* потерпевший успешно отсудил за причиненный вред с *каждым* альтернативным делинквентом, что включает в себя не только собирание доказательств и ведение судебного процесса против каждого возможного ответчика, но также доведение судебного акта до вступления в законную силу и успешное исполнительное производство. Представляется, что такое предположение слишком идеально и не выдерживает проверки жизнью. В том числе по этой причине мы не можем согласиться с тезисом отдельных авторов, которые полагают, что, за исключением риска банкротства, обычно не имеет большого значения, является ответственность пропорциональной или солидарной, поскольку последствием возмещения вреда одним из солидарных должников является отношение выравнивания, которое должно привести к тому, что каждый альтернативный делинквент в конце

концов заплатит столько же, сколько и при пропорциональной ответственности¹. С точки зрения чистой арифметики это утверждение верно, но мы все же полагаем невозможным пренебрегать весьма значительными процессуальными различиями, которые несет в себе выбор той или другой модели ответственности, не говоря уже о материально-правовых различиях между ними, которые анализируются в настоящей работе.

Заметим, что, по-видимому, максимально приблизиться к выполнению обсуждаемой формулы достижения корректирующей справедливости правопорядок может, если в нем широко распространены групповые иски (*class action*). В этом смысле неудивительно, что пропорциональная ответственность в *DES*-делах относительно распространение получила именно в США – правопорядке, где институт групповых исков уже очень давно процветает на благодатной для юристов почве. В отсутствие широкого развития групповых исков на потерпевшего в случае пропорциональной ответственности ложатся весьма серьезные процессуальные издержки, нести которые в ситуации причиненного вреда может быть особенно проблематично.

При этом необходимо отметить, что модель пропорциональной ответственности, основанная на занимаемой доле на рынке, даже в США не получила широкого распространения за пределами *DES*-дел. Судебная практика единогласно признала, что эта модель во всяком случае неприменима к ситуациям, когда риски, порождаемые несколькими альтернативными делинквентами, лишены необходимого качества однородности². В *DES*-делах было установлено, что различные препараты ответчиков порождали примерно одинаковый риск причинения вреда. То есть, создаваемые ими риски были *принципиально взаимозаменяемы*. Это условие – взаимозаменяемость (*fungibility*) – было признано обязательной предпосылкой для применения

¹ Gilead I., Green M.D., Koch B.A. General Report. Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report / Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives / Tort and Insurance Law. Vol. 33. Ed. by I. Gilead, M.D. Green, B.A. Koch. P. 4; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 144–145; Young R., Faure M., Fenn P. Op. cit. P. 115–116.

² Steel S. Op. cit. P. 167. См. подробнее ниже § 3 настоящей главы.

доктрины пропорциональной ответственности, соразмерной занимаемой доле на рынке. Иной подход, игнорирующий это требование, лишает поведение ответчиков необходимой сопоставимости, которая выступает хрупкой основой для увязывания размера вредоносного эффекта поведения конкретного ответчика с той долей, которую он занимает на рынке. Поэтому применение доктрины *market share liability* было отвергнуто судами США, в частности, в асбестовых делах, делах о заражении через переливание крови, а также в процессах по поводу лакокрасочной продукции, содержащей свинец¹. Во всех этих спорах потерпевшие подвергались негативному влиянию неоднородных факторов разной степени вредоносности, что лишало обсуждаемую модель пропорциональной ответственности устойчивого основания.

Таким образом, предлагаемый в системе пропорциональной ответственности валовой расчет конечного выравнивания отношений между потерпевшими и альтернативными делинквентами, в идеале достигающий цели корректирующей справедливости, представляется искусственным и на практике недостижимым, а модель ответственности в *DES*-делах, которую обычно приводят в пример этих вычислений, является маргинальным прецедентом, которому в итоге не последовали суды не только в Европе, но и на его родине в США².

6. Опасность редукции развитой системы деликтной ответственности к примитивному правилу «грех пополам».

Безусловно, модель пропорциональной ответственности, завязанной на вероятности причинения вреда, и особенно его квалифицированная разновидность, ориентирующая на долю рынка, может показаться необычным и по-своему изящным решением – иначе сложно объяснить ее возрождение в современной российской литературе вопреки устойчивому и осознанному отвержению этой теории во многих развитых зарубежных правовых порядках.

¹ Ibid.

² См. подробнее со ссылками на литературу выше в настоящем параграфе, а также далее § 3 настоящей главы.

Однако базовую интуицию модели пропорциональной ответственности можно обнаружить еще раньше, в народных обычаях и первичных представлениях о справедливости.

Известный дореволюционный цивилист С.В. Пахман запечатлел живописную картину народного юридического быта в своем монументальном труде «Обычное гражданское право в России» (1877–1879 гг.). Одним из сюжетов этого полотна является правило «грех пополам», которое заключалось в том, что вред и убытки («грех») раскладывались между сторонами поровну с тем, «чтобы обида меньше была» или «чтобы обеим сторонам не так обидно было»¹. Автор называет правило «грех пополам» «самым обыкновенным и весьма распространенным основанием разрешения сомнительных случаев» и «одним из самых излюбленных средств правосудия в нашем народном быту»². Действительно, представленный в книге эмпирический материал демонстрирует, что сфера применения этого обычая, по крайней мере, выходит далеко за пределы рассматриваемой в настоящей работе проблематики. Для нашего исследования примечательно, что этот принцип активно применялся:

(1) в ситуациях неумышленного (неосторожного и даже случайного, «по совершенной непредвиденности») причинения вреда³;

(2) в случаях смешанной вины, «когда обе стороны окажутся виновными в причинении ущерба», в том числе при нарушении потерпевшим обязанности принять разумные меры по уменьшению собственного вреда, «когда истец мог отвратить убыток, да не отвратил»⁴.

Уже из этого описания можно сделать вывод, что принцип «грех пополам» представляет собой важный отпечаток интуитивных народных представлений о справедливости, влияние которых на современную юриспруденцию по-

¹ Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки С.В. Пахмана, заслуж. профессора С.-Петербургского университета. Том 1. Собственность, обязательства и средства судебного охранения. СПб, 1877. С. 429, 433–434.

² Там же. С. 427–428.

³ Там же. С. 432–435.

⁴ Там же. С. 435–437.

прежнему велико¹.

Но наиболее популярная группа случаев, в которых применялся принцип «грех пополам» – это дела, «в которых вообще представляется отсутствие или недостаточность доказательств²». С.В. Пахман метко определил сущностный признак этих споров, говоря, что «при недостаточности доказательств или улик судьи охотно пользуются правилом «грех пополам», если по обстоятельствам дела есть *вероятие* (курсив автора – М.Л.), что иск не лишен основания, или по крайней мере нет возможности вполне отвергнуть и заявлений ответчика³». Таким образом, уже С.В. Пахман тонко почувствовал вероятностную основу, на которой покоится применение этого правила – в противоположность *убеждению*, с которым суд приходит к выводу о наличии или отсутствии тех или иных фактов.

С.В. Пахман снисходительно и с пониманием относился к принципу «грех пополам»: «...Везде на любой ступени общественного развития, и даже независимо от судебной сферы, весьма обыкновенное явление разрешать сомнительные случаи разделом, уступкою, компромиссом и т.п. *Тем более такое средство свойственно той ступени быта, к которой еще не привились строгие формальные начала правосудия* (курсив мой – М.Л.)⁴». Более строгую оценку этому принципу дал И.А. Покровский, назвав правило «грех пополам» «продуктом юридической беспомощности нашего крестьянства»⁵. Глубокий анахронизм правила «грех пополам» хорошо иллюстрирует то обстоятельство, что С.В. Пахман в своем изложении поместил данный принцип в п. V гл. VII т. I: этот пункт озаглавлен как «Особые основания для решения дел» и наряду с «грехом пополам» объединяет такие инструменты, как божба⁶ и жребий.

¹ Так, в первой обозначенной группе случаев читаются дифференциация ответственности делинквента по степени его вины, а также принцип предвидимости вреда и убытков; вторая группа случаев сегодня обсуждается в категориях смешанной вины и митигации.

² Пахман С.В. Указ. соч. С. 430.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 429. См. подробный историко-сравнительный анализ: Тимофеев П.Г. «Грех-пополам» в русском обычном и иностранном праве // Вестник права. 1903. Кн. 1. Январь. С. 1–60.

⁵ Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. С. 23.

⁶ Божба представляла собой форму присяги по взаимному согласию, когда одна сторона позволяла другой

При этом С.В. Пахман столь же точно выделил из материалов судебной практики самую суть принципа «грех пополам», которая заключается вовсе не в возмещении вреда – достижении цели гражданской ответственности, а в том, «чтобы обида меньше была» или «чтобы обеим сторонам не так обидно было»¹.

Предпосылки для применения правила «грех пополам» напоминают описание современных условий применения пропорциональной ответственности сообразно вероятности причинения вреда: «Что касается самых случаев, в которых волостными судами применяется это начало, то общая их черта заключается, с одной стороны, в том, что самый иск не признается лишенным всякого основания или преувеличенным, а с другой стороны в том, что обстоятельства, на которых он основан, не настолько вески или ясны, чтобы из них можно было бы сделать вывод о полной ответственности лица, против которого направлено судебное притязание; одним словом: фактическая обстановка дела такова, что было бы несправедливо разрешить его исключительно в пользу той или другой стороны²».

Безусловно, подозрение в воскрешении примитивных архаичных подходов само по себе не может считаться в строгом смысле аргументом *ad rem* против пропорциональной ответственности. Эта модель действительно представляет большой интерес и заслуживает самого внимательного анализа. Однако стоит задуматься о том, почему эволюционное развитие правовой системы преодолело правило «грех пополам» и отказалось от него – прежде чем возвращаться к данному подходу, которому в конечном итоге не нужны ни гибкие процессуальные правила, ни развитые материально-правовые конструкции.

По существу, пропорциональная ответственность смешивает *размер вреда с вероятностью его причинения*. Ее единственное основание лежит в чисто

«побожиться», то есть поклясться богом, в судебном процессе. На практике применялась редко, поскольку соглашения о божбе достигнуть не удавалось. В исключительных случаях божба применялась без соглашения сторон как крайнее средство разрешения спора в отсутствие других доказательств. См. подробнее: Пахман С.В. Указ. соч. С. 422–426.

¹ Там же. С. 429, 433–434.

² Там же. С. 429.

интуитивном представлении о том, что в ситуации неопределенности несправедливо принуждать ответчика к полному возмещению, как и оставлять потерпевшего совсем без защиты¹. Тогда справедливым решением видится присуждение возмещения, пропорционального вероятности причинения вреда. Между тем данная модель не выдерживает аналитическую проверку на соответствие современным целям и принципам деликтной ответственности и юрисдикционной деятельности, а также глубоко нарушает принцип корректирующей справедливости. «Справедливость» пропорциональной ответственности покоится где-то в глубинах первичных и примитивных народных интуиций о справедливом разрешении запутанного дела, соответствуя скорее представлениям, господствующим в обществах до разработанной юридизации социальных отношений и юрисдикционной деятельности, а также обыденному правопониманию некоторой части людей, не имеющих юридического образования и мыслящих неюридическим языком. Изложенное, разумеется, не препятствует защищать пропорциональную ответственность в том числе великим современным цивилистам, поскольку ее основа, хотя и представляется несколько примитивной и редуционистской, остается общечеловеческой и в этом смысле может давать волю интуициям и эмоциям, лежащим в сознании где-то до оформления представлений о современной правовой системе вообще и праве ответственности в частности. Основная проблема принципа «грех пополам», а вместе с ним и модели пропорциональной ответственности, заключается в том, что такое решение, пытаясь угодить всем, на самом деле не удовлетворяет полностью никого. Оно во всяком случае сознательно отвергает принцип корректирующей справедливости, не оставляя правопорядку шанса на восстановление попоранного равновесия.

¹ См. у Ф. Быдлински в изложении Х. Коциоля: «Экономическое существование лица может быть разрушено не только причиненным ему вредом, но и всеобъемлющими обязанностями возмещения вреда, и в этом часто есть доля случайности» (Коциоль Х. Гибкая система – золотая середина в законодательстве и доктрине. С. 265).

7. Пропорциональная ответственность ставит эвентуально не разрешимую de lege lata проблему обоснования упрямоченности конкретного потерпевшего на получение возмещения вреда от альтернативных делинквентов и ограничения ответственности каждого из них в правоотношении с потерпевшим.

Помещенная в рамки классического деликтного права, модель пропорциональной ответственности неспособна объяснить, за что альтернативные делинквенты платят потерпевшему, почему они платят потерпевшему в таком размере и почему вообще они платят потерпевшему, а не любому другому лицу или обществу, которое они поставили под угрозу причинения вреда своим поведением.

Установление солидарной ответственности нередко рассматривают инструментально: как предоставление потерпевшему известного обеспечения, раскладывающего риск банкротства альтернативных делинквентов на них самих и гарантирующего потерпевшему максимальную защиту. Но и модель пропорциональной ответственности также дает потерпевшему определенное преимущество в случае банкротства одного из ответчиков: в ситуации один на один с несостоятельным фактическим делинквентом истец бы не получил вообще ничего, а в конструкции пропорциональной ответственности у него в должниках появляются дополнительные имущественные массы, пусть и с ограниченной ответственностью.

С инструментальной точки зрения отнесение при солидаритете риска банкротства одного ответчика на остальных даже в ситуации «один против двоих», как в образцовом казусе про охотников, может показаться несправедливой привилегией для истца: если вероятность причинения вреда каждым ответчиком равна 50%, то относительная несправедливость вменения риска банкротства одного ответчика как другому ответчику, так и потерпевшему одинаково равна 50%. Требуется дополнительное обоснование, почему правовая система в равной ситуации предпочитает еще больше защитить истца и,

соответственно, еще больше обременить ответчика, притом, что невозможно установить на общегражданском стандарте доказывания причинную связь между его поведением и наступившим вредом.

Модель солидарной ответственности может показаться совсем сомнительным решением в ситуациях с неодинаковыми вероятностями причинения вреда каждым из альтернативных делинквентов или одинаковыми вероятностями, но в отношении более чем двух альтернативных делинквентов. Например, в деле участвуют четыре ответчика: вероятности в отношении каждого, соответственно – 20% (*Д1*), 25% (*Д2*), 30% (*Д3*) и 25% (*Д4*). *Д3* с его 30% – банкрот. Возложение риска банкротства *Д3* на истца в модели пропорциональной ответственности приводит к относительной несправедливости для истца в размере 30% (он рискует не получить 30% возмещения, что приравнивается к вероятности того, что вред причинил кто-то не из группы *Д1*, *Д2* и *Д4*). В то же время в модели солидаритета разложение риска банкротства *Д3* на остальных альтернативных делинквентов приводит к относительной несправедливости для каждого из них в размере, соответственно, 80%, 75% и 75% (вероятность того, что *Д1*, *Д2* и *Д4* возмещают чужой вред).

Разумеется, нужно учитывать свойственное внутренним отношениям солидарных должников пропорциональное ручательство, а именно что 30% возмещения, приходящиеся на несостоятельного должника, будут разложены на остальных ответчиков также пропорционально. Однако в процентном выражении относительной несправедливости вменение каждому ответчику обязанности по выплате возмещения хотя бы на один рубль большего, чем вероятность причинения вреда этим ответчиком, приводит именно к тому, что *Д1*, *Д2* и *Д4* начинают платить возмещение вреда, в отношении которого существует 80%, 75% и 75% вероятность того, что его причинил кто-то другой. Таким образом, расчет относительной несправедливости и инструментальный подход к солидаритету как механизму перераспределения риска банкротства нескольких должников приводят к предпочтению модели пропорциональной

ответственности.

Этот вывод, впрочем, неудивителен, учитывая инструментальный характер самой пропорциональной ответственности, разработанной в том числе с целью преодоления относительной несправедливости солидаритета и принципа «все или ничего». Но не столь разработанным остается гражданско-правовое содержание пропорциональной ответственности: за что в частноправовом смысле уплачивается пропорциональное возмещение? Если за причиненный вред, то возникают два вопроса:

1) Почему вред причинен одним лицом, а обязательство по его возмещению делится на нескольких лиц? Если одно лицо возмещает причиненный вред, то второе лицо платит за что-то другое, потому что весь вред причинил кто-то один.

2) Если основанием ответственности является причиненный фактическим делинквентом вред, то почему тогда никто из ответчиков, включая фактического делинквента, не возмещает вред в полном объеме? Если фактический делинквент платит возмещение меньшее, чем причиненный им вред, то это значит, что или его ответственность ограничена, или он платит не за причиненный вред, а за что-то другое.

И если первый вопрос можно равным образом адресовать модели солидаритета¹, то второй вопрос относится исключительно к пропорциональной ответственности. Получается, что внятное гражданско-правовое основание платежей, осуществляемых альтернативными делинквентами в пользу потерпевшего, отсутствует. За основу для соблюдения принципа равенства берется вероятность причинения вреда каждым альтернативным делинквентом, отражением которой являются критерии вроде занимаемой доли на рынке и им подобные. При этом даже в такой трактовке пропорциональная ответственность не может объяснить, как она ограничивает круг истцов и ответчиков. Если ни про одного из альтернативных делинквентов нельзя с уверенностью сказать, что

¹ Одну из попыток доктрины, обосновывающей модель солидарной ответственности, ответить на него см. ниже в § 3 настоящей главы.

он возмещает причиненный вред, то это означает, что каждый из них платит пропорционально тому риску, который он создает своим потенциально опасным поведением. Но если так, то платить должен вообще каждый неоправданно и повышенно рискующий, даже если он вовсе не причинил никакого вреда – просто пропорционально своей злой воле, не укрываясь за моральной удачей. Такое решение раскрывает несоответствие модели пропорциональной ответственности классическому деликтному праву, предполагающему необходимым основанием возмещения вреда его причинение обязанным лицом. Пропорциональная ответственность и корректирующая справедливость случайно совпадают в моменте уплаты какой-то части возмещения подлинно обязанным лицом, чтобы затем разойтись в противоположных направлениях.

8. Пропорциональная ответственность принципиально не нуждается в фигуре потерпевшего и установлении причинной связи.

Долевая ответственность, пропорциональная вероятности причинения вреда, как нормативный принцип не нуждается ни в фигуре потерпевшего, ни в установлении причинной связи, поскольку представляет собой решение из другой методологии, несовместимой с классическим деликтным правом.

Для иллюстрации данного тезиса необходимо вернуться к казусу с двумя нетрезвыми водителями, которые на огромной скорости проскочили ночной перекресток, но только один из них сбил ребенка. Они оба одинаково рисковали, оба создали повышенную опасность причинения вреда, их поведение одинаково упорно во всем. Но если Д2 всего лишь отделался легким испугом и поехал дальше, то Д1 причинил вред здоровью потерпевшего.

В литературе обсуждается предложение обосновать деликтную ответственность Д2 перед П в *отсутствие причинной связи* – по *принципу распределяющей справедливости*¹. Д1 и Д2 в рассматриваемой ситуации создали примерно одинаковый риск причинения вреда, то есть, говоря бытовым языком,

¹ См. подробное описание дискуссии: Steel S. Op. cit. P. 111ff.

они одинаково «виноваты». Действительно, судьбы участвующих в рассматриваемом казусе лиц разделили несколько секунд: задумайся *П* о чем-то на светофоре, начни *Д1* набирать скорость чуть раньше или позже *Д2*, и ситуация могла быть совершенно иной. Вред мог быть причинен *Д2*, а мог быть никем не причинен. Моральная удача приводит к тому, что, несмотря на создание *Д1* и *Д2* своим поведением одинаковой опасности, *Д2* может быть освобожден от ответственности – просто потому, что ему повезло. Но может ли моральная удача решать вопросы вменения, освобождать одного и обязывать другого? Если *Д1* и *Д2* создали одинаковый риск причинения вреда, то не будет ли освобождение одного из них от ответственности нарушать принцип равенства всех перед законом? Как представляется, нет, и основной далее защищаемый тезис состоит в том, что приложение принципов распределяющей справедливости к внешним отношениям альтернативных делинквентов с потерпевшим, которому нельзя вменить сложившуюся неопределенность, в парадигме классического деликтного права невозможно и ведет к произвольным и абсурдным решениям.

Сторонники привлечения *Д2* к ответственности перед *П* на основании распределяющей справедливости используют два фрагмента из Аристотеля: «Поступающий несправедливо уделяет себе из подлежащего делению слишком большую часть, а терпящий несправедливость получает слишком малую часть¹»; и второй фрагмент: «...Отсюда-то и возникают тяжбы и споры, когда равные люди владеют неравным имуществом или неравным уделено равное²». Каждый отрывок необходимо рассмотреть по очереди.

Первое утверждение в современной доктрине развилось в аргумент о том, что лиц, создающих своей деятельностью повышенную опасность для окружающих, нужно привлекать к ответственности уже затем, чтобы лишить их преимуществ и выгод, которые они приобретают благодаря подобному поведению за счет других³. Три довода может быть выдвинуто против этого аргумента.

¹ Аристотель. Указ. соч. С. 161.

² Там же. С. 159.

³ Steel S. Op. cit. P. 113–114. См. также анализ этого аргумента в контексте теорий строгой ответственности выше

Во-первых, неочевидно, насколько лишение лица извлеченной из нарушения выгоды соответствует компенсационной функции деликтного права, которая имеет в виду возмещение вреда потерпевшего, а не изъятие выгод у других¹. Во-вторых, спорно, приобретает ли делинквент некую выгоду именно *за счет потерпевшего*: когда Д2 в отсутствие Д1 просто проскочил перекресток на огромной скорости перед П, то непонятно, на что в этой связи мог или может претендовать П, который только задержал внимание на Д2 на долю секунды, а затем продолжил свое движение. В-третьих, во многих случаях невозможно достоверно установить, какую конкретно выгоду и в каком размере приобретает нарушитель, прежде чем лишить его этой выгоды². В примере с Д2 и П определить эту выгоду нельзя; в других случаях ее может просто не быть.

Рассмотрим теперь второй фрагмент из Аристотеля – о том, что распределяющая справедливость должна бороться с ситуациями, когда «равные люди владеют неравным имуществом или неравным уделено равное». По Аристотелю, справедливое лежит в середине и равномерности (пропорциональности) распределения благ в соответствии с вкладом каждого в общее дело. Середина лежит между двумя полюсами – избытком и недостатком. Но речь не идет о том, чтобы разделить все на всех поровну. Значение распределяющей справедливости у Аристотеля состоит в том, что к равным людям следует применять равный масштаб, а к неравным – неравный. Люди у Аристотеля не равны друг другу в силу большего или меньшего проявления в каждом человеке отдельных добродетелей, поэтому механизм распределения благ можно также обобщить другой его фразой: «Делите по достоинству³».

Возвращаясь к казусу с перекрестком, мы видим, что Д1 и Д2 создают одинаковый риск причинения вреда П и другим людям: это может быть неосторожность, эгоизм, злая воля, но в конечном счете их поведение опасно и,

в § 4 главы 1 настоящей работы.

¹ См. подробнее там же в § 4 главы 1 настоящей работы.

² Steel S. Op. cit. P. 113.

³ Аристотель. Указ. соч. С. 159.

что важно, взаимно сопоставимо по опасности. Таким образом, в парадигме распределяющей справедливости *Д1* и *Д2* заслуживают к себе одинакового (равного) отношения правопорядка. Однако важно обратить внимание, что дистрибутивный дискурс абстрагируется от фигуры потерпевшего и рассматривает ситуацию с позиции осуждающих *Д1* и *Д2* наблюдателей. При таком подходе обоих нарушителей можно привлекать к ответственности вообще в отсутствие *П*: двое пронеслись по пустому перекрестку – создали повышенную опасность причинения вреда неопределенному кругу лиц. Изложенное уже обосновывает ответственность, и конкретный потерпевший становится не нужен. Такой подход может найти себе применение в публичном, главным образом уголовном, праве, которое много внимания уделяет превенции и обузданию злой воли нарушителя. Уголовному праву известны конструкции, не требующие доказывания конкретного вреда в качестве необходимого условия ответственности. Во-первых, это т.н. формальные составы преступлений, которые, хотя и предполагают какой-то вред, не требуют его доказывания¹. Во-вторых, это ответственность за неоконченные преступления (покушение и приготовление). Одним из сложных вопросов уголовно-правовой теории считается допустимость ответственности за покушение на преступление, совершаемое без умысла, но по неосторожности (легкомыслию или небрежности)². Примечательно, что даже уголовное право, которое не ставит удовлетворение потерпевшего единственной целью ответственности, согласно господствующему взгляду, не привлекает к ответственности за неосторожные

¹ Дискуссия уголовной доктрины вокруг категории формальных составов показывает принципиально иное измерение вреда в уголовном праве: вред воспринимается как явление, дезорганизующее некие макро-уровневые общественные отношения. Данное восприятие вреда обусловлено неотъемлемой характеристикой всякого преступления как общественно опасного деяния. См. подробнее: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М., 2014. С. 214–218 (автор главы – Н.Ф. Кузнецова), 249–257 (автор параграфа – Н.Ф. Кузнецова).

² «Уголовно-правовое значение имеют стадии лишь умышленного преступления. Ответственность за неосторожность наступает только при наличии, как правило, тяжкого вреда здоровью человека, смерти или крупного материального ущерба. В таких преступлениях значимыми с уголовно-правовой точки зрения являются лишь последствия, а деяние представляет собой либо иное правонарушение (административное, гражданско-правовое, дисциплинарное), либо аморальный поступок. При наступлении указанных последствий преступление окончено. При их ненаступлении имеет место иное правонарушение или аморальное поведение, а не покушение на неосторожное преступление» (Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник для вузов. С. 358–367 (автор главы – Н.Е. Крылова)).

покушения. То есть, отсутствие факта причинения вреда охраняемому правовому благу остается важным фактором даже для отрасли, в которой принцип распределяющей справедливости имеет основополагающее значение.

