Богдан КАРНАУХ

# ПРИЧИННИЙ ЗВ’ЯЗОК У ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ

**Монографія**

ECUS

Харків — 2025

УДК 347.5:001.123
К24

*Рекомендовано до друку вченою радою*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*
*(протокол № 12 від 30 червня 2025 року)*

**Рецензенти:**

***Р. А. Майданик*** — професор кафедри цивільного процесу Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор.

***С. Д. Гринько*** — завідувачка кафедри приватного права Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, докторка юридичних наук, професорка.

***В. Д. Примак*** — професор кафедри міжнародного, цивільного та комерційного права Державного торговельно-економічного університету, доктор юридичних наук.

**Богдан Карнаух**

К24 Причинний зв'язок у деліктному праві : монографія / Богдан Карнаух. Харків : ЕКУС, 2025. — 464 с.
ISBN 978-617-7934-44-7

У книзі досліджується причинний зв'язок як умова недоговірної відповідальності за завдану шкоду. Визначається місце причинного зв'язку у формулі делікту, його співвідношення з іншими елементами (виною та шкодою) та роль у контексті призначення й функцій деліктного права. Обгрунтовується, що дослідження судом юридично значимого причинного зв'язку включає два аспекти: фактологічний і нормативний. Перший передбачає перевірку обставин справи тестом «якби не», або більш точною його версією — тестом NESS. Другий — передбачає оціночне судження щодо того, чи є причинний зв'язок достатньо міцним, щоб виправдати покладання відповідальності. Проблема нез'ясовного причинного зв'язку розглядається з точки зору постмодерної епістемології у взаємозв'язку із аналізом стандартів доказування. Стандарти доказування, у свою чергу, вивчаються із застосуванням Баєсової теорії ухвалення рішень. Останній розділ, присвячений причинному зв'язку при співучасті, включає аналіз питань, пов'язаних із відповідальністю за шкоду, зумовлену війною.

**УДК 347.5:001.123**

VIRTUAL UKRAINE INSTITUTE FOR ADVANCED STUDY

Книга видана за фінансової підтримки Віртуального українського інституту перспективних досліджень

Фото на обкладинці — Freepik (https://www.freepik.com).

ISBN 978-617-7934-44-7

© Карнаух Б. П., текст, 2025
© ЕКУС, 2025

# ОГЛАВ

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ** . . . . . 8

**ПЕРЕДМОВА** . . . . . 9

**РОЗДІЛ 1. МЕТОДОЛОГІЧНА ОСНОВА** . . . . . 13

§ 1.1. Оцінка дослідженості і три опори методології . . . . . 13
§ 1.2. Причинний зв'язок і цілі деліктного права . . . . . 38
§ 1.3. Місце причинного зв'язку у формулі делікту . . . . . 60
§ 1.4. Два аспекти дослідження причинного зв'язку . . . . . 80
Висновки до розділу 1. . . . . 93

**РОЗДІЛ 2. ФАКТОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ** . . . . . 97

§ 2.1. Тест «якби не» (conditio sine qua non) . . . . . 97
§ 2.2. Надлишкова причинність . . . . . 125
§ 2.3. Дублювання шкоди. . . . . 137
Висновки до розділу 2 . . . . . 154

**РОЗДІЛ 3. НОРМАТИВНИЙ АСПЕКТ** . . . . . 158

§ 3.1. Пошук критерію юридично значимої причини . . . . . 158
§ 3.2. Практика Компенсаційної комісії ООН . . . . . 182
§ 3.3. Відповідальність оператора онлайн-платформи . . . . . 195
Висновки до розділу 3 . . . . . 228

**РОЗДІЛ 4. НЕЗ'ЯСОВНА ПРИЧИННІСТЬ** . . . . . 231

§ 4.1. Стандарти доказування . . . . . 231
§ 4.2. Дилема двох мисливців . . . . . 261
§ 4.3. Азбестові справи . . . . . 273
§ 4.4. Відповідальність згідно з часткою на ринку . . . . . 293
§ 4.5. Доктрина втраченого шансу . . . . . 314
Висновки до розділу 4 . . . . . 360

**РОЗДІЛ 5. ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК ПРИ СПІВУЧАСТІ**. . . . . 365

§ 5.1. Поняття співучасті у делікті . . . . . 365
§ 5.2. Історія американського Закону про деліктні позови іноземців . . . . . 378
§ 5.3. Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання . . . . . 390
§ 5.4. Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання . . . . . 408
Висновки до розділу 5 . . . . . 427

**ВИСНОВКИ**. . . . . 430

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ** . . . . . 436

# ЗМІСТ

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ** . . . . . .8

**ПЕРЕДМОВА** . . . . . .9

**РОЗДІЛ 1. МЕТОДОЛОГІЧНА ОСНОВА** . . . . . .13

**§ 1.1. Оцінка дослідженості і три опори методології** . . . . . .13
1.1.1. Оцінка дослідженості. . . . . .13
1.1.2. Три опори методології . . . . . .19
1.1.3. Правовий реалізм (прагматизм) . . . . . 20
1.1.4. Економічний аналіз права . . . . . 26
1.1.5. Порівняльний метод . . . . . 30

**§ 1.2. Причинний зв'язок і цілі деліктного права**. . . . . 38
1.2.1. Компенсація і превенція. . . . . 38
1.2.2. Корективна справедливість . . . . . .41
1.2.3. Ефективність і максимізація добробуту. . . . . .43

**§ 1.3. Місце причинного зв'язку у формулі делікту**. . . . . 60
1.3.1. Структурно-логічна помилка усталеної чотириелементної формули. . . . . 60
1.3.2. Хибне розуміння різниці між винною та суворою відповідальністю . . . . . 68
1.3.3. Вирішення проблеми в іноземних правопорядках і спільне «ядро» деліктного права . . . . . .71

**§ 1.4. Два аспекти дослідження причинного зв'язку** . . . . . 80
1.4.1. Діапазон дії (межі) деліктної відповідальності. . . . . 80
1.4.2. Коли оцінка віддаленості причинного зв'язку є необхідною . . . . . 84
1.4.3. Правова природа двох аспектів причинності . . . . . 88

**Висновки до розділу 1**. . . . . 93

**РОЗДІЛ 2. ФАКТОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ** . . . . . .97

**§ 2.1. Тест «якби не» (conditio sine qua non)**. . . . . .97
2.1.1. Тест «якби не»: перше наближення. . . . . .97
2.1.2. Формально-логічний аналіз . . . . . .101
2.1.3. Розбір однієї апорії . . . . . .106
2.1.4. Антецедент і консеквент . . . . . .111
2.1.5. Складні випадки моделювання альтернативного світу . . . . . .113
2.1.6. Справи про порушення процедурних гарантій у практиці ЄСПЛ. . . . . 117

**§ 2.2. Надлишкова причинність** . . . . . 125
2.2.1. Збій у роботі тесту . . . . . 125
2.2.2. Симетрична надлишкова причинність . . . . . 126
2.2.3. Тест NESS . . . . . 129
2.2.4. Асиметрична надлишкова причинність . . . . . 131
2.2.5. Фабула Мак-Лафліна . . . . . 132
2.2.6. Надлишкова причинність завдяки двом бездіяльностям . . . . . 134
**§ 2.3. Дублювання шкоди** . . . . . 137
2.3.1. Постановка проблеми . . . . . 137
2.3.2. Шкода і збитки . . . . . 138
2.3.3. Шкода життю і здоров'ю . . . . . 142
**Висновки до розділу 2** . . . . . 154

**РОЗДІЛ 3. НОРМАТИВНИЙ АСПЕКТ** . . . . . 158

**§ 3.1. Пошук критерію юридично значимої причини** . . . . . 158
3.1.1. Прямий і суцільний причинний зв'язок . . . . . 158
3.1.2. Передбачуваність шкоди . . . . . 160
3.1.3. Критерій деліктизуючого ризику . . . . . 164
3.1.4. Аналіз окремих справ . . . . . 165
3.1.5. Інші міркування, що підлягають до врахування (на прикладі справ про «протиправне народження») . . . . 172
3.1.6. Економічна ефективність . . . . . 177
**§ 3.2. Практика Компенсаційної комісії ООН** . . . . . 182
3.2.1. Релевантність практики Компенсаційної комісії ООН у контексті російсько-української війни . . . . . 182
3.2.2. Загальні засади . . . . . 184
3.2.3. Шкода життю і здоров'ю . . . . . 187
3.2.4. Шкода майну і майновим інтересам . . . . . 189
**§ 3.3. Відповідальність оператора онлайн-платформи** . . . 195
3.3.1. Платформа — нейтральний простір? . . . . . 195
3.3.2. Таксономія справ . . . . . 197
3.3.3. Порушення основоположних прав людини . . . . . 198
3.3.4. Порушення авторських і суміжних прав . . . . . 209
3.3.5. Справи про дефектну продукцію . . . . . 218
3.3.6. Загальні підсумки . . . . . 224
**Висновки до розділу 3** . . . . . 228

**РОЗДІЛ 4. НЕЗ'ЯСОВНА ПРИЧИННІСТЬ** . . . . . 231

**§ 4.1. Стандарти доказування** . . . . . 231
4.1.1. Що таке стандарт доказування . . . . . 231

4.1.2. Система загального права . . . . . 233
4.1.3. Континентальне право: панівний підхід . . . . . 236
4.1.4. Чи справді різниця така критична? . . . . . 237
4.1.5. Українське право . . . . . 240
4.1.6. Баєсова теорія рішень як обґрунтування диференціації стандартів доказування . . . . . 245
4.1.7. Доказова сила статистичних даних . . . . . 251
4.1.8. Доказові стандарти у практиці Компенсаційної комісії ООН . . . . . 257
**§ 4.2. Дилема двох мисливців** . . . . . 261
4.2.1. Рішення суду у справі *Summers v. Tice* . . . . . 261
4.2.2. Доктринальний аналіз дилеми . . . . . 266
**§ 4.3. Азбестові справи** . . . . . 273
4.3.1. Про азбест . . . . . 273
4.3.2. Справа *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd:* дві конкуруючі причини — протиправні . . . . . 277
4.3.3. Справа *Barker v Corus UK Ltd:* серед конкуруючих причин є не-протиправна . . . . . 282
4.3.4. Втручання законодавця: повернення до солідарної відповідальності . . . . . 285
4.3.5. Справа *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd:* дві конкуруючі причини, одна з яких не-протиправна, і оцінка істотності збільшення ризику . . . . . 285
4.3.6. Справа *Heneghan v Manchester Dry Docks Ltd:* конкуруючі причини різної етіології . . . . . 288
**§ 4.4. Відповідальність згідно з часткою на ринку** . . . . . 293
4.4.1. Аналіз аргументів у справі *Sindell v. Abbott Laboratories* . . . . . 293
4.4.2. Математична елегантність теорії . . . . . 298
4.4.3. Економічний аналіз теорії . . . . . 304
4.4.4. Критика . . . . . 307
4.4.5. Уплив DES-справ на судову практику . . . . . 312
**§ 4.5. Доктрина втраченого шансу** . . . . . 314
4.5.1. Реконцептуалізація проблеми нез'ясовного причинного зв'язку . . . . . 314
4.5.2. Англія . . . . . 317
4.5.2.1. Огляд прецедентного права . . . . . 317
4.5.2.2. У пошуках пояснення диференційованого підходу . . . . . 320
4.5.2.3. Підсумки . . . . . 330
4.5.3. США . . . . . 331

4.5.4. Австралія . . . . . 339
4.5.5. Франція . . . . . 340
4.5.6. Бельгія . . . . . 350
**Висновки до розділу 4** . . . . . 361

**РОЗДІЛ 5. ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК ПРИ СПІВУЧАСТІ** . . . . . 365

**§ 5.1. Поняття співучасті у делікті** . . . . . 365
5.1.1. Прогалина у доктрині деліктного права . . . . . 365
5.1.2. Вузьке і широке трактування статті 1190 ЦК України . . . . . 366
5.1.3. Непослідовність судової практики . . . . . 368
5.1.4. Підсумки . . . . . 377

**§ 5.2. Історія американського Закону про деліктні позови іноземців** . . . . . 378
5.2.1. Чому американський закон цікавий для України . . . 378
5.2.2. Довгий «сон», реінкарнація і затухання . . . . . 380
5.2.3. Чи визнається відповідальність за пособництво згідно з ATS? . . . . . 386
5.2.4. Нормами якого права — національного чи міжнародного — має визначатися зміст пособництва? . . 389

**§ 5.3. Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання** . . . . . 390
5.3.1. Воєнні злочини — це рівночасно й делікти . . . . . 390
5.3.2. Діяння . . . . . 391
5.3.3. Істотний вплив . . . . . 396
5.3.4. Вимога конкретності причинного зв'язку . . . . . 404
5.3.5. Підсумки . . . . . 407

**§ 5.4. Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання** . . . . . 408
5.4.1. Розкол у судовій практиці . . . . . 408
5.4.2. Справи, де застосовано стандарт мети . . . . . 410
5.4.3. Справи, де застосовано стандарт знання . . . . . 413
5.4.4. Витоки розбіжності . . . . . 417
5.4.5. Розбір аргументів і практика міжнародних кримінальних трибуналів . . . . . 418
**Висновки до розділу 5** . . . . . 427

**ВИСНОВКИ** . . . . . 430

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ** . . . . . 436

# ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

**ГПК** — Господарський процесуальний кодекс
**ДТП** — Дорожньо-транспортна пригода
**ЄКПЛ** — Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
**ЄСПЛ** — Європейський суд з прав людини
**КАС** — Кодекс адміністративного судочинства
**КК** — Кримінальний кодекс
**КПК** — Кримінальний процесуальний кодекс
**МТСБ** — Моторне (транспортне) страхове бюро України
**ПДР** — Правила дорожнього руху
**ЦК** — Цивільний кодекс
**ЦПК** — Цивільний процесуальний кодекс
**ATS (ATCA)** — Alien Tort Statute
**BGB** — Bürgerliches Gesetzbuch
**BoP** — Balance of Probabilities
**BRD** — Beyond Reasonable Doubt
**CDA** — Communications Decency Act
**DSA** — Digital Services Act (EU)
**DCFR** — Draft Common Frame of Reference
**FDA** — Food and Drug Administration
**ICJ** — International Court of Justice
**ICTR** — International Criminal Tribunal for Rwanda
**ICTY** — International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
**ILC** — International Law Commission
**MSL** — Market Share Liability
**PECL** — Principles of European Contract Law
**PETL** — Principles of European Tort Law
**SCSL** — Special Court for Sierra Leone
**USC** — United States Code

# ПЕРЕДМОВА

Шановний читачу! Насамперед хочу подякувати за інтерес до цієї книги і щиро сподіваюся, що вона вас не розчарує. Хоча тема й звучить досить вузько, та насправді у книзі розглядається широке коло питань деліктного права — від загального розуміння, що таке деліктне право і яке його призначення, до розбору формули делікту і «намацування» кордонів юридично значимої шкоди. Чимало уваги присвячено доказовому праву і, зокрема, проблемі стандартів доказування. Тому в певному смислі це книга не просто про причинний зв'язок у деліктному праві, а книга про деліктне право, з точки погляду проблеми причинності.

Окрім того, що книга є дослідженням досить конкретної проблеми, вона також є свого роду маніфестом авторового правобачення. Адже будь-яке правниче дослідження — якій би вузькій темі воно не було присвячене — завжди містить у собі «методологічне ДНК» у вигляді певної парадигми праворозуміння і авторського підходу до пізнання права.

«Методологічне ДНК» цієї книги зароджувалося ще при написанні нашої першої монографії про вину.[1] У передмові до неї я — не без пафосу, за який тепер трішки ніяково — говорив про свій «Символ віри». Він включав три «постулати»: перший — це віра в придатність права бути аналізованим мовою математики; другий — віра у те, що право треба «відкривати», а не вигадувати; і третій — це віра в наднаціональний характер ключових правових смислів.

Ці засади дістали розвиток і в тій книзі, яку ви зараз тримаєте в руках (або ж бачите на екрані свого девайса). Тепер я називаю це скромніше — «опори методології». Три таких опори (правовий реалізм, економічний аналіз і порівняльний підхід) докладно пояснені у першому параграфі першого розділу.

Та є ще одна, четверта, «латентна» опора, про яку я скажу тут. Стисло її можна виразити так «Щоб було цікаво!»: я писав

[1] Карнаух, Б.П. (2014). Вина як умова цивільно-правової відповідальності. Харків: Право. Монографія доступна за посиланням: *https://zenodo.org/records/15649241*.

кожен рядок цієї книги із думкою (навіть — мантрою) про те, щоб зробити його якомога цікавішим для читача. Правові дослідження часто бувають дуже важкими до прочитання. І читачеві доводиться силкувати себе, аби «добити» абзац до кінця, докладаючи чималих зусиль для втримування уваги на читаному. Більш того, авдиторія таких текстів буває, що сприймає цей факт як даність, уважаючи, що вивчення права — це тяжкий труд, який потребує «поту і сліз» (я і сам тривалий час так думав).

Та я переконаний, що може бути інакше — що правові тексти можуть і повинні бути *цікавими*! Що вони можуть і повинні бути *захопливими*! Так, щоб читач не міг відірватися від тексту і з інтелектуальною спрагою стежив за драматизмом того, що я називаю «аргументативним сюжетом». Щоб «співчував» обом сторонам у спорі і з нетерпінням чекав «фінальної сцени», де протиборство різних позицій буде розв'язане гучним акордом переконливого висновку.

І я намагався написати свою книгу саме так. Наскільки мені це вдалося — судити вам. У кожному разі я хочу сподіватися, що час, витрачений на її прочитання, ви не вважатимете змарнованим.

Іще одне. У світі моди є два напрями: «prêt-à-porter» (від фр. — «готове до вдягання») і «haute couture» («висока мода»). Одяг «prêt-à-porter» можна придбати і тут же носити, тоді як «haute couture» — це мистецтво вищого порядку. Воно не завжди придатне до негайного носіння. Це, радше, мистецтво дизайну у чистому вигляді, не обмежене потребою швидкого ужитку в побуті.

Так буває і з правничими дослідженнями. Деякі з них «prêt-à-porter», готові до вжитку — бери і застосовуй на практиці. Натомість інші — «haute couture», «високе право», тобто погляд на перспективу. Це ті дослідження, які суддя не може просто взяти собі на озброєння і застосовувати при вирішенні справ уже сьогодні. Потребується, щоб правова система визріла й була готовою прийняти нові погляди. Можливо, потребуватиметься реформа законодавства, перше ніж можна буде результати таких досліджень упровадити на практиці.

У цій книзі я прагнув збалансувати обидва ґатунки досліджень. Деякі з висновків дійсно придатні до безпосереднього вжитку в судовій практиці уже зараз. Але є й інші — вони стосу-

ються проблем, які в українських реаліях іще навіть не назріли. Тому я цілком даю собі звіт у тому, що окремі висновки та ідеї, висловлені в роботі, — висловлені на перспективу. Це значить, що завтра судді іще не зможуть ними послуговуватись. Я це розумію, і більше того — такою була моя мета. Фундаментальне дослідження має випереджати практику. Саме в тому і є його цінність. І коли прийде час і відповідні проблеми постануть перед судами — судді, сподіваюся, знайдуть помічний матеріал у цій книзі.

Ця книга є підсумком багаторічного дослідження, яке завершилося захистом у березні 2025 року докторської дисертації у моєму рідному університеті — Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого. У зв'язку з цим я насамперед хочу висловити щиру вдячність Університету. Кажуть, що церква — це не цегла, це люди. Так само й з університетом — це не будівля (хоч у часи війни не можна применшувати цінність вікових Бекетівських стін, котрі прихищають нас), це когорта учених, які своєю інтелектуальною працею витворюють обриси української юридичної науки. І я маю за честь бути частиною цієї когорти. У ній я зростав від студентської лави і до сьогодні. Спілкуванням із талановитими колегами натхнені чимало думок, висловлених у цій роботі. В особі ректора Анатолія Гетьмана і проректорів — Дмитра Лученка і Юрія Барабаша (яких я маю за честь вважати не тільки керівниками, але й друзями) хочу висловити вдячність адміністрації моєї *alma mater* за всебічне сприяння.

Особлива подяка — моєму науковому консультанту, професорці Інні Спасибо-Фатєєвій. Завдяки її підтримці висловлені в цій книзі ідеї змогли проторувати шлях у широкий світ української цивілістики. Часами торувати цей шлях було досить непросто. І в ці найскладніші часи Інна Валентинівна із притаманною їй науковою мужністю бралася до оборони цих ідей, і в ширшому сенсі — до оборони загального права науковця на новаторство й оригінальність. Життєві історії багатьох знаних мені талановитих людей свідчать, що без такої підтримки і без такого відважного оборонця дослідник може геть зневіритися в цінності своєї роботи. Я високо ціную, що мав такого оборонця в особі Інни Валентинівни.

Я щиро вдячний офіційним опонентам (вони ж — і рецензенти цієї книги): професору Роману Майданику, професор-

ці Світлані Гринько та доктору юридичних наук Володимиру Примаку. Їхні цінні коментарі й зауваження до дисертації дали змогу переосмислити чимало питань і врешті покращити дослідження, зробивши його таким, яким ви його бачите зараз. Спілкування із цими поважними вченими стало обрядом «ініціації» для дослідження, зробивши його «дорослим» і повноправним доробком у шерезі фундаментальних робіт із українського цивільного права.

До цієї «ініціації» причетні й мої колеги, що виступили рецензентами під час обговорення дисертаційного дослідження на кафедрі — професор Віталій Яроцький, професорка Ірина Пучковська та професорка Вікторія Надьон. Наші палкі й непримиренні (в хорошому смислі слова) дискусії з Віталієм Леонідовичем щодо природи вини у деліктному праві, як мені хочеться вірити, доводять значимість порушуваних проблем, адже ніхто так палко не сперечається про щось малозначне.

Я хочу також подякувати професорці Валентині Борисовій, яка була моїм керівником під час виконання кандидатської роботи. Завдяки Валентині Іванівні я утвердився в переконанні, що маю продовжити роботу над темою відповідальності в цивільному праві і виконати дослідження докторського рівня.

Жодне наукове дослідження, утім, не було б можливе, якби Збройні Сили України надлюдськими зусиллями не стримували ворога у війні, яка станом на час написання цих рядків продовжує тривати. Тому я, як і всі українці назагал, безмежно вдячний військовослужбовцям, що стримують навалу жорстокого ворога і тим самим уможливлюють життя й працю усіх нас. І я хочу сподіватися, що висновки цього дослідження стануть у пригоді під час залагодження страшних наслідків агресії і спричиняться до відновлення справедливості й відновлення панування права.

* * *

## *Розділ 1.*
# МЕТОДОЛОГІЧНА ОСНОВА

## § 1.1. Оцінка дослідженості і три опори методології

**1.1.1. Оцінка дослідженості.** Наприкінці минулого століття, у 1996 році, Мітчелл Мак-Іннс (Mitchell McInnes) із університету Західного Онтаріо написав, що концепція причинності паралельно проживає два різних життя: одне в наукових колах, а інше — в суддівських. У наукових колах пояснення причинності є джерелом нескінченних дебатів і породжує надскладні теоретичні конструкції. Судді натомість підходять до питання значно простіше і, вирішуючи справи, покладаються здебільшого тільки на здоровий глузд.[2]

Проте у XXI столітті ситуація істотно змінилась: західні суди ґрунтовно й наукоємно досліджують причинність. Приміром, у так званих азбестових справах Палата Лордів, а згодом — Верховний Суд Сполученого Королівства аналізують причинність на клітинному (!) рівні і розбираються в механізмі мутацій мезотелію для того, щоб встановити, чи є причинний зв'язок між онкологічним захворюванням і недбалістю відповідача.[3]

Та контраст між двома «життями» проблеми причинності в західних юрисдикціях далеко не такий разючий, як контраст між увагою до цієї проблеми на Заході й в Україні.

У західній літературі проблема причинного зв'язку — це найголовніша і найскладніша проблема деліктного права, якій присвячено колосальний за обсягом масив літератури.

Свій огляд підходів до проблеми Річард Райт (Richard W. Wright) розпочинає такими словами:

> «У всьому деліктному праві немає поняття настільки ж поширеного і водночас настільки ж невловимого, як вимога причинно-наслідкового зв'язку... Хоча навіть сам

[2] McInnes, M. (1996). Causation in tort law: Back to basics at the Supreme Court of Canada. *Alberta Law Review, 35*, 1013–1034, 1013–1014.

[3] Докладно про ці справи йтиметься у § 4.3.

> Вільям Проссер називав вимогу причинного зв'язку однією з "найпростіших і найочевидніших" проблем у визначенні деліктної відповідальності; вона не піддалася жодним спробам звести її до корисної, вичерпної формули і стала предметом найрізноманітніших поглядів на її природу, зміст, сферу застосування та важливість».[4]

У західній літературі проблемі причинності в деліктному праві присвячуються окремі, багатосторінкові монографії. Серед них — роботи Гарта й Оноре (H. L. A Hart and Tony Honoré),[5] Сенді Стіла (Sandy Steel),[6] Шпіра й Буснеллі (Jaap Spier and Francesco Donato Busnelli),[7] Майкла Мура (Michael S. Moore),[8] Річарда Ґольдберґа (Richard Goldberg),[9] Стівена Шейвела (Steven Shavell),[10] Б. Віниґера, Г. Козіоля, Б. Коха й Р. Цимермана (Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard Koch, and Reinhard Zimmermann),[11] колективні монографії за редакцією Мартін-Касальса і Папаяніса (Miquel Martín-Casals and Diego M. Papayannis),[12] Інфантіно і Черводжанні (Marta Infantino and Eleni Zervogianni)[13] та ін. Само собою, чільне місце відводиться проблемі причинності в загальних дослідженнях із деліктного права, зокрема тих, що присвячені європейському деліктному праву.[14]

---

[4] Wright, R. W. (1985). Causation in tort law. *California Law Review, 73*(6), 1735–1828, 1737.

[5] Hart, H. L. A., & Honoré, T. (1985). *Causation in the law* (2nd ed.). Oxford University Press.

[6] Steel, S. (2015). *Proof of causation in tort law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge University Press.

[7] Spier, J., & Busnelli, F. D. (2000). *Unification of tort law: Causation*. Kluwer Law International.

[8] Moore, M. S. (2009). *Causation and responsibility: An essay in law, morals, and metaphysics* (1st ed.). Oxford University Press.

[9] Goldberg, R. (1999). *Causation and risk in the law of torts: Scientific evidence and medicinal product liability*. Oxford: Hart.

[10] Shavell, S. (1983). *Uncertainty over causation and the determination of civil liability*. Cambridge, Mass: National Bureau of Economic Research.

[11] Winiger, B., Koziol, H., Koch, B., & Zimmermann, R. (2007). *Essential cases on natural causation* (Vol. 1). Springer.

[12] Martín-Casals, M., & Papayannis, D. (Eds.). (2015). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press.

[13] Infantino, M., & Zervogianni, E. (Eds.). (2017). *Causation in European tort law*. Cambridge University Press.

[14] Fenyves, A., & Berka, W. (2011). *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights* (1st ed.). De Gruyter; Koziol, H., & Schulze, R. (Eds.). (2008). *Tort law of the European Community*. Springer; Van Dam, C. (2013). *European tort law* (2nd ed.). Oxford University Press.

Число публікацій у правничих журналах настільки велике, що сам тільки огляд висловлених точок зору міг би скласти гідний предмет окремого метадослідження. Серед усіх авторів варто виокремити імена тих, для кого проблема причинності є одним із головних фокусів наукової уваги. До них належать Річард Райт (Richard W. Wright),[15] Сенді Стіл (Sandy Steel),[16] Джейн Степлтон (Jane Stapleton)[17] та Стівен Шейвел (Steven Shavell).[18] Серед учених, що писали про причинність у деліктному пра-

---

[15] Wright, R. W. (1988). Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: Pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review, 73*, 1001–1077; Wright, R. W. (2011). The NESS account of natural causation: A response to criticisms. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (pp. 285–322); Wright, R. W. (2022). Causation (contribution) and the 'no worse off' limitation on liability. *University of Western Australia Law Review, 49*(1), 5–56; Wright, R. W. (1985). Causation in tort law. *California Law Review, 73*(6), 1735–1828; Wright, R. W. (2001). Once more into the bramble bush: Duty, causal contribution, and the extent of legal responsibility. *Vanderbilt Law Review, 54*(3), 1071–1132; Wright, R. W. (2014). The new old efficiency theories of causation and liability. *Journal of Tort Law, 7*(1), 65–95; Wright, R. W. (2011). Proving causation: Probability versus belief. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (Ch. 10, pp. 80). Hart Publishing.

[16] Steel, S., & Ibbetson, D. (2011). More grief on uncertain causation in tort. *Cambridge Law Journal, 70*, 451–468; Steel, S. (2012). Causation in English tort law: Still wrong after all these years. *University of Queensland Law Journal, 31*, 243–264; Steel, S. (2015). *Proof of causation in tort law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge University Press; Steel, S. (2010). Uncertainty over causal uncertainty: *Karen Sienkiewicz (Administratrix of the Estate of Enid Costello Deceased) v Greif (UK) Ltd*. *The Modern Law Review, 73*(4), 646–655; Steel, S. (2015). Justifying exceptions to proof of causation in tort law. *The Modern Law Review, 78*(5), 729–758.

[17] Stapleton, J. (2010). Factual causation and asbestos cancers. *Law Quarterly Review, 126*, 351–356; Stapleton, J. (2006). Two causal fictions at the heart of U.S. asbestos doctrine. *Law Quarterly Review, 122*, 189–195; Stapleton, J. (1988). The Gist of Negligence. *Law Quarterly Review, 104*, 389–409; Stapleton, J. (2008). Choosing what we mean by "Causation" in the Law. *Missouri Law Review, 73*, 433–480; Stapleton, J. (2005). Loss of the chance of cure from cancer. *Modern Law Review, 68*(6), 996–1006; Stapleton, J. (2023). Unnecessary and insufficient factual causes. *Journal of Tort Law, 16*(2), 351–372; Stapleton, J. (2009). Causation in the law. In *The Oxford handbook of causation* (pp. 847–884). Oxford University Press; Stapleton, J. (2010). Factual causation. *Federal Law Review, 38*(3), 467–484; Stapleton, J. (1988). Law, causation and common sense. *Oxford Journal of Legal Studies, 8*(1), 111–131; Stapleton, J. (2001). Legal cause: Cause-in-fact and the scope of liability for consequences. *Vanderbilt Law Review, 54*(3), 941–1009; Stapleton, J. (2017). Scientific and legal approaches to causation. In *Causation in law and medicine* (pp. 14–37); Stapleton, J. (2015). Uncertain causes: Asbestos in UK courts. In M. Martín-Casals & D. Papayannis (Eds.), *Uncertain causation in tort law* (pp. 87–113). Cambridge University Press.

[18] Kaplow, L., & Shavell, S. (2021). *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press; Shavell, S. (2024). An alternative to the basic causal requirement for liability under the negligence rule. *Journal of Tort Law*, 17(1), 61–92. https://doi.org/10.1515/jtl- 2023-0014; Shavell, S. (1980). An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts. *The Journal of Legal Studies*, 9(3), 463– 516; Shavell, S. (1983). *Uncertainty over causation and the determination of civil liability*. Cambridge, Mass: National Bureau of Economic Research.

ві, також Ландес і Познер (William M. Landes and Richard A. Posner),[19] Роско Паунд (Roscoe Pound),[20] Джозеф Кінґ (Joseph H. King),[21] Ларі Александер (Larry A. Alexander),[22] Стів Ґольд (Steve Gold),[23] Александра Лахав (Alexandra D. Lahav),[24] Арноуд Пійлс (Arnoud Pijls)[25] та інші.

На противагу широкому західному дискурсові, в українській науці деліктного права причинному зв'язку приділено незаслужено мало уваги. Окрім як у кандидатській дисертації Л.Д. Донської,[26] це поняття не було предметом окремого монографічного дослідження чи дослідження докторського рівня. Українські цивілісти аналізують причинний зв'язок у контексті ширших розвідок, що мають своїм предметом загальні засади деліктної відповідальності. Прикладом таких праць, де причинний зв'язок входить до предмету дослідження як одна із низки складових частин у контексті широко сформульованої проблематики, є докторські дисертації С.Д. Гринько,[27] І.С. Канзафаро-

---

[19] Landes, W. M., & Posner, R. A. (1983). Causation in tort law: An economic approach. *The Journal of Legal Studies, 12*(1), 109–134. https://doi.org/10.1086/467716 392. Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard University Press.

[20] Pound, R. (1957). Causation. *The Yale Law Journal, 67*(1), 1–18.

[21] King, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal, 90*(6), 1353–1397.

[22] Alexander, L. A. (1987). Causation and corrective justice: Does tort law make sense? *Law and Philosophy, 6*(1), 1–23.

[23] Gold, S. (1986). Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence. *The Yale Law Journal, 96*(2), 376– 402.

[24] Lahav, A. D. (2022). Chancy causation in tort law. *Journal of Tort Law, 15*(1), 109–135.

[25] Pijls, A. C. W. (2023). Prospectus liability and causation. *Journal of European Tort Law, 14*(2), 189–205.

[26] Донська, Л. Д. (2006). *Причинний зв'язок у цивільному праві України* [Дис. канд. юрид. наук, 12.00.03]. Одеська нац. юрид. академія. Причинний зв'язок, але в трудовому праві, на дисертаційному рівні аналізував Д.В. Тимошенко. Див.: Тимошенко, Д. В. (2016). *Причинно-наслідковий зв'язок у трудовому праві* [Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05]. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.

[27] Гринько, С. Д. (2012). *Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні* [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. НАПрН України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва; Гринько, С. Д. (2012). *Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція.* Хмельницький : Хмельниц. ун-т упр. та права.

вої,[28] Т.С. Ківалової,[29] О.О. Отраднової[30] та В.Д. Примака.[31] Знаковою роботою свого часу була праця Г.К. Матвєєва,[32] присвячена підставам цивільно-правової відповідальності, у якій — серед інших — було розглянуто і таку умову, як причинний зв'язок, а також робота Я.М. Шевченко щодо цивільно-правової відповідальності неповнолітніх.[33] Побіжно проблеми причинного зв'язку торкалися й ми у нашій кандидатській дисертації та монографії.[34]

Опріч цього в періодичних виданнях можна знайти лише поодинокі публікації.[35]

---

[28] Канзафарова, І. С. (2007). *Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні* [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького.

[29] Ківалова, Т. С. (2008). *Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми* [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. Одеська національна юридична академія.

[30] Отраднова, О. О. (2014). *Механізм цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань* [Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03]. Київ. нац. ун- т ім. Т. Шевченка; Отраднова, О. О. (2014). Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань: монографія. Київ: Юрінком Інтер.

[31] Примак, В.Д. (2015). *Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України* [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака.

[32] Матвєєв, Г. К. (2008). Підстави цивільно-правової відповідальності. У *Вибране* (с. 20–263). Київ: Україна.

[33] Шевченко, Я. Н. (1976). *Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних*. Киев : Наук. думка.

[34] Карнаух, Б. П. (2014). *Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія*. Харків: Право, 96–102.

[35] Болотова, Г. Д. (2015). До питання причинного зв'язку у господарських спорах про відшкодування збитків. *Економіка та право*, 2(41), 53–56; Вавженчук, С. Я., та Довгопол, В. (2011). Межі розуміння юридичної природи причинного зв'язку в цивільному праві. *Підприємництво, господарство і право*, 2, 13–15; Гринько, С. Д. (2010). Причинно-наслідковий зв'язок як об'єктивна умова виникнення деліктних зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*, 2, 66–78; Пендяга, А. Л. (2011). Значення причинного зв'язку як підстави цивільно-правової відповідальності. *Економіка, фінанси, право*, 4, 34–36; Примак, В. (2014). Причинно-наслідковий зв'язок як умова відшкодування моральної шкоди крізь призму вимог справедливості, розумності й добросовісності. *Юридична Україна*, 1, 25–30.

Прикметно, однак що в науці кримінального права причинному зв'язку приділяється незрівнянно більше уваги.[36] Можна лише припустити, що учені-цивілісти не беруться за цю тему, вважаючи, що вона належно вивчена в рамках кримінального права, і відповідні висновки можна конвертувати і для потреб права деліктного. Утім ми переконані, що, хоча низка наробків науки кримінального права дійсно придатні для потреб деліктної відповідальності, цілковитої тотожності між поняттями причинного зв'язку у двох галузях немає. Це зумовлено насамперед різними цілями, які переслідують кримінальна і цивільна відповідальність, бо ці цілі — як буде показано в наступному параграфі — визначають розуміння умов відповідальності.

Що стосується української судової практики, то нам, попри всі намагання, не вдалося знайти рішення, у якому суд би проартикулював міркування, якими він керувався, вирішуючи питання про наявність або відсутність причинного зв'язку. Чи не єдиною спробою пояснити, як має доводитися причинний зв'язок у цивільних справах, досі залишається роз'яснення Вищого арбітражного суду України:

> «Слід довести, що протиправна дія чи бездіяльність завдавача є причиною, а збитки, які виникли у потерпілої особи, — наслідком такої протиправної поведінки.
>
> Питання про наявність або відсутність причинного зв'язку між протиправною поведінкою особи і шкодою має бути вирішено судом шляхом оцінки усіх фактичних обставин справи».[37]

Утім таке тлумачення ніяк не допомагає, адже перша його частина лише вказує на те, між чим і чим має бути встановлено

---

[36] Див.: Багіров, С. Р. (2005). *Причинний зв'язок у злочинах, що вчиняються через необережність* [Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08]. НАН України, Інститут держави і права ім. В.М.Корецького; Беньківський, В. О. (2015). *Теоретичні і практичні питання причинного зв'язку в кримінальному праві* [Автореф. дис. канд. юрид. наук, 12.00.08]. Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка; Тимчук, О. Л. (2005). *Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони складу злочину [Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08]. Гуманітарний ун-т «Запорізький ін-т держ. та муніципального управління»; Ярмиш, Н. М. (2003). Теоретичні проблеми причинно-наслідкового зв'язку в кримінальному праві (філософсько-правовий аналіз) [Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08]. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого.*

[37] Роз'яснення Вищого арбітражного суду № 02-5/215 від 01.04.94 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди», п. 6.

причинний зв'язок, не розкриваючи, в чому, власне, зв'язок полягає і як його встановити (довести). Друга частина, натомість, є лише нагадуванням загального правила оцінки доказів, яке стосується причинності так само, як і будь-яких інших обставин, що входять до предмета доказування.

Можливо, наявність причинного зв'язку — це річ самоочевидна, яка не потребує пояснень і зрозуміла кожному? Наприклад, якщо водій, перевищивши швидкість, здійснив наїзд на пішохода, то, напевне, ні в кого не виникне сумнівів у тому, що між поведінкою водія і ушкодженнями, яких зазнав пішохід, є причинний зв'язок. Такого роду справи умовно можна назвати «простими». Однак навіть у таких «простих» справах суд повинен бути здатним пояснити міркування, з яких він виходив, даючи відповідь на питання про причинність. Для цього наукою має бути запропонована відповідна методика. Не маючи методики для «простих» справ, неможливо перейти до справ «складніших» і «найскладніших». Окрім того, при більш пильному аналізі, як буде доведено далі, навіть «проста» справа із наїздом на пішохода виявляється не такою простою, як могло здатися на перший погляд.

