

УДК 347.4

І. Пучковська, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Проти подвійної природи неустойки

Неустойка у ст. 546 ЦК України названа законодавцем серед видів забезпечення виконання зобов'язання поряд із заставою, завдатком, порукою, гарантією та притриманням. У доктрині цивільного права її традиційно вважають як видом забезпечення виконання зобов'язань, так і мірою цивільно-правової відповідальності¹.

Метою цієї статті є спростування думки про подвійну природу неустойки. Спираючись на результати сучасних досліджень у галузі мір цивільно-правової відповідальності, автор, вивчаючи упродовж тривалого часу види забезпечення виконання зобов'язань, виступає проти визнання за неустойкою подвійної природи. Зазначаючи те, що неустойці властиві всі ознаки цивільно-правової відповідальності і у неї відсутня **основна ознака видів забезпечення виконання зобов'язання** — наявність джерела виконання порушеного зобов'язання, за рахунок якого кредиторі надається виконання в порядку захисту, автор вважає, що «подвійного навантаження» неустойка не несе.

Віднесення неустойки до видів забезпечення виконання зобов'язань у теорії цивільного права ніколи не піддавалося сумніву. Більше того, як правильно підкреслюється в літературі, неустойка завжди вважалася одним із найпоширеніших і популярних способів забезпечення виконання зобов'язання². Таку думку висловлюють і сучасні дослідники.

¹ Див.: Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2002. – С. 55; Хохлов В. А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву / В. А. Хохлов. – Тольятти : Волж. ун-т, 1997. – С. 7; Цивільне право України : підручник : у 2 т. Т. 2 / за заг. ред В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 33; Цивільне право України : підручник : у 2 кн. Кн. 1. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 662; Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 202; Брагинский М. И. Договорное право : Кн. первая : Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – изд. 3-е, стереот. – М. : Статут, 2001. – С. 484.

² Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – Кн. 1. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 662.

Запроваджений О. С. Йоффе розподіл видів забезпечення виконання зобов'язань на такі, що є мірами цивільно-правової відповідальності (неустойка, завдаток), і такі, що ними не виступають (застава, порука, гарантія)¹, та закріплення в законодавстві положення про неустойку як у гл. 49 ЦК «Забезпечення виконання зобов'язання», так і в гл. 51 ЦК «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання» становлять підґрунтя теорії подвійної природи неустойки, що сьогодні є панівною в науці цивільного права. Пропонується розрізняти *неустойку як вид забезпечення виконання зобов'язання*, що встановлюється з метою забезпечення виконання певного договору, і *стягнення неустойки як міру цивільно-правової відповідальності*, що має місце при порушенні боржником забезпеченого договору.

З точки зору подвійної природи неустойки остання встановлюється як вид забезпечення виконання зобов'язання і виконує стимулюючу функцію, оскільки стимулює боржника до належного виконання забезпеченого нею договірною зобов'язання. Якщо ж встановлення неустойки не досягло своєї мети і зобов'язання все ж таки було порушене боржником, то мова йде вже про притягнення винного боржника до цивільно-правової відповідальності і відповідно про стягнення неустойки. При цьому, розглядаючи неустойку як міру відповідальності, дослідники підкреслюють її штрафний та компенсаційний характер, що притаманний всім мірам цивільно-правової відповідальності, а про стимулюючу функцію останніх не згадують.

Розглянемо, чим же обґрунтовується подвійна природа неустойки, та з'ясуємо, що означає неустойка як міра відповідальності та неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання.

Згідно з поняттям неустойки, закріпленим у ст. 549 ЦК, неустойкою є *грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення* боржником зобов'язання. Отже, якщо боржник порушить зобов'язання, то кредитор має право стягнути з нього певну грошову суму або вимагати передачі певного майна. А для боржника, відповідно, передача цього майна або цієї суми є обов'язком, що характеризується як додатковий майновий обов'язок поряд з основним обов'язком виконати порушене зобов'язання. Чи виявляє себе неустойка ще якимось чином? Ні, не виявляє. Якщо зобов'язання не буде порушене, то права на стягнення неустойки кредитор не матиме.