Тем более ясно, что описываемому подходу наказания злой воли *per se* нет самостоятельного места в частном праве, поскольку, даже признавая в качестве одной из (побочных) функций деликтного права устрашение (превенцию), компенсация тем не менее выводится на первый план. В этом смысле, поскольку обоснование ответственности *Д2* в принципе не требует фигуры потерпевшего (достаточно создания конкретной угрозы или повышенного риска причинения вреда), то к ответственности перед *П* можно привлечь кого угодно, удовлетворяющего этому критерию – например, водителя, с еще большей скоростью в таком же пьяном виде мчащего по соседнему перекрестку. И наоборот: *Д2* можно привлечь к ответственности не перед *П*, а перед другим потерпевшим на соседней улице, который, может быть, пострадал от чего-нибудь еще больше, чем *П*.

Последнее утверждение влечет дополнительный вопрос: почему с точки зрения распределяющей справедливости именно *П* заслуживает компенсации за счет *Д2* раньше всех остальных, возможно, пострадавших сильнее и более нуждающихся? Распределяющая справедливость, как можно заметить из социальной политики государства, стремится удовлетворить в первую очередь наиболее уязвимые группы населения (по Аристотелю – равные по добродетелям, но неравные по объему распределяемых им материальных благ). Не может вызывать возражений, когда определенные группы лиц, своей деятельностью подвергающие окружающих повышенному риску причинения вреда, принуждаются к уплате штрафов и иных платежей в пользу публичных фондов, перераспределяющих материальные блага согласно принципу распределяющей справедливости. Главным таким фондом располагает государство. В качестве примера можно привести штрафы за превышение допустимого воздействия на окружающую среду, которые уплачивают

промышленные компании и которые государство направляет в том числе на проведение мероприятий по ее охране и восстановлению¹. Но локализация распределяющей справедливости на каком-то отдельном казусе в отсутствие убедительного обоснования выделения определенной группы субъектов, внутри которой подлежат разложению негативные последствия причиненного вреда, оказывается случайной и противоречит первичной цели распределения и перераспределения материальных благ в обществе².

Например, в образцовом казусе с двумя охотниками и непричастным потерпевшим группа распределяющей справедливости локализуется по критерию создания конкретной угрозы (повышенного риска) причинения потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил. В отличие от случая с перекрестком, невозможность установления фактической причинной связи препятствует *Д1* и *Д2* сослаться на моральную удачу (и освобождение от ответственности) вопреки своему упречному поведению. В свою очередь, непричастность потерпевшего, которому нельзя хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части вменить возникшую ситуацию причинения вреда, не позволяет включить его в группу альтернативных делинквентов, внутри которой вредоносные последствия подлежат разложению пропорционально вероятности причинения вреда, относительной упречности поведения или иному «мерилу достоинства». Это соображение обосновывает солидарную ответственность альтернативных делинквентов во внешних отношениях с потерпевшим и пропорциональное разложение суммы возмещенного вреда между альтернативными делинквентами во внутреннем отношении выравнивания³.

Таким образом, локализация отношения распределяющей справедливости

¹ См. о состоянии регулирования этой области в России в контексте дуализма публично-правовых платежей (сборов) и гражданско-правовой ответственности: Шварц М.З., Володарский Д.Б. Принцип «загрязнитель платит» и юридическая ответственность хозяйствующих субъектов за неизбежный экологический вред. По мотивам Определения Конституционного Суда РФ от 13.05.2019 № 1197-О // Закон. 2019. № 9. С. 100–121.

² См. в том же ключе: Steel S. Op. cit. P. 113–114.

³ См. также далее § 4 настоящей главы.

внутри определенной группы принципиально допустима, но требует концептуального обоснования и формализованных критериев ее выделения из остального общества¹. Привлечение лица к деликтной ответственности перед конкретным потерпевшим за упречный образ действий *per se* невозможно, поскольку возникает необъяснимая проблема перекрестка: множества потерпевших, в разной степени нуждающихся, и множества водителей, ежедневно нарушающих правила дорожного движения. В отсутствие строгих критериев выделения группы локализации распределяющей справедливости деликтное право, вооруженное пропорциональной ответственностью, становится негодным инструментом достижения сиюминутных политических целей, которые по тем или иным причинам не могут быть реализованы с помощью более адекватных публично-правовых механизмов. Неудовлетворительность описанного подхода, таким образом, происходит оттого, что его сторонники перемещают деликтное право в сферу публичной политики: разработанные для других целей и задуманные как политически нейтральные, классические правовые механизмы в утилитаристском приложении дают сбой и предлагают крайне спорные и произвольные решения².

¹ Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 62–63, 85–86.

² Развернутую аргументацию против тезиса о политическом нейтралитете деликтного права и оправданности сохранения за ним этого статуса см., например, у Нильса Янсена, который утверждает, что последствия применения различных механизмов и подходов деликтного права уже давно оказывают большое влияние на господствующее понимание в обществе таких глобальных мета-правовых категорий, как индивидуальная свобода и ответственность личности. Автор преодолевает догматическую юриспруденцию XIX в. и через анализ трансформации, которую испытало на себе (прежде всего германское) деликтное право в XX в., показывает тесное соприкосновение современного деликтного права с публичной политикой и решением отдельных утилитарных вопросов: Jansen N. The Structure of Tort Law. Вместе с тем Н. Янсен признает, что в разрезе *lex lata*, достоверному описанию которого посвящена указанная монография, деонтологически-ориентированное деликтное право не может ответить на многие насущные вопросы из области распределяющей справедливости (например, о том, по каким критериям строгая ответственность должна возникать из факта правомерной деятельности: *Ibid.* P. 6–7). В результате отдельные правовые позиции германской судебной практики, плохо совместимые с действующей кодификацией и влиятельными доктринальными подходами, оказываются недостаточно обоснованными с теоретической точки зрения (даже в правовой системе с такой богатой научной традицией). Представляется, что критика Н. Янсенем отдельных догматических концептов классического деликтного права, будучи глубоко обоснованной, не опровергает содержание и результаты настоящей работы. В настоящем исследовании проблематика альтернативной причинной неопределенности рассматривается (и необходимые нормативные решения обосновываются) также с точки зрения *lex lata*, но с учетом тех правоприменительных решений в области строгой ответственности, вины и противоправности, которым, по мнению Н. Янсена, принадлежит будущее. Кроме того, поиск ценностных оснований современных частноправовых институтов, по-видимому, приводит к выводу, что договорное право влияет на конвенциональное понимание индивидуальной свободы и ответственности не меньше, чем деликтное право. Конкретное наполнение принципов свободы договора, свободы формы сделки, реального исполнения, полного

Наиболее последовательными в своем подходе к обсуждаемому казусу с перекрестком оказываются отдельные сторонники экономического анализа права¹. С точки зрения экономической эффективности, которая в самом общем виде заключается в максимизации всеобщего благосостояния, недобровольный обмен, в том числе деликт, по общему правилу оценивается хуже добровольного обмена, опосредуемого договором. Экономически неэффективное поведение необходимо элиминировать, поэтому деликтному праву отводится роль инструмента превенции, что выдвигает штрафную (карательную) функцию на первый план. Если преследуется деликтный образ поведения *per se*, то наказание за него должно быть соразмерно ожидаемым выгодам, чтобы сделать такое поведение экономически неэффективным и лишить делинквента стимулов к нему. Другими словами, это означает, что возмещению подлежит *ожидаемый* делинквентом вред – безотносительно того, какой вред фактически был причинен и был ли причинен вообще². На этом фоне теряется функция

возмещения убытков и т.п. во многом определяет культуру общества и также может быть рассмотрено в ракурсе публичной политики. Однако традиционное представление о правовой системе как нейтральном регуляторе с соответствующими ему импликациями формального равенства имеют для общества не меньшую (а возможно, и большую) значимость, что может быть продемонстрировано в том числе на примере современной России. Впрочем, дискуссия о путях развития деликтного права *de lege ferenda* выходит за рамки настоящей работы. В том же смысле о затруднительности приспособления деликтного права *de lege lata* к ситуациям альтернативной каузальности на материале французской судебной практики высказывается и Жан-Себастьян Боргетти, который приходит к выводу о предпочтительности создания публично-правовой системы возмещения вреда для этих случаев. Правила такой системы могли бы в полной мере учитывать соображения распределяющей справедливости, нежели классическое деликтное право, основанное в ядре своем на принципе корректирующей справедливости. См. подробнее: Martín-Casals M., Papayannis D.M. Introduction / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 2; Borghetti J. Litigation on Hepatitis B Vaccination and Demyelinating Diseases in France. Breaking through Scientific Uncertainty? / Ibid. P. 11–42.

¹ См. подробнее: Ferey S. Causation / Encyclopedia of Law and Economics / Ed. by A. Marciano, G.B. Ramello. New York: Springer, 2019. P. 188–194; Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 494–501; Wright R.W. The New Old Efficiency Theories of Causation and Liability // Journal of Tort Law. 2014. № 7(1-2). P. 65–95; Ben-Shahar O. Causation and Foreseeability / Tort Law and Economics / Ed. by M. Faure. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. P. 83–104; Landes W.M., Posner R.A. Causation in Tort Law: An Economic Approach // The Journal of Legal Studies. 1983. Vol. 12. P. 109–134; Posner R.A. Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry / Philosophical Foundations of Tort Law / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 99–111; Shavell S. Economic Analysis of Accident Law.

² Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 494–501. Так, исследования эффективной модели ответственности для различных ситуаций причинной неопределенности в парадигме экономического анализа права показывают, что в зависимости от разновидности проблемы размер возмещения может как приравниваться к сумме, соответствующей фактически наступившим последствиям (полная ответственность), так и составлять ее долю (пропорциональная ответственность) и даже превосходить ее (сверхкомпенсационная (штрафная) ответственность). Иными словами, эффективный размер возмещения никак не связан с фактически наступившими последствиями на стороне потерпевшего. Подробнее см.: Young R., Faure M., Fenn P. Op. cit. P. 122–124. За основу расчета авторы берут вероятность причинной связи *ex ante*, и для них не имеет значения, реализовалась ли эта вероятность фактически. Вероятность причинной связи отражает лишь оптимальную для

компенсации и фигура потерпевшего, а вместе с ними на периферию анализа отодвигается причинная связь¹.

Примиришь эти исходные предпосылки экономического анализа с функцией компенсации и элементом причинной связи классического (деонтологически-ориентированного) деликтного права пытались многие авторы, но, как представляется, наибольшего успеха в этой области достиг Гвидо Калабреззи. В качестве возможного варианта такого синтеза Г. Калабреззи предложил разделить отношение между потерпевшим и делинквентом, поставив между ними публичный фонд, который бы, с одной стороны, аккумулировал платежи неэффективно действующих участников оборота по принципу ожидаемого (а не фактически причиненного) вреда, а с другой стороны, занимался бы выплатой компенсаций конкретным потерпевшим². Отношение делинквента с таким фондом было бы основано на идее превенции неэффективного поведения (обязанность по уплате компенсации в размере ожидаемого вреда возникала бы независимо от фактического его причинения и независимо от его реального размера), а отношение фонда с потерпевшим было бы основано на идее компенсации фактически наступивших вредоносных последствий. В описанной системе и казус с охотниками, и казус с перекрестком решаются одинаково: *D1* и *D2* уплачивают возмещение ожидаемого вреда (независимо от его наступления) в публичный фонд, который затем распределяет компенсации в пользу различных потерпевших.

целей превенции долю ожидаемого вреда, которую делинквент должен возместить за свое неэффективное поведение, при этом сам платеж может быть как ниже, так и выше суммы фактически причиненного вреда. Наиболее проблематичным здесь представляется приравнивание авторами субъективно ожидаемой вероятности *ex ante* к объективно установленной вероятности *ex post*, однако этого требует предположение о делинквенте как рациональном максимизаторе прибыли, которое давно является камнем преткновения сторонников и противников данной методологии.

¹ Так, классики экономического анализа права У.М. Ландес и Р.А. Познер не только сознательно устранились от философских и юридических дискуссий относительно причинной связи, но и в принципе не считали необходимым устанавливать, явилось ли деяние того или иного лица фактической причиной вреда. Определяющее значение для них имел лишь вопрос о том, увеличит ли всеобщее благосостояние возложение обязанности возмещения вреда на данное лицо. Подробнее см.: Landes W.M., Posner R.A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1987. P. 228–255.

² Ключевая работа в этой области: Calabresi G. *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven and London: Yale University Press, 1970. См. также: Wright R.W., Puppe I. *Op. cit.* P. 495–497; Назариков С.В. Указ. соч. С. 212–219.

Очевидно, однако, что описанный подход для своей практической реализации потребует радикальной перестройки всей правовой системы. Необходимость такой реконструкции является предметом более общей дискуссии «за» и «против» экономического анализа права, основательное участие в которой выходит за рамки настоящей работы. Применительно к рассматриваемой проблематике следует отметить искусственность и отстраненность от жизни многих аналитических моделей и формул, лежащих в основании значительной части предлагаемых регулятивных подходов¹, а также предположить несоответствие принципа экономической эффективности ценностным установкам судейского корпуса, по-прежнему ориентирующегося на восстановление справедливости, а не на минимизацию трансакционных издержек². Следует также согласиться с тем, что концентрация на превенции создает для многих специалистов путаницу между *ex post*- и *ex ante*-анализом конкретных ситуаций³. Мы полагаем, что если и необходима основательная перестройка классического деликтного права, то ее направление должно лежать не в перераспределении функций деликтной ответственности, а в *перераспределении рисков*, то есть в дальнейшем развитии системы публичного страхования. Постепенное разложение рисков человеческих несчастий на все общество не может изменять основное содержание ответственности делинквента, которое по-прежнему должно определяться принципом корректирующей, а не распределяющей, справедливости.

¹ Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве. С. 204–213. И если рафинированность и идеальный характер многих из них может быть объяснен целями и методами исследования, в процессе которого должно быть исключено влияние случайных и побочных факторов для обеспечения «чистоты» результата и выявления подлинных закономерностей, то ложно-аксиоматичный характер многих предположений и предпосылок, лежащих в основе некоторых экономических моделей, остается проблематичным.

² Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 500–501.

³ Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве. С. 204–213; Wright R.W., Puppe I. Op. cit. P. 499–500.

§ 2. Анализ доктрины потери шанса (*loss of chance*) как решения проблемы альтернативной причинной неопределенности

Ситуация альтернативной каузальности, несмотря на патовое положение для разрешения дела по обычным процессуальным правилам, предполагает возможность дать определенную доказательственную оценку вероятности причинения вреда каждым альтернативным делинквентом. Сложение вероятностей вредоносного воздействия всех потенциальных причин должно давать 100%. Размышляя *ex ante*, мы можем предположить, что с исчезновением каждого альтернативного источника вреда понижается вероятность его наступления и, соответственно, повышается шанс потерпевшего на благоприятный исход. И наоборот, сохраняемое присутствие каждого такого источника лишает потерпевшего указанного шанса. Компенсировать потерю этого шанса предлагает обсуждаемая в данном параграфе теория¹.

Прежде всего необходимо отметить, что если потерпевший может по классическим правилам доказать, что конкретный *первичный* вред действительно был причинен потерпевшему данным делинквентом (или, другими словами, если потерпевший может установить перед судом фактическую причинную связь), то вопрос о взыскании денежной суммы возмещения негативных последствий, включающей в себя в том числе компенсацию за утрату шанса на благоприятный исход, подчиняется общим критериям юридических пределов ответственности делинквента (предвидимость или адекватность вредоносных последствий, защитная цель нормы и т.д.)².

¹ Краткий очерк истории развития доктрины утраты шанса на благоприятный исход см. в российской литературе: Дондоков А.И. Доктрина *Loss of Chance* в английском праве // Закон. 2013. № 7. С. 150–155; Байбак В.В. Утрата благоприятной возможности (*loss of a chance*) как разновидность договорных убытков // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. С. 63–73.

² Наиболее важные критерии юридических пределов ответственности делинквента сегодня собраны воедино в ст. 3:201 *PETL*, см.: Spier J. Scope of Liability / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 59–63.

Другими словами, вероятность реализации конкретного шанса служит в этих делах лишь маркером юридической причинной связи¹. Можно предположить, что баланс вероятностей и принцип «все или ничего» не применяются к ситуациям, когда установление юридических пределов ответственности и, соответственно, размер присуждаемого возмещения зависят от ответов на вопросы о том, что *произойдет с потерпевшим в будущем* по причине деликта или что *произошло бы в будущем* (после судебного разбирательства), не будь деликт совершен². В обеих ситуациях размер взыскиваемого возмещения устанавливается судом со скидкой на вероятность того, что соответствующий вред в будущем не наступит или, наоборот, наступит – несмотря на совершенный ответчиком деликт³. Это объяснение согласуется с ранее рассмотренными

¹ Аналогичную сферу применения для доктрины утраты шанса на материале испанской судебной практики предлагает, в частности, Микель Мартин-Казальс, см. подробнее: Martín-Casals M. Proportional Liability in Spain. A Bridge too Far? / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 58–66. Автор предлагает ограничить применение доктрины утраты шанса случаями, когда бездействие делинквента имеет неопределенное значение для наступления тех или иных вредоносных последствий на стороне потерпевшего, однако фактическая причинная связь между поведением делинквента и первичным вредом установлена. Применение доктрины утраты шанса к ситуациям альтернативной каузальности, т.е. когда не установленной на традиционном стандарте доказывания оказывается сама фактическая причинная связь, открыло бы, по мнению автора, ворота для «бесконечной ответственности без причинной связи» (Ibid.). Например, в английском деле Doyle v Wallace (1998) суд установил причинно-следственную связь между поведением делинквента (виновником автокатастрофы) и травмами, полученными потерпевшим в аварии. При этом потерпевший с вероятностью 50% мог стать преподавателем театрального мастерства, однако в результате полученных травм лишился шанса сделать профессиональную карьеру. Суд присудил потерпевшему 50% ставки театрального преподавателя в качестве компенсации упущенных доходов (Elliott C., Quinn F. Op. cit. P. 378–379). Аналогичный подход применяется в германском праве: «В тех случаях, когда ответчик несет ответственность, возмещаемый вред, согласно § 252 ГГУ, включает в себя прибыль, которая должна быть ожидаема в нормальных условиях. Классические случаи включают в себя упущенную возможность заключить выгодный договор или развить карьеру» (Jansen N., Kästle-Lamparter D., Rademacher L. The Case Studies: Case 17. Delay in Medical Care / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 565, note 1195).

² Пример первого рода: в связи с полученным потерпевшим воздействием вредоносных элементов на производстве, проводимом с нарушениями техники безопасности, в течение следующих лет можно с высокой долей вероятности ожидать постепенное уменьшение его трудоспособности. Пример второго рода: если бы не случившаяся по вине ответчика автокатастрофа, повлекшая ампутацию ноги потерпевшего, последний как юный и подававший большие надежды профессиональный футболист с высокой долей вероятности мог ожидать заключения большого контракта с одним из ведущих клубов страны. Поскольку в обоих случаях речь идет не об установлении фактической причинной связи, а об определении размера возмещения вреда, то суды могут применять иные, в т.ч. облегченные, стандарты доказывания. См. для сравнения в российском праве предл. 2 п. 5 ст. 393 ГК РФ: «Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков *не может быть установлен с разумной степенью достоверности* (курсив мой – М.Л.)». История данной нормы в российском праве показывает сильную зависимость стандартов доказывания размера возмещения от правовой традиции и юридических принципов, которым подчинена правовая система, а не от мета-правовых стандартов и критериев установления фактической причинной связи.

³ Подробнее см.: Steel S. Op. cit. P. 49–53. Истоки описанного подхода можно обнаружить еще в трудах Фомы Аквинского, который пишет: «Если вы возьмете мою лошадь, то я потеряю не только стоимость лошади, но и любой доход, который я мог бы получить и больше не могу получить, потому что у меня больше нет лошади. Только он (потерпевший – М.Л.) не должен требовать возмещения полной стоимости доходов, которые он еще

причинами применения в рамках процессуальной формы принципа «все или ничего»¹. Данный принцип относится к познавательной деятельности суда по установлению обстоятельств прошлого, существование которых нельзя признать или отвергнуть только наполовину или в какой-то другой части. Очевидно, что этот подход не может применяться к предположениям о событиях будущего, которые в силу его эвентуальной непознаваемости и сложной предсказуемости всегда будут более-менее спекулятивными.

В связи с этим значительная часть зарубежной литературы и судебной практики обсуждает доктрину утраты шанса на благоприятный исход применительно к видам возмещаемого вреда, а не проблематике причинной связи². То же можно сказать и о немногочисленной отечественной литературе по данному вопросу³. Поэтому необходимо отметить, что на пределы ответственности делинквента в рамках установленной фактической причинной связи может серьезно повлиять отношение конкретного правопорядка к возмещению вреда за утрату шанса на благоприятный исход. Если в той же Франции эта теория получила признание судебной практики⁴, то в деликтном

не получил, но меньшую сумму, дабы отразить тот факт, что многие причины могли помешать ему получить этот доход» (цитируется по: Gordley J. *Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations*. P. 348).

¹ См. выше § 1 главы 1 настоящей работы.

² См. подробнее в отношении Европы: Infantino M., Zervogianni E. *Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law* / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 644; Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. P. 153. Отдельно для США см.: Johnson V.R. *Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts*. Ch. 7.2 («Значительное большинство судов, рассматривавших этот вопрос (юридической квалификации ответственности за утрату шанса на благоприятный исход – М.Л.), полагают, что утрата шанса излечиться от болезни или [решить] другую медицинскую проблему квалифицируется как разновидность вреда, за который возможно присуждение возмещения»).

³ См., например: Байбак В.В. Утрата благоприятной возможности (*loss of a chance*) как разновидность договорных убытков. Также см. у В.А. Хохлова: «Например, «утрата шанса» (*loss of chance*) в национальной доктрине может восприниматься как разновидность упущенной выгоды...» (Хохлов В.А. *Общие положения об обязательствах: учебное пособие*. М., 2015. С. 258). По-другому проблему ставит В.С. Михайлов, который после обобщения зарубежного опыта приходит к выводу, что «все классические примеры «утраты шанса» можно представить как ситуации альтернативной причинной связи» (Михайлов В.С. *Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения*. С. 135).

⁴ Более того, французский Проект реформы гражданско-правовой ответственности даже возносит это представление на уровень ФГК, предлагая именно в подраздел I «Возмещаемый вред» раздела I «Общие положения о договорной и бездоговорной ответственности» главы II подтитла II титула II книги III ввести ст. 1238 следующего содержания: «Потеря шанса возмещается, только если установлена наличная и определенная утрата благоприятного исхода. Размер возмещения должен быть определен путем обращения к утраченному шансу и не может быть равен преимуществу, которое бы этот шанс предоставил, если бы был реализован». Вопросы причинно-следственной связи при этом предлагается урегулировать в специальном подразделе II «Причинная связь» того же раздела I ФГК.

праве Англии и Германии она пока встречает определенное отторжение со стороны судов¹.

Более сложный вопрос состоит в том, можно ли на основе теории утраты шанса не только регулировать *размер* ответственности, но и считать установленной саму *фактическую* причинно-следственную связь между поведением делинквента и *первичным* вредом потерпевшего в неопределенных случаях. Несмотря на то, что доктрина потери шанса заслуживает отдельного подробного анализа, мы все же попробуем высказать здесь ряд предположений, которые обосновывают, что ее самостоятельное значение для обсуждаемой в настоящей работе проблематики относительно невелико. Для иллюстрации дальнейших рассуждений кратко рассмотрим, как эта теория проявляет себя в зарубежных правовых порядках применительно к установлению фактической причинной связи в деликте.

В знаковом английском деле по вопросу применения доктрины утраты шанса в деликтном праве – *Gregg v Scott* (2005)² – большинство Палаты Лордов отказало потерпевшему в иске о возмещении вреда, возникшего в связи с потерей ожидаемой продолжительности жизни (*loss of life expectancy*). Врачи не проявили должной осмотрительности и не выявили своевременно у потерпевшего рак, что, согласно данным медицинской экспертизы, сократило его шансы на выживание с 42% до 25%. Отрицательное решение далось Палате Лордов шатким большинством, и двое несогласных судей выступили с особым мнением. Так, Лорд Николлс отметил, что вред, причиненный потерпевшему, должен устанавливаться исходя из реально упущенной возможности [пойти на поправку], а не желаемого результата [достичь полной ремиссии]. Чем больше неопределенности возникает по поводу диагноза потерпевшего, тем менее

¹ Обзор зарубежных подходов в русскоязычной литературе см.: Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 129–137. Анализ и обобщение практики применения доктрины потери шанса в европейских правовых порядках см.: Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 642–646, с приведенными там ссылками на компаративное обсуждение типовых казусов в других местах сборника.

² Graziano T.K. Comparative Tort Law. Cases, Materials, and Exercises. New York: Routledge, 2018. Ch. 10 Para. II.2.

подходящим становится традиционный подход по принципу «все или ничего», который описывается судьей как «грубый до такой степени, что граничит с произволом». Состояние медицинской науки и человеческого знания таково, что в большинстве случаев невозможно точно предугадать, как бы повела себя болезнь, если бы лечение было оказано незамедлительно. В этой связи вред, причиненный потерпевшему, следует характеризовать как утрату благоприятной возможности пойти на поправку, а не как утрату возможности выздороветь вообще. И хотя процентная вероятность может быть выведена в таких делах только путем обращения к обезличенной статистике, справедливость требует прибегнуть к этому источнику с тем, чтобы восполнить неизбежный доказательственный пробел¹. Но такая аргументация не убедила большинство Палаты Лордов, которые отклонили иск потерпевшего по следующим соображениям. Во-первых, предложенный меньшинством суда подход эвентуально позволил бы переформулировать каждый иск о возмещении вреда в связи с недостижением результата в иск об *утрате шанса* достигнуть соответствующий результат: вследствие этого потерпевшие, которые сейчас получают возмещение в полном объеме, смогут рассчитывать только на привлечение делинквента к пропорциональной ответственности. Во-вторых, один из судей – Лорд Филлипс – возражал не столько о применимости здесь доктрины утраты шанса, сколько о том, что потерпевший на момент судебного разбирательства был еще жив – вопреки первоначальным прогнозам, и результат его лечения в долгосрочной перспективе был все еще неопределенным.

В США суды штатов в массе своей не пошли по английскому пути и в настоящий момент допускают удовлетворение требований о возмещении вреда за утрату шанса пропорционально вероятности его реализации в делах о врачебной неосторожности при лечении пациентов. Отмечается, что шанс пойти на поправку, выздороветь – даже мизерный – имеет для человека особенную ценность, при этом медицинская практика обеспечивает доступность большого

¹ Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 131.

