На вопросы главного редактора журнала «Закон» Александра Верещагина и шеф-редактора журнала «Закон» Владимира Румака отвечает **профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения МГУ имени М.В. Ломоносова Вадим Анатольевич БЕЛОВ**

НАЙТИ СРЕДИ НАШИХ СОВРЕМЕННЫХ ЮРИСТОВ ЧИСТОГО «ДЕЛИКТНИКА» ЕСЛИ НЕ НЕВОЗМОЖНО, ТО ОЧЕНЬ ПРОБЛЕМАТИЧНО

Родился 5 августа 1971 г. в Кирове Калужской области.
В 1993 г. с отличием окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова.
В 1997 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему «Ценные бумаги как объекты гражданских прав: вопросы теории».
В 2004 г. защитил докторскую диссертацию на тему «Проблемы цивилистической теории российского вексельного права».
В 1998–2006 гг. — доцент, в 2007–2011 гг. — профессор кафедры гражданского права, с сентября 2011 г. по наст. вр. — профессор кафедры коммерческого права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.
В настоящее время читает общие (лекционные) курсы коммерческого права и международного торгового права (для бакалавров), специальные курсы «Понятие и виды торговых договоров» и «Ценные бумаги в коммерческом обороте» (для магистров), а также ряд лекций в рамках коллективных кафедральных курсов (по актуальным проблемам коммерческого права, выработке условий торговых договоров, методологии написания магистерской диссертации, истории торгового права и др.).
Автор, соавтор и ответственный редактор более 500 учебных, научных и научно-практических публикаций по торговому (коммерческому) и гражданскому праву, в том числе по правовому регулированию ценных бумаг и бездокументарных ценных бумаг и вексельному праву, учебников и курсов по гражданскому праву, учебника и практикума по коммерческому праву, учебника по правоведению, ряда энциклопедических изданий и коллективных монографий по актуальным проблемам гражданского, корпоративного и торгового права; комментария арбитражной практики применения Гражданского кодекса РФ и вексельного законодательства России, а также изменений и дополнений, внесенных в ГК РФ в течение 2012—2019 гг. в ходе реформы гражданского законодательства; курсов лекций «Международное торговое право и право ВТО», «Понятие и виды торговых договоров»; книг и статей по различным институтам частного права. Переводчик текста и автор комментариев к ряду международных конвенций, иностранных нормативных актов и актов soft law. По инициативе и под руководством В.А. Белова был переиздан ряд юридических произведений, написанных российскими дореволюционными и советскими авторами. Начал работу по изданию статей выпускников кафедры коммерческого права (бакалавров и магистров) под общим названием «Договоры коммерческого права» (в 2019 г. вышел первый выпуск серии, посвященный проблемам общей теории коммерческих договоров, в 2020 г. — второй по проблемам договоров продажи товаров).

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

— Самой актуальной темой последних дней стали поправки к Конституции. Каково Ваше мнение как юриста о конституционной реформе?

— Больше всего меня занимает то, что эта реформа в принципе предложена. На мой взгляд, с момента принятия Конституции наше общество не изменилось настолько, чтобы потребовалось так много поправок. Даже безотносительно к тому, что написано в Законе[1], один факт внесения изменений, которые по объему сопоставимы с самой Конституцией, плох.

Конституция — это синоним и залог принципиальности, постоянства, стабильности. Американской конституции более 200 лет, но за это время в нее внесено три десятка поправок, причем очень небольших, очень точечных.

У нас же после «реформы» получится, по сути, переписанная Конституция. Поэтому, нарушая принцип тайного голосования, я скажу, что проголосую против этих поправок. Просто принципиально, потому что нельзя так поступать с Основным законом ни в каком случае, во имя чего бы то ни было. Все рассказы про социальную составляющую — от лукавого, поскольку если бы государство выполняло, пусть даже частично, уже имеющиеся социальные обязательства — например, разморозило бы пенсионные накопления (для начала), — это было бы куда полезнее, чем уйма поправок в Конституцию.

— Как раз социальная часть юристов интересует меньше всего. Самые резонансные вещи касаются системы сдержек и противовесов, разделения властей в новом формате. К примеру, у нас в февральском номере[2] было обсуждение поправок, касающихся независимости суда. Как Вы считаете, будет ли российский суд после конституционной реформы более независимым?

— Качество и независимость суда определяются не тем, что написано в законах и уж тем более Конституции, а тем, как он на самом деле работает. И при существующей, и при новой Конституции равно возможны ситуации, когда суд будет во всех смыслах адекватным или, напротив, когда он не будет ни независимым, ни профессиональным, ни объективным. Конституция 1937 г. тоже гарантировала неприкосновенность личности, неприкосновенность жилища, доказательность обвинения, независимость суда. Но это, как говорили сталинские следователи, шло «на экспорт», а в реальности все было несколько по-иному. К сожалению, сейчас мы видим похожую ситуацию: Конституция сама по себе, жизнь сама по себе. И что бы там ни принимали и ни писали в Конституции, на независимость суда, на его профессионализм, объективность, беспристрастность это не окажет никакого влияния.

— А как Вы оцениваете новые полномочия Конституционного Суда по предварительному конституционному надзору?

— Конституционный Суд хотя и конституционный, но это часть нынешней государственной машины. Поэтому, когда он определяет конституционность законов, или законопроектов, или распоряжений, указов Президента, по-моему, решения его можно предвидеть без особого труда. У меня, например, не было никаких сомнений в том, *как именно* Конституционный Суд оценит предложенные поправки, вопрос был только один: *как быстро* он это сделает? Сделал так быстро, как не ожидал, кажется, никто.

— Выходит, в такой ситуации нам вообще не нужен Конституционный Суд?

— В том виде, в котором он сейчас функционирует, он действительно не очень нужен. Пока он будет частью государственной машины, которая завязана на обслуживании интересов этого самого государства, ничего не поменяется, и неважно, будет ли он отдельной инстанцией или частью другого суда, более широкой предметной сферы компетенции.

Государство и само это понимает. Взять хотя бы его нынешнее отношение к третейским судам — оно ведь обусловлено опасением конкуренции с государственной системой судов. Предприниматели уже давно не питают иллюзий насчет нашего экономического

[1] Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14.03.2020 № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти».

[2] Конституционные поправки и независимость суда // Закон. 2020. № 2. С. 33–43.

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

правосудия, не питали их даже тогда, когда был Высший Арбитражный Суд. И стремление перенести в третейский суд целый ряд споров, в том числе и таких, которые, наверное, по определению сложно туда перенести (споры о недвижимости, корпоративные споры), говорит о том, что на правосудие в государственных судах у нас не очень-то надеются. Государство это прекрасно видит и загоняет предпринимателей в свои (государственные) суды всеми силами, правдами и неправдами.

Еще Антон Александрович Иванов, будучи Председателем ВАС РФ, неоднократно говорил о необходимости принятия мер, направленных на возвращение предпринимателей в российскую юрисдикцию. И такие меры у нас действительно принимаются, только странные какие-то: не на совершенствование системы государственного правосудия направленные, а на уничтожение негосударственного. Хотите не хотите, а вас силой сюда вернут: сделают так, что, кроме как в государственных российских судах, судиться будет просто больше негде. Как в Евангелии от Луки — «убеди прийти».