¹ Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 202.

У кредитора є лише потенційне право стягнути неустойку, якщо вона була передбачена в певному розмірі на випадок порушення зобов'язання в договорі або в законі, але реалізація цього права безпосередньо пов'язана з фактом порушення зобов'язання. Стягнення неустойки можливе тільки у разі порушення зобов'язання боржником за наявності вини останнього, що свідчить на користь визнання неустойки мірою цивільно-правової відповідальності.

Пояснюючи подвійну природу неустойки, О. Отрадна пише: «З моменту укладення сторонами угоди про неустойку або підписання договору, який забезпечується законною неустойкою, і до моменту порушення зобов'язання неустойка є способом забезпечення виконання зобов'язань. Після порушення зобов'язання, тобто в разі невиконання неустойкою *забезпечувальної функції*, вона трансформується у міру цивільно-правової відповідальності»¹. Б. М. Гонгало зазначає, що «необхідно розрізняти *неустойку* як *вид забезпечення* виконання зобов'язання і *стягнення неустойки* як *міру відповідальності*. Наявність неустойки в законі або договорі стимулює боржника до виконання своїх обов'язків загрозою того, що у разі порушення зобов'язання відбудеться стягнення неустойки, тобто настане відповідальність... Очевидно, коли говориться про *стимулюючу функцію*, то мова йде про неустойку як вид забезпечення виконання зобов'язання. Якщо ж як призначення неустойки вказується компенсація втрат кредитора, то мається на увазі стягнення неустойки, тобто цивільно-правова відповідальність»². А. Г. Карапетов, підкресливши, що навіть після порушення неустойка у вигляді пеней, нараховуючись на прострочений борг, стимулює до скорішого погашення боргу, отже, продовжує відігравати забезпечувальну роль³, вважає, що неустойка є видом забезпечення виконання зобов'язання не лише до порушення зобов'язання боржником, а й до її сплати кредитору, одночасно виступаючи і мірою цивільно-правової відповідальності⁴. Очевидно, що за такого підходу залишається відкритим питання, чому ж неустойка є і видом забезпечення виконання зобов'язання, і мірою цивільно-правової відповідальності, не видно різниці між мірами відповідальності і забезпечення.

¹ Отрадна О. О. Неустойка в цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. О. Отрадна. – К., 2002. – С. 3.

² Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2002. – С. 54–55.

³ Карапетов А. Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапетов. – М. : Статут, 2005. – С. 61.

⁴ Там само. – С. 60, 65.

Із наведених дослідниками висловлювань можна зробити як мінімум два важливі для нас висновки: по-перше, спеціалісти в галузі видів забезпечення виконання зобов'язання забезпечувальною функцією забезпечень визнають стимулюючу функцію і вважають її достатньою для характеристики певної міри, зокрема неустойки, як виду забезпечення виконання зобов'язання і, по-друге, припускають, що неустойка як міра відповідальності не виконує стимулюючої функції.

На думку автора, такі висновки не відповідають дійсному стану речей з огляду на сучасні дослідження в галузі мір цивільно-правової відповідальності та видів забезпечення виконання зобов'язань.

Узагальнивши велику кількість думок дослідників із приводу виконуваних як мірами цивільно-правової відповідальності, так і видами забезпечення виконання зобов'язань функцій, автор переконалася, що, незважаючи на різні назви функцій і їх кількість, зазначену певними дослідниками, як мірами відповідальності, так і видами забезпечення виконання зобов'язання, здійснюється вплив на боржника з метою його стимулювання до належного виконання зобов'язання, а у разі порушення договору — захист порушених прав кредитора. І видами забезпечення виконання зобов'язань, і мірами цивільно-правової відповідальності виконуються як стимулююча, так і захисна функції. Причому з огляду на те, що названі міри реалізуються у зв'язку з порушенням зобов'язання, тобто виявляють себе саме як способи захисту прав кредитора, основною функцією як одних, так і інших має бути названа захисна функція.