объема статистических исследований, так что оценка судом вероятности благоприятного исхода не становится произвольной. В конце концов, первичной обязанностью лечащих врачей является поддержание здоровья пациента и обеспечение наиболее благоприятного исхода с приложением максимальной заботливости и осмотрительности¹.

Согласно устоявшейся позиции немецкой литературы и судебной практики, предл. 2 абз. 1 § 830 ГГУ не применяется к ситуациям неопределенности между источниками деликтного и неделиктного свойства². Кроме того, защита (простого) шанса на благоприятный исход не охватывается сферой защищаемых благ согласно абз. 1 § 823 ГГУ. Из этого следует, что в рамках деликтного права вред в связи с утратой шанса на благоприятный исход не подлежит компенсации. Впрочем, немецкое деликтное право сложно анализировать и оценивать обособленно, поскольку многие вопросы, традиционно обсуждаемые в этой области, в Германии решаются через договорное право и иные механизмы (вплоть до прямого применения Основного закона³). Так и применительно к утрате шанса в отсутствие инструментов деликтного права в отдельных сферах на помощь приходит договорная ответственность. Например, регулируя договор оказания медицинских услуг, абз. 5 § 630h ГГУ устанавливает, что если допущена грубая врачебная небрежность и она в принципе способна причинить такой вред жизни, отдельной части тела или здоровью, который фактически наступил, то предполагается, что врачебная небрежность стала причиной вреда. Это положение применяется также в том случае, если практикующий врач не провел необходимое обследование в разумный срок, при этом результаты

¹ Подробнее см.: Osborne P.H. Op. cit. P. 65–66. Аргументы американских судов тем не менее пока не убедили ни Верховный суд Великобритании, ни Верховный суд Канады: последний, как отмечается в литературе (Ibid.), пока идет в русле английского подхода.

² Jansen N., Kästle-Lamparter D., Rademacher L. The Case Studies: Case 6. Hiking in the Storm / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 303–304; Steel S. Op. cit. P. 143–146; Oliveira N.M.P. Liability for Alternative Causation and for the Loss of a Chance / French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Sec. IV (сравнение немецкого и французского подходов).

³ Основной закон Федеративной Республики Германия (вместе с Извлечением из Конституции Веймарской республики от 11.08.1919). Принят 23.05.1949 (с изм. и доп. от 29.07.2009) / Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Европейский Союз, Соединенные Штаты Америки, Япония: учеб. пособие. 8-е изд., исправл. и доп. М., 2012. С. 164–245.

обследования с достаточной вероятностью показали бы такой результат, который бы обусловил принятие дальнейших мер, и непринятие этих мер представляло бы собой грубую врачебную небрежность¹. Как можно заметить, абз. 5 § 630h ГГУ в системном единстве с § 830 ГГУ выбирает полную, а не пропорциональную, ответственность, используя механизм переложения бремени доказывания на ответчика при установлении истцом ряда базовых предпосылок². Также можно обнаружить применение в обсуждаемой норме теории адекватной причинной связи с ее квалифицированной разновидностью – созданием конкретной угрозы причинения вреда³. Своим бездействием лечащий врач значительно повышает абстрактную возможность (риск) наступления вреда такого характера, который *в конкретном случае в итоге наступил*, и это является основанием для полной ответственности несмотря на то, что всегда остается определенная вероятность вредоносного исхода по другой причине, не связанной с поведением делинквента⁴. Из текста обсуждаемой нормы следует,

¹ Stauch M. Medical Malpractice and Compensation in Germany // Chicago-Kent Law Review. 2011. Vol. 86. Iss. 3. P. 1139–1168; Stauch M. The 2013 German Patients' Rights Act – Codifying Medical Malpractice Compensation // Journal of European Tort Law. 2015. Vol. 6. № 1. P. 85–94. При этом ГГУ не препятствует конкуренции между договорным требованием, основанным на § 630h, и классическим деликтным притязанием из § 823. См. подробнее: German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1612–1613 (автор комментария к § 823 – U. Magnus); Hager J. Das Recht der unerlaubten Handlungen / J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts. Berlin, 2008. S. 892–893. Более того, отмечается, что принципы, изложенные в § 630h ГГУ, исторически разрабатывались судебной практикой применительно к деликтному праву, см. подробнее: German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1160–1162 (автор комментария к § 630h – A. Kirchhefer-Lauber).

² Критику этого процессуального приема см.: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 147–148.

³ См. выше § 4 главы 1, а также далее § 3 настоящей главы.

⁴ См. для сравнения в российской судебной практике: «Суждение судебных инстанций о том, что одним из условий наступления ответственности за причинение морального вреда является наличие прямой причинной связи между противоправным поведением ответчика – Тихорецкой центральной районной больницы – и наступившим вредом (смертью дочери истцов Чальцевой Д.Н., повлекшей причинение Чальцеву Н.А. и Чальцевой Е.Г. моральных страданий), противоречит приведенному правовому регулированию спорных отношений, которым возможность взыскания компенсации морального вреда не поставлена в зависимость от наличия только прямой причинной связи между противоправным поведением причинителя вреда и наступившим вредом. Судебными инстанциями не учтено, что в данном случае юридическое значение может иметь и косвенная (опосредованная) причинная связь, если дефекты (недостатки) оказания работниками Тихорецкой центральной районной больницы медицинской помощи Чальцевой Д.Н. могли способствовать ухудшению состояния ее здоровья и привести к неблагоприятному для нее исходу, то есть к смерти. <...> Судами первой и апелляционной инстанций вследствие неправильного применения норм материального права не дана оценка доводам Чальцева Н.А. и Чальцевой Е.Г., на которых они основывали свои исковые требования о том, что в случае оказания сотрудниками Тихорецкой центральной районной больницы Чальцевой Д.Н. качественной и своевременной медицинской помощи неблагоприятного исхода (смерти Чальцевой Д.Н.) можно было бы

что шанс на благоприятный исход (выздоровление) не имеет для потерпевшего самостоятельного значения, то есть неотделим от здоровья как эвентуально защищаемого блага, которому был причинен конкретный вред. Поэтому абз. 5 § 630h ГГУ, как и соответствующие положения деликтного права, последовательно проводит принцип «все или ничего», то есть либо обязывает ответчика к полному возмещению, либо освобождает его (если ответчик сможет доказать, что даже приложение им всех необходимых и разумных усилий не смогло бы остановить наступление вреда).

Из приведенного обзора следует, что теория утраты шанса на благоприятный исход принципиально может служить одним из способов обоснования пропорциональной ответственности в ситуациях альтернативной каузальности исходя из вероятности причинения вреда каждым ответчиком в выделенной группе альтернативных причин¹. Иными словами, шанс в процентной вероятности на *избежание* вреда – это зеркальное отражение процентной вероятности *причинения* вреда.

Действительно, с помощью доктрины утраты шанса можно описать типичные казусы альтернативной каузальности, но неверно было бы утверждать, что этой теорией можно охватить *вообще все* случаи из данной категории: сфера применения доктрины утраты шанса, если признавать за ней самостоятельное значение, оказывается относительно узкой. Например, некорректным было бы следующее описание образцового казуса с двумя охотниками и единственной пулей, сразившей потерпевшего. При прочих равных условиях вероятность причинения вреда *D1* равняется 50%, что также применимо для *D2*. Если убрать

избежать...» (Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 14.03.2022 № 18-КГ21-165-К4 // СПС «КонсультантПлюс»).

¹ Будучи сторонником модели пропорциональной ответственности, это отмечает В.С. Михайлов: «Решение проблемы «утраты шанса» путем распределения ответственности оправданно и потому, что все классические примеры «утраты шанса» можно представить как ситуации альтернативной причинной связи» (Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 135). См. также в европейской компаративной литературе: «Когда невозможно доказать, что, если бы не поведение ответчика, то истец не понес бы определенный вред, доктрина потери шанса устраняет неопределенность, *изменяя вопрос* (курсив мой – М.И.). А именно, если утраченные шансы считаются возмещаемыми, то истцу достаточно будет доказать, что поведение ответчика лишило его или ее (или уменьшило вероятность) реализации шанса на благоприятный исход» (Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 643).

из казуса *Д1*, то есть если представить, что *Д1* не стрелял или стрелял в воздух и т.п., то мы все равно достоверно не знаем, смог бы *П* избежать ранения или результат был бы тем же. Но верно и то, что упречное поведение *Д1* и *Д2* (выстрелы в направлении *П*) не оставило *П* ни единого шанса на благоприятный исход, заключающийся в отсутствии ранения. При этом в заданных равных условиях неосторожное поведение *Д1* лишило *П* 50% шанса на благоприятный исход, что также применимо для *Д2*. Получается, что *Д1* и *Д2* по отдельности лишили *П* двух 50% шансов на сохранение своей невредимости, поэтому *Д1* и *Д2* должны нести ответственность.

На самом деле, как представляется, не существует никаких «двух 50% шансов» на благоприятный исход – есть 50% вероятность причинения вреда каждым из двух ответчиков. В хрестоматийных примерах применения доктрины утраты шанса существует некоторый шанс на благоприятный исход, реализация которого зависит от *действий третьих лиц или внешних сил* (победа на конкурсе, удовлетворение жалобы вышестоящим судом, выздоровление и проч.), но *достоверно установлено*, что делинквент лишил потерпевшего этого шанса. Иными словами, если убрать делинквента из цепочки событий, то реализация благоприятного исхода все равно останется под вопросом, решение которого зависит от иных, *внешних для ситуации*, факторов. В случае же с охотниками, если убрать из цепочки поведение *Д1*, то ситуация прояснится: *П* либо падет от выстрела *Д2*, либо останется невредимым. Поэтому нельзя сказать, что *Д1* лишил *П* 50% шанса выжить: в действительности *Д1* либо убил *П*, либо промахнулся, и *этот факт вообще не зависит от наличия в казусе фигуры Д2*¹. Соответственно, доктрина утраты шанса на благоприятный исход не может описать

¹ См. также у Х. Коциоля: «...Безусловно, существуют случаи, в которых ответчик своим неправомерным поведением не лишил [потерпевшего] никаких шансов, а скорее просто нельзя более установить, вызвал ли болезнь ответчик или истец уже был болен. Например, в вышеупомянутом деле австрийский ОGH (Верховный суд – *М.Л.*) должен был принять решение по иску ребенка, вред которому был причинен либо медицинской ошибкой во время его рождения, либо уже был причинен неизлечимой болезнью матери. Если плод уже был деформирован до рождения, то шансов на выздоровление больше не было, и врачебная ошибка не лишала потерпевшего никаких шансов (на выздоровление). Если, однако, ребенок был здоров до рождения, то врачебная ошибка не только разрушила указанный шанс – она фактически причинила вред здоровью ребенка» (Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 154).

многочисленные ситуации альтернативной каузальности, в которых присутствие нескольких альтернативных причинных факторов не лишает потерпевшего шанса на благоприятный исход, но лишает потерпевшего и суд возможности установить на необходимом стандарте доказывания фактическую причину вреда. Это трудно осязаемое, но значимое различие существенно сужает область применения доктрины утраты шанса, однако его осознают (или признают) не все зарубежные специалисты. Например, во французской судебной практике можно заметить некоторые случаи произвольного переформатирования казусов с альтернативной каузальностью в казусы с утратой шанса на благоприятный исход там, где первая категория несводима ко второй, что встречает обеспокоенность и критику в литературе¹.

В то время как далеко не все случаи альтернативной причинной неопределенности можно представить через доктрину утраты шанса, для настоящего исследования гораздо более важно, что *все типичные казусы из литературы по теории утраты шанса можно описать терминологией альтернативной каузальности*. Такое отношение делает тематику утраты шанса частным случаем общей проблемы альтернативной причинной неопределенности². Например, юрист доверителя проявил грубую небрежность в своей работе и пропустил срок для подачи апелляционной жалобы на решение по проигранному делу. В теории утраты шанса считается, что при наличии всех остальных элементов состава ответственности суду необходимо в рамках отдельного процесса оценить перспективы правовой позиции несостоявшегося

¹ См. для сравнения подобную критику применительно к другому хрестоматийному казусу альтернативной причинности – про двух альпинистов, спускавшихся по скользкому склону, когда один альпинист неосторожным движением спровоцировал падение тяжелого камня, в то время как рядом упал другой тяжелый камень по естественным причинам (сбитый бурей), и какой-то из двух камней убил второго альпиниста. Как отмечает французский респондент, в силу достаточно высокого общего стандарта доказывания причинной связи на уровне «вне разумных сомнений» суды, не решаясь полностью отказать потерпевшему в иске, обращаются к доктрине утраты шанса и «иногда, в аналогичных [казусу с альпинистами] делах, соглашаются компенсировать потерю возможности избежать ущерба». См. подробнее: Quézel-Ambrunaz C. The Case Studies: Case 6. Hiking in the Storm / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 298–299.

² Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 153 («...случаи, разрешенные путем применения теории потери шанса, также могут обсуждаться как применение теории альтернативной причинности, а именно конкуренции между событием, которое вызывает ответственность, и случаем в качестве альтернативных причин»).

апеллянта и взыскать с юриста убытки пропорционально шансу на благоприятный исход, то есть на удовлетворение жалобы апелляционным судом. Предположим, такой шанс составляет 70%. Но ситуацию можно описать и так: вред в размере неблагоприятных последствий от проигранного дела с вероятностью 70% был причинен юристом, но с вероятностью 30% наступил бы в любом случае (по причинам, находящимся в сфере ответственности доверителя). Получается, что вред либо причинен юристом, либо является последствием поведения самого потерпевшего (доверителя). Если так, то с первого в пользу последнего подлежит взысканию возмещение вреда согласно той или иной модели ответственности, смотря какое решение установлено для проблемы альтернативной причинной неопределенности. На итоговый размер присуждения, конечно, могут влиять иные факторы, устанавливающие юридические пределы ответственности делинквента (например, чисто экономический характер потерь, как в изложенном случае). Но мы видим, главное, что доктрина утраты шанса всего лишь предоставляет терминологический и догматический инструментарий для описания частных проявлений более общей проблемы альтернативной каузальности, для которой уже предложено несколько решений.

Если так, то возникает резонный вопрос: можно ли поддерживать модель пропорциональной ответственности и одновременно выступать против доктрины утраты шанса? При анализе компаративного материала усматривается, что доктрина утраты шанса встречает особенные затруднения именно в правопорядках, чье деликтное право построено на системе охраняемых интересов¹ (Англия, Германия и Австрия), однако некоторые из них (в ограниченных пределах Австрия и Англия) признают допустимой пропорциональную ответственность сообразно вероятности фактической причинной связи. Такая позиция может показаться амбивалентной. Ведь, по

¹ Исключение составляют США, но, как отмечено выше, их подход пока не нашел поддержки в судебной практике Англии и Канады.

существу, бóльшая часть содержательных аргументов, высказываемых в опровержение доктрины утраты шанса на благоприятный исход, равным образом применима к модели пропорциональной ответственности в ситуации альтернативной каузальности¹.

Например, трудно дать системное объяснение, почему в английском праве, допускающем пропорциональную ответственность для некоторых случаев альтернативной каузальности благодаря доктрине создания повышенного риска причинения вреда², теория утраты шанса на благоприятный исход встречает отмеченные затруднения. Получается, что применение двух теорий, которые смотрят на одну и ту же ситуацию с разных сторон, дает на практике противоположные результаты³. Некоторые авторы отмечают чисто инструментальную причину этого противоречия, лежащую в необходимости повышенной защиты интересов работников перед работодателями. Пропорциональную ответственность под любым теоретическим логотипом не хотят выпускать за пределы ограниченной области ее текущего применения, чтобы не сломать традиционную систематику (прежде всего классический стандарт доказывания на балансе вероятностей с его принципом «все или ничего»)⁴. Однако в отсутствие более основательных юридических, а не политических, причин, по которым работники заслуживают предпочтение перед другими категориями потерпевших (например, перед тяжело больными пациентами), в описанном положении дел можно усмотреть лишь иллюстрацию поговорки *quod licet Iovi, non licet bovi* и нарушение принципа равенства.

Австрийская судебная практика, которая уже выказывала (в ограниченных пределах) сочувственное отношение модели пропорциональной ответственности

¹ См. также анализ литературы с основными аргументами «за» и «против»: Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения. С. 129–137.

² См. ниже § 3 настоящей главы.

³ Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 132. Объяснение этому противоречию скорее всего лежит в недостатках теории *conditio sine qua non*, которую английская судебная практика пока не отвергает и с огромными усилиями пытается приспособить к ситуациям альтернативной и кумулятивной каузальности, формируя весьма спорные правовые позиции.

⁴ Infantino M., Zervogianni E. Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 637–638; Oliphant K. The Case Studies: Case 6. Hiking in the Storm / Ibid. P. 317–318.

и применяла наработки собственной доктрины¹, одновременно отказывается воспринимать теорию утраты шанса по догматическим причинам: система деликтного права АГУ не выделяет среди охраняемых интересов шанс на избежание вреда². Аналогичная позиция преобладает и в Германии, но германская судебная практика отличается от австрийской тем, что последовательно отрицает для ситуаций альтернативной каузальности модель пропорциональной ответственности как таковую³.

Действительно, необходимо признать, что доктрина утраты шанса способна получить относительно независимое звучание, только если может быть обоснована самостоятельная ценность шанса на благоприятный исход – отделимая от самоценности эвентуально охраняемого правового блага. В данной области, по всей видимости, лежит ответ на поставленный вопрос о том, может ли эта теория обосновывать ответственность в ситуации альтернативной каузальности. Теория утраты шанса сталкивается здесь с определенными сложностями, которые во многих правовых порядках приводят к отрицанию этой доктрины в пользу иного объяснения пропорциональной ответственности или другого нормативного решения в целом. В науке ведется продолжительный спор на тему того, составляет ли сам по себе шанс на благоприятный исход *отдельный охраняемый интерес* по сравнению с тем благом, в отношении которого существует шанс избежать причинения вреда. Например, по мнению Х. Коциоля, у потерпевшего нет самостоятельного интереса в (простом) шансе на выздоровление – есть интерес в сохранении здоровья в целом, а здоровье как абсолютное благо безусловно подлежит защите, в том числе эксплицитно согласно абз. 1 § 823 ГГУ⁴. С данным подходом не согласны, например, многие французские авторы, которые различают по своему значению интерес

¹ См. подробнее: Коциоль Х. Гибкая система – золотая середина в законодательстве и доктрине. С. 264.

² См. подробнее: Steininger B.C. The Case Studies: Case 17. Delay in Medical Care / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 573–574; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 155.

³ Jansen N., Kästle-Lamparter D., Rademacher L. The Case Studies: Case 17. Delay in Medical Care / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 565–567.

⁴ Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 155.

в непричинении вреда конкретному благу и (простой) шанс избежать причинения вреда этому благу. Не в последнюю очередь в связи с этим Проект реформы гражданско-правовой ответственности ФГК 2017 г. выделяет компенсацию потери шанса в самостоятельную категорию возмещаемого вреда, что способствует общему расширению пределов ответственности делинквента¹. Аналогичным образом Н. Янсен полагает, что люди придают шансам на благоприятный исход самостоятельную ценность по сравнению с ценностью благоприятного исхода в целом, в связи с чем такие шансы подлежат отдельной защите². Однако господствующее мнение иностранных законодательств и судебной практики, по-видимому, не признает за шансами на избежание вреда значение отдельного охраняемого правом интереса³.

Наконец, догматическая проблема встраивания шанса на благоприятный исход в систему правоохраняемых интересов влечет за собой, как минимум, два более практических вопроса. А именно, если утраченный шанс на благоприятный исход защищается деликтным правом сам по себе, означает ли это, что потерпевший вправе взыскать возмещение вреда в связи с его утратой, даже если в конечном итоге потерпевшему удалось избежать вреда абсолютно охраняемым интересам (например, он в итоге выздоровел или пошел на поправку и т.д.)? И далее, значит ли это, что потерпевший вправе взыскать возмещение вреда дважды: за утрату шанса на благоприятный исход и за вред абсолютно охраняемому интересу (здоровью, собственности и пр.)? Поиск когерентных существующей правовой системе ответов на эти вопросы разделяет доктрину⁴.

Безусловно, теория утраты шанса на благоприятный исход требует самостоятельного исследования, ее детальное рассмотрение не вмещается в рамки настоящей работы. Подводя промежуточный итог представленному

¹ См. подробнее: Oliveira N.M.P. *Op. cit.* Sec. IV–V.

² Jansen N. *The Idea of a Lost Chance* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999. Vol. 19 (2). P. 281.

³ Infantino M., Zervogianni E. *Summary and Survey of the Results / Causation in European Tort Law* / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 645.

⁴ См. подробнее со ссылками на литературу: Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. P. 157–159.

краткому анализу, мы можем высказать следующие соображения.

Во-первых, мы не можем признать за теорией утраты шанса значение самостоятельного основания фактической причинной связи и пропорциональной ответственности. Возникшая как способ смягчить отдельные последствия принципа «все или ничего», теория утраты шанса представляет собой еще один способ (технику) описания пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения (избежания) вреда, для части ситуаций альтернативной каузальности. Возражения против этой модели были высказаны выше.

Во-вторых, помещение на пропорциональную ответственность ярлыка защиты утраченного шанса, по нашему мнению, не добавляет этой ответственности особенного содержания, поскольку шанс не существует сам по себе и не может рассматриваться в отрыве от того блага, защиту которого он в действительности преследует.

В-третьих, идея защиты реальной, но упущенной возможности вполне может служить одним из маркеров определения *юридической* причинной связи (пределов ответственности делинквента), когда конститутивная (фактическая) причинная связь между поведением и первичным вредом уже установлена¹.

В-четвертых, что касается фактической причинной связи, то доктрина защиты утраченного шанса, когда он относительно велик, может служить дополнительным основанием установления полной ответственности делинквента. Например, вопиющая врачебная ошибка, в отсутствие которой потерпевший скорее всего мог бы избежать наступления вреда, может образовывать утрату такого шанса, который подлежит защите в полном размере наступившего вреда, хотя бы и было установлено, что существует некоторая вероятность неминуемого наступления вреда по другой причине. Этой идеи, по-видимому, придерживаются абз. 5 § 630h и абз. 1 § 823 ГГУ². Вместе с тем указанные нормы успешно достигают полного возмещения с помощью критерия

¹ См. примеры из судебной практики и казусы, обсуждаемые в начале настоящего параграфа.

² См. подробнее с соответствующей судебной практикой: Jansen N., Kästle-Lamparter D., Rademacher L. The Case Studies: Case 17. Delay in Medical Care / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 565.

создания конкретной угрозы причинения вреда, не упоминая важность защиты шанса на благоприятный исход как такового. Это также порождает обоснованные сомнения в необходимости самостоятельного развития доктрины утраты шанса применительно к установлению фактической причинной связи в деликте.

§ 3. Критика и апология солидарной ответственности как решения проблемы альтернативной причинной неопределенности

Выше были изложены основные аргументы против модели пропорциональной ответственности как решения проблемы альтернативной причинной неопределенности. Уже из представленного анализа можно заметить некоторые преимущества модели солидаритета над пропорциональной ответственностью, прежде всего *наименьшее относительное несовершенство* этого решения. Другими словами, солидарная ответственность в наибольшей степени соответствует принципу корректирующей справедливости и сохраняет при этом возможность для полного восстановления попоранного равновесия. С учетом рассмотренных аргументов первый возможный вывод заключается в том, чтобы признать модель солидарной ответственности решением несовершенным, но *наилучшим из возможных*. Учитывая, что ситуация альтернативной каузальности остается патовой для классического деликтного права, мы полагаем такой вывод возможным. Тем не менее сохраняющаяся критика модели солидаритета не позволяет остановиться на таком заключении.

Во-первых, солидарная ответственность альтернативных делинквентов все-таки нарушает корректирующую справедливость в части вменения обязательства по возмещению вреда заведомо непричастному лицу, что остается весьма весомым возражением против этой модели. Конфликт с корректирующей

справедливостью особенно обостряется, если непричастный ответчик оказывается единственным платежеспособным должником.

Во-вторых, модель солидаритета не только не снимает, но и обостряет проблему основания ответственности альтернативных делинквентов. В современной литературе солидаритет описывается не столько как самостоятельная модель ответственности или разновидность обязательства, сколько как *способ координации нескольких обязательств между собой* с тем, чтобы кредитор получил максимальное причитающееся ему удовлетворение собственного интереса без возможности двойного взыскания с нескольких должников¹. Однако в ситуации альтернативной каузальности число альтернативных причин вреда превышает установленное число его фактических причин. Другими словами, существует обязательство фактического делинквента, в то время как основание обязательства каждого альтернативного делинквента, чье поведение не является фактической причиной вреда, остается невыясненным. Соответственно, неясно, какие обязательства в таком случае координирует солидаритет. Попытки найти основание обязательства в самом факте создания существенного риска причинения вреда в системе классического деликтного права не увенчались успехом².

В-третьих, неочевидно, что модель солидаритета в полной мере способствует достижению цели превенции деликтной ответственности. Многие изложенные выше аргументы в пользу принципиального вменения ответственности альтернативным делинквентам приемлемы прежде всего в той степени, в какой им отводится ограниченная роль реализации вспомогательной превентивной функции деликтного права. При этом модель солидаритета далеко не безупречно встраивается в задачу сдерживания нежелательного поведения, поскольку привлечение непричастного лица к полной ответственности может вести к излишней превенции (*overdeterrence*), то есть подавать столь же ложные

¹ См. подробнее: Тололаева Н.В. Указ. соч. С. 95.

² См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 165–166, а также выше § 4 главы 1 и § 1 настоящей главы.

стимулы участникам оборота, что и полный отказ в удовлетворении требований потерпевшего¹.