— Может ли суд в таких условиях претендовать на какую-то бóльшую роль, чем просто разрешение споров, роль правотворческую? Например, юристы сходятся во мнении, что в позициях Верховного Суда периодически появляются нормы права, хотя сам Суд всячески отрицает это.

— Совершенно с таким мнением согласен. В свое время я даже написал статью про знаменитое 25-е Постановление Пленума[3], и прямо в ее названии поставил этот вопрос. Если мы посмотрим и более поздние постановления, то найдем в них массу норм, которых не увидишь ни в Гражданском кодексе, ни в иных законах. В этом смысле Верховный Суд, безусловно, создает нормы права. Хотя я как приверженец традиционного для нашей школы права подхода считаю, что все-таки он этого делать не должен. Но такая моя позиция вовсе не означает, что я как-то принижаю роль суда. Напротив.

> Мне очень нравится сравнение роли суда с ролью опытного акушера, сделанное германским цивилистом Отто фон Гирке: нельзя сказать, что акушер «творит» ребенка, но в то же время без помощи акушера ребенок зачастую не родится или умрет, да и сама роженица может умереть.

Так же и суд: не создавая права, он делает нечто, без чего право вряд ли может быть создано, примеряя те или иные общие нормы закона на конкретные случаи — и в этом смысле не корректируя их, но определяя их смысл, — он помогает праву родиться, делая эти роды более эффективными и безопасными.

Сформулировать *общеобязательные* нормы — значит, вольно или невольно заложить в них больше, чем надо. Позволить подобное можно только законодателю. Задачи нашего (российского) суда в другом — отсечь лишнее, в законе неизбежное, но применению не всякий раз подлежащее. Вряд ли это можно назвать правотворчеством или нормотворчеством — это скорее нормоуточнение, или правоуточнение. У нас просто как-то очень топорно к этому вопросу подходят: или суд *творит право*, или суд… *никто и ничто*. Почему так? Кто сказал, что правотворчество сводится к одному только *формулированию* общеобязательных норм, что в правотворчестве не существует никакой другой юридической деятельности, достойной уважения? Существует, и немало. В рассуждениях типа «или — или» нет полутонов, которых в жизни на самом деле очень много.

> Необязательно *творить право* в буквальном смысле (формулировать общеобязательные правила поведения), но можно играть иную, не менее, а то и более весомую роль в его образовании. Задача суда (у нас в России, по крайней мере) примерно такая.

— Если суд не должен творить право, то как, например, менять практику, делать ее более динамичной? Еще Иосиф Алексеевич Покровский отмечал проблему, что законодатель не поспевает за жизнью, и в этом аспекте суды могут оказаться неким посредником, который позволяет учитывать реалии жизни в тех сферах, где законодатель остается ригидным.

[3] Речь идет о Постановлении Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». См.: *Белов В.А.* «Двадцать пятое» Постановление Пленума: толкование или… законодательство? // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 11. С. 55–92.

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

— То, о чем Вы говорите, относится не к правотворчеству, а, скорее, представляет собой частный случай применения любимого выражения Бориса Ивановича Пугинского: никому не запрещается сегодня быть умнее, чем вчера, а завтра — умнее, чем сегодня. У нас почему-то в основном считают иначе: «Вы что же, хотите, чтобы я признал, что я когда-то был неправ?! Никогда этого не будет. Да, я понимаю, что я не прав, но публично никогда в этом не сознаюсь и буду упираться до последнего». Это реальные слова реального чиновника. К сожалению, наши судьи в большинстве своем ведут себя именно так: защищают свои предшествующие решения, действия и акты своих коллег и вообще «государственных людей», несмотря ни на что, как бы те ни были неправы. Рука руку моет. Но любовь к Родине, защита государственных интересов и банальный здравый смысл заключаются не в том, чтобы выгораживать себя и собственных коллег, а в том, чтобы, обнаружив ошибку (например, неправильное толкование той или иной нормы), как можно быстрее ее исправить, как бы это ни называть — хоть правотворческим, хоть каким-то иным потенциалом. Исправление и предупреждение собственных и чужих ошибок — это не только возможность, но и, я бы даже сказал, обязанность суда.

Здесь, кстати, можно привести целый ряд примеров из области деликтного права.

> Сейчас появляется много разных новых сфер, к которым деликтное право в традиционном его понимании (как ответственность за умаление наличного имущества потерпевшего) довольно трудно приложимо.

Мне думается, что в отсутствие *законодательного* регулирования такого рода отношений на них не следует натягивать не рассчитанную и не приспособленную для этого категорию деликта. До внесения соответствующих законодательных изменений их следует признавать не попадающими в правовое поле. Чтобы это изменить, надо тормошить законодателя, а не суды. Одни суды ситуацию не изменят. В Гражданском кодексе, конечно, есть пара статей — первая и десятая, — под действие которых, по мнению наших судей, подпадают практически любые отношения и, стало быть, на основании которых можно разрешить любой спор. Но это-то как раз и неправильно. Так быть не должно. Иначе зачем вообще Кодекс? Оставили бы 1-ю и 10-ю статьи — и всё.

— Можете привести примеры, когда наши суды применяли норму деликтного права без достаточно очевидных на то оснований?

— Таких примеров масса; особенно многочисленными они стали в конце 1980-х гг., когда начался переход к так называемой рыночной экономике. Именно тогда стали появляться всевозможные странные с традиционной юридической точки зрения отношения; некоторые из них до сих пор пытаются подвести под действие деликтного права. Таковы, например, вред, причиненный недобросовестным преддоговорным поведением, проникновением в чужую тайну и (или) ее разглашением, распространением сведений, которые не соответствуют действительности (сюда относятся не только сведения о человеке, но и реклама, клевета, так называемые фейковые новости, публикации и т.д.). Далее, до сих пор непонятно, применяются ли нормы деликтного права для целей возмещения вреда, причиненного, с одной стороны, нарушением исключительных прав, а с другой — несоблюдением режима общественного достояния произведения. Поясню: у нас ведь есть множество произведений, находящихся в общественном достоянии, к ним должен быть обеспечен свободный доступ. А те же библиотеки, к примеру, зачастую закрывают его: они, мол, не уверены, что на эти произведения и в самом деле распространяется режим общественного достояния — вдруг они все еще «обременены» чьим-нибудь авторским правом? В таких случаях режим общественного достояния действует только на бумаге, потому что получить доступ к произведению практически невозможно.

Другие примеры. Экологический вред — тоже довольно любопытное понятие. Вред, причиненный террористическими актами и вообще действиями, оказывающими (способными оказать) *массовое* негативное влияние, приводящими к *массовым* негативным последствиям. Предположим, где-нибудь на Садовом кольце произошло ДТП, столкнулись два автомобиля. Собралась пробка, Садовое кольцо замкнулось, шесть часов простояло. Вопрос: те люди, которые шесть часов просидели в этой пробке (опоздали на работу, на поезд, на самолет, на прием к врачу, на судебный процесс, за ребенком в детский садик, да,

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

в конце концов, просто потеряли время и нервы свои потрепали), могут что-нибудь потребовать с тех, кто эту пробку создал, или нет?

Или вот пример из последних новостей: эпидемиолог региона привозит туда коронавирус. И тут встает вопрос о возмещении вреда не только тем, кого заразил безответственный чиновник, но и всем другим зараженным, а также лицам, пострадавшим от введения карантина, режима самоизоляции, прекращения или ограничения деятельности и прочих подобных мер. Кто возмещает такой вред и возмещает ли? Подобные действия сами по себе вроде и не кажутся вредоносными, но в действительности вредят значительному кругу лиц; предвидеть состав потерпевших, характер и размер этого вреда чрезвычайно сложно; еще сложнее, кстати, противостоять злоупотреблениям в этих отношениях. К такой же — квазиделиктной — категории следует отнести и отношения по возмещению вреда, причиненного недостатками товаров, работ, услуг, причем под недостатками имеется в виду не только низкое качество товаров, но и нарушения более общих требований — к безопасности товаров, к условиям их производства, к личности производителя, к регистрации, сертификации и т.п.

Что еще? Вред, причиненный в ходе конкуренции. Как раз в прошлом номере вашего журнала[4] была моя статья по этому поводу — возмещать такой вред или не возмещать? Электронные, цифровые, виртуальные деликты — тоже новая сфера применения деликтного права.

Для нашей страны очень актуальны вопросы возмещения вреда, причиненного нарушением права на скорое, беспристрастное, объективное, профессиональное судебное разбирательство. Это вообще целая сфера отношений.

— В отношении таких компенсаций, как и судебных расходов, действует особый процессуальный порядок.

— Совершенно верно. А почему? Потому что под деликты этот вред и эти отношения не подведешь. Вот и образуется рядом с традиционным деликтным правом масса всевозможных областей, сфер и отношений, которые вроде бы на него похожи, а вроде бы и не очень.

— Многие из ситуаций, которые Вы привели, напоминают чистые экономические убытки.

— Вы правы. Мне очень нравится тематическая статья Юрия Евгеньевича Туктарова[5], я бы даже назвал ее одним из лучших произведений по этому вопросу у нас. Правда, автор приводит достаточно традиционные примеры, которые и в старых работах можно найти. Скажем, Михаил Михайлович Агарков пишет: А убил Б. В итоге пострадал не только Б, который, естественно, погиб, но и семья Б, поскольку Б много зарабатывал, обеспечивал семье хорошее, превышающее обычный уровень содержание. И вот вопрос: среднее-то содержание точно подлежит возмещению, а вот *то, что было выше среднего*, — подлежит или нет? Это классический пример.

Я приведу немножко другие примеры. Резко растет курс иностранной по отношению к рублю валюты, допустим доллара и евро. Мой контрагент просрочивает мне платеж в рублях, а я рассчитывал как раз на эти самые рубли купить евро. Для чего? Для того, чтобы закупить за рубежом определенные товары и, соответственно, здесь, в России, их продать. Через некоторое время он перечисляет ту сумму, которая причитается мне по договору. Но, поскольку курс евро у нас вырос, я на это количество рублей могу купить значительно меньше валюты, чем мог бы купить, если бы платеж был проведен вовремя. Я покупаю *меньшее* количество евро. На них покупаю *меньшее* количество товара, в итоге *недополучаю выручку*. Могу я или не могу взыскать вот это недополученное в качестве убытка со своего контрагента? Другая ситуация: меняется не курс валют, а цена товара. И меняется она не в лучшую для меня сторону.

— Напоминает абстрактные убытки.

— Абстрактные убытки, совершенно справедливо. Но опять-таки, почему они *абстрактные*? Потому что в реальности непонятно, понес я их или не понес. Одно дело, когда я *действительно совершил* заменяющую

[4] См.: *Белов В.А.* Так что же такое конкурентное право? // Закон. 2020. № 2. С. 52–72.

[5] *Туктаров Ю.Е.* Чисто экономические убытки // Убытки и практика их возмещения: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 138–168.

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

сделку по более низкой или, наоборот, высокой цене и, стало быть, действительно потерял: то ли заплатил больше, чем мог бы, то ли получил меньше, чем планировал. И совсем другое — когда я *никакой заменяющей сделки на самом деле не совершал*, а выкрутился как-то иначе, например уговорил контрагентов подождать (дать кредит или отсрочку), снизить цену, принять в счет платежа не евро, которых мне не хватило, а что-нибудь еще, и т.п. В первом случае классические убытки налицо. А во втором я их избежал, перебился. Тем не менее они все равно подлежат взысканию.

— А нужно ли, что называется, «открывать шлюзы»?

— Это как раз выражение из статьи Туктарова. Там очень хорошо данный вопрос описан. И, на мой взгляд, правильно подмечено, что в странах, которые знают практику взыскания чисто экономических убытков, эти шлюзы не очень-то открываются. То есть не наблюдается резкого увеличения практики сутяжничества и предъявления на этой почве каких-то колоссальных требований. Может быть, некоторое увеличение и есть, но незначительное. Поэтому мне кажется, что взыскание чисто экономических убытков и открытие шлюзов — это два разных вопроса. Один от другого не зависит.

— У нас есть свежий пример, когда с организаторов митингов взыскали что-то похожее на чисто экономические убытки в связи с потерями торговых точек и ресторанов. Как Вы считаете, не противоречит ли это нашей правовой традиции?

— Традиционному пониманию деликта это действительно не соответствует. Но вопрос, который на самом деле стоит обсудить, в другом: насколько это традиционное понимание деликта адекватно современной реальности? Оно ведь — это традиционное понимание — пришло к нам из советского права, которое, в свою очередь, заимствовало эту конструкцию из уголовного права. Мысль о том, что гражданское право, конструируя свой состав гражданского правонарушения, взяло за основу конструкцию состава преступления, недавно высказывал, насколько я помню, Юрий Борисович Фогельсон. Вообще, это было сделано еще дореволюционными учеными; советское же право с удовольствием восприняло такой подход, передав его современному праву. Он предполагает, в частности, рассмотрение деяния, повлекшего вред, с так называемой объективной стороны: является ли оно *противоправным* или нет? Противоправным же деяние считается у нас тогда, когда оно одновременно соответствует двум требованиям: во-первых, когда оно *умаляет чье-нибудь субъективное право, благо или интерес*, а во-вторых — и это самое главное для объективной стороны любого публичного правонарушения, — когда оно *нарушает какую-нибудь норму права* (на практике — *не соответствует какому-нибудь закону*). В итоге получается достаточно узкое понятие. Надо, с одной стороны, указать закон, который ты нарушил, а с другой — показать, что это нарушение обернулось какими-то последствиями, вредоносными не столько для имущества или личности, сколько для субъективного права либо иного охраняемого законом блага или интереса. А применительно к чисто экономическим убыткам это далеко не всегда возможно.

> Ведь почему у нас сейчас широко обсуждают принцип так называемого генерального деликта? Потому что он позволяет уйти от объективной противоправности.

Всякое *вредоносное* деяние *противоправно уже само по себе*, т.е. потому, что оно *вредоносно*. Если я причинил кому-то вред, значит, я должен за него ответить. Но это другая крайность. Потому что есть много ситуаций, где причинение вреда абсолютно естественно. Та же конкуренция — это сфера, для которой соперничество, конфликт, борьба естественны, а значит, и причинение вреда здесь *неизбежно* и потому *нормально*. Подлежит ли он возмещению? Разумеется, нет — иначе конкуренция не имела бы никакого смысла.

Или вот немного другой пример. Некоторым студентам показалось, что я очень строго принимаю экзамен. У одной девушки даже на этой почве истерика случилась. До госпитализации дело не дошло, но студентка безусловно претерпела моральные страдания. Подлежат они возмещению или нет в данной ситуации? Также полагаю, что нет, потому что речь идет об *обыкновенном*, а с точки зрения выполнения образовательной программы даже *обязательном* и потому опять-таки *нормальном* действии — приеме экзамена. Так делают все преподаватели, об этом осведомлены все студенты. Я говорю, конечно, о случае, когда преподаватель действительно принимает экзамен, а не издевается над студентами, третируя

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

их и задавая вопросы, не относящиеся к делу. Вот, кстати, в этом случае мы действительно говорили бы о некоем *неадекватном*, *неправильном*, *недолжном* — *противоправном*, выходит? — *действии*.

Если же вот от этой специальной, самостоятельной характеристики вредоносного действия — противоправности, неправомерности, ненормальности и т.д., как бы ее ни называть, — отказаться, если рассуждать об ответственности *за сам только вред*, то можно дойти до совсем уж невероятных крайностей. Взял я, допустим, на себя поручение по ведению гражданского дела, предъявил иск от имени своего клиента, дело *выиграл*. Все хорошо? Казалось бы, да. Но через некоторое время мне приходит претензия от ответчика: «Из-за тебя я проиграл дело. Ты мне *причинил вред* тем, что выиграл дело своего клиента; если бы не ты — он никогда бы у меня ничего не отсудил». Подлежит возмещению *такой* вред или нет?

К чему я все это говорю? К тому, что *одной вредоносности* все-таки недостаточно. Не удивлюсь, если найдутся люди, которым вредит, к примеру, самый факт моего существования, — что же мне теперь, убить себя об стену, что ли? Или возмещать такой вред? «Вред», несмотря на неприятную коннотацию, не всегда означает нечто плохое, недопустимое. Помимо вредоносности, у деяния — основания возмещения вреда должен быть еще какой-то признак. Пусть даже это будет нарушение не закона, а каких-нибудь *разумных ожиданий*, *обычного порядка вещей*, *хода дел* — словом, совершение действия, которого *обычно никто не совершает*, например потому что не имеет на это права или ему запрещено его совершать. Но дело тут, подчеркиваю, необязательно в законодательном запрете, а в том, что *обычно так не делают*. Обычно баранов на улице не режут и котят топорами не рубят, образно говоря. По крайней мере, *у нас* на улицах.

— Мне кажется, что при формулировании такого рода правил может иметь значение экономический анализ. По большому счету если мы устанавливаем стандарты, то мы исходим из того, какие затраты понесут участники оборота для предотвращения негативных последствий.

— Безусловно. Я бы сказал так: это, наверное, может служить *одним из* критериев допустимости или недопустимости действия и, соответственно, допустимости или недопустимости упреков в его совершении. Но это все же не единственный и к тому же только дополнительный, вспомогательный критерий. Поясню свою мысль: я слышал много выражений о сущности права, например о том, что оно есть искусство добра и справедливости, что оно — возведенная в закон воля господствующего класса, что оно — предмет борьбы, защищенный интерес, специфический общественный товар и общественный же «всеобщий эквивалент» и прочее и прочее. Но я никогда не слышал о том, что право — это искусство или хотя бы средство минимизации издержек. Право уж точно не для этого предназначено. Или, во всяком случае, *не только* для этого. Стало быть, действительно возможны ситуации, когда противоправность действия может быть определена с помощью экономического анализа, и в частности оценки затрат, но превращать этот критерий в общее правило, я думаю, нельзя.

— Вы не верите в экономический анализ права как средство выработки регуляторных решений?

— У него есть потенциал, но это не универсальная вещь. Существуют такие предписания, которые необъяснимы с точки зрения экономического анализа, как бы вы его ни проводили, но при этом вряд ли кто-то усомнится в их правильности и адекватности. Недопустимы, к примеру, посягательства на жизнь, убийства; чтобы не было никаких сомнений, уточню — убийства *детей*. К сожалению, есть такие ситуации, когда *с экономической точки зрения* наиболее рациональным способом достижения той или иной цели окажется именно подобное посягательство (убийство). Не перечесть детективных произведений, герои которых отправляют на тот свет своих многочисленных родственников, стоящих между ними и богатым наследством. Экономически это эффективно. Но я не думаю, что найдется хоть один правопорядок, который оправдал бы такие вещи.

— Вы назвали две крайности: с одной стороны, подход, пришедший из уголовного права с доказыванием противоправности, и с другой — повсеместное применение принципа генерального деликта. А можно ли их как-нибудь примирить?

— Скажу так: можно попробовать. Есть разные способы. Юрий Геннадьевич Матвеев в 1973 г. опубли-

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

ковал замечательную книжку «Англо-американское деликтное право», в которой очень хорошо рассказал про поиск компромисса между этими двумя крайностями в рамках английской системы права. Компромисс этот выражается в конструкции *специальных деликтов*.

> Есть некоторое количество, примерно десяток, наиболее распространенных типов деликтов, т.е. действий, которые *точно всегда противоправны*, а значит, и *за вред, ими причиненный, точно всегда надо отвечать*.

Я имею в виду обман, насилие, сговор, незаконное противоправное лишение владения, вымогательство, домогательство, зловредность, присвоение, небрежность и т.п. Сам характер этих деяний таков, что за причиненный ими вред нужно отвечать.

Как быть со всеми остальными деяниями? На этот вопрос английские юристы, а также американская практика дают разные ответы. Классический английский ответ, существующий уже бог знает сколько столетий, таков: *все деяния, по которым не выработано специальных правил привлечения к ответственности, не противоправны*. Вред, причиненный деяниями, которые не подпадают ни под насилие, ни под лишение владения, ни под обман и т.д. — словом, ни под одну из вышеперечисленный категорий, — это допустимый вред; его причинение не влечет за собой ответственности.

> Есть и компромиссный вариант, который говорит: *надо смотреть по конкретным обстоятельствам*. Да, *по общему правилу* деяния, не подпадающие под отдельные категории деликтов, считаются нормальными и непротивоправными. Но, наверное, можно себе представить ситуации, когда за них тоже следовало бы привлекать к ответственности (по усмотрению суда).

Этот подход считается выработанным американскими судами; они действительно проявляют гораздо больше гибкости, нередко признавая противоправными (и подлежащими тем самым ответственности) и такие деяния, которые не подпадают под классические типы деликтов. В основном речь идет как раз о деяниях новых — тех, совершение которых еще до недавнего времени не было возможным.

— По каким критериям?

— По-разному. Здесь могут сыграть роль и *разумные ожидания*, и какие-то *обязанности, возложенные законом*, и, наверное, даже *социальная реакция* на спорное действие, в частности созданная им *социальная напряженность*, волнения, паника и пр. Если общественность ждет, что за определенное деяние лицо будет привлечено к ответственности, суд это понимает и выносит соответствующее решение. Бывает и наоборот: общественность возмущена и считает, что привлекать к ответственности не нужно, несмотря на противоположное указание закона. Вероятно, это и есть способ примирения этих двух крайностей.

А еще в любом правопорядке есть перечень случаев, в которых деяние *точно не будет признано противоправным*. Классические варианты — это необходимая оборона, непреодолимая сила, крайняя необходимость, задержание преступника; менее классические — исполнение приказа, действие в соответствии с обязательными указаниями, ошибка, добросовестное заблуждение (в некоторых случаях). То есть бывают ситуации, которые ставят и вот такой еще, дополнительный, барьер перед привлечением к ответственности. Остальное — на усмотрение суда, но тоже с известными ограничениями. Например, при согласии потерпевшего на причинение вреда к ответственности привлекать по общему правилу нельзя, но если речь идет о вреде, причиненном личности, то суд может и проигнорировать подобное согласие.

— Можно еще вспомнить экономические ограничения — ответственность перевозчиков, например.

— Экономические ограничения работают так же, как ответственность по принципу риска. Они обоюдоострые. Агарков приводит замечательный классический пример, касающийся объяснения ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности. Кто взял на себя смелость эксплуатировать такой источник, тот принимает на себя все связанные с этим риски и отвечает по принципу риска. Допустим. Но ведь ровно с теми же основаниями можно утверждать, что тот, кого сбила машина, принял на себя риск попасть под автомобиль, когда он вышел на проезжую часть. Что же тогда получается: ни тот, ни другой не должны ни на что претендовать и ничего не должны друг с друга требовать? Или наоборот —

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

каждый предъявляет требования к каждому и они погашаются зачетом?

Точно так же дело обстоит и с перевозчиком. С одной стороны, перевозчики разорятся, если предъявлять к ним деликтные (да и договорные) требования на общих основаниях. С другой стороны, те же «общие основания» могут привести к тому, что привлечь перевозчиков к ответственности вообще будет невозможно. Тут речь прежде всего о вине: перевозчики (как и производители товаров, торговцы, да и в целом владельцы любых сколько-нибудь сложных предприятий) всегда смогут доказать, что они невиновны, что они сделали все от них зависящее, чтобы предотвратить вред, и тем не менее им это не удалось. Потерпевший вряд ли сможет что-то адекватно возразить уже потому, что он не в курсе деятельности этих самых перевозчиков. В итоге окажется, что перевозчики ни за что не отвечают.

— Как раз специально для таких случаев, по идее, предусматривают упрощенные составы.

— Безусловно.

— Еще на ум приходит ответственность медучреждений. Их тоже сложно привлечь к ответственности.

— Думаю, что здесь проблематика очень сложная и неоднозначная. Я не готов рассуждать о том, как в таких случаях должна работать такая ответственность.

> Грань между врачебной *ошибкой* и *халатностью* очень тонка. Поэтому если и вводить ответственность за то и за другое, то, видимо, как раз через специальные деликты с усложненным механизмом привлечения к ответственности.

Вообще, ответственность за *халатность* — это, безусловно, классический случай деликта. Надо только, исходя из нашей концепции, подобрать норму, которая обязывала бы доктора (юриста, иного специалиста) к совершению тех или иных действий. Если мы это укажем, то это будет соответствовать даже нашей традиционной узко уголовной концепции противоправности и все будет работать. А вот если речь идет о профессиональной *ошибке*... Положим, ошибка в науке — вообще не ошибка, а, скорее, некий профессиональный риск. Нельзя утверждать, что мы знаем *все* в медицине, в социальных науках, — в них знать все в принципе невозможно. Вспомним теорию относительности Эйнштейна: до сих пор обсуждают, правильна она или нет. Вполне возможно, через какое-то время выяснится, что неправильна. Так что, мне кажется, если уж и строить механизм ответственности за *ошибку*, то по принципу профессионального риска. Но это (как я только что говорил) очень зыбкая штука — почти такая же зыбкая, как ответственность на основании экономического анализа права. Не возьмусь это обсуждать.

— Каковы особенности деликтной ответственности государства по сравнению с частными субъектами?

— У нас эти особенности сформировались еще до революции. И начало их обсуждению положил Николай Иванович Лазаревский в монографии «Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами» (СПб., 1905).

В советское время, конечно, поднимать эту тему было очень неудобно: государство само устанавливало для себя правила игры, и предполагалось, что оно не может их нарушить. Даже если оно их нарушало, это значило лишь то, что в данном конкретном случае оно установило для себя иные правила, вот и всё.

Но в 1948 г. с подачи Екатерины Абрамовны Флейшиц прижился очень интересный термин — ответственность не за незаконные, а за *неправильные* действия государства и должностных лиц. Даже если действия публичных субъектов всегда законны, что называется, по определению, но в конкретной ситуации они могут оказаться неправильными с точки зрения некоей целесообразности, общественных ожиданий. Может быть, государство и не может поступить *противоправно* (ибо оно само творит право), но оно может поступить *неправильно*. Вот это является основанием привлечения к ответственности.

В таких терминах эта тема у нас существовала, собственно, до нового Гражданского кодекса, который все же признал, что, к сожалению, государство тоже способно нарушать им же самим установленные законы, а значит, совершать противоправные действия. Но, опять-таки, у нас установлены *особые*

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

условия привлечения государства к ответственности за вред, причиненный его должностными лицами. Здесь отдельно выделяется вред, причиненный *при осуществлении правосудия*, и вред, причиненный *при незаконном заключении под стражу, избрании подписки о невыезде* и т.п. В специальных составах — когда вред выражается в действительно серьезном умалении личных благ, включая жизнь и здоровье, — задействуется *упрощенный* механизм привлечения публичного образования к ответственности. А вот вред, причиненный при осуществлении правосудия, наоборот, предполагает *усложненный* механизм: вина судьи должна быть установлена вступившим в силу приговором. То есть надо не просто установить вину, а именно привлечь к ответственности судью за вынесение заведомо неправосудного приговора. Это крайне редкий случай. Я, честно говоря, даже не слышал про такие ситуации у нас.

> В этом смысле особенности деликтной ответственности публичных субъектов выделяются в России уже достаточно давно. И, за исключением действующей 1069-й статьи ГК, их выделение всегда было направлено на то, чтобы *максимально затруднить привлечение государства к ответственности*.

То есть и без того узкая концепция основания деликтной ответственности для публично-правового образования еще сильнее специализируется, сужается. Единственный случай, который, можно сказать, выходил за рамки этого правила, — вред, причиненный при осуществлении оперативно-разыскной деятельности и следственных действий. Но с чисто логической точки зрения речь здесь шла не об установлении какого-то особого вида деликта, а о выделении внутри существующего понятия более частного случая.

— Не нарушается ли конституционный баланс между частным и публичным, когда частный и публичный субъект привлекаются к ответственности за причиненный ими вред по-разному? Например, в отличие от большинства деликтов публичных субъектов вина в частноправовых отношениях предполагается.

— Возможно, нарушение и есть, но оно, как мне кажется, небезосновательное. Одно дело — частный интерес, и совсем другое — интерес публичный. Частное благо и публичное благо — вещи принципиально разные. Другое дело, что у нас почти никогда не понимают публичный интерес правильно. За ним ведь почти всегда видят знаете что? — *Частный интерес государства*, а то и его отдельных «служителей», чиновников. А должны бы видеть *интерес общества, социума*. Соответственно, ограничения ответственности работают не в тех местах и не для тех целей, где они должны это делать и для чего они предназначены. Но если помнить о том, что *интерес государства как частного лица* это еще не интерес *представляемого таким государством общества*, то пресловутые ограничения, или, лучше сказать, различия, будут выглядеть совершенно логично.

Тут важен еще и вот какой аспект. По моим наблюдениям, у нас нередко смешивают две другие вещи — *вину* и *противоправность*. Почему-то считается, что если доказано, что ты *совершил противоправное деяние*, значит, доказано и то, что ты *виновен в совершении этого деяния* (а также в возникновении вызванного им вреда). Но ведь это разные категории! Один из моих преподавателей по уголовному праву приводил такой пример: вы идете по улице и видите, как некий гражданин бьет другого палкой по голове. Что, по вашему мнению, происходит? 90% народа отвечали, что *совершается преступление* — причиняются тяжкие телесные повреждения. Но это неправильный ответ! Правильный будет таким: *совершается деяние, имеющее признаки состава преступления*. А вот сказать, действительно ли оно является преступлением или нет, по одному деянию мы никак не можем. Почему? Потому что деяние — это только одна из сторон преступления (объективная); но важна и вторая (субъективная). А что, если тот, кто наносит удары палкой, невменяем? Что, если он не понимает значения своих действий или не может управлять ими? Тогда выходит, что он невиновен, привлечь его к уголовной ответственности нельзя, состав преступления разваливается, перед нами — не преступление.

Подытожу: факт *совершения деяния, подпадающего под признаки состава преступления*, может констатировать кто угодно, например тот, кто наблюдал этот факт лично или смотрел видеозапись, сделанную камерой наблюдения. А виновность, повторяю, устанавливает только суд.

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

К сожалению, у нас эти вещи — *противоправность* и *виновность* — не всегда разделяют. В итоге принцип презумпции невиновности практически нивелируется — заметьте, даже в уголовном праве, не говоря уже о гражданском.

— А в предпринимательских отношениях он вообще не имеет значения…

— Да, нивелируется официально. И мне очень интересно, почему. Когда спрашиваешь тех же разработчиков Гражданского кодекса, почему они так написали, они обычно говорят, что так везде принято. Но откуда взялся этот взгляд, почему мы исходим из принципа риска? Я полагаю, что взялся он из коммерческого оборота — из сферы профессиональной деятельности торговцев-посредников. Вы ведь посмотрите, чем они занимаются. Они покупают товар и перепродают, даже не взглянув на него. И это не халатность, не попустительство — это обычная в торговле практика, где предметом покупки и продажи зачастую становится товар, которого не существует даже в природе, и почти всегда — товар, который не принадлежит продавцу и никогда не будет принадлежать покупателю. Почему? А они им не нужны — ни тому, ни другому, они же *посредники*. Все, что они видят, — это не сам товар, а только документы на него. Давайте подумаем: если мы станем руководствоваться традиционным представлением о вине, то в чем, даже чисто теоретически, мог бы быть виновен *такой* посредник? В том, что он не взглянул на товар, не выяснил, качественный ли он? Но никто из посредников не занимается этим. Посредник не будет ездить по всем складам, по всем портам, по всем производителям, товары которых он покупает и перепродает.

— Или его услуги станут очень дорогими.

— На практике он просто не сможет их оказать. Как выглядит современный типичный торговый посредник? Арендованная комната, в которой работают четыре человека: директор (он же самый главный и единственный учредитель), секретарь, бухгалтер и, может быть, юрист (которого почти никогда нет на месте, потому что он бегает по судам). И кто из них может, даже теоретически, съездить и посмотреть на этот товар, оценить его качество? У посредника в штате и людей-то таких нет. А зачем их держать, если через руки (владение) посредника товар фактически почти никогда не проходит — только номинально (по документам)? А в тех редких случаях, когда проходит, посреднику почти всегда прямо запрещается вскрывать товар — какой смысл? Ну а если предъявить к посредничеству такие требования *законодательно*, то, боюсь, что посреднический промысел просто исчезнет. Словом, посредники, через которых товар только по документам проходит, в принципе не в состоянии ничего ни проконтролировать, ни отследить. Так за что их привлекать к ответственности?

— Значит, Вы считаете, что положение о безвиновной ответственности в предпринимательских отношениях сегодня не так однозначно? Торговые посредники вообще ни за что не должны отвечать, раз они в принципе не могут быть ни в чем виновны, а все другие предприниматели должны отвечать по принципу вины?

— Не совсем. У существующей ситуации есть очень интересное объяснение. Посредники ведь во всем мире ребята хитрые. Товар мы не видим, не трогаем и ничего о нем не знаем, а вот *деньги за него* будьте любезны нам перечислить! В полной сумме и отнюдь не номинально, а совершенно реально. Деньги мы с удовольствием возьмем, да еще и не сразу отдадим. То есть деньги никто не затрудняется ни принять, ни проконтролировать. А с товарами, видите, затруднение какое.

В советское время к 1980-м гг. в системе государственного материально-технического снабжения сформировалась практика, когда через посредников не только товар, но и деньги проходили чисто номинально. То есть тот потребитель, который получал товар и реально его использовал (пускал в производство или потреблял), не волочил всю цену товара через всю цепочку посредников, а платил ее практически всю непосредственно реальному производителю. «Практически всю» — это значит за вычетом общей суммы торговой наценки, которая и «размазывалась» между всеми посредниками, кому сколько причитается. Но это было возможно потому, что совершалось между *государственными* организациями, в рамках народно-хозяйственных *плановых* поставок и *плановых* же расчетов. Сейчас даже технически это нереально. Да и налоговые органы, думаю, этому воспротивятся, скажут: смотрите-ка, как у вас уменьшился оборот! Вот и получается, что

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

деньги забирать все горазды, а отвечать за товар никто не хочет. Но так не бывает. Или вы получаете *только торговую наценку* — плату за ваши услуги — и, соответственно, отвечаете *только за ненадлежащее оказание оплаченных ею ваших посреднических услуг*, притом *по принципу вины* (ибо от кого еще, как не от вас самих, всецело зависит их оказание?). Или же получаете деньги в полном объеме, но тогда, извините, придется вам отвечать и за товары в полном объеме. Впрочем, это уже не из деликтного, а, скорее, из договорного права.

— В сегменте *b2c* это еще можно объяснить тем, что потребитель изначально имеет меньше возможностей для оценки ситуации и минимизации своих рисков, чем профессиональный участник рынка.