Стосовно мір відповідальності ця функція визначається дослідниками як відновлювальна (компенсаційна)¹; компенсаційна²; компенсаторно-відновлювальна³; компенсаційна⁴. Виконання мірами відповідальності цієї функції здійснюється шляхом покладення на відповідальну особу додаткового (або нового) обов'язку зазнати додаткових майнових втрат у зв'язку із застосуванням мір відповідальності, який за своїм змістом не збігається з тим невиконаним обов'язком, порушення якого спричинило відповідальність боржника. О. С. Іоффе

¹ Канзафарова І. С. Теорія цивільно-правової відповідальності : монографія / І. С. Канзафарова. – Одеса : Астропринт, 2006. – С. 131–132.

² Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навч. посіб. / В. В. Луць. – 2-ге вид., стер. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – С. 68.

³ Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 272.

⁴ Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : монографія / В. Д. Примак. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 87.

стосовно цивільно-правової відповідальності справедливо зазначав, що «оскільки поступок неправомірний, він не має вичерпуватися для порушника наслідками, що настають у нормальній обстановці. Потрібно, щоб відповідальність виявилася: у договірній сфері — не у виконанні порушеного зобов'язання, хоч би й примусовому, а у сплаті неустойки, відшкодуванні збитків, як і будь-яких інших втрат, що завдаються боржнику через його несправність...»¹. Отже, наявність додаткового майнового обов'язку, викликаного порушенням договору, — відшкодування збитків, сплата неустойки дозволяє виділити реалізацію мір цивільно-правової відповідальності при порушенні договору. Цей обов'язок покладається на порушника за наявності його вини, а стягнення здійснюється на користь кредитора і означає відновлення порушеної майнової сфери останнього.

Стимулююча ж роль неустойки є пасивною. Вона стимулює боржника до належного виконання зобов'язання самим фактом свого існування. Недарма О. С. Йоффе, зазначивши, що «неустойка призначена для стимулювання реального виконання зобов'язання», підкреслює, що «таку ж функцію виконує і обов'язок із відшкодування збитків»². Отже, сам факт існування мір цивільно-правової відповідальності стимулює боржника до належного виконання зобов'язання і стимулює тим, що останні «спрацюють» у разі порушення і покладуть на боржника додатковий майновий обов'язок — сплатити неустойку, відшкодувати збитки. Небажання нести додаткові витрати у вигляді відшкодування збитків, сплати неустойки, витрати завдатку і спонукає особу до відповідної поведінки. Саме тому *за мірами відповідальності*, безумовно, визнано *стимулюючу (превентивну) функцію*³.

При характеристиці забезпечень захисна функція називається дослідниками відновлювально-компенсаційною⁴; компенсаційною⁵; за-

¹ Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 141.

² Там само. – С. 210.

³ Гражданское право : учебник : Ч. I / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 1997. – С. 525; Йоффе О. С. Избранные труды / О. С. Йоффе : в 4 т. Т. 1 : Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 206–208.

⁴ Хохлов В. А. Обеспечение исполнения обязательств : учеб. пособие / В. А. Хохлов ; Самар. гос. экон. акад. – Самара, 1997. – С. 237.

⁵ Константинова В. С. Гражданско-правовое обеспечение исполнения хозяйственных обязательств : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. С. Константинова. – Свердловск, 1989. – С. 18, 19.

хисною¹; захисною², забезпечувальною³. Виконання цієї функції здійснюється видами забезпечення виконання зобов'язання шляхом надання кредитору виконання порушеного зобов'язання завдяки спеціально створеному з цією метою джерелу виконання порушеного зобов'язання⁴.

Таким джерелом може виступати як певне майно (застава, притримання), так і обов'язок третьої особи виконати зобов'язання боржника (порука, гарантія). Створюється таке джерело боржником (за рахунок боржника) на вимогу кредитора в розмірі, що дорівнює чи перебільшує розмір вимоги кредитора за забезпеченим зобов'язанням.

Наявність *джерела виконання порушеного зобов'язання* дозволяє видам забезпечення виконання зобов'язання *«гарантувати»* кредитору *виконання* договору: як належне, здійснюючи стимулюючий вплив на боржника, або в порядку захисту порушених прав кредитора.

Нетрадиційний погляд на *види забезпечення виконання зобов'язання* як на *способи захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні* і дозволив автору дійти висновку про єдине призначення цих мір із мірами цивільно-правової відповідальності, підкреслюючи їх стимулюючу функцію та матеріальну спрямованість, але акцентуючи увагу на особливостях здійснення такими мірами захисної функції.

Повертаючись до теорії подвійної природи неустойки, подивимось, що дозволяє сумніватися у виконанні неустойкою як мірою цивільно-правової відповідальності стимулюючої функції. Автор не бачить причин для сумніву. Адже якщо неустойка належить до мір відповідальності, а останні виконують стимулюючу функцію, то логічним є висновок про виконання неустойкою стимулюючої функції. Якою ж є роль неустойки як одного з видів забезпечення виконання зобов'язання згідно з теорією подвійної природи неустойки? Яку особливу стимулюючу функцію виконує неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання, якщо, будучи мірою цивільно-правової відповідальності, вона виконує стимулюючу функцію? Відповіді на це питання ми не знайдемо. І це закономірно, адже неустойка виявляє себе шляхом

¹ Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств / А. В. Латынцев. – М. : Лекс-Книга, 2002. – С. 7.

² Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2002. – С. 9.

³ Кізлова О. С. Застава в цивільному праві України (концептуальні засади та правова природа) : автореф. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : 12.00.03 / О. С. Кізлова. – Одеса, 2011. – С. 7.

⁴ Пучковська І. Захисна природа видів забезпечення виконання зобов'язань / І. Пучковська // Право України. – 2011. – № 9. – С. 219–220.

здійснення не стимулюючої, а захисної функції, оскільки реалізується у зв'язку з порушенням зобов'язання, а тоді її вже вважають мірою цивільно-правової відповідальності.

Неустойка ж як вид забезпечення виконання зобов'язання згідно з теорією подвійної природи неустойки припиняє свою дію після порушення зобов'язання. На думку автора, таке пояснення не може вважатися задовільним. З позиції визнання подвійної природи неустойки призначення інституту видів забезпечення виконання зобов'язань, м'яко кажучи, є «незрозумілим». Якщо неустойка-забезпечення припиняється у разі порушення боржником договірною зобов'язання, то, по-перше, для чого потрібне таке забезпечення? А, по-друге, яким чином неустойка виявляє себе як вид забезпечення виконання зобов'язання виключно стимулюванням боржника до належного виконання зобов'язання, якщо стимулююча функція виконується неустойкою-відповідальністю самою загрозою її реалізації у разі порушення зобов'язання? Іншими словами, де ж місце неустойці-забезпеченню? На переконання автора, неустойки-забезпечення не існує.

Думки дослідників щодо природи неустойки як виду забезпечення виконання зобов'язань та міри відповідальності підтверджують тотожне призначення інституту мір цивільно-правової відповідальності та видів забезпечення виконання зобов'язань. Якщо подивитися на прояв цих мір і їх підставу, то стає зрозумілим, чому вони тотожні до змішування.

І види забезпечення виконання зобов'язань, і неустойка як міра цивільно-правової відповідальності призначені для захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні. Саме їх встановлення стимулює боржника до належного виконання договору, а у разі його порушення боржником ці міри захищають порушені права кредитора. Отже, як види забезпечення виконання зобов'язання, так і міри цивільно-правової відповідальності реалізуються при порушенні договору. Стимулююча функція мір відповідальності і видів забезпечення виконання зобов'язання виявляє себе пасивно — саме встановлення таких мір стимулює боржника, і відповідно, не може служити критерієм для розмежування даних мір. Дослідниками завжди підкреслюється, що встановлення неустойки стимулює боржника до належного виконання зобов'язання. І це дійсно так. Але для того щоб зробити висновок, чи здійснюється стимулювання неустойкою як мірою цивільно-правової відповідальності чи як видом забезпечення виконан-

ня зобов'язання, необхідно розглянути механізм дії неустойки у разі якщо стимулювання боржника не привело до належного виконання зобов'язання. Не може здійснювати стимулювання міра, яка при порушенні не буде реалізована.