Таким образом, сохраняется необходимость в развитии новой теории, которая бы обосновывала самостоятельное обязательство каждого альтернативного делинквента прежде всего в парадигме компенсационной функции деликтного права. Способом координации таких обязательств должен стать солидаритет. При этом очевидно, что с учетом изложенных замечаний теория солидарной ответственности альтернативных делинквентов, основанная на принципах и методологии классического деликтного права, будет несвободна от критики. В настоящем параграфе сначала анализируются несколько современных нормативных и правоприменительных подходов, обосновывающих солидарную ответственность альтернативных делинквентов в Германии, Австрии, Франции, Англии, США и Канаде, после чего рассматривается одна из наиболее сложных, но, с нашей точки зрения, наиболее последовательная теория солидарной ответственности альтернативных делинквентов, которая наилучшим образом встраивается в систему и функции современного (по-прежнему в основе своей деонтологически-ориентированного) деликтного права. По окончании анализа излагаются выводы и предлагаются общее правило и условия его применения.

1. Перераспределение бремени доказывания при существенном повышении риска (создании конкретной угрозы) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил (Германия, Австрия, Англия, Канада и США).

Согласно абз. 1 § 830 ГГУ если несколько лиц совместным совершением одного недозволенного действия причинят вред, то каждое из них несет

¹ Эта проблема особенно актуальна для ситуаций с неопределенностью на стороне потерпевшего наподобие *DES*-дел: модель солидарной ответственности здесь может привести к тому результату, что наиболее состоятельный альтернативный делинквент заплатит возмещение вреда в большем размере, чем он мог причинить даже потенциально (например, с учетом незначительной доли на рынке). В классическом казусе альтернативной каузальности вроде образцового дела с охотниками совокупный размер возмещения каждого *Дп* ограничен потенциально причиненным им вредом, но это, разумеется, не снимает проблему фактически непричастного должника полностью.

ответственность за этот вред. Указанное положение применяется, если невозможно установить, кто из нескольких соучастников причинил вред своими действиями¹. Последнее предложение является ключевым для рассматриваемой проблематики. Установление истцом всех условий альтернативной причинной неопределенности в совокупности с рассмотренным ранее критерием создания конкретной угрозы (*konkrete Gefährlichkeit*) причинения вреда данному потерпевшему² влечет солидарную ответственность альтернативных делинквентов (абз. 1 § 840 ГГУ), если только последние не докажут свою непричастность к наступившему вреду³. В литературе отмечается, что § 830 ГГУ применяется судебной практикой не только к деликтам, основанным на принципе вины, но и к случаям строгой ответственности, вынесенным за рамки ГГУ, и его главная функция заключается в освобождении потерпевших от сложной задачи и процессуального риска, связанных с доказыванием конкретной степени каузального участия в отношении каждого из нескольких или альтернативных делинквентов⁴.

Аналогичный подход для ситуации альтернативной каузальности, в группе источников которой не участвуют обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего, господствует в австрийском праве. Согласно § 1302 АГУ, если вред причинен по неосторожности, а доли [в причиненном вреде] позволяют себя определить, каждый несет ответственность только за тот вред, который причинен по его неосторожности. Однако если вред причинен умышленно *или*

¹ Аналогичное положение содержится в ст. VI-4:103 *DCFR* («Альтернативные причины»): «Если юридически значимый вред мог быть причинен любым одним или более чем одним из числа явлений, за которые отвечают различные лица, и установлено, что вред был причинен одним из этих явлений, но не установлено, каким именно, то предполагается, что каждое лицо, которое отвечает за любое из этих явлений, причинило данный вред, поскольку не доказано иное» (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. P. 3452–3458).

² См. выше § 4 главы 1 настоящей работы.

³ См. подробнее: German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1630–1635 (автор комментария к § 830 – U. Magnus); Kötz H., Wagner G. Op. cit. S. 82–84; Steel S. Op. cit. P. 140–153; Magnus U. Multiple Tortfeasors under German Law / Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors / Ed. by W.V.H. Rogers. Hague: Kluwer Law International, 2004. P. 87–102; Magnus U. Causation in German Tort Law / Unification of Tort Law: Causation / Ed. by J. Spier. Hague: Kluwer Law International, 2000. P. 72–73.

⁴ German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1631 (автор комментария к § 830 – U. Magnus).

доли каждого из причинителей вреда в причиненном вреде не могут быть определены (курсив мой – М.Л.), то они отвечают солидарно, а за тем, кто возместил вред, сохраняется право на регрессное возмещение вреда оставшимися причинителями. Последнее предложение применяется судебной практикой по аналогии, если установлены все признаки альтернативной каузальности, а поведение альтернативных делинквентов создало конкретную угрозу причинения вреда данному потерпевшему¹.

В английском праве успешное применение потерпевшим теста на существенное повышение риска причинения вреда также переносит бремя доказывания отсутствия причинной связи на ответчиков². Литература отмечает ограничение сферы применения данного теста двумя важными условиями: (1) объективная невозможность установить наличие или отсутствие причинной связи на балансе вероятностей, в частности в связи с недостаточной изученностью наукой механизма развития и функционирования спорного явления, что влечет невозможность применения *conditio sine qua non* теста фактической причинной связи, а также (2) схожесть (однородность) нескольких источников вреда – как в ситуации с однотипными условиями труда у разных работодателей в деле *Fairchild*. Примерно аналогичные условия чуть позже сформулировал и Верховный суд Канады в ходе рассмотрения нескольких знаковых дел³.

После дела *Fairchild* также оставался не проясненным вопрос о модели ответственности альтернативных делинквентов. Неопределенность была

¹ Подробнее см.: Koch B.A. Proportional Liability for Causal Uncertainty. How It Works on the Basis of a 200-Year-Old Code / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. P. 67–86; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 141–144, 147–148. См. также в контексте теорий «гибкой системы» и потенциальной причинной связи выше начало настоящей главы.

² После дела *Fairchild* оставалось непонятным, за что именно отвечает альтернативный делинквент: за *создание повышенного риска* причинения вреда или все-таки за *причинение* вреда? Дискуссия была завершена в деле *Durham v BAI Run Off Ltd* (2012). Верховный суд указал, что тест на существенное повышение риска причинения вреда – это не *основание ответственности*, а *способ установления причинной связи* в исключительных случаях. См.: McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 273. Таким образом, речь идет именно о перераспределении бремени доказывания – в том смысле, что истец возводит презумпцию, которую ответчику не удастся опровергнуть.

³ См. подробнее о развитии английской и канадской судебной практики с указанием на литературу § 4 главы 1 настоящей работы.

устранена Палатой Лордов в деле *Barker v Corus (UK)* (2006)¹. Это дело продолжило судебную практику о развившейся у потерпевшего мезотелиоме вследствие контакта с асбестом в периоды последовательной работы у нескольких работодателей, но имело две особенности.

Во-первых, в течение одного из вредоносных периодов потерпевший был самозанятым, то есть работал как частное лицо на самого себя. Несмотря на это, Палата Лордов единогласно приняла решение о привлечении работодателей к ответственности, указав, что при установлении условий применения теста на существенное повышение риска причинения вреда становится неважно, можно ли вменить второму источнику ответственность или нет, возник он вследствие естественных (объективных) причин или человеческого фактора, явился ли следствием поведения третьего лица или самого потерпевшего.

Во-вторых, в этом деле суду было известно об установленной несостоятельности нескольких ответчиков. То есть, уже было понятно, что в случае солидарной ответственности платежеспособный должник может не рассчитывать на успешное выравнивание во внутренних отношениях с остальными альтернативными делинквентами. Значение такого решения можно ярко проиллюстрировать на примере одного из споров, оказавшихся тогда перед Палатой Лордов: ответчики, которые во внутренних отношениях должны были понести ответственность в размере 83% итоговой суммы компенсации, впали в банкротство. Таким образом, при солидарной ответственности обязанность выплатить 100% суммы возмещения падает на работодателя, который при долевой ответственности отвечал бы только на 17%².

При таких обстоятельствах суд привлек всех работодателей к *долевой* ответственности пропорционально периодам времени, отработанным потерпевшим на предприятии у каждого ответчика, с учетом степени интенсивности вредоносного воздействия³. Тем самым бремя несения риска

¹ Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 129–130; McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 274–275.

² Mullis A., Oliphant K. Op. cit. P. 129.

³ Лорд Хоффман объяснил принятое решение так: «Идея привлечения нескольких делинквентов к солидарной

неплатежеспособности всех работодателей из цепочки было возложено на потерпевшего.

Решение очень быстро перешло в политическую плоскость. Палата Лордов уменьшила гарантии рядовых рабочих – потерпевших от профессиональных заболеваний – и сразу оказалась под шквальным огнем критики со всех сторон, в том числе профессиональных союзов и членов Парламента¹. Реакция последнего последовала в том же году. Закон о компенсации 2006 г. (*Compensation Act 2006*)² в своем разделе 3 установил, что при наличии предпосылок для применения теста на существенное повышение риска причинения вреда все альтернативные делинквенты должны нести солидарную ответственность перед потерпевшим, при этом итоговая сумма возмещения может быть уменьшена в случае встречной вины потерпевшего (*contributory negligence*)³. Тем самым законодатель пересмотрел правовую позицию, занятую Палатой Лордов в деле *Barker*, в пользу солидаритета, допустив пропорциональную ответственность только при установлении встречной вины потерпевшего. Мы бы не анализировали подробно дело *Barker*, если бы не то

ответственности состоит в том, что если Вы причинили вред, то нельзя уменьшать Вашу ответственность только на том основании, что кто-то другой также причинил такой же вред вместе с Вами. Но когда в исключительных случаях ответственность наступает только потому, что Вы, *возможно* (курсив мой – *М.Л.*), причинили вред, то приведенные соображения уже не работают и справедливость требует, что если имеются несколько таких лиц, которые, возможно, причинили вред, то совокупная ответственность должна быть разделена между ними сообразно той степени вероятности, с которой можно судить, что то или иное лицо в цепочке или группе, возможно, причинило рассматриваемый вред». См. подробнее: *Judgments - barker (Respondent) v. Corus (UK) plc (Appellants) (formerly barker (Respondent) v. Saint Gobain Pipelines plc (Appellants) and others (Conjoined Appeals)*. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060503/barker-3.htm> (дата обращения: 14.08.2022).

¹ Несмотря на то, что Палата Лордов сама является частью Парламента, в ее судебное отделение, бывшее тогда высшей судебной инстанцией в стране, входило лишь двенадцать Лордов (*Law Lords*). При этом основная критика исходила от лейбористского большинства нижней палаты Парламента – Палаты Общин. С 2009 г. высшей судебной инстанцией в стране является Верховный суд, учрежденный Законом о конституционной реформе 2005 г.

² *Compensation Act 2006. Section 3*. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/section/3> (дата обращения: 14.08.2022).

³ Заметим, что Закон о компенсации не упоминает в числе обстоятельств, уменьшающих ответственность делинквентов, случай, то есть случайное вдыхание асбеста потерпевшим, перенося риск такого случая на работодателей. Равным образом, механизм пропорциональной ответственности, установленный в деле *Barker*, по определению исключал влияние случая как альтернативной причины вреда на размер ответственности работодателей. См. последующее дело *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd. (2011)*, в котором суд привлек ответчика к ответственности в размере 100% возмещения несмотря на то, что 85% вредоносного воздействия асбеста было вызвано неделиктным источником естественной природной среды и только 15% обусловлено вредоносным воздействием ответчика (*Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 600*).

обстоятельство, что сфера регулирования раздела 3 Закона о компенсации была ограничена только случаями *развития мезотелиомы вследствие контакта с асбестом*¹. Предпринятое Парламентом казуистичное решение проблемы заслуживает критики. Во-первых, мезотелиома развивается при асбестозе, который является только одним частным случаем заболеваний группы пневмокониоза, т.е. не охватывает другие профессиональные заболевания, возникающие в связи с вдыханием производственной пыли². Во-вторых, литература правильно абстрагируется в описании теста *Fairchild* от конкретных болезней в сторону тех обобщенных признаков альтернативной каузальности, которые в действительности обосновывают решение в пользу потерпевшего. Как бы то ни было, *de lege lata* для остальных ситуаций (кроме мезотелиомы), где установлены условия теста на существенное повышение риска причинения вреда, на текущем этапе должен применяться именно подход из дела *Barker* и закрепленная в нем долевая (пропорциональная) деликтная ответственность³.

Подобный дуализм подходов к решению однородных дел представляется промежуточной позицией, нарушающей принцип равенства всех перед законом и судом. Случайно дифференцированное регулирование уже дает свои негативные плоды. В асбестовом деле *Heneghan v Manchester Dry Docks*

¹ Раздел 3 закона так и называется: «Мезотелиома: убытки» (*Mesothelioma: damages*).

² Пневмокониозы (греч. *pneumon* легкое + *konis* пыль) – хронические заболевания легких, обусловленные длительным вдыханием пыли и характеризующиеся развитием фиброза легочной ткани. Пневмокониозы практически всегда являются профессиональными заболеваниями. По классификации заболеваний и патологических состояний легких (бронхолегочной системы), предложенной Н.В. Путовым и Г.Б. Федосеевым (1978), пневмокониозы относят к хроническим приобретенным диффузным заболеваниям легких с преимущественным поражением их респираторных отделов. Классификация Пневмокониозов, утвержденная МЗ СССР (1976), основана на этиологическом принципе с учетом рентгенологической и клинической картины заболевания. В зависимости от характера воздействующей производственной пыли выделяют следующие виды Пневмокониозов: (1) силикоз – пневмокониоз, развивающийся от вдыхания пыли, содержащей свободную двуокись кремния; (2) силикатозы – пневмокониозы, возникающие при вдыхании пыли силикатов, содержащих двуокись кремния в связанном состоянии: асбестоз, талькоз, каолиноз, цементный, слюдяной, нефелиновый, оливниновый силикатоз и др.; (3) металлокониозы – пневмокониозы, развивающиеся в результате вдыхания пыли алюминия, бария, бериллия, железа, марганца, олова (алюминоз, баритоз, бериллиоз, марганокониоз, сидероз, станиоз и др.); (4) карбокониозы – пневмокониозы, развивающиеся при вдыхании углеродсодержащей пыли (антракоз, графитоз и др.); (5) пневмокониозы от смешанной пыли, в т. ч. содержащей или не содержащей двуокись кремния (антракосиликоз, сидеросиликоз, силикосиликатоз, пневмокониоз электросварщиков, шлифовальщиков и др.); (6) пневмокониозы, возникающие от вдыхания органической пыли (амилоз, биссиноз и др.). Подробнее см.: Пневмокониозы // Большая Медицинская Энциклопедия (БМЭ) / под ред. Б.В. Петровского. 3-е издание. Т. 19. URL: <https://бмэ.орг/index.php/пневмокониозы> (дата обращения: 14.08.2022).

³ McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 277–278.

Ltd (2016)¹ суд нашел основания для применения облегченного теста причинной связи из дела *Fairchild*, но вынужден был применить долевую ответственность работодателей из дела *Barker* только потому, что потерпевший заболел иной формой рака легких, а не мезотелиомой – притом, что обе болезни развиваются из асбестоза. *Ratio* отдельного выделения дел о мезотелиоме из числа всех прочих случаев альтернативной каузальности представляется неочевидной. Дела, в которых суд находит предпосылки для применения теста на существенное повышение риска причинения вреда, должны разрешаться одинаково. В настоящий момент в позиции по делу *Barker* и Законе о компенсации 2006 г. на первый план выдвигаются обстоятельства, глубоко вторичные для деликтного права, по сравнению с более ранним подходом из дела *Fairchild*.

Наконец, в еще одном аспекте английское право привлекает наше внимание. Для случаев солидарной ответственности работодателей в соответствии с разделом 3 Закона о компенсации действует специальный публичный государственный фонд (*Financial Services Compensation Scheme, FSCS*) для выплат компенсаций альтернативным делинквентам, которые, возместив вред потерпевшему, не смогли взыскать причитающееся им во внутренних отношениях с остальных солидарных должников². Такая система позволяет сохранить все преимущества солидарной ответственности для потерпевшего, одновременно гарантируя каждому альтернативному делинквенту право на получение выравнивающих платежей, соответствующих его доле во внутренних отношениях. Аналогичный публичный фонд с 2014 г. действует для прямых выплат потерпевшим, которым мезотелиома была диагностирована, начиная с 25.07.2012, и которые не могут предъявить иск к своему работодателю ввиду его ликвидации, а также не могут установить страховщика работодателя из-за

¹ Ibid. P. 277.

² McGuinness T. Mesothelioma: Civil Court Claims. Briefing Paper Number 04450, 3 August 2016. P. 9–10. URL: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04450/SN04450.pdf> (дата обращения: 14.08.2022); Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 595.

утраты документов (*Mesothelioma Act 2014, Diffuse Mesothelioma Payment Scheme, DMPS*)¹.

В США для случаев альтернативной каузальности судебная практика к настоящему моменту пришла к модели солидарной ответственности. Подавляющее большинство штатов, за исключением Орегона и Миннесоты², восприняло доктрину так называемой «альтернативной ответственности» (*alternative liability*)³, которая получила наиболее полное выражение в знаменитом деле Верховного суда Калифорнии *Summers v Tice* (1948). Обстоятельства этого дела легли в основу образцового казуса с охотниками.

В современном виде правила американской судебной практики вобрал в себя *Restatement (Third) of Torts*, согласно которому для привлечения альтернативных делинквентов к солидарной ответственности потерпевший должен доказать, что⁴:

1) фактическая причина вреда заключается в поведении одного из группы альтернативных делинквентов, каждый из которых действовал или бездействовал противоправным образом;

2) от истца нельзя разумно ожидать, что он сможет доказать, какое лицо или лица причинили вред (*the plaintiff cannot reasonably be expected to prove which actor or actors caused the harm*)⁵;

3) все альтернативные делинквенты собраны в одном судебном процессе⁶;

¹ McGuinness T. Op. cit. P. 19.

² Steel S. Op. cit. P. 197; Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 593–594.

³ Термин «альтернативная ответственность» не совсем точен, поскольку альтернативной является причинная неопределенность, а ответственность – солидарная (Steel S. Op. cit. P. 197).

⁴ Steel S. Op. cit. P. 162–163; Oliphant K. Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues. P. 593–594; Oliphant K. Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes // William Mitchell Law Review. 2011. Vol. 37, Iss. 3. P. 1599–1632.

⁵ Данное условие представляет собой очень тонко настроенный критерий, влияющий на пределы применения нормативного понятия альтернативной каузальности и вытекающих из него специфических правил. Американский подход отвергает описание процессуально-познавательного тупика в терминах объективной невозможности установления фактической причины вреда и оставляет место для субъективной невозможности, чрезвычайной затруднительности или очевидной нецелесообразности (с точки зрения базового критерия разумности) доказывания причинной связи для потерпевшего. Это позволяет охватить понятием альтернативной причинной связи, например, такие случаи явной нецелесообразности установления фактической причинной связи для потерпевшего (с точки зрения соразмерности объема издержек на установление причинной связи величине исковых требований), которые описывались выше в § 3 главы 1 настоящей работы.

⁶ См. подробнее: Johnson V.R. Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts. Ch. 7.4. Это условие является

4) в делах об ответственности за вред, причиненный некачественными товарами (*product liability*), потерпевший испытал на себе вредоносное воздействие этого товара;

5) каждый из ответчиков своим поведением создал риск причинения вреда, который не является слишком отдаленным (*too remote*) от фактически наступивших неблагоприятных последствий.

Некоторые суды также требуют, чтобы поведение потенциальных делинквентов было одновременным или согласованным, правда, без подробного объяснения этого условия. Последующая судебная практика отвергла это условие¹. Относительно значения смешанной вины для применения правил альтернативной ответственности руководящая позиция судебной практики пока не выработана, но первый пункт описанных условий подсказывает иное решение, отличное от солидаритета, которое будет проанализировано ниже². Примечательно, что германская литература и судебная практика уже высказались по этому вопросу: господствующее мнение исходит из того, что предл. 2 абз. 1 § 830 ГГУ и, соответственно, солидарная ответственность не применяются в ситуациях, когда альтернативной причиной вреда являются обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего, в частности его

партикулярным для американского права. Здесь *Restatement* пытается разграничить солидарную ответственность из дела *Summers* и пропорциональную ответственность по доле рынка из *DES*-дела *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980). Если в деле *Summers* иск сразу был предъявлен к двум охотникам, то в деле *Sindell* потерпевший, как можно было ожидать, не смог собрать в процессе всех производителей вредоносного препарата, и теперь это частное различие стало способом различения (*distinguishing*) двух правовых позиций. Между тем ясно, что одной из особенностей солидарной ответственности является именно отсутствие необходимости предъявлять иски ко всем должникам для полного удовлетворения нарушенного интереса. Поэтому комментируемое условие много критикуется в доктрине как случайное и не необходимое (Steel S. Op. cit. P. 163–164). Более того, еще одна важная партикулярная особенность англо-американского права заключается в том, что примененная в деле *Summers* модель *joint and several liability* исторически как раз и отличалась от «простой» *joint liability* именно тем, что предоставляла кредитору несколько оснований иска (*cause of action*) к каждому должнику по отдельности, освобождая кредитора от необходимости тщательно выбирать ответчика или сразу собирать всех в одном процессе (в континентальной юриспруденции можно было наблюдать аналогичную историю смягчения преклюзивного эффекта *litis contestatio*). На этом фоне комментируемое условие применительно к модели *joint and several liability* выглядит особенно неуместно. См. подробнее поиск доктринального основания для сосуществования солидарной ответственности из дела *Summers* и пропорциональной ответственности из дела *Sindell*: Geistfeld M.A. The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability // University of Pennsylvania Law Review. 2006. Vol. 155. P. 447–502.

¹ Johnson V.R. Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts. Ch. 7.3.

² См. далее § 4 настоящей главы.

собственное упорное поведение или случай¹.

2. Перераспределение бремени доказывания при схожей деятельности альтернативных делинквентов (Франция, отчасти Англия и Канада).

Как уже было ранее упомянуто, во французском праве строго формальная и последовательно отказная позиция судов в ситуациях альтернативной причинной неопределенности, господствовавшая в судебной практике в течение полутора столетий после принятия ФГК, во второй половине XX в. под давлением доктрины и интуитивно ощущаемой справедливости сменилась на применение солидарной ответственности. Обоснование этого решения менялось в течение десятилетий², и в последние годы господствующая часть судебной практики применяет следующий подход.

В двух *DES*-делах, рассмотренных Кассационным судом в 2009 г., потерпевшие требовали привлечения к солидарной ответственности двух компаний, распространявших вредоносный препарат в спорный период на территории Французской республики, причем доля одной компании на рынке составляла 90%, а доля другой – соответственно, 10%. Суд привлек ответчиков к солидарной ответственности, но не воспользовался для этого эксплицитно ни одной из рассматриваемых ранее доктрин, а просто развернул бремя доказывания. Поскольку ответчики не смогли обосновать перед судом свою непричастность к наступившему вреду, суд вынес решение о привлечении их к солидарной ответственности³. В настоящий момент неясно, до каких пределов может простираться готовность суда переложить бремя доказывания причинной связи на ответчиков и при каких условиях это необходимо делать. Само по себе решение о переложении бремени доказывания не подсказывает условий его применения, а в обсуждаемых судебных актах этому аспекту не уделено

¹ Там же.

² См. выше § 4 главы 1 настоящей работы, а также далее в настоящем параграфе про теорию лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту.

³ Steel S. Op. cit. P. 158–161.

достаточного внимания.

Проект реформы положений о гражданской ответственности ФГК 2017 г. направлен на решение накопившихся проблем. Ст.ст. 1238-1240 Проекта специально посвящены регулированию причинно-следственной связи, причем предлагаются правила, общие для договоров и деликтов¹. Статья 1238 упоминалась выше в ходе анализа доктрины утраты шанса на благоприятный исход². В ст. 1239 Проекта важно отметить оговорку абз. 2 о том, что причинно-следственная связь может быть установлена любыми средствами доказывания. По-видимому, данная норма, процессуальная по своей природе, должна войти в ФГК как локальный результат общей продолжительной дискуссии западной юриспруденции о допустимости научно-статистических исследований как доказательств причинной связи в конкретном деле³. По-видимому, авторы Проекта хотят подчеркнуть, что ФГК не будет препятствовать суду в установлении причинной связи всеми доступными способами. Но главное внимание приковывает абз. 1 ст. 1240, который устанавливает: «Если имущественный или неимущественный вред, возникающий из причинения физического вреда личности (*personal injury*), причинен неопределенным лицом из двух и более установленных лиц, действовавших совместно (*acting in concert*) или осуществлявших схожую деятельность (*exercising a similar activity*, курсив мой – М.Л.), каждое такое лицо отвечает за весь вред, если только оно не докажет, что не могло причинить его».

Как можно заметить, ст. 1240 не следует предлагаемой в *PETL* и австрийском Проекте изменений деликтного права АГУ 2007 г. гибкой системе и модели пропорциональной ответственности. Вместо этого ст. 1240 отражает последние позиции собственной судебной практики и устанавливает солидарную

¹ См. также ст. 1233-1 Проекта, которая подчиняет возмещение имущественного или неимущественного вреда, возникающего из причинения физического вреда личности (*personal injury*), режиму внедоговорной ответственности, даже если указанный вред был причинен при исполнении договора. Это не препятствует потерпевшему ссылаться на такие договорные условия, которые устанавливают более благоприятное для него положение по сравнению с регулированием внедоговорной ответственности.

² См. выше § 2 настоящей главы.

³ См. выше § 1 главы 1 настоящей работы.

ответственность нескольких альтернативных делинквентов при наличии определенных предпосылок. Литература, посвященная реформе, сообщает, что ст. 1240 стала результатом примирения между собой нескольких законопроектов¹. Однако искусственный характер получившегося компромисса вызывает обоснованные беспокойство и критику.

Во-первых, облегченный стандарт доказывания применяется только при возмещении имущественного и неимущественного вреда, возникающего из причинения физического вреда личности. Это означает, что в остальных случаях применяются общие правила, и лицо, потерпевшее вред имуществу, чисто экономический вред или моральный вред, не вытекающие из физического вреда, скорее всего в аналогичной ситуации альтернативной каузальности останется без возмещения². Конечно, защита потерпевшего не является самоцелью и самодостаточным аргументом, но важно понять причины такой дифференциации. Можно предположить, что составители хотели подчеркнуть особенную значимость и приоритет охраны человека от физического вреда, однако в результате получилось предпочтение физической неприкосновенности всем остальным благам. Такое безоговорочное решение спорно и не дает суду необходимой гибкости в конкретном деле. Понимая это, составители *PETL* и австрийского Проекта установили только примерную иерархию охраняемых благ и интересов, позволяя суду в конкретном случае взвешивать их относительную ценность для принятия справедливого решения³. Французский Проект лишен такой эластичности.

Во-вторых, несмотря на невозможность установления фактического делинквента, истец должен доказать, что ответчики действовали совместно или осуществляли в период предполагаемого причинения вреда схожую деятельность. Получается, что если независимая и различная по своему

¹ См. подробнее: Oliveira N.M.P. Op. cit. / French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Sec. II-III.

² Ibid.

³ См. ст. 2:102 *PETL* и § 1293 австрийского Проекта.

характеру деятельность альтернативных делинквентов в отношении потерпевшего имела схожий вредоносный эффект, то в этой ситуации также не находится места облегчению доказывания и истец остается без защиты. И снова мы видим некоторое априорное ограничение, не оставляющее суду возможностей для маневра. Солидарная ответственность за квази-уголовное соучастие не вызывает возражений, а в значительной части деликтов из рубрики причинной неопределенности можно встретить схожий характер деятельности альтернативных делинквентов. Однако такая ситуация возникает далеко не всегда. Например, *П* испытал вред здоровью, ставший результатом либо приема некачественного лекарства, произведенного *Д1*, либо некачественной пищи, поданной ему в ресторане *Д2*. Поскольку *Д1* и *Д2* действовали независимо и их деятельность не является схожей, то оснований для применения ст. 1240 не имеется, и разрешение дела подчиняется общим правилам деликтной ответственности. По общим правилам *П* объективно может не суметь доказать причинную связь в отношении *Д1* или *Д2*, что приведет к освобождению их обоих и оставит потерпевшего без возмещения вреда. Но возникает вопрос: если деятельность *Д1* и *Д2* ведется независимо друг от друга, то имеет ли юридическое значение, схожая она или нет? Этот критерий представляется случайным (не необходимым) и может привести к неоправданно различному решению аналогичных дел.

Безусловно, необходимо анализировать, как будут применяться обсуждаемые правила в дальнейшей французской судебной практике, но пока что напрашиваются определенные сомнения в последовательности предлагаемого регулирования. Ст. 1240 Проекта, по крайней мере по своему буквальному содержанию, далека от последовательности, присущей § 830 ГГУ или хотя бы *PETL* и австрийскому Проекту. Предложенный ст. 1240 компромисс на текущий момент выглядит несколько случайным. В литературе утверждается, что недостатки ст. 1240 Проекта должны быть исправлены за счет субсидиарного применения ст. 1265 Проекта, согласно которой, если одно или несколько лиц

несут ответственность за один и тот же вред, они солидарно обязаны возместить его потерпевшему. Предлагается даже признать ст. 1240 частным случаем ст. 1265¹. Впрочем, эти предположения нуждаются в последующем подтверждении судебной практикой, если французский Проект будет принят. Пока что, даже если признать между ст.ст. 1240 и 1265 такое соотношение, необходимо заметить, что абз. 2 ст. 1240 устанавливает иные правила разложения вреда во внутренних отношениях (пропорционально вероятности причинения вреда каждым делинквентом) по сравнению с абз. 2 ст. 1265 (пропорционально размеру вины и влиянию причинной связи). Ограничение сферы применения ст. 1240 только случаями причинения физического вреда личности продолжает вызывать сомнения, поскольку этим типом вреда явно не исчерпываются все случаи причинной неопределенности. Правила регресса, установленные в ст. 1265 Проекта, плохо подходят для них.

3. Теория лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту (prevented claim theory) как основание солидарной ответственности альтернативных делинквентов.

Все теории ответственности альтернативных делинквентов, построенные на перераспределении бремени доказывания, используют данный процессуальный инструмент для изначально преследуемой материально-правовой цели возмещения вреда потерпевшему и упускают очень важную деталь, которую очень точно подметил Ф. Быдлински². А именно, установление *de facto* неопровержимой презумпции причинной связи в отношении всех альтернативных делинквентов приводит к *признанию их всех причинителями вреда*, несмотря на то что и суду, и всем участникам процесса достоверно известно, что количество фактических причин вреда меньше числа

¹ Подробнее см.: Ligüerre C.G. Op. cit. / French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Sec. IV.

² Bydliniski F. Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität. S. 8. См. также: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 142.

альтернативных. Иными словами, в образцовом казусе с двумя охотниками презумпция причинной связи ведет к признанию причинителями вреда их обоих, хотя на необходимом стандарте доказывания установлено (и сам потерпевший не отрицает), что фактически вред причинил только кто-то один из них. Признание допустимым в процессуальной форме судебного акта материально-правового результата, настолько отклоняющегося от действительного положения дел в реальной ситуации причинения вреда, представляет собой большую опасность для правовой системы.

Предлагаемая вместо этого Ф. Быдлински и некоторыми другими авторами концепция потенциальной причинной связи, основанная на создании альтернативными делинквентами ситуации конкретного и повышенного риска причинения вреда данному потерпевшему, равным образом представляется неудовлетворительной по изложенным выше соображениям¹. В результате анализа всех представленных подходов возможно прийти к выводу, что с точки зрения руководящих принципов и функций классического деликтного права ни создание повышенного риска (конкретной угрозы) причинения вреда, ни схожий характер поведения не могут выступать самодостаточными и универсальными критериями установления солидарной ответственности альтернативных делинквентов. В ситуации альтернативной причинной неопределенности негодование и возражения вызывает не столько чрезмерно рискованное поведение альтернативных причинителей вреда и не риск банкротства одного или нескольких должников, который иначе вынужден нести потерпевший, сколько установленный факт, что *повышено рискованное в отношении потерпевшего поведение нескольких альтернативных делинквентов привело к ситуации, в которой право потерпевшего на возмещение вреда, бесспорное в ситуации один на один, теперь ставится под сомнение, притом что качество поведения потерпевшего остается одинаковым в обоих случаях*².

¹ См. выше § 2 главы 1, а также § 1 настоящей главы.

² Аналогичное возражение см.: Steel S. Op. cit. P. 187; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 142–144, со ссылками на литературу.

Так, в типовом примере с охотниками вероятность причинения вреда каждым ответчиком равна 50%, что с точки зрения баланса вероятностей недостаточно для привлечения к ответственности каждого из них. Однако при таком подходе потерпевший, недобровольно оказавшийся с фактическим делинквентом в относительном правоотношении по возмещению вреда, ничего не получает только потому, что где-то рядом с этим правоотношением находится третье лицо. Очевидно, что если бы охотник был только один, то такой казус не попал бы в настоящее исследование. Получается, что потерпевший становится в худшее положение только потому, что рядом с его правом требования против фактического делинквента – обязательством и без того недобровольным – находится третье лицо. Отказ в возмещении вреда в таком случае санкционирует нарушение принципа относительности обязательственного правоотношения. Убеждение в этом формируется именно исходя из установленного факта возникновения деликтного обязательства с кем-то из альтернативных нарушителей, то есть из предпосылки о принципиальной возможности очертить на балансе вероятностей ограниченную группу альтернативных причинителей вреда. Условие о создании конкретной (повышенной) угрозы причинения вреда данному потерпевшему не позволяет вовлечь в орбиту ответственности лиц, чья связь с наступившим вредом настолько незначительная или отдаленная, что ей можно пренебречь. При этом невозможно априорно и универсально вывести строгое пороговое значение вероятности, до достижения которого поведением *Дп* можно пренебречь и не включать его в круг альтернативных делинквентов. Будет эта пороговая вероятность равняться 5%, или больше, или меньше, заранее установить невозможно. Все зависит от обстоятельств конкретного дела, то есть решение этого вопроса остается прерогативой суда.

Во французском праве применяемые первоначально для обоснования солидаритета концепция коллективной вины (*faute collective*) и ее аналог для случаев строгой ответственности (*garde en commun*) были подвергнуты широкой

критике¹. Поэтому впоследствии относительную популярность во французской судебной практике получило другое объяснение солидарной ответственности альтернативных делинквентов². Согласно этому подходу *Д2* отвечает солидарно с *Д1* либо за собственный вред, либо за то, что *Д2* своим поведением лишил *П* возможности взыскать вред с *Д1*. В том же смысле отвечает *Д1*. В канадском деле *Cook v Lewis* (1951), которое воспроизводит типовой казус про охотников, суд использовал аналогичное обоснование для привлечения *Д1* и *Д2* к солидарной ответственности³. В англоязычной компаративной литературе это объяснение получило название теории лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту (*prevented claim theory*)⁴.

Однако несложно заметить, что данная теория приводит к принципиально иной постановке вопроса о том, какой вред возмещают альтернативные делинквенты, и навлекает на себя возражений не меньше, чем концепция коллективной вины. Неудивительно, что последняя французская судебная практика обозначила определенный отход от такого объяснения и обратилась к простому перераспределению бремени доказывания⁵, видимо, оставив более тщательную разработку этой теории научному дискурсу. Обобщим основные аргументы против теории лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту⁶.

1) Причинение первичного (физического, материального) вреда и лишение потерпевшего юридической возможности взыскать возмещение вреда с другого лица – это два принципиально разных деликта. Их основания неодинаковы: второй деликт по своим признакам попадает в категорию чисто экономических

¹ См. выше § 4 главы 1 настоящей работы.

² Steel S. Op. cit. P. 157–158.

³ McBride N.J., Bagshaw R. Op. cit. P. 291.

⁴ Мы даем не совсем буквальный перевод *prevented claim theory*, чтобы объяснить ее ключевую идею на языке отечественной терминологии. Российская процессуальная доктрина традиционно различает право на иск (в материальном смысле) и право на предъявление иска (в процессуальном смысле). Право на иск в материальном смысле означает актуальную возможность установления перед судом всех материально-правовых предпосылок (оснований) для его удовлетворения. Именно это имущественное благо отнимают у потерпевшего альтернативные делинквенты. См. подробнее: Гурвич М.А. Право на иск. М., Ленинград: Издательство АН СССР, 1949. 216 с.

⁵ См. выше в настоящем параграфе.

⁶ См. подробнее часть излагаемых далее аргументов: Steel S. Op. cit. P. 175–179.

убытков, которая предполагает дополнительные условия для привлечения к ответственности¹. В частности, ответственность за вмешательство в чужую обязательственную связь обычно предполагает умысел на стороне интервента². Это усложнение объясняется тем, что такая ответственность должна быть предвидима или иным образом охватываться свободной волей нарушителя. Когда один альтернативный делинквент даже подозревать не может о существовании другого, напрашивается упрек в искусственности предлагаемого решения.

2) Из теории лишения права на иск следует, что фактический делинквент с материально-правовой точки зрения отвечает дважды за одно и то же: за причинение первичного вреда и за невозможность установления фактического делинквента. Возникает вопрос о том, может ли потерпевший, выяснив все обстоятельства дела и собрав необходимые доказательства своими силами и средствами, взыскать с отрицающего иск ответчика двойное возмещение вреда.

3) Возникает отдельный вопрос о том, может ли фактический делинквент отвечать за лишение права на иск, если он сам и есть фактический делинквент. В гражданском праве и цивилистическом процессе у субъектов отсутствует обязанность по признанию перед судом фактических обстоятельств дела, и каждый, находясь в процессуальных рамках, волен защищать себя по своему усмотрению на свой риск.

4) Неочевидно, что размер ответственности за эти два принципиально разных деликта является одинаковым. Второй деликт стоит более отдаленно по отношению к вреду, причиненному фактическим делинквентом, и может быть

¹ См. подробнее: Bussani M., Palmer V.V. (eds.) *Pure Economic Loss in Europe*; Bernstein H. *Civil Liability for Pure Economic Loss Under American Tort Law* // *The American Journal of Comparative Law*. 1998. Vol. 46, Iss. Suppl. 1. P. 111–131; Sharkey C.M. *Tort Liability for Pure Economic Loss: A Perspective from the United States and Some Comparative European Insights* // *Journal of European Tort Law*. 2016. Vol. 7. № 3. P. 237–271.

² См., например: Сеницын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав // *Вестник гражданского права*. 2015. № 1. С. 7–44; Алоян А.Э. Модели абсолютной защиты обязательственных прав // *Закон*. 2015. № 8. С. 138–146; Гутников О.В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве // *Закон*. 2017. № 1. С. 22–37; Чупрунов А.С. Ответственность третьего лица за вмешательство в договорные отношения. Иностраный опыт и российские перспективы // *Журнал РШЧП*. 2018. № 1. С. 185–190.

отдельно проверен на соответствие критериям установления юридических пределов ответственности делинквента.

5) Размер ответственности за лишение права на иск к фактическому делинквенту, по-видимому, становится в зависимость от платежеспособности последнего: если фактический делинквент – банкрот, то размер ответственности за лишение права на иск к нему не может равняться размеру ответственности фактического делинквента (требование к банкроту практически обесценивается, и кредитор, как может показаться, ничего не лишается).

6) Обсуждаемая теория, на первый взгляд, порождает несколько парадоксальные выводы: каждый альтернативный делинквент отвечает за лишение потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту таким образом, что потерпевший в итоге ничего не лишается, а, наоборот, получает для себя даже более широкую защиту, чем ему полагалось, в виде нескольких солидарно ответственных должников и их имущественных масс.

Описанные соображения подсказывают, что два основания ответственности – за причинение первичного вреда и за лишение права на иск к причинителю вреда – не являются абсолютно взаимозаменяемыми. Трансформация одного основания ответственности в другое также нуждается в дополнительной аргументации. Между тем современная литература уже намечает определенные пути преодоления обозначенной критики¹, и мы также можем высказать собственные замечания по поставленным проблемам.

1) Действительно, отмеченная трансформация предполагает возникновение нового типа вреда и нового деликта по сравнению с теми негативными последствиями, которые причинил фактический делинквент. Этот деликт принадлежит к категории чисто экономических убытков, которая, согласно господствующему мнению, предусматривает квалифицированные условия

¹ См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 179–196. Не все высказываемые там возражения на существующую критику представляются нам убедительными, в связи с чем мы не будем подробно описывать эти возражения в настоящей работе и ограничимся изложением некоторых собственных доводов. Однако для формирования наиболее полной картины идущего дискурса обращение к работе С. Стил представляется безусловно необходимым.

привлечения к ответственности, прежде всего умысел в поведении нарушителя, позволяющий расширить юридические пределы ответственности. Делинквент должен желать или хотя бы осознавать определенный набор негативных последствий, обычно или в конкретной ситуации ассоциированных с его поведением. Однако из рассмотренной судебной практики можно заметить, что выдвигаемый в англо-американском и германском праве критерий создания альтернативными делинквентами повышенного риска (конкретной угрозы) причинения вреда, представляющий собой квалифицированный случай гипер-адекватности вредоносного поведения наступившим последствиям, либо прямо пересекается с требованием умысла в конвенциональном смысле злостного нарушения применительно к вмешательству в чужую обязательственную связь, либо успешно восполняет это условие для вменения ответственности. Конкретность угрозы и существенное повышение риска причинения определенного вреда задают такой стандарт поведения альтернативных делинквентов, который предполагает, как минимум, осведомленность о возможных последствиях соответствующего поведения для данного потерпевшего. Кроме того, одной из проблем возмещения чисто экономических убытков является причинная связь на стороне делинквента, но в рассматриваемой ситуации такая причинная связь устанавливается с помощью *NESS* теста: ввиду невозможности определения фактического причинителя вреда поведение альтернативных делинквентов формирует различные комбинации самостоятельных наборов необходимых условий, достаточных для причинения потерпевшему чисто экономического вреда в виде невозможности удовлетворения иска к фактическому делинквенту¹.

2) Видимость двойной ответственности фактического делинквента оказывается мнимой. Выполнение ответчиком объективной стороны деликта в виде лишения потерпевшего права на иск напрямую зависит от установления потерпевшим перед судом всех обозначенных признаков альтернативной

¹ См. подробнее о *NESS* тесте выше § 4 главы 1 настоящей работы.

причинной неопределенности, влекущей невозможность для суда в состязательном процессе обязать фактического делинквента к возмещению первичного вреда¹. Последующее взыскание возмещения вреда с фактического делинквента в другом процессе (например, по причине непредъявления к нему иска в первом деле) влечет за собой возможность пересмотра судебных актов по первому делу по вновь открывшимся обстоятельствам и поворот исполнения ранее вынесенного решения либо порождает у непричастного ответчика право на взыскание с потерпевшего неосновательного обогащения в самостоятельном процессе по новым основаниям.

3) Действительно, на стороне фактического делинквента не может возникнуть никакой обязанности по признанию в совершенном вреде, и успешная защита в состязательном процессе иногда может ограничиться в том числе простым отрицанием заявленных исковых требований за их недоказанностью. Однако верно и то, что к фактическому признанию доводов истца может быть приравнено в том числе их голословное отрицание ответчиком². Необходимо также учитывать, что в цивилистическом процессе далеко не все действия его участников охватываются строгой дихотомией «право/обязанность»: лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий (посл. предл. ч. 2 ст. 9 АПК РФ). Ответчик сам выбирает стратегию защиты и, в частности, несет риск наступления правовых последствий в виде удовлетворения к нему требований о возмещении вреда за лишение потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту в случае установления истцом применительно к поведению ответчика всех признаков альтернативной каузальности.

4) Пределы ответственности за чисто экономический вред, причиненный

¹ См. выше § 2 главы 1 настоящей работы.

² В частности, согласно ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существа заявленных требований.

альтернативными делинквентами, действительно могут быть проверены на соблюдение критериев предвидимости, адекватности последствий и т.п. Но то же самое можно сказать и о юридических пределах ответственности фактического делинквента. Другими словами, речь идет об общем вопросе установления пределов обязательства ответчиков в отношении устранения конкретных неблагоприятных последствий в правоохраняемой сфере потерпевшего, и не существует никакого универсального ограничения ответственности альтернативных делинквентов по сравнению с ответственностью фактического делинквента в отрыве от обстоятельств конкретного дела. Это подтверждается успешными исками потерпевших в *DES*-делах, хотя, казалось бы, более отдаленные последствия, чем болезнь, развитие которой происходит только в следующем поколении и которая проявляется через несколько десятилетий после приема вредоносного препарата матерями потерпевших, сложно себе представить.

5) Применительно к проблеме банкротства фактического делинквента и, соответственно, уменьшенной вплоть до нуля рыночной стоимости права требования, которого оказался лишен потерпевший, нужно заметить, что в этом возражении лежит ложная посылка об обязательном приравнивании размера вреда в связи с лишением права на иск к рыночной стоимости права требования к фактическому делинквенту. Право требования возмещения вреда к фактическому делинквенту, который является неплатежеспособным на момент судебного спора, может иметь для потерпевшего самостоятельную ценность в контексте права инициирования банкротства фактического делинквента с перспективами получения удовлетворения в ходе применения дальнейших процедур и механизмов (оспаривание сделок, субсидиарная ответственность и т.д.), в связи с чем описанная формула оценки размера вреда не может быть точной и достоверной *ex ante*. Помимо этого, обсуждаемый аргумент нарушает требование относимости доводов стороне, их заявляющей, и режим возражений солидарных должников. Возражение *Д1* о неплатежеспособности *Д2* должно

быть отклонено, поскольку *это возражение ему не принадлежит*. Д1 не может возражать о неплатежеспособности фактического делинквента, поскольку неизвестно, кто является фактическим делинквентом; им может быть и сам Д1. Если Д1 докажет, что фактическим делинквентом является Д2, то тогда ни о какой ответственности Д1 вообще нельзя рассуждать: он должен быть освобожден полностью. По существу, Д1 возражает лишь о невозможности успешного регрессного требования к Д2 во внутренних отношениях по причине неплатежеспособности последнего. Однако такое возражение противоречит самой конструкции солидаритета и его экономической цели распределения риска банкротства каждого должника на всех остальных должников¹.

б) Парадокс более защищенного положения потерпевшего по сравнению с классическим деликтным обязательством один на один с фактическим делинквентом объясняется необоснованным смешением в этом возражении двух типов вреда. Солидарная ответственность альтернативных делинквентов за лишение потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту обусловлена *самостоятельным основанием*, заключенным в кумулятивной смешанной или избыточной причинной связи между чисто экономическим вредом и поведением альтернативных делинквентов. Другими словами, приняв теорию лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту, правопорядок имеет дело уже не с альтернативной причинной неопределенностью (она осталась в прошлом применительно к неустановленному фактическому делинквенту), а с кумулятивной смешанной или избыточной причинной связью (применительно к установленным делинквентам), и эта причинная связь обоснованно влечет солидарную ответственность.

4. Выводы и формулирование итогового правила.

По итогам проведенного анализа необходимо признать, что все рассмотренные подходы, обосновывающие солидарную ответственность

¹ См. подробнее: Тололаева Н.В. Указ. соч. С. 63–83, 106–117.

альтернативных делинквентов, содержат в себе немало поводов для обоснованной критики. В отношении германского, австрийского, англо-американского и канадского решений были высказаны сомнения по поводу обоснованности теории потенциальной причинной связи, допустимости механизма перераспределения бремени доказывания, влекущего заведомо не соответствующий действительности материально-правовой результат, и самодостаточности идеи существенного повышения риска (создания конкретной угрозы) причинения вреда как основания деликтной ответственности. Французское решение с критерием однородной деятельности представляется попыткой обобщить собственную судебную практику по *DES*-делам с помощью условия, не являющегося необходимым для всех случаев альтернативной каузальности.

При этом все описанные решения объединяет идея перераспределения бремени доказывания отсутствия причинной связи на ответчиков, что, как представляется, скрывает за собой некоторую процессуальную уловку – особенно на фоне фактических обстоятельств реальных судебных дел, из которых эта идея сформировалась. В этих делах доказывание причинной связи было признано объективно невозможным, поэтому отнесение на ответчика бремени доказывания отсутствия причинной связи может показаться *попыткой правопорядка снять с себя ответственность за невозможность справедливого разрешения спора*¹. При этом нужно оговориться, что в случаях асимметрии в доступе к доказательствам перенесение бремени доказывания отсутствия причинной связи на альтернативных делинквентов может быть обоснованным с процессуальной точки зрения. Если признано, что спорное обстоятельство проще опровергнуть ответчику, чем истцу – доказать, то бремя доказывания (опровержения) может быть возложено на ответчика, даже если речь идет об

¹ См. также у Х. Коциоля критику немецкого подхода: «Перераспределение бремени доказывания будет только означать, что в случае сомнений делинквент подлежит ответственности; это решение не изменяет ничего в отношении резкого перехода от полной свободы от любой ответственности к полной ответственности» (Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 148).

отрицательном факте¹.

Возникновение теории лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту обусловлено интуитивно ощущаемой несправедливостью ситуации, которую породили обстоятельства в сфере ответственности альтернативных делинквентов. При установлении потерпевшим перед судом всех признаков альтернативной каузальности содержанием ответственности альтернативных делинквентов действительно может быть только возмещение потерпевшему чисто экономического вреда в связи с невозможностью привлечения фактического делинквента к ответственности за первичный вред. Перенесение отношений в такую плоскость поднимает все затруднения и возражения, связанные с чисто экономическим вредом. Однако более детальный анализ критических аргументов показывает, что доводы для их опровержения имеются, и их можно и нужно развивать в дальнейшем.

Таким образом, при установлении потерпевшим перед судом всех признаков альтернативной причинной неопределенности, возникновение которой нельзя хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части вменить потерпевшему, наиболее сбалансированным решением представляется модель солидарной ответственности альтернативных делинквентов. При этом каждый из ответчиков вправе доказать на балансе вероятностей отсутствие причинной связи между собственным поведением и наступившим вредом. Солидарный характер ответственности альтернативных делинквентов основывается на четырех базовых предпосылках.

1) *Безупречное поведение самого потерпевшего.* Невозможность хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части вменить создавшуюся неопределенность сфере ответственности потерпевшего позволяет предпочесть риск ложноположительного вывода риску ложноотрицательного вывода относительно причинной связи, поскольку может быть установлено на балансе

¹ См. подробнее о проблеме асимметрии в доступе к доказательствам: Карапетов А.Г., Косарев А.С. Указ. соч. С. 57–60.

вероятностей, что во всяком случае нет никаких оснований для вменения полного или части вреда самому потерпевшему¹. Если в деле установлены подобные обстоятельства, наводящие на потерпевшего обоснованные подозрения в том, что он сам может быть фактической причиной вреда, или если есть основания полагать вмешательство случая в цепочку необходимых условий (что тоже относится к сфере ответственности потерпевшего по принципу *casum sentit dominus*), то отношения внутреннего выравнивания альтернативных делинквентов переносятся во внешние отношения с потерпевшим, и ответственность становится долевым (пропорциональной)².

2) *Статус потерпевшего как недобровольного кредитора, требующий повышенной защиты.* Приобретение гражданских прав и обязанностей свободной волей в собственном интересе представляет собой основополагающий принцип частного права. Выбор оптимальной модели договорной ответственности нескольких должников по единому или нескольким договорам в ситуации причинной неопределенности выходит за рамки настоящей работы. Применительно к проблематике деликтной ответственности не может не обращать на себя внимание то обстоятельство, что потерпевший выступает недобровольным кредитором. Это означает, что кредитор оказался лишен права выбора, с кем из участников оборота вступить в обязательство. Такое вынужденное отступление от базового принципа частного права и принудительное помещение потерпевшего в обязательство не может ограничивать его права по нему только потому, что установленная группа альтернативно ответственных лиц на другой стороне своим совместным или независимым поведением создала ситуацию причинной неопределенности³.

¹ На предпочтительность переложения риска ошибки на ответчиков указывает американский Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm: см. § 28 comment "f" (Steel S. Op. cit. P. 197). Описанное соображение, как отмечается в литературе, оказало существенное влияние на решение суда по знаменитому американскому делу *Summers*, см. подробнее: Johnson V.R. Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts. Ch. 7.3.

² См. далее § 4 настоящей главы.

³ Аналогичный аргумент можно встретить в знаменитом решении Верховного суда Калифорнии по делу *Summers v. Tice* (1948), см.: Steel S. Op. cit. P. 161.

3) *Принцип относительности обязательственных отношений.* Если в казусе с двумя охотниками убить одного, то потерпевший кредитор будет знать своего должника и понесет тем самым меньше процессуальных издержек на ведение судебного дела (в том числе на собирание дополнительных доказательств причинной связи) и исполнительное производство. Наличие рядом с обязательством фактического делинквента второго охотника, который своим поведением не только существенно повысил риск причинения вреда потерпевшему, но и породил ситуацию причинной неопределенности, не должно ухудшать положение потерпевшего как кредитора по обязательству¹. Если потерпевшему будет отказано в иске к каждому альтернативному делинквенту, то тем самым санкционируется вторжение кого-то из ответчиков в чужую обязательственную связь таким образом, что и фактическое причинение вреда, и совершенная интервенция останутся без ответственности, а потерпевший – без возмещения причиненного ему вреда.

4) *Способность потерпевшего доказать на балансе вероятностей создание каждым из альтернативных делинквентов конкретной угрозы (повышенного риска) причинения данному потерпевшему такого вреда, который в итоге фактически наступил.* Выполнение этого предмета и стандарта доказывания представляет собой необходимое условие установления перед судом ситуации альтернативной причинной неопределенности. После этого у каждого из ответчиков остается возможность доказать на балансе вероятностей свою непричастность к конкретным неблагоприятным последствиям на стороне истца и освободиться от ответственности.

¹ Аналогичный аргумент см.: Restatement (Second) of Torts, см. § 433B, subsection (3) (Steel S. Op. cit. P. 162).

§ 4. Основание и пределы применения модели пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения вреда, в ситуации, когда хотя бы одна альтернативная причина лежит в сфере ответственности потерпевшего

Остается рассмотреть последнюю из поставленных проблем альтернативной причинной неопределенности, которая, однако, по своей значимости, как минимум, не уступает всему, что было проанализировано выше. Речь идет о выборе оптимальной модели ответственности альтернативных делинквентов при установлении в составе ограниченной группы альтернативных причин вреда обстоятельств, которые правопрядок относит к сфере ответственности потерпевшего. Если вернуться назад и еще раз внимательно проанализировать все аргументы (1) в пользу принципиального вменения ответственности альтернативным делинквентам, (2) против модели пропорциональной ответственности, а также (3) против и в пользу солидаритета, то можно заметить, что большинство доводов за возмещение вреда потерпевшему основаны на важном условии его безупречного поведения и отсутствия обстоятельств в сфере его ответственности, которые внесли свой вклад в возникновение ситуации альтернативной каузальности. Чтобы склониться к удовлетворению требований потерпевшего в какой-либо части, необходимо прийти к выводу, что цена ошибки ложноотрицательного вывода относительно причинной связи (отказа в иске) значительно превысит цену ошибки ложноположительного вывода относительно причинной связи (удовлетворения иска). Иными словами, требуется обосновать, что риск ложноположительного результата (привлечения к ответственности тех, кто на самом деле не причинял вред) более терпим правопрядком, чем риск ложноотрицательного результата (непривлечения к ответственности лица, которое на самом деле причинило вред). В ситуации отсутствия в группе альтернативных причин вреда обстоятельств в сфере ответственности потерпевшего предпочтение риска ложноположительного

вывода обусловлено в том числе тем, что сложившуюся причинную неопределенность нельзя ни в какой части вменить потерпевшему – недобровольному кредитору, но можно вменить каждому альтернативному делинквенту, создавшему конкретную угрозу (повышенный риск) причинения вреда. Отказ в удовлетворении требования будет означать оставление потерпевшего, непричастного к наступлению вреда и доказавшего максимум возможного, без защиты.

Вместе с тем позитивный и негативный эффекты при выборе между рисками ложноположительного и ложноотрицательного выводов выравниваются между собой при наличии в группе альтернативных причин вреда обстоятельств в сфере ответственности потерпевшего. Это равенство образуется независимо от относительной вероятности причинения вреда той или иной причиной, поскольку так и не удастся обосновать на необходимом стандарте доказывания фактическую причинную связь между хотя бы одной из них и наступившим вредом.

Ключевой проблемой здесь становится формулирование набора критериев, установление которых влечет за собой вывод об относимости вреда (или ситуации альтернативной каузальности) в том числе или исключительно поведению самого потерпевшего. Действительно, с точки зрения одного лишь элемента фактической причинной связи мы всегда можем придти к заключению о том, что поведение потерпевшего также является или может выступать фактической причиной вреда. В образцовом примере с охотниками по этой логике можно утверждать, что потерпевший также внес свой вклад с создание ситуации альтернативной каузальности, потому что отправился в лес и оказался не в то время не в том месте. Вовлечение в фактическую причинную связь многочисленных обстоятельств прошлого *ad infinitum* в той или иной степени представляет собой проблему для всех распространенных критериев установления фактической причинной связи¹. Отделение поведения

¹ См. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 93–121 (со ссылками

потерпевшего от поведения делинквента является одним из частных примеров проблемы разграничения причин и условий наступления вреда¹.

В этом отношении представляет интерес точка зрения Г. Кельзена, который убедительно показал, что ограничивать число фактических причин вреда нам помогает принцип воздаяния, по которому мы судим, какое поведение заслуживает ответственности (санкции), а какое – поощрения². Принцип воздаяния, вопреки представлениям наших предков и многих древних культур, не регулирует естественные (природные) процессы (которые подчинены принципу причинности), а является изобретением человека как один из ключевых механизмов объяснения реальности. Данный подход вовлекает в суждения о причинной связи элементы противоправности и вины: «подлинной» причиной вреда объявляется только противоправное поведение, образующее по воззрениям правопорядка основание ответственности³.

на литературу).

¹ См., например, в сравнительно-правовом контексте: Сударев Г.А. Взаимодействие причин и условий вреда. Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 18.05.2020 № 78-КГ20-18.

² Kelsen H. Causality and Retribution. P. 316–317.

³ Это решение, однако, испытывает существенные затруднения со случаями строгой ответственности, в которых вред причиняется прямо дозволенным или не запрещенным поведением, а обязательство по возмещению вреда возникает независимо от вины. Проблема разграничения потерпевшего и делинквента подробно обсуждается в литературе по экономическому анализу права, сторонники которого не обременены авторитетом принципа вины и рассматривают его в лучшем случае как один из инструментов стимулирования эффективного поведения. Концепция двусторонней, или взаимной (*reciprocal*), причинной связи особенно проявляет себя в таких нормативных моделях, в которых блага и обязанности изначально не атрибутированы участникам правового взаимодействия. В утилитаристской и консеквенциалистской модели правопорядка такая атрибуция может осуществляться индивидуально для каждого конкретного случая (*ad hoc*) и в результате *ex post* анализа, например, по критерию наиболее эффективного использования. Соответственно, распознать ситуацию причинения вреда просто исходя из описания события (например, *А* отнял вещь у *Б*) становится невозможно, поскольку правоохраняемые сферы участников оборота заранее не определены. Напротив, в системе с *ex ante* заданным распределением благ и обязанностей, в основе которой лежит понятие субъективного права или аналогичная ему центральная деонтологически-ориентированная категория (например, обязанность или запрет), мы в большинстве ситуаций можем без проблем различить потерпевшего и делинквента, поскольку распознаем вторжение в правоохраняемую сферу лица, защищаемую абсолютным образом. Подробнее см.: Jansen N. The Structure of Tort Law. P. 57 (со ссылками на литературу). Иллюстрацией описанного рассуждения может служить институт изъятия объекта недвижимости у частного лица для публичных нужд: будучи утилитаристским по своей природе (предполагающим *ex post* и *ad hoc* анализ наиболее эффективного использования), он тем не менее подчинен обязанности по предварительной выплате справедливого возмещения, поскольку существует в правовой системе, основанной на субъективном праве частной собственности. Мы распознаем вторжение одного лица в правоохраняемую сферу другого лица, поэтому в случае изъятия в отсутствие или с нарушением установленной процедуры без колебаний устанавливаем лицо обязанное и лицо управомоченное. Разумеется, существует множество менее очевидных примеров (прежде всего ситуации чисто экономического вреда), а также дискуссия о границах правоохраняемой сферы потерпевшего (защищается ли физическая и актуальная целостность принадлежащего ему блага, либо же только экономический (денежный) интерес в нем, что предопределяет допустимые способы защиты), однако сам описанный принцип разграничения остается неизменным.

Описанное решение проблемы может быть несколько модифицировано. Обстоятельство, признаваемое причиной вреда с точки зрения правила *conditio sine qua non* или *NESS* теста, но не образующее основание ответственности (невиновное, непротивоправное поведение и т.п.), остается фактической причиной вреда, но иррелевантно для целей вменения санкции в виде обязательства по его возмещению¹. Вопрос атрибутирования негативных последствий наступившего вреда, в том числе возникших из ситуации альтернативной каузальности, сфере ответственности потерпевшего является *нормативным*, т.е. принадлежит правилам и принципам правовой системы, и не может решаться только лишь с помощью неюридических критериев установления фактической причинной связи². Более предпочтительной представляется обнаруживающая себя *de lege lata* во многих правопорядках система, покоящаяся на двух основных началах:

1) Отнесение в сферу риска (ответственности) потерпевшего случайно причиненного вреда и вреда, который нельзя вменить третьему лицу по правилам строгой ответственности или иному законному основанию (отнесение вреда, который некому больше вменить, на счет потерпевшего по остаточному принципу *casum sentit dominus*);

2) Отнесение в сферу риска (ответственности) потерпевшего вреда, который можно вменить потерпевшему по правилу «зеркального отражения» (теория симметрии), то есть через приложение к поведению потерпевшего обычных

¹ Это хорошо демонстрируют аргументы противников правила *conditio sine qua non*, сводящие его *ad absurdum* к тому, что фактической причиной вреда должны признаваться все условия его причинения вплоть до одежды потерпевшего и делинквента (см. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 104–105). Однако иное решение, предлагающее считать фактической причиной вреда только «юридически ответственную» его причину, приводило бы к не менее абсурдному выводу о том, что у вреда, причиненного лицом *A* лицу *B* невиновно и не попадающего в одну из групп строгой ответственности, отсутствовала бы фактическая причина. Это убедительно показывает, что «отсутствие причины вреда» и «отсутствие основания для ответственности» не являются взаимозаменяемыми утверждениями, в том числе для случаев строгой ответственности (например, работодатель, отвечающий без вины за причинение вреда своими работниками, может не выступать фактической причиной вреда, но тем не менее нести ответственность).

² См. для сравнения описание и критический анализ т.н. теории асимметрии, предлагающей вменять потерпевшему вредоносные последствия полностью или частично только по принципу сопричинения: Сударев Г.А. Некоторые трудности при определении границ вины потерпевшего. С. 119–122. См. также: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 93–94.

правил деликтного права, как если бы сам потерпевший выступал делинквентом¹ (смешанная вина; поведение, создающее повышенную опасность причинения себе вреда; иное основание вменения, предусмотренное правом порядком²).

Применительно к вменению потерпевшему ситуации альтернативной каузальности с точки зрения правила «зеркального отражения» необходимо также учитывать особую характеристику причинной связи, которую задают нормативные подходы, оправдывающие привлечение к ответственности альтернативных делинквентов. А именно, поведение потерпевшего, подобно поведению альтернативных делинквентов, должно создавать конкретную угрозу (повышенный риск) причинения данному потерпевшему такого вреда, который в действительности наступил³. Другими словами, поведение потерпевшего должно быть гипер-адекватно наступившим вредоносным последствиям. В базовом примере с охотниками едва ли возможно ожидать (в отсутствие специфических условий и обстоятельств), что обычный поход в лес всегда

¹ Подробнее о концепции «зеркального отражения» (*mirror-image idea*) и теории симметрии см.: Martin-Casals M. *Contributory Conduct or Activity / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. P. 130ff.; Сударев Г.А. Некоторые трудности при определении границ вины потерпевшего. С. 116–119. Тем не менее даже теория симметрии, при ее очевидных достоинствах, либо оказывается непригодной, либо требует дополнительных объяснений применительно ко многим пограничным случаям причинения вреда. Германская судебная практика демонстрирует показательные примеры подобного рода: (1) потерпевший, пришедший в супермаркет, поскользывается на брошенных на полу листьях салата и получает увечье; (2) посетитель сауны поскользывается из-за разлитой на полу воды. В первом случае суды установили очень высокий стандарт должной осмотрительности для супермаркета, граничащий со строгой ответственностью, а во втором примере, напротив, установили встречную вину потерпевшего. Такой дуализм подходов может быть сложно объяснить с точки зрения теории симметрии. Особенно много споров порождают вводимые немецкими судами обязанности повышенной осмотрительности применительно к такой особой категории потерпевших, как дети, выбегающие на проезжую часть, проникающие из любопытства на строительную площадку, и т.д. (Jansen N. *The Structure of Tort Law*. P. 46–57). Возможность ссылаться на встречную вину детей и в германской, и (по большей части) в российской судебной практике для делинквентов оказывается значительно ограниченной. Подробнее см.: *Children in Tort Law. Part II: Children as Victims / Ed. by M. Martin-Casals*. Wien: Springer-Verlag, 2007.

² Например, что касается смешанной вины, то в российском деликтном праве потерпевшему может быть вменено только вред, причиненный вследствие его умысла или грубой неосторожности, с некоторыми особенностями (п.п. 1–2 ст. 1083 ГК РФ). То есть, исключается легкая неосторожность потерпевшего, которая учитывается в области договорной ответственности (ст. 404 ГК РФ). Анализ и критику такого решения см.: Сударев Г.А. Некоторые трудности при определении границ вины потерпевшего. С. 105–116.

³ Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. P. 143, 145, 149. См. подробнее выше § 4 главы 1 и § 3 настоящей главы. См. также у Н. Янсена: «Лучший ответ заключается в том, что нормальные, повседневные активности занимают привилегированное положение в деликтном праве. Но человек, который решает заняться более рискованной деятельностью, должен принять связанные с этой деятельностью издержки и не должен иметь возможности переложить их на других. Эта мысль согласуется с обратным утверждением о том, что в повседневных активностях только подлинная вина должна приводить к ответственности» (Jansen N. *The Structure of Tort Law*. P. 56).

предполагает конкретную угрозу (повышенную опасность) быть подстреленным случайными охотниками. Такой риск, безусловно, повышается по сравнению альтернативным сценарием остаться дома, но нельзя усмотреть его повышение до состояния конкретной угрозы или существенно повышенной опасности. Случай и иные обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего должны представлять собой полноценную альтернативную причину вреда, т.е. такой фактор, который создает повышенный и конкретный риск причинения того вреда потерпевшему, который фактически наступил на его стороне.

Отнесение ряда обстоятельств, прежде всего смешанной вины, существенно рискованного поведения потерпевшего, а также (по остаточному принципу) случая (*casus*), к сфере ответственности потерпевшего соответствует корректирующей справедливости, в которой усматривается принципиальное моральное основание классического деликтного обязательства¹. Предположим, что потерпевший скончался на операционном столе, его смерть наступила либо в связи с врачебной ошибкой, либо в связи с какой-то врожденной или приобретенной предрасположенностью, которую нельзя было исправить правильным лечением. Достоверно установить причину не получается. В такой ситуации привлечение больницы к ответственности может восстановить, насколько это возможно с помощью денег, нарушенное равновесие (например, компенсировать иждивенцам потерю кормильца), а может обернуться ошибкой, экспроприацией имущества у не причастного лица и новым нарушением равновесия в распределении материальных благ. И наоборот, отказ в иске к больнице может повлечь за собой освобождение фактического делинквента от ответственности, но может оказаться и верным решением, сохранившим последствия простого случая на потерпевшем. В отличие от этой ситуации, отказ в возмещении вреда в образцовом казусе с охотниками гарантированно будет неверным решением, консервирующим нарушение корректирующей

¹ См. подробнее: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 90–101 (со ссылками на литературу).

справедливости.

В зарубежной литературе Х. Коциоль, Ф. Быдлински и ряд других авторов для решения ситуаций с потерпевшим как альтернативной причиной вреда также предлагают пропорциональную ответственность в русле своего общего принципа¹. На ту же точку зрения встали Верховный суд Австрии в одном из своих решений², § 1294(2) Проекта изменений деликтного права АГУ 2007 г., а также *PETL* в ст.ст. 3:103(1)³ и 3:106⁴. Аналогичный подход считается господствующим в испанской судебной практике, которая в ситуациях альтернативной причинной неопределенности устанавливает солидарную ответственность альтернативных делинквентов, за исключением случаев смешанной вины, вмешательства третьей стороны или обстоятельств непреодолимой силы⁵. Английское право, хотя и придерживается модели пропорциональной ответственности в качестве общего правила для всех дел, кроме случаев мезотелиомы, тем не менее не учитывает обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего при расчете долей ответственности альтернативных делинквентов (*Barker v Corus UK Ltd (2006)* и *Compensation Act 2006*)⁶.

В США первое условие солидаритета из *Restatement (Third) of Torts* о том, что фактическая причина вреда должна лежать в поведении одного из группы альтернативных делинквентов⁷, подсказывает неприменение модели солидарной ответственности к ситуациям, когда фактическая причина вреда может лежать в сфере ответственности потерпевшего и невозможно на балансе вероятностей отнести ее исключительно к сфере ответственности альтернативных

¹ Коциоль Х. Гибкая система – золотая середина в законодательстве и доктрине. С. 260–264; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 145–146.

² Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 147–148, 150–152 (со ссылками на литературу других авторов – сторонников модели пропорциональной ответственности).

³ См. выше § 1 настоящей главы.

⁴ «Потерпевший должен нести неблагоприятные последствия [наступившего вреда] в той степени, которая соответствует вероятности, что вред мог быть причинен поведением, событием или другим обстоятельством в сфере ответственности потерпевшего».

⁵ Martín-Casals M. Proportional Liability in Spain. A Bridge too Far? / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martín-Casals, D.M. Papayannis. P. 43–66.

⁶ См. подробнее выше § 3 настоящей главы.

⁷ См. подробнее также в § 3 настоящей главы.

делинквентов¹.

Относительно Проекта реформы положений о гражданской ответственности ФГК 2017 г. пока рано делать определенные выводы, однако буквальное прочтение абз. 1 ст. 1240 также подсказывает неприменение модели солидаритета в ситуации, когда фактическую причину вреда невозможно достоверно отнести только к схожему поведению альтернативных делинквентов².

В Германии господствующее мнение исходит из того, что предл. 2 абз. 1 § 830 ГГУ не применяется к ситуациям, когда вред может быть вызван неделиктными причинами или поведением самого потерпевшего³. Это обосновывается в том числе тем, что в противном случае потерпевшему будет предоставлена возможность получить возмещение вреда, даже когда он не доказал, что *вред точно (во всяком случае) был вызван чьим-то противоправным поведением*⁴. Невыполнение потерпевшим даже такого облегченного стандарта доказывания в Германии скорее всего будет означать полный отказ в удовлетворении исковых требований, поскольку пропорциональную ответственность, основанную на вероятности причинения вреда, этот правопорядок не признает⁵.

¹ Данное предположение равным образом делается в литературе применительно к судебной практике американских судов по конкретным делам: Johnson V.R. Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts. Ch. 7.3.

² См. подробнее выше § 3 настоящей главы.

³ К этому выводу судебная практика пришла в результате изучения материалов комиссии по подготовке ГГУ. См. подробнее: Steel S. Op. cit. P. 144–145. Не совсем определено: German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1634 (автор комментария к § 830 – U. Magnus, о применении § 830 ГГУ к ситуациям альтернативной каузальности: «...Участники не освобождаются [от ответственности], если третье лицо или событие также внесли свой вклад во вред потерпевшего. <...> Напротив, очевидно, что § 830 не применяется, если доказано, что третье лицо, событие или даже сам потерпевший по отдельности причинили вред»). Первое утверждение относится скорее к ситуациям кумулятивной причинной связи, а второе, действительно, представляется очевидным и выходит за рамки гипотезы § 830 ГГУ. Приведенное в качестве примера известное дело ВС ФРГ (BGH 22.6.1976 – VI ZR 100/75, NJW 1976, 1934) про потерпевшего, которого кто-то из Д1 или Д2 столкнул в дренажное отверстие, не закрытое по неосторожности Д3, представляет собой ситуацию кумулятивной смешанной причинной связи ((Д1 или Д2) + Д3), включающую в себя локальную группу альтернативной причинной неопределенности (Д1 или Д2).

⁴ Steel S. Op. cit. P. 145. См. аналогичный аргумент у Ф. Быдлински: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 147.

⁵ Jansen N., Kästle-Lamparter D., Rademacher L. The Case Studies: Case 6. Hiking in the Storm / Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. P. 303–304; German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). P. 1635 (автор комментария к § 830 – U. Magnus).

Германский подход критикуется в австрийской цивилистике. По мнению Ф. Быдлински и Х. Коциоля, получается очень странная конструкция: модель и размер ответственности *Д1* зависят от наличия в деле *Д2*, которого *Д1* может вообще не знать и за которого он не отвечает. Например, если заболевание *П* вызвано либо нарушением условий труда *Д1*, либо естественными причинами, то *Д1* не несет ответственности. А если вместо естественных причин появляется фигура *Д2*, то тогда *Д1* и *Д2* отвечают солидарно. То есть, положение *Д1* ухудшается только в связи с появлением в споре какого-то другого лица, хотя фактически в обеих ситуациях речь идет о двух альтернативных причинах вреда¹. К этому добавляют иллюстративный пример с недееспособным *Д2*, который в Германии по общему правилу также не может быть привлечен к деликтной ответственности. Здесь, напротив, уже положение *П* ухудшается только в связи с отсутствием деликтоспособности на стороне *Д2*, а *Д1* в связи с этим случайным и непротивопоставимым ему обстоятельством освобождается от ответственности².

Вместе с тем, как будет продемонстрировано далее, на высказанную критику могут быть даны обоснованные ответы. Интуитивная несправедливость описанных примеров опровергается более тщательным анализом различий между ситуациями с участием и без участия фигуры потерпевшего в числе альтернативных причин вреда. Более того, для случаев с участием потерпевшего появляются новые аргументы в пользу модели пропорциональной ответственности.

1. Превенция ненадлежащего поведения альтернативных делинквентов и создание ими конкретной угрозы (повышенного риска) причинения вреда.

Прежде всего сохраняет свое значение ранее изложенный довод о

¹ Steel S. Op. cit. P. 146; Bydlinski F. Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität. S. 9. См. в том же ключе: Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 148.

² Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 273–281.

необходимости превенции ненадлежащего поведения альтернативных делинквентов. Остается актуальным и достоверно установленное создание *Д1* и *Д2* своим поведением конкретной угрозы (повышенного риска) причинения *П* такого вреда, который фактически наступил на его стороне.

2. Возникновение у каждого альтернативного делинквента возражения о наличии альтернативной причины вреда в сфере ответственности потерпевшего в условиях невозможности полного освобождения от ответственности.

Мы полагаем, что ситуация альтернативной каузальности с непричастным к ней потерпевшим и ситуация альтернативной каузальности, в создание которой свой вклад внесли обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего, различаются между собой в следующем аспекте. В первой ситуации с точки зрения принципа относительности обязательственных отношений *Д1* не может в качестве основания для освобождения от ответственности сослаться на аналогичное поведение *Д2*, способное причинить *П* такой же вред. Это возражение не принадлежит *Д1* в силу запрета солидарному должнику выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует¹. *Д1*, безусловно, может указывать потерпевшему на поведение *Д2* в том смысле, что именно *Д2*, а не *Д1*, является фактической причиной вреда². Но если бы *Д1* действительно мог это доказать, то ситуация альтернативной причинной неопределенности не возникла бы и *Д1* просто освободился бы от ответственности за отсутствием причинной связи. Напротив, во второй ситуации

¹ В российском праве это прямо закреплено в ст. 324 ГК РФ. См. подробнее, в том числе в сравнительно-правовой перспективе: Тололаева Н.В. Указ. соч. С. 31–52.

² См., например, абз. 3 п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»: «Должник, опровергающий доводы кредитора относительно причинной связи между своим поведением и убытками кредитора, не лишен возможности представить доказательства существования иной причины возникновения этих убытков». Представляется, что ВС РФ неслучайно употребляет «иной» вместо «еще одной»: первое возражение подразумевает отсутствие причинной связи и освобождает от ответственности, второе – нет.

этот запрет не нарушается и *Д1* вправе возражать против требования *П*, указывая на то, что определенные обстоятельства в сфере ответственности самого *П* также могли стать фактической причиной вреда. Тем не менее если никто из них не может доказать на балансе вероятностей наличие (отсутствие) причинной связи, то возникает ситуация альтернативной причинной неопределенности, которая, как можно заметить, существенно отличается от аналогичной ситуации с потерпевшим, которому достоверно невозможно вменить наступивший вред.

3. Установление альтернативной причины вреда в сфере ответственности потерпевшего, позволяющее перенести внутренние отношения выравнивания между альтернативными делинквентами во внешние отношения с потерпевшим.

Если сфере ответственности потерпевшего возможно хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части вменить возникшую ситуацию причинной неопределенности, то можно утверждать, что потерпевший, так и не доказавший причинную связь на балансе вероятностей, принимает на себя все негативные последствия вреда, как если бы весь вред возместил ему солидарный должник. Но поскольку фактическая причина вреда все-таки не установлена и существует в ограниченной группе альтернативных причин, то потерпевший, подобно солидарному должнику, полностью удовлетворившему кредитора, участвует вместе с остальными альтернативными делинквентами в правоотношении выравнивания, требуя с каждого из них то, что причитается потерпевшему по правилам регресса. Разумеется, такую картину невозможно представить в отношении потерпевшего, которому нельзя хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части вменить создавшуюся ситуацию причинной неопределенности, поскольку про такого потерпевшего нельзя утверждать, что он может быть фактической причиной вреда. Безупречный потерпевший не принимал на себя риск создания такой ситуации: он в подлинном смысле

недобровольный кредитор¹.

В литературе можно встретить точку зрения, согласно которой (1) ситуация пропорциональной ответственности нескольких делинквентов перед потерпевшим и (2) ситуация выравнивания во внутренних отношениях нескольких солидарно ответственных делинквентов после возмещения одним из них вреда потерпевшему, в сущности, одинаковы². Солидаритет дает как бы «отсрочку» этому выравниванию, перенося этот этап на более позднее время, и распределяет риск банкротства нескольких делинквентов внутри их группы. Мы не можем согласиться с тезисом о принципиальной допустимости приравнивания первой ситуации ко второй и возможности пренебречь различиями между ними. Возражая против применения модели пропорциональной ответственности к непричастному потерпевшему, мы возражаем против *необоснованного перенесения внутренних отношений выравнивания альтернативных делинквентов во внешние отношения с потерпевшим*, который не участвовал в создании ситуации причинной неопределенности и не принимал на себя риск банкротства и ограничение ответственности альтернативных делинквентов. В свою очередь, альтернативный делинквент, возместивший потерпевшему вред в связи с невозможностью установления фактического делинквента, обладает регрессным притязанием в отношении каждого, кто поучаствовал в создании ситуации такой невозможности. Соответственно, если в группу альтернативных причин вреда входит сам потерпевший, то регрессное притязание возникает и в отношении него. Как известно, в обычной ситуации с единственным делинквентом и встречной виной потерпевшего при предъявлении потерпевшим требования в полном объеме делинквент может заявить встречное притязание о

¹ См. в том же ключе: Horton Rogers W.V. Multiple Tortfeasors / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 143–144.

² Gilead I., Green M.D., Koch B.A. General Report. Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report / Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives / Tort and Insurance Law. Vol. 33. Ed. by I. Gilead, M.D. Green, B.A. Koch. P. 4; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. P. 144–145; Young R., Faure M., Fenn P. Op. cit. P. 115–116.

выравнивании, которое переносит отношения потерпевшего и делинквента в плоскость распределяющей справедливости, а именно изменяет основание обязательства делинквента и приводит к уменьшению размера итогового платежа. То же самое происходит в ситуациях альтернативной каузальности: внутренние отношения выравнивания между альтернативными делинквентами переносятся во внешние отношения с потерпевшим. Если альтернативной причиной вреда признаны обстоятельства в сфере ответственности потерпевшего, то последний, принимая на себя негативные последствия невозможности установления фактического делинквента, обладает притязанием о выравнивании в отношении каждого, кто поучаствовал в создании такой ситуации, повлекшей причинение вреда потерпевшему.

Из этого следует, что невозможно просто снизить размер солидарной ответственности альтернативных делинквентов на вероятность отнесения вреда к сфере ответственности потерпевшего. Основание платежа каждого альтернативного делинквента в правоотношении выравнивания лежит не в области возмещения вреда потерпевшего (корректирующей справедливости), а в сфере распределения (разложения) наступившего вреда на всех, в отношении кого установлена обязанность по его возмещению, «по достоинству» поведения каждого (то есть, в области распределяющей справедливости)¹. Мерило «достоинства» при выравнивании традиционно основывается либо на размере вины (созданного риска причинения вреда – в случае строгой ответственности) каждого содолжника, либо на размере его «вклада» в причинную связь (*causal contribution*). Оба критерия являются подлинным воплощением распределяющей справедливости: первый выступает таковым эксплицитно, через оценку относительной упречности поведения, второй – имплицитно и требует

¹ Если во внешних отношениях установлено отсутствие причинной связи между вредом потерпевшего и поведением ответчика, то это влечет освобождение от ответственности за отсутствием морального основания возложения на ответчика обязанности по возмещению вреда (корректирующая справедливость). Если же во внутренних отношениях солидарных должников невозможно установить точную долю каждого, то эти доли признаются равными (распределяющая справедливость). См. п. 2 ст. 325 ГК РФ, в том числе вытекающее отсюда пропорциональное речательство.

дополнительного объяснения.

Категория «вклада» в причинно-следственную связь, будучи определенной фигурой речи и приемом юридической техники, предполагает, что причинно-следственная связь является неделимым элементом гражданской ответственности¹. Действительно, если наступивший вред является делимым и различные его части были причинены разными делинквентами, то тогда в строго юридическом смысле речь идет о нескольких случаях первичного вреда (нескольких деликтах) и, соответственно, нескольких причинных связях². Например, два вора независимо друг от друга с интервалом в несколько часов³ пробрались в амбар, набрали несколько мешков зерна и унесли их: первый – два мешка, второй – один мешок. В этом казусе возникают два эпизода вреда и, соответственно, две отдельные и самостоятельные причинные связи. Равным образом, для неделимого первичного вреда подлежит установлению причинная связь в отношении каждого делинквента, и здесь либо причинных связей может быть также несколько (как в случаях кумулятивной избыточной причинной связи), либо причинная связь может быть одна, но в ней участвуют несколько делинквентов в качестве необходимых условий (как в случаях кумулятивной смешанной или накопительной причинной связи). Однако во всех перечисленных случаях причинная связь остается неделимой. С учетом неделимости причинной связи выделение отдельных «вкладов» в нее становится фигурой речи, за которой скрывается одна из вышеописанных ситуаций. Во внутренних отношениях подлежит выяснению не вопрос о том, кто стал причиной вреда (причинная связь в собственном смысле уже установлена в отношении всех), а вопрос о том, чье поведение в наибольшей степени

¹ См. также о неделимости причинной связи: Horton Rogers W.V. Multiple Tortfeasors / European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 143–144.

² См. подробнее: Варшавский К.М. Обязательства, возникающие вследствие причинения другому вреда. С. 164–165; Агарков М.М. Вина потерпевшего в обязательствах из причинения вреда (Обзор практики Верховного Суда СССР) // Советское государство и право. 1940. № 3. С. 71; Агарков М.М. Гражданское и торговое право: источники, категории, институты, конструкции (педагогическое наследие). Кн. 3. С. 77; Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. С. 64–65.

³ Мы вводим эти дополнительные условия, чтобы исключить солидарную ответственность за совместное причинение вреда в узком смысле (абз. 1 ст. 1080 ГК РФ).

отклонилось от стандарта должного или кто создал наибольшую опасность (реализовавшийся риск) наступления вреда. Проблема внутреннего выравнивания содолжников не интересует кредитора во внешнем правоотношении гражданской ответственности. Ему безразлично, кто из делинквентов действовал более рискованно или безалаберно – его правомерный интерес состоит только в полном возмещении собственного вреда¹. Все эти обстоятельства актуальны во внутренних отношениях делинквентов между собой, поэтому многие зарубежные правовые порядки в сфере выравнивания используют самые общие формулировки вроде того, что выравнивание осуществляется, как суд в свете всех обстоятельств дела посчитает «честным и справедливым» (*just and equitable*)². Равным образом, отечественный правовой порядок в п. 2 ст. 325 ГК РФ не устанавливает строгих критериев выравнивания, оставляя важную оговорку «если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками». Во Франции применительно к разложению уплаченного возмещения во внутренних отношениях между альтернативными должниками абз. 2 ст. 1240 Проекта реформы положений о гражданской ответственности ФГК 2017 г. устанавливает критерий вероятности причинения вреда каждым альтернативным делинквентом³.

Таким образом, выделение «вкладов» в причинную связь оказывается такой же дескриптивной техникой правового воздействия распределяющей справедливости, как и выравнивание на основе размера вины или относительной опасности созданного риска (вероятности причинения вреда), и на этой основе осуществляется выравнивание между потерпевшим и альтернативными делинквентами в модели пропорциональной ответственности.

¹ См. подробнее: Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. С. 19–26.

² См., например, в английском праве раздел 2 Закона о распределении гражданской ответственности 1978 г. (Civil Liability (Contribution) Act 1978). URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/47/section/2> (дата обращения: 14.08.2022).

³ См. подробнее: Ligüerre C.G. Op. cit. / French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Sec. IV.

4. Установление альтернативной причины вреда в сфере ответственности потерпевшего, сохраняющее каузальный вопрос в отношении альтернативных делинквентов.

Против изложенного объяснения пропорциональной ответственности альтернативных делинквентов поднимаются с новой силой все ранее анализированные аргументы о том, что в парадигме распределяющей справедливости, помещенной в рамки классического деликтного права, очень сложно объяснить, почему альтернативные делинквенты платят за свою долю упречного поведения конкретному потерпевшему, а не кому-либо более нуждающемуся или публичному фонду, который бы распределял эти компенсации на всех потерпевших, в том числе пострадавших в результате достоверно установленного несчастного случая, последствия которого некому вменить¹. В этом смысле словосочетание «локализованная распределяющая справедливость» описывает нечто вроде простого товарищества, негативные последствия внутри которого ложатся на каждого участника пропорционально доле участия в общем деле². В отличие от анализируемой ситуации, потерпевшему, которому нельзя вменить возникшую причинную неопределенность, равным образом нельзя вменить и участие в таком простом товариществе, поэтому участники группы альтернативных делинквентов несут перед непричастным потерпевшим солидарную ответственность, так же как участники простого товарищества отвечают за деликт перед третьим лицом³.

В то же время в деликтном праве присущие простому товариществу общее дело или общая цель, безусловно, не просматриваются: выравнивание в деликтном праве объясняется установленной причинной связью между наступившим вредом и поведением каждого делинквента. Причинная связь наряду с остальными элементами ответственности служит необходимым

¹ См. выше § 1 настоящей главы.

² См. ст.ст. 1046-1047 ГК РФ.

³ См. абз. 2 п. 1 ст. 1047 ГК РФ.

критерием ограничения состава участников группы внутреннего регрессного правоотношения.

Тогда необходимо поставить такой вопрос: если создавшуюся альтернативную причинную неопределенность в некоторой (непренебрежимой) части можно вменить потерпевшему, то снимает ли это обстоятельство каузальную проблему в отношении альтернативных делинквентов? Другими словами, если фактическая причина вреда потенциально может лежать в сфере ответственности самого потерпевшего, то освобождает ли это обстоятельство от ответственности альтернативных делинквентов?

На поставленные вопросы следует дать отрицательный ответ. Как изначально было установлено, отличительная черта альтернативной каузальности заключается в том, что невозможно доказать не только наличие, но и *отсутствие* причинной связи в отношении каждой альтернативной причины вреда (потерпевшего и каждого альтернативного делинквента)¹. Это обусловлено тем, что на необходимом стандарте доказывания установлено существование фактической причины вреда в составе ограниченной группы альтернативных причин. В свою очередь, состав группы альтернативных причин вреда определяется критерием создания лицом или внешними силами (случаем) конкретной угрозы (повышенного риска) причинения данному потерпевшему такого вреда, который в итоге у него наступил. Основанием включения альтернативных делинквентов в одну группу выравнивания с потерпевшим является созданная их упречным поведением невозможность установления фактического делинквента для суда в состязательном процессе. Ведь верно то, что если каждый альтернативный делинквент докажет свою непричастность к наступившему вреду, то это значит, что причина вреда лежит в сфере ответственности потерпевшего. Но такие доказательства отсутствуют: вместо этого ответчики создали ситуацию невозможности установления фактического

¹ Это обстоятельство отличает анализируемую ситуацию от ранее приведенного казуса с ночным перекрестком и двумя нетрезвыми водителями (см. выше § 4 главы 1 и § 1 настоящей главы данной работы): в нем один из водителей может доказать перед судом свою непричастность и выйти из группы альтернативных делинквентов.

делинквента.

К модели пропорциональной ответственности в анализируемой ситуации приводит также рассмотренная ранее теория лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту¹. С точки зрения суда, которому необходимо разрешить дело, потерпевший отвечает за создание альтернативной причинной неопределенности наряду с альтернативными делинквентами. Так, в ситуации двух альтернативных причин вреда, состоящих из обстоятельств в сфере ответственности *П* и одного-единственного *Д*, последний может обоснованно возразить о том, что если бы не обстоятельства в сфере ответственности *П*, то ситуация альтернативной каузальности бы не возникла. И в другом случае, когда альтернативными причинами вреда являются *П*, *Д1* и *Д2*, *П* не может утверждать о том, что ситуация бы прояснилась перед судом в отсутствие *Д1* или *Д2*, ведь остаются обстоятельства в сфере ответственности самого *П*, которые также привели к невозможности установления причинной связи на необходимом стандарте доказывания².

Наконец, даже если поведение потерпевшего или случай в действительности являются фактическими причинами вреда, то это само по себе не означает, что не является фактической причиной вреда кто-то из альтернативных делинквентов. Кумулятивная причинная связь на стороне каждого из них может быть избыточной или смешанной. В обоих вариантах альтернативные

¹ См. выше § 3 настоящей главы.

² Теоретически небезынтересно порассуждать над таким примером. Предположим, вероятность причинения вреда обстоятельствами в сфере ответственности *П* – 10%, *Д1* – 45%, *Д2* – 45%. *П* может утверждать, что если бы не предполагаемое участие в спорной ситуации *Д1* или *Д2* (если убрать из ситуации *Д1* или *Д2*), то с точки зрения «приращения» вероятностей между оставшимися участниками в отношении, соответственно, *Д1* или *Д2* была бы установлена вероятность причинения вреда более 50% (примерно 82%). В этом случае на балансе вероятностей вся ответственность за причиненный вред легла бы на оставшегося *Д1* или *Д2*. Напротив, если убрать из ситуации обстоятельства в сфере ответственности *П*, то его 10% были бы распределены поровну между *Д1* и *Д2* (50% на 50%). Поскольку достоверно установить причину возникшего вреда все так же было бы невозможно, то ответственность (причем, видимо, солидарную) должны нести только *Д1* и *Д2*. Нам это рассуждение представляется спекулятивным, поскольку *П* таким аргументом смещает акцент с конкретной ситуации, оказавшейся перед судом, и моделирует перед судом изначально несуществующую ситуацию, в которой вероятности могли распределиться каким угодно образом. Фактически, *П* предлагает суду изменить обстоятельства дела и рассматривать не их, а придуманный им самим новый казус (подменяет одну ситуацию другой в свою пользу). См. критику теории *conditio sine qua non* в контексте проблемы *ex falso quodlibet* и обоснование *NESS* теста, в том числе в связи с предложением правила «охватывающего закона» (*covering law analysis*), отказа от контрафактических суждений и необходимости рассмотрения ситуации «как есть»: Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте. С. 101–121.

делинквенты несли бы солидарную ответственность, но участие в группе альтернативных причин вреда обстоятельств в сфере ответственности самого потерпевшего переносит внутренние отношения выравнивания во внешние отношения, что влечет за собой применение модели долевой (пропорциональной) ответственности, основанной на вероятности причинения вреда каждым альтернативным делинквентом.

5. Выводы и формулирование итогового правила.

Безусловно, выбор в пользу модели пропорциональной ответственности в ситуации альтернативной каузальности, когда хотя бы одна альтернативная причина вреда лежит в сфере ответственности потерпевшего, оказывается не менее спорным, чем модель солидаритета в ситуации с достоверно непричастным потерпевшим. Вместе с тем в отсутствие всеобъемлющей системы публичного страхового обеспечения, в рамках которой специальный субъект за счет всего общества принял бы на себя негативные последствия альтернативной каузальности, мы, руководствуясь вышеизложенными аргументами, полагаем пропорциональную ответственность в подобных ситуациях *наименее несовершенным решением*, которое наилучшим образом соответствует целям и функциям гражданского права вообще и классического деликтного права в частности.

Таким образом, в ситуации альтернативной причинной неопределенности, возникновение которой хотя бы в некоторой (непренебрежимой) части можно вменить сфере ответственности потерпевшего, каждый альтернативный делинквент несет перед потерпевшим долевую ответственность за наступивший вред пропорционально доказательственной вероятности причинения этого вреда каждым альтернативным делинквентом, а в случае невозможности примерного расчета – в равных долях за вычетом доли, падающей на потерпевшего.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Настоящая работа представляет собой завершенное исследование, посвященное анализу проблематики альтернативной причинной неопределенности в деликтном праве и обоснованию в этой сфере моделей деликтной ответственности, соответствующих современной частноправовой системе, в том числе российской, *de lege lata*. Мы надеемся, что идеи и аргументы, высказанные и проанализированные в настоящей работе, внесут свою лепту в продолжающуюся дискуссию, разумеется, не прекратив ее, но добившись определенного прогресса в изучении проблематики альтернативной причинной неопределенности в деликтном праве. Выполненное исследование показало эффективность избранной методологии и позволило обосновать положения, вынесенные на защиту, при этом каждая глава и параграф настоящей работы выдвигают дополнительные и новые проблемы, безусловно заслуживающие отдельного рассмотрения.

Представляется также, что настоящее исследование несет на себе впечатление огромного потенциала российской правовой системы для развития деликтного права. Отдельные немногочисленные правовые позиции отечественной судебной практики до сих пор существуют на фоне значительного числа спорных и противоречивых решений по конкретным делам, в том числе на уровне высшей судебной инстанции. Несмотря на изложенную в настоящей работе критику некоторых зарубежных подходов, на сегодняшний день очевидно, что уровень отечественной и зарубежной дискуссии в сфере деликтного права вообще и причинной связи в частности пока трудно сопоставим. Оживившаяся в последние годы российская литература по отдельным проблемам деликтной ответственности, в том числе причинно-следственной неопределенности, отзывается пока слишком глухим эхом даже в руководящей судебной практике.

Проведенное исследование показало, что проблема альтернативной причинной неопределенности существует в деликтном праве в течение многих веков, практически с самого начала формальной юридизации общественных отношений и процессуальной познавательной деятельности суда, и еще будет существовать в течение длительного времени, несмотря на перспективы более-менее полной замены деликтного права публично-правовой системой общественного страхования – по-видимому, вплоть до того (очень далекого для нас) момента, когда в доказательственном праве с помощью новых технологий будет окончательно преодолен феномен следа и ни одно фактическое обстоятельство прошлого не сможет скрыться от исчерпывающего установления и оценки судом, а для естественных и технических наук более не останется никаких тайн мироздания. Вплоть до, очевидно, нескорого наступления этих событий проблема альтернативной причинной неопределенности по-прежнему будет выходить за строгие процессуальные рамки и требовать обоснованного материально-правового решения, соответствующего принципам актуальной правовой системы.

В условиях сохраняющейся деонтологической основы современного деликтного права модель солидарной ответственности альтернативных делинквентов по общему правилу представляется наиболее когерентным решением, учитывающим все релевантные факторы, прежде всего (1) достоверно непричастное положение потерпевшего и соответствующие процессуальные осложнения, создаваемые для него поведением альтернативных делинквентов; (2) существенно упречное поведение альтернативных делинквентов, создавших конкретную угрозу (повышенный риск) причинения данному потерпевшему такого вреда, который у него фактически наступил; (3) принципы корректирующей справедливости и относительности обязательственных отношений, оформляющие обязательство каждого альтернативного делинквента перед потерпевшим в условиях лишения потерпевшего права на иск к фактическому делинквенту; (4) правила и рамки

процессуальной познавательной деятельности суда в состязательном процессе.

Напротив, в ситуации альтернативной причинной неопределенности, возникновение которой возможно вменить в том числе самому потерпевшему, упречное поведение или иные обстоятельства в сфере ответственности которого *mutatis mutandis* или по аналогии позволяют приравнять его к положению альтернативного делинквента, сам потерпевший перестает быть в полном смысле недобровольным кредитором и вступает с альтернативными делинквентами в отношении разложения (выравнивания) последствий причиненного вреда в соответствии с вероятностью нахождения фактической причины вреда в сфере ответственности каждого из них. Описанная ситуация, как и близкие к ней случаи смешанной вины, является исключением и не может презюмироваться по общему правилу. Это приводит к применению в данной ситуации модели пропорциональной ответственности, основанной на вероятности причинения вреда, консеквенциалистское и дистрибутивное содержание которой полностью соответствует правилам внутреннего выравнивания множественности солидарных должников, один из которых возместил вред потерпевшему. В описанной ситуации таким квази-должником становится сам потерпевший, признанный по своему упречному поведению (или в связи с иными обстоятельствами в сфере его ответственности) соучастником ситуации альтернативной каузальности и изначально принявший на себя негативные последствия причиненного вреда. Эти последствия потерпевший вправе разложить на альтернативных делинквентов, также причастных по своему упречному поведению к созданию ситуации альтернативной причинной неопределенности, пропорционально вероятности причинения вреда каждым из них.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ

I. НОРМАТИВНЫЕ ИСТОЧНИКИ

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993, с изм. и доп. от 14.03.2020 № 1-ФКЗ) // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2022) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 14.07.2022) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.
5. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 11.06.2022) (с изм. и доп., вступ. в силу с 22.06.2022) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.
6. Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (ред. от 14.07.2022) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.
7. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (ред. от 02.07.2021, с изм. 25.02.2022) // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.
8. Федеральный закон от 24.07.1998 № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803.
9. Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (ред. от 28.06.2022, с изм. от 21.07.2022) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.
10. Всеобщий гражданский кодекс Австрии от 01.06.1811 (с изм. и доп. по состоянию на 27.07.2010). М., 2011. С. 3–261 // СПС «КонсультантПлюс».

11. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М., 2012. С. 4–592 // СПС «КонсультантПлюс».

12. Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению. 4-е изд., перераб. М., 2015. С. VIII–XIX, 1–715. // СПС «КонсультантПлюс».

13. Гражданское уложение. Кн. 5. Обязательства. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Т. 5. Ст. 937–1106 с объяснениями. СПб, 1899. – 697 с.

14. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского уложения. СПб, 1905. – 254 с.

15. Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Заключена в г. Риме 04.11.1950, с изм. от 24.06.2013 // СПС «КонсультантПлюс».

16. Основной закон Федеративной Республики Германия (вместе с Извлечением из Конституции Веймарской республики от 11.08.1919). Принят 23.05.1949 (с изм. и доп. от 29.07.2009) / Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, Италия, Европейский Союз, Соединенные Штаты Америки, Япония: учеб. пособие. 8-е изд., исправл. и доп. М., 2012. - С. 164–245.

II. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

1. Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» // РГ. № 24. 05.02.2010.

2. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 (ред. от 22.06.2021) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // РГ. № 70. 04.04.2016.

3. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 8.

4. Обзор судебной практики по вопросам применения законодательства об охране окружающей среды, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 24.06.2022 // СПС «КонсультантПлюс».

5. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 14.10.2019 № 80-КГ19-13 // СПС «КонсультантПлюс».

6. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 20.10.2020 № 46-КГ20-7-К6 // СПС «КонсультантПлюс».

7. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 22.03.2021 № 18-КГ20-122-К4 // СПС «КонсультантПлюс».

8. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации от 14.03.2022 № 18-КГ21-165-К4 // СПС «КонсультантПлюс».

9. Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 27.01.2020 по делу № 88-1000/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

10. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 28.07.2020 № Ф06-1933/2015 по делу № А55-25179/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

11. Апелляционное определение Свердловского областного суда от 17.11.2015 по делу № 33-16722/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

12. Апелляционное определение Саратовского областного суда от 18.08.2016 по делу № 33-6139/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

13. Апелляционное определение Свердловского областного суда от 07.09.2016 по делу № 33-14931/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

14. Апелляционное определение Верховного суда Республики Коми от

25.12.2017 по делу № 33-8252/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

15. Апелляционное определение Свердловского областного суда от 07.09.2018 по делу № 33-15527/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

III. НАУЧНАЯ ЛИТЕРАТУРА

(монографии, диссертации, учебники, учебные пособия)

16. Агарков М.М. Вина потерпевшего в обязательствах из причинения вреда (Обзор практики Верховного Суда СССР) // Советское государство и право. 1940. № 3. – С. 70–79.

17. Агарков М.М. Гражданское и торговое право: источники, категории, институты, конструкции (педагогическое наследие). В 3 кн. Кн. 3: учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры / сост. В.А. Белов. М., 2018. – 375 с.

18. Агарков М.М. Обязательства из причинения вреда (Действующее право и задачи Гражданского кодекса СССР) // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. М., 2012. Т. 2. – С. 459–493.

19. Акужинов А.С. Disgorgement of profits в российском праве: контекстуализация проблемы, краткая история возникновения и обзор практики применения абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. – С. 188–238.

20. Алоян А.Э. Модели абсолютной защиты обязательственных прав // Закон. 2015. № 8. – С. 138–146.

21. Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Т. IV: Отдельные обязательства. СПб., 1904. – 644 с.

22. Аристотель. Этика (пер. с древнегреч. Э.Л. Радлова по изд. 1884 г.). М., 2019. – 384 с.

23. Байбак В.В. Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6. – С. 4-21.

24. Байбак В.В. Утрата благоприятной возможности (*loss of a chance*) как разновидность договорных убытков // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. – С. 63–73.

25. Белов В.А. Дело об убытках от африканской чумы свиней. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 09.06.2016 № 305-ЭС16-1712 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 8. – С. 16–19.

26. Белов В.А. Что такое предвидимость? // Закон. 2019. № 3. – С. 33–46.

27. Богданов Д.Е. Влияние принципа справедливости на эволюцию учения о причинности в деликтной ответственности // Адвокат. 2012. № 7. – С. 5–15.

28. Богданов Д.Е. Солидарная деликтная ответственность с позиций справедливости // Цивилист. 2013. № 3. – С. 47–55.

29. Богданов Д.Е. Пределы деликтной ответственности в российском и зарубежном праве // Журнал российского права. 2011. № 7. – С. 69–78.

30. Брем В. Понятие и цели гражданского процесса // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 3. – С. 86–97.

31. Будылин С.Л. Оттого что в кузнице не было гвоздя. Причинная связь и предвидимость убытков в России и за рубежом // Вестник экономического правосудия. 2020. № 1. – С. 111–151.

32. Варшавский К.М. Обязательства, возникающие вследствие причинения другому вреда. М., 1929. – 228 с.

33. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. – 372 с.

34. Гербутов В.С. Об истребовании доходов, полученных от использования чужого имущества // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 8. – С. 10–14.

35. Гражданское право: учебник. В 4 т. Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Т. 1: Общая часть. М., 2019. – 576 с.

36. Громов А.А. Взыскание собственником доходов и иных выгод, полученных арендодателем и арендатором при отсутствии правового основания.

Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 26.11.2019 № 309-ЭС19-13850 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 3. – С. 4–18.

37. Гурвич М.А. Право на иск. - Москва, Ленинград: Издательство АН СССР, 1949. – 216 с.

38. Гутников О.В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве // Закон. 2017. № 1. – С. 22–37.

39. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. 2-ое изд. М., 2008. – 399 с.