Тому в наступному розділі ми почнемо із визначення базової методології, яка концептуалізує міркування про причинний зв'язок у «простих» справах, і потім перейдемо до складніших випадків так званої нез'ясовної причинності.

**1.1.2. Три опори методології.** У нашому попередньому дослідженні ми сформулювали три світоглядові принципи, якими керувалися при його написанні.[38] Перший: право — це математика свободи, із належним наголосом на слові «математика». Формулюючи цей принцип, ми мали на увазі, що право — настільки точна наука, що вона може говорити мовою формул. У цьому нас переконує теорія економічного аналізу права. Другий: правові норми потрібно «відкривати». Цим ми хотіли підкреслити недовільний характер права і його раціональність. Третій принцип стосувався пошуку універсального в праві, не зумовленого національними особливостями, і необхідності досліджувати право без обмеження кордонами одного національного правопорядку.

---

[38] Карнаух, Б. П. (2014). *Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія*. Харків: Право, 8–9.

Ми залишаємося вірними цим принципам і тепер. Хоч досвід і більше заглиблення в матеріал переконали нас змінити погляди на окремі питання, але дослідницька парадигма зосталась тією ж. Більш того, зміна поглядів на деталі стала наслідком якраз-таки послідовного додержання означених принципів і їх поступового розгортання.

У цьому ж річищі методологія нашого теперішнього дослідження будується на трьох опорах, якими є: правовий реалізм (прагматизм), економічний аналіз права і порівняльно-правовий (компаративний) метод. Виконання дослідження, безумовно, вимагало застосування і таких загальних методів, як аналіз, синтез, різні прийоми тлумачення тощо. Однак саме названі три опори визначають специфіку нашого погляду на деліктне право і на місце вимоги причинного зв'язку в ньому.

**1.1.3. Правовий реалізм (прагматизм).** Правовий реалізм зародився наприкінці XIX століття і розквітнув у перші десятиліття XX[39] як критична реакція на формалізм класичного правничого мислення. Він пропонує, на наш погляд, цінну оптику, крізь яку ми будемо вивчати деліктне право.

В основі правового реалізму — намір побачити право таким, як воно є насправді, «в дії», а не таким, яким воно постає із книжок. На різниці між «правом у книжках» і «правом у дії» одним із перших наголосив Роско Паунд (Roscoe Pound) у своїй знаковій статті з однойменною назвою.[40]

Правовий реалізм підкреслює необхідність вивчати соціальну реальність права, не обмежуючись його текстом, відображеним у нормативно-правових актах («буквою закону»). Ця ідея є особливо важливою для нашого дослідження, адже про його предмет — причинний зв'язок — у Цивільному кодексі України взагалі нічого не сказано, окрім того, що він повинен бути наявним. Тобто, «буква закону» взагалі «мовчить» про те, що є причинний зв'язок і як суди мають його досліджувати і встановлювати. Така ж ситуація у більшості європейських

[39] Aber, S. (2020, July). Legal realism: An LPE reading list and introduction. *LPEproject.org*. Retrieved August 12, 2024, from *https://lpeproject.org/wp-content/uploads/2020/07/Legal-Realism-Primer.pdf*

[40] Pound, R. (1910). Law in books and law in action. *American Law Review,* 44(1), 12–36.

юрисдикцій.[41] Прогресивний підхід із закріпленням чітких норм щодо причинного зв'язку дістав відображення в Принципах європейського деліктного права (Principles of European Tort Law, PETL),[42] Проєкті загальної системи підходів (Draft Common Frame of Reference, DCFR)[43] та Американському зводі деліктів (третьому) (Restatement, Third, Torts).[44]

Отож у рамках українського права (і подібним чином — у більшості європейських правопорядків) у тому, що стосується причинного зв'язку, звернення до реальної судової практики є не тільки рекомендованим, але і єдино можливим засобом пізнання права, яким воно є насправді і зараз. У цьому відношенні специфіка нашого дослідження полягатиме в особливій увазі до судової практики (як національної, так і зарубіжної, а також практики міжнародних судових інституцій і трибуналів). Ми ретельно аналізуватимемо мотиви, якими керуються суди, коли дають відповідь на питання про те, чи була поведінка відповідача причиною шкоди. У цьому наголосі на реальне право судових рішень — ми сповідуємо емпіризм, притаманний правовому реалізму.

Цей емпіризм ми протиставляємо апріорним судженням догматичного підходу настільки, що в цій книзі ми не ставимо за мету дати єдину всеохопну дефініцію, на кшталт «причинний зв'язок — це...», яку можна було б помістити в підручник для вивчення і дальшого застосування на практиці. Будь-які дефініції у цивільному праві — небезпечні. Тому в нашому дослідженні ми, натомість, прагнемо вишукати критерії, якими має керуватися суд у своїх міркуваннях про причинний зв'язок. Іншими словами, наша мета не в тому, щоб сказати, що таке причинний зв'язок, а в тому, щоб сказати, що слід робити суду, аби встановити його наявність чи відсутність. Вияснення причинності не може бути зведене до формального підставляння

---

[41] Koziol, H. (Ed.). (2015). *Basic questions of tort law from a comparative perspective*. Jan Sramek Verlag, 46.

[42] European Group on Tort Law. (n.d.). *Principles of European Tort Law (PETL)*. Retrieved november 11, 2024, from *http://www.egtl.org/docs/PETL.pdf*

[43] Study Group on a European Civil Code. (2010). *Principles, definitions, and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

[44] American Law Institute. (2020). *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*. American Law Institute.

фактів справи в абстрактну дефініцію того, що є причинний зв'язок. Така «вправа» непробачно спрощує уявлення про роль суду у вирішенні цивільної справи.

Правовий реалізм виріс із невдоволення формалістичним підходом, який зображував право як «річ у собі»: закриту, самодостатню формально-логічну систему, у межах якої правові смисли, і в тому числі присуди в конкретних справах, виводяться дедуктивним шляхом із абстрактних норм. Право за таким підходом бачиться як «автономна царина, що ухвалює рішення, спрямовуючи свій судейський погляд всередину — у світ правових концепцій, а не назовні — на суспільство, яким вона урядує».[45]

Така система в уявленні формалістів спирається на певні засадничі принципи, і все, що потрібно для вирішення конкретного спору, — це знайти правильний «розв'язок» справи за допомогою логічних операцій, будуючи дедуктивні містки від загальніших норм і принципів до більш конкретних.

Та, як зазначив один із зачинателів реалізму, Олівер Вендел Холмс (Oliver Wendell Holmes, Jr.), «буттям права завжди був досвід, а не логіка» («the life of the law has not been logic: it has been experience»).[46]

Тема нашого дослідження якнайкраще підтверджує неспроможність формалістичного підходу, адже, як буде показано в наступних розділах, юридично значимий причинний зв'язок — це поняття, яке ніяк не могло бути виведене суто логічним, дедуктивним шляхом, без звернення до широкого контексту, у якому, власне, ставиться питання про причину деліктного інциденту. Попри те, що поняття причини може здаватися поняттям із природничих наук, у деліктному праві воно набуває особливого смислу і перетворюється на *юридично значимий* причинний зв'язок. І це означення «юридично значимий» надає поняттю такої природи, що жодні абстрактні судження і логічні операції від-загального-до-конкретного не допоможуть визначити смисл цього поняття, не вдаючись до прагматичної оцінки того, які цілі переслідує деліктне право,

---

[45] Aber, S. (2020, July). Legal realism: An LPE reading list and introduction. *LPEproject.org*. Retrieved August 12, 2024, from *https://lpeproject.org/wp-content/uploads/2020/07/Legal-Realism-Primer.pdf*

[46] Holmes, O. W. (1881). *The common law*. Little, Brown, 1.

і чому — у контексті цих цілей — важливо установити причину деліктного інциденту.

Проблема із формалістичним підходом у тому, що він бачить право ізольовано від економічних, соціальних, культурних умов і потреб суспільства. Відкрито або приховано формалізм намагається обґрунтувати окремішність права від решти вимірів суспільного життя, вбачаючи у такій «ізоляції» гарантію безсторонності права і суддів, які його застосовують. Однак насправді суспільні потреби визначають і формують зміст права. І тому абстрагуватися від таких потреб при застосуванні правових норм — щонайменше означатиме поверхнево поставитися до з'ясування смислу права.

У своєму дослідженні ми прагнемо уникнути огріхів юридичного формалізму і дивитися на деліктне право широко — у його тісному взаємозв'язку з іншими аспектами суспільного життя, і зокрема з огляду на те, які реальні наслідки для добробуту суспільства має та або інша конфігурація норм деліктного права. Наше розуміння причинного зв'язку буде розпочато із прагматичного питання про те, навіщо взагалі деліктне право вимагає наявності причинного зв'язку як передумови зобов'язання відшкодувати шкоду. Відповідь на це запитання, у свою чергу, нерозривно пов'язана із загальним баченням мети та функцій деліктного права в суспільстві.

У дещо вужчому смислі реалістичність нашого підходу до права полягатиме також у тому, що ми не обмежуватимемося дослідженням матеріально-правових норм деліктного права, але й продемонструємо їх взаємозв'язок із доказовим правом (тягарями і стандартами доказування). Адже для дослідження права «в дії» було б недостатнім сказати, що таке причинний зв'язок, не сказавши, як його слід доводити. Це особливо фактурно простежується у справах, де потерпілі через незалежні від них обставини об'єктивно не здатні довести причинний зв'язок (так звана проблема нез'ясовної причинності). У такому випадку постає питання про те, чи слід неможливість доведення причинного зв'язку прийняти як «неталан» потерпілого і залишити збитки на його плечах, чи ж міркування правової політики виправдовують упровадження особливих правил, які в порядку винятку модифікують поняття причинності, змінюють розподіл тягарів доказування або опускають планку вимогливості до доказування причинного зв'язку (пом'якшують стандарт до-

казування). Відповідь на ці питання також вимагає системного бачення функцій деліктного права і точного калібрування цих функцій у випадках, коли вони конкурують між собою.

Правовий реалізм — це прагматичний підхід до права, погляд на право з точки зору того, як воно забезпечує суспільні потреби (у безпеці, раціональному розподілі ресурсів і тягарів, примноженні добробуту тощо), із точки зору того, як воно реально впливає на життя суспільства. І хоча Річард Познер (Richard Allen Posner) відділяє прагматизм від реалізму (зазначаючи, що першому не притаманна політична орієнтованість),[47] ми поділяємо низку принципів, які Познер називає «засадами прагматичного судівництва» (*Principles of Pragmatic Adjudication*).[48] Ці принципи, на наш погляд, не тільки мають скеровувати діяльність суддів, але й мають бути взяті до уваги дослідниками.

Ось вибрані принципи, які ми беремо на озброєння в дальшому дослідженні.

По-перше, прагматизм означає *урахування наслідків присуду в конкретній справі*.[49] Та це, утім, не слід розуміти як вирішення справи *ad hoc*, з огляду тільки на найближчі, негайні наслідки — це означає розгляд системних, майбутніх упливів, які справить той або інший підхід до вирішення правової проблеми. Як пише Познер, «прагматичний» не означає «недалекоглядний».[50] Прагматизм — це не ситуативне, «на-цю-хвилину» рішення — прагматизм визнає суспільну цінність сталої судової практики, правової визначеності і передбачуваності в застосуванні правових норм, ураховує віддалені майбутні наслідки правових рішень.

Беручи до уваги, що наразі чинне законодавство України не передбачає правил щодо встановлення причинного зв'язку, вищі судові інстанції (і насамперед Верховний Суд) мають бути особливо свідомі того, що сформовані ними підходи до установлення причинного зв'язку можуть бути використані в майбутньому для оцінки учасниками обороту власних дій і визна-

---

[47] Posner, R. A. (2021). Legal pragmatism. In *Law, pragmatism, and democracy* (pp. 57–96). Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, 60.

[48] Ibid., 59.

[49] Ibid., 59–64.

[50] Ibid., 60.

чення їхньої вартості. Ці ефекти мають бути враховані судами при мотивуванні рішень щодо причинного зв'язку.

По-друге, одним із центральних понять прагматичного підходу є *розумність*. Познер називає її «остаточним критерієм прагматичного судівництва».[51] Це поняття слугуватиме наскрізним дороговказом в усьому подальшому дослідженні. Воно поставатиме в різних іпостасях: як економічна раціональність, розсудливість звичайної, обачної людини, раціональність при ухваленні рішення в умовах невизначеності (у зв'язку із Баєсовою теорією прийняття рішень) тощо.

По-третє, правовий прагматизм *орієнтований на майбутнє*, відмінно від формалізму, який озирається назад і легітимізує свої висновки зверненням до минулого.[52]

У дослідженні ми не тільки прагнемо оцінювати підходи до причинності з огляду на проспективні наслідки, які відповідний підхід продукуватиме, але також і маємо намір розглянути проблеми, які ще не постали перед національною судовою практикою, але можуть бути передбачені у найближчому або навіть більш віддаленому майбутньому.

По-четверте, правовий прагматик не бачить принципової, внутрішньої відмінності між *аналітичними процедурами, які застосовує правник*, і тими, які застосовуються в інших сферах людського знання.[53]

Цей принцип ми використовуватимемо для обґрунтування того, що суди мають відкрито артикулювати дійсні мотиви ухвалюваних ними рішень, не використовуючи неприкладні до справи правові конструкції у якості прикриття чи маскування справжніх причин досягнутого висновку.

По-п'яте, прагматизм є *емпіричним* у своїй орієнтації.[54] Щодо емпіризму нашого дослідження уже було зазначено вище. Варто, однак додати, що емпіризм жодним чином не означає суцільного заперечення загальних принципів. Як зазначає Познер, дієві загальні принципи радше скеровують дослідження фактичних обставин конкретної справи, а не замінюють його собою.

---

[51] Ibid., 59, 64.

[52] Ibid., 60, 71–73.

[53] Ibid., 60, 73–75.

[54] Ibid., 60, 75–76.

Подібним чином, правовий реалізм не заперечує формальну логіку як таку. І в розділі про фактологічний аспект причинності ми чимало уваги присвячуємо саме формально-логічним міркуванням. Проте важливо не випускати з-під уваги, що апріорні логічні судження не можуть вичерпувати собою зміст наукового дослідження права.

**1.1.4. Економічний аналіз права.** Теорія економічного аналізу права зародилася у 60-х роках минулого століття і нині є однією з найбільш упливових течій у правничій думці.[55] Її суть полягає в тому, щоб оцінювати правові норми і правові інституції з точки зору їх економічної ефективності, використовуючи при цьому методи, моделі і концепції мікроекономіки.[56]

Для економічного аналізу характерно те, що він не береться осмислювати право в цілому, а натомість фокусується на окремих нормах та інститутах права. І в цьому смислі прикметно, що економічний аналіз розпочався саме з економічного аналізу деліктного права, або, як його тоді ще називали, — «права нещасних випадків». Дві перші публікації, з якими пов'язують виникнення економічного аналізу права, — статті Рональда Коуза (R. H. Coase)[57] і Ґвідо Келебресі (G. Calabresi)[58] — були присвячені праву відшкодування позадоговірної шкоди і тому, як норми цієї галузі впливають на економічну поведінку учасників обороту і розподіл ресурсів у суспільстві.[59]

---

[55] Basu, K. (2020). A brief history of law and economics. In *The Republic of Beliefs* (pp. 14–37). Princeton University Press; Butler, H. N., & Klick, J. (Eds.). (2018). *History of law and economics.* Northampton, MA: Edward Elgar Pub., Inc.; Priest, G. L. (2020). *The rise of law and economics: An intellectual history.* Abingdon, Oxon: Routledge.

[56] Огляд основних ідей і напрямів теорії економічного аналізу права див.: Kornhauser, L. (2022). The economic analysis of law. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition). Retrieved from https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/.

[57] Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics, 3*, 1–44.

[58] Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal, 70*(4), 499–553.

[59] Хоча вважається, що теорія економічного аналізу зародилася у 60-х роках минулого століття в Сполучених Штатах Америки, ми не можемо пройти осторонь того факту, що за понад шістдесят років до того, у 1897 році, український учений, один із засновників Українського вільного університету в Празі, Станіслав Дністрянський (невдовзі по тому — редактор «Часопису правничого і економічного»), опублікував ґрунтовну стосторінкову статтю під назвою «Полагода шкоди з огляду економічно-

Якщо Коуза і Келебресі вважають засновниками економічного аналізу, то найактивнішим популяризатором напряму є Річард Познер — представник чиказької школи, суддя Апеляційного суду сьомого округу Чикаго і найцитованіший учений-правник 20-го століття.[60]

Познер проголосив дві тези, які стали визначальними для економічного аналізу: право є *ефективним* (позитивна теза) і право *має бути ефективним* (нормативна теза).[61] При цьому ефективність розуміється в економічному смислі як досягнення якомога кращого результату з якомога меншими затратами.[62]

---

го і соціяльного», у якій виклав ідеї, значною мірою збіжні із тими, про які писали Коуз і Келебресі. У своїй роботі Дністрянський пише про необхідність досліджувати соціально-економічні підвалини права, раціональність норм про відшкодування шкоди з точки погляду аналізу зисків і витрат (*cost-benefit analysis*), само-страхування, загрозу «економічної руїни» у випадку, коли значні збитки припадають на одне домогосподарство, і «правило розкладу шкоди», яке Келебресі назове «розпорошуванням збитків» (*loss spreading*).

На початку своєї статті Дністрянський пише: «Дійсне зрозумінє права, єго сьвідоме і успішне образованє можливе лиш тодї, коли вислїдимо єго економічні і соціяльні підстави і в законодатстві повну увагу звернемо на всякі події і зміни устрою економічно-суспільного» (збережено орфографію оригіналу. — Б.К.). Див.: Дністрянський, С. (2013). Полагода шкоди з огляду економічного і соціяльного. У М. Цимбалюк (Ред.), *Антологія правничої думки в Галичині (1889– 1900)* (Т. 1, С. 75–158). Львів, 75.

[60] Shapiro, F. R. (2000). The Most-Cited Legal Scholars». *Journal of Legal Studies 29*(1), 409–426.

[61] Posner, R. A. (1973). *Economic analysis of law*. Little, Brown; Posner, R. A. (1980). The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. *Hofstra Law Review, 8*, 487–507; Posner, R. A. (1990). *The problems of jurisprudence.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 12–13.

[62] У найпростішому наближенні йдеться про оцінку деліктного права через аналіз зисків і витрат (відомий як *cost-benefit analysis*). Дністрянський писав про це так:

> «В кождім рациональнім господарстві верховодять дві провідні гадки: стремленє до користи — і з'упиненє страти. Рівнобіжником першої гадки є правило економічне (das oekonomische Princip), що́ вимагає, щоби дїлати лиш тодї, коли успіх показуєсь більший, як жертва. Господарство довести може до сталого хісна і добробиту лиш під услівєм, що средства, підприняті до осягненя економічної цїли, будуть взагалї материяльно дешевші від успіху, до котрого стремлять. Дотично з'упиненя страти, проявляє ся передовсїм потреба обачної дїяльности в господарстві — а се в першім степени задля відверненя економічної шкоди, в другім же задля приверненя економічної рівноваги по заподіяній шкоді. […]
>
> Мусимо при виборі обачних средств примінити т. зв. правило економічне, т. є. залишити всіх средств, котрі в своїй загальній вартости імовірно дорівнюють або ще перевисшають дійсну вартість наспілої шкоди» (збережено орфографію оригіналу. — Б.К.).

У своєму дослідженні ми будемо спиратися на розуміння деліктного права як системи, яка має бути ефективною, і аналізуватимемо поняття причинного зв'язку з точки зору того, як воно сприяє ефективності деліктного права. Під таким кутом зору деліктне право покликане гарантувати кожному певний рівень безпеки, але оскільки безпека має свою ціну (у вигляді витрат на попередження нещасних випадків), то головна проблема — це віднаходження оптимального співвідношення між рівнем безпеки і витратами на його забезпечення.

Ми сприймаємо притаманний для економічного аналізу інструменталізм,[63] згідно з яким правові норми бачаться як засіб досягнення певних цілей, обумовлених потребами й інтересами суспільства. І з такої точки зору оцінювати правові норми варто з огляду на те, чи забезпечують вони (і якщо так, то наскільки, і якою ціною) досягнення тих цілей, заради яких їх було ухвалено. (Окремим проявом інструменталізму є телеологічне тлумачення правових норм).

Ми будемо виходити із того, що в економічному смислі мета деліктного права полягає в тому, щоб *максимізувати економічний добробут*.[64] У цьому відношенні ми спираємося на широку концепцію велфаризму, згідно з якою добробут — охоплює собою не тільки блага, які можуть бути монетизовані, капіталізовані чи оцінені на гроші, але також і будь-які інші блага й переваги, які мають цінність для людини і в цьому смислі визначають систему її преференцій.

Познер зазначає, що під добробутом слід розуміти

> «ціну усіх товарів і послуг, як тих, що торгуються на формальних ринках (звичайні "економічні" товари і послуги), так і тих, що не торгуються на таких ринках (це стосується "не-економічних" товарів і послуг, таких як життя, дозвілля,

---

Див.: Дністрянський, С. (2013). Полагода шкоди з огляду економічного і соціяльного. У М. Цимбалюк (Ред.), *Антологія правничої думки в Галичині (1889– 1900)* (Т. 1, С. 75–158). Львів, 76, 82.

[63] Kornhauser, L. A. (2000). Three roles for a theory of behavior in a theory of law. *Rechtstheorie, 31*, 197–252.

[64] Posner, R. A. (1985). Wealth maximization revisited. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, 2*(1), 85–105; Posner, R. A. (1997). Wealth maximization and tort law: A philosophical inquiry. In *The Philosophical Foundations of Tort Law* (pp. 99–111). Oxford University Press.

> сім'я і свобода від болю й страждань)... "Добробут" — це сумарна вартість усіх "економічних" і "не-економічних" товарів і послуг, і він максимізується тоді, коли усі товари й послуги, настільки, наскільки це можливо, розподілені туди, де їхнє використання приносить найбільшу користь».[65]

Іще ширше визначення добробуту пропонують Л. Каплоу і С. Шейвел (L. Kaplow, S. Shavell):

> «Поняття добробуту, яке використовується в економіці добробуту, є всеосяжним за своєю природою. Воно включає в себе в позитивному сенсі все, що людина може цінувати — товари та послуги, які вона може споживати, соціальні та екологічні зручності, особисті уявлення про самореалізацію, співчутливі почуття до інших, тощо. Натомість негативно на добробуті людини відображається шкода, завдана її особі та майну, витрати та незручності, а також все інше, що може бути неприємним для неї».[66]

Деліктне право спричиняється до економічного добробуту суспільства через мінімізацію вартості інцидентів, у яких одна особа протиправно завдає шкоди іншій. Ми називатимемо такі інциденти **деліктними інцидентами**. Що менше таких інцидентів, і що менша їх тяжкість — то меншими є втрати загального добробуту.

Зменшення вартості деліктних інцидентів досягається через створення економічних стимулів до більш безпечної поведінки. Іншими словами — деліктне право робить небезпечну, необачну, недбалу поведінку економічно непривабливою, і таким чином спонукає учасників обороту поводитися безпечніше, обачніше, уважніше до інтересів оточуючих.

У цьому відношенні наше дослідження буде спиратися на припущення про раціональність агента дії (згідно з класичною версією економічного аналізу — на противагу біхевіористичній економіці,[67] яка привертає увагу до того, що агенти дії часто демонструють нераціональну поведінку). Згідно з цим припу-

---

[65] Posner, R. A. (1997), 99.

[66] Kaplow, L., & Shavell, S. (2021). *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press,18.

[67] Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review, 50*, 1471–1550.

щенням у кожній окремій ситуації агент дії обирає раціонально, зважуючи затрати і вигоди, які йому принесе той або інший курс поведінки. Тобто, розуміючи, що нехтування безпекою оточуючих обернеться для нього витратами на відшкодування завданої шкоди, учасник обороту діятиме раціонально, і, щоб уникнути таких витрат, обиратиме такий курс поведінки, який не створюватиме невиправданих ризиків для людей довкола.

У цьому твердженні можна вбачати також опирання на Холмсову концепцію «лихої людини» (*«bad man» theory of law*). Це, утім, не означає, що ми виходимо із припущення про лиху природу людей. Приміром, якщо водій бачить дорожній знак «Обережно, діти!» то в такому разі пригальмувати його змушує не тільки загроза деліктної (адміністративної і навіть — кримінальної) відповідальності, але і, ймовірно, щире бажання уникнути нещасного випадку. Реальність дійсно така, що при виборі курсу поведінки людиною рухає численна кількість міркувань і мотивів, в тому числі мораль, вірування, переконання тощо. Але для того, аби відділити ефект, який справляє право, від інших факторів, ми вдаємося до певного спрощування дійсності і припускаємо, що розподіл ризиків, визначений нормами деліктного права, має вирішальне значення для вибору курсу поведінки учасником обороту.

**1.1.5. Порівняльний метод.** У теперішньому глобалізованому світі навряд чи є необхідність когось переконувати в цінності вивчення іноземного досвіду, та, однак порівняльний метод посідає особливе місце в нашому дослідженні і великою мірою визначає його загальну рамку. Тож ми коротко означимо наш підхід до дослідження в цьому відношенні і нашу особливу увагу до зарубіжного права.

Як і в нашій попередній роботі, ми не поділяємо ідею про національність правової науки. Ми переконані, що наука права не може бути ніякою іншою, окрім як порівняльною — *comparativa est omnis investigatio* (суть усякого вищого знання — у порівнянні).[68] Фундаментальне дослідження не може обійтися без застосування компаративного підходу, інакше

[68] Freeland, M. (2005). Introduction: Comparative and international law in the courts. In G. Canivet, M. Andenas, & D. Fairgrieve (Eds.), *Comparative law before the courts*. London: BIICL.

воно втрачає якість правознавчого і перетворюється на законознавче.

Найперша перевага компаративного методу — це *розширення горизонтів*:[69] він показує, що одну й ту ж саму проблему можна бачити по-різному, і що одна і та ж сама проблема може мати низку різних вирішень, а інколи (і це, на наш погляд, особливо цікаво) — він може показувати, що вирішення проблеми в остаточному підсумку всюди однакове, але шлях до цього вирішення в кожній юрисдикції — різний. Вивчення зарубіжного досвіду розкриває палітру альтернативних рішень певної проблеми, а їхніх порівняння між собою дає змогу зробити зважений вибір на основі дійсно широкої поінформованості.

Дотичною до цієї є інша перевага компаративізму, яку, утім, рідко коли помічають: порівняльні дослідження допомагають не тільки побачити різні варіанти вирішення проблеми, яка уже назріла в національному праві, але й дозволяють *передбачити проблему, яка іще не назріла* в національному праві. Це можна назвати прогностичною функцією порівняльного правознавства.

Вона особливо актуальна для нашого дослідження, оскільки в контексті причинного зв'язку є чимало проблем, які ще не постали перед українською практикою, але вже були розглянуті за кордоном і спровокували широке обговорення в іноземній літературі. Зокрема, це стосується випадків недоказової причинності, використання «голої статистики» при доказуванні причинного зв'язку, відповідальності онлайн-посередників, дилеми «протиправного народження» і «протиправного життя» та багатьох інших. Зазначені проблеми на цю мить не є першорядними для українського правосуддя (відмінно від, скажімо, проблеми функціонування деліктного права в умовах війни[70]), та наука має випереджати практику так, щоб у майбут-

---

[69] Kadner Graziano, T. (2018). Is it legitimate and beneficial for judges to compare? In *Comparative tort law* (1st ed., pp. 19–45). Routledge, 37–38; Perry, R. (2021). Instrumental comparative tort law. *Journal of Tort Law, 14*(2), 493–529, 497.

[70] Про це див. у наших публікаціях: Карнаух, Б. (2023). Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. *Проблеми законності*, 160, 212–229; Карнаух, Б. П. (2023). Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців. *Проблеми законності*, 162, 279–296; Карнаух, Б. П. (2024). Яка шкода є «прямим» наслідком війни: практика Компенсаційної комісії ООН.*Зовнішня торгівля: еконо-*

ньому, коли відповідне питання постане перед судами, вони уже мали б доктринальні доробки, на які могли б обіпертись. Якщо нове проблемне питання постає перед судом, і суд не знаходить жодної помочі в доктрині, бо доктрина ще за нього не бралась, то це значить, що доктрина не впоралася зі своїм завданням, і їй доведеться або навздогін опрацьовувати цю проблему (натоді суд уже ухвалить таке або інше рішення, і якщо воно хибне, то виправляти його буде значно складніше) або — в гіршому разі — доктрині доведеться змиритися зі скромною роллю літописця (стенографіста) судової практики.

Тому в цій книзі ми звертаємо увагу на проблеми, які (ще) не є злободенними в українських реаліях, але які очікують на нас у майбутньому. І побачити ці проблеми та можливі шляхи їхнього вирішення нам дозволяє саме компаративний метод.

Друга важлива функція компаративного методу — це те, що він дає змогу *краще зрозуміти суть і характерні особливості власної правової системи*.[71] Доти, доки дослідник залишається замкненим у рамках власного національного права, його нічого «не дивує» в рідній системі: все здається таким, як було завжди, і як має бути. Натомість пізнання «чужого» права не тільки змушує дослідника дивувати із його інакшості, але — і це дзеркальна реакція такого дивування — по-іншому подивитися на власне право. Усвідомлення того, що рішення певної проблеми могло бути іншим, є потужним «прожектором», що підсвічує особливість національного правового рішення і дозволяє краще зрозуміти його суть і природу.

Окрім того, порівняльний дискурс має важливу *евристичну цінність*. Спроба пояснити особливості національного права «не посвяченим у нього» іноземним ученим (для яких його загальні засади не є самозрозумілою даністю) — це вправа, яка дивовижним чином допомагає тому, хто пояснює, краще зрозуміти те, про що він говорить (згідно із дидактичним принципом —

---

*міка, фінанси, право*, 132(1), 23–36; Karnaukh, B. (2022). Territorial tort exception? The Ukrainian Supreme Court held that the Russian Federation could not plead immunity with regard to tort claims brought by the victims of the Russia-Ukraine war. *Access to Justice in Eastern Europe, 3*(15), 165–177; Karnaukh, B., & Khutor, T. (2024). Evidentiary standards of the UN Compensation Commission: Takeaways for Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe, 7*(3), 1–24.

[71] Kadner Graziano, T. (2018). Is it legitimate and beneficial for judges to compare? In *Comparative tort law* (1st ed., pp. 19–45). Routledge, 38–40.

«хочеш щось зрозуміти краще — спробуй пояснити це іншому»). Саме так сталося із нами під час участі у Проєкті, організованому Інститутом прав людини Бонаверо (Оксфордський університет).[72] Проєкт був присвячений цивільно-правовим способам захисту прав людини (основним із яких, безумовно, є деліктний позов). Під час роботи над монографією[73] і практичним посібником[74] в рамках цього Проєкту, а також під час обговорень на круглому столі,[75] нам довелося пояснювати іноземним колегам загальні засади функціонування деліктного права в Україні, і зокрема, особливості української формули делікту. Те щире подивування, нерозуміння і численні уточнюючі питання (приміром, чи означає презумпція винуватості, що позов можна пред'явити до будь-кого, і вже тоді цей будь-хто має спростовувати, що не винен) із яким колеги-дослідники зустріли пояснення про різницю між протиправністю і виною в українській формулі делікту, стали ще однією причиною замислитися над слушністю української формули делікту, яку ми тривалий час сприймали як даність. Відповідні міркування на цей рахунок будуть викладені у третьому підрозділі цього розділу.

Ще одна функція порівняльного методу, яку часто поневажують, — це використання порівнянь зі спорідненими юрисдикціями для *тлумачення положень національного права*.[76] Приміром, якщо відомо, що певна стаття Цивільного кодексу України була сформульована за взірцем, або натхнена певним положенням із Цивільного кодексу Німеччини, то для тлумачення української статті може бути помічним звернення до німецької доктрини і німецької практики застосування відповідного положення. Це можна розглядати як доповнення до

---

[72] Про Проєкт див.: https://www.law.ox.ac.uk/civil-liability-for-human-rights-violations/civil-liability-human-rights-violations

[73] Aristova E. & Grusic U. (Eds.) (2022). *Civil remedies and human rights in flux: Key legal developments in selected jurisdictions*. Oxford, London, New-York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing.

[74] Aristova E. and O'Regan C. (Eds). (2022). *Civil Liability for Human Rights Violations: A Handbook for Practitioners* (Bonavero Institute for Human Rights).

[75] Див.: https://www.law.ox.ac.uk/news/2020-11-04-roundtable-civil-liability-human-rights-violations.

[76] Perry, R. (2021). Instrumental comparative tort law. *Journal of Tort Law, 14*(2), 493–529, 495.

історичного методу тлумачення норм.[77] Те ж саме стосується й випадків, коли основою для національного законодавства стають нормативні акти ЄС (зокрема в тому, що стосується відповідальності за дефектну продукцію). Загалом можна говорити про те, що порівняльно-правовий метод є п'ятим методом тлумачення правових норм,[78] поруч із буквальним, історичним, системним і телеологічним.

У цьому контексті варто зауважити, що застосування порівняльно-правового методу є природним для дослідників і для законодавця. Однак нині використання порівнянь стає нормою і для суддів — коли, вирішуючи складні справи, національні суди посилаються на іноземне законодавство й іноземну судову практику. Велика кількість емпіричних досліджень підтверджує цей тренд.

Приміром, у справі, що стосувалася проблеми нез'ясовного причинного зв'язку і яка буде предметом докладного аналізу в наступних розділах — *Fairchild v. Glenhaven*[79] — Палата лордів аналізує законодавство не тільки юрисдикцій загального права (зокрема, штату Каліфорнія, Канади, Австралії, Південної Африки і Американський Звід деліктного права), але й підходи Німеччини, Греції, Австрії, Голландії, Норвегії, Франції, Італії та Швейцарії. Загалом у період з 1996 по 2005 рік від 25% до 33% рішень Палати лордів містили порівняльні посилання на інші правові системи.[80]

Аналіз близько півтори тисячі рішень Федерального верховного суду Швейцарії показав, що приблизно в 10% випадків суд звертається до однієї або декількох іноземних правових систем з метою порівняння,[81] а у справах, що стосуються деліктного права, відповідний показник перевищив 20%.[82]

---

[77] Kadner Graziano, T. (2018). Is it legitimate and beneficial for judges to compare? In *Comparative Tort Law* (1st ed., pp. 19–45). Routledge, 36.

[78] Ibid., 44.

[79] [2002] UKHL 22.

[80] Nounckele, M. (2011). *De la légitimité de la comparaison par les juges — Etude de la jurisprudence de la House of Lords de 1996 à 2005* (Study prepared at the University of Louvain-la-Neuve).

[81] Gerber, A. (1992). Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. In *Institut Suisse de Droit Comparé (Ed.), Perméabilité des ordres juridiques* (pp. 141–163). Zürich: Schulthess.

[82] Kadner Graziano, T. (2007). Entwicklungstendenzen im schweizerischen ausservertraglichen Haftungs- und Schadensrecht. In P. Jung (Ed.), *Aktuelle Entwicklungen im*

Ґрунтовний огляд цього тренду здійснив Томас Каднер Ґраціано (Thomas Kadner Graziano) у розвідці під назвою «Чи легітимно, і чи корисно суддям порівнювати?».[83] Автор, зокрема, доходить висновку, що жоден із аргументів проти легітимності використання порівняльного методу судами не є переконливим.[84] І хоча іноземне законодавство й іноземна судова практика, безумовно, не є обов'язковими джерелами, вони, однак можуть бути використані як «переконливі авторитети» (*persuasive authority*).[85] Звернення до іноземного права використовується судами для низки цілей, зокрема щоб:

> «— продемонструвати, що національне законодавство повністю відповідає сучасним міжнародним тенденціям;
>
> — доповнити історичний метод тлумачення національного права;
>
> — виявити та продемонструвати розмаїття рішень, з яких суди можуть обирати;
>
> — скористатися досвідом, що накопичений за кордоном, щоб наново не "винаходити колесо";
>
> — поглибити власне розуміння певних правових проблем та порівняти національне рішення з різними зарубіжними рішеннями з метою виявлення особливостей національного законодавства;
>
> — спростувати аргументи про те, що певне рішення призведе до шкідливих або катастрофічних наслідків;
>
> — знайти правову підтримку оціночному судженню суду;
> і, нарешті,
>
> — обґрунтувати зміни в національній судовій практиці або вирішити нові проблеми, запровадити нові інститути чи способи правового захисту».[86]

Насамкінець, маємо підкреслити важливість порівняльно-правового методу у контексті уніфікації (як скоординованої

---

*Haftungsrecht* (p. 1, №. 3). Schulthess.

[83] Kadner Graziano, T. (2018).

[84] Ibid., 44.

[85] Ibid., 31, 44.

[86] Ibid, 44–45.

«зверху – вниз», так і нескоординованої «знизу – вверх») і *відшукання глобального консенсусу* щодо певних питань.

Потреба в уніфікації для України пов'язана насамперед із євроінтеграційними прагненнями. Функціонування єдиного ринку в рамках ЄС передбачає узгодженість правових норм, що так або інакше стосуються економічної поведінки.[87] І до кола таких норм належить в тому числі деліктне право. Отож, при реформуванні національного деліктного права особлива увага має бути звернута на обов'язкові акти *acquis communautaire*, але також і на документи м'якого права і доктринальні напрацювання, що є результатом ретельного порівняння національних правопорядків і відображають загальні тенденції розвитку деліктного права в Європі.

У цьому відношенні особливо цінним є доробок Європейської групи з деліктного права (The European Group on Tort Law), яка у 2005 році представила до загальної уваги Принципи європейського деліктного права (Principles of European Tort Law, PETL)[88] за взірцем Принципів європейського договірного права (Principles of European Contract Law, PECL), розроблених комісією Ландо. Цей документ послужив джерелом натхнення для багатьох міркувань нашого дослідження.

Не можна оминути увагою і результати наукових зусиль, спрямованих на розробку Цивільного кодексу Європейського Союзу. У рамках цього амбітного заміру було підготовлено Проєкт Загальної системи підходів (Draft Common Frame of Reference, DCFR), у якому недоговірним зобов'язанням із відшкодування шкоди відведено окрему книгу — Книгу VI зі значним масивом нормативного матеріалу.[89]

---

[87] Ibid., 32.

[88] Див.: Koch, B. A. (2005). The 'European Group on Tort Law' and its 'Principles of European Tort Law.' *The American Journal of Comparative Law, 53*(1), 189–205; Widmer, P. (2024). Some reflections on the PETL and proposals for their revision. *Journal of European Tort Law, 15*(1), 84–98.

[89] Про роль DCFR та його оцінку див.: Braun, A. (2011). Trusts in the Draft common frame of reference: The 'best solution' for Europe? *Cambridge Law Journal,* 70(2), 327–352; Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H. C., Jansen, N., Wagner, G., & Zimmermann, R. (2008). The Common Frame of Reference for European private law – Policy choices and codification problems. *Oxford Journal of Legal Studies, 28*(4), 659–708; Jansen, N., & Zimmermann, R. (2010). 'A European civil code in all but name': Discussing the nature and purposes of the draft common frame of reference. *Cambridge Law Journal, 69*(1),

На відміну від уніфікації «зверху – вниз» (або скоординованої), коли одноманітність правового регулювання досягається шляхом прийняття нормативно-правових актів, які відповідають визначеним стандартам, уніфікація «знизу – вверх» означає запровадження одноманітних підходів судами, на стадії правозастосування. Про це уже було сказано вище. І в цьому смислі приємно зазначити, що український Верховний Суд долучається до цієї уніфікації, застосовуючи у своїй практиці Принципи УНІДРУА, PECL і DCFR.[90] Наразі рішень, у яких би застосовувалися PETL або норми іноземного права щодо деліктів, ми не знайшли, але тенденція загалом обнадійлива.