— Вы прямо повторили объяснение Агаркова, только он говорил не о предпринимателе, конечно, а о государственных предприятиях, владельцах источников повышенной опасности и т.п. Я уже говорил об этом применительно к ответственности перевозчиков. Конечно, у гражданина, который пострадал от действий или упущений таких вот предприятий, очень мало возможностей доказать их виновность и вообще привлечь их к ответственности, поэтому эту задачу нужно ему максимально упростить: вред есть — владельцу источника (предприятию, предпринимателю и т.д.) надо отвечать. Здесь та же самая логика. Если вы потребитель, гражданин — вопросов нет, идите за возмещением вреда из-за недостатков товара хоть к посреднику, у которого вы купили товар, хоть к производителю.

— Еще один сдерживающий фактор — это достаточно строгое пока что правило доказывания прямой причинно-следственной связи.

— Мне кажется, это как раз нормально. Причинно-следственная связь — штука объективная. Надо смотреть на конкретные обстоятельства и понимать, что *в этих конкретных обстоятельствах* является *непосредственной* причиной вреда.

> Важно очень четко отделять *непосредственную причину* от *условий*, — обстоятельств, которые, быть может, сопутствуют или содействуют причинению вреда. Если этого не делать, то все что угодно станет причиной всего чего угодно.

Адвокатская защита типа «от Адама до Потсдама»: если бы Бог не создал людей, то ничего бы не произошло (во всем, стало быть, виноват Бог, на все Божья воля — помните, кстати, была ведь такая философская концепция?). Чуть более близкий к современности вариант: если бы родители не родили на свет причинителя вреда, то он не совершил бы противоправного вредоносного деяния (во всем виноват не только причинитель вреда, но и его родители). Но почему же тогда мы останавливаемся только на родителях? Почему не идем к дедушкам и бабушкам, к друзьям и знакомым, к педагогам и наставникам, авторам прочитанных причинителем вреда книг? Словом, мы настолько *размоем* понятие причины, что деликтную ответственность в существующем виде мы просто уничтожим, сделаем ненужной: к ответственности станет возможным привлечь *кого угодно* и *за что угодно* — было бы желание.

Другой крайний взгляд на проблематику причинно-следственной связи тоже предполагает растворение представления о причине, но приводит к противоположному результату — к невозможности привлечь к ответственности кого бы то ни было за что бы то ни было. Адвокатский прием типа «защита Онегина» или «защита Печорина». Из школьного курса все мы знаем, что Онегин и Печорин — два скучающих, пресыщенных и недовольных жизнью типа, страдающих «одиночеством в толпе» и соперничающих между собой в холодном, нечутком, невнимательном, пренебрежительном и даже откровенно циничном отношении к людям. Но сами-то они ни в чем не виноваты, *это общество их испортило*! Живут они в *таком* обществе, быть *свободными* от этого общества и по-другому вести себя никак не могут — вот потому они *такие*, других на склад не завезли, возьмите их, как говорится, за рубль двадцать. Философская проблема, конечно (из серии свободы воли и выбора), но главный для наших целей вывод — он какой? Сраженная наповал, уничтоженная деликтная ответственность: за что и кого привлекать-то, если виновато *само общество*? Даже тех, кто совершил преступление с какими-нибудь отягчающими обстоятельствами (например, в состоянии опьянения), — и то привлекать не за что: это все *общество*! Оно допустило продажу алкоголя, создало мне возможность его купить, подтолкнуло меня к его покупке и употреблению.

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

Вот почему я полагаю, что без понятия о *прямой, непосредственной причине как обязательном условии всякой деликтной ответственности* нам не обойтись. В противном случае либо *никто вообще не будет ни за что отвечать* (ибо все будет «причиняться» Богом, обществом, человечеством, государством, злым роком и судьбой), или же пресловутые шлюзы откроются так, что *любого можно будет притянуть к ответственности за что угодно* (любое деяние станет «причиной» любого последствия).

Я понимаю, что понятие «причинность» во многом физическое, природное. Я поднимаю блюдце над столом, отпускаю его, и оно падает. Сколько бы раз я так ни делал, блюдце будет падать. Не зависать в воздухе, не лететь куда-то в сторону, а падать. У этого есть причина: действие силы тяжести. В социальной сфере и социальных науках (особенно в истории) понятие причинности совсем другое, можно сказать, *метафорическое*. Откройте книжки по немецкому, или английскому, или даже российскому праву — все однозначно пишут, что причина в социальной сфере — категория, скорее, философская, чем строго логическая и уж тем более физическая. Причиной будет действие, без которого наступившие последствия *в данном конкретном случае не наступили бы* совсем. Однако причиной *не будет* такое действие, которое *хотя в данном случае и вызвало* некие вредоносные последствия, но *обычно* все-таки в подобных обстоятельствах их не вызывает. Вспомним казус с аномально хрупким черепом: почему причиной возникновения вреда будет именно эта самая аномалия, а не легкий хлопок по лбу? Потому что (а) *обычно* (в обыкновенных обстоятельствах) хлопок по лбу таких последствий *не вызывает* и (б) *в данном конкретном случае* он также бы ничего не вызвал, если бы не аномальная хрупкость костей. В других обстоятельствах — например, в санатории для лиц, страдающих аномальной хрупкостью костей черепа, — будет и другое рассуждение.

Еще один классический пример, который помогает четко уяснить понятие о причине в праве и который приводят многие ученые, таков: ямщик заблудился, долго возил пассажира, но никак не мог отыскать нужной дороги. Пока ямщик плутал, разразилась гроза, в кибитку попала молния и убила пассажира. Какова *причина* возникшего вреда и не является ли ей упущение ямщика? С одной стороны, если бы ямщик не плутал, то доставил бы седока по назначению до начала грозы и ничего не произошло бы; без упущения ямщика в данном конкретном случае вред не возник бы. С другой стороны, далеко не каждая поездка, затянувшаяся сверх положенного времени, приводит к поражению экипажа молнией; напротив, сколько бы вы ни ездили, молнии в кибитки *обычно* не попадают. То есть дело в данном случае не в ямщике, а в случайном стечении обстоятельств. Значит, вопросов здесь два: (1) повлекло ли действие вред *в данном конкретном* случае и (2) влечет ли оно такой вред *обычно в подобных обстоятельствах*? Только если оба эти вопроса получат положительный ответ, обсуждаемое действие будет причиной; если хотя бы один ответ будет отрицательным — не будет. Другого варианта тут нет.

— В цифровом обществе появился целый ряд новых деликтов, получивших название киберделиктов. Применительно к ним тоже обсуждается введение безвиновной ответственности. Должно ли деликтное право адаптироваться к цифровой среде?

— Должно — не то слово, ему *придется* адаптироваться. Другое дело, что возможности деликтного права в его традиционном виде здесь очень ограниченны. Нужно помнить, что деликтное право — это один из тех институтов, которые очень плохо адаптируются к изменяющимся условиям. Вы обратите внимание: ведь наши научные исследования деликтного права практически остановились; с конца 1980-х гг. у нас не было нормальных работ по этой проблематике.

> Найти среди наших современных юристов чистого «деликтника» если не невозможно, то очень проблематично.

По крайней мере из тех, чьи имена более или менее на слуху у юридической общественности. Отчего это? Как раз оттого, что нет понимания: куда деликтное право приткнуть, к чему его приложить, как использовать? В классическом виде не очень получается, а во что-то новое, пост- или неоклассическое, оно очень плохо трансформируется: все получается то больше, чем надо, то меньше, мы об этом уже говорили.

Надеюсь, впрочем, что применительно к цифровым деликтам адаптация потребуется не очень уж принципиальная. Ведь о чем здесь идет речь? О наруше-

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

нии вполне традиционных, нормальных прав — на приватность частной жизни, на сохранение конфиденциальности персональных данных и т.п., т.е. о более или менее понятных нарушениях, которые существовали и без киберсреды, и без цифровых пространств. Электронная техника, коммуникационная связь выступают здесь просто как *новые технические средства для совершения вполне традиционных нарушений*.

— А как быть, если, например, хакер взломал сервер больницы и в результате отключились аппараты искусственного дыхания, что повлекло смерть пациентов?

— Точно так же, поскольку и здесь компьютерные средства опять же выступают как способ нарушения классических традиционных прав.

Главный вопрос: в чем выражается этот вред? Бывают ведь нарушения, которые *без компьютера и без виртуального пространства совершить в принципе невозможно*. Например, одно дело, когда я распространяю информацию, не соответствующую действительности, через газеты или просто слухи распускаю. И совсем другое — когда я, как выражается наш законодатель, выкладываю ее в Интернет и *довожу до всеобщего сведения*. Доступ к этой информации теоретически может получить всякий. Каждый, соответственно, может ее растиражировать. Без Интернета *такое* нарушение (нарушение такого масштаба) было бы нереальным.

То же самое касается исключительных прав. Опять-таки, одно дело, если я отпечатал 50 тысяч контрафактных экземпляров книги. И совсем другое — если я загрузил текст на сервер и, условно, все семь с половиной миллиардов жителей Земли могут с ним ознакомиться. То есть мы говорим не просто об ином масштабе нарушения, а об ином нарушении. 50 тысяч нарушителей еще можно себе представить, но может ли быть нарушителем всякий и каждый?

Вот и ваш пример — он из этой же серии: в отсутствие системы электронного управления оборудованием в больнице *такое* нарушение (дистанционное отключение больного от аппарата жизнеобеспечения) было бы в принципе невозможно. Для этого нужно было бы как-то физически проникать в здание, пробираться к оборудованию, выдергивать какие-нибудь провода или трубки, нажимать кнопки и т.д. Теперь это можно сделать, сидя у себя дома, за столом, — это, конечно, дешевле и эффективнее, но результат будет *тем же самым*. А вот всякие действия *в виртуальной реальности*? Компьютерные вирусы те же самые, которые причиняют огромный ущерб пользователям. Без компьютерной техники, без компьютерных технологий это было бы неосуществимо.

> Уничтожение разного рода цифровых записей, виртуальных персонажей, иных виртуальных ценностей — вот, как мне кажется, настоящие киберделикты.

— Но ведь эти технологии разрабатываются не для того, чтобы отключать системы жизнеобеспечения. Вредоносные программы, как правило, разрабатываются совсем для других целей.

— А для каких? Возьмем самые знаменитые антивирусные программы (не буду называть конкретных имен, все и так поймут). Они ведь сейчас имеют такой уровень разработки, что занимают на обычных домашних пользовательских машинах столько памяти, что сами начинают выполнять роль… вируса, очень сильно замедляющего работу компьютера! Наверное, за *такой* вред разработчики все-таки отвечать не обязаны, здесь уже выбор пользователя — пользоваться или не пользоваться подобной программой. Если он видит, что у него маломощный компьютер, который не тянет новую версию антивируса, а старую сохранить невозможно (они ведь автоматически обновляются и вашего мнения по этому поводу не спрашивают), значит, ему остается единственный вариант — не пользоваться этой программой, пользоваться какой-то другой.

— Давайте вернемся к распространению информации через Интернет. Можно разместить какой-то пост, который, грубо говоря, спровоцирует социальную напряженность.

— Вот это да, это действительно нечто новое. Раньше такой возможности не было. Чтобы посеять панику, надо было хорошо постараться: печатать и распространять литературу, статьи, расклеивать листовки, распускать слухи, на худой конец, произнести какую-нибудь зажигательную речь на митинге

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39

или при огромном скоплении народа. Между прочим, наш преподаватель по логике в свое время давал нам задания: произнести речь, которая подвигнет ваших сокурсников на совершение тех или иных активных действий. Ну не погромов, конечно же, но чего-нибудь такого, чего без этой речи точно бы делать никто не стал. Не у многих получалось.

— У Вас получилось?

— Нет. Я пытался убедить народ в том, что Сталин не виноват в репрессиях. Не поверили.

Так вот, к чему я это говорю? К тому, что какие традиционные действия для распространения паники ни совершай, их результат все равно будет более чем скромным. Может быть, панику планетарного эффекта можно было распространить и раньше, только для этого потребовались бы колоссальные вложения и время, а вероятность успеха была бы чрезвычайно низкой. Сейчас же эта задача до безобразия упростилась, а сам эффект стал заведомо более масштабным, более глобальным — даже самая безобидная информация, попавшая в неограниченный доступ, может привести к эффекту домино, ибо неизвестно, что с ней сделают и как на нее отреагируют лица, к которым она попадет. Вот и плодятся всякие гадости — от фейковых новостей до призывов к насилию и рецептов изготовления взрывных устройств.

— Можно еще ненароком чувства верующих затронуть.

— Да, это совершенно отдельная категория. У нас что ни скажешь, все затрагивает чувства верующих.

— Можно и европейский опыт вспомнить. Были публикации, которые пророка Мухаммеда оскорбляли.

— Об этом как раз Туктаров писал — о попытках открыть шлюзы для того, чтобы иметь возможность потребовать возмещения любого вреда, даже если это вам не вредит. Короче говоря, надо учитывать все эти непросчитываемые эффекты и очень тщательно следить за своими действиями в Интернете. В противном случае — да, есть риск спровоцировать панику, которая разрастется как снежный ком.

— Как Вы считаете, могут ли Европейские принципы деликтного права (*PETL*) оказать какое-то влияние на развитие нашего деликтного права?

— Вы знаете, в теоретическом плане я, честно говоря, не вижу в этом документе для себя ничего нового. В нем собраны и расписаны стандартные европейские, причем именно континентальные, подходы. Поэтому единственная роль, которую он, на мой взгляд, может сыграть, — это помочь странам — участницам Евросоюза сверить свое законодательство с законодательством других стран и постараться максимально его унифицировать.

Развить законодательство или способствовать восполнению его пробелов, помочь в его толковании *PETL* неспособны. Национальное законодательство может быть каким угодно, но если, например, с помощью принципов УНИДРУА можно выявить смысл любого, даже самого отсталого, запутанного, непонятного, закона, то здесь такой возможности, по-моему, все-таки нет.

Loaded: 19-04-2024 AMt 07:42:39