40. Дондоков А.И. Доктрина *Loss of Chance* в английском праве // Закон. 2013. № 7. – С. 150–155.

41. Евстигнеев Э.А. Вопросы соотношения вины и причинно-следственной связи в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2020. № 1. – С. 33–59.

42. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. № 4. – С. 45–83.

43. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. № 5. – С. 55–84.

44. Егоров А.В. Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. – С. 68–137.

45. Егорова М.А., Крылов В.Г., Романов А.К. Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве: учебное пособие / отв. ред. М.А. Егорова. М., 2017. – 376 с.

46. Епихина Д.О. Ответственность за совместно причиненный вред // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. – С. 88–128.

47. Есаков Г.А. Причинная связь в сложных ситуациях: уголовно-правовая наука и судебная практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. – С. 81–102.

48. Журдэн П. Принципы гражданско-правовой ответственности (начало) //

Вестник гражданского права. 2021. № 4. – С. 212–241.

49. Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. Л., 1951. – 107 с.

50. Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11. – С. 24–80.

51. Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 12. – С. 24–73.

52. Карапетов А.Г. Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. № 4. – С. 163–195.

53. Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 5. Приложение к Ежемесячному журналу. – 96 с.

54. Каргальсков Д.С. Взыскание прибыли, полученной правонарушителем: голландский подход и одно определение Верховного Суда РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 1. – С. 107–123.

55. Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? // Вестник гражданского права. 2012. № 6. – С. 227–288.

56. Коциоль Х. Гибкая система – золотая середина в законодательстве и доктрине // Вестник гражданского права. 2016. № 6. – С. 246–267.

57. Коциоль Х. Традиционный подход к превенции в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2014. № 5. – С. 196–232.

58. Кривцов А.С. Общее учение об убытках. Юрьев, 1902. – 219 с.

59. Лухманов М.И. Вероятностный характер научных представлений о причинно-следственной связи как аргумент в пользу пропорциональной ответственности в ситуации альтернативной каузальности // Законодательство. 2022. № 6. – С. 7–12.

60. Лухманов М.И. Необходимость отнесения вреда на лицо, которому экономически легче нести его последствия, как аргумент для решения проблемы альтернативной каузальности в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2022. № 1. – С. 88–107.

61. Лухманов М.И. Понятие, признаки и основные источники альтернативной причинной неопределенности в деликтном праве // Вестник экономического правосудия. 2022. № 7. – С. 104–119.

62. Лухманов М.И. Условия и пределы применения солидарной ответственности для решения проблемы альтернативной каузальности в деликтном праве: сравнительно-правовой аспект // Вестник гражданского права. 2022. № 3. – С. 210–241.

63. Лухманов М.И. Установление фактической причинной связи в деликте // Вестник гражданского права. 2021. № 5. – С. 86–132.

64. Маркелова А.А. Отдельные аспекты установления причинной связи в деликтах государства // Закон. 2019. № 3. – С. 76–87.

65. Михайлов В.С. Влияние предрасположенности потерпевшего на возмещение причиненного ему вреда // Закон. 2020. № 6. – С. 84–94.

66. Михайлов В.С. К вопросу о допустимости возмещения расходов, понесенных независимо от факта причинения вреда // Закон. 2019. № 3. – С. 67–75.

67. Михайлов В.С. Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения // Вестник гражданского права. 2018. № 3. – С. 103–161.

68. Михайлов В.С. Природное явление и перерыв причинной связи. Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 13.08.2019 № 11-КГ19-15 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 4. – С. 4–14.

69. Михайлов В.С. Причинно-следственная связь как условие деликтной ответственности: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/Михайлов Владимир

Сергеевич. – М., 2021. – 239 с.

70. Михайлов В.С. Теории причинно-следственной связи и установление пределов ответственности // Вестник гражданского права. 2019. № 4. – С. 82–144.

71. Назариков С.В. Некоторые теоретические и практические аспекты причинно-следственной связи в контексте деликтной ответственности // Вестник гражданского права. 2016. № 6. – С. 170–245.

72. Насибуллина И.А. Причинно-следственная связь: камень преткновения в спорах с производителем и продавцом дефектных товаров // Закон. 2020. № 3. – С. 57–68.

73. Новгородцев П.И., Покровский И.А. О праве на существование: социально-философские этюды П.И. Новгородцева, профессора Московского университета, и И.А. Покровского, профессора С.-Петербургского университета. СПб, М., 1911. – 48 с.

74. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. – 416 с.

75. Останина Е.А. Некоторые аспекты возложения ответственности за совместно причиненный вред // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2010. – С. 374–385.

76. Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки С.В. Пахмана, заслуж. профессора С.-Петербургского университета. Том 1. Собственность, обязательства и средства судебного охранения. СПб, 1877. – 140 с.

77. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. М., 2003 («Классика российской цивилистики»). – 622 с.

78. Покровский И.А. Возмещение вреда и разложение его: дилеммы современного гражданского права в области ответственности за вред и убытки // Вестник права. 1899. № 9. Ноябрь. – С. 1–39.

79. Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского

уложения. Киев, 1899. – 26 с.

80. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. – 328 с.

81. Решетникова И.В. Презумпции и фикции в арбитражном процессе // Вестник гражданского процесса. 2019. № 1. – С. 16–28.

82. Романова О.И. Применение судами положений ст. 1080 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. № 4. – С. 154-184.

83. Сахнова Т.В. Actio-litis contestatio-res iudicata-jus: современный контекст // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 4. – С. 41–46.

84. Сахнова Т.В. Цивилистический процесс: онтология судебной защиты // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. – С. 54–65.

85. Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2014. – 784 с.

86. Сераков В.В. Исторические аспекты предвидимости убытков. Соотношение предвидимости убытков в ст. 74 Венской конвенции 1980 г. и решении по делу *Nadley v. Waxendale* // Вестник гражданского права. 2012. № 6. – С. 289–301.

87. Сераков В.В. Критерий предвидимости убытков. Извлечения из решений избранных арбитражей и судов по вопросу применения критерия предвидимости убытков в контексте ст. 74 Венской конвенции 1980 г. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 1. – С. 149–173.

88. Сераков В.В. Критерий предвидимости убытков. Извлечения из решений избранных арбитражей и судов по вопросу применения критерия предвидимости убытков в контексте ст. 74 Венской конвенции 1980 г. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 1. – С. 149–165.

89. Сераков В.В. Сравнительно-правовой анализ предвидимости убытков как способа ограничения размера причиненных убытков // Вестник гражданского права. 2016. № 4. – С. 159–184.

90. Сераков В.В. Теория адекватной причинности как способ ограничения

размера причиненных убытков // Вестник гражданского права. 2014. № 5. – С. 233–252.

91. Симолин А.А. Основания гражданской ответственности за вред и убытки. Казань, 1905. – 18 с.

92. Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. II: Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев, 1915. – 451 с.

93. Синицын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав // Вестник гражданского права. 2015. № 1. – С. 7–44.

94. Смола А.А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. – С. 129–165.

95. Соктоев З.Б. Причинность в уголовном праве: теоретические и прикладные проблемы: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.08/Соктоев Зорикто Борисович. М., 2014. – 408 с.

96. Соловьев В.С. Свобода воли – свобода выбора // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. XXIX: Сахар – Семь мудрецов. СПб, 1900. – С. 163–169.

97. Спиридонова Н.Б. Теории причинно-следственной связи: анализ содержания, соотношение с основными подходами зарубежной доктрины // Журнал РШЧП. 2018. № 3. – С. 249–260.

98. Сударев Г.А. Взаимодействие причин и условий вреда. Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 18.05.2020 № 78-КГ20-18 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2021. № 8. – С. 5–29.

99. Сударев Г.А. Некоторые трудности при определении границ вины потерпевшего // Вестник гражданского права. 2020. № 3. – С. 83–135.

100. Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары, 1997. – 331 с.

101. Тимофеев П.Г. «Грех-пополам» в русском обычном и иностранном

праве // Вестник права. 1903. Кн. 1. Январь. – С. 1–60.

102. Тололаева Н.В. Пассивные солидарные обязательства: российский подход и континентально-европейская традиция: монография. М., 2020. – 144 с.

103. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: учебник для вузов / под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М., 2014. – 879 с.

104. Уинтер Г. Вопросы права и экономики / пер. с англ. Т. Шишкиной; под науч. ред. М. Одинцовой. М., 2019. – 416 с.

105. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. – 239 с.

106. Хохлов В.А. Общие положения об обязательствах: учебное пособие. М., 2015. – 288 с.

107. Чупрунов А.С. Ответственность третьего лица за вмешательство в договорные отношения. Иностраный опыт и российские перспективы // Журнал РШЧП. 2018. № 1. – С. 185–190.

108. Шварц М.З., Володарский Д.Б. Принцип «загрязнитель платит» и юридическая ответственность хозяйствующих субъектов за неизбежный экологический вред. По мотивам Определения Конституционного Суда РФ от 13.05.2019 № 1197-О // Закон. 2019. № 9. – С. 100–121.

109. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. – 852 с.

110. Яблочков Т.М. Бремя утверждения в гражданском процессе. Петроград, 1916. – 41 с.

111. Яблочков Т.М. Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых ему убытков. Т. 1: Часть теоретическая. Ярославль, 1910. – 458 с.

112. Яблочков Т.М. Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых ему убытков. Т. 2: Очерки законодательной и судебной практики. Ярославль, 1911. – 600 с.

113. Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского

процесса / Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти проф. Г.Ф. Шершеневича. М., 1915. – С. 275–318.

114. Яблочков Т.М. Недостаточное обоснование требования (возражения). Петроград, 1915. – 20 с.

115. Ягельницкий А.А. К вопросу о вине потерпевшего. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 15.02.2017 № 305-ЭС16-14064 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. – С. 21–26.

116. Ягельницкий А.А. О тенденциях судебной практики по делам об убытках // Закон. 2019. № 3. – С. 47–55.

117. Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Спор о взыскании убытков. Как меняется подход судов к причинно-следственной связи // Арбитражная практика. 2016. № 1. – С. 26–34.

118. Aggregation and Divisibility of Damage / Ed. by K. Oliphant / Tort and Insurance Law. Vol. 26. Wien: Springer-Verlag, 2009. 568 p.

119. Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective / Ed. by H. Koziol. Wien: Jan Sramek Verlag KG, 2015. 914 p.

120. Ben-Shahar O. Causation and Foreseeability / Tort Law and Economics / Ed. by M. Faure. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. P. 83–104.

121. Bernstein H. Civil Liability for Pure Economic Loss Under American Tort Law // The American Journal of Comparative Law. 1998. Vol. 46, Iss. Suppl. 1. P. 111–131.

122. Binding K. Die Normen und ihre Übertretung. Erster Band. Leipzig: Engelmann, 1872. 233 S.

123. Borghetti J. Litigation on Hepatitis B Vaccination and Demyelinating Diseases in France. Breaking through Scientific Uncertainty? / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 11–42.

124. Bussani M., Palmer V.V. (eds.) Pure Economic Loss in Europe.

Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 640 p.

125. Bydlinski F. Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität / Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979 / Ed. by O. Sandrock. Berlin, Boston, De Gruyter, 2020. S. 3–34.

126. Bydlinski F. Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen // Festschrift für Gerhard Frotz. 1993. S. 3–10.

127. Calabresi G. The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis. New Haven and London: Yale University Press, 1970. 340 p.

128. Card. D., Krueger A.B. Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania // The American Economic Review. 1994. Vol. 84. № 4. P. 772–793.

129. Causation in European Tort Law / Ed. by M. Infantino, E. Zervogianni. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 785 p.

130. Children in Tort Law. Part II: Children as Victims / Ed. by M. Martín-Casals. Wien: Springer-Verlag, 2007. 332 p.

131. Coleman J.L. Risks and Wrongs. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. 528 p.

132. Digest of European Tort Law. Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation / Ed. by B. Winiger. H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann. Wien: Springer, 2007. 632 p.

133. Ehrenzweig A.A. Assurance Oblige – A Comparative Study // Law and Contemporary Problems. 1950. № 15. P. 445–454.

134. Elliott C., Quinn F. Tort Law. 8th Edition. Harlow: Pearson Education, 2011. 449 p.

135. Epstein R.A. Toward a General Theory of Tort Law: Strict Liability in Context // Journal of Tort Law. 2010. Vol. 3. P. [ii]–47.

136. European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. Wien: Springer-Verlag, 2005. 296 p.

137. Ferey S. Causation / Encyclopedia of Law and Economics / Ed. by

A. Marciano, G.B. Ramello. New York: Springer, 2019. P. 188–194.

138. Fiore K. No-Fault Compensation Systems / Tort Law and Economics / Ed. by M. Faure. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. P. 406–432.

139. Fleming J.G. Probabilistic Causation in Tort Law // The Canadian Bar Review (La Revue du Barreau Canadien). 1989. Vol. 68. Iss. 4. P. 661–681.

140. Geistfeld M.A. The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability // University of Pennsylvania Law Review. 2006. Vol. 155. P. 447–502.

141. German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. Article-by-Article Commentary. Ed. by G. Dannemann, R. Schulze, J. Watson (Assistant Ed.). Munich/Baden-Baden: C.H. Beck/Nomos, 2020. 2322 p.

142. Goldberg J.C.P., Zipursky B.C. The Oxford Introductions to U.S. Law. Torts. New York: Oxford University Press, 2010. 436 p.

143. Gordley J. Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations // Edinburgh Law Review. 1997. Vol. 1. № 3. P. 345–360.

144. Gordley J. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford: Oxford University Press, 2007. 481 p.

145. Gordley J. Tort Law in the Aristotelian Tradition // Philosophical Foundations of Tort Law / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 131–158.

146. Graziano T.K. Comparative Tort Law. Cases, Materials, and Exercises. New York: Routledge, 2018. 649 p.

147. Green M.D., Sanders J. Admissibility versus Sufficiency. Controlling the Quality of Expert Witness Testimony in the United States / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 203–239.

148. Giussani A. Proof of Causation in Group Litigation / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 240–249.

149. Haack S. Correlation and Causation. The “Bradford Hill Criteria” in *Epidemiological, Legal, and Epistemological Perspective / Uncertain Causation in Tort Law* / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 176–202.
150. Hansen H.V., Kauffeld F.J., Freeman J.B., Bermejo-Luque L. (eds.) *Presumptions and Burdens of Proof: An Anthology of Argumentation and the Law*. Tuscaloosa: University of Alabama Press, 2019. 288 p.
151. Hart H.L.A., Honore T. *Causation in the Law*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 1985. 598 p.
152. Heinrich E. *Teilhafung bei alternativer Kausalität mit Zufall* // *Juristische Blätter*. 2011. Vol. 133. № 5. S. 277–287.
153. Holcapek T. *Causation after Fairchild* // *Common Law Review*. 2003. Vol. 4. P. 21–23.
154. Honore T. *Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law / Philosophical Foundations of Tort Law* / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 363–385.
155. Honore T. *Responsibility and Fault*. Oxford: Hart Publishing, 1999. 172 p.
156. J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Eckpfeiler des Zivilrechts*. Berlin, 2008. 1283 S.
157. Jansen N. *The Idea of a Lost Chance* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999. Vol. 19 (2). P. 271–296.
158. Jansen N. *The Structure of Tort Law*. 1st Edition, translated by S. Steel. Oxford: Oxford University Press, 2021. 568 p.
159. Johnson V.R. *Mastering Torts: A Student's Guide to the Law of Torts*. 6th Edition. Durham: Carolina Academic Press, 2018. 350 p.
160. Kelsen H. *Causality and Imputation / What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. *Collected Essays by Hans Kelsen*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press. 1971. P. 324–349.

161. Kelsen H. *Causality and Retribution / What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen.* Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1971. P. 303–323.
162. Koch B.A. *Proportional Liability for Causal Uncertainty. How It Works on the Basis of a 200-Year-Old Code / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis.* Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 67–86.
163. Kortmann J.S. *Ab Alio Ictu(s): Misconceptions about Julian's View on Causation // Journal of Legal History.* 1999. Vol. 20. № 2. P. 95–103.
164. Kötz H., Wagner G. *Deliktsrecht.* 13. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2016. 330 S.
165. Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective.* Wien: Jan Sramek Verlag KG, 2012. 380 p.
166. Kruse C. *Alternative Kausalität im Deliktsrecht. Eine historische und vergleichende Untersuchung.* Berlin: Lit Verlag, 2006. 273 S.
167. Landes W.M., Posner R.A. *Causation in Tort Law: An Economic Approach // The Journal of Legal Studies.* 1983. Vol. 12. P. 109–134.
168. Landes W.M., Posner R.A. *The Economic Structure of Tort Law.* Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1987. 329 p.
169. Ligüerre C.G. *'Solidary' Liability and the Channelling of Liability / French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker.* Oxford: Hart Publishing, 2019. P. 263–284.
170. Looschelders D. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil.* 16. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2018. 514 S.
171. Magnus U. *Multiple Tortfeasors under German Law / Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors / Ed. by W.V.H. Rogers.* Hague: Kluwer Law International, 2004. P. 87–102.
172. Magnus U. *Causation in German Tort Law / Unification of Tort Law: Causation / Ed. by J. Spier.* Hague: Kluwer Law International, 2000. P. 63–74.

173. Markesinis B., Unberath H. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. 4th Edition. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002. 1000 p.
174. Martín-Casals M. *Proportional Liability in Spain. A Bridge too Far? / Uncertain Causation in Tort Law* / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 43–66.
175. Mataja V. *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1888. 204 S.
176. McBride N.J., Bagshaw R. *Tort Law*. 6th ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2018. 944 p.
177. Medicus D., Lorenz S. *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch*. 22. Aufl. München: C.H. Beck, 2021. 434 S.
178. Mullis A., Oliphant K. *Torts*. 4th Edition. London: Palgrave Macmillan Law Masters, 2011. 432 p.
179. Murphy J., Witting C. *Street on Torts*. 13th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. 818 p.
180. Oliphant K. *Causation in Cases of Evidential Uncertainty: Juridical Techniques and Fundamental Issues* // *Chicago-Kent Law Review*. 2016. Vol. 91. Iss. 2. P. 587–602.
181. Oliphant K. *Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes* // *William Mitchell Law Review*. 2011. Vol. 37, Iss. 3. P. 1599–1632.
182. Oliveira N.M.P. *Liability for Alternative Causation and for the Loss of a Chance / French Civil Liability in Comparative Perspective* / Ed. by J. Borghetti, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2019. P. 247–262.
183. Osborne P.H. *The Law of Torts*. 5th Edition. Toronto: Irwin Law, 2015. 562 p.
184. Peel W.E., Goudkamp J. *Winfield and Jolowicz on Tort*. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters. 20th Edition. 2020. 944 p.
185. Perry S.R. *Impossibility of General Strict Liability* // *The Canadian*

Journal of Law and Jurisprudence. 1988. Vol. 1. № 2. P. 147–171.

186. Perry S.R. The Moral Foundations of Tort Law // Iowa Law Review. 1992. Vol. 77. № 2. P. 449–514.

187. Posner R.A. Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry / Philosophical Foundations of Tort Law / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 99–111.

188. Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives / Tort and Insurance Law. Vol. 33. Ed. by I. Gilead, M.D. Green, B.A. Koch. Berlin / Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2013. 396 p.

189. Restatement of the Law of Torts (Third): Apportionment of Liability. Current through the March 2017 Update / The American Law Institute (Thomson Reuters ProView eBook Edition). 764 p.

190. Sharkey C.M. Tort Liability for Pure Economic Loss: A Perspective from the United States and Some Comparative European Insights // Journal of European Tort Law. 2016. Vol. 7. № 3. P. 237–271.

191. Shavell S. Economic Analysis of Accident Law. Cambridge / London: HUP, 2007. 320 p.

192. Shavell S. Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge / London: The Belknap Press of HUP, 2004. 768 p.

193. Simmonds N.E. Epstein's Theory of Strict Tort Liability // Cambridge Law Journal. 1992. Vol. 51. № 1. P. 113–137.

194. Simons K.W. Contributory Negligence: Conceptual and Normative Issues / Philosophical Foundations of Tort Law / Ed. by D.G. Owen. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 461–485.

195. Simons K.W. Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law // Journal of Tort Law. 2015. Vol. 8. № 1-2. P. 29–66.

196. Stapleton J. Uncertain Causes. Asbestos in UK Courts / Uncertain Causation in Tort Law / Ed. by M. Martin-Casals, D.M. Papayannis. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 87–113.

197. Stauch M. Medical Malpractice and Compensation in Germany // *Chicago-Kent Law Review*. 2011. Vol. 86. Iss. 3. P. 1139–1168.
198. Stauch M. The 2013 German Patients' Rights Act – Codifying Medical Malpractice Compensation // *Journal of European Tort Law*. 2015. Vol. 6. № 1. P. 85–94.
199. Steel S. *Proof of Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 453 p.
200. Thiede T. Defective Pharmaceuticals and Indeterminate Tortfeasors: A German Law Perspective on DES-Daughters Scenarios // *European Review of Private Law*. 2013. Vol. 2. P. 617–624.
201. Turton G. *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*. London: Bloomsbury Publishing, 2016. 258 p.
202. van Boom W.H., Faure M. (eds.) *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*. Wien: Springer-Verlag, 2007. 246 p.
203. van Dam C. *European Tort Law*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press, 2013. 654 p.
204. von Tuhr A. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*. Erster Halbband. Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1924. 791 S.
205. Wagner G. Asbestos-Related Diseases in German Law // *European Review of Private Law*. 2013. Vol. 1. P. 319–330.
206. Wagner G. *Tort Law and Liability Insurance / Tort Law and Economics* / Ed. by M. Faure. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2009. P. 377–405.
207. Wagner G. Asbestos-Related Diseases in German Law // *European Review of Private Law*. 2013. Vol. 1. P. 319–330.
208. Wagner G. (ed.) *Tort Law and Liability Insurance*. Wien: Springer-Verlag, 2005. 370 p.
209. Weekes R. Not Seeing the Wood for the Trees – Risk Analysis as an Alternative to Factual Causation in Fairchild // *Nottingham Law Journal*. 2003. Vol. 12. № 2. P. 18–33.

210. Williams B. Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. 188 p.
211. Wright R.W. Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense of Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure // University of California, Davis Law Review. 1988. Vol. 21. P. 1147–1193.
212. Wright R.W. Causation in Tort Law // California Law Review. 1985. Vol. 73. Iss. 6. P. 1735–1828.
213. Wright R.W. Substantive Corrective Justice // Iowa Law Review. 1992. Vol. 77. P. 625–711.
214. Wright R.W. The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms / Perspectives on Causation / Ed. by R. Goldberg. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 285–322.
215. Wright R.W. The New Old Efficiency Theories of Causation and Liability // Journal of Tort Law. 2014. № 7(1-2). P. 65–95.
216. Wright R.W., Puppe I. Causation: Linguistic, Philosophical, Legal and Economic // Chicago-Kent Law Review. 2016. Vol. 91:2. P. 461–502.
217. Wright R.W. Proving Causation: Probability versus Belief / Perspectives on Causation / Ed. by R. Goldberg. Oxford: Hart Publishing, 2011. P. 195–220.
218. Young R., Faure M., Fenn P. Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis // Review of Law & Economics. 2007. Vol. 3. № 1. P. 111–132.

IV. ЭЛЕКТРОННЫЕ РЕСУРСЫ

219. Civil Liability (Contribution) Act 1978. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/47/section/2> (дата обращения: 14.08.2022).
220. Compensation Act 2006. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/section/3> (дата обращения: 14.08.2022).

221. Current Asbestos Bans. Compiled by Laurie Kazan-Allen (Revised July 14, 2022). URL: http://www.ibasecretariat.org/alpha_ban_list.php (дата обращения: 14.08.2022).

222. European Group on Tort Law. Принципы европейского деликтного права. URL: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/296/PETLRussian.pdf> (дата обращения: 14.08.2022).

223. Hill A.B. The Environment and Disease: Association or Causation? // Proceedings of the Royal Society of Medicine. 1965. № 58. P. 295–300. URL: <https://www.edwardtuft.com/tuft/hill> (дата обращения: 14.08.2022)

224. Judgments - barker (Respondent) v. Corus (UK) plc (Appellants) (formerly barker (Respondent) v. Saint Gobain Pipelines plc (Appellants) and others (Conjoined Appeals). URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060503/barker-3.htm> (дата обращения: 14.08.2022).

225. McGuinness T. Mesothelioma: Civil Court Claims. Briefing Paper Number 04450, 3 August 2016. URL: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04450/SN04450.pdf> (дата обращения: 14.08.2022).

226. Oral History Interview with Honorable Stanley Mosk, Justice of the California Supreme Court, 1964-present. February 18, March 11, April 2, May 27, July 22, 1998. San Francisco, California. P. 62. URL: <https://archives.cdn.sos.ca.gov/oral-history/pdf/mosk.pdf> (дата обращения: 14.08.2022).

227. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference / Ed. by C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke. Full Edition. Sellier, 2009. URL: http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf (дата обращения: 14.08.2022).

228. Reform Bill on Civil Liability (March 2017). Presented on the 13 March, 2017 by Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, Minister of Justice, following a public

consultation undertaken between April and July 2016. Translated into English by Simon Whittaker, in consultation with Jean-Sébastien Borghetti. This translation was commissioned by the Direction des affaires civiles et du sceau, Ministère de la Justice.

URL:

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/reform_bill_on_civil_liability_march_2017.pdf (дата обращения: 14.08.2022).

229. Государство поддержит хризотилтовую индустрию в РФ. URL: <https://rg.ru/2021/09/29/reg-pfo/gosudarstvo-podderzhit-hrizotilovuiu-industriiu-v-rf.html> (дата обращения: 14.08.2022).

230. Пневмокониозы // Большая Медицинская Энциклопедия (БМЭ) / под ред. Б.В. Петровского. 3-е издание. Т. 19. URL: <https://бмэ.орг/index.php/пневмокониозы> (дата обращения: 14.08.2022).

231. Россия выиграла. Хризотил-асбест выдержал испытание Женевской конференцией. URL: <https://rg.ru/2017/05/24/rossiia-vyskazalas-protiv-priznaniia-hrizotil-asbesta-osobo-opasnym.html> (дата обращения: 14.08.2022).