

Лекція 3.

Тема. Актуальні проблеми цивільного права

Електронні правочини:

Сьогодні договір переміщується у цифрове середовище.

Першим кроком щодо регулювання відносин у сфері електронної комерції міжнародним правом стало прийняття *Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1996 року Типового закону «Про електронну торгівлю» (Типовий закон про електронну торгівлю Комісії ООН з права міжнародної торгівлі ЮНСІТРАЛ)*¹.

На впровадження положень Типового закону наприкінці 90-х, початку 2000-х тисячних років низкою країн прийнято **національні акти** з питань регулювання відносин у сфері електронної комерції. Зокрема, у 1998 році відповідні закони були прийняті у Сінгапурі, у 1999 році — США, Канаді, Австралії, Колумбії, у 2000 році — Індії, Мексиці, Словенії, Франції, Гонконзі, у 2001 році — Венесуелі, Ірландії, Панамі, у 2004 році — Китаї, у 2006 році — Об'єднаних Арабських Еміратах.

Також було прийнято *Типовий закон про електронні підписи Комісії ООН з права міжнародної торгівлі ЮНСІТРАЛ від 5 липня 2001 року*², *Конвенція ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах від 23 листопада 2005 року*³.

З'явилися і низка директив ЄС, зокрема: *Директива Європейського парламенту та Ради ЄС від 20 травня 1997 року № 97/7/ЄС «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах»*⁴, *Директива Європейського парламенту і Ради ЄС від 22 червня 1998 року № 98/34/ЄС «Про процедуру надання інформації у галузі технічних стандартів і регламентів, а також правила надання послуг в інформаційному суспільстві»*⁵.

Становлення правового регулювання відносин у цифровому середовищі в Україні відбулося з прийняттям Верховною Радою 4 лютого 1998 року *Закону України «Про Національну програму інформатизації»*⁶.

Перші спеціальні Закони було прийнято 22 травня 2003 року: *«Про електронні документи та електронний документообіг»*⁷, *«Про електронний цифровий підпис»*⁸.

¹ *Типовий закон про електронну торгівлю Комісії ООН з права міжнародної торгівлі від 16.12.1996.* URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_321.

² *Типовий закон про електронні підписи Комісії ООН з права міжнародної торгівлі від 05.07.2001.* URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_937.

³ *Конвенція ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах від 23.11.2005.* URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_e71.

⁴ *Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах: Директива Європейського парламенту та Ради від 20.05.1997. № 97/7/ЄС / URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_245.*

⁵ *Про процедуру надання інформації у галузі технічних стандартів і регламентів, а також правила надання послуг в інформаційному суспільстві: Директива Європейського парламенту і Ради ЄС від 22.06.1998. № 98/34/ЄС. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b11*

⁶ *Про Національну програму інформатизації: Закон України від 04.02.1998. URL-адреса. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/74/98-вр>.*

Проте, відсутніх змін у національному законодавстві щодо використання електронних документів та електронних підписів тоді не відбулося.

Законом України від 1 грудня 2005 року були внесені зміни та доповнення до Закону України від 12 травня 1991 року «Про захист прав споживачів»⁹. Саме у цьому Законі було започатковане правове регулювання відносин, що складаються при укладенні та виконанні договорів поза торговельними приміщеннями та на відстані (через вісім років після прийняття відповідної Директиви ЄС).

Уперше Закон закріпив важливе положення про **недискримінаційність** форми договору, яке давно уже застосовувалося у міжнародному та національному законодавствах країн ЄС та інших країн світу: правочин не може бути визнано недійсним у зв'язку з його вчиненням в електронній формі, якщо У ЦК України «узаконення» електронних правочинів, електронних документів, електронних підписів відбулося шляхом внесення відповідних змін Законом **від 3 вересня 2015 року**. Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України, *правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі*. Це свідчить про те, що електронна форма розглядається як тотожна письмовій. Доповнення внесені і у статтю 207 ЦК України, нормами якої встановлені вимоги до письмової форми правочинів. Відповідно до нової редакції ч. 2 ст. 639 ЦК України - *Форма договору: якщо сторони домовилися укласти договір за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі*.

Спеціальним законом, нормами якого урегульовані відносини щодо укладення, виконання договорів у цифровому середовищі є Закон України від 3 вересня 2015 року «**Про електронну комерцію**»¹⁰.

Відповідно до п. 7 ст. 3 цього Закону *електронний правочин визначається як дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем*.

Таке визначення відповідає легальному визначенню правочину відповідно до ч. 1 ст. 202 ЦК України та видається прийнятним. Як і звичайний правочин електронний теж слугує правовою підставою набуття, зміни та припинення цивільних прав і обов'язків.

Електронний договір, згідно з ч. 5 ст. 3 Закону, визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі.