Розмежувати види забезпечення виконання зобов'язання і міри відповідальності можна лише шляхом дослідження прояву останніми захисної функції, що означає їх реалізацію як способів захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні.

Якщо міри відповідальності покладають на боржника додатковий майновий обов'язок — сплатити неустойку, відшкодувати збитки поряд із основним обов'язком — виконати порушене зобов'язання, чим карають останнього за винне порушення договору, то види забезпечення виконання зобов'язання гарантують кредитору виконання порушеного зобов'язання за рахунок спеціально створеного для цього джерела виконання порушеного зобов'язання (певне майно або обов'язок певної особи виконати зобов'язання боржника).

Є очевидним, що неустойка не передбачає існування джерела виконання порушеного зобов'язання, завдяки якому кредитор розраховує отримати виконання порушеного боржником зобов'язання в порядку захисту.

Механізм дії неустойки — це механізм дії цивільно-правової відповідальності. Неустойка — це штраф, який є майновим покаранням для боржника і частковою компенсацією втрат для кредитора.

Із моменту домовленості про встановлення неустойки і до її сплати при порушенні договору неустойка є мірою цивільно-правової відповідальності, що застосовується виключно при порушенні договірного зобов'язання. Можливість її реалізації у разі порушення зобов'язання і стимулює боржника до належного виконання останнього.

Отже, оскільки неустойці притаманні ознаки мір цивільно-правової відповідальності та у неї відсутня основна ознака видів забезпечення виконання зобов'язання — наявність джерела виконання порушеного зобов'язання, то остання не може визнаватися одним із видів забезпечення виконання зобов'язання і відповідно не має подвійної природи.

Такий висновок жодним чином не знижує ролі неустойки, її значення, бо не змінює сутності даної міри як *обов'язку* боржника *передати* кредитору грошову суму або майно *у разі порушення зобов'язання*

(ч. 1 ст. 549 ЦК). При цьому дозволяє побачити різницю між *видами забезпечення виконання зобов'язання* та *мірами цивільно-правової відповідальності* як інститутами, призначеними для захисту прав кредитора у договірному зобов'язанні.

Пучковская И. Против двойственной природы неустойки

Статья посвящена выяснению сущности неустойки. Автор, считая основным признаком способов обеспечения исполнения обязательств наличие источника исполнения нарушенного обязательства, за счет которого кредитор предоставляется исполнение нарушенного обязательства в порядке защиты его нарушенных прав, возражает против признания неустойки одним из видов обеспечения исполнения обязательства. Сделанный вывод опровергает двойственную природу неустойки (как способа обеспечения исполнения обязательства и меры гражданско-правовой ответственности).

Ключевые слова: неустойка, виды обеспечения исполнения обязательств, обеспечение договора, меры ответственности, способы защиты.

Puchkovska I. Contrary to the dual nature of smart money

The article is devoted to the problem of clarifying the essence of smart money. The author, considering the main feature of the methods of ensuring of the obligations fulfillment the presence of the breached obligation, through which the creditor is presented the fulfillment of the breached obligation as a protection of his violated rights, raises an objection against recognition of smart money as one of the kinds of ensuring of the fulfillment of the obligation. This conclusion refutes the dual nature of smart money (as the method of ensuring of the obligation fulfillment and measure of the civil-legal liability).

Keywords: smart money, kinds of ensuring of the obligations fulfillment, provision of the contract, measure of liability, method of protection.