Уніфікація «знизу – вверх» інколи може виявляти те, що називають «глобальний консенсус»,[91] тобто ситуацію, коли огляд законодавства і судової практики різних країн вказує на одностайність у вирішенні певного питання, або на те, що левова

---

98–112; Momberg, R. (2010). Testing the Draft common frame of reference — Report of the international conference on 'The Draft common frame of reference: A national and comparative perspective' (Kortrijk: Katholieke Universiteit Leuven, Campus Kortrijk, 10–11 June 2010). *European Review of Private Law, 18*(6), 1273–1275.

[90] Див., наприклад: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 31 серпня 2022 року у справі № 910/15264/21, пункт 53. https://reyestr.court.gov.ua/Review/106078967; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 13 червня 2024 року у справі № 910/7767/23, пункт 8.18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/119741091; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25 червня 2024 року у справі № 910/5681/22. https://reyestr.court.gov.ua/Review/120024849 (Суд посилається на ч. 3 ст. 7.1.7 Принципів УНІДРУА 2016 та ст. 8.108(3) Принципів європейського договірного права щодо обов'язку повідомляти про форс-мажор і наслідків його невиконання); Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 16 серпня 2023 року у справі № 910/17639/21, п. 99. https://reyestr.court.gov.ua/Review/113335881; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 19 червня 2024 року у справі № 170/332/22. https://reyestr.court.gov.ua/Review/119873495 (Суд посилається на Принципи УНІДРУА і Принципи європейського договірного права, пояснюючи відмінність між форс-мажором та істотною зміною обставин); Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду від 18 квітня 2018 року у справі № 753/11000/14-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/73500675 (Суд запозичує конструкцію *contra proferentem* у тому вигляді, як вона передбачена в Принципах УНІДРУА); Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 17 листопада 2018 року у справі № 911/205/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/78484735 (Суд використовує доктрину *venire contra factum proprium* із посиланням на DCFR).

[91] Perry, R. (2021), 510–518.

частка юрисдикцій поділяють спільну позицію з відповідного питання. Така ситуація, як бачиться, має місце у відношенні до позовів про відшкодування шкоди, завданої «протиправним життям».[92]

Коли порівняльний огляд оприявнює глобальний консенсус, це має особливу вагу для мотивування судового рішення. Чи повинен вагу мати сам консенсус як такий, чи його вага залежить від причин консенсусу — це може бути предметом дискусії.[93] Та, однак не можна заперечувати того, що наявність такого консенсусу не повинна ігноруватися судами. І відступ від нього має бути ретельно мотивований.

Більш того, нам видається, що слід розпізнавати не тільки консенсус щодо рішення, але й *консенсус щодо проблеми*. Тобто, важливо помічати не тільки ті випадки, коли є одностайність між різними юрисдикціями щодо того, як слід вирішувати певну правову проблему, але й ті випадки, коли є одностайність у розумінні того, що певне питання становить проблему, варту вирішення. Це видається особливо актуальним для українського деліктного права, у якому деякі проблеми іще не назріли, а інші — хоч уже й назріли, та однак залишаються непоміченими.

## § 1.2. Причинний зв'язок і цілі деліктного права

**1.2.1. Компенсація і превенція.** Поняття причини — контекстозалежне: відповідь на питання, що стало причиною певної події, залежить від того, навіщо це питається. Приміром, на запитання про причину лісової пожежі синоптик відповість, що це посуха і сильні вітри, еколог — що це руйнування озонового шару і глобальне потепління, а правник — що це вина недбалих туристів, котрі лишили за собою непогашене багаття.

У кожному випадку відповідь зумовлена тим, у якому контексті той, хто відповідає, інтерпретував мету запитувача. У дійсності всі відповіді правильні — усе із названого спричинилося до пожежі: і кліматичні умови, і глобальний негативний

[92] Ibid., 515–517.

[93] Ibid., 510–518.

вплив людини на довкілля, і залишене в лісі багаття, і навіть те, що суміш газів, яку ми називаємо повітрям, містить кисень.

Залежно від контексту ми обираємо щось одне із великої кількості чинників, без яких подія не сталася б, і називаємо причиною тільки його, залишаючи решту «за дужками». Чим ми керуємося, коли робимо цей вибір? — Ми керуємося метою, заради якої нам необхідно установити причину події.

Якщо наша мета — визначення пріоритетів екологічної політики, то вибір відповідальної причини припаде на руйнування озонового шару.

Та якщо наша мета — це покладання майнової відповідальності за завдану шкоду, то ми визнаємо причиною недбалість туристів. Але чому мета «покладання відповідальності» змушує нас зробити саме такий вибір? — Щоб відповісти на це запитання, маємо визначити, які цілі переслідує деліктне право, і як вимога причинного зв'язку сприяє досягненню цих цілей.

Загальновизнаними цілями деліктного права є *компенсація* і *превенція*.[94] Деліктне право покликане залагодити завдану шкоду і відновити становище особи, яка постраждала від інциденту, тобто зробити так, щоб становище потерпілого знову стало таким, як було раніше, до інциденту, а якщо це неможливо — то запропонувати особі замінник, еквівалентний втраченому настільки, наскільки це можливо. По-друге, деліктне право покликане знеохочувати людей від поведінки, яка може завдати шкоди іншим. Воно робить небезпечну поведінку економічно непривабливою і тим самим віднаджує людей від такої поведінки.

Утім Марін Скордато (Marin R. Scordato) у своєму дослідженні доводить, що вимога причинного зв'язку насправді не сприяє ані компенсаційній, ані превентивній функції. Більше того, якщо уявити систему деліктного права, яка б не вимагала причинного зв'язку як передумови відшкодування, то така система набагато краще забезпечила б і компенсацію, і превенцію.[95]

Гіпотетична система деліктного права без вимоги причинного зв'язку означала б, що особа, яка зазнала шкоди, може вимагати відшкодування цієї шкоди від будь-кого, хто поводився

---

[94] Див.: ст. 10:101 PETL; Koziol, H. (Ed.). (2015). *Basic questions of tort law from a comparative perspective*. Jan Sramek Verlag, 746–747.

[95] Scordato, M. R. (2022). Three kinds of fault: Understanding the purpose and function of causation in tort law. *University of Miami Law Review, 77*(1), 149–212.

протиправно і своєю поведінкою створював ризик завдання такої шкоди у певний проміжок часу (коли потерпілий зазнав шкоди) і в територіальних межах певної юрисдикції (де перебував потерпілий). Тобто, пішохід, збитий на переході водієм, що їхав на забороняючий сигнал світлофора, міг би пред'явити позов до *будь-якого* водія, який рухався на «червоний» у межах цієї юрисдикції і в приблизно той період часу. Доводити, що шкода стала наслідком дій саме тієї особи, яка обрана на роль відповідача, не потрібно. Потерпілий має довести, однак що шкода не була наслідком його власної недбалості. Тож, у підсумкові, щоб отримати відшкодування, слід було б довести: наявність шкоди, вину відповідача (в тому, що він поводився недбало і створював ризик завдання шкоди) і відсутність вини потерпілого.

Більша ефективність гіпотетичної системи пов'язана з тим, що в реальному житті трапляються два види випадковостей: перший можна назвати «талан недбалого» — коли особа поводиться недбало, але за щасливим збігом обставин не завдає нікому шкоди (приміром, водій перевищив швидкість, не впорався з кермуванням і вилетів на пішохідну частину дороги, але там, на щастя, нікого не було); другий можна назвати «неталан потерпілого» — коли потерпілий зазнає шкоди від рук особи, від якої з тих або інших причин не можна отримати відшкодування (приміром, через те, що в цієї особи недостатньо коштів, або, можливо, вона переховується від правосуддя, чи її не вдалося ідентифікувати тощо).

У реальному житті з системою деліктного права такою, як вона є, «талан недбалого» призводить до того, що недо-виконується функція превенції, оскільки не кожен, хто порушує стандарти обачної поведінки, відчуває на собі негативні наслідки. Натомість, у системі, що функціонує без вимоги причинного зв'язку, недбайливця, якому поталанило не завдати нікому шкоди, може притягнути до відповідальності хтось інший, хто зазнав шкоди. І якщо можна було б вирахувати питому вагу випадків, коли недбала поведінка не завдає нікому шкоди, по відношенню до усіх випадків недбалої поведінки, то можна було б побачити, наскільки значною є недо-превенція у реальному світі.

Подібним чином «неталан потерпілого» має наслідком недо-виконання компенсаторної функції, оскільки кожного разу, коли юридично обґрунтована вимога відшкодування не

буває реально задоволеною, відновлення становища до-інциденту не відбувається. Знову ж таки, точна питома вага випадків, коли управнений потерпілий не отримує реального відшкодування, невідома, та можна припускати, що вона відчутна. Натомість у системі без вимоги причинного зв'язку потерпілий міг би обрати собі відповідача з-поміж усіх, хто поводився недбало і створював ризик завдання шкоди. Таким чином, проблему «неталану потерпілого» було б знято, і кожен, хто зазнав шкоди, міг би отримати відшкодування, незалежно від того, чи постраждав він від рук досяжного для позову і платоспроможного деліквента.

Таким чином, отримуємо цікавий контр-інтуїтивний висновок: вимога наявності причинного зв'язку не сприяє ані превенції, ані компенсації — двох функцій, які заведено вважати головними цілями деліктного права. Без неї ці функції виконувалися б краще. Тоді чим же зумовлена вимога причинного зв'язку?

Скордато зауважує на тому, що відсутність вимоги причинного зв'язку, попри позитивні ефекти з точки зору компенсації і превенції, зробила б життя кожного нестерпним, оскільки кожен стежив би за кожним — щоб помітити ознаки недбалості і вимагати відшкодування. При теперішній системі деліктного права потерпілому доводиться досліджувати (з метою зібрання доказів і обґрунтування своєї позиції в суді) тільки поведінку того, хто заподіяв йому шкоди. Натомість при уявній системі без вимоги причинного зв'язку потерпілий мав би досліджувати і вивчати на предмет порушення стандартів обачності поведінку незліченної кількості суб'єктів. Приміром, пішохід, якого збило авто, мав би стежити за всіма водіями у своїй місцевості, які допускають порушення тих же вимог ПДР, які порушив його кривдник.

**1.2.2. Коректива справедливість.** Спостереження Скордато (щодо нестерпного ускладнення життя) слушне, однак на наш погляд, воно має похідний характер від більш посутнього міркування про те, чому деліктне право має передбачати вимогу причинного зв'язку. Це міркування спирається на розуміння деліктної відповідальності як інституціонального втілення коректива справедливості і взаємодієвий характер деліктного інциденту.

За Аристотелем, існує два види справедливості — дистрибутивна і коригувальна.[96] Дистрибутивна справедливість (або справедливість, що розподіляє) опікується тим, як розподілити обмежений ресурс між членами суспільства або спільноти (у ширшому розумінні йдеться про розподіл не тільки благ, але й тягарів). Головне питання дистрибутивної справедливості — це пошук критерію, за яким має відбуватися розподіл ресурсів і тягарів. Усім відомі найзагальніші варіанти вирішення проблеми розподілу: порівну, за заслугами, за потребами тощо.

На противагу цьому коригувальна справедливість — виправляє шкоду, завдану несправедливо. Тому її ще можна назвати справедливістю, що виправляє. Головна ідея такої справедливості — скасувати зміни в розподілі благ, що сталися внаслідок несправедливої дії однієї сторони у відношенні до іншої: хто злочинно заволодів чужим, має повернути одержане власникові; хто зіпсував чи пошкодив чужу річ, має відремонтувати чи замінити її, тощо. На відміну від дистрибутивної справедливості, яка стосується численного кола суб'єктів (між якими розподіляються ресурси або тягарі), коригувальна справедливість завжди стосується відносин між двома сторонами: тим, хто зазнав шкоди, і тим, хто завдав шкоди.

Деліктне право — це юридично інституціоналізована ідея коригувальної справедливості. І в цьому контексті кардинально важливо те, що деліктний інцидент (факт завдання шкоди) має бінарну, взаємодієву природу.[97] Делікт — це взаємодія між двома сторонами — потерпілим і деліквентом. На відміну від договору, це взаємодія не добровільна і не правозгідна. Та, однак це взаємодія. Одна сторона вчиняє певне діяння, яке впливає на другу сторону, а ця, друга, сторона переживає на собі те,

---

[96] Aristotle, & Rowe, C. (2020). *Nicomachean ethics* (S. Broadie, Ed.). Oxford University Press, 160–166; Englard, I. (2009). *Corrective and distributive justice : from Aristotle to modern times*. Oxford University Press; Loth, M. A. (2015). Corrective and distributive justice in tort law: On the restoration of autonomy and a minimal level of protection of the victim. *Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22*(6), 788–811; Slavny, A. (2023). Corrective and Distributive Justice. In *Wrongs, Harms, and Compensation*. Oxford University Press, Incorporated; Tudor, I. (2015). Tort law from the perspective of corrective and distributive justice. *Journal of Public Administration, Finance and Law, 7*, 171–175.

[97] Coleman, J. L., & Coleman, J. (2003). *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford University Press, 13–24; Weinrib, E. J. (2012). *The idea of private law* (Revised edition). Oxford University Press, 63–66.

що вчинила по відношенню до неї перша. Шкода потерпілого і вина деліквента — це дві сторони одного факту: вина — це те, що вчинив з потерпілим деліквент, а шкода — це те, чого зазнав від рук деліквента потерпілий.

Коригувальна справедливість вимагає відновити баланс, порушений саме в такій двосторонній взаємодії. Деліктне право, яке виражає коригувальну справедливість, становить собою реверсію конкретної протиправної взаємодії сторін. І саме тому деліктне право вимагає причинного зв'язку між виною і шкодою.

Причинний зв'язок — це те, що зв'язує, сполучає вину і шкоду в єдиний деліктний інцидент. Міркування в категоріях компенсації і превенції пояснюють, чому потерпілий має отримати відшкодування і чому відповідач має сплатити відшкодування, але не пояснюють, чому конкретний потерпілий має отримати відшкодування від конкретного відповідача. Це пояснення дає ідея коригувальної справедливості, котра вимагає виправлення негативних змін, що стали наслідком неправозгідної бінарної взаємодії. Утілюючи в собі ідею коригувальної справедливості, деліктне право, таким чином, становить реверсію конкретної протиправної взаємодії. Ця взаємодія має два аспекти — вину і шкоду, які сполучені між собою причинним зв'язком. Без причинного зв'язку це не була б взаємодія, і відповідно, не була б досягнута коригувальна справедливість.

**1.2.3. Ефективність і максимізація добробуту.** Справедливість є самоцінною, і вона внутрішньо притаманна праву як такому. І тому як мета деліктного права справедливість є метою вищого порядку. Поряд із цим деліктне право може бути оцінене з точки зору прагматичного, інструментального підходу, тобто із точки зору того, як воно слугує економічному добробуту суспільства. Такий економічний підхід є вкрай важливим для розуміння суті причинного зв'язку як передумови деліктної відповідальності.

Як зазначають Ландес і Познер (William M. Landes and Richard A. Posner):

> «перш ніж говорити про те, що означає причинно-наслідковий зв'язок у деліктному праві, необхідно знати мету причинно-наслідкового прив'язування у деліктному праві. Якщо метою деліктного права є сприяння економічній ефективності, то поведінка відповідача буде вважатися

причиною шкоди тоді, коли покладання на нього відповідальності за наслідки шкоди сприятиме ефективному розподілу ресурсів на безпеку та обачність».[98]

Призначення деліктного права — з точки зору економічного аналізу — в тому, щоб сприяти економічному добробуту (в тому значенні, яке цьому термінові надавав А. Піґу (A.C. Pigou)[99]). Це призначення деліктне право виконує, мінімізуючи, з одного боку, вартість нещасних випадків (деліктних інцидентів), а, з іншого — вартість запобігання їм. Задача деліктного права, таким чином, двоїста: зробити так, щоб нещасні випадки обходилися суспільству якомога дешевше, але при цьому, щоб і витрати на запобігання їм були якомога меншими. Іншими словами, деліктне право має вирішити проблему оптимізації шляхом віднаходження балансу між збитками і безпекою у світі, де безпека не безкоштовна.

Ідея про те, що суспільство зацікавлене у зменшенні вартості нещасних випадків, але не за будь-яку ціну — є центральною для розуміння економічного підходу до деліктного права. Запобігання нещасним випадкам є раціональним лише доти, доки витрати на заходи запобігання не перевершують розмір шкоди, якій запобігають.

Ця ідея у найпростішому вигляді здобула відображення у формулі судді Хенда (Hand). У справі *United States v. Carroll Towing Co.*[100] суд мав вирішити, чи має місце вина власника баржі, якщо його баржа, пришвартована в порту, відірвалася від причалу і завдала шкоди іншим суднам. Суддя Хенд для відповіді на це запитання сформулював перевірочний тест у вигляді математичної нерівності. Її суть у тому, щоб порівняти, скільки коштували б заходи запобігання такому інцидентові (наприклад, платня матросам, щоб ті залишалися на пришвартованій баржі на випадок чого) порівняно з розміром шкоди, яку завдав цей інцидент. Проте, оскільки наперед не можна знати, чи шкоди дійсно буде завдано навіть за

---

[98] Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard University Press, 229.

[99] Див.: Pigou, A. C. (2017). *The economics of welfare.* London: Routledge; Pigou, A. C. (1912). *Wealth and welfare.* London: Macmillan and Co.

[100] 2d 169 (2d. Cir. 1947).

відсутності будь-яких запобіжних заходів (баржа могла б і не відірватися), то розмір шкоди має бути помножений на ймовірність того, що вона дійсно настане. І якщо виявляється, що вартість запобіжних заходів була б меншою, ніж розмір шкоди, помножений на ймовірність її настання, то, значить, власник баржі є винуватим і мусить відшкодовувати завдані збитки.

Таким чином, вина власника баржі визначалася за трьома змінними: *P* — ймовірність того, що баржа відірветься від причалу; *L* — розмір шкоди у випадку, якщо вона відірветься; і *B* — вартість запобіжних заходів, які б дозволили попередити відрив баржі від причалу. Відповідно, вина має місце, якщо

$$B < PL.^{101} \quad (1)$$

Ідея цілком зрозуміла: нераціонально витрачати тисячу на запобіжні заходи, щоб уникнути збитків в одну сотню. Більш того, навіть якби деліктне право вимагало таких витрат, ніхто б не виконував цієї вимоги — усі б обирали завдавати шкоду і відшкодовувати її (інша річ, якби такий обов'язок був забезпечений нормами кримінального права).

Із наведеного слідує головна економічна дилема деліктного права: деліктне право уявляється усім як засіб обмежити (стримати) поведінку деліквента, але насправді деліктне право — рівночасно обмежує і поведінку потерпілого. Відшкодувати шкоду — означає обмежити деліквента, а не відшкодовувати — означає обмежити потерпілого. Обидва рішення визначаються за нормами деліктного права. І обидва рішення мають свою ціну: рішення про відшкодування покладає ціну на деліквента, рішення про відмову — покладає ціну на потерпілого. Відповідно, маємо порівняти, яка ціна буде вищою. Коуз писав про це так:

---

[101] Докладний аналіз формули див.: Gilles, S. G. (2001). On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury. *Vanderbilt Law Review, 54*(3), 813–861; Hylton, K. N. (2014). Information and causation in tort law: Generalizing the Learned Hand test for causation cases. *Journal of Tort Law*, 7(1), 35–64; Kim, J. (2013). Revisiting the Learned Hand formula and economic analysis of negligence. *Journal of Institutional and Theoretical Economics, 169*(3), 407–432; Simons, K. W. (2001). The Hand formula in the draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing fairness as well as efficiency values. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 901–939.

> «Традиційний підхід приховує природу вибору, який необхідно зробити. Зазвичай вважають, що питання полягає в тому, що А завдає шкоди Б, і треба вирішити: як ми повинні стримати А? Але це неправильно. Ми маємо справу з проблемою обопільної природи. Уникнути шкоди Б означає завдати шкоди А. Справжнє питання, яке потрібно вирішити: чи слід дозволити А завдати шкоди Б, чи слід дозволити Б завдати шкоди А? Проблема полягає в тому, щоб уникнути більш серйозної шкоди».[102]

Коуз наводить декілька прикладів із сучасних йому реальних судових справ, які ілюструють сказане.[103] Одна із таких справ — про лікаря і кондитера, *Sturges v. Bridgman*.[104]

У цій справі кондитер використовував для роботи дві товкачки (одна з них працювала на тому ж місці понад 60 років, а інша — понад 26 років). Згодом у приміщення по сусідству переїхав лікар. Машини кондитера не завдавали йому ніякої шкоди, поки через вісім років після переїзду лікар не збудував кабінет для консультацій в глибині свого саду прямо навпроти кухні кондитера. Тоді він виявив, що шум і вібрація, спричинені роботою кондитерської, заважають йому користуватися новим кабінетом і приймати там пацієнтів. Лікар подав позов до суду, з вимогою заборонити кондитерові використання його обладнання. Суд задовольнив вимоги лікаря.

Коуз звертає увагу на те, що з економічної точки зору, це рішення позбавило кондитера частини прибутків, які він отримував завдяки використанню шумних машин. Утім, якби суд ухвалив протилежне рішення і відмовив лікарю в задоволенні його вимог, то тим самим суд би позбавив лікаря частини його прибутків, які він отримував завдяки прибудованому кабінету.[105]

З економічної точки зору розподіл ресурсів буде оптимальним тоді, коли прибутки того, чиє право переважило, є більшими, аніж втрати того, хто мусить поступитися. У противному разі — ресурси спрямовуються туди, де вони приносять менше

---

[102] Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics, 3*, 1–44, 2.

[103] Ibid., 8–15.

[104] (1879) LR 11 Ch D 852.

[105] Coase, R. H. (1960), 8–9.

користі. Таким чином, деліктне право спричиняється до розподілу ресурсів кожного разу, коли виноситься присуд про відшкодування шкоди.

Другий постулат економічного аналізу — це необхідність уникати екстерналізації. Екстерналізація означає, що витрати на певну діяльність (чи принаймні їх частина) покладаються ані на того, хто цю діяльність провадить, ані на того, хто споживає її продукти, а на сторонню третю особу. Якщо таке відбувається, і суб'єкт, що провадить певну діяльність, здатен екстерналізувати частину своїх витрат (тобто покласти їх на когось іншого), то такий суб'єкт матиме стимул провадити цю діяльність у більших обсягах, аніж це виправдано з точки зору корисності для суспільства. Це стосується будь-яких витрат на діяльність, як виробничих (наприклад, вартість сировини чи робочої сили), так і витрат, пов'язаних із відшкодуванням шкоди, якої завдає ця діяльність.

Келебресі в якості ілюстрації наводить таку фантазію про Афіни і Спарту.[106] Уявімо, що в Афінах витрати на нещасні випадки покладаються на того, хто провадить діяльність, яка спричиняє ці нещасні випадки. Натомість у Спарті усі витрати на нещасні випадки покриваються за рахунок державного бюджету. Афінський бізнесмен має одне авто і думає придбати ще одне. Вартість володіння другою машиною складатиме близько $200 на рік, плюс ще $200 на страхування відповідальності. Якщо він не куплятиме авто, то пересування містом на таксі і громадському транспорті обходитиметься йому щорічно в $250. Порівнявши витрати на авто ($400) і витрати на альтернативні способи пересування ($250), розсудливий підприємець вирішить не мати другого автомобіля.

Однак якби той же підприємець був громадянином Спарти, то його стратегія була б іншою. Оскільки шкода, яку він може завдати, відшкодовується за рахунок державного бюджету (і таким чином розподіляється на всіх платників податків), йому немає потреби страхувати відповідальність. Іншими словами, у своєму виборі — мати чи не мати другий автомобіль — він не враховуватиме одну зі статей витрат, пов'язаних із автомобілем (вартість страхування відповідальності). Отож, у Спарті, порів-

---

[106] Calabresi, G. (1970). *The costs of accidents: A legal and economic analysis*. Yale University Press, 70–71.

нявши витрати на друге авто (тепер це тільки $200 на утримання й обслуговування авто) із витратами на пересування без авто ($250), підприємець придбає другий автомобіль. Тобто, за «спартанської» системи відшкодування збитків особа має стимул обрати діяльність, яку вона б не обрала, якби їй довелося заплатити її повну ціну. Така ситуація є небажаною, якщо тільки діяльність, про яку йдеться, не є настільки суспільно важливою, що усе суспільство готове прийняти на себе тягар збитків, викликаних цією діяльністю.

За теоремою Коуза, в умовах ідеального ринку (тобто в умовах досконалої поінформованості і нульових трансакційних витрат), не має значення, кого правові норми «призначають» відповідальним за завдані збитки.[107] Хто б не був «призначений» відповідальним, ринок сам знайде того, хто зможе запобігти збиткам за найменшу ціну. Тобто, в умовах ідеального ринку самі ринкові сили спрацюють так, що ресурси будуть розподілені оптимально. Хто б не був «призначений» відповідальним за шкоду, він або сам вживе застережних заходів (якщо відповідальну особу визначено правильно) або «підкупить» того, хто здатен вжити таких заходів.

Чудовий приклад наводить Келебресі.[108] Припустімо, що зараз розмір шкоди від ДТП за участю пішоходів складає $100. Припустімо, що цю суму можна було б зменшити до $10, якби в автомобілів були м'які, амортизуючі бампери. При цьому м'які бампери коштують на $50 дорожче від звичайних. В умовах ідеального ринку, тобто коли всім причетним достеменно відомі всі названі значення і кожному нічого не коштує домовитися із будь-ким (тобто витрати на укладення договору із будь-ким дорівнюють нулю), ринок спрацює так, що м'які бампери будуть установлені незалежно від того, кого закони призначать відповідальним за шкоду.[109]

Так, якщо закони призначать відповідальними за шкоду автовиробників, то автовиробники інвестують $50 в установку м'яких бамперів, бо $50 (витрати на м'які бампери) плюс $10 (розмір шкоди, що буде завдана за умови установки м'яких бам-

[107] Coase, R. H. (1960), 10.

[108] Calabresi, G. (1970), 136.

[109] Ibid.

перів) менше ніж $100 (розмір шкоди за умови, що м'яких бамперів не встановлено).

Якщо ж закони «призначать» відповідальними за шкоду пішоходів, то пішоходи «підкуплять» автовиробників, заплативши їм $50, щоб ті установили м'які бампери. Бо для пішоходів вигідніше заплатити $50 автовиробникам і потім страждати тільки на $10, аніж не підкупати виробників і страждати на $100.

Відповідальну особу може буде призначено цілком довільно, і результат не зміниться — бампери будуть установлені. Приміром, якщо закон «призначить» відповідальними за шкоду телерадіокомпанії, то їм теж буде вигідніше підкупити автовиробників, щоб ті установили м'які бампери, і потім виплачувати жертвам тільки $10, замість не підкупати і виплачувати $100.

Закономірно постає питання: яка ж тоді роль деліктного права в цілому і вимоги причинного зв'язку, зокрема, якщо і без деліктного права буде досягнутий оптимальний рівень безпеки, прийнятний з точки зору економічної раціональності і загального добробуту?

Річ у тім, що описана модель будувалася на припущеннях, які ніколи не справджуються в реальному світі, а саме — на припущенні про досконалу поінформованість, і припущенні, що укладення договорів між потенційними потерпілими і потенційними деліквентами нічого не коштує. У реальному житті достеменних знань про розмір ризиків немає, а трансакційні витрати можуть бути настільки високі, що домовленості не виправдовують витрат на їх досягнення. Приміром, щоб пішоходи могли «підкупити» автовиробників, довелося б зібрати усіх пішоходів і всіх автовиробників, організувати між ними перемовини, укладення договору, забезпечити оплату кожним пішоходом своєї частки «підкупу» і забезпечити належне виконання договору всіма автовиробниками.

Якби деліктне право в реальному світі із не-ідеальним ринком «призначило» відповідальними за шкоду від ДТП пішоходів, то через недостатню поінформованість і непомірно високі трансакційні витрати пішоходи не змогли б підкупити автовиробників, і нещасні випадки продовжувалися б у тій же кількості.[110] Таким чином, суспільство в цілому продовжувало б нести втрати, яких можна було уникнути.

---

[110] Ibid., 136.

І ось тут стає зрозумілим, чому деліктне право загалом і вимога причинного зв'язку є настільки важливими: якщо деліктне право «схибить» і причину нещасного випадку (деліктного інциденту) буде визначено неправильно, то брак поінформованості і надмірні трансакційні витрати перешкодять «невидимим силам» ринку досягти оптимального балансу між збитками від нещасних випадків і витратами на їх попередження.

Отож — у термінології Келебресі — деліктне право має працювати так, щоб завжди розподіляти тягар витрат від нещасних випадків на того, кого довільно обраний первісний носій цього тягаря (за умови повної поінформованості і нульових трансакційних витрат) вирішив би «підкупити», щоб домогтися змін у поведінці, які б максимально зменшили вартість нещасних випадків.[111]

У цій книзі ми покажемо, що вимога причинного зв'язку містить два аспекти: фактологічний і нормативний. Фактологічний аспект реалізується через тест «якби не»: він визначає чинники, без яких шкода не могла б настати (необхідна умова). Проте у випадку із ДТП за участю пішохода шкоди не було б не тільки без автомобіля, але і без пішохода також.

Тому причинний зв'язок передбачає другий аспект — нормативний. Його іще називають проблемою віддаленості/наближеності (*remoteness/proximity*) шкоди, або проблемою меж відповідальності (*scope of liability*). Нормативний аспект — це завершальний етап правової оцінки деліктного інциденту. Він спирається на низку міркувань правової політики і вимагає відповіді на підсумкове, остаточне питання: чи справедливо з огляду на усі обставини справи покладати тягар збитків саме на відповідача? Або економічний еквівалент: чи є відповідач у справі саме тим суб'єктом, який із найменшими витратами міг би запобігти шкоді (чи є він тим, кого «підкупив» би довільно обраний носій тягаря за умови нульових трансакційних витрат)? В теорії економічного аналізу права цю фігуру називають "*least cost avoider*" — «той, хто міг запобігти [шкоді] з найменшими витратами».

Нормативний аспект причинного зв'язку — це той аналітичний локус, у рамках якого відбувається (фінальна) оцінка зазначених економічних параметрів і пошук того, хто міг запобігти шкоді з найменшими витратами.

---

[111] Ibid., 135.

Економічний характер міркувань, якими керуються суди, оцінюючи віддаленість/наближеність причинного зв'язку (межі відповідальності), найбільш виразно викриває себе у найскладніших справах, що містять нові виклики для деліктного права. Яскрава ілюстрація — справи про відповідальність операторів онлайн-платформ за шкоду, завдану користувачами платформи (приміром, коли користувач завантажує на відеохостинг YouTube відео, захищене авторським правом, без дозволу правоволодільця, або через соціальну мережу поширює відомості, що ганьблять іншу особу, або на онлайн-маркетплейсі продає дефектний товар, що завдає шкоду покупцеві, тощо).[112]

У цих справах суди чітко артикулюють обопільний характер проблеми і звертають увагу, що задоволення подібних позовів проти платформ матиме свою ціну у вигляді стримування розвитку інтернет-технологій. Такого роду справи, що випробовують на міцність усталені кордони деліктного права, вимагають рефлексії над призначенням і смислом деліктного права. І саме в цих справах суди найбільш відкрито говорять про вартість запобігання шкоді та її співмірність порівняно з розміром шкоди, якої прагнуть запобігти. Суди, зокрема, зауважують на тому, що обов'язок перевіряти й редагувати абсолютно увесь контент онлайн-платформи може покладати на її оператора настільки великі витрати, що оператор буде вимушений відмовитися від своєї діяльності цілком — а це результат, у якому суспільство не зацікавлене.

Отож, локус зазначених економічних міркувань — це нормативний аспект причинного зв'язку. І тому часто, коли суди доходять висновку, що зобов'язувати відповідача до відшкодування не є оптимальним (зокрема, тому, що це обійдеться дорожче з точки зору загального економічного добробуту, аніж не зобов'язувати), то вони подають такий висновок через твердження про те, що причинний зв'язок між діяльністю відповідача і шкодою є занадто віддаленим.

Нормативний аспект причинного зв'язку є осередком дослідження економічних ефектів деліктної відповідальності. Будучи завершальним етапом правової кваліфікації деліктного інциденту, він забезпечує урахування міркувань правової політики й економічного добробуту при визначенні остаточної від-

[112] Докладно про ці справи йтиметься у § 3.3.

повіді на питання, чи слід покладати відповідальність за завдану шкоду на конкретного відповідача.

Коли розглядати деліктне право як засіб стимулювання учасників ринку обирати безпечніші види діяльності, або робити вже обрані види діяльності безпечнішими (з точки зору превентивної функції), то тут необхідність вимоги причинного зв'язку є іще більш явною. Стимул змінити поведінку (відмовитися від небезпечної діяльності цілком або зробити її безпечнішою, упровадивши запобіжні заходи) працює через інтерналізацію суб'єктом діяльності витрат від нещасних випадків, які викликає ця діяльність. Коли такі витрати покладаються на того, хто діяльність провадить, діяльність стає для нього економічно менш привабливою. Зменшення рівня діяльності приведе до зменшення вартості нещасних випадків тільки в тому випадку, якщо між діяльністю і нещасними випадками є статистична кореляція, тобто ознака причинової пов'язаності. Приміром, частота перевищення швидкості прямо пропорційно корелює із кількістю ДТП. Тому покладання відповідальності на того, хто перевищує швидкість, приведе до зменшення кількості ДТП. На противагу цьому, якщо покладати відповідальність за ДТП на телерадіокомпанії, які порушують умови виданих ліцензій, то це ніяк не вплине на частоту ДТП і розмір пов'язаних з ними витрат.

Значення вимоги причинного зв'язку в цьому контексті докладно розкриває економічна модель Ландеса і Познера.[113]

Ландес і Познер (William M. Landes and Richard A. Posner) виходять із того, що існує певна імовірність, що суб'єкт, який провадить діяльність, порушуватиме стандарт належної обачності, установлений нормою права. Автори позначають цю імовірність як φ. Її значення може бути зменшене за умови додаткових інвестицій у запобіжні заходи (z). Звідси отримуємо, що φ є функцією *z*:

$$\varphi = \varphi(z) \tag{2}$$

Утім, маємо розуміти, що навіть коли суб'єкт порушує належний стандарт обачності, за щасливою випадковістю може

---

[113] Landes, W. M., & Posner, R. A. (1983). Causation in tort law: An economic approach. *The Journal of Legal Studies, 12*(1), 109–134, 111–115; Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard University Press, 230–233.

статися так, що він нікому не завдасть шкоди. І навпаки, суб'єкт може додержати стандарту належної обачності, але через нещасливий збіг обставин заподіяти комусь шкоду. Отож, маємо це врахувати, позначивши імовірність завдання шкоди у випадку, якщо суб'єкт порушив стандарт належної обачності, як $p|v$, а ймовірність завдання шкоди у випадку, якщо суб'єкт не порушує стандарту, — як $p|nv$.

Таким чином, можливі чотири варіанти розвитку подій.

Перший: суб'єкт порушує стандарт належної обачності (з імовірністю φ) і заподіює шкоду з імовірністю $p|v$. У такому випадку очікуваний розмір шкоди становить добуток шкоди, яка може настати (D), на $\varphi \times p|v$.

Другий: суб'єкт порушує стандарт належної обачності (з імовірністю φ) і не заподіює шкоду з імовірністю $p|v$. У такому випадку шкоди немає з імовірністю $\varphi \times (1 - p|v)$.

Третій: суб'єкт не порушує стандарт належної обачності (з імовірністю 1 – φ) і заподіює шкоду з імовірністю p|nv. У такому випадку очікуваний розмір шкоди становить добуток шкоди, яка може настати, на $(1 - \varphi) \times p|nv$.

Четвертий: суб'єкт не порушує стандарт належної обачності (з імовірністю (1 – φ)) і не заподіює шкоду з імовірністю $(1 - p|nv)$. У такому випадку шкоди немає з імовірністю $(1 - \varphi) \times (p|nv)$.

Автори подають це у вигляді такої схеми — див. Рис. 1.[114]

| | |
|---|---|
| Порушення (φ) | Інцидент $(p\|v) \rightarrow$ [шкода $D$; $\varphi \times p\|v$] |
| | Інциденту немає $(1 - p\|v) \rightarrow$ [шкоди немає; $\varphi \times (1 - p\|v)$] |
| Без порушення $(1 - \varphi)$ | Інцидент $(p\|nv) \rightarrow$ [шкода $D$; $(1 - \varphi) \times p\|nv$] |
| | Інциденту немає $(1 - p\|nv) \rightarrow$ [шкоди немає; $(1 - \varphi) \times (1 - p\|nv)$] |

***Рис. 1.*** Очікуваний розмір шкоди в моделі Ландеса і Познера

Далі Ландес і Познер пропонують підставити числові значення у ці формули, використовуючи таку таблицю[115]:

[114] Landes, W. M., & Posner, R. A. (1983), 113; Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987), 231.

[115] Landes, W. M., & Posner, R. A. (1983), 113; Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987), 232.

***Таблиця 1.*** Набір значень №1
для обчислення очікуваної шкоди

| | φ | (1 – φ) | p\|v | p\|nv | D($) | Очікувана шкода ($) |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Порушення** | 0.6 | | 0.5 | | 100 | 30 |
| **Без порушення** | | 0.4 | | 0.5 | 100 | 20 |

Згідно з даними таблиці, ймовірність порушення належного стандарту обачності становить 0.6. Якщо порахувати сумарний очікуваний розмір шкоди за заданих умов як суму очікуваних розмірів шкоди для усіх чотирьох варіантів розвитку подій, то отримаємо 50 (30 у випадку порушення стандарту і 20 у випадку додержання стандарту).

Якщо за заданих умов припустити, що суб'єкт інвестує у додаткові запобіжні заходи і завдяки цьому знизить імовірність порушення, скажімо до 0.1, то отримаємо такі результати, як показано у Таблиці 2:

***Таблиця 2.*** Набір значень №2
для обчислення очікуваної шкоди

| | φ | (1 – φ) | p\|v | p\|nv | D($) | Очікувана шкода ($) |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Порушення** | 0.1 | | 0.5 | | 100 | 5 |
| **Без порушення** | | 0.9 | | 0.5 | 100 | 45 |

Очікуваний розмір шкоди у разі порушення стандарту істотно знижується (із попередніх 30 до 5 тепер), однак очікуваний розмір шкоди у випадку «без порушення» зростає настільки (із 20 до 45), що в остаточному підсумкові сумарний очікуваний розмір шкоди залишається таким самим, як і раніше — 5 + 45 = $50.