⁷ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 275.

⁸ Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 36. Ст. 276.

⁹ Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 30. Ст. 379.

¹⁰ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 45. Ст. 410.

Суть такого визначення відповідає визначенню договору у ч. 1 ст. 626 ЦК України. Варто зауважити, що електронний правочин (договір) не є окремим видом правочину (договору). Це лише особлива форма вчинення (укладення), об'єктивного вираження правочину (договору). Тому їх визначення не може відрізнятися від визначення правочину (договору) як категорій приватного права.

Електронні правочини вчиняються на основі відповідних пропозицій (оферт). Інформування потенційних покупців (замовників, споживачів) щодо товарів, робіт, послуг здійснюється відповідно до вимог Закону України «Про рекламу» та може здійснюватися шляхом надсилання комерційного електронного **повідомлення (КЕП)** у будь-якій формі, метою якого є пряме чи опосередковане просування товарів, робіт, послуг, ділової репутації особи, яка провадить господарську або незалежну професійну діяльність. Такі повідомлення поширюються лише на підставі згоди на їх отримання, наданої особою, якій вони адресовані.

КЕП може надсилатися особі без її згоди лише за умови, що вона може відмовитися від подальшого отримання таких повідомлень.

Електронні договори укладаються та виконуються у порядку, передбаченому ЦК України, з урахуванням особливостей, зумовлених сферою функціонування - **цифрове середовище**. Як і традиційний, електронний договір укладається шляхом пропозиції його укласти (оферти) однією стороною та її прийняття (акцепту) другою стороною.

Зміст норми ч. 1 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію», якою визначено оферту, повністю співпадає з нормою ч. 1 ст. 641 ЦК України. Таке дублювання норм непотрібне, не несе жодної змістовної інформації. Тому незрозуміло чому законодавець доволі часто вдається до таких методів.

Відповідно до ч. 4 ст. 11 Закону «Про електронну комерцію» *пропозиція укласти електронний договір (оферта) може бути зроблена шляхом надсилання КЕП, розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах. Тому така оферта має усі ознаки публічної оферти (безадресної оферти). Публічна оферта* характерна для договору роздрібної купівлі-продажу. Відповідно до ч. 1 ст. 699 ЦК України пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, звернена до невизначеного кола осіб, є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору.

Якщо споживач укладає електронний договір шляхом розміщення замовлення за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, продавець (виконавець, постачальник) зобов'язаний оперативно підтвердити отримання такого замовлення. Замовлення або підтвердження розміщення замовлення вважається отриманим у момент, коли сторона електронного договору отримала доступ до нього.

Відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцент) може бути надана шляхом:

1) **надсилання** електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного в установленому

порядку. Відповідно до приписів ст. 12 Закону, якщо відповідно до акта цивільного законодавства або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання;

2) **електронного підпису або електронного цифрового підпису** відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», за умови використання засобу електронного цифрового **підпису усіма сторонами** електронного правочину;

3) **електронного підпису одноразовим ідентифікатором**. Такий підпис є даними в електронній формі у вигляді алфавітно-цифрової послідовності, що додаються до інших електронних даних особою, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір, та надсилаються іншій стороні цього договору;

4) **аналога власноручного підпису** (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

5) **заповнення формуляра заяви (форми)** про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що підписується у зазначеному порядку;

6) **вчинення дій, що вважаються** прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею.

Якщо укладення електронного договору відбувається в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, для прийняття пропозиції укласти такий договір **особа має ідентифікуватися** в цій системі та надати відповідь про прийняття пропозиції (акцепт) у зазначеному порядку.

Відповідно до ч. 4 ст. 13 Закону «Про електронну комерцію», якщо особа, яка одержала пропозицію укласти електронний договір (оферту), **протягом строку для відповіді не здійснила** оплату відповідно до зазначених у пропозиції умов, така пропозиція вважається неприйнятою. Згідно із зазначеною нормою **оплата має бути проведена на стадії укладення** договору, а не на стадії його виконання, що є відмінним від підходів, закріплених у ЦК України.

Відповідно до ч. 5 цієї ж статті здійснення оплати відповідно до умов, зазначених у пропозиції укласти електронний договір, без виконання інших умов та/або без надання усіх відомостей, визначених у такій пропозиції, не вважається прийняттям пропозиції укласти електронний договір (акцептом), а оплата вважається неналежною та підлягає поверненню особі, яка її здійснила.

Такі законодавчі підходи є вигідними для продавців у сфері електронної комерції, оскільки вони отримують оплату на підставі зробленої за усіма встановленими правилами пропозиції (оферти). Адже на практиці у разі доставки товару з оплатою кур'єру чи накладеним платежем нерідко мала місце відмова від товару.

Продавці несли збитки, пов'язані з його доставкою. Ураховуючи зазначені положення такі ризики продавця мінімізуються. Але такі підходи ставлять у невідгідне становище покупця. Отримавши пропозицію укласти договір, покупець, який погоджується з нею, змушений платити, не маючи змоги оглянути товар. А заплативши, у разі наявності підстав для повернення платежів, покупець отримує додаткові проблеми, пов'язані з таким поверненням.

Теорія Цивільно-правової відповідальності в працях Шишки Р.Б.

Закріплення у ч. 1 ст. 1 ЦК України висхідних положень про юридичну рівність, вільне волевиявлення та майнову самостійність учасників цивільних правовідносин уже сам по собі є неоднозначним. Останнє передбачає їх деліктоздатність як самостійну відповідальність за порушення приписів норм цивільного права взагалі та виконання цивільних обов'язків зокрема (ст. 14 ЦК України). У її ч. 3 встановлено, що виконання юридичних обов'язків забезпечується засобами заохочення та відповідальністю, що встановлені договором або актом цивільного законодавства. Отже, визначальним є обов'язок, добровільне його виконання, стимулювання до цього та спонукання на загальному та спеціальному рівнях. Принаймні більшість спеціальних інститутів цивільного законодавства передбачає примус до виконання юридичних обов'язків і деталізує його види, форми та засоби. Безумовно, перевага надається добровільності виконання цивільного обов'язку у межах, що встановлені договором або актом цивільного законодавства. Тим самим забезпечуються суб'єктивні права протистоящих носіїв суб'єктивного права, які можуть їх здійснювати самостійно, вимагати виконання юридичних обов'язків тих, від кого це залежить, звертатись до державних органів, застосовуючи примус до зобов'язаних осіб, у тому числі судового. Останнє забезпечується через конструкції спеціальних деліктів, які враховують прояви елементів конкретних цивільно-правових відносин: особливості правового становища деліквента, інколи особливе становище потерпілого та обставини порушення суб'єктивного цивільного права. Найбільш вразливим є відмежування правової оцінки добровільного виконання юридичного обов'язку, що виник внаслідок порушення чужого суб'єктивного права та примусу до виконання. При збіганні правових наслідків тут є ряд відмінностей, які ігноруються не тільки у літературі, але і на практиці. Тож мета цієї публікації — ще раз звернути увагу науковців та практиків на відмінності між деліктним зобов'язанням, яке виникає при порушенні чужого суб'єктивного права, та цивільно-правовою, чи у широкому сенсі відповідальністю у цивільному праві. Відповідно об'єктом є

цивільні правовідносини, які виникають внаслідок порушення цивільного суб'єктивного права, зокрема при виконанні юридичного обов'язку добровільно чи примусово. Предметом є положення актів цивільного законодавства, практика його застосування, наукова доктрина щодо деліктів взагалі, юридичної та цивільно-правової відповідальності зокрема. Серед теоретичних напрацювань проблеми деліктних зобов'язань звертають на себе увагу у роботах доктринального спрямування, зокрема І. С. Канзафарової [1; 2; 3], Т. С. Ківалової [4; 5], Г. К. Матвеева [6; 7]. З'явилась робота Н. С. Кузнецової, котра не тільки узагальнила відомі підходи до цієї вільно-правової відповідальності, але й уточнила момент виникнення охоронного зобов'язання і настання цивільно-правової відповідальності та механізму цивільно-правової відповідальності, який органічно поєднує елементи матеріально-правового та процесуально-правового характеру і проходить у своєму розвитку три рівні існування (законодавчий, правозастосовний і функціональний [8, с. 30-48]. Досить цікаві напрацювання у тому аспекті опубліковані в часописі кафедри теорії та історії держави і права Київського національного університету імені Тараса Шевченка “ Про українське право” (Число V). Розробляються загальні проблеми генерального делікту, суті цивільно-правової відповідальності (В. Д. Приймак [9; 10; 11]), різного роду ризиків [12; 13], так і спеціальних деліктів, розробки теоретичних конструкцій щодо покращення охорони права на відшкодування завданого збитку (О. Л. Жуковська [14]) чи моральної шкоди (В. П. Паліюк [15]) матеріально-правових та процесуально-правових аспектів і пропозицій щодо удосконалення деліктно-правового регулювання відносин з відшкодування шкоди за участю працівників міліції (М. М. Фролов [16], О. В. Синегубов [17], В. П. Присяжнюк [18]). Теоретичні прояви проблематики посилено розробляються представниками Одеської (О. О. Боярський [19], О. А. Волков [20], О. В. Церковна [21], Д. Ф. Плачков [22], С. Я. Ременяк [23], Г. Л. Пендяга [24] та інших шкіл української цивілістики (О. О. Отрадна, В. В. Боднарчук, І. В. Бурлака, О. М. Колесніков, А. М. Красовська, Т. Є. Крисань, К. М. Левандовські, Я. С. Синявська, В. І. Ольшанченко, С. В. Ясечко та інші). Можна погодитися із І. О. Безклубим, що на “... доктринальному рівні ставлення до інституту відповідальності здебільшого набуває догматичного характеру та, як правило, не передбачає альтернативних підходів до його розуміння. На догматичний характер цього інституту вказує те, що більшість вчених розглядають юридичну відповідальність через дихотомію її позитивної та негативної складових” [25, с. 18]. Для цивільно-правової відповідальності питання актуалізується потребою розмежування виконання деліктного зобов'язання та власне цивільно-правової відповідальності, що, на

жаль, так і не проведено у гл. 82 ЦК України. У ЦК України в регулюванні зобов'язальних правовідносин та наслідків їх порушення зроблено певний прорив і суттєво покращено механізм їх регулювання. Водночас, на наш погляд, залишено доволі застарілі і нераціональні, з огляду на нинішній стан наукового пізнання зобов'язального права, положення. Зокрема це стосується наслідків правопорушення: а) акцесорних та інших, що передбачені у ст. 611 ЦК України та інших нормах цивільного права; б) настання та підстав для цивільно-правової відповідальності; в) переростання акцесорних зобов'язань у цивільно-правову відповідальність. Досить неоднозначним є понятійний апарат юридичної відповідальності, яка у науці визначена як: — прояв зв'язку і взаємної залежності особистості і суспільства [26, с. 45]; — державний примус до виконання вимог права, реакція на правопорушення [27, с. 6—11]; — реалізація (втілення) санкції правової норми [28, с. 136]; — міра державного примусу, що заснований на юридичному та суспільному засудженні поведінки правопорушника, та полягає у встановленні для нього негативних наслідків як обмежень особистого та майнового характеру [29, с. 314 315]; — ширша за обсягом від застосування санкції категорія, яка охоплює кваліфікацію правопорушення, встановлення об'єктивної істини у справі, права звинуваченої особи і ряд інших [30, с. 102-103]; — обов'язок особи витримати заходи державного примусового впливу за скоєне правопорушення [31, с. 371]; — реалізація правової норми на підставі зобов'язання, яке виконується у примусовому порядку [32, с. 4]; — регульований правом обов'язок надати відповідь за свої дії [33, с. 11]; застосування до правопорушника передбачених санкцією норми права заходів державного примусу, що виражаються у формі обмежень особистого, організаційного чи майнового характеру [34, с. 435]; — правовідношення, яке виникає внаслідок порушення цивільних прав, зміст якого виражається в обов'язку винного порушника зазнати не вигідних для нього наслідків і праві потерпілого на поновлення порушеного права та компенсацію завданої шкоди, забезпечених можливістю застосування державного примусу [35, с. 203]. Сутність цивільно-правової відповідальності проявляється як: санкція, покарання, здатність перетерпіти, реакції на правопорушення [36, с. 130], гарантія забезпечення охоронного інституту права, що виконує охоронну функцію і складається з двох взаємопов'язаних і взаємозабезпечувальних елементів: 1) компенсаційного впливу; 2) штрафного (репресивного) впливу [1, с. 5]. При тому одні визначають відповідальність як застосування (реалізацію) санкції, інші — як виконання обов'язку на підставі державного чи прирівняного до нього примусу чи як правовідносини між правопорушником та державою в особі її компетентного органу. Більш

практичною є позиція щодо застосування санкцій. Вона принаймні вказує на того, хто вправі це вчинити і у якій правовій формі. Тож цивільна відповідальність проявляється у примусовому позбавленні порушника певних належних йому цінностей. Поняття та зміст юридичної відповідальності та її різновидів досі дискутується як на загальному, так і на галузевих рівнях. На загальному рівні юридична відповідальність розглядається як різновид соціальної відповідальності (явище, що існує при нормальному функціонуванні правовідношення і не зв'язане з порушенням чийхось прав чи обов'язку діяти правомірно та відповідально). Інший — ретроспективний підхід — є традиційним і виходить з того, що юридична відповідальність — наслідок скоєного правопорушення, що проявляється у покаранні за допущене у минулому правопорушення відповідальності як правового явища — з'ясування суті юридичної відповідальності з позиції правопорушника. Проте мало хто переймався юридичною відповідальністю з погляду потерпілого. Хоча, зважаючи на ст. 3 Конституції України, для того є досить вагомій підстави. Цивільно-правова відповідальність є застосуванням до деліквента передбачених нормою права (закону чи договору) заходів державного примусу і метою відновлення чи виправлення правового (майнового становища) потерпілого чи встановлення правової превенції проти можливості порушення прав у подальшому. У приватній сфері притягнення до відповідальності здійснюється у судовому порядку. Потерпіла особа сама звертається з вимогою про притягнення до такої відповідальності. Юридичною відповідальністю є застосовувані юрисдикційними органами примусові заходи впливу на правопорушника [37, с. 83]. Це дозволяє тлумачити юридичну відповідальність широко і включати в неї всі примусові засоби впливу на боржника та спонукання його до належного виконання юридичного обов'язку. Добровільне виконання акцесорного обов'язку, що виник внаслідок порушення зобов'язання (добровільне відшкодування заподіяного збитку, сплата штрафу), не є юридичною відповідальністю. Сутність цивільно-правової відповідальності проявляється у двох елементах: визначеній судом санкції та державному примусі до її здатності перетерпіти. Виділялось три її елементи: державний примус, суспільне засудження протиправної поведінки правопорушника та обов'язок понесення негативних наслідків правопорушення [29, с. 315-317]. Тут упущено позов потерпілого чи управненої особи до суду про притягнення до такої відповідальності. І. С. Канзафарова вважає, що її елементами є норми цивільного права, в яких відповідальність знаходить своє вираження: принципи цивільно-правової відповідальності, індивідуально-правові акти автономного характеру, які є персоніфікованими

регламентаторами суспільних відносин (договори, статuti юридичних осіб тощо); порушення цивільних прав як підставу виникнення цивільних охоронних правовідносин; цивільні охоронні правовідносини [1, с. 4]; і, на нашу думку, — звернення за притягненням до цивільної відповідальності. Це не враховує диспозитивних засад цивільного права загалом і зобов'язального права зокрема. Для цивільно-правової відповідальності належать такі риси: 1) настає лише за наявності складу притягнення до такої відповідальності: учинення порушення зобов'язання (невиконання чи неналежне його виконання); негативні наслідки такого порушення: збитки, фізична шкода, моральна шкода; причинний зв'язок між порушенням та його наслідками: вина; судові рішення про притягнення до цивільно-правової відповідальності; 2) настає для деліквента перед потерпілим з метою відновлення чи компенсації порушеного його права; 3) майновий характер у вигляді відшкодування завданих збитків чи шкоди, сплати неустойки, компенсації, іншого вилучення належного порушнику майна; 4) її межі зумовлені її компенсаторною функцією та необхідністю еквівалентного відшкодування потерпілому завданих збитків чи шкоди; 5) за однотипне порушення до порушників застосовуються рівні за обсягом міри відповідальності (рівна відповідальність різних учасників цивільного обороту) незалежно від правового становища та вини; 6) до цивільно-правової відповідальності деліквент притягується на підставі рішення суду. На підставі наведеного цивільно-правова відповідальність — передбачений законом чи договором та забезпечений на підставі рішення суду силою державного примусу обов'язок порушника зобов'язання перетерпіти негативні наслідки за допущене порушення з метою відновлення чи компенсації порушеного права у вигляді додаткового покладення на правопорушника майнових обов'язків чи полишення його суб'єктивного права. Відповідальність у цивільному праві — застосування до порушника встановленого актами цивільного законодавства чи взятого на себе за правочином обов'язку негативного наслідку, що полягає переважно у позбавленні майна чи іншого блага. Таке розуміння можливе у спектрі негативного тлумачення такої відповідальності. Водночас конструкція позитивної правової відповідальності є вагомою перепорою для його сприйняття. Тут два виходи: 1) відмовитися від позитивної відповідальності у цивільному праві, що практично підтримується більшістю цивілістів; 2) 275 екстраполювати загальні положення про позитивну правову відповідальність як винагороду у цивільне законодавство. Принаймні у науці цивільного права уже активно йдеться про стимули у цивільному праві як особливі заходи заохочення для добросовісних учасників цивільних правовідносин. Такі

заохочення широко використовуються, зокрема, за програмами чи заходами забезпечення лояльності споживачів (бонуси, призи, знижки тощо). Поки що ми підтримуємо перший підхід як більш конструктивний та виважений. Достатньо проблем із визначенням підстав для притягнення до цивільно-правової відповідальності. При розв'язанні наукового завдання щодо уточнення підстав цивільно-правової відповідальності ми зважали, що І. С. Канзафарова обґрунтувала необхідність розмежування понять “цивільно-правова відповідальність” та “відповідальність за цивільним законодавством”, як таку, що охоплює два види відповідальності: 1) відповідальність перед державою, що має публічно-правовий характер; 2) відповідальність одного контрагента перед іншим, правопорушника перед потерпілим; має цивільно-правовий характер [1, с. 4]. Відмінність між вказаними видами полягає в особливостях санкцій та їх спрямуванні, в меті і порядку застосування. Їх поєднує те, що першоосновою їх виникнення є порушення зобов'язання — його невиконання чи неналежне виконання (ст. 610 ЦК України). Це — прояв порушення юридичних обов'язків у сфері зобов'язального права та причина для реалізації компенсаторної функції цивільного права. Така функція може бути забезпечена через: 1) добровільне виконання порушником зобов'язання його обов'язку, що не може вважатися цивільно-правовою відповідальністю взагалі; 2) заявлену вимогу (претензію) потерпілого до порушника; 3) подання позову до порушника у суд. Між ними вбачається суттєва різниця у формах та засобах досягнення однієї і тієї ж самої мети. Делікт має специфічний склад (*corpus delikti civile*), який наразі є спільним для цивільних правопорушень: як порушень зобов'язань, так і для цивільно-правової відповідальності як обов'язку правопорушника перетерпіти негативні наслідки майнового чи особистого характеру, які передбачені законом чи/та договором. Це спричиняє ряд незручностей у теоретичному розумінні цих категорій та ще більше на практиці. Зустрічаються публікації, в яких взагалі ці категорії змішуються і добровільне виконання акцесорного зобов'язання, яке виникло з правопорушення, тлумачиться як цивільно-правова відповідальність. З тим категорично погодитися не можна, оскільки юридична відповідальність за своєю сутністю полягає в застосуванні до правопорушників передбачених законом санкцій, що забезпечуються в примусовому порядку державою і є правовідносинами між державою в особі її органів і правопорушником, стосовно якого і застосовані правові санкції [38, с. 105]. Невизначеності слугує неповнота позитивного регулювання наслідків правопорушень у гл. 51, особливо у гл. 82 ЦК України. У трьох перших відправних статтях гл. 51 ЦК, в тому числі й ст. 611, не йдеться про такий наслідок, як притягнення до

відповідальності. Складається враження, що всі передбачені у ст. 611 ЦК України наслідки самі по собі, а цивільно-правова відповідальність регулюється окремо. Проте це не так: вони є акцесорними зобов'язаннями і тільки невиконання такого зобов'язання переростає у цивільно-правову санкцію. При тому деякі з них не є такими за своєю сутністю, зокрема зміна умов договору, припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання (якщо це встановлено договором або законом) або розірвання договору. Вони стосуються лише договору і врегульовані на рівні наслідків порушення договірних зобов'язань. Отже, не можуть бути загальними для всіх зобов'язань.

Законодавець у цій главі є непослідовним і то регулює зобов'язання (ст. 615, 616 ЦК України), то встановлює підстави звільнення від відповідальності (ст. 617 ЦК України), відповідальність боржника за порушення зобов'язання іншими особами (ст. 618 ЦК України), де йдеться насправді про зобов'язання боржника, які виникають при порушенні зобов'язання іншими особами. Тут ми принаймні повинні зважати на вину, як підставу відповідальності (ст. 614 ЦК України). Боржник відповідає лише за наявності його вини, якщо законом не встановлене інше. Те ж можна сказати і щодо субсидіарної відповідальності (ст. 619 ЦК України), де спочатку йдеться про правила субсидіарних зобов'язань, а вже при їх невиконанні чи неналежному виконанні та заявленні позову — про субсидіарну відповідальність. Вбачаємо, що зазначені та інші неточності склалися внаслідок механічного розуміння терміна “ответственность”, який у російській мові є більш функціональним, та того, що не визначилися хто у відмінностях між акцесорним зобов'язанням, порушенням зобов'язання та відповідальністю. Частково це проглядається й у ЦК України, зокрема у його ст. 96. Тут йдеться і про відповідальне ставлення юридичної особи до своїх зобов'язань і про цивільно-правову відповідальність як таку. Першим кроком у подоланні цих недоречностей повинна стати переструктуризація гл. 51 ЦК України спочатку згідно з наслідками правопорушення, які передбачені у ст. 611 ЦК України, із послідовним їх розкриттям як акцесорних зобов'язань та інших наслідків зі зміни чи припинення зобов'язання на основі диспозитивності, чи зробити відсилки до гл. 50 та особливо гл. 53 ЦК України, а потім надати легальне визначення цивільно-правової відповідальності, як на наш погляд, на основі концепції перетерпіння, врегулювати особливості її прояву на основі імперативності. Структурно гл. 51 ЦК України слід поділити на два параграфи: наслідків порушення зобов'язання як акцесорних зобов'язань при презумпції їх добровільного

виконання та власне цивільно-правову відповідальність, яка є наслідком невиконання акцесорного зобов'язання, та звернення потерпілого за захистом порушених прав у суд. Така конструкція відображатиме механізм правового регулювання при порушенні зобов'язань та надійно слугуватиме захисту порушених прав потерпілих. Ми також розмежуємо акцесорне зобов'язання як таке, що є додатковим до основного внаслідок правопорушення та цивільно-правової відповідальності. Не менше проблем і на рівні окремих видів зобов'язань, особливо деліктних. Насамперед, варто звернути увагу на те, що гл. 82 ЦК України називається “Відшкодування шкоди”¹, хоча більш правильного була б назва “Відшкодування збитків і шкоди”, а в її основній ст. 1166 ЦК України вже йдеться саме про “відповідальність” за заподіяння шкоди. Тут ті ж самі проблеми, які запрограмовані у гл. 51 ЦК України, проте вони більше впливають на стан врегулювання цих правовідносин. У гл. 82 ЦК України від назви глави до її основної статті відбулася якісна зміна сутності правовідношення і вона змінила свою властивість із деліктного зобов'язання відразу до відповідальності, що принаймні потребує додаткового обґрунтування чи нового теоретичного підґрунтя. У ст. 1166 ЦК України, з огляду на визначене Н. С. Кузнєцовою методологічне підґрунтя, наперед презюмується наявність рішення суду про притягнення до цивільно-правової відповідальності, а не просто про “обов'язок відшкодування шкоди”. Вона не тільки узагальнила відомі підходи до цивільно-правової відповідальності, але й уточнила момент виникнення охоронного зобов'язання та настання цивільно-правової відповідальності та її механізму, який органічно поєднує елементи матеріально-правового та процесуально-правового характеру і проходить у своєму розвитку три рівні існування (законодавчий, правозастосовний і функціональний [8, с. 30-48]. Зважаючи на те, що назви статей ЦК України повинні враховуватися при їхньому тлумаченні, можна зробити висновок, що розробники проекту ЦК і законодавці розцінювали ці відносини так само, як і при прийнятті ЦК Української РСР 1963 р., де відшкодування шкоди були передбачені гл. 40 ЦК УРСР як відповідальність. Так само була повторена принципова помилка, яка полягає в тому, що у випадку, коли деліквент добровільно відшкодує збиток чи компенсує моральну шкоду, він вважатиметься підданим цивільно-правовій відповідальності. Іншими словами, він сам себе засудив (цивільно-правова, як всяка інша відповідальність, виходить від держави), привів її у виконання, що належить до виключної компетенції держави і, що найцікавіше, застосував сам до себе примус. Недоречність чи помилковість такої конструкції більш ніж очевидна, і це потребує виправлення. Погоджуючись із Н. С. Кузнєцовою, ми виходимо з того, що між акцесорними

зобов'язаннями, які настають у разі порушення зобов'язання, та цивільно-правовою відповідальністю є спільне — матеріальна складова підстав їх настання як традиційний *corpus civile delicti* (протиправність, наявність збитку чи шкоди, причинний зв'язок і вина) та відмінність, яка полягає в моменті переростання деліктного акцесорного зобов'язання у цивільно-правову відповідальність. На ньому слід зупинитися більш детально у подальшому. Найбільш проблемним у розумінні є момент переростання деліктного зобов'язання в цивільно-правову відповідальність. Досі він вирішувався шляхом ототожнення умов виникнення деліктного зобов'язання та підстав цивільно-правової відповідальності, що є відображенням матеріально-правового підходу, але не відповідає її сутності як державного примусу, та підстав для його застосування. У тому і полягає основна помилка, за якої співпадання цих підстав за змістом їх ознак і призводить до їх ототожнення. Для застосування цивільно-правової відповідальності потрібне звернення до суду (позов) із вимогою застосувати до порушника примус у формі цивільно-правової відповідальності та винесення за ним рішення про притягнення до такого виду відповідальності. Інший варіант, коли таке рішення виносить третейський суд, але воно затверджується судом і може бути виконане у встановленому порядку. Тим воно набуває значення державного примусу і особа вважається засудженою. Особливих наслідків це не має, але при встановленні відомостей про особу та визначенні перспективи чи доцільності вступу з нею у правовідносини вони повинні враховуватися. Сучасні інформаційні технології і ресурси надають таку змогу. На наш погляд, вирішення цієї складної проблеми може здійснитися за рахунок включення додаткового обов'язкового елементу для виникнення цивільно-правової відповідальності і переростання її у таку по суті. Для переростання деліктного зобов'язання у цивільно-правову відповідальність необхідна додаткова до нього обов'язкова умова, яка за юридичною природою є накопичувальним юридичним складом, який може бути названо судовим рішенням про притягнення до відповідальності. У цей накопичувальний юридичний склад входять такі юридичні факти: 1) відмова деліквента від добровільного виконання основного та/або деліктного зобов'язання чи зволікання з їх виконанням. При цьому цей елемент може бути відсутній, оскільки потерпілий має право безпосередньо без заявлення вимог (претензії, заяви) до деліквента чи відповідальних за нього осіб звернутися з позовом до суду. Водночас заявлення потерпілим чи його представниками таких вимог у формі претензії, особливо до деліквента юридичної особи, надає змогу задовольнити її за формальними вимогами — обґрунтовано списати зі свого рахунку та перерахувати на рахунок

потерпілого заявлені обґрунтовані вимоги. Так, при відшкодуванні збитків у такого деліквента повинна бути формальна підстава: а) обґрунтований підтверджений товарознавчою експертизою чи іншими документами розмір відшкодування та письмове звернення, яке може бути задоволене у встановленому порядку. Це дозволяє сторонам уникнути судових витрат, тяганини та інших незручностей судового розгляду спору РСР 1963 р., де відшкодування шкоди були передбачені гл. 40 ЦК УРСР як відповідальність. Так само була повторена принципова помилка, яка полягає в тому, що у випадку, коли деліквент добровільно відшкодує збиток чи компенсує моральну шкоду, він вважатиметься підданим цивільно-правовій відповідальності. Іншими словами, він сам себе засудив (цивільно-правова, як всяка інша відповідальність, виходить від держави), привів її у виконання, що належить до виключної компетенції держави і, що найцікавіше, застосував сам до себе примус. Недоречність чи помилковість такої конструкції більш ніж очевидна, і це потребує виправлення. Погоджуючись із Н. С. Кузнецовою, ми виходимо з того, що між акцесорними зобов'язаннями, які настають у разі порушення зобов'язання, та цивільно-правовою відповідальністю є спільне — матеріальна складова підстав їх настання як традиційний *corpus civile delicti* (протиправність, наявність збитку чи шкоди, причинний зв'язок і вина) та відмінність, яка полягає в моменті переростання деліктного акцесорного зобов'язання у цивільно-правову відповідальність. На ньому слід зупинитися більш детально у подальшому. Найбільш проблемним у розумінні є момент переростання деліктного зобов'язання в цивільно-правову відповідальність. Досі він вирішувався шляхом ототожнення умов виникнення деліктного зобов'язання та підстав цивільно-правової відповідальності, що є відображенням матеріально-правового підходу, але не відповідає її сутності як державного примусу, та підстав для його застосування. У тому і полягає основна помилка, за якої співпадання цих підстав за змістом їх ознак і призводить до їх ототожнення. Для застосування цивільно-правової відповідальності потрібне звернення до суду (позов) із вимогою застосувати до порушника примус у формі цивільно-правової відповідальності та винесення за ним рішення про притягнення до такого виду відповідальності. Інший варіант, коли таке рішення виносить третейський суд, але воно затверджується судом і може бути виконане у встановленому порядку. Тим воно набуває значення державного примусу і особа вважається засудженою. Особливих наслідків це не має, але при встановленні відомостей про особу та визначенні перспективи чи доцільності вступу з нею у правовідносини вони повинні враховуватися. Сучасні інформаційні технології і ресурси надають таку

змогу. На наш погляд, вирішення цієї складної проблеми може здійснитися за рахунок включення додаткового обов'язкового елементу для виникнення цивільно-правової відповідальності і переростання її у таку по суті. Для переростання деліктного зобов'язання у цивільно-правову відповідальність необхідна додаткова до нього обов'язкова умова, яка за юридичною природою є накопичувальним юридичним складом, який може бути названо судовим рішенням про притягнення до відповідальності. У цей накопичувальний юридичний склад входять такі юридичні факти: 1) відмова деліквента від добровільного виконання основного та/або деліктного зобов'язання чи зволікання з їх виконанням. При цьому цей елемент може бути відсутній, оскільки потерпілий має право безпосередньо без заявлення вимог (претензії, заяви) до деліквента чи відповідальних за нього осіб звернутися з позовом до суду. Водночас заявлення потерпілим чи його представниками таких вимог у формі претензії, особливо до деліквента юридичної особи, надає змогу задовольнити її за формальними вимогами — обґрунтовано списати зі свого рахунку та перерахувати на рахунок потерпілого заявлені обґрунтовані вимоги. Так, при відшкодуванні збитків у такого деліквента повинна бути формальна підстава: а) обґрунтований підтверджений товарознавчою експертизою чи іншими документами розмір відшкодування та письмове звернення, яке може бути задоволене у встановленому порядку. Це дозволяє сторонам уникнути судових витрат, тяганини та інших незручностей судового розгляду спору¹¹.

¹¹ Шишка Р.Б., Шишка О.Р. Цивільно-правова відповідальність і деліктне зобов'язання. *Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права*. 2012. №1. С. 271-280.