Тобто, за заданих умов, незважаючи на розмір інвестицій у запобіжні заходи, сумарний очікуваний розмір шкоди завжди залишатиметься незмінним. Чому так? — Тому що між ді-

яльністю суб'єкта і шкодою не було причинного зв'язку. На це вказує те, що значення $p|v$ довінює $p|nv$ (тобто імовірність настання шкоди у випадку порушення стандарту й у випадку його додержання є однаковою і дорівнює 0.5).

Якщо ж ми змінимо співвідношення $p|v$ і $p|nv$ так, що $p|v$ буде більше $p|nv$, то тепер розмір інвестицій у запобіжні заходи зменшуватиме сумарний очікуваний розмір шкоди. Переконатися в цьому можна, порівнявши дві наступні таблиці:

***Таблиця 3.*** Набір значень №3
для обчислення очікуваної шкоди

| | **φ** | **(1 – φ)** | **p\|v** | **p\|nv** | **D($)** | **Очікувана шкода ($)** |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Порушення** | 0.6 | | 0.9 | | 100 | 36 |
| **Без порушення** | | 0.4 | | 0.1 | 100 | 4 |

***Таблиця 4.*** Набір значень №4
для обчислення очікуваної шкоди

| | **φ** | **(1 – φ)** | **p\|v** | **p\|nv** | **D($)** | **Очікувана шкода ($)** |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Порушення** | 0.1 | | 0.9 | | 100 | 9 |
| **Без порушення** | | 0.9 | | 0.1 | 100 | 9 |

У першій таблиці при імовірності порушення стандарту 0.6 сумарний очікуваний розмір шкоди становить $40, але якщо завдяки інвестиціям у запобіжні заходи суб'єктові вдасться знизити імовірність порушень до 0.1, то сумарний очікуваний розмір шкоди становитиме $18.

Математичні пояснення Ландеса й Познера виразно показують важливість вимоги причинного зв'язку для виконання деліктним правом задач, які перед ним стоять, із точки зору забезпечення економічного добробуту, зокрема такої задачі, як мінімізація обсягу втрат добробуту через нещасні випадки.

Проте ми не можемо погодися з ученими в тому, що цією формулою вичерпується увесь смисл вимоги причинного зв'язку,[116] адже, як буде показано згодом, концепція причинного зв'язку — це ємне поняття, яке вбирає в себе низку різноманітних міркувань і не зводиться виключно до обрахунку. Яскравий приклад — справи про протиправне життя і протиправне народження (див. пункти 3.1.4 і 3.1.5). Вони показують, що на наші висновки про причинну пов'язаність дій і наслідків впливають не тільки математичні обрахунки, але й моральні судження та ідеї дистрибутивної справедливості.

Тому, на наш погляд, економічний аналіз — надзвичайно цінний інструмент дослідження права, але він не повинен бути єдиним інструментом в арсеналі правника. Прикметно, що вплив моральних суджень і необхідність урахування цінностей, що не можуть бути монетизовані, визнавав сам засновник економічного аналізу — Келебресі.[117]

Мінімізувати втрати суспільного добробуту від деліктних інцидентів можна не тільки через зменшення кількості таких інцидентів та їх тяжкості, але також і шляхом пом'якшення того, як збитки від таких інцидентів переживаються суспільством, адже тяжкість негативного досвіду має економічний вимір у вигляді понять корисності (*utility*) і не-корисності (*disutility*), які впливають на загальний добробут.

У цьому смислі Келебресі своєрідно інтерпретує компенсаційну функцію, виокремлюючи у ній два методи, завдяки яким деліктне право зменшує втрати добробуту, пов'язані з нещасними випадками. Це метод «розпорошування» збитків (*loss spreading*) і метод «глибокої кишені» (*deep pocket method*).[118]

Перший метод будується на тому, що, якщо взяти загальну суму збитків від нещасного випадку і розподілити її між якомога більшою кількістю людей, то для кожного з них втрати будуть непомітними, тимчасом як той же тягар збитків у повному обсязі, покладений на одну особу, може виявитися руйнівним. Окрім руйнівного ефекту, значення має також те, як особа «переживає» велику і малу втрату: втрата незначної суми

---

[116] Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987), 229.

[117] Calabresi, G. (1970), 100–102.

[118] Ibid., 39–67; Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review, 43*(1), 69–108, 73–77.

переживається непропорційно легше по відношенню до втрати значної. Тобто, якщо порівняти відчуття розчарування, яке переживає одна особа, втративши одночасно тисячу доларів, і «суму» розчарувань тисячі осіб, кожна з яких втратила по одному долару, то ці значення будуть не рівними: перший досвід буде тяжчим. Таким чином, якщо сума збитків від нещасного випадку розподіляється «малими порціями» між великою кількістю людей, то це у підсумку приводить до того, що загальний економічний добробут суспільства страждає менше, аніж якби уся сума збитків припала на когось одного.

Цей метод спирається на теорію граничної корисності грошей.[119] Згідно з нею, корисність кожного наступного долара є меншою порівняно із корисністю попереднього. Таким чином, якщо забирати по одному долару в тисячі людей, то ми забираємо у кожного той «останній» долар (мається на увазі набутий останнім в умовно-хронологічному порядку), чия корисність найменша. Якщо ж забирати тисячу в однієї особи, то ми забираємо «останню» тисячу, у якій кожен попередній у зворотному «хронологічному» порядку долар має більшу корисність, ніж наступний.

Розпорошування може бути не тільки інтер-персональним, але й інтер-темпоральним, коли сума збитків припадає на одну особу, але особа «розтерміновує» загальну суму збитків на велику кількість дрібних платежів.

Таким чином, деліктне право сприятиме економічному добробуту суспільства, якщо покладатиме відповідальність на того, хто здатен «розпорошити» загальну суму збитків інтер-персонально або інтер-темпорально, тобто, або переклавши витрати малими порціями на велику кількість осіб, або забезпечивши собі страховку чи самострахoвку (коли в суб'єкта достатньо акумульованих вільних коштів, що можуть бути використані на випадок нещасть, тобто так званих коштів «на чорний день»). Ці міркування особливо наочні у розділі деліктного права, який іменують відповідальністю за шкоду, завдану дефектом у продукції (*product liability*). Виробник продукції — це той суб'єкт, якому найзручніше розпорошити вартість нещасних випадків, заклавши її малими порціями у ціну продукції й розподіливши між усіма споживачами. Виробникові легше

[119] Див.: Birck, L. V. (1922). *The theory of marginal value.* London: New York.

застрахувати свою відповідальність, і саме виробник з більшою імовірністю матиме фонд коштів на випадок нещасть.

Другий метод, «глибокої кишені», пов'язаний із попереднім і спирається на ту ж саму теорію граничної корисності грошей. Мільйонер переживає втрату тисячі легше, ніж людина середнього достатку. Тому загальний суспільний добробут страждатиме менше, якщо при інших рівних тисячу втратить мільйонер, а не людина середнього достатку.

Цей метод, ясна річ, не застосовується сам по собі, відокремлено. Він працює у складній взаємодії з багатьма іншими міркуваннями — тими, що були вже згадані вище, і тими, що будуть наведені згодом у наступних розділах. Тому звідси не варто робити висновок, що коли людина невеликого достатку в нетверезому стані таранить лімузин олігарха (один із багатьох у його автопарку), то винуватець не повинен відшкодовувати шкоду. Ні. Проте у складних випадках той факт, що суб'єктові легше, ніж іншим причетним, абсорбувати збитки від нещасного випадку без істотного руйнівного ефекту для власного добробуту, може бути одним із індикаторів, що вказуватимуть на нього, як на найоптимальнішого носія витрат.

Таким чином, деліктне право виконує чимало завдань, і виконання багатьох із них було б узагалі неможливим без вимоги причинного зв'язку у складі формули делікту. Томас Ґраціано (Thomas Kadner Graziano) налічує одинадцять функцій деліктного права, а саме:

> «(a) атрибуція шкоди і перенесення втрат із потерпілого на заподіювача шкоди за чітко окресленими критеріями;
>
> (b) компенсація шкоди, завданої потерпілому;
>
> (c) оцінка поведінки відповідно до належного стандарту обачності й санкціонування суспільно небажаної поведінки (винна відповідальність);
>
> (d) інтерналізація негативних зовнішніх ефектів і суспільних витрат [від певної діяльності] через покладання таких ефектів і витрат на особу, яка отримує вигоду від [цієї] діяльності;
>
> (e) перенесення витрат на сторону, яка найкраще може їм запобігти;
>
> (f) розподіл шкоди [від діяльності] на особу, яка найкраще здатна переспрямувати їх на спільноту вигодонабувачів цієї діяльності;

(g) попередження шкідливої поведінки і створення стимулів уникати завдання шкоди;

(h) визнання того, що охоронювані інтереси потерпілої особи були порушені;

(i) захист конституційних цінностей засобами приватного права; і

(j) забезпечення шляхів для визнання й захисту раніше не охоронюваних прав та інтересів».[120]

Проведений аналіз показує, що реалізація більшості із цих функцій потребує наявності вимоги причинного зв'язку у складі формули делікту: без установлення причинного зв'язку між шкодою і виною неможлива атрибуція (a); інтерналізація має стосуватися того суб'єкта, чия поведінка корелює статистично із частотою нещасних випадків (тобто причиново пов'язана з нещасними випадками), і те ж саме стосується створення стимулів уникати нещасних випадків — ці стимули мають бути «влучно розташовані», тобто стосуватися того, хто об'єктивно здатен уникати шкоди, тобто чиї дії є причиною шкоди ((d) і (g)); визначення того, хто найкраще може запобігти шкоді, і хто краще здатен переспрямувати витрати на широку спільноту вигодонабувачів шкідливої діяльності — відбувається у межах нормативного аспекту причинності ((e) і (f)); і насамкінець, у рамках цього ж нормативного аспекту відбувається фінальне зважування конкуруючих прав та інтересів, яке може завершитися визнанням і захистом до цього не захищуваних прав (j).

Таким чином, на контекст, у якому ставиться питання про причину деліктного інциденту, варто дивитися на двох щаблях. На вищому щаблі — самоцінне значення корективної справедливості. На цьому щаблі питання про причину шкоди ставиться із метою відновити справедливість, порушену протиправною взаємодією між двома сторонами, шляхом реверсії (перенесення утвореного протиправною взаємодією «від'ємного» значення у зворотному напрямку), що реалізується через зобов'язання.

---

[120] Graziano, T. K. (2023). The purposes of tort law. *Journal of European Tort Law, 14*(1), 23–41, 41.

На нижчому, інструментальному рівні (тобто з точки зору інструментальної цінності деліктного права для суспільного добробуту) причина деліктного інциденту визначається для того, щоб досягти оптимального балансу між вартістю шкоди і вартістю запобігання шкоді. Цей баланс, у свою чергу, означає віднаходження того, хто міг би запобігти шкоді із найменшими витратами. Подальші розмисли покажуть, як ці економічні міркування переплітаються між собою та з іншими міркуваннями правової політики і витворюють складну форму юридично значимого причинного зв'язку.

## § 1.3. Місце причинного зв'язку у формулі делікту[121]

**1.3.1. Структурно-логічна помилка усталеної чотириелементної формули.** Причинний зв'язок — це одна із умов деліктної відповідальності. Один із елементів формули делікту. Щоб виявити специфічну роль, яку він відіграє, маємо розуміти контекст, у який його вписано. Тим більше, що причинний зв'язок — це елемент «сполучної» природи: він сполучає між собою два інших елементи — діяння і шкоду. Тож нам не обійтися без окреслення загальної формули, елементом якої виступає причинний зв'язок. І тільки правильно окресливши загальну формулу, можна буде перейти до скрупульозного аналізу одного із доданків у цій формулі.

В українській доктрині і в практиці українських судів усталеною є формула делікту, яка включає чотири елементи: протиправне діяння, шкода, причинний зв'язок між першим та другим і вина.[122] Вина виключається із цієї формули, якщо йдеться

---

[121] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у праці: Карнаух, Б.П. (2025). Умови деліктної відповідальності: чому формула має бути іншою. У І.В. Спасибо-Фатєєва (ред.). *Вчення про цивільно-правову відповідальність* (736–748). Харків: ЕКУС.

[122] У доктрині див: Спасибо-Фатєєва, І. В. (Ред.). (2010). Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар: У 12 т. (Т. 1: Загальні положення). Харків: ФОП Колісник А. А., 235; Дзера, О. В., Кузнєцова, Н. С., & Луць, В. В. (Ред.). (2008). *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т.* (Т. 2). Київ: Юрінком Інтер, 869; Карнаух, Б. П. (2014). *Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія*. Харків: Право, 56–83; Спасибо-Фатєєва, І. В. (Ред.). (2024). Цивільне

про відповідальність за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, а також у деяких інших випадках, коли відповідальність є суворою і не залежить від вини.[123]

---

право України: Підручник. Частина загальна. Харків: ECUS, 314; Баранова, Л.М. (2014). Цивільно-правова відповідальність: поняття, підстава та умови застосування. У В. Я. Тацій, А. П. Гетьман, та В. І. Борисова (Ред.), *Проблеми правової відповідальності* (С. 67–81). Харків: Право, 67–81.

У судовій практиці див: Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 травня 2018 року у справі № 629/4628/16-ц, провадження № 14-77 цс 18, п. 67. https://reyestr.court.gov.ua/Review/75296547; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 06 червня 2018 року у справі № 757/43303/16-ц, провадження № 61-19459св18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/74848159; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 11 жовтня 2023 року у справі № 466/9872/21, провадження № 61-8240св22. https://reyestr.court.gov.ua/Review/114369750.

У судовій практиці часто зустрічаємо таке формулювання:

> «За змістом статті 1166 ЦК України для застосування такої міри відповідальності як стягнення збитків необхідною є наявність усіх елементів складу цивільного правопорушення, а саме: протиправної поведінки, збитків, причинного зв'язку між протиправною поведінкою боржника та збитками, вини. За відсутності хоча б одного із цих елементів цивільно-правова відповідальність не настає».

Див.: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 30 вересня 2019 року у справі № 531/1101/18, провадження № 61-13803св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/84694243; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 31 січня 2024 року у справі № 216/3772/20, провадження № 61-10710св23. https://reyestr.court.gov.ua/Review/116890946; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 15 квітня 2024 року у справі № 466/8925/17, провадження № 61-15553св23. https://reyestr.court.gov.ua/Review/118393425.

[123] Див.: Бурлака, І. В. (2016). *Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої без вини*. Харків: Право. У судовій практиці уже стало шаблоном формулювання із пункту 4 Постанови Пленуму ВССУ «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки»:

> «Відповідно до статей 1166, 1187 ЦК України шкода, завдана особі чи майну фізичної або юридичної особи, підлягає відшкодуванню у повному обсязі особою, яка її завдала. Обов'язок відшкодувати завдану шкоду виникає у її заподіювача за умови, що дії останнього були неправомірними, між ними і шкодою є безпосередній причинний зв'язок та є вина зазначеної особи, а коли це було наслідком дії джерела підвищеної небезпеки, — *незалежно від наявності вини*» (курсив наш. — Б.К.).

Див.: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 03 грудня 2018 року у справі № 715/1586/17, провадження № 61-28576св18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/78496604; Постанова

У своїх попередніх дослідженнях ми приймали цю формулу за даність.[124] Утім видається, що назрів час її концептуально переосмислити.[125] Причини дві. По-перше, у цій формулі закралась структурно-логічна помилка, яка має наслідком концептуально хибне розуміння дихотомії між винною і суворою (не залежною від вини) відповідальністю. По-друге, досвід порівняльно-правових досліджень вказує на те, що така формула є недостатньо гнучкою, аби забезпечувати адаптацію деліктного права до нових викликів.

Щодо структурно-логічної помилки, то вона полягає в тому, що у формулі розмежовано два елементи, які насправді стосуються одного і того ж. Ідеться про вину і протиправність.

Коли скалькована із кримінального права концепція вини як психічного ставлення пішла в непам'ять (до чого ми також спричинилися своєю роботою),[126] і загального визнання набула поведінкова концепція вини, згідно із якою вина означає недодержання певного стандарту поведінки (невжиття особою усіх розумних заходів до попередження шкоди), то закономірно мало постати питання — а хіба не те ж саме означає і протиправність? Вина вказує, що особа не вжила тих заходів, яких від неї розумно було очікувати за відповідних обставин. Отже, вину установлюють шляхом порівняння того, що особа зробила, із тим, що мало бути зроблено розумною людиною за таких же обставин. Виходить вина — це невідповідність між тим, як особа поводилася, і тим, як їй слід було поводитися в цій ситуації. Та хіба це не визначення протиправності? — Щоб відповісти, доведеться розібратися із тим, що є протиправність.

---

Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 07 травня 2024 року у справі № 456/1399/22, провадження № 61-18575 св 23. https://reyestr.court.gov.ua/Review/118868295; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 листопада 2022 року у справі № 646/3413/19, провадження № 61-18291св21. https://reyestr.court.gov.ua/Review/107651721.

[124] Карнаух, Б. П. (2014), 56–83.

[125] Карнаух, Б. П. (2021). Умови деліктної відповідальності: переосмислення на часі. У *На шляху до європейського приватного права: збірник матеріалів XI Міжнародного цивілістичного форуму (С. 142–147). Київ: Київський регіональний центр НАПрН України.*

[126] Карнаух, Б. П. (2014).

Попри позірну простоту, дати визначення протиправності зовсім не просто. При першому наближенні можна помислити три версії такого визначення: (1) протиправність — це посягання на чуже право або інтерес; (2) протиправність — це невиконання обов'язку, покладеного на особу; і (3) протиправність — це порушення певного правила поведінки.[127]

На перший погляд може здатися, що вибір з-поміж цих трьох версій — проблема надумана і суто теоретична, адже обов'язки кореспондують правам, а значить, посягання на чуже право тим самим означає невиконання власного обов'язку (не посягати на чужі права), а оскільки і права, і обов'язки — це складові правила поведінки, то тим самим порушується і саме правило.

Та насправді різниця є, вона відбивається на судових рішеннях і в підсумкові виливається у структурну непослідовність. Побачити цю непослідовність можна, порівнявши дві категорії справ — справи про дорожньо-транспортні пригоди (ДТП), з одного боку, і справи про екологічну шкоду — з іншого. У перших під протиправністю суди розуміють посягання на чуже право або інтерес, а в других — порушення правил поведінки. Наскільки ця відмінність є критичною, ілюструють наступні справи.

Справа № 450/4163/18 стосувалася ДТП: водій автомобіля «Мерседес» здійснив наїзд на пішохідку, спричинивши їй тяжкі тілесні ушкодження. Згідно з висновком судової автотехнічної експертизи, причиною ДТП був вихід пішохідки на смугу руху автомобіля «Мерседес» на такій віддалі від останнього, яка вже була недостатньою для уникнення наїзду. Тобто, потерпіла настільки несподівано з'явилася на дорозі, що водій не міг помітити її вчасно, щоб загальмувати.

Постановою слідчого було встановлено, що в діях водія не вбачається порушення Правил дорожнього руху (ПДР), які б перебували у безпосередньому причинно-наслідковому зв'язку з настанням даної ДТП та її наслідками у вигляді отримання тяжких тілесних ушкоджень потерпілою. Тому кримінальне

---

[127] Отраднова, О. О. (2007). Неправомірна поведінка як умова відшкодування недоговірної шкоди в цивільному праві України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*, *2*(64), 45–50; Karnaukh, B. (2022). Ukraine: The untapped potential of tort law. In E. Aristova & U. Grusic (Eds.), *Civil remedies and human rights in flux: Key legal developments in selected jurisdictions* (pp. 331–351). Hart Publishing.

провадження проти водія було закрите у зв'язку з відсутністю складу кримінального правопорушення.

Оскільки на час скоєння ДТП водій не мав чинного договору обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, потерпіла звернулася до МТСБУ із заявою про виплату страхового відшкодування. МТСБУ здійснило виплату і в порядку регресу звернулося з позовом до водія.

Рішенням суду першої інстанції, залишеним без змін постановою апеляційного суду, у задоволенні позовних вимог МТСБУ було відмовлено. Суди посилались на те, що кримінальна справа проти водія була закрита за відсутністю складу злочину, а тому на нього не можна покладати обов'язок з відшкодування шкоди.

Проте Верховний Суд не погодився. Передаючи справу на новий розгляд до апеляційного суду, він зазначив:

> «суди попередніх інстанцій не врахували, що відсутність вини водія транспортного засобу та закриття кримінального провадження відносно нього не звільняє останнього від обов'язку відшкодувати шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, тобто особа, яка завдала шкоди джерелом підвищеної небезпеки, відповідає й за випадкове її завдання (без вини)».[128]

Загалом у такому висновку немає нічого несподіваного: відповідальність за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, не залежить від вини, а отже, невинуватість у вчиненні злочину не перешкоджає виникненню деліктного зобов'язання. І подібних рішень чимало. Але що це рішення й подібні йому означають у контексті протиправності?

Суди неодноразово наголошували, що у випадку із джерелом підвищеної небезпеки формула делікту — усічена: із неї виключається вина. Але, зауважмо, не протиправність. Тобто, протиправність усе іще слід встановити.

Тож у чому полягала протиправність у вищенаведеній справі із наїздом на пішохідку? Як було встановлено в рамках

---

[128] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 21 квітня 2021 року у справі № 450/4163/18, провадження №61-69св21. https://reyestr.court.gov.ua/Review/96787920.

кримінального провадження, водій не порушив ПДР. Отже, протиправності — як порушення установлених правил поведінки — не було. Так само не можна всерйоз наполягати на тому, що водій не виконав покладений на нього обов'язок, позаяк експертизою встановлено, що уникнути наїзду було неможливо (відповідно, виконати обов'язок «не наїжджати на пішохідку» за тих обставин було об'єктивно нездійсненним).

Таким чином, залишається єдиний висновок, що в цьому випадку під протиправністю слід було розуміти посягання на чуже право або інтерес. І дійсно, ніхто не стане заперечувати, що право потерпілої на тілесну недоторканність, на життя і здоров'я, зазнало втручання. Отож (хоча суди цього прямо не артикулюють у своїх рішеннях), маємо припустити, що у справах про ДТП протиправність розуміють як посягання на чуже право або інтерес (зазвичай — це життя, здоров'я і власність). При цьому протиправність як порушення правил поведінки чи невиконання покладених на особу обов'язків не має значення.

Погляньмо тепер на справи про завдання шкоди внаслідок забруднення довкілля. У справі №2012/4613/2012 жінка звернулася із позовом до Харківського коксового заводу. Вона стверджувала, що через викиди діоксину у неї з'явився ряд захворювань, а саме: бронхіальна астма, пневмосклероз, емфізема легенів, порушення імунітету та пігментація шкіри. Однак Верховний Суд звернув увагу на те, що Завод мав усі необхідні дозволи на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря, а «обсяг викидів відповідав вимогам діючого санітарного законодавства України».[129]

Низка позовів були пред'явлені до суду у зв'язку із діяльністю Трипільської теплової електричної станції (ТЕС).[130] Пози-

---

[129] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 лютого 2019 року у справі № 2012/4613/2012, провадження № 61-46639св18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/80330456.

[130] Див.: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 29 вересня 2020 року у справі № 372/2084/16-ц, провадження № 61-20957св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/92092938; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 16 вересня 2020 року у справі № 372/569/17, провадження № 61-5961св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/91752952; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 жовтня 2020 року у справі № 372/2085/16-ц, провадження № 61-18385св19. https://

вачі посилались на те, що ТЕС викидає в атмосферне повітря 37 найменувань забруднюючих речовин, в тому числі свинець (3,47 т/рік) та хром (3,44 т/рік). Ці речовини при хронічній інгаляційній дії негативно впливають на органи дихання, центральну нервову систему (свинець), декотрі з них є канцерогенами (нікель, свинець, хром).

На думку позивачів, шкідливий вплив Трипільської ТЕС на природне довкілля в регіоні створює реальну небезпеку для їхнього життя і здоров'я через забруднення шкідливими речовинами повітря, землі та водних ресурсів.

Проте Верховний Суд у цих справах дійшов висновку, що позови не підлягають задоволенню, оскільки ТЕС мала необхідні дозволи на викиди забруднюючих речовин і додержувала нормативів граничнодопустимих концентрацій (ГДК). Суд зауважив:

> «позивачі повинні були довести не тільки сам факт забруднення довкілля відповідачем, а й те, що воно відбувається *поза відповідними нормами*, встановленими державою, не властиве наявному забрудненню в сучасних містах та селищах та негативно впливає на користування зручностями, їх приватне і сімейне життя та, як наслідок, призводить до погіршення стану їх здоров'я. [...]
>
> Вказане підприємство в установленому законом порядку отримало дозволи на користування надрами та водокористування, а також на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря. Діяльність Трипільської ТЕС знаходиться під контролем уповноважених органів держави.
>
> За даними Державної екологічної інспекції України та її підрозділу в Київській області, протягом 2011-2016 років проведені численні лабораторні дослідження, зокрема понад 100 досліджень атмосферного повітря, і перевищень ГДК не виявлено. Також не виявлено негативного

---

reyestr.court.gov.ua/Review/92173414; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 23 вересня 2020 року у справі № 372/2493/17, провадження № 61-18431 св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/91932854; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 01 вересня 2020 року у справі № 372/2165/16-ц, провадження № 61-20487св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/91397351; Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 30 вересня 2020 року у справі № 372/3580/16-ц, провадження № 61-22806св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/92173254.

впливу діяльності Трипільської ТЕС на якість води водоймищ та ґрунту. [...]

Таким чином, з урахуванням зазначених вимог закону суди дійшли правильного висновку про відмову в задоволенні позову, оскільки позивачі не довели, що інтенсивність і тривалість шкідливого впливу від діяльності Трипільської ТЕС є настільки значними, що безпосередньо впливають на їхнє життя чи здоров`я, перевищують екологічні ризики, властиві життю у кожному сучасному місті, що є їх процесуальним обов`язком відповідно до статей 12, 81 ЦПК України» (курсив наш. — Б.К.).[131]

На противагу цьому, у справах, де контролюючі органи виявляли і фіксували порушення екологічного законодавства, Верховний Суд задовольняє позови проти підприємств-забруднювачів. Так було, зокрема у справі за позовом до Коростенського заводу МДФ,[132] де Державна екологічна інспекція України підтвердила, що неодноразові перевірки заводу протягом 2012-2015 виявили ряд грубих порушень, зокрема: наднормативні викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря; несанкціонований скид забруднюючих речовин на територію підприємства без попередньої очистки; відхилення від норм, встановлених висновком державної екологічної експертизи; невідповідність роботи очисних споруд до робочого проекту; перевищення вмісту забруднюючих речовин у стічних водах, які скидалися на очисні споруди водоканалу.[133] Верховний Суд погодився із висновком суду першої інстанції про стягнення на користь позивача, що мешкав поруч із заводом, 50 тис. грн на відшкодування моральної шкоди.

Таким чином, виходить, що у справах про шкоду, завдану забрудненням навколишнього природного середовища, для визнання дій відповідача протиправними недостатньо того, що ці дії зачіпають права й інтереси інших. В усіх цих справах втру-

---

[131] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 16 вересня 2020 року у справі № 372/569/17, провадження № 61-5961св19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/91752952.

[132] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18 листопада 2020 року у справі № 283/518/17-ц, провадження № 61-9619св20. https://reyestr.court.gov.ua/Review/93404955.

[133] Ibid.

чання у право мешканців прилеглих територій на безпечне довкілля (а подеколи — і в право на життя та здоров'я), безсумнівно, мало місце. Однак цього виявилося недостатньо. Головним питанням для Верховного Суду було те, чи порушив відповідач нормативи, установлені законодавством (чи мав офіційний дозвіл на скид забруднюючих речовин, і чи скидав їх в обсягах, визначених дозволом). У такому підході виразно простежується розуміння протиправності саме як порушення певного правила поведінки (в даному випадку — санітарних і екологічних нормативів, установлених законодавством).

Дві наведені категорії справ порівнювати доречно, оскільки і кермування автомобілем, і екологічно шкідливе виробництво — це джерела підвищеної небезпеки. Відтак, відповідачі в екологічних справах мали б підлягати режимові суворої відповідальності, так само як і водії у справах про ДТП. Однак Верховний Суд непослідовний у своїх підходах до двох зазначених категорій: той факт, що водій не порушив ПДР, не скасовує його обов'язку відшкодувати завдану шкоду; натомість, якщо в діях заводу-забруднювача відсутні порушення санітарних та екологічних нормативів, то обов'язок відшкодування на нього не покладається.

Така системна непослідовність уможливлена тим, що поняття протиправності залишається не визначеним і суди інтерпретують його по-різному в різних контекстах.

**1.3.2. Хибне розуміння різниці між винною та суворою відповідальністю.** Невизначеність у тому, що таке протиправність, тягне за собою структурну помилку в розумінні різниці між винною і суворою (безвинною) відповідальністю. Щоб продемонструвати цю помилку, повернімося до справи про наїзд Мерседеса на пішохідку.

Отож, водій не порушував ПДР, і експертиза встановила, що уникнути наїзду було неможливо з огляду на те, як раптово пішохідка опинилася в полі зору водія. Тобто, з точки зору ПДР поведінка водія була бездоганною.

Як зауважив Верховний Суд, сувора деліктна відповідальність настає незалежно від вини. Це так. Але не незалежно від протиправності. І не незалежно від причинного зв'язку.

Однак коли Суд поклав на водія Мерседеса обов'язок відшкодувати завдану шкоду — він знехтував не тільки елементом

вини (як це мало би бути за усіченою формулою), але й елементом протиправності (позаяк поклав обов'язок відшкодування попри те, що поведінка водія була бездоганною). Більш того, Суд знехтував і причинним зв'язком також, адже — згідно з усіченою формулою, як вона є зараз — причинний зв'язок має сполучати зі шкодою не що інше, а саме протиправну поведінку. І якщо протиправної поведінки не було, то й причинному зв'язкові «сполучати» зі шкодою було нічого.

Для того щоб уникнути описаних структурно-логічних помилок, по-перше, маємо відмовитися від протиправності як самостійного елементу (протиправність імпліцитно входить у поняття вини) і, по-друге, маємо визнати, що вина і небезпечна діяльність (джерело підвищеної небезпеки) — це дві різні підстави до відшкодування, для кожної із яких властива своя формула. Формула першої включає винне діяння, шкоду і причинний зв'язок, формула другої — небезпечну діяльність, шкоду і причинний зв'язок.

Це означає, що якщо вимога про відшкодування обґрунтовується наявністю вини відповідача, то позивач має довести: (а) винне діяння (тобто те, що відповідач не поводився обачно, так як на його місці поводилася б розумна особа), а також (б) шкоду і (в) причинний зв'язок між виною і шкодою.

Натомість, якщо вимога про відшкодування обґрунтовується особливо небезпечним характером діяльності відповідача (в силу чого на нього розповсюджується режим суворої відповідальності), то позивач має довести: (а) що діяльність відповідача є особливо небезпечною (що вона є джерелом підвищеної небезпеки — в термінології ЦК України), (б) що має місце шкода, і (в) що між *небезпечною діяльністю* і шкодою є причинний зв'язок.

Отож, принципово важливо, що у двох названих випадках причинний зв'язок «сполучає» зі шкодою дві різні речі: у першому випадку це протиправний аспект у поведінці відповідача (вина), а в другому — це небезпечна діяльність відповідача як така.

Тобто, якщо діяльність заподіювача шкоди не кваліфікується як джерело підвищеної небезпеки, то суд має установити, що шкода стала наслідком саме того аспекту, який зробив поведінку заподіювача протиправною. Але якщо діяльність заподіювача кваліфікується як джерело підвищеної небезпеки, то достатньо встановити, що шкода стала наслідком цієї діяль-

ності, а не того, що зробило її протиправною, оскільки протиправність у цьому режимі відповідальності не вимагається.

Таким чином, у справах про ДТП українські суди доходять слушного висновку (хоч і без слушного мотивування): оскільки кермування автомобілем є джерелом підвищеної небезпеки, для відшкодування шкоди необхідно довести наявність шкоди і що вона стала наслідком *кермування автомобілем*. Протиправності немає. Вини немає. Причинний зв'язок сполучає шкоду із небезпечною діяльністю як такою. В цьому смисл суворої відповідальності, яка не залежить від вини.

Тимчасом у справах про шкоду, завдану забрудненням довкілля, суди цілковито позбавляють сувору відповідальність її дійсної суті, оскільки вони хоч і викреслюють вину із формули, але все, що розуміється під виною, переносять під дах іншого елементу — протиправності. Тому із висновками судів у цій категорії справ не можна погодитися.

Якщо суд доходить висновку, що діяльність заводу-відповідача є джерелом підвищеної небезпеки, і через це на нього розповсюджується сувора відповідальність, то в такому разі будь-які аргументи про наявність або відсутність дозволів на скид чи про додержання або недодержання санітарних і екологічних нормативів — не є релевантними, оскільки вина в режимі суворої відповідальності не має значення.

Описана нами проблема пов'язана із роздвоєнням поняття протиправності: воно може означати *протиправність результату* (коли протиправною називають поведінку, що посягає на чужі права) або *протиправність самої поведінки* (коли протиправною називають поведінку, яка не відповідає належному стандартові).[134]

Наша теза полягає в тому, що протиправності в першому розумінні недостатньо, а протиправність у другому розумінні — це і є вина.

Протиправності в першому розумінні недостатньо для оцінки суспільної бажаності або небажаності певної поведінки. Оскільки буває так, що поведінка особи зачіпає чужі права або інтереси, але це виправдано з огляду на превалююче право або

---

[134] Moréteau, O. (2015). Basic questions of tort law from a French perspective. In H. Koziol (Ed.), *Basic questions of tort law from a comparative perspective* (pp. 3–95). Jan Sramek Verlag KG Wien, 70–72.

інтерес того, хто діє. Наприклад, якщо журналіст повідомляє викривальну інформацію про народного депутата, то право депутата на приватність і на повагу до честі й гідності, безсумнівно, зачеплено, та, однак дії журналіста не є протиправними, оскільки беруть верх право на свободу вираження поглядів, свобода преси і суспільний інтерес у доступі до публічно важливої інформації.

Вина означає, що особа не поводилася так, як повинна була поводитися. Це поняття уже включає в себе дослідження того, як особа повинна була поводитися. Вина означає недодержання стандарту поведінки розумної людини. Цілком очевидно, що гіпотетична розумна людина додержується прямих заборон, записаних у законодавстві, і виконує передбачені там же обов'язки. Але гіпотетична розумна людина додержується й інших стандартів, які прямо в законі не записані. Вона ставиться з належною увагою до інтересів оточуючих, завжди зважує, чи не зашкодять її дії іншим, і завжди діє розсудливо, вживаючи потрібних застережних заходів, щоб не турбувати інших. А якщо, переслідуючи власні законні інтереси, вона не може уникнути створення незручностей оточуючим, то вона зважує, наскільки це виправдано на основі балансування інтересів, і робить так, щоб створювані іншим незручності були якомога меншими.

Отож, оцінка суспільної бажаності або небажаності (допустимості чи не допустимості) певної поведінки має спиратися на більш тонко налаштований інструментарій, який дозволить визначати справедливий баланс конкуруючих прав та інтересів у певній ситуації. І таким інструментом є поняття вини.

**1.3.3. Вирішення проблеми в іноземних правопорядках і спільне «ядро» деліктного права.** Варто зазначити, що розмежування вини і протиправності, яке ми критикуємо, притаманне не тільки українському деліктному праву. Подібне розмежування поміж *Verschulden* (виною) і *Rechtswidrigkeit* (протиправністю) є і в Німеччині.[135]

---

[135] Knetsch, J. (2023). Should wrongfulness be required or is fault enough? Arts 1:101, 4:101 ff PETL. *Journal of European Tort Law, 14*(1), 73–88; Markesinis, B., & Unberath, H. (2002). *The German law of torts: A comparative treatise* (4th ed., entirely revised and updated). Oxford: Hart Publishing, 79–85.

Загалом формула делікту за німецьким правом має такий вигляд: по-перше, має бути наявним порушення одного із поіменованих прав або інтересів, якими є — життя, тіло, здоров'я, свобода, власність або «інше право», яке визнається судами; по-друге, таке порушення має бути протиправним; по-третє, має бути наявною вина, тобто умисна чи необережна поведінка; по-четверте, має бути причинний зв'язок між поведінкою відповідача і шкодою.[136]

Утім вимога протиправності вважається автоматично задоволеною, щойно доведено порушення одного із поіменованих прав або інтересів, якщо тільки відповідач не продемонструє наявність юридично значимого заперечення (*Rechtfertigungsgrund*).[137] Таким запереченням може бути, наприклад, наявність згоди потерпілого на завдання шкоди або ситуація самозахисту.

Таким чином, усталена протягом тривалого часу німецька доктрина спирається на концепцію протиправного результату: якщо дією зачіпається право або інтерес, названі в параграфі 823 BGB, то дія є протиправною.

Проте, починаючи із кінця 50-х — початку 60-х років минулого століття, це традиційне уявлення зазнає критики із уст авторитетних авторів, які наполягають на тому, що оцінювати протиправність слід не за результатами поведінки, а за самою поведінкою як такою.[138] На їхню думку, протиправність повинна означати, що дії особи не відповідають стандарту поведінки, який вимагався імперативною нормою за відповідних обставин. При цьому такою імперативною нормою може бути загальний для всіх людських істот обов'язок поводитися обачно, щоб уникнути завдання шкоди оточуючим (*allgemeine Sorgfaltspflicht*).[139] Він може бути виведений із § 276 BGB, згідно з яким на кожного покладається зобов'язання виказувати обачність, відповідну до обставин («Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt»).

---

[136] Knetsch, J. (2023), 76.

[137] Markesinis, B., & Unberath, H. (2002), 80.

[138] Ibid., 81.

[139] Ibid.

Критика розмежування вини й протиправності продовжується і в працях сучасних німецьких дослідників. Маркензініс (Basil S. Markesinis) і Унберат (Hannes Unberath) вважають, що концепція, яка розмежовує вину і протиправність і розуміє останню як протиправність результату, не здатна впоратися не тільки із новими викликами, які постають у зв'язку із появою нових, іще не прокреслених чіткими кордонами прав, але й навіть із простими питаннями, що постають у контексті традиційних, пойменованих у § 823 BGB прав та інтересів.[140] Автори наводять такий приклад. Якщо відомо, що певна діяльність статистично призводить до смертей, то вона, очевидно, посягає на одне із пойменованих прав — право на життя. А значить, згідно з теорією протиправності-результату, така діяльність є протиправною. Виробництво автомобілів статистично призводить до смертей. Однак ніхто ж не визнає саме по собі виробництво автомобілів протиправною діяльністю. Щоб уникнути абсурдних висновків і залишатися у рамці усталеного підходу протиправності-результату, — зауважують автори, — судам доводиться вдаватися до надуманих і штучних пояснень. Потреби в таких умовивертах не було б, якби наголос оцінки був не на результаті, а на властивостях самої поведінки.[141]

Утім головний закид проти традиції розрізняти протиправність і вину полягає в тому, що такий підхід не придатний для вирішення складних справ, які постають у зв'язку із визнанням судами нових прав під рубрикою вжитого в параграфі § 823 BGB терміну «*sonstiges Recht*», «інше право».

Коли з'являється нове право (точніше — коли суд визнає таким, що підлягає захисту через деліктний позов, певне право, яке саме по собі хоч і не є «новим», але раніше не захищалося засобами деліктного позову), то конкретні кордони цього права попервах є розмитими й нечіткими, і для того, аби визначити, чи перетнув відповідач ці кордони, потребується віднаходження справедливого балансу між цим правом та конкуруючими правами й інтересами відповідача і суспільства в цілому. Інструментом для віднаходження цього балансу є гнучке поняття вини, в основі якого лежить стандарт поведінки, визначува-

[140] Ibid., 82.

[141] Ibid., 82–83.

ний на основі вимог розумності і справедливості в конкретних обставинах справи.

Прикладами «нових» прав, які відносно недавно потрапили в орбіту деліктного права, Маркензініс і Унберат називають право на приватність і право на функціонуючий бізнес.[142] Кнетч (Jonas Knetsch) додає до цього також інциденти завдання шкоди під час спортивних змагань.[143] В останньому випадку мається на увазі, по-перше, те, що поведінка спортсмена не може вважатися протиправною тільки через те, що іншому учасникові змагань було завдано ушкоджень — має бути досліджено також саму поведінку на предмет порушення правил відповідного спорту. По-друге, такі інциденти вимагають калібрування стандартів розумної поведінки, яке можливе тільки якщо інструменти дослідження є достатньо гнучкими.

За подібною траєкторією розвивалась і скандинавська дискусія щодо протиправності (*rettstridslæren*).[144] В остаточному підсумкові полеміка завершилася визнанням того, що протиправність оцінюється через відповідь на питання: «чи діяв суб'єкт у конкретному випадку інакше, аніж він мусив би, беручи до уваги усі обставини?».[145] Цей підхід зняв проблему розмежування протиправності і вини, адже тепер це дві грані одного комплексного поняття *culpa* (з лат. — «вина»).

На відміну від Німеччини, у Франції ніколи не розмежовувались протиправність і вина. Французька формула делікту завжди була трискладовою — вина, шкода і причинний зв'язок між першим та другим.[146]

Ґрунтуючись на визначенні Пляніоля (Planiol), за яким вина — це «порушення попередньо існуючого зобов'язання», у французькій доктрині під виною розуміють або порушення зобов'язань, які прямо встановлені законодавством, або порушення більш загальних обов'язків, таких як «обов'язок поводи-

---

[142] Ibid., 82.

[143] Knetsch, J. (2023), 78–80.

[144] Askeland, B. (2015). Basic questions of tort law from a Norwegian perspective. In H. Koziol (Ed.), *Basic questions of tort law from a comparative perspective* (pp. 99–161). Jan Sramek Verlag KG Wien, 131–135.

[145] Ibid., 131.

[146] Moréteau, O. (2015), 59.

тися, за всіх обставин, обережно і дбайливо» (*devoir général de prudence et de diligence*).[147]

Загалом, як відзначається, термін «протиправність» надто невизначений і викликає різночитання серед учених із різних країн Європи.[148] Ймовірно, саме тому у Принципах європейського деліктного права (Principles of European Tort Law, PETL) термін «протиправність» взагалі не вживається.

Відповідно до «Основної норми» (стаття 1:101 PETL) визнаються три підстави атрибуції шкоди (тобто «закріплення» шкоди за певною особою, визнання певної особи відповідальною за цю шкоду), а саме — (a) вина цієї особи, (b) аномально небезпечна діяльність цієї особи, і (c) той факт, що шкоду завдав помічник (*auxiliary*) цієї особи в межах його функцій. В останньому випадку йдеться про те, що іменують субститутивною відповідальністю (*vicarious liability*), тобто відповідальністю за дії іншої особи (найпоширеніший приклад — відповідальність роботодавця за шкоду, завдану працівником).

При цьому вина розуміється як умисне або необережне порушення належного стандарту поведінки (стаття 4:101 PETL). Сам же стандарт визначений у наступній статті 4:102 PETL:

> «(1) Належний стандарт поведінки — це стандарт поведінки розумної особи за даних обставин, який залежить, зокрема, від природи та цінності охоронюваного інтересу, небезпечності діяльності, компетентності, очікуваної від особи, що її провадить, передбачуваності шкоди, відносин близькості або особливої довіри між сторонами, а також доступності та вартості запобіжних або альтернативних заходів.
>
> (2) Вищезазначена норма може бути скоригована, якщо через вік, психічні чи фізичні вади або через надзвичайні обставини від особи не можна очікувати, що вона буде її дотримуватися.
>
> (3) При встановленні необхідного стандарту поведінки слід враховувати правила, які приписують або забороняють певну поведінку».

---

[147] Ibid., 60.

[148] Knetsch, J. (2023), 73.

Прикметно, що остання частина наведеної норми артикулює важливу і майже самоочевидну річ, а саме — що при визначенні стандарту поведінки розумної людини належить враховувати також приписи позитивного законодавства (те, що в англомовній літературі називають статутними обов'язками, тобто конкретними обов'язками, що записані безпосередньо в законі (статуті) на противагу загальному обов'язку поводитися із розумною обачністю). Якщо стандарт моделюється як поведінка розумної людини, то закономірно, що розумна людина, визначаючи курс своєї поведінки, враховуватиме вимоги законодавства. Тобто, знову ж таки, протиправність поглинається виною.

Отож, згідно із PETL існує три підстави відповідальності (атрибуції): вина, аномально небезпечна діяльність і субститутивна відповідальність. У першому випадку причинний зв'язок має сполучати вину і шкоду, в другому — небезпечну діяльність і шкоду, а в третьому — винну діяльність «помічника» і шкоду. У цьому, третьому, випадку важливо підкреслити, що вина самої відповідальної особи не береться до уваги — натомість має значення тільки те, чи перебуває ця особа у відносинах із «помічником». Наявність таких відносин і те, що винні дії «помічника» були зумовлені ними (приміром, шкідливі дії працівника були діями в межах виконання трудових обов'язків) — становлять собою два додаткових елементи делікту для режиму субститутивної відповідальності.

Субститутивну відповідальність слід відрізняти за цим критерієм від відповідальності за пособництво й підбурювання делікту. Пособник чи підбурювач, як і особа, відповідальна за «помічника», відшкодовує шкоду, безпосередньою причиною якої є дії іншого («виконавця» делікту в першому випадку, чи «помічника» — в другому). Тому обидва випадки в широкому смислі можна назвати відповідальністю *за чужі дії*. Проте у вузькому, власному, розумінні тільки субститутивна відповідальність насправді є відповідальністю за чужі дії, оскільки тут вина особи, відповідальної за субститута (помічника), не вимагається. Така особа відповідає за шкоду, завдану виною іншого. На противагу цьому, пособник чи підбурювач відповідає за власну вину (попри те, що вона перебуває в опосередкованому — через дії «виконавця» — причинному зв'язку зі шкодою).

Дещо інший підхід закладено у Загальній системі підходів (Draft Common Frame of Reference, DCFR). Так, згідно з DCFR

особа може бути зобов'язана відшкодувати шкоду або через те, що вона завдала її винно, або через те, що вона з інших підстав є відповідальною за цю шкоду.

Таким чином DCFR розділяє підстави відповідальності на дві категорії — вина і всі інші. При цьому до інших підстав належать: відповідальність за шкоду, завдану працівниками і представниками (VI. — 3:201); відповідальність за шкоду, завдану небезпечним станом нерухомості (VI. — 3:202); відповідальність за шкоду, завдану тваринами (VI. — 3:203); відповідальність за шкоду, завдану дефектною продукцією (VI. — 3:204); відповідальність за шкоду, завдану автомобілями (VI. — 3:205); небезпечними речовинами й викидами (VI. — 3:206).

Якщо придивитися до «інших підстав» атрибуції (у самому DCFR використовується термін «*accountability*»), то можна помітити, що перша із них є варіацією субститутивної відповідальності, а решта (окрім шкоди через небезпечний стан нерухомості і шкоди через дефект у продукції) підпадають (або у випадку із тваринами — частково підпадають) під ознаки аномально небезпечної діяльності.

Повертаючись, однак до вини у DCFR, маємо зауважити на визначенні, передбаченому у статті VI. — 3:102, у якій зазначається, що необережною є поведінка, яка

> «(а) не відповідає певному стандарту обачності, передбаченому законодавчим приписом, метою якого є захист потерпілого від такої шкоди; або
>
> (б) іншим чином не відповідає тому рівню обачності, який можна було б очікувати від розумно обачної особи за даних обставин справи».

Таким чином, DCFR також підтверджує слушність поведінково-орієнтованого визначення вини, в основі якого лежить критерій розумної людини. Така спільність підходів серед європейських країн не дивна, адже це значною мірою зумовлено спільною історичною спадщиною. Визначення вини шляхом порівняння поведінки особи із тим, що зробив би на її місці гіпотетичний розсудливий діяч — сягає своїм корінням права Давнього Риму. Тільки в якості еталона для порівняння тоді слугував «добрий глава родини» (*bonus paterfamilias*), а зараз — це «розумна особа» (*reasonable person*).

Ще більш прикметно те, що це спільне ядро у розумінні центрального для деліктного права поняття вини, європейські правопорядки поділяють і з країнами Загального права. Європейські дослідники відзначають, що поняття вини як недодержання стандарту поведінки розумної людини співпадає за смислом із тим, що в країнах загального права називають «обов'язком обачності» (*duty of care*).[149]

Обов'язок обачності — це всезагальний обов'язок розумно пильнувати, щоб уникати завдання іншим передбачуваної шкоди. У справі *Caparo Industries Plc v Dickman*[150] зазначається:

> «Ви маєте вживати розумної обачності, щоб уникати дій або бездіяльності, які, як ви можете розумно передбачати, здатні завдати шкоди вашому ближньому. З точки зору права, ваш ближній — це особа, яку ваша дія настільки близько і безпосередньо зачіпає, що ви повинні розумно думати про нього, коли ви спрямовуєте свої думки на дії або бездіяльність, про які йдеться».

Окрім обов'язку обачності, іншими елементами делікту в країнах загального права є порушення цього обов'язку, наявність шкоди і причинний зв'язок.[151] Тобто, спершу слід установити, що мав місце обов'язок обачності, тобто, що беручи до уваги всі обставини справи, відповідач повинен був розуміти й передбачати, що курс поведінки, який він обрав, імовірно здатен зачепити інтереси позивача. Іншими словами, слід установити, що інтереси позивача мали бути «в полі зору» особи достатньою мірою, щоб вона була зобов'язана їх враховувати, тобто щоб на неї покладався обов'язок обачності по відношенню до позивача. Другим кроком слід установити, чи порушила особа такий обов'язок. Тобто, чи вжила вона всіх розумних заходів, щоб попередити завдання шкоди позивачеві, чиї інтереси вона повинна була мати на увазі, обираючи курс поведінки. І якщо

---

[149] Markesinis, B., & Unberath, H. (2002), 82.

[150] [1990] UKHL 2 (08 February 1990).

[151] Карнаух, Б. П. (2012). Генеральний делікт vs. делікт необережності: ми не такі різні, як заведено вважати. *Порівняльно-правові дослідження*, 1/2, 229–236; Wild, C., & Weinstein, S. (2010). *Smith and Keenan's English law: Text and cases* (16th ed.). Longman, 458; Oughton, D., & Harvey, B. (2013). *Questions and answers: Law of torts* (7th ed.). Oxford University Press, 42.

порушення обов'язку доведено, то залишається установити наявність шкоди і причинний зв'язок між порушенням обов'язку і шкодою.

Наведений порівняльний аналіз дає змогу побачити, що заснована на вині деліктна відповідальність має у глобальному смислі спільне ядро, яке в тій або іншій артикуляції притаманне усім юрисдикціям: порушення стандарту розумної обачності, наявність шкоди і причинний зв'язок, що сполучає перше і друге між собою.

Насамкінець варто зазначити, що при такому розумінні вини ні про яку презумпцію винуватості (принаймні як загальне правило) йтися не може. Вину (тобто той факт, що відповідач не виконав стандарт розумної обачності) має доводити позивач. Принагідно зауважмо, що презумпція винуватості, передбачена українським деліктним правом, і зараз не дає позивачам жодних пільг (попри те, що можна було б подумати). Ті обставини, які теоретично могли би прийматися без доведення в силу цієї презумпції, досліджуються судами під рубрикою «протиправність», де презумпція не діє. Загалом у теперішній українській конфігурації формули вина майже не відіграє практичного значення. В українській практиці навряд чи можна знайти рішення, де б суд відмовив у задоволенні позову через відсутність вини, і це не означало б одночасної відсутності ще якогось іншого елементу. Як правило, українські суди говорять про відсутність вини там, де або взагалі не доведено подію делікту, або не доведено причетність відповідача до цієї події. Але й те і інше насамперед означає відсутність протиправності. Що знову повертає нас до необхідності об'єднати ці поняття.

Разом з тим, у відповідача залишається можливість уникнути відповідальності, навіть якщо позивач довів усі три елементи делікту. Відповідач може заперечувати проти позову, використовуючи так звану «ствердну оборону» (*affirmative defense*). На відміну від ситуації, коли відповідач захищається проти позову, спростовуючи факти, на які спирається вимога позивача (в даному випадку — спростовуючи наявність елементів делікту), «ствердна оборона» означає, що відповідач — попри те, що в його діях наявні усі елементи делікту — звільняється від обов'язку відшкодування з огляду на певну виключну обставину, яку, відповідно, він сам має довести. Тобто, відповідач у такому випадку захищається проти позову, не заперечуючи

(те, на що посилається позивач), а стверджуючи (те, що має виключити його відповідальність). Прикладом обставин «стверднної оборони» може бути самооборона, крайня необхідність або згода потерпілого.[152]

## § 1.4. Два аспекти дослідження причинного зв'язку[153]

**1.4.1. Діапазон дії (межі) деліктної відповідальності.** Причинно-наслідкову послідовність часто уявляють у вигляді ланцюга: поява події один викликає появу події два, поява події два викликає появу події три і так далі. Таким чином, кожна окрема подія є одночасно наслідком попередньої і причиною наступної, а усі події, таким чином сполучені між собою, утворюють нескінченно довгий ланцюг причинно-наслідкових зв'язків. Формулою це можна подати так:

$$B_0 \rightarrow B_1 \rightarrow B_2 \rightarrow B_3 \ldots B_\infty \qquad (3)$$

Отож, якщо розглядати причинність лінійно, як ланцюг, у якому $B_0$ — це дія відповідача, а $B_{n+1}$ — це наслідок $B_n$, то виникає питання, як далеко повинна простягатися відповідальність особи за наслідки її поведінки. З філософської і наукової точки зору причина причини є причиною наслідку. Проте, якщо такий же підхід застосовувати в праві, і притягувати особу за нескінченно віддалені наслідки її дій, то це становитиме недопустиме обмеження свободи індивіда. Як наголошував Роско Паунд, деліктне право — це пошук балансу між свободою і без-

---

[152] Див.: 7:101 PETL, Ch.5 Book VI DCFR.

[153] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у таких працях: Карнаух, Б. (2019). Причинний зв'язок у деліктному праві: концепція novus actus interveniens. *Підприємництво, господарство і право*, *9*(283), 11–15; Карнаух, Б. (2021). Деліктна відповідальність органів публічної влади за Цивільним кодексом України. *Підприємництво, господарство і право*, 3, 19–24; Карнаух, Б. П. (2020). Відшкодування шкоди, завданої іншою особою (стаття 1172 Цивільного кодексу України). *Підприємництво, господарство і право*, 11, 29–33; Карнаух, Б. (2024). Віддаленість причинного зв'язку у деліктному праві. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*, *137*(6), 130–144.

пекою.[154] Покладати на людину тягар відповідальності за геть усі наслідки наслідків її дій — було б очевидним порушенням цього балансу.

Тому перед деліктним правом стоїть завдання визначити $x$, так щоб можна було сказати, що особа несе відповідальність за наслідок $Bn$, коли $n \leq x$. Пленум Верховного Суду України в постанові 1992 року вказав, що причинний зв'язок має бути *безпосереднім*,[155] тобто $x = 1$. Згідно з таким підходом особа не повинна відповідати за шкоду, якщо між цією шкодою і діями особи є бодай одна проміжна ланка причинного сполучення. Але такий підхід не витримує критики. Помилковість цього підходу очевидна в тих випадках, коли шкода заподіюється із використанням різних механізмів, адже в таких випадках хід подій завжди можна розбити не менше як на дві ланки причинно-наслідкового зв'язку (перша — задіяння механізму, друга — результат роботи механізму). Так при пострілі з вогнепальної зброї особа прикладає зусилля до спускового гачка (*B*0), що спричиняє удар бойка по капсулю (*B*1), що спричиняє детонацію пороху в гільзі й утворення вибухових газів (*B*2), що спричиняє рух кулі (*B*2), яка і завдає шкоди. Хід подій може бути ускладнений і далі, наприклад, якщо куля поцілила в колесо автомобіля і водій, не впоравшись із кермуванням, потрапив у ДТП. Цілком очевидно, що причинний зв'язок у подібних випадках є юридично значущим, незважаючи на те, що між діями особи й шкідливим наслідком наявна одна чи декілька проміжних ланок.

Добре, що Верховний Суд сам насправді не додержується принципу, за яким діапазон дії деліктної відповідальності дорівнює одному кроку в ланцюзі причинного зв'язку.

У справі № 923/574/17 громадянка, яка отримувала допомогу по безробіттю, звернулася до Пенсійного фонду задля призначення пенсії за віком, однак їй було відмовлено. Згодом адміністративний суд визнав відмову Пенсійного фонду незаконною. На час, коли Пенсійний фонд, виконуючи рішення адміністративного суду, призначив пенсію, минуло близько восьми місяців від дня первісного звернення. Увесь цей час Центр

---

[154] Pound, R. (1957). Causation. *The Yale Law Journal, 67*(1), 1–18, 1.

[155] Див.: Пункт 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 6 від 27.03.92 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди».

зайнятості продовжував виплачувати зазначеній особі допомогу по безробіттю.

Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 31 ЗУ «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» виплата допомоги по безробіттю припиняється у разі призначення пенсії за віком. У зв'язку з цим Центр зайнятості звернувся до суду із позовом до Пенсійного фонду і вимагав відшкодувати кошти, виплачені Центром зазначеній громадянці за вісім місяців, упродовж яких вона б уже мала отримувати пенсію за віком. Позиція позивача була заснована на тому, що якби не незаконна відмова Пенсійного фонду, то Центр припинив би виплати вісім місяців тому.

Суд першої інстанції позов задовольнив. Однак суд апеляційної інстанції скасував це рішення і відмовив у задоволенні позову, посилаючись на відсутність причинного зв'язку.

У цій справі має місце багатоланковий ланцюг причинності. Відмова Пенсійного фонду ($B_0$) спричинила дії Центру зайнятості ($B_1$), які й призвели до майнових втрат ($B_2$). Апеляційний суд посилався на те, що причинний зв'язок має бути безпосереднім, тобто що особа не повинна відповідати за наслідок $B_n$, якщо $n > 1$.

Окрім того, апеляційний суд підкреслив, що виплата допомоги по безробіттю була здійснена самим позивачем, і при тому «добровільно», а за таких умов не можна вважати, що причиною витрат позивача стали дії відповідача. Фактично апеляційний суд мав на увазі (хоч прямо цього й не зазначено в рішенні), що дії позивача перервали ланцюг причинності і в цьому сенсі становили *novus actus interveniens*.

Проте із цим аргументом теж не можна погодитися. Дії центру зайнятості були вольовими й свідомими, однак їх не можна вважати «добровільними» у власному розумінні цього слова, адже Центр діяв відповідно до вимог законодавства, яке зобов'язувало його провадити виплати доти, доки особі не призначено пенсії. Під таким кутом зору Центр діяв «вимушено», а не добровільно, і його дії становили закономірну й законну реакцію на ту ситуацію, що склалася внаслідок неправомірних дій Пенсійного фонду. Тому дії Центру зайнятості не переривають ланцюга причинності, що сполучає незаконну відмову Пенсійного фонду у виплаті пенсії і майнові втрати Центру зайнятості.

Тож Верховний Суд, на наш погляд, цілком справедливо скасував постанову апеляційного суду і залишив в силі рішення суду першої інстанції.

Верховний Суд зауважив:

> «[В]иплата допомоги по безробіттю здійснювалася Позивачем не добровільно, а на виконання вимог Закону України "Про зайнятість населення". <...> така виплата допомоги по безробіттю не здійснювалася б Позивачем у випадку своєчасного призначення та виплати пенсії громадянці <...> За таких обставин, колегія суддів дійшла до висновку про обґрунтованість доводів касаційної скарги про наявність причинно-наслідкового зв'язку між діями відповідача та шкодою завданою позивачу, що є обов'язковою умовою для стягнення позадоговірної шкоди відповідно до статті 1166 Цивільного кодексу України».[156]

Хоча метафора із причинністю у вигляді ланцюга неточна[157] (як і загалом будь-яка метафора), вона добре придається на роль відправної точки для обговорення центральної проблеми нашого дослідження, а саме — як далеко уздовж ланцюга причинно-наслідкових зв'язків має простягатися деліктна відповідальність? Наскільки довга «рука» деліктної відповідальності?

Іншими словами, якщо моя дія викликала появу наслідку один, а цей наслідок став причиною наслідку два, який у свою чергу став причиною наслідку три і т.д., то чи повинен я відповідати виключно тільки за перший наслідок, чи мене може бути притягнуто до відповідальності і за наступні наслідки також? І якщо друге, то закономірно постає питання, а де межа? Наскільки віддалений наслідок є занадто віддаленим (щоб слугувати підставою відповідальності)?

---

[156] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23 травня 2018 року у справі № 923/574/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74645711.

[157] Оскільки кожен наслідок викликається насправді не однією-єдиною причиною, а певною конфігурацією численних параметрів. Приміром, причиною лісової пожежі насправді є не сам по собі недопалок, кинутий недбалим туристом, а цілий набір факторів, серед яких (окрім недопалка), і певна вологість та температура повітря, напрямок і сила вітру, наявність сухого падолисту на ґрунті, відсутність протипожежних розривів тощо. Докладно про це ітиметься в наступному розділі.

В одному телевізійному серіалі[158] епізод відкривався таким замальовком. Чоловік залишає кулькову ручку, поставивши її сторчма, на поштовій скриньці, що стоїть на тротуарі людної вулиці біля дороги. За кілька секунд дорогою проїжджає таксі, втрапляє колесом у вибоїну на дорозі і дощова вода із вибоїни розбризкується навсібіч так, що збиває полишену кулькову ручку із її місця. Ручка падає і привертає увагу чоловіка, що пив каву на літньому майданчику кав'ярні поруч. Він підводиться, щоб підняти ручку, і опиняється на шляху велосипедиста, який їхав тротуаром. Велосипедист намагається зманеврувати, але невдало, і не тільки збиває чоловіка, а й сам падає на розташовані поруч ятки із фруктами. Фрукти розлітаються по вулиці і продавчиня поспіхом намагається їх зібрати. Усе це сум'яття на мить відволікає увагу водія автобуса — і той їде на червоний сигнал світлофора і збиває на смерть жінку, що переходила вулицю.

У цій сцені гарно показано, як дія Майло Стенфілда (так звали персонажа, що залишив ручку) запустила послідовність, котра — через багато ланок причинно-наслідкових зв'язків — зрештою призвела до загибелі жінки.

Чи можна притягнути Майло Стенфілда до відповідальності за шкоду, завдану смертю? — Ні. Для правників відповідь очевидна. Але не її пояснення. Чи це тому, що наслідок занадто віддалений? тобто між дією Майло Стенфілда і загибеллю жінки занадто багато проміжних ланок? Чи, можливо, тому, що однією із цих проміжних ланок була протиправна поведінка іншої людини — водія автобуса, котрий проїхав на червоний сигнал світлофора? Чи тому, що наслідок був непередбачуваним? (зазвичай залишена деінде кулькова ручка не тягне за собою нічиєї смерті). Ці питання потребують ретельного аналізу, адже, як буде показано нижче, реальність у поєднанні із творчим підходом позивачів у деліктних справах може підкидати справи не менш заплутані та химерні, аніж сюжети телевізійних шоу.

**1.4.2. Коли оцінка віддаленості причинного зв'язку є необхідною.** Питання про те, чи не була шкода занадто віддаленим наслідком діяння, постає далеко не в кожній справі. Точніше, це питання постає в кожній справі, але часто відповідь на нього настільки очевидна, що навіть не потребує окремого

[158] Ідеться про третій епізод третього сезону серіалу «Грань» (Fringe).

обговорення, через що саме питання залишається невидимим. Приміром, якщо водій перевищив швидкість і скоїв наїзд на пішохода, то цілком очевидно, що тілесні ушкодження пішохода є достатньо наближеним наслідком, щоб покласти відповідальність за цей наслідок на водія. Тож може скластися враження, що самої фактичної причинності достатньо: ми перевіряємо її за допомогою тесту «якби не» і відтак одразу маємо готовий висновок про відповідальність водія.

Необхідність досліджувати юридичну причинність виходить на яв, якщо, приміром, припустити, що після того як стався наїзд, один із очевидців ДТП поспішив надати допомогу непритомному потерпілому, і коли перетягував потерпілого із проїжджої частини, сам був збитий іншим автомобілем. Чи повинен перший водій відповідати за шкоду, завдану другим водієм небайдужому очевидцю? Дії першого водія є фактичною причиною як першого, так і другого інциденту (бо якби він не збив пішохода, то очевидцю не було б необхідності виходити на проїжджу частину і надавати допомогу потерпілому). Однак чи не є шкода небайдужому очевидцю занадто віддаленим наслідком (по відношенню до перевищення швидкості першим водієм), щоб покладати за неї відповідальність на першого водія?

Або припустімо, що через аварію дорога була перекрита, і «швидка» через затор не встигла дістатися до ургентного пацієнта, який у підсумкові помер від серцевого нападу, не дочекавшись допомоги.

Для таких справ характерно те, що між діянням особи і шкідливим наслідком є декілька «ускладнюючих ланок» причинності: перевищення швидкості викликало наїзд — наїзд викликав реакцію перехожого — реагуючи на інцидент, перехожий потрапив під колеса другого водія; у другому випадку наїзд на перехожого спричинив закриття вулиці — закриття вулиці перешкодило «швидкій» вчасно дістатися пацієнта — загайка із наданням невідкладної допомоги обернулася смертю пацієнта.

Проміжні ланки (між діянням і кінцевим наслідком) можуть бути ускладнені або (а) за рахунок незвичайно численної кількості фізичних (хімічних) та інших процесів, що відбувалися без втручання людини і слідували один за одним, аж поки не спричинили шкоду, або (б) за рахунок дій інших людей, які реагували на стан речей, викликаний діянням особи, або користа-

ли із нього, або просто діяли в умовах, заданих таким станом речей, і це вплинуло на наслідки їхніх власних дій, зробивши їх ланкою у послідовності, що призвела до шкоди. При цьому дії людей можуть бути правомірними або неправомірними, умисними або необережними: це можуть бути дії третіх осіб або самого потерпілого — усе це матиме значення для кваліфікації наслідку як достатньо або недостатньо наближеного.

Сам по собі факт того, що проміжною ланкою у причинному ланцюзі між діянням відповідача і шкодою потерпілого є вольове діяння людини (самого потерпілого чи третьої особи), ще не означає, що причинний ланцюг обривається і відповідач перестає бути відповідальним за шкоду. Питання про обривання ланцюга через нове діяння, що втрутилося (*novus actus interveniens*), підлягає оцінці в кожному окремому випадку на основі усіх значимих обставин справи. Зокрема, якщо дії особи (потерпілого, чи сторонньої третьої особи) були в певному смислі «вимушеними» і становили закономірну, природну й законну реакцію на ту ситуацію, що склалася внаслідок неправомірних дій відповідача, то вони не обривають причинний ланцюг.

У судовій практиці можна виокремити декілька категорій справ, які провокують дослідження на предмет віддаленості шкоди.

По-перше, це справи про непередбачуваний характер шкоди: коли діяння було протиправним, і від нього можна було очікувати, що воно обернеться завданням шкоди, і воно таки обернулося завданням шкоди, але зовсім не такої, яку можна було очікувати. Так, в одній зі старих справ,[159] мисливець після полювання прийшов у гості до свого друга, де його привітала дев'ятирічна донька господаря. Мисливець дав їй заряджену рушницю. Дівчинка впустила її собі на ногу і зламала палець. Дії мисливця очевидно протиправні (адже давати малолітнім вогнепальну зброю — заборонено), але шкода, якої можна було очікувати — це вогнепальне поранення, але ніяк не проста побутова травма.

По-друге, це справи, пов'язані із непередбачуваним розміром шкоди: коли протиправне діяння завдає шкоду точно такого характеру, як можна було очікувати, але значно більшого

[159] Цит. за: American Law Institute. (2020). *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*. American Law Institute, 496–497.

розміру. Тут передбачувана і дійсна шкода відрізняються не якісно, але кількісно. Приміром, коли товариш завдає іншому легкого потиличника, а в того розвивається гематома, оскільки в нього, як виявилося, вроджена аномалія — надзвичайно тонка кістка черепа.[160]

По-третє, це справи про непередбачуваний механізм завдання шкоди. У такому випадку ані характер шкоди, ані її розмір в принципі не є неочікуваними, однак конкретний «шлях» розвитку подій, який сполучив це діяння зі шкодою, є незвичайно закрутистим і дивним. Так, наприклад, сталося у справі про дефект у дизайні пилососа, у якому виробник не встановив захисні решітки на випускному отворі вентилятора. Одинадцятирічний хлопчик, граючись, осідлав пилосос, уявляючи, що це автомобіль. Коли пилосос раптово увімкнувся, геніталії хлопчика потрапили в отвір вентилятора, внаслідок чого йому миттєво відтяло частину статевого члена.[161] У цьому випадку характер шкоди, який можна описати як тілесне ушкодження через потрапляння частини тіла у незахищений вентилятор, в принципі був передбачуваним, так само як і тяжкість цієї шкоди і, відповідно, розмір збитків. Непередбачуваним у цьому випадку був конкретний механізм завдання цієї шкоди, зумовлений використанням пилососа як іграшки.

По-четверте, це справи про непередбачуваного потерпілого:[162] коли протиправне діяння загрожує заподіяти шкоду певному колу осіб, але події розгортаються так, що від цього діяння страждають зовсім інші люди. Прикладом можуть слугувати справи, коли внутрішній фінансовий чи бухгалтерський аудит проводиться для потреб акціонерів товариства. Недбале проведення аудиту потенційно загрожує фінансовими втратами для товариства і його акціонерів. Утім, якщо згодом висновки такого аудиту потраплять до рук третіх осіб, інвесторів, коли ті вирішуватимуть, чи слід інвестувати у товариство, то саме ці

---

[160] Див.: Brahams, D. (1995). Clarification of the 'Eggshell Skull' doctrine. *The Lancet (British Edition), 345*(8962), 1430; Kohutis, E. A., & McCall, S. (2020). The eggshell and crumbling skull plaintiff: Psychological and legal considerations for assessment. *Psychological Injury and Law, 13*(4), 354–369; *Smith v Leech Brain & Co Ltd* [1962] 2 QB 405.

[161] *Larue v. Nat'l Union Elec. Corp.,* 571 F.2d 51 (1st Cir. 1978).

[162] Класичним прикладом вважається справа *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).

інвестори зазнають збитків, покладаючись на хибні висновки аудиту.[163]

**1.4.3. Правова природа двох аспектів причинності.** Відповідальність не може простягатися нескінченно. У противному разі довелося б визнати, що той, хто винайшов двигун внутрішнього згоряння, має відповідати за всі дорожньо-транспортні пригоди за участю автомобілів із таким двигуном, які мали місце в минулому, і ті, які трапляться у майбутньому. І довелося б визнати причетними до розв'язування Другої світової війни членів приймальної комісії, які не прийняли молодого Гітлера до Віденської Академії образотворчого мистецтва. Оскільки такі висновки безсумнівно абсурдні, усі визнають необхідність обмежувати діапазон деліктної відповідальності в термінах засягу її дії уздовж ланцюга причинно-наслідкових зв'язків.[164] Утім питання про те, де саме має пролягати межа, і за допомогою якого критерію цю межу слід прокреслити — ці питання належать до найбільш дискутованих проблем деліктного права.

У своєму прагненні вирішити цю проблему традиція загального права почала розрізняти фактичну і юридичну причинність (*factual cause and legal cause*).[165] Фактична причинність означає, що діяння є ланкою у причинно-наслідковому ланцюзі, що веде до шкоди (тобто, діяння входить до лінійної послідовності подій, яка завершилася шкідливим результатом). Натомість юридична причинність означає, що діяння є не просто ланкою, а ланкою, що розташована в цьому ланцюзі достатньо близько до кінцевого шкідливого результату, — близько на-

---

[163] *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd* [1996] UKHL 10 (20 June 1996).

[164] American Law Institute. (2020). *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*. American Law Institute, 493.

[165] Ibid., §§ 26, 29; Honore, A. M., & Keeton, R. E. (1964). Legal cause in the law of torts. *Harvard Law Review*, 77(4), 595–600; Keeton, R. E. (1963). *Legal cause in the law of torts*. Columbus: Ohio State University Press; Malone, W. S. (1964). Legal cause in the law of torts. *Journal of Legal Education, 17*(1), 97–102; Malone, W. S. (1956). Ruminations on cause-in-fact. *Stanford Law Review, 9*(1), 60–99; Stapleton, J. (2001). Legal cause: Cause-in-fact and the scope of liability for consequences. *Vanderbilt Law Review, 54*(3), 941–1009; Smith, J. (1912). Legal cause in actions of tort. [Concluded]. *Harvard Law Review, 25*(4), 303–327; Smith, J. (1912). Legal cause in actions of tort. [Continued]. *Harvard Law Review, 25*(3), 223–252; Smith, J. (1911). Legal cause in actions of tort. *Harvard Law Review, 25*(2), 103–128.

стільки, щоб виправдати покладання відповідальності на автора цього діяння. Бо якщо навіть діяння і належить до ланцюга, але розташоване занадто далеко від шкоди, то зв'язок між діянням і шкодою слабшає і перестає бути юридично значимим.

Таким чином, діяння може бути фактичною причиною шкоди, але при цьому не визнаватися юридичною причиною шкоди — і в такому разі відповідальність не настає. Юридичну причину також називають «наближеною» (*proximate*) причиною.[166] Походження цього терміна, ймовірно, пов'язане із максимою, яку сформулював Френсіс Бекон: «*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*» (У праві не віддалена, а наближена причина береться до уваги).[167]

Однак термін «наближена причина» — це радше метафора, аніж робочий принцип, здатний забезпечити провід до висновку в конкретній судовій справі. Цей термін був підданий нещадній критиці з боку вчених.[168]

По-перше, він може сприйматися як такий, що натякає на реальну близькість (діяння і наслідку) у часі та просторі,[169] тимчасом як ці фактори аж ніяк не є вирішальними: шкода може бути завдана особою, що знаходиться на як завгодно великій відстані від потерпілого (це особливо справедливо тепер, із розвитком цифрових технологій і виникненням інтернету речей); так само діяння і наслідок можуть у часі бути розділені роками і навіть десятками років (як в азбестових справах,

---

[166] Див.: Green, L. (1927). *Rationale of proximate cause*. Kansas City: Vernon Law Book Co.; Johnson, E. A. (2021). Dividing risks: Toward a determinate test of proximate cause. *University of Illinois Law Review, 2021*(3), 925–982; Page, J. A. (2003). *Torts: Proximate cause.* New York, NY: Foundation Press; Stern, S. (2021). Proximate causation in legal historiography. *History and Theory: Studies in the Philosophy of History, 60*(2), 363–375.

[167] Утім Патрік Келлі у своєму дослідженні про походження доктрини, зауважує, що в судовій практиці доктрина наближеної причини сформувалася й закріпилася значно пізніше, а саме — у 50х-60х роках 19 століття. Див.: Kelley, P. J. (1991). Proximaite cause in negligence law: History, theory, and the present darkness. *Washington University Law Review, 69*(1), 49–105, 67.

[168] Огляд критичної літератури див.: American Law Institute. (2020)., 494, 512–516; Gregory, C. O. (1938). Proximate cause in negligence: A retreat from 'rationalization.' *The University of Chicago Law Review, 6*(1), 36– 61; Horowitz, E. J. (1992). Clarifying causation: Demise of the 'proximate cause' instruction. *Trial*, 28(11), 79–81; Wright, R. W. (2001). Once more into the bramble bush: Duty, causal contribution, and the extent of legal responsibility. *Vanderbilt Law Review, 54*(3), 1071–1132, 1074–1075.

[169] American Law Institute. (2020)., 513–514; Wright, R. W. (2001)., 1074–1075.

DES-справах чи справах про інші захворювання із тривалим латентним періодом).

По-друге, цей термін припускає, що наближена причина тільки одна і протиставляється у цьому смислі усім іншим не-наближеним причинам.[170] Утім це теж помилково, адже навіть при лінійному спрощенні причинності (коли причинність уявляється як ланцюг), може статися так, що юридично значимою є більш як одна ланка. А це означає, що юридично значимими можуть бути, приміром, дві події, які самі, між собою, співвідносяться як причина і наслідок.

По-третє, прихильники правового реалізму вважають, що так звана «юридична причинність» насправді не має нічого спільного із причинністю взагалі, оскільки за зовнішнім фасадом цього терміна суди приховують міркування правової політики, які ніяк не стосуються питання факту («що стало причиною шкоди?»). Таким чином, виходить, що термін «наближена причина» насправді не має нічого спільного ані з наближеністю, ані з причинністю.[171]

Щодо останнього закиду слід зауважити, що загалом у ставленні до правової природи «юридичної причинності» намітилися два протилежних підходи: формалізм і реалізм.[172]

Прибічники формалізму вважають, що віднаходження юридично значимої причини — це дослідження об'єктивної дійсності, так само як і віднаходження фактичних причин. Воно завершується описовим (дескриптивним) висновком про реальний стан речей. Причинність, іншими словами, — це об'єктивний зв'язок між явищами, який не залежить від волі людини, і це твердження стосується як фактичної, так і юридичної причинності. Тож питання лише в тому, щоб дослідити дійсність причинних ланцюгів, якою вона є.

На противагу цьому прибічники правового реалізму вважають, що дослідження фактичної і юридичної причинності мають принципово різну природу.[173] На їхній погляд, судження про фактичну причинність дійсно є описовим, оскільки ста-

---

[170] American Law Institute. (2020)., 513.

[171] Ibid., 513–514.

[172] Knobe, J., & Shapiro, S. (2021). Proximate cause explained: An essay in experimental jurisprudence. *The University of Chicago Law Review, 88*(1), 165–236, 172–178.

[173] Ibid., 174–176.

новить собою лише опис реальних, об'єктивних зв'язків між явищами, які існують у природі незалежно від людини — її усвідомлення чи волі. Однак судження про юридичну причину — зовсім інше: воно має *нормативний* характер, і не просто описує дійсність, як вона є, а включає в себе моральну оцінку людиною фактів, що відбуваються в дійсності. Тобто, визначаючи, чи є певне діяння юридично значимою причиною, ми не відшукуємо щось таке, що насправді об'єктивно існує в природі речей — ми, по суті, висловлюємо моральне судження стосовно того, чи заслуговує певне діяння бути покараним через тягар деліктної відповідальності.

На наше переконання, позиція правового реалізму здатна принести більше користі для юридичної практики, оскільки вона забезпечує максимальну прозорість і відвертість щодо питань, які досліджуються судом під рубрикою причинності. Об'єктивно існує тільки ланцюг (причинності), а те, яку із його ланок люди призначають на роль відповідальної причини — це дійсно моральне (нормативне) судження. Воно залежить від великої кількості факторів, які в сукупності іменують міркуваннями правової політики. Іншими словами, вирішуючи питання про юридичну причинність, суди насправді відповідають на питання про те, чи доцільно, аби право покладало обов'язок відшкодування на особу за цих конкретних обставин (навіть попри те, що — як було встановлено до цього — діяння було протиправним і насправді є фактичною причиною шкоди потерпілого).

У цьому контексті вкрай важливо, щоб суди не приховували справжні мотиви своїх рішень за туманними формулюваннями «наближена/віддалена причина» — усі міркування правової політики, якими суд керується (коли визначає, чи була певна причина юридично значимою) повинні бути відкрито проартикульовані в судовому рішенні. Тільки так може бути забезпечена належна правова визначеність і передбачуваність судової практики. Небезпека, проти якої справедливо застерігає правовий реалізм — полягає в тому, що допоки поняття юридичної причинності не прояснене і хибно змішане із фактичною причинністю, суди можуть відмовляти у позові, посилаючись на те, що діяння було занадто віддаленою причиною, тоді як справжні мотиви відмови залишатимуться в тіні. Таким чином, ілюзія об'єктивності і дескриптивності суджень про юридичну

причинність загрожує непередбачуваністю судової практики і простором для свавільних рішень.

Разом із тим дослідження у сфері когнітивної науки доводять, що хоча юридична причинність не має нічого спільного із причинністю у природничих науках, проте юридична причинність якщо не тотожна, то принаймні значною мірою співзвучна із тим, що під причинністю розуміє пересічна людина. Кевін Тобіа (Kevin P. Tobia) називає це «тезою про народне право» ("folk law thesis").[174]

Річ у тім, що коли пересічну людину питають про причину чогось, вона зазвичай нехтує величезною кількістю факторів, які є причинами у природничому розумінні, і вибирає щось одне. Наприклад, якщо вас запитати, чому у вас сьогодні такий особливо гарний настрій, ви можете відповісти, що це через чудову сонячну погоду. Та ви навряд чи згадаєте в якості причини своє народження на світ, зустріч ваших батьків, наявність кисню в атмосфері Землі чи Великий Вибух.[175] Хоча без усіх цих подій вашого гарного настрою сьогодні точно не було б. Як зазначають Джошуа Ноб (Joshua Knobe) і Скот Шапіро (Scott Shapiro), у людей, очевидно, є якийсь спосіб відсіювання причинних факторів (сукупність яких називають причинною структурою) з метою визначення того, який із них повинен вважатися справжньою причиною. Це називають *причинною селекцією*. Питання про те, як саме працює причинна селекція, вивчається методами експериментальної юриспруденції і когнітивної науки.[176]

Важливе спостереження, яке було зроблено в рамках цього напрямку досліджень, полягає в тому, що механіка визначення юридично значимої причини якщо не цілком, то принаймні значною мірою співпадає із механікою причинної селекції пересічної людини.[177] У свою чергу остання тісно пов'язана із поняттям нормальності.[178]

---

[174] Tobia, K. P. (2018). How people judge what is reasonable. *Alabama Law Review, 70*, 293–359.

[175] Knobe, J., & Shapiro, S. (2021)., 182–183.

[176] Brożek, B., Vincent, N.A. and Hage, J. C. (Eds). (2021). *Law and Mind : A Survey of Law and the Cognitive Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press.

[177] Knobe, J., & Shapiro, S. (2021)., 184–186.

[178] Ibid., 186–192; Sytsma, J., Livengood, J., & Rose, D. (2012). Two types of typicality: Re-

Таким чином, у дослідженні причинного зв'язку слід виділяти дві складові, або два аспекти, а саме — фактологічний і нормативний. Фактологічний аспект за своєю природою є *питанням факту* і полягає в дослідженні судом фактичних обставин справи на предмет того, чи належить діяння відповідача до лінійної послідовності подій, яка призвела до завдання шкоди. Нормативний аспект, натомість, є *питанням права* і передбачає висловлення судом оціночного судження на предмет того, чи є причинний зв'язок між шкодою та діянням відповідача достатньо вагомим («міцним», «наближеним»), щоб виправдати покладання на відповідача обов'язку залагодити завдану шкоду.

Ці два аспекти мають різну правову природу. Тимчасом як фактична причинність визначає, чи належить діяння до причинної структури («ланцюга» причинно-наслідкових зв'язків, що призвели до шкоди), юридична причинність становить собою причинну селекцію, яка полягає у визначенні відповідальної причини на основі міркувань правової політики. Правова визначеність вимагає, щоб ці міркування були виразно проартикульовані в судовому рішенні.

## Висновки до розділу 1

Дослідження деліктного права має опиратися на інструментарій економічного аналізу права — суть якого полягає в тому, щоб оцінювати правові норми і правові інституції з точки зору їх економічної ефективності, із використанням для цього методів, моделей і концепцій мікроекономіки.

Деліктне право — це система, яка має бути ефективною в економічному смислі: вона має забезпечувати оптимальне співвідношення зисків і витрат та раціональний розподіл ресурсів у суспільстві. Деліктне право покликане гарантувати кожному певний рівень безпеки, але оскільки безпека має свою ціну (у вигляді витрат на попередження нещасних випадків), головна задача — це віднаходження оптимального співвідношення між рівнем безпеки і витратами на нього.

---

thinking the role of statistical typicality in ordinary causal attributions. *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences, 43*, 814–816, 815–816; Bear, A., & Knobe, J. (2017). Normality: Part descriptive, part prescriptive. *Cognition, 167*, 25–35; Wysocki, T. (2020). Normality: A two-faced concept. *Review of Philosophy and Psychology, 18–20*.

В економічному смислі мета деліктного права полягає в тому, щоб максимізувати економічний добробут. При цьому добробут має розумітися згідно з широкою концепцією велфаризму, як такий, що охоплює собою не тільки блага, які можуть бути капіталізовані чи оцінені на гроші, але також і будь-які інші блага й переваги, які мають цінність для людини і в цьому смислі визначають систему її преференцій.

Деліктне право спричиняється до економічного добробуту суспільства через мінімізацію вартості інцидентів, у яких одна особа протиправно завдає шкоди іншій (деліктні інциденти). Зменшення вартості деліктних інцидентів досягається через створення економічних стимулів до безпечнішої поведінки: деліктне право робить небезпечну, необачну, недбалу поведінку економічно непривабливою і таким чином спонукає учасників обороту поводитися безпечніше, обачніше, уважніше до інтересів оточуючих.

Поняття причини — контексто-залежне. На контекст, у якому ставиться питання про причину деліктного інциденту, належить дивитися на двох щаблях. На вищому щаблі — самоцінне значення коректівної справедливості. На цьому щаблі питання про причину шкоди ставиться із метою відновити справедливість, порушену протиправною взаємодією між двома сторонами, шляхом реверсії (перенесення утвореного протиправною взаємодією «від'ємного» значення у зворотному напрямку), що реалізується через зобов'язальне правовідношення. На цьому рівні вимога причинного зв'язку є ланкою, що сполучає винне діяння і шкоду в єдиний деліктний інцидент і обґрунтовує адресність заходів деліктної відповідальності. На нижчому, інструментальному рівні (тобто з точки зору інструментальної цінності деліктного права для суспільного добробуту) причина деліктного інциденту визначається для того, щоб досягти оптимального балансу між шкодою і вартістю запобігання шкоді.

Міркування економічного аналізу (зокрема, модель Ландеса й Познера) не вичерпують собою дослідження причинності. На висновок про причинну пов'язаність дій і наслідків впливають також моральні судження та ідеї дистрибутивної справедливості.

Усталена натепер чотириелементна формула делікту (протиправне діяння, шкода, причинний зв'язок і вина) має бути

переглянута. Конфігурація формули делікту має залежати від підстави атрибуції шкоди. Якщо підставою атрибуції є винне діяння, то формула має включати: винне діяння, шкоду і причинний зв'язок між першим та другим. Якщо підставою атрибуції є особливо небезпечний характер діяльності, то формула має включати: небезпечну діяльність, шкоду і причинний зв'язок між першим та другим. Якщо підставою атрибуції є субститутивна відповідальність (відповідальність за чужі дії у вузькому смислі), то формула має включати: (а) особливий характер правовідносин між відповідачем і особою, за яку він відповідає, (б) винне діяння особи, за яку відповідач несе відповідальність, (в) шкоду і (г) причинний зв'язок між (а) і (б) та між (б) і (в).

Протиправність охоплюється поняттям вини, оскільки стандарт поведінки розумної людини, за яким визначається вина, апріорі включає додержання норм чинного законодавства. При такому розумінні вини презумпція винуватості як загальне правило — неможлива. Усі елементи делікту входять до тягаря доказування позивача. Відповідач може заперечувати проти позову, використовуючи так звану «ствердну оборону» (*affirmative defense*), тобто шляхом доказування наявності виняткових обставин, які попри доведеність усіх елементів делікту виключають відповідальність за завдану шкоду.

У дослідженні причинного зв'язку слід виділяти два аспекти, а саме — фактологічний і нормативний. Фактологічний аспект за своєю природою є питанням факту і полягає в дослідженні судом фактичних обставин справи на предмет того, чи належить діяння відповідача до лінійної послідовності подій, яка призвела до завдання шкоди. Нормативний аспект, натомість, є питанням права і передбачає висловлення судом оціночного судження на предмет того, чи є причинний зв'язок між шкодою та діянням відповідача достатньо вагомим («міцним», «наближеним»), щоб виправдати покладання на відповідача обов'язку залагодити завдану шкоду.

Нормативний аспект дослідження причинності є аналітичним локусом, у рамках якого відбувається фінальна оцінка економічних ефектів деліктної відповідальності, пошук того, хто міг запобігти шкоді з найменшими витратами, а також вирішення колізій між двома суб'єктивними правами (коли завдання шкоди потерпілому стає наслідком реалізації заподіювачем свого власного права). У рамках нормативного аспекту дослідження

причинності підлягають до врахування ефекти відповідальності, пов'язані з методом інтерперсонального й інтертемпорального розпорошування збитків та методом «глибокої кишені», які ґрунтуються на теорії граничної корисності грошей. Правова визначеність вимагає, щоб зазначені міркування були виразно проартикульовані в судовому рішенні.

Причинний ланцюг, що сполучає діяння і шкоду, може бути ускладнений: або (а) за рахунок незвичайно численної кількості фізичних (хімічних) та інших процесів, що відбувалися без втручання людини і слідували один за одним, аж поки не спричинили шкоду, або (б) за рахунок дій інших людей, які реагували на стан речей, викликаний діянням особи, або користали із нього, або просто діяли в умовах, заданих таким станом речей, і це вплинуло на наслідки їхніх власних дій, зробивши їх ланкою у послідовності, що призвела до шкоди. Дії людей можуть бути правомірними або неправомірними, умисними або необережними; це можуть бути дії третіх осіб або самого потерпілого.

Сам по собі факт того, що проміжною ланкою у причинному ланцюзі між діянням відповідача і шкодою потерпілого є вольове діяння людини (самого потерпілого чи третьої особи), ще не означає, що причинний ланцюг обривається і відповідач перестає бути відповідальним за шкоду. Питання про обривання ланцюга через нове діяння, що втрутилося (*novus actus interveniens*), підлягає оцінці в кожному окремому випадку на основі усіх значимих обставин справи. Зокрема, якщо дії особи (потерпілого, чи сторонньої третьої особи) були в певному смислі «вимушеними» і становили закономірну, природну й законну реакцію на ту ситуацію, що склалася внаслідок неправомірних дій відповідача, то вони не обривають причинний ланцюг.

## *Розділ 2.*
# ФАКТОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

## § 2.1. Тест «якби не» (conditio sine qua non)[179]

**2.1.1. Тест «якби не»: перше наближення.** Відправною точкою дослідження причинності є тест «якби не» ('but for' test). Його суть така: А є причиною В, якщо В не сталося б, якби не А. У континентальній традиції цей тест іменують *conditio sine qua non*, що можна перекласти як «умова, без якої немає» або «необхідна умова». Саме таку назву має стаття 3:101 PETL. Відповідно до цієї статті: «Діяльність або поведінка (тут і надалі — діяльність) є причиною шкоди потерпілого, якщо за відсутності діяльності шкода б не виникла».

Цим тестом послуговується і Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) (хоч у науковій літературі постережено, що Суд рідко коли у своїх рішеннях докладно пояснює застосовану ним методологію установлення причинного зв'язку).[180]

Так, у справі *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands* заявниця, пані Туквабо-Текл, яка мешкала разом з чоловіком в Амстердамі, звернулася до Міністерства закордонних справ Нідерландів із проханням надати візу на тимчасове проживання її п'ятнадцятилітній доньці Мегре, яка перебувала в Еритреї. Міністерство відмовило. Після численних процесів щодо оскарження відмови, пані Туквабо-Текл звернулася до ЄСПЛ,

---

[179] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у таких працях: Карнаух, Б. (2019). Причинний зв'язок у деліктному праві: рефлексія над тестом «якби не». *Проблеми законності*, 147, 75–84; Карнаух, Б. (2019). Причинний зв'язок як умова деліктної відповідальності в практиці Європейського суду з прав людини: справи про порушення процедурних гарантій. *Проблеми законності*, 145, 68–79. Карнаух, Б. П. (2020). Апорія «якби не». *Економічна теорія та право*, 4(43), 118–131.

[180] Bydlinski, F. (2011). Methodological approaches to the tort law of the ECHR. In A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol, & E. Steiner (Eds.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights* (pp. 29–128). Berlin: De Gruyte, 72; Kellner, M., & Durant, I. C. (2011). Causation. In A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol, & E. Steiner (Eds.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights* (pp. 449–500). Berlin: De Gruyter, 461, 492.

заявляючи про порушення статті 8 ЄКПЛ (Право на повагу до приватного і сімейного життя). На її думку, уряд Нідерландів, неправомірно відмовивши в наданні візи її доньці, створив перешкоди для возз'єднання сім'ї, які не можуть бути виправдані цілями забезпечення міграційної політики. З огляду на це, заявниця просила відшкодування заподіяної їй шкоди. До розміру такої шкоди заявниця, серед іншого, віднесла грошові кошти, які вона що три місяці переказувала родичам в Еритрею на утримання доньки.[181]

Суд визнав, що мало місце порушення статті 8 ЄКПЛ, однак у задоволенні вимоги про відшкодування майнової шкоди — відмовив, покликаючись на відсутність причинного зв'язку між констатованим порушенням і витратами заявниці, адже заявниця витратила б кошти на утримання й виховання дитини в будь-якому разі, навіть якби та мешкала разом з нею, в Нідерландах. Суд зауважив, що заявниця «понесла б витрати на догляд за Мегре незалежно від того, проживала остання в Еритреї чи Нідерландах. Ці кошти, отже, не підлягають відшкодуванню як справедлива сатисфакція».[182]

Відповідно до усталеної точки зору тест «якби не» здатен адекватно вирішити проблему причинного зв'язку у переважній більшості деліктних справ,[183] за винятком лише випадків так званої надлишкової причинності[184] і нез'ясовної причинності.[185]

---

[181] *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands*, №. 60665/00. ECHR, 1 December 2005.

[182] Ibid., § 57.

[183] Див.: Honore, T. (1995). Necessary and sufficient conditions in tort law. In D. G. Owen (Ed.), *Philosophical foundations of tort law* (pp. 363–385). Oxford University Press, 383; Knutsen, E. S. (2010). Clarifying causation in tort. *Dalhousie Law Journal, 33*, 153–190, 157, 159; McInnes, M. (1996). Causation in tort law: Back to basics at the Supreme Court of Canada. *Alberta Law Review, 35*, 1013–1034, 1016; Steel, S. (2012). Causation in English tort law: Still wrong after all these years. *University of Queensland Law Journal, 31*, 243–264, 243; Steel, S. (2015). *Proof of causation in tort law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge University Press, 16; Wright, R. W. (1985). Causation in tort law. *California Law Review, 73*(6), 1735–1828, 1775.

[184] Див.: Plakokefalos, I. (2015). Causation in the law of state responsibility and the problem of overdetermination: In search of clarity. *European Journal of International Law, 26*, 471–492; Schaffer, J. (2003). Overdetermining causes. *Philosophical Studies, 114*, 23–45; Stapleton, J. (2008). Choosing what we mean by "Causation" in the Law. *Missouri Law Review, 73*, 433–480, 433, 435, 441, 444; Wright, R. W. (1985)., 1775–1781.

[185] Див.: Martín-Casals, M., & Papayannis, D. (Eds.). (2015). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press; Oliphant, K. Uncertain Factual Causation in the

Дійсно, *якби не* поведінка недбалого водія, який порушив швидкісний режим, то пішохід не зазнав би ушкоджень. Отож, видається, тест «якби не» підтверджує і без того очевидний висновок, що між діями водія і ушкодженнями пішохода є причинний зв'язок: без дій водія не було б ушкоджень пішохода.

Проте ушкоджень пішохода не було б і без дій самого пішохода, який потрапив прийти на місце в той час, коли там відбувався рух автомобіля. Тобто, *якби не* дії пішохода, то шкода б теж не виникла. Таке просте міркування кидає тінь на влучність тесту «якби не». У зв'язку з цим належиться доповнити тест додатковими поясненнями й коментарями.

Насамперед слід розуміти, що насправді наслідок ніколи не викликається до життя однією-єдиною причиною — наслідок завжди викликається набором із багатьох причин або факторів.[186] Для описаної дорожньо-транспортної пригоди такими факторами є: перетин траєкторій руху водія і пішохода в певній точці простору й часу, швидкість руху автомобіля, коефіцієнт зчеплення із дорожнім полотном, швидкість реакції водія, довжина гальмівного шляху, швидкість реакції пішохода, властивості тканин людського тіла (їхня уразливість до механічних пошкоджень), фізичні властивості матеріалів кузова автомобіля і т. д. Якщо виключити із цього набору хоча б один із факторів, то інцидент не мав би місця.

Тест «якби не» вимагає уявно виключити із набору відомих факторів один фактор і змоделювати, як би розвивались події в такому випадку. Якщо наслідок все одно настав би,

---

Third Restatement: Some Comparative notes. *William Mitchell Law Review, 2011, 37*(3), 1599–1632; Stein, A., & Porat, A. (2001). *Tort liability under uncertainty*. Oxford University Press; Steel, S., & Ibbetson, D. (2011). More grief on uncertain causation in tort. *Cambridge Law Journal, 70*, 451–468.

[186] На цьому зауважував Джон Стюарт Мілль. Mill, J. S. (2009). *A system of logic, ratiocinative and inductive*. Project Gutenberg, 402. Цю ж ідею через математичні моделі розвинув Вольфґанґ Спон (Wolfgang Spohn). За його термінологією існує певний набір змінних *U*; елементами цього набору є змінні *x, y, z* і т. д. (в нашому прикладі такими змінними є координати учасників, швидкість руху автомобіля, коефіцієнт зчеплення із дорожнім полотном і т. д.) Кожна змінна може набувати різноманітних значень в межах певного діапазону. «Малий світ» *w* – це функція, яка вказує, якого значення набула кожна змінна із набору *U*. За такої інтерпретації причиною певного наслідку є те, що змінні, які входять до набору *U*, набули саме тих, а не інших значень. Отже, причиною наслідку, за В. Споном, є той або інший «малий світ». Spohn, W. (2006). Causation: An alternative. *The British Journal for the Philosophy of Science, 57*(1), 93–119, 95.

то, значить, виключений фактор не перебуває із наслідком у причинному зв'язку. Але для того, щоб провести операцію уявного виключення, необхідно обрати, що саме ми будемо виключати. Тобто із усього набору факторів, які насправді зумовили настання наслідку, ми обираємо один і перевіряємо його за допомогою тесту «якби не». У зв'язку з цим постає питання, а чому ми обираємо для перевірки саме той, а не інший фактор. Дж. С. Мілль (John Stuart Mill) писав: «справжня Причина — це сукупність усіх передумов; і ми, філософськи кажучи, не маємо права іменувати причиною одну із них, переважно перед іншими».[187] Тим не менше, для цілей покладання деліктної відповідальності ми таки повинні обрати із усіх факторів той, який претендує на звання *юридично значущої* причини. І це одна із підстав, через які заведено вважати, що правове розуміння причини відмінне від філософського й наукового.

Отож, належить пояснити, на основі яких міркувань із цілого набору факторів, які зумовили певний результат, обирається лише один (чи декілька) для перевірки тестом «якби не». У наведеному прикладі із ДТП ми застосували тест до поведінки водія. Чому саме до поведінки водія? Відповідь, здавалося б, проста — тому, що поведінка водія була протиправною. І якби якийсь інший із факторів теж був би протиправним, то він би теж підлягав перевірці. Неважко уявити, що пішохід переходив вулицю на забороняючий знак світлофора, або коефіцієнт зчеплення із дорогою був небезпечно низьким через недбалість дорожніх служб, які не розчистили дорогу, або гальмівна система автомобіля була несправною через виробничий брак тощо. Якби мали місце такі фактори, то вони теж би підлягали дослідженню на предмет причинної пов'язаності зі шкодою потерпілого.

У попередньому розділі було обґрунтовано, що коли йдеться про відповідальність за вину, то причинний зв'язок слід установлювати між шкодою і *протиправним аспектом поведінки відповідача*; натомість, коли йдеться про безвинну відповідальність — причинний зв'язок слід установлювати між шкодою і *поведінкою відповідача в цілому*. Спроби виокремити протиправний аспект поведінки у випадку безвинної відпові-

[187] Mill, J. S. (2009), 402.

дальності або потребують неправдоподібних «натяжок»,[188] або призводять до результатів, явно несумісних з самою ідеєю безвинної відповідальності.

Роско Паунд розглядав відповідальність за умисел, відповідальність за необережність і безвинну відповідальність як три щаблі історичного розвитку деліктної відповідальності і при цьому застерігав від застосування за інерцією до наступного щабля точнісінько тих принципів, що застосовувались до попереднього.[189] Установлювати причинний зв'язок із протиправним аспектом поведінки в тих випадках, коли йдеться про безвинну відповідальність — означало б застосовувати до безвинної відповідальності за інерцією ті ж самі правила, що застосовуються до відповідальності за вину. Відповідальність за вину — це відповідальність за шкоду, яка не могла б мати місця у світі досконало функціонуючого права, тобто у світі, де всі і кожен без винятку додержуються приписів чинного права. Так, у світі досконало функціонуючого права усі водії додержують швидкісного режиму, і тому в такому світі не може статися ДТП, причиною якого було б перевищення швидкості. Але у світі досконало функціонуючого права дитина може раптово вибігти на дорогу. Проте безвинна відповідальність — це відповідальність за ті випадки, які сталися б навіть у світі досконало функціонуючого права. Тому при безвинній відповідальності причинно-наслідковий зв'язок має пов'язувати шкоду не із протиправним аспектом поведінки (що в принципі неможливий у світі досконало функціонуючого права), а загалом із поведінкою, що створює підвищену небезпеку.

**2.1.2. Формально-логічний аналіз.** Згідно з тестом «якби не», щоб установити причинний зв'язок, потрібно порівняти, що сталося (в реальному світі, S), із тим що сталося б, *якби не* певна обставина, тобто із тим, що сталося би в гіпотетичному світі (S'), який точно такий же, як і реальний світ, за винятком однієї

---

[188] Як-от свого часу рішення Вищого баварського суду, котрий дійшов висновку, що саме по собі використання залізницею локомотивів, котрі викрешують іскри, уже є протиправним. (Цит. за: Бурлака, І. В. (2016). *Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої без вини.* Харків: Право, 21).

[189] Pound, R. (1957). Causation. *The Yale Law Journal, 67*(1), 1–18, 5–6.

вилученої обставини.[190] Припустімо, що для реального світу S, де стався наїзд на пішохода (*q*), властивий набір таких обставин: знаходження пішохода в певному місці в певний час ($c_1$), рух автомобіля в певному місці в певний час ($c_2$), перевищення швидкості водієм ($c_3$), певна швидкість реакції водія ($c_4$), певний коефіцієнт зчеплення із дорожнім полотном ($c_5$) і ще безліч інших обставин. Таким чином,

$$S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, \dots c_n\} \quad (4)$$

Щоб установити, чи було перевищення швидкості ($c_3$) причиною наїзду (*q*), ми моделюємо гіпотетичний світ S', який відрізняється від реального тільки тим, що в ньому водій не перевищував швидкість, натомість усі решта обставин залишаються такими ж. Тобто:

$$S \setminus S' = \{c_3\}, \text{ або } S' = \{c_1, c_2, c_4, c_5, \dots c_n\} \quad (5)$$

Далі, використовуючи закони природничих наук (механіки, фізики, хімії, біології тощо), ми (в разі потреби — залучаючи експерта) прогнозуємо, що сталося би в гіпотетичному світі S' за наявності обставин $\{c_1, c_2, c_4, c_5, \dots c_n\}$, але не с3. Якщо за такого набору обставин наїзд на пішохода не стався б ~*q*), то це означає, що вилучена нами обставина $c_3$ була *необхідною* для настання відповідного наслідку (див. Таблицю 2.1).

***Таблиця 2.1.*** Порівняння реального і гіпотетичного світів: причинний зв'язок наявний

| S | S' |
|---|---|
| $\{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, \dots c_n\}$ | $\{c_1, c_2, c_4, c_5, \dots c_n\}$ |
| *q* | ~*q* |

[190] note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review, 130*, 2163–2182, 2168; Stapleton, J. (2008). Choosing what we mean by "Causation" in the Law. *Missouri Law Review, 73*, 433–480, 433, 435, 441, 444.

І навпаки, якщо в гіпотетичному світі наїзд би все одно стався, то, значить, вилучена обставина не була необхідною. Так, наприклад, серед обставин реального світу може бути, скажімо те, що президентом країни, у якій сталося ДТП, є особа чоловічої статі (позначимо цю обставину $c_y$). У моделі гіпотетичного світу S'', де президент — жінка (тобто $S \setminus S'' = \{c_y\}$) закони фізики, механіки, хімії тощо вказують на те, що наїзд би все одно мав місце, а отже, стать президента ($c_y$) не є необхідною умовою наїзду ($q$).

***Таблиця 2.2.*** Порівняння реального і гіпотетичного світів: причинний зв'язок відсутній

| **S** | **S'** |
|---|---|
| $\{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, \ldots c_n\}$ | $\{c_1, c_2, c_4, c_5, \ldots c_n\} \setminus c_y$ |
| $q$ | $\sim q$ |

Таким чином, тест «якби не» постулює причинність через поняття *необхідної умови*.[191] Власне, латинська назва тесту, — *conditio sine qua non*, — прямо на це вказує. Необхідну умову можна визначити так: деяке $c$ є необхідною умовою $q$, якщо не може бути такого, щоб $q$ мало місце за відсутності $c$, тобто

$$\sim(q \wedge \sim c). \tag{6}$$

Проте наявність $c$ ще не означає, що матиме місце також і $q$, тобто

$$\sim c \wedge (q \vee \sim q). \tag{7}$$

Іншими словами, самої лише наявності $c$ *недостатньо* для того, аби мало місце $q$. Це добре видно і в наведеному прикладі: самого тільки перевищення швидкості ($c_з$) *недостатньо* для того, щоб відбувся наїзд на пішохода ($q$) — для цього потрібна наявність також інших обставин реального світу S, серед яких,

[191] Wright, R. W. (1985). Causation in tort law. *California Law Review, 73*(6), 1735–1828, 1775; Stapleton, J. (2010). Factual causation. *Federal Law Review,* 484, 473.

насамперед — присутність пішохода у відповідному місці ($c_1$). *Достатню* умову можна визначити так: *c* є достатньою умовою *q*, якщо кожного разу, коли має місце *c*, має місце також і *q*, тобто:

$$c \rightarrow q. \tag{8}$$

Імплікація (→) хибна лише в тому випадку, коли антецедент (*c*) істинний, а консеквент (*q*) хибний. В цілому таблиця істинності імплікації наочно демонструє поняття достатньої умови:

***Таблиця 2.3.*** Таблиця істинності імплікації

| **c** | **q** | $c \rightarrow q$ |
|---|---|---|
| 1 | 0 | 0 |
| 1 | 1 | 1 |
| 0 | 0 | 1 |
| 0 | 1 | 1 |

Проте з точки зору класичної логіки вислів $c \rightarrow q$ («якщо *c*, то *q*») демонструє не тільки достатню умову, але й необхідну умову одночасно: вважається, що у цьому вислові *c* є *достатньою* умовою для *q*, а *q*, у свою чергу, є *необхідною* умовою для *c*. Це називають принципом дзеркальної взаємності необхідної та достатньої умов.[192] Однак слід мати на увазі, що будь-якій природній мові (українській, англійській, французькій тощо) властива багатозначність. Умовна конструкція «якщо ..., то ...» (англ. — *if*) у природній мові вживається на позначення різноманітних відношень між твердженнями і подіями. Логічна формула $c \rightarrow q$ не здатна передати усіх можливих значень умовного звороту природної мови. Візьмімо, до прикладу, два таких речення.

(i) Якщо чотирикутник є квадратом, то в нього протилежні сторони паралельні.

---

[192] Brennan, A. (2020, August 5). Necessary and sufficient conditions. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/necessary-sufficient/.

(ii) Якщо Іван виграє марафон, то ми будемо святкувати.[193]

У реченні (i) принцип дзеркальної взаємності спрацьовує бездоганно. Щоб певний чотирикутник вважався квадратом, його протилежні сторони мають бути попарно паралельними. Тобто паралельність протилежних сторін (консеквент) — *необхідна умова* буття квадратом (антецедент). Утім, самої лише паралельності протилежних сторін не достатньо (окрім того, усі сторони мають бути рівними, і всі внутрішні кути мають бути по 90°). З іншого боку, буття чотирикутника квадратом (антецедент) *достатньо* (і навіть більш ніж достатньо) для того, щоб його протилежні сторони були паралельними (консеквент), адже не може бути такого, щоб чотирикутник був квадратом і при цьому його протилежні сторони не були б паралельними.

Якщо застосувати до речення (i) тест «якби не», отримаємо: якби протилежні сторони цього чотирикутника не були паралельними, то він би не був квадратом. Оскільки таке твердження має сенс, то не видається безглуздим стверджувати, що паралельність протилежних сторін *є причиною* (однією з причин) *того, що чотирикутник є квадратом.*

Проте аналогічна операція аж ніяк не спрацьовує із реченням (ii): хоча перемога Івана *є достатньою умовою* для нашого святкування, однак не можна сказати, що *якби* ми *не* святкували, то Іван не виграв би марафон. Це речення виглядає ще абсурдніше, якщо додати до нього означення часу: якби ми сьогодні не святкували, то Іван учора не виграв би марафон. Тобто, наше святкування не є причиною перемоги Івана. Хоча б тому, що наслідок не може в часі передувати причині. Таким чином, у даному випадку принцип дзеркальної взаємності не спрацьовує: антецедент є достатньою умовою консеквента, але консеквент не є необхідною умовою антецедента.

Це пов'язано з тим, що класична логіка оперує не подіями реального світу як такими, а висловлюваннями, які можуть набувати значень «істинно» або «хибно». Тому речення (ii) точніше було б передати так:

Якщо твердження «Іван виграв марафон» є істинним, то твердження «Ми будемо святкувати» також є істинним.

---

[193] Речення (ii) див.: McCawley, J. (1993). *Everything that linguists have always wanted to know about logic but were ashamed to ask*.Chicago: The University of Chicago Press, 317.

За такої інтерпретації істинність твердження «Ми будемо святкувати» насправді є необхідною умовою істинності твердження «Іван виграв марафон», бо не може бути такого, щоб твердження «Іван виграв марафон» було істинним і твердження «Ми будемо святкувати» було хибним. Отже, якщо ми сьогодні насправді святкуємо, то це *не причина, чому* Іван виграв, *а причина думати, що* Іван виграв.

Таким чином, важливо розуміти, що те, що засобами формальної логіки позначається як консеквент у формулі імплікації, насправді у природній мові може вказувати на дві різні речі — *причину чому* (речі є такі, якими вони є), або *причину думати* (що речі є такими, якими вони є).[194]

Важлива відмінність між реченням (і) і реченням (іі) також у тому, що в першому йдеться про абстрактне поняття квадрата і про твердження, істинність або хибність яких не залежить від моменту часу, в який ми про них говоримо; натомість у другому реченні йдеться про факти, які мають або не мають місця в реальному просторі й часі, а це означає, що істинність тверджень про ці факти залежить від часу, у який висловлюється це твердження. Фактор часу у виразі → залишається поза увагою класичної логіки.

**2.1.3. Розбір однієї апорії.** В одному із номерів Гарвардського юридичного журналу була надрукована замітка «Переосмислення дійсної причинності в деліктному праві»,[195] де автор пропонує інтригуючий хід міркувань, який по праву заслуговує називатись апорією: автор застосовує тест «якби не» до обставин гіпотетичної справи таким чином, що його міркування видаються логічно бездоганними, але при цьому в остаточному підсумку ці міркування приводять до абсурдного висновку. Цей факт автор розглядає як аргумент, що ставить під сумнів принципову спроможність тесту «якби не» до адекватного розв'язання проблеми причинності. Утім, на наше переконання, ретельний аналіз запропонованих у замітці міркувань доводить, що насправді не все так погано із тестом «якби не».

---

[194] Brennan, A. (2020, August 5).

[195] note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review, 130,* 2163–2182.

Ось гіпотетична ситуація, яку змальовує автор:

> «Уявімо, що Джей не здатен водити обережно, якщо вранці не вип'є кави. Уявімо далі, що Джей забувся випити кави того ранку, коли він через необережність скоїв наїзд на Міртл. Звідси слідує, що якби Джей водив обережно, то [це б означало, що] він того ранку не забувся зробити кави (позаяк він не здатен водити обережно, якщо він забувся вранці зробити кави); виходить, його необережне водіння згідно з тестом "якби не" є причиною того, що вранці він не зробив кави. Припустімо далі, що сусід Джея по кімнаті, Нік, зробив каву пізніше того ж дня, а це Нік робить тільки в тому випадку, коли Джей забуває зробити кави вранці. Отож, виходить, що Нік не робив би кави пізніше того ж дня, якби Джей не скоїв необережний наїзд на Міртл (позаяк, якби Джей не скоїв необережний наїзд на Міртл, то [це б означало, що] Джей того ранку не забувся зробити кави); необережне водіння Джея згідно з тестом "якби не" є причиною того, що Нік зробив каву пізніше того ж дня».[196]

У цій апорії наводиться два парадоксальних висновки. Перший: необережне водіння Джея є причиною події, яка сталася раніше, а саме — того, що вранці він не зробив кави. Другий: необережне водіння Джея є причиною події, яка сталася пізніше, але ніяк не пов'язана із необережним водінням, а саме — причиною того, що каву довелося зробити Нікові.

Щодо першого висновку. Розгляньмо засновок, на підставі якого в замітці зроблено перший висновок. «Якщо Джей вранці не зробив кави, то він не здатен водити обережно». На перший погляд може здатися, що ми маємо справу із висловлюванням типу $\boldsymbol{c} \rightarrow \boldsymbol{q}$, а, отже, консеквент («не здатен водити обережно») є необхідною умовою антецеденту, а отже, згідно з тестом «якби не», консеквент є причиною антецеденту.

Однак зауважмо, що у висловлюванні «якщо Джей вранці не зробив кави, то він не здатен водити обережно» і антецедент, і консеквент містять заперечення, а це означає, що насправді це висловлювання має бути записано не як $\boldsymbol{c} \rightarrow \boldsymbol{q}$, а як

$$\boldsymbol{\sim c} \rightarrow \boldsymbol{\sim q} \tag{9}$$

[196] Ibid., 2169–2170.

де $c$ — Джей вранці *зробив* каву, а $q$ — Джей *здатен* водити обережно. Таке висловлювання є контрпозитивною імлікацією,[197] що означає, що воно еквівалентно $q \rightarrow c$, тобто

$$(\sim c \rightarrow \sim q) \leftrightarrow (q \rightarrow c) \tag{10}$$

Таким чином, насправді в умові задачі закладено протилежну імплікацію: «Якщо Джей здатен водити обережно, то він зробив вранці каву». Це той випадок, коли від перестановки змінних змінюється результат. Адже в такому висловлюванні консеквентом є «Джей зробив вранці каву», і оскільки саме консеквент вказує на необхідну умову, то правильне застосування тесту «якби не» до цієї фабули вказує якраз на те, що зроблена або не зроблена вранці кава є причиною необережного водіння, а не навпаки (див. Таблицю 2.4).

***Таблиця 2.4.*** Необхідна і достатня умова у формулі імплікації

| | $c \rightarrow q$ | $q \rightarrow c$ |
|---|---|---|
| Джей вранці зробив каву ($c$) | Ранкова кава є *достатньою* умовою обережного водіння | Ранкова кава є *необхідною* умовою обережного водіння |
| Джей здатен водити обережно ($q$) | Обережне водіння є *необхідною* умовою ранкової кави | Обережне водіння є *достатньою* умовою ранкової кави |

Отже, коректне застосування тесту «якби не» до цієї фабули дає результат, який адекватно відображає дійсний стан речей і дає змогу правильно визначити напрямок причинного зв'язку. Дійсно, для того, щоб добре водити авто, Джей мусить випити ранкової кави, проте сам лише факт того, що він випив кави, не достатній для того, щоб він міг добре водити, оскільки мають справджуватися ще деякі інші умови, як, наприклад те, що він повинен в принципі володіти навичками керування автомобілем, бути при тямі, не мати фізичних травм, котрі би перешкоджали йому тримати кермо чи тиснути на педалі, тощо. Тобто, висновок про те, що випита кава є необхідною умовою,

[197] Brennan, A. (2020, August 5).

а отже, згідно з тестом «якби не», — причиною (однією із причин) уважного водіння є цілком природним. У свою чергу Джеєве обережне водіння є *достатньою причиною вважати*, що Джей вранці зробив кави, адже не може бути такого, щоб Джей водив обережно, коли не збадьорився вранці тонізуючим напоєм.

Стосовно другого висновку — «необережне водіння Джея є причиною того, що каву довелося зробити Нікові» — у замітці вказується, що допустимість такого висновку є навіть більш серйозною хибою тесту «якби не», оскільки цей висновок не дається легко спростувати, пославшись на аксіому про те, що причина має в часі передувати наслідку, позаяк необережне водіння Джея в часі дійсно передувало заварюванню кави Ніком[198] (напевне, слід думати, що Джей прокинувся вранці і дорогою до роботи скоїв ДТП, а Нік, своїм звичаєм прокинувшися в обід, виявив, що кави немає, і був вимушений її зробити сам). Для того, щоб перевірити другий парадоксальний висновок, маємо ввести ще одну змінну — $\boldsymbol{p}$ на позначення тієї обставини, що «Нік зробив каву пізніше того ж дня». Далі слід визначити, яке співвідношення між $\boldsymbol{p}$ «Нік зробив каву пізніше того ж дня» і $\boldsymbol{c}$ «Джей зробив каву вранці». В умові фабули вказується, що Нік робить каву тільки в тому випадку, якщо каву вранці не зробить Джей. Це означає, що не-заварювання вранішньої кави Джеєм є необхідною умовою заварювання обідньої кави Ніком. У свою чергу, заварювання обідньої кави Ніком є достатньою умовою думати, що Джей не заварював вранішньої кави. Формулою це виражається так:

$$\boldsymbol{p} \rightarrow \sim\boldsymbol{c} \tag{11}$$

де $\boldsymbol{p}$ — «Нік зробив каву пізніше того ж дня», а $\boldsymbol{c}$ — «Джей зробив каву вранці». Тепер поєднаємо це висловлювання із висловлюванням, яке ми отримали раніше ($\boldsymbol{q} \rightarrow \boldsymbol{c}$) («Якщо Джей здатен водити обережно, то він зробив вранці каву»):

$$(\boldsymbol{q} \rightarrow \sim\boldsymbol{c}) \wedge (\boldsymbol{p} \rightarrow \sim\boldsymbol{c}) \tag{12}$$

---

[198] note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review, 130*, 2163–2182, 2170.

Із кон'юнкції цих двох висловлювань слідує важливий висновок:

$$((q \rightarrow c) \wedge (p \rightarrow \sim c)) \rightarrow (q \rightarrow \sim p). \quad (13)$$

Це означає, що правильний логічний аналіз фабули приводить нас до висновку, що

$$q \rightarrow \sim p \quad (14)$$

У цьому виразі консеквентом є (~***p***). Оскільки саме консеквент вказує на необхідну умову, то це, згідно з тестом «якби не», повинно було б означати, що не-заварювання обідньої кави Ніком (~***p***) є причиною Джеєвого обережного водіння ***q***, яке мало місце вранці. Однак це якраз-таки той вид похибки, який легко відкинути посиланням на аксіому, що причина в часі передує наслідкові. Однак точна інтерпретація виразу насправді така:

«Істинність твердження "Джей водив обережно вранці" є достатньою умовою для висновку про хибність твердження "Нік заварював каву пізніше того ж дня"; хибність твердження "Нік заварював каву пізніше того ж дня" є необхідною умовою істинності твердження "Джей водив обережно вранці"».

Утім, напевне, найбільш природний спосіб точно подати відповідну думку — це сказати так: «Те, що Нік в обід не заварював кави, є *причиною думати*, що Джей вранці водив обережно». Щось подібне цілком міг би сказати Шерлок Голмс.

Розгадка апорії, описаної в Замітці, криється в тому, що причинний зв'язок має онтологічну природу, а тест, за допомогою якого ми перевіряємо наявність причинного зв'язку, — має лінгвістичну природу: по суті він зводиться до запитання «Чи сталося б ***q***, якби не сталося ***p***?». Із цього запитання слідує, що причина — це те, що є необхідним для настання наслідку. Прагнення зрозуміти поняття необхідності приводить до класичної логіки, яка протиставляє поняття необхідних і достатніх умов і пояснює обидва через операцію імплікації. Однак імплікація, яка зазвичай передається через умовний зворот «якщо ..., то ...», насправді не віддає усіх можливих значень, які має цей зворот у природній мові. У природній мові ми можемо ставити на перше місце як антецедент («Якщо Джей водить обережно, то [значить] вранці він випив кави), так і консеквент («Якщо

вранці Джей випив кави, то він здатен водити обережно»). (Зауважмо, що більш природним і є саме другий варіант, коли консеквент стоїть на першому місці). Це призводить до того, що в одних випадках ідеться про *причину чому* (світ є таким, а не інакшим), а в інших — про *причину думати* (що світ є таким, а не інакшим). Коли ці два аспекти не розмежовуються — це може призвести до парадоксальних висновків.

Окрім того, класична логіка має справу із висловлюваннями, тобто лінгвістичними структурами, які можуть набувати значень «істинно» або «хибно». При цьому фактор часу нехтується: висловлювання не може набувати значення «сьогодні хибно», а «завтра істинно». Узяти, наприклад, висловлювання «Завтра буде дощ»: ми не можемо оцінити його істинність або хибність (сьогодні). Якщо у висловлюванні йдеться про якусь подію в реальному просторі й часі, то оцінити істинність або хибність такого висловлювання ми зможемо тільки після того, як ця подія настане або не настане у відповідному просторі й часі. З точки зору класичної логіки усі події, про які йдеться у висловлюваннях, фактично розглядаються як такі, що були або не були у минулому (оскільки тільки так висловлювання про ці події можуть бути істинними або хибними). І це є другою причиною парадоксів, які можуть виникати при застосуванні тесту «якби не». Однак на щастя, ці парадокси навряд чи загрожують помилками в судовій практиці, адже несумісні з реальністю висновки легко спростувати, встановивши такий запобіжник: тестом «якби не» можуть перевірятися тільки події, які в часі передували наслідкові.

**2.1.4. Антецедент і консеквент.** Отож, хоча сама причинність має не логічну, а онтологічну природу,[199] тест на причинність — є логічним висловлюванням. У цьому висловлюванні є антецедент і консеквент. Коли ми сформулюємо тест як питальне речення «Чи виникло б B, якби не A?», то A — це антецедент, а B — консеквент. Результат тесту залежить, по-перше, від того, який із численних факторів ми обираємо на роль антецедента (поведінку водія, поведінку пішохода, поведінку дорожніх служб тощо). По-друге, результат залежить від того, як ми *формулюємо* антецедент («дії водія» чи «перевищення швидкості

[199] Brennan, A. (2020, August 5).

водієм»). Щодо консеквента не постає питання вибору (консеквентом завжди є шкода, а не які інші наслідки), однак постає питання формулювання. Отож, результат тесту «якби не» залежить не тільки від того, як обрано й сформульовано антецедент, але й від того, як сформульовано консеквент.

Припустімо, що водій X, виїжджаючи із гаража, пошкодив заднє ліве крило свого автомобіля і тепер воно потребує вирівнювання й фарбування. Через декілька днів по тому, водій X потрапляє в дрібну дорожньо-транспортну пригоду, у якій інший водій Y, порушивши правила маневрування, зачіпає те ж саме, вже пошкоджене, заднє ліве крило автомобіля X.

Як у цьому випадку має бути сформульовано консеквент у тесті «якби не»? Якщо під шкодою розуміти пошкодження крила, то тест «якби не» набуває такого вигляду: «Чи мало б місце пошкодження крила, якби не поведінка водія Y?» З одного боку, на це запитання можна відповісти ствердно: так, пошкодження б усе одно мало місце, адже крило вже було пошкоджене до ДТП. Отже, тест вказує, що причинного зв'язку немає.

Утім можливий інший підхід, заснований на конкретизації шкоди. Сутність цього підходу полягає в тому, що консеквентом у тесті «якби не» має бути не просто загальне формулювання характеру шкоди, а достеменний опис шкоди із усіма фізичними, хімічними, біологічними та іншими подробицями. Наголос такий: якби не поведінка водія Y, то пошкодження лівого заднього крила було б не таким, яким воно є (було б менше подряпин, інший характер деформації і т. д.). За такого формулювання консеквента тест «якби не» вказує, що причинний зв'язок є.

Є ще інший спосіб сформулювати консеквент. Якщо під шкодою розуміти не пошкодження крила як таке, а витрати, які має понести власник, аби відремонтувати це крило, то тест набуде такого вигляду: «Чи поніс би водій X витрати на ремонт крила, якби не дії водія Y?». Очевидно, що за такої інтерпретації тест «якби не» знову вказує на відсутність причинного зв'язку між діями водія Y і шкодою, якої зазнав водій X.

У цьому контексті цікаво, що за ст. 22 ЦК України збитками одночасно визнаються і втрати, яких особа зазнала у зв'язку з пошкодженням речі, і витрати, які вона зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права. Деформоване автомобільне крило, з одного боку, означає пошкодження

речі, але в той же час воно означає і витрати на ремонт. Але так чи інакше, збитки за ЦК України — це втрати або витрати, але не пошкодження речі як таке. Здавалося б, це повинно дати відповідь на питання про те, як формулювати консеквент у тесті «якби не». Та ЦК України містить суперечливі норми на цей рахунок.

У ст. 1166 ЦК України йдеться про відшкодування завданої особі *майнової шкоди*. Звідси слідує, що причинний зв'язок має встановлюватися із майновою шкодою, тобто безпосередньо з тими негативними змінами, які сталися в майні особи (в нашому випадку — це пошкодження автомобільного крила). На противагу зазначеному, за ст. 22 ЦК України особа має право на відшкодування *завданих їй збитків*, під якими, як відомо, розуміють грошовий вираз тих або інших негативних змін у майні особи (в нашому випадку збитками є вартість ремонту крила). Тож, зі ст. 22 ЦК України слідує, що причинний зв'язок має установлюватися саме зі збитками. Таким чином, ЦК України не дає однозначної відповіді на питання про те, між чим і чим має встановлюватися причинний зв'язок, тимчасом як в окремих випадках це питання набуває особливої гостроти.

На наш погляд, проблема із пошкодженням уже пошкодженого автомобіля має бути розглянута не лише в ракурсі формулювання консеквента в тесті «якби не», але й з інших ракурсів. Тому ми повернемося до неї у § 2.3 в контексті проблематики дублювання шкоди. Це дозволить урахувати більше обставин, які мають бути взяті до уваги задля узгодженого й виваженого вирішення подібних справ.

**2.1.5. Складні випадки моделювання альтернативного світу.** Отож, незважаючи на позірну простоту тест «якби не» криє в собі чимало непевності, яка пов'язана із обранням фактора на роль антецедента і точним формулюванням антецедента і консеквента. Простіше кажучи, результат тесту залежить від того, які вихідні дані піддаються перевірці (тобто, між чим і чим ми перевіряємо наявність причинного зв'язку). Але ще більше непевності криється в самому принципі роботи тесту. По суті тест вимагає висловити припущення з приводу того, як би розвивалися події, якби не було того або іншого фактора. В одних випадках висловити таке припущення нескладно, і припущення видається настільки закономірним, що не викликає жодних

сумнівів. Якщо проміжні ланки становлять собою хімічні, фізичні або механічні процеси й реакції (як у випадку з пострілом), то застосування тесту «якби не», попри наявність проміжних ланок, зазвичай не викликає складнощів, а навіть якщо складнощі й виникають, то питання може бути передано на розгляд експертові. Хімічні, фізичні та механічні процеси й реакції досліджуються методами точних наук, і тому в переважній більшості випадків альтернативний варіант розвитку подій може бути визначений із необхідною достеменністю.

Натомість коли проміжною ланкою причинного ланцюга є дії людини, то змоделювати альтернативний хід подій з таким ступенем вірогідності, який би був достатнім, аби обґрунтувати судове рішення, — буває досить непросто. Інколи потрібно змоделювати, якими були б дії самого потерпілого, або подальші дії заподіювача шкоди після допущеної ним первісної вини, або дії третьої особи, залученої тим або іншим чином у хід подій. У таких випадках застосувати тест «якби не» — складніше, але можливо.

У справі *McWilliams v Sir William Arrol & Co. Ltd*[200] роботодавець не забезпечив монтажника-верхолаза необхідним вбезпечливим спорядженням. Останній, упавши із висоти, розбився. Тест «якби не» за таких обставин вимагав установити, а що сталося б, якби роботодавець додержав своїх обов'язків і забезпечив працівника необхідним спорядженням. Альтернативний розвиток подій тут залежав не тільки від роботодавця, але й від працівника, який міг і не скористатися спорядженням, навіть якби воно було йому надане. І суду слід було оцінити, що саме зробив би померлий, якби не порушення з боку роботодавця. Палата Лордів установила, що померлий через свій зухвалий норов дуже рідко, якщо взагалі коли-небудь, використовував убезпечливе спорядження, коли воно йому надавалось. Відтак Палата Лордів виснувала, що причинного зв'язку між діями роботодавця і смертю працівника немає, адже навіть якби роботодавець видав того дня необхідне спорядження, працівник би все одно його не вдягнув.

Такого роду проблема виникає і в тих випадках, коли пацієнт стверджує, що лікар через недбалість не повідомив йому про ризики пропонованої медичної процедури. За таких об-

[200] [1962] 1 WLR 295.

ставин, навіть якщо позивач доведе недбалість, він додатково повинен довести, що якби необхідна інформація була йому повідомлена, він би відмовився від пропонованої процедури і тим самим уникнув ризику.[201]

У справі *Montgomery v Lanarkshire Health Board (Scotland)*[202] позивачка, Надін Монтґомері, яка страждала на цукровий діабет, під час вагітності перебувала під допологовим спостереженням. Лікар повідомив їй, що вага плода більша від звичайної. Однак лікар не сказав, що в породіль, хворих на діабет, є ризик (близько 10 %) плечової дистоції, коли при вагінальних пологах плечі плода є заширокими, щоб пройти пологові шляхи жінки. Під час пологів плечова дистоція в плода пані Монтґомері призвела до ускладнень і як наслідок дитина народилася із церебральним паралічем. Пані Монтґомері звернулася до суду із позовом до лікарні про відшкодування шкоди, що була завдана її синові.

Верховний Суд Сполученого Королівства зазначив:

> «[Я]кщо (1) пацієнтові завдано шкоди, (2) внаслідок неповідомленого йому ризику, (3) який мав би бути повідомлений лікарем, що виявляє розумну дбайливість задля забезпечення права пацієнта вирішувати, чи приймати на себе цей ризик, і (4) *пацієнт уникнув би шкоди, якби ризик був йому повідомлений*, то за таких обставин пацієнт має підстави для позову, заснованого на недбалості» (§ 44) (курсив наш. — Б.К.).

Отож, досліджуючи причинний зв'язок суду, необхідно було з'ясувати, як би повелася пані Монтґомері, якби лікар поінформував її про небезпеку плечової дистоції. На основі показань самої позивачки, висновків експертів-медиків і навіть за свідченням лікарів зі сторони відповідача, якби пані Монтґомері дізналась про ризик плечової дистоції, то вона б наполягала на кесаревому розтині замість вагінальних пологів. У такому разі пологи не викликали б ускладнень і дитина б народилася здоровою. Зважаючи на ці докази, і Верховний Суд Сполученого Королівства визнав причинний зв'язок наявним у цій справі і задовольнив позов.

---

[201] Jones, M. A. (1996). *Textbook on torts* (5th ed.). Blackstone Press Ltd, 173.

[202] [2015] UKSC.

Подібна ситуація складається і в тих випадках, коли особа зазнає шкоди внаслідок власних рішень, які вона приймає, покладаючись на недбалі поради фахівця. За таких обставин позивач має довести, що він дійсно покладався на ці поради, і що саме довіра до цих порад, а не які інші міркування, змусила його прийняти рішення, що обернулося позивачеві на шкоду.[203] Є справи, в яких проміжною ланкою причинного зв'язку слугує поведінка відповідача. У таких справах альтернативний розвиток подій залежить від того, якими б були подальші дії відповідача, якби він не допустив першої провини.

У справі *Bolitho v. City and Hackney Health Authority*[204] Патрік Боліто — дворічний пацієнт, що пережив серцевий напад, перебував у лікарні під наглядом. Медсестри, які доглядали за Патріком, помітивши, що в нього ускладнилось дихання і він зблід, викликали лікаря — доктора Горна. Однак лікар не з'явився. Стан пацієнта тимчасово покращився, однак згодом йому знову стало важко дихати. Медсестри знову викликали лікаря, однак останній знову не з'явився. Ще через деякий час дихальні шляхи були повністю заблоковані, наслідком чого стала зупинка серця. Реанімаційній бригаді вдалося відновити роботу серця, однак за дев'ять-десять хвилин, що знадобилися для цього, через брак кисню мозкові було завдано непоправної шкоди. Через деякий час Патрік помер.

Поза всяким сумнівом, коли лікар не з'явився на виклик медсестер, це становило недбалість. Та ключовою проблемою справи стало питання причинного зв'язку. Під час розгляду справи було установлено, що пацієнта можна було б врятувати, якби лікар, з'явившись на виклик, провів інтубацію. Відтак, суд повинен був з'ясувати, що зробив би лікар, якби він прийшов на виклик, зокрема, чи провів би він інтубацію. Доктор Горн стверджував, що навіть якби він прийшов, то не став би проводити інтубацію, бо це болісна й небезпечна для дитини процедура.

Якщо припустити, що проведення інтубації було за даних обставин *обов'язковим*, то, очевидно, лікар не може виправдовуватися тим, що навіть якби він прийшов, то він би все одно не провів обов'язкової за даних обставин процедури. Як зауважив лорд Браун-Вілкінсон, «[в]ідповідач не може уникнути відпові-

---

[203] Jones, M. A. (1996), 173.

[204] [1996] 4 All ER 771.

дальності, покликаючись на те, що шкода б усе одно трапилась, адже він би все одно допустив ще одну недбалість згодом».

З іншого боку, навіть якщо процедура не була обов'язковою, але доведено, що конкретний лікар, тим не менше, провів би її, то в такому разі причинний зв'язок слід визнати наявним.

Лорд Браун-Вілкінсон з цього приводу послався на рішення лорда Хобхауса в справі *Joyce v. Merton, Sutton and Wandsworth Health Authority*:[205]

> «Позивач може підважити тягар доказування причинності, якщо переконає суд *або* в тому, що відповідна особа насправді вчинила б необхідну дію (хоч вона й не була б винуватою, якби не вчинила її), *або* в тому, що належне виконання обов'язків відповідної особи перед позивачем вимагало вчинення цієї дії. Перша альтернатива не потребує пояснень, позаяк це просто доведення причинного ефекту первісної вини. Друга дещо складніша: вона становить собою ситуацію, коли первісна вина сама по собі не викликає ушкоджень, але це тому, що за нею слідує інша вина на боці відповідачів; позивач має успіх, якщо доводить, що його ушкодження не мали б місця, якби належна дбайливість тривала».

Таким чином, для того, аби довести причинний зв'язок, позивач повинен був переконати суд у тому, що якби доктор Горн з'явився на виклик, то він (а) провів би інтубацію або (б) був би зобов'язаний її провести.

Щодо першого, Палата Лордів сприйняла аргумент доктора Горна, який наполягав, що не став би проводити процедури. Щодо другого, то, заслухавши багатьох експертів, Палата Лордів не знайшла підстав для того, аби визнати недбалістю непроведення інтубації за даних обставин. Тому в остаточному підсумкові в задоволенні позову було відмовлено через відсутність причинного зв'язку.

**2.1.6. Справи про порушення процедурних гарантій у практиці ЄСПЛ.** Коли йдеться про моделювання альтернативного розвитку подій із багатоланковою причинністю, де ланками є дії людей, на окрему увагу заслуговує практика ЄСПЛ у справах про порушення процедурних гарантій.

---

[205] [1996] 7 Med. L.R. 1.

Уявімо, що Держава на порушення ст. 6 §2 ЄКПЛ не забезпечила участь адвоката у справі про кримінальне правопорушення. Обвинуваченого визнано винуватим у скоєнні злочину й засуджено до позбавлення волі. Після цього засуджений звертається до ЄСПЛ, скаржачись на порушення Конвенції та вимагаючи відшкодування шкоди, завданої незаконним засудженням. Шкода в такому разі включає як моральну шкоду (страждання, яких особа зазнала через позбавлення волі), так і майнову шкоду (заробіток, втрачений за час ув'язнення).

Згідно з тестом «якби не», Суд повинен установити, чи було б заявника виправдано, якби Держава забезпечила участь адвоката у справі. І якщо з'ясується, що так, то причинний зв'язок є, і шкода підлягає відшкодуванню. Якщо ж Суд установить, що заявника усе одно було б засуджено, то в такому випадку причинного зв'язку немає, і шкода не підлягає відшкодуванню. Змоделювати, як би розвивався судовий процес, якби в ньому брав участь адвокат, — досить непросто, та існує й інша важлива проблема. Якщо припустити, що механізм працює саме так, як описано, то, значить, Держава може уникнути відповідальності за порушення будь-яких процедурних гарантій за умови, що рішення по суті справи є законним. Подібний стан речей доволі загрозливий, адже ставить під сумнів цінність гарантованих Конвенцією процесуальних прав.

Для того, аби уникнути подібної загрози, Суд у своїх рішеннях розмежовує, з одного боку, безпосередні наслідки конкретного процедурного порушення, а з іншого — наслідки судового провадження в цілому. При цьому під безпосередніми наслідками розуміється моральна шкода, а саме — почуття збентеження, тривоги, обурення й безпорадності, що їх переживає особа, стосовно якої допущено порушення процедурних гарантій.[206] Наявність такого роду моральної шкоди презюмується.[207] Щоправда, доволі поширеною є практика, коли Суд

---

[206] *Nikolova v. Bulgaria,* №. 31195/96, § 76, ECtHR Judgment of 25 March 1999; *Papamichalopoulos and others v. Greece* (Article 50), №. 14556/89, § 43, ECHR, 31 October 1995.

[207] Найчіткіше цю презумпцію Суд висловлює у справах про порушення розумних строків судового розгляду: «[щ]о стосується немайнової шкоди, то Суд припускає наявність сильної, хоч і спростовної, презумпції, що надмірна тривалість проваджень спричиняє немайнову шкоду». *Cocchiarella v. Italy* [GC], №. 64886/01, § 95, ECHR, 29 March 2006; *Scordino v. Italy* (№. 1), [GC], №. 36813/97, § 204, ECHR, 29 March 2006.

вказує, що визнання ним факту порушення Конвенції саме по собі вже є достатнім для того, аби залагодити вищеозначену моральну шкоду.[208] Відтак вимога про сплату грошової компенсації відхиляється. Разом з тим, є справи, у яких Суд доходить висновку, що самої лише констатації порушення замало, і заявникові належить присудити певну суму коштів в якості справедливої сатисфакції.[209]

Що стосується наслідків судового провадження в цілому, то в численних рішеннях зустрічаємо позицію, за якою Суд вказує, що він «не може будувати здогади» (*cannot speculate*) стосовно того, яким був би результат судового розгляду, якби положень Конвенції було додержано.[210] На цій підставі Суд відмовляє в задоволенні вимоги про відшкодування шкоди, завданої через загальний (несприятливий для заявника) результат судового провадження.

Деякі дослідники вважають, що «заборона будувати здогади» означає, що Суд фактично викреслює із предмета доказування питання про те, як би розгорталися події, якби не порушення Конвенції.[211] Проте така інтерпретація видається помилковою щонайменше через те, що жодне дослідження причинного зв'язку за визначенням не обходиться без «будування здогадів», адже ключовий тест на причинність — тест «якби не» — заснований на імовірнісних судженнях про можливий (альтернативний) хід подій.

Тому, на наш погляд, «заборону будувати здогади» слід тлумачити радше як указівку на те, що тягар доказування покладається на заявника. Суд фактично вказує, що він не буде гадати («будувати здогади»), яким би був результат проваджень, якщо заявник сам не наведе належних доказів на користь того, що

---

[208] *Lietzow v. Germany*, №. 24479/94, § 52, ECHR, 13 February 2001; *Nikolova v. Bulgaria,* №. 31195/96, § 76, ECtHR Judgment of 25 March 1999; *Włoch v. Poland*, №. 27785/95, § 157, ECHR, 19 October 2000.

[209] *Sabeh El Leil v. France* [GC], №. 34869/05, § 72, ECHR, 29 June 2011; *Cudak v. Lithuania* [GC], №. 15869/02, § 79, ECHR, 23 March 2010; *Denisov v. Ukraine* [GC], №. 76639/11, § 143, ECHR, 25 September 2018.

[210] *Nikolova v. Bulgaria,* №. 31195/96, § 76, ECtHR Judgment of 25 March 1999; *Włoch v. Poland*, №. 27785/95, § 157, ECHR, 19 October 2000.

[211] Kellner, M., & Durant, I. C. (2011), 480.

порушення Конвенції вплинуло на остаточне рішення, ухвалене за підсумками проваджень.

Отож, Суд, на наше переконання, таки включає альтернативний правомірний розвиток подій до кола обставин, які мають значення для вирішення справи.

Застосування тесту «якби не» в його традиційній інтерпретації дає у підсумкові підхід «все або нічого» (*all or nothing*), адже якщо тест показує, що результат проваджень був би іншим (якби не порушення Конвенції), то заявник отримує повне відшкодування, якщо ж навпаки — заявник не отримує жодного відшкодування.

Практичні наслідки такого підходу значною мірою залежать від стандарту доказування, яким послуговується суд (докладно про стандарти доказування йтиметься у § 4.1). І аналіз практики ЄСПЛ вказує на те, що Суд послуговується стандартом відчутно вимогливішим, аніж стандарт переважаючої імовірності.

Під цим кутом зору на особливу увагу заслуговує справа *Perks and others v. the United Kingdom*.[212] У цій справі восьмеро заявників були засуджені мировими судами за несплату місцевих податків і як наслідок — ув'язнені. Під час проваджень у мирових судах заявникам, всупереч положенням ст. 6 ЄКПЛ, не було забезпечено право на правову допомогу. Адвокати, однак були залучені під час проваджень із перегляду вироків у вищих інстанціях, за підсумками яких рішення мирових судів щодо всіх вісьмох заявників були скасовані. На цій підставі заявники звернулися до ЄСПЛ, стверджуючи про порушення ст. 6 ЄКПЛ та вимагаючи відшкодування шкоди, завданої незаконним засудженням.

> «Приймаючи те, що справедлива сатисфакція не присуджується у випадках, коли немає причинного зв'язку між порушенням статті 6 і рішеннями національних судів, заявники наполягали, що компенсація є необхідною, коли доведено, що ці рішення були помилковими і призвели до несправедливого позбавлення волі. На думку заявників, від них не може вимагатися, щоб вони напевне довели, що несправедливості не сталося б, якби не порушення статті 6. Це означало б вимагати неможливого.

[212] Nos. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 and 28456/95, ECHR.

> Що важить, натомість, так це те, що не можна сказати, що якби заявники були належним чином представлені, то це б не мало жодного значення» (§ 78).

Однак Суд відхилив такі аргументи і відмовив у задоволенні вимоги про відшкодування шкоди усім заявникам, окрім одного — пана Перкса, який був особою з інвалідністю і стосовно якого Держава-відповідач визнала, що якби його представляв адвокат, його б точно не було засуджено до ув'язнення. Відмовляючи решті заявників, Суд покликався на свою відмову «будувати здогади» (§ 82).

Таким чином, підхід «все або нічого» у поєднанні з високим стандартом доказування призводить до частих відмов (у вимогах про відшкодування), які важко узгоджуються з інтуїтивним почуттям справедливості.

Утім ЄСПЛ виробив у своїй практиці концепцію, яка дає змогу ладнати із такою несправедливістю, — це концепція «втрата реальних можливостей» (*loss of real opportunities*).[213] Вона нагадує доктрину втраченого шансу (якій присвячено § 4.5), але відрізняється від неї тим, що Суд достеменно не вираховує коефіцієнт імовірності причинного зв'язку, а натомість визначає розмір відшкодування на око, виключно на основі внутрішнього переконання про справедливість сатисфакції.

Показовою у цьому контексті є справа *Sabeh El Leil v. France*.[214] Заявник із 1980 року працював бухгалтером у посольстві Кувейту в Парижі. Після двадцяти років служби його було звільнено у зв'язку з реструктуризацією департаментів посольства. Заявник оскаржив рішення про звільнення до Паризького трудового трибуналу. Трибунал визнав звільнення необґрунтованим і на цій підставі стягнув на користь заявника компенсацію в розмірі 82 тис. євро.

Однак Паризький апеляційний суд скасував рішення трибуналу, вказавши, що, оскільки заявник є працівником посольства, за ним має бути визнано дипломатичний імунітет, а отже, його спір не може розглядатися судами Франції. Заявник звер-

---

[213] Див.: *Colozza v. Italy*, №. 9024/80, § 38, ECHR, 12 February 1985; *Pélissier and Sassi v. France*, №. 25444/94, § 80, ECHR, 25 March 1999; *Sabeh El Leil v. France* [GC], №. 34869/05, § 72, ECHR, 29 June 2011.

[214] [GC], №. 34869/05.

нувся до Касаційного суду Франції. Однак його скарга була визнана неприйнятною.

З огляду на зазначене заявник зрештою подав заяву до ЄСПЛ, стверджуючи про порушення його права на доступ до суду. Посилаючись на ст. 41 ЄКПЛ, заявник просив стягнути на його користь матеріальну шкоду в розмірі 82 тис. євро, очевидно, маючи на увазі, що якби йому не було відмовлено в доступі до правосуддя, то він би отримав компенсацію, яку первісно присудив на його користь Паризький трудовий трибунал. Окрім того, заявник просив стягнути 2 тис. євро моральної шкоди.

ЄСПЛ визнав порушення статті 6 Конвенції. При цьому щодо відшкодування Суд зазначив таке:

> «Хоча Суд не може будувати здогадів щодо того, яким був би результат судового розгляду, якби стан речей був іншим, Суду не видається нерозумним розглядати заявника як такого, що зазнав втрати реальних можливостей. Окрім того, заявник зазнав немайнової шкоди, яку не може загладити сама лише констатація факту порушення Конвенції. Спираючись на вимоги справедливості, відповідно до статті 41, Суд присуджує заявникові 60 тис. євро сумарно за обома видами шкоди» (§ 72).

Окрім як через використання концепції «втрати реальних можливостей», проблемі можна також зарадити через реверсію тягаря доказування. Суть цього прийому в тому, щоб покласти тягар доказування на Державу-відповідача: Держава має довести, що навіть якби вона не порушувала процедурних гарантій, результат проваджень від цього б не змінився.

Цей підхід, по суті, передбачає презумпцію на користь заявника, а саме — презумпцію того, що якби не порушення Конвенції, то рішення національного суду було б сприятливим для заявника. Однак далеко не кожне порушення процедурних гарантій може викликати дію цієї презумпції. Так, наприклад, порушення розумного строку судового розгляду (саме на нього, як відомо, найчастіше скаржаться заявники) зазвичай не повинно вважатися причиною підсумкового результату проваджень.

Таким чином, кардинального значення набуває питання про те, які із процедурних порушень мають визнаватися достатньою підставою для відповідної презумпції, а які — ні.

На наше переконання, вирішити це питання можна за допомогою підходів, які вже набули розвитку в практиці Суду. Так, у численних рішеннях Суд сформував концепцію «справедливість провадження в цілому» (*the fairness of the proceedings as a whole*).[215] Згідно з цією концепцією Суд може дійти висновку, що, незважаючи на окремі обмеження процесуальних гарантій, допущені стосовно заявника, провадження щодо нього загалом було справедливим. До прикладу, у справі *Ibrahim and others v. the United Kingdom* Суд зауважив:

> «незважаючи на затримку із наданням першим трьом заявникам доступу до правової допомоги і прийняття під час судового розгляду показань, наданих за відсутності правової допомоги, провадження в цілому стосовно кожного із заявників були справедливими» (§ 294).

Суд, отже, визначає питому вагу процедурних порушень у «загальній масі» провадження щодо заявника. Суд вказує:

> «[в]ідповідність вимогам справедливого судового розгляду має бути досліджена в кожному випадку з огляду на розвиток проваджень в цілому, а не на основі поодиноких міркувань щодо окремого аспекту або одного окремого інциденту... Суд має дослідити вплив обмеження на загальну справедливість проваджень і вирішити, чи були провадження в цілому справедливі» (§ 251, 257).

При цьому у справі *Ibrahim* Суд навів список із десяти критеріїв, які мають бути враховані при визначенні питомої ваги порушень, або, іншими словами, — при визначенні того, чи були провадження справедливими в цілому (§ 274).

Ми вважаємо, що презумпція, описана вище, підлягає застосуванню тоді, коли Суд доходить висновку, що провадження в цілому були несправедливими.

Однак при цьому не можна виключати того, що одне процедурне порушення може вирішально впливати на увесь подальший хід проваджень і через те призводити до висновку,

---

[215] Див.: *Beuze v. Belgium* [GC], №. 71409/10, § 144–150, ECHR, 9 November 2018; *Dvorski v. Croatia* [GC], №. 25703/11, § 103–113, ECHR, 20 October 2015; *Ibrahim and others v. the United Kingdom* [GC], Nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, § 251, ECHR, 13 September 2016.

що провадження в цілому були несправедливими. Це має місце, зокрема, тоді, коли Суд констатує, що порушення «непоправно зашкодило» (*irretrievably prejudiced*) правам заявника на захист.

Так, у справі *Salduz v. Turkey*[216] заявникові не було надано доступу до правової допомоги упродовж часу його затримання поліцією. У цей час його було допитано, відповідно, без участі адвоката. У подальшому — під час перебування під вартою і в суді — заявникові надавалася правова допомога.

Тим не менше Суд дійшов висновку, що показання, отримані під час допитів без адвоката, мали вирішальне значення для усього подальшого ходу судового слідства. Суд підкреслив

> «важливість стадії досудового розслідування для підготовки кримінального процесу, з огляду на те, що докази, отримані під час цієї стадії, визначають загальне бачення, в рамках якого інкримінований злочин буде розглядатися під час судового слідства» (§ 54).

При цьому Суд додав, що хоча він і не може будувати здогадів щодо того, що сталося б, якби заявникові було надано правову допомогу під час його затримання (§ 58), однак Суд переконаний, що «відсутність адвоката під час затримання завдала непоправної шкоди праву заявника на захист» (§ 62), адже «ані допомога, надана в подальшому адвокатом, ані змагальна природа судового процесу не могли виправити порушень, що сталися під час затримання» (§ 58).

Ми вважаємо, що підхід, заснований на реверсії тягаря доказування, заслуговує на підтримку з декількох причин. По-перше, установлювана ним презумпція починає працювати лише за умови, що заявник довів наявність порушень Конвенції і те, що провадження щодо нього було в цілому несправедливим. Таким чином, тягар доказування розподіляється рівномірно: спершу його підважує заявник, а потім — Держава. По-друге, видається, що Держава знаходиться в кращій позиції для доказування альтернативного розвитку судового провадження. По-третє, означений підхід забезпечує підвищений захист інтересів індивіда як слабшої сторони у відносинах із Державою.

---

[216] [GC], №. 36391/02.

Що ж стосується концепцій, заснованих на вирахуванні коефіцієнта ймовірності, то вони цілком виправдовують себе у випадку так званих токсичних деліктів, стосовно яких наука епідеміологія має розлогі дані. Натомість у випадку із судовим провадженням достеменне визначення коефіцієнта ймовірності того або іншого результату видається доволі непростим завданням, особливо з огляду на те, що кожна справа відрізняється від інших як за фактичними обставинами, так і за доказовою базою.

Таким чином, у разі, якщо під час проваджень у національних судах стосовно заявника було допущено порушення процедурних гарантій, передбачених ст. 6 ЄКПЛ, то слід чітко розрізняти: (а) безпосередні наслідки конкретного процедурного порушення; і (б) наслідки проваджень у цілому. Безпосереднім наслідком конкретного порушення є моральна шкода, викликана почуттями справедливого обурення, безпорадності та збентеження. Наявність такої шкоди презюмується. Стосовно відшкодовності шкоди, завданої результатом провадження в цілому, ефективним видається такий підхід. Зазначена шкода, у відповідності до загального правила, підлягає відшкодуванню лише за умови, що результат проваджень був би інакшим, якби Держава не допустила під час цих проваджень порушення Конвенції. При цьому зазначена умова повинна вважатися наявною (презумпція на користь заявника), якщо заявник доведе, що (а) мало місце порушення Конвенції і (б) через це порушення провадження щодо нього було в цілому несправедливим.

## § 2.2. Надлишкова причинність[217]

**2.2.1. Збій у роботі тесту.** Зазвичай ні в кого не викликає сумнівів, що тест «якби не» є валідним тестом на причинність: у переважній більшості випадків його застосування дає результат, що адекватно відображає дійсний стан речей і задовольняє потреби судової практики. І тільки в окремих випадках тест дає збій. Оскільки тест постулює причинність через поняття не-

[217] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. (2020). Надлишкова причинність у деліктному праві. *Проблеми законності*, 150, 67–77.

обхідної умови, він дає хибно заперечний результат у випадку надзумовленої (*overdetermined*), або надлишкової причинності. Для цих випадків характерно те, що в гіпотетичному світі, що із нього ми виключили цікаву для нас обставину, наслідок все одно мав би місце, незважаючи на те, що в реальному світі досліджувана обставина безсумнівно відіграла певну роль у настанні результату. Варто розрізняти симетричну й асиметричну (випереджаючу) надлишкову причинність.

**2.2.2. Симетрична надлишкова причинність.** Класичним прикладом симетричної надлишкової причинності є випадок, коли на одному полі в різних місцях одночасно починаються дві пожежі. Полум'я обох пожеж розповсюджуються і поле вигорає вщент, але при цьому відомо, що навіть однієї пожежі (будь-якої із двох) було б достатньо для того, аби згоріло все поле.[218] У літературі наводяться також інші подібні приклади: коли хулігани кидають дві цеглини у вітрину і вони влучають у скло одночасно, розбиваючи його.[219] Або два мисливці через необережність одночасно поціляють у туриста, і при цьому кожна із двох куль завдає ушкодження, несумісне з життям.[220]

У наведених прикладах тест «якби не» показує, що жодна із двох обставин не є причиною шкоди, адже навіть за її відсутності шкода б усе одно настала.

Так, наприклад, у випадку із двома пожежами реальний світ S включає такі обставини: пожежа №1 ($c_1$), пожежа №2 ($c_2$), певна вологість повітря ($c_3$), певна температура повітря ($c_4$), певний напрямок вітру ($c_5$), певна швидкість вітру ($c_6$), певний ступінь дозрівання пшениці на полі ($c_7$) і так далі ($...c_n$). Порівнявши реальний світ S із гіпотетичним світом S', у якому пожежі №1 ($c_1$) не було ($S \setminus S' = \{c_1\}$), ми робимо висновок, що пожежа №1 ($c_1$) не необхідна для згоряння поля ($q$), а отже, згідно з тестом «якби не», виходить, що вона не є причиною згоряння поля (див. Таблицю 2.5). Те ж саме стосується і пожежі №2.

---

[218] Note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review, 130*, 2163–2182, 2164; Wright, R. W. (1985), 1786.

[219] Schaffer, J. (2003). Overdetermining causes. *Philosophical Studies, 114*, 23–45, 23.

[220] Stapleton, J. (2008). Choosing what we mean by "Causation" in the Law. *Missouri Law Review, 73*, 433–480, 438; Stapleton, J. (2010). Factual causation. *Federal Law Review, 38*(3), 467–484, 474.

***Таблиця 2.5.*** Порівняння реального і гіпотетичного світів при надлишковій причинності

| S | S' |
|---|---|
| $\{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7, \ldots c_n\}$ | $\{c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7, \ldots c_n\}$ |
| $q$ | $q$ |

Утім такий результат є хибно заперечним, адже цілком очевидно, що кожна із двох пожеж відіграла певну роль у настанні кінцевого результату.

Щоб уникнути цього парадоксу, в науці було запропоновано декілька підходів. Перший із них полягає в уточненні опису шкоди. Згідно з цим підходом як шкоду слід розглядати не просто «згоріле поле», а «поле згоріле точнісінько так, як воно згоріло», враховуючи розташування кожної вуглинки і кожної билини на згарищі.

За цим підходом у тест «якби не» пропонується внести якомога більше конкретики: замість того, щоб запитувати «Чи згоріло б поле, якби не пожежа №1?», пропонується запитувати: «Чи згоріло б поле точнісінько так, як воно згоріло, якби не пожежа №1?». На перший погляд, підхід не позбавлений слушності, адже розповсюдження вогню у випадку з двома пожежами і у випадку з однією пожежею — було б різним, а, отже, згарища також мали б різний вигляд, якщо порівнювати їх, беручи до уваги найдрібніші мікроскопічні деталі.[221]

Проте підставою для пред'явлення позову є якраз-таки просто «згоріле поле», а не те, що згарище виглядає так, а не інакше. Більше того, уявімо, що раніше, до пожеж, підрядник всупереч умовам договору засіяв поле не зі сходу на захід, а із півночі на південь. Це також вплине на те, як виглядатиме згарище, але не можна сказати, що неналежне виконання умов договору підрядником у цьому випадку є причиною шкоди, завданої власникові поля.

Ще одна підстава для критики підходу заснована на тому, що є випадки, коли шкода залишається точнісінько такою, навіть у гіпотетичному світі, у якому ми виключили одну із обста-

[221] Becht, A. C., & Miller, F. W. (1961). *The test of factual causation in negligence and strict liability cases*. Washington University, 18.

вин.[222] Прикладом може бути випадок, коли двоє шахраїв незалежно один від одного схиляють потерпілого придбати акції збиткового товариства.[223] Якщо припустити, що кожен із двох шахраїв навіть поодинці був достатньо переконливим, щоб потерпілий уклав договір, то в такому разі шкода — це втрата інвестованих коштів, і ця шкода залишається такою ж і в гіпотетичному світі, у якому ми припускаємо, що потерпілого схиляв тільки один шахрай.

Є ще один подібний прийом. Він також передбачає конкретизацію, але не характеру шкоди, а способу її виникнення. Тобто, слід запитувати «Чи настав би наслідок тоді і так, як він настав, якби не та або інша обставина?».[224] Застосовно до двох пожеж, питання було б таким «Чи згоріло б поле у такий-то час від розповсюдження двох пожеж, якби не було пожежі №1?». Звісно, що відповідь заперечна: поле б згоріло *від однієї* пожежі (і, напевне, *в інший час*). Однак Р. Райт слушно зауважує, що за такого підходу має місце доказування через тавтологію, оскільки запитання тесту умисно сформульовано так, щоб отримати потрібну відповідь.[225] Власне, в самому запитанні уже міститься відповідь, позаяк у ньому стверджується, що поле згоріло «*від* двох пожеж», а це означає не що інше, як те, що, на думку запитуючого, поле згоріло *внаслідок* двох пожеж.

Парадоксальний результат у випадку із двома пожежами, як і в інших випадках надлишкової причинності, зумовлений тим, що тест «якби не» ідентифікує як причину *необхідну* умову результату. Однак коли йдеться про надлишкову причинність, дві обставини дублюють одна одну так, що жодна із них не є необхідною. Такого хибно заперечного результату мож-

---

[222] Coady, D. (2002). Testing for Causation in Tort Law. *Australian Journal of Legal Philosophy, 27*(2), 83–95, 85.

[223] Note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review, 130*, 2163–2182, 2167.

[224] Див.: Moréteau, O. (2013). France: French tort law in the light of European harmonization. *Journal of Civil Law Studies, 6*, 759–801, 689; Hart, H. L. A., & Honoré, T. (1985). *Causation in the law* (2nd ed.). Oxford University Press, 124–125;, 235; Fleming, J. G. (1983). *The law of torts* (6th ed.). Law Book Co., 173–174; Keeton, R. E. (1963). *Legal cause in the law of torts*. Columbus: Ohio State University Press, 7; Rizzo, M. J. (1981). The imputation theory of proximate cause: An economic framework. *Georgia Law Review, 15*(4), 1007–1038, 1020.

[225] Wright, R. W. (1985), 1778.

на було б уникнути, якби тест постулював причинність через поняття *достатньої* умови. Однак річ у тому, що одна-єдина обставина вкрай рідко (якщо взагалі коли-небудь) може бути достатньою для результату. Дійсно, описуючи фабулу словами, ми вказали, що кожної окремої пожежі було б «достатньо», аби усе поле згоріло. Однак насправді малося на увазі, що пожежа є достатньою, якщо сприймати решту обставин за даність (вологість і температуру повітря, швидкість і напрямок вітру, ступінь дозрівання пшениці і т. д.). Очевидно, що під час зливи пожежа б не розповсюдилася на все поле. Відтак, самої пожежі (№1 чи №2) недостатньо для згоряння усього поля (адже можливим є світ, де пожежа є, але поле не згорає вщент). Насправді достатньою умовою згоряння усього поля є певна множина обставин, необхідним елементом якої є пожежа. Це добре видно із більш точного опису реального світу через логічну формулу $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7, \ldots c_n\}$.

**2.2.3. Тест NESS.** Синтез необхідності і достатності досягається через тест NESS (*necessary element of the sufficient set*, необхідний елемент достатнього набору), який уперше був сформульований Гартом і Оноре і набув подальшого розвитку в роботах Річарда Райта.[226] Тест NESS постулює причинність не виключно через поняття необхідної умови, а підпорядковуючи необхідність достатності.[227] Завдяки цьому він точніший, ніж тест «якби не», і за його допомогою можна дати раду випадкам надлишкової причинності.

Згідно з тестом NESS «досліджувана обставина є причиною певного наслідку, якщо і тільки якщо вона була *необхідним* елементом множини дійсних обставин, *достатньої* для настання відповідного наслідку».[228] При цьому спеціально наголошується, що в реальному світі можуть співіснувати одночасно декілька достатніх множин.

---

[226] Wright, R. W. (1988). Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: Pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review, 73*, 1001–1077; Wright, R. W. (2011). The NESS account of natural causation: A response to criticisms. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (pp. 285–322). Wright, R. W. (1985). Causation in tort law. *California Law Review, 73*(6), 1735–1828.

[227] Wright, R. W. (1985), 1803–1804.

[228] Ibid., 1790.

Отже, згідно з тестом NESS, у межах множини обставин реального світу S = {$c_1$, $c_2$, $c_3$, $c_4$, $c_5$, $c_6$, $c_7$, ... $c_n$} слід виокремити підмножину U (де U ⊂ S), яка є достатньою для настання певного наслідку (*q*). У такому разі причиною наслідку слід вважати кожну обставину ($c_x$), яка є необхідним елементом достатньої підмножини U. Тобто обставина *cx* є причиною, якщо в разі її виключення із підмножини U підмножина U перестає бути достатньою. Інакше кажучи, $c_x$ є причиною *q*, якщо:

$$c_x \in U, \text{ де } (U \Longrightarrow q) \wedge (\sim((U \setminus c_x) \Longrightarrow q)). \quad (15)$$

Так, у випадку із двома пожежами в межах реального світу S ми можемо виокремити підмножину $U_1$, до якої входить тільки пожежа №1 ($c_1$) і відповідні природні умови: вологість повітря ($c_3$), температура повітря ($c_4$), напрямок вітру ($c_5$), швидкість вітру ($c_6$), ступінь дозрівання пшениці на полі ($c_7$). Ця підмножина є достатньою для настання наслідку, оскільки не може бути так, щоб усі обставини цієї підмножини були наявними, але при цьому поле не згоріло. В той же час, якщо із підмножини $U_1$ виключити пожежу ($c_1$), то множина перестає бути достатньою для настання наслідку (натомість якщо виключити обставину, що президентом країни є особа чоловічої статі ($c_y$), це, на жаль, не змінить нещасливого наслідку, що означає, що $c_y$ не є необхідним елементом $U_1$). Таким чином, слід виснувати, що пожежа №1 є причиною згоряння поля. Аналогічні міркування застосовні і до пожежі №2. Тож у кінцевому підсумкові згідно з тестом NESS кожна із пожеж визнається причиною згоряння поля.

Тест NESS допускає, що із множини обставин реального світу можна скомпонувати декілька підмножин, достатніх для настання того або іншого наслідку. Уявімо, що троє людей обіперлися об автомобіль, він посунувся і рухнув зі стрімкого схилу.[229] Якщо припустити, що для того, аби посунути автомобіль, було достатньо ваги двох людей, то існує три комбінації, кожна з яких була б достатньою (перша людина із другою, перша із третьою, друга із третьою). Таким чином, хоча дії кожної окремої людини не були ані необхідними, ані достатніми для настання наслідку, дії кожної окремої людини згідно з тестом

[229] Stapleton, J. (2010). Factual causation. *Federal Law Review,* 475; note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review, 130*, 2163–2182, 2172.

NESS визнаються причиною відповідного наслідку, оскільки серед усіх обставин реального світу можна виокремити достатню підмножину, для якої дії цієї людини є необхідним елементом.

При застосуванні тесту NESS допускається *дезаґреґація*. Тобто, якщо певна обставина реального світу є вимірюваною в числових показниках (наприклад, швидкість руху, прикладена сила, вага тощо), то при компонуванні достатніх підмножин відповідна величина може бути зменшена, так, щоб у сукупності з іншими обставинами вона була достатньою для результату, але не більше, ніж достатньою. Р. Райт наводить такий приклад.

> «Уявімо, що є трос, максимальне допустиме навантаження якого одна тонна, за умови, що трос не пошкоджений. *C* через недбалість ослаблює трос (приміром, підрізаючи кілька дротів у ньому), так що тепер він обірветься, якщо навантаження становитиме одну тонну. *D* через недбалість перевантажує трос двотонним вантажем, який би призвів до розриву, навіть якби трос не був ослаблений. Трос обривається у місці ослаблення і вантаж падає, завдаючи шкоди *P*».[230]

Якщо не допускати дезаґреґації дій *D*, то отримаємо, що існує лише одна достатня підмножина, до складу якої входять дії *D*, котрий перевантажив трос двотонним вантажем, але не входять дії *C*, котрий ослабив трос. Звідси слідує, що дії *C* не є причиною розриву троса, однак такий висновок, видається, не відповідає дійсності, оскільки трос розірвався не в якому іншому місці, а саме в місці ослаблення. А це вказує на те, що ослаблення троса відіграло певну роль у настанні кінцевого наслідку.

Натомість, якщо допустити дезаґреґацію, то можна скомпонувати підмножину, до якої входить ослаблення троса (дії *C*), і навантаження троса однотонним вантажем (дезаґреґовані дії *D*). Така підмножина є достатньою, і дії *C* у ній є необхідними, а отже, за умови допустимості дезаґреґації дії *C* визнаються причиною розриву троса.

**2.2.4. Асиметрична надлишкова причинність.** Асиметричну надлишкову причинність називають іще випереджаючою при-

[230] Wright, R. W. (1985), 1788.

чинністю.[231] Як приклад такої причинності в літературі часто наводиться фабула, де один зловмисник стріляє в потерпілого якраз за мить до того, як той збирався випити чай, отруєний іншим зловмисником.[232] У цій фабулі смертоносний ефект отрути було випереджено пострілом. Якщо застосовувати тест «якби не», то знову отримаємо парадоксальний результат: постріл не є причиною смерті, оскільки, навіть якби цього пострілу не було, потерпілий би все одно загинув від отрути. Таким чином, якщо при симетричній надлишковій причинності є дві обставини, які насправді мали місце, то при асиметричній — є одна обставина, яка мала місце (потрапляння кулі в потерпілого), і інша — яка *мала би* місце (потрапляння отрути в організм), якби не перша. Отож, говорять, що є причина випереджаюча (постріл) і причина випереджена (отрута). Як зауважує Джонатан Шафер (J. Schaffer), випереджаюча причина пов'язана із процесом, який призвів до результату, а випереджена — із процесом, який перервався.[233]

Якщо застосувати до цієї фабули тест NESS, то із обставин реального світу ми зможемо скомпонувати тільки одну достатню підмножину, до якої входить постріл і не входить отруєння. Нам не вдасться скомпонувати достатню підмножину, необхідним елементом якої було б отруєння, бо згідно із тестом NESS елементами достатньої підмножини можуть бути лише обставини, які дійсно мали місце в реальному світі ($U \subset S$, де $U$ — це достатня підмножина, а $S$ — множина обставин реального світу), однак у реальному світі отрута не потрапила в організм. Отже, згідно із тестом NESS причиною смерті є постріл, а не отруєний чай.

**2.2.5. Фабула Мак-Лафліна.** Утім є випадки, коли досить непросто визначити, яка обставина є випереджаючою причиною, а яка — випередженою. До таких випадків належить гіпотетична фабула Мак-Лафліна (McLaughlin's hypothetical), у якій *D* виливає усю воду із кеґа *P* і заповнює кеґ сіллю якраз перед висадкою *P* у пустелі. Згодом *C* викрадає кеґ, вважаючи, що там

---

[231] Coady, D. (2002). Testing for Causation in Tort Law. *Australian Journal of Legal Philosophy, 27*(2), 83–95, 88.

[232] Wright, R. W. (1985), 1795.

[233] Schaffer, J. (2003). Overdetermining causes. *Philosophical Studies, 114*, 23–45.

вода, і P помирає від спраги.[234] Відповідно, постає питання: що стало причиною смерті P — дії D, який вилив воду із кеґів, чи дії C, який викрав кеґи?

З одного боку, можна міркувати так. Заповнення кеґа сіллю запустило певний хід подій (певний «процес» — за термінологією Дж. Шафера), і цей процес передбачав, що в якийсь момент часу P спробує випити води і не здатен буде цього зробити, і, як наслідок, помре від спраги. Утім цей процес було перервано, оскільки, перше ніж P спробував відпити води із кеґа — кеґ було викрадено. Тобто, викрадення перервало процес, запущений підміною води на сіль. З такої точки зору слід було б уважати, що причиною смерті є викрадення кеґа.

Проте можна міркувати й по-іншому. Кеґ було викрадено для того, аби зробити воду недоступною, однак у досягненні цієї мети крадія кеґа випередив той, хто підмінив воду на сіль. А отже, випереджаючою причиною є саме підміна води на сіль, а не викрадення кеґа. Власне, викрадення кеґа могло б мати який-небудь ефект, тільки якби в кеґові була вода. З такої точки зору причиною смерті є дії D, котрий підмінив воду на сіль, а не дії C, котрий викрав кеґ із сіллю.

На наше переконання, слушною є друга інтерпретація, адже має значення не те, що P не може скористатися кеґом, а те, що він не може скористатися кеґом, наповненим водою. Такої можливості він був позбавлений уже в ту мить, коли вода була замінена на сіль. Окрім того, якщо застосовувати до цієї фабули тест NESS, то нам удасться скомпонувати тільки одну достатню підмножину: вона включатиме підміну води на сіль і не включатиме викрадення кеґа. На перший погляд може здатися, що можна скомпонувати й іншу підмножину, до якої входить викрадення кеґа і не входить підміна води на сіль. Однак як уже наголошувалося, компонування підмножин допускається тільки із обставин, які дійсно мали місце в реальному світі, а в реальному світі мало місце викрадення кеґа із сіллю, і ніколи не мало місце викрадення кеґа з водою (порівняймо із випадком симетричної надлишковості: і пожежа №1, і пожежа № 2 мали місце в реальному світі).

---

[234] McLaughlin, J. (1925). Proximate Cause. *Harvard Law Review, 39*(2), 149–199,155. Див. також: Coady, D. (2002), 92–94.

**2.2.6. Надлишкова причинність завдяки двом бездіяльностям.** До цього ми наголошували, що у тесті NESS для компонування достатніх підмножин можна брати тільки обставини, які дійсно мали місце, тобто обставини, що належать до множини обставин реального світу. Іншими словами, дозволено тільки «віднімати» певні обставини від реального світу, і не дозволено додавати нові, вигадані, обставини.

Утім, якщо йдеться про установлення причинного зв'язку між бездіяльністю і наслідком, то справа стоїть дещо інакше. Ми розглядаємо бездіяльність як обставину, хоча насправді це не так, бо бездіяльність — це заперечення певної обставини (тобто має місце не обставина «лікар вчасно не провів операцію», а заперечення обставини «лікар вчасно провів операцію»). Звідси виходить, що, коли ми від обставин реального світу віднімаємо «від'ємну» обставину, то це те ж саме, що додати «додатну» обставину. Тобто, коли ми моделюємо гіпотетичний світ, у якому *відсутня бездіяльність* лікаря, то ми моделюємо світ, у якому лікар діє. Тобто, по суті, ми додаємо обставину, якої в дійсності не було.

Ця особливість причинного аналізу породила чимало дискусій у контексті застосування простішого тесту «якби не», тож не дивно, що вона провокує різночитання і в контексті складнішого тесту NESS.

Уявімо таку ситуацію: власник здає автомобіль на СТО для того, щоб йому полагодили гальма. Однак через недбалість працівників СТО гальма не були полагоджені. Забравши автомобіль з СТО, власник їхав вулицею, коли її перетинав пішохід. Водій скоїв наїзд на пішохода, навіть не намагаючись загальмувати, бо в ту мить він, скажімо, відволікся на мобільний телефон. Отож маємо дві бездіяльності — працівників СТО, які не полагодили гальма, і водія, який не намагався ними скористатись. Відповідно, постає запитання, котра із цих бездіяльностей є причиною наїзду на пішохода.[235]

---

[235] Реальним прототипом цієї фабули є справа *Saunders System Birmingham Co. v. Adams*, 217 Ala. 621, 117 So. 72 (Ala. 1928). Суддя Сайре (Sayre, J.) так описує обставини цієї справи. «Відповідач, Saunders System, надала в оренду Берті Ґрін, як водієві, автомобіль. Машина під кермуванням водія вчинила наїзд на позивача, Адамса, завдавши йому ушкоджень, стосовно яких він і позивається, стверджуючи, що… відповідач через недбалість надав в оренду водієві автомобіль "гальма якого були дефектними й небезпечними"…». При цьому «малися докази, котрі свідчать,

Здавалося б, цю ситуацію можна розглядати як випадок випереджаючої причинності. Щоправда, тоді доведеться пояснити, яка із бездіяльностей випередила іншу. У такому руслі можна провести аналогію із фабулою Мак-Лафліна: бездіяльність СТО позбавила водія можливості зупиняти автомобіль, а тому, коли водій не спробував загальмувати, ефект від його бездіяльності уже був випереджений ефектом бездіяльності СТО. Звідси, бездіяльність СТО є причиною наїзду на пішохода.

Інше бачення пропонує Р. Райт:

> «Згідно з тестом NESS, очевидно, що недбалість *D* [водія] є випереджаючою причиною ушкоджень *P* [потерпілого], і необережність *C* [СТО] не причетна до цих ушкоджень. Не-намагання *D* [водія] використати гальма було необхідним для достатнього набору дійсних обставин, до яких не входить не-полагодження гальм *C* [СТО]... Не-намагання скористатися гальмами матиме негативні наслідки незалежно від того, гальма справні чи ні. З іншого боку, не-полагодження гальм не було необхідним елементом жодного набору дійсних обставин, котрий би був достатнім для настання ушкоджень. Пошкоджені гальма будуть мати дійсний причинний ефект тільки за умови, що хтось спробує ними скористатися, утім цього не трапилося в описаній справі. Потенційно негативний причинний ефект не-полагодження гальм був випереджений відсутністю спроби ними скористатися».[236]

Цікаво, що, аналізуючи гіпотезу Мак-Лафліна, Р. Райт доходить висновку, що причиною смерті є підміна води на сіль, а не викрадення кеґу.[237] Такий висновок може здатися непослідов-

---

що позивачеве ушкодження було спричинене не внаслідок дефекту гальм, а радше через те, що водій, рухаючись на великій швидкості через людне перехрестя, не скористався, або не намагався скористатися гальмами, встановленими на автомобіль».

Аналіз фабули в різних авторів див.: Becht, A. C., & Miller, F. W. (1961). The test of factual causation in negligence and strict liability cases. *Washington University*, 95–98; Green, L. (1962). The causal relation issue in negligence law. *Michigan Law Review, 60*(5), 569. Stapleton, J. (2008). Choosing what we mean by "Causation" in the Law. *Missouri Law Review, 73*, 433–480, 477–478; Wright, R. W. (1985), 1761–1763, 1787, 1801.

[236] Wright, R. W. (1985), 1801.

[237] Ibid., 1802.

ним,[238] але сам автор пояснює його тим, що випадок із кеґом відмінний від випадку з гальмами, оскільки у ньому припускається, що людина би скористалася водою, якби мала таку змогу.[239]

Дж. Степлтон, критикуючи підхід Р. Райта, ставить риторичне питання, наскільки взагалі доречно говорити, що ефект однієї бездіяльності випередив ефект іншої бездіяльності, позаяк бездіяльності — це події, які не відбулися, і тому призначення їм часових координат видається сумнівним.[240] До речі, якщо вже й говорити про часові координати бездіяльностей, то, напевне, слід було би брати за основу час, у який відповідні діяльності повинні були б відбутися. А з такої точки погляду, очевидно, що полагодження гальм — це бездіяльність, яка (не) «відбулася» першою.

Фабула Мак-Лафліна була дійсно асиметричною: бо одна обставина, необхідна для достатнього набору (заміна води сіллю) дійсно мала місце, тоді як інша (викрадення кеґу з водою) — тільки мала *би* місце, якби не перша. І доходячи висновку, про те, що саме перша є причиною, ми якраз-таки спиралися на те, що друга в дійсності не існувала.

Однак у випадку із несправними гальмами маємо симетрію. Адже, оскільки йдеться про дві бездіяльності, ми можемо скомпонувати дві достатніх підмножини, у кожній з яких буде одна бездіяльність, яка «мала місце насправді», і одна обставина, якої насправді не було. Одна достатня підмножина включатиме не-полагодження гальм СТО (що відповідає дійсності) і намагання водія їх використати (чого не було); інша підмножина включатиме: полагодження гальм СТО (чого не було) і не-намагання водія їх використати (що відповідає дійсності). Таким чином, цей випадок слід розглядати як приклад симетрично надлишкової причинності, а це означає, що кожна із бездіяльностей має вважатися причиною ушкодження пішохода.

Таким чином, тест «якби не» дає хибно позитивний результат у випадку надлишкової причинності, оскільки він зорієнтований на виявлення того, що є *необхідним* для наслідку, і не враховує того, що є *достатнім* для наслідку. На противагу цьо-

---

[238] Stapleton, J. (2008), 478.

[239] Wright, R. W. (1985), 1802.

[240] Stapleton, J. (2008), 478.

му, тест NESS (необхідна умова достатнього набору) точніше відображає дійсність, підпорядковуючи необхідність достатності. Він ураховує те, що в реальному світі можуть співіснувати одночасно декілька наборів обставин, кожен з яких є достатнім для настання одного й того ж наслідку. Це дозволяє концептуально послідовно розв'язувати складні випадки так званої надлишкової причинності. У той же час, якщо у певному випадку із усіх обставин дійсності ми можемо виокремити лише один набір, який є достатнім для відповідного наслідку, то тест NESS зводиться до тесту «якби не». Тож тест «якби не» — це лише окремий випадок складнішого тесту NESS, так само як теорема Піфагора — лише окремий випадок теореми косинусів.

## § 2.3. Дублювання шкоди[241]

**2.3.1. Постановка проблеми.** На початку цього розділу уже згадувався випадок, коли водій, виїжджаючи із гаража, пошкодив крило автомобіля, а потім потрапив в аварію, у якій йому пошкоджено те ж саме крило. Особливість цієї ситуації в тому, що із певним інтервалом у часі (тобто послідовно, а не одночасно) трапляються дві події, що призводять до одного і того ж наслідку. Такі випадки називають дублюванням шкоди (*duplicated harm*).[242]

Схожими були обставини відомої англійської справи *Performance Cars Ltd v. Abraham*.[243] У цій справі належний компанії-позивачеві Роллс-Ройс потрапив у незначну ДТП: внаслідок удару неістотно постраждала задня частина кузова. Та, оскільки це автомобіль люкс-класу, слід було перефарбувати всю нижню частину кузова, щоб не було ані найменшої різниці між свіжопофарбованою частиною і рештою автомобіля. Оскільки винуватцем аварії був водій іншого авто, його було зобов'язано відшкодувати вартість малярних робіт із фарбуван-

---

[241] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. (2020). Дублювання шкоди в деліктному праві. *Проблеми законності*, 151, 31–41.

[242] Fischer, D.A. (1999). Successive causes and the enigma of duplicated harm. *Tennessee Law Review, 66*, 1127–1166.

[243] [1962] 1 QB 33.

ня усієї нижньої частини кузова. Утім рішення суду не було виконане, оскільки у відповідача не стало коштів. Через два тижні по тому той же Роллс-Ройс знову потрапив в аварію. На цей раз удар припав на переднє крило автомобіля, і потребувалося лише перефарбування, але, як і раніше, слід було перефарбовувати не саму лише пошкоджену деталь, а всю нижню частину кузова. Компанія пред'явила позов до другого водія, який визнав свою провину, і вимагала відшкодувати повну вартість перефарбування нижньої частини кузова. На думку компанії, той факт, що авто раніше вже було пошкоджено першим відповідачем, — це побічна і цілком випадкова обставина, яка ніяк не стосується другого відповідача (*res inter alios acta*) і не скасовує того, що він мусить відповідати за власну недбалу поведінку.

Ця справа виразно ілюструє, наскільки важливо чітко визначитися із тим, щодо чого саме має встановлюватися причинний зв'язок: адже, якщо причинний зв'язок належить установлювати стосовно ушкодження автомобіля, то, поза всяким сумнівом, дії другого відповідача є причиною ушкодження; але якщо причинний зв'язок належить установлювати стосовно необхідності малярно-кузовних робіт, то дії другого відповідача не є причиною такої необхідності, позаяк вона виникла раніше — за два тижні до того, внаслідок першого інциденту. Таким чином, дії другого відповідача є причиною певних змін, що сталися у фізичному світі, а саме — пошкодження лакофарбового шару на передньому крилі Роллс-Ройса. Однак його дії не є причиною жодних економічних втрат, оскільки економічні втрати полягають у необхідності витратити кошти на відновлювальний ремонт, а виникнення цієї необхідності у часі передувало другій ДТП, а отже, ніяк не може вважатися наслідком останньої.

**2.3.2. Шкода і збитки.** Цю проблему цікаво розглянути в контексті розмежування шкоди і збитків. Якщо додержуватися тієї думки, що шкода — це негативні зміни в матеріальному світі, а збитки — це грошовий вираз цих негативних змін,[244] то

---

[244] Див.: Борисова, В.І., Спасибо-Фатєєва, І.В., Яроцький, В.Л. (Ред.). (2011). *Цивільне право: підручник. Т.1*. Харків: Право, 375; Борисова, В.І., Спасибо-Фатєєва, І.В., Яроцький, В.Л. (Ред.). (2011). *Цивільне право: підручник. Т.2*. Харків: Право, 730; Карнаух, Б. П. (2014). *Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія*. Харків: Право, 91; Бурлака, І. В. (2016). *Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої без вини*. Харків: Право, 75–76; Отраднова, О. О. (2014). Проблеми вдосконалення

отримаємо, що дії другого відповідача є причиною шкоди, але не є причиною збитків. Звідси слідує, що другого відповідача не може бути зобов'язано до відшкодування збитків, бо власне збитків він жодних не спричинив.

Схоже розмежування властиве й англомовній літературі. Так, згідно зі Зводом деліктного права (другим) слід розрізняти два терміни: «*injury*» і «*harm*». Перший позначає «втручання в будь-який легально захищуваний інтерес іншої особи», тимчасом як другий позначає «втрати або фактичні збитки будь-якого типу, яких зазнає особа з будь-якої причини» (§7). Отож, як відзначає Д. Фішер (D.A. Fischer), може бути «*injury*» без «*harm*» і навпаки.[245]

Суголосною до зазначеного є і дещо інша лінія аргументації, в рамках якої пропонується розділяти два питання: питання наявності причинного зв'язку і питання обчислення розміру відшкодування.[246] У такому річищі виходить, що відповідь на

---

механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 107.

[245] Fischer, D.A. (1999). Successive causes and the enigma of duplicated harm. *Tennessee Law Review, 66*, 1127–1166, 1127.

[246] Д. Фішер щодо цього зазначає:

> «[у] деліктних справах суди часто розглядають доказування причинного зв'язку зі шкодою і доказування розміру збитків, необхідних для компенсації цієї шкоди як окремі питання, що передбачають різні стандарти доказування. <…> Використання такого двокрокового процесу призводить до подвійної дози тесту «якби не». По-перше, більшість судів використовують тест «якби не», щоб визначити, чи була шкода заподіяна відповідачем. По-друге, вони оцінюють шкоду шляхом використання аналогічного тесту, оскільки збитки конструюються так, щоб повернути позивача до становища, у якому він був би, якби відповідач протиправно не заподіяв йому шкоди» (Виноски опущено. — Б. К.). Fischer, D.A. (1999), 1132–1133.

У такому ж напрямку міркує і У. Ваґнер, вказуючи що

> «[д]ля того, аби дістати відшкодування, позивач має довести, що його втрати були викликані відповідачевим правопорушенням. Це означає дві речі: Перше, він має довести, що його фізичне каліцтво було спричинене відповідачем, наприклад, що зламані ноги чи руки стали наслідком відповідачевого недбалого кермування. Друге, позивач має довести, що ці фізичні каліцтва потягли за собою збитки, наприклад, що через зламані ноги чи руки він був прикутий до ліжка протягом чотирьох місяців, а отже, страждав від утрати здатності заробляти. Важливість цієї другої вимоги не слід недооцінювати, адже дуже часто суди й автори правничих публікацій нехтують нею. Тим не менше, цілком можливо, що позивач страждає від серйозного каліцтва, але не може дістати відшкодування, бо його каліцтва не потягли за собою збитків». Wagner, U. (1972). Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases. *Osgoode Hall Law Journal, 10*(2), 369–397, 381.

питання про наявність причинного зв'язку є ствердною, однак на етапі визначення розміру належного позивачеві відшкодування ми доходимо висновку, що цей розмір дорівнює нулю. Здається, саме таку аргументацію мав на увазі Лорд Гарман, який розпочав викладення своєї думки у справі *Performance Cars Ltd v. Abraham* словами: «Єдине питання перед нами — це питання розміру збитків, що виникли від зіткнення Апелянтового Тріумфа із Позивачевим Роллс-Ройсом...».[247]

Однак можна виходити із того, що юридично компенсабельна шкода — це не є зміни у фізичному світі як такі, а їхні економічні наслідки у вигляді вимірюваних на гроші втрат (оскільки зазвичай присуд у деліктній справі загладжує саме економічні втрати, а не безпосередньо ті прикрі зміни, які їх викликали; більше того, у багатьох випадках виправити такі зміни взагалі неможливо). У такому разі підставою для відмови в позові слугуватиме відсутність причинного зв'язку (із юридично компенсабельною шкодою).

За такого потрактування справа *Performance Cars Ltd v. Abraham* нагадує випадок асиметричної надлишкової причинності: адже друга аварія призвела б до необхідності перефарбування, якби її не випередила перша аварія, яка уже викликала цю необхідність. А це означає, що згідно із тестом NESS тільки перша аварія є причиною шкоди, оскільки необхідним елементом достатнього набору завжди є той факт, що шкода іще не завдана. Відповідно, скомпонувати із обставин реального світу набір таких обставин, до якого входила б друга аварія, неможливо.[248]

Але так чи інакше, у практичному сенсі «не-завдання шкоди» і «завдання шкоди в розмірі нуль» — одне і те ж саме. Тому, незалежно від того, чи ми розмежовуємо питання причинного зв'язку і обчислення збитків, чи ми вважаємо, що юридично компенсабельна шкода — це економічні втрати (а не прикрі зміни в реальному світі як такі), висновок один — відшкодову-

---

Див. також: King, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal, 90*(6), 1353–1397, 1353–1355; Wright, R. W. (1985), 1798–1801.

[247] *Performance Cars Ltd v. Abraham* [1962] 1 QB 33.

[248] Quill, E. (2002). Successive Causes and the Measurement of Damages. *Irish Jurist*, 37, 91–112, 110.

вати вартість ремонту має той, хто першим викликав необхідність цього ремонту.

У справі *Performance Cars Ltd v. Abraham* позивачеві не пощастило: водій, який першим викликав необхідність ремонту, виявився неплатоспроможним. Однак імовірність того, що деліквент може виявитися не здатним задовольнити вимогу про відшкодування — існує завжди. І суд вирішив, що в цій справі немає підстав переносити ризик неплатоспроможності деліквента із потерпілого на другого відповідача. Лорд Евершед (Evershed) зауважив:

> «Це, безумовно, прикро для Позивачів, що зіткнення сталися у такій послідовності, у якій вони сталися. Якби першим було зіткнення, яке спричинив Апелянт, і їм було б відшкодовано шукані тепер £75 за його рахунок, то вони вочевидь не могли б вимагати тієї ж суми знову від іншого порушника. Утім, на мій погляд, те, що рішення, ухвалене проти іншого порушника, виявилося марним, хоча й прикро для Позивачів, однак не має жодного значення для справи».

Іншими словами, другому водієві поталанило зіткнутися з уже пошкодженим автомобілем, тоді як потерпілому не поталанило зазнати шкоди від того, хто фінансово не спроможний її відшкодувати. Відверто кажучи, право цілком могло б відібрати талан у другого водія і віддати його потерпілому. Така ситуація зовсім не видається абсурдною, бо праву не чужа функція розподіляти ризики від випадкових подій. Однак для того, щоб змінити первісний розподіл «таланів», має бути достатня підстава. І не можна сказати, щоб такої підстави зовсім не було в справі *Performance Cars Ltd v. Abraham*. Адже, навіть якщо другий відповідач і не був причиною шкоди (або був причиною нульової шкоди), він, тим не менше, поводився необережно, а значить, є винуватим у недбалому ставленні до інтересів позивача. І ця обставина могла б послугувати причиною для перенесення на другого відповідача ризику неплатоспроможності першого відповідача. Такого результату можна було б досягти, якби визнати обох водіїв солідарно відповідальними за завдану шкоду. Утім солідарна відповідальність виникає за умови, що заподіювачі шкоди діяли спільно, чого в наведеній справі не було. Запровадити режим солідарної відповідальності для

таких випадків, як у справі *Performance Cars Ltd v. Abraham*, — означало б створити нову норму права, або, як часто це називають у доктрині загального права — прийняти політичне рішення, тобто таке рішення, яке не застосовує уже чинне право, а визначає правову політику щодо певного питання.

Суд не визнав це за необхідне і дійшов висновку, що в цій справі право має йти слідами випадковості: той, кому поталанило, має залишитися при своєму, і так само той, кому не поталанило, має бути залишений там, де він є.

**2.3.3. Шкода життю і здоров'ю.** Іншого підходу вимагають справи, у яких ідеться про завдання шкоди життю і здоров'ю. Особливість цих справ, по-перше, у тому, що життя і здоров'я — найвища соціальна цінність, і це виправдовує ширший обсяг їх правового захисту засобами деліктного права. По-друге, у разі завдання тілесних ушкоджень виникає особливий вид економічних втрат, які мають триваючий характер,[249] а саме — втрата працездатності. На відміну від пошкодження майна, яке викликає необхідність здійснення разових витрат на його відновлення, зменшення працездатності — це економічні втрати, які тривають у часі і подеколи можуть існувати упродовж усього життя потерпілого. Особливий у темпоральному вимірі характер шкоди зумовлює особливості аналізу причинного зв'язку у таких справах.

У справі *Baker v. Willoughby*[250] позивача, пана Бейкера, було збито автомобілем на перехресті, внаслідок чого він зазнав серйозного ушкодження лівої ноги й щиколотки. Це позначилося на його працездатності і він був вимушений змінити місце роботи. Через три роки, змінивши декілька місць роботи, він влаштувався сортувальником металобрухту. Одного дня на сортувальний пункт увірвалися грабіжники, і, погрожуючи зброєю, вимагали грошей. Коли пан Бейкер відмовив, один зі зловмисників вистрелив у нього і поцілив у хвору ногу. Вогнепальне поранення викликало серйозні ускладнення і ногу довелося ампутувати.

Після цього винуватець ДТП, у якій потерпілому було пошкоджено ногу, звернувся до суду, наполягаючи на тому, що

---

[249] Van Dam, C. (2013). *European tort law* (2nd ed.). Oxford University Press, 337.

[250] [1970] AC 467.

належна із нього сума відшкодування має бути зменшена з огляду на те, що після пограбування скоєне ним ДТП більше не може вважатися причиною втрати працездатності потерпілого — відтепер такою причиною є вогнепальне поранення кінцівки та її наступна ампутація. Відповідач вказував, що друга травма призвела до втрати самої кінцівки, що її хворий стан зумовлював непрацездатність, а тому жодні втрати, яких відтоді зазнає потерпілий, не можуть бути приписані недбалості відповідача. На його думку, друга травма поглинула або скасувала ефект першої травми, і всі втрати відтепер мають бути віднесені на рахунок другої травми.

Однак Палата Лордів не погодилася із таким міркуванням і дійшла висновку, що винуватець ДТП продовжує залишатися відповідальним за втрату працездатності, зумовлену ушкодженням ноги, навіть і після того, як цієї ноги більше немає. Такий висновок було пояснено тим, що відповідач неправильно розуміє, що є предметом компенсації в цьому випадку. Лорд Рейд зауважив:

> «Чоловікові компенсується не за тілесне ушкодження: йому компенсується за втрати, яких він зазнає внаслідок цього ушкодження. Його втрати — не в тому, що він має кульгаву ногу; вони — у нездатності вести повноцінне життя, нездатності насолоджуватися зручностями, що залежать від свободи пересування, і нездатності заробляти стільки, скільки він заробляв раніше або міг би заробляти, якби не інцидент. Ніщо із цього не було зменшене другим ушкодженням. Тож, які підстави вважати що воно [друге ушкодження] нівелювало чи стерло втрати [від першого]?».

Подібним чином висловився і Лорд Пірсон:

> «Наступна подія не зробила Позивача ані менш кульгавим, ані менш позбавленим зручностей. Вона не скоротила період його страждань. Вона зробила його тільки більше кульгавим, більше обмеженим у можливостях і більше позбавленим зручностей. Він не повинен отримувати менше відшкодування через те, що йому навіть гірше, ніж можна було очікувати <...> Первісний інцидент спричинив те, що можна назвати "знеціненням" позивача, у тому смислі, що він викликав зменшення його загальної здатності виконувати дії, заробляти гроші

> й насолоджуватися життям. За це знецінення первісний деліквент мусить залишатися і залишається відповідальним повною мірою, якщо тільки до моменту визначення розміру збитків не станеться щось таке, що або зменшує знецінення (наприклад, несподіване одужання від негативних наслідків інциденту) або, скорочуючи тривалість життя, зменшує період, протягом якого позивач потерпатиме від знецінення».

Таким чином, висновок у справі *Baker* ґрунтується на міркуваннях про те, що саме слід вважати юридично компенсабельною шкодою у випадку завдання тілесних ушкоджень і наступної втрати працездатності.[251] Палата Лордів дійшла висновку, що шкодою є не самі по собі негативні зміни в організмі потерпілого, а той економічний ефект, який вони за собою тягнуть і який полягає у втраті раніше доступних людині можливостей (насолоджуватися життям, користуватися вигодами, виконувати дії, заробляти гроші). За такого розуміння шкоди справа *Baker* вирішується аналогічно до випадків асиметричної надлишкової причинності. Адже, якщо шкода полягає у втраті можливостей, зумовлених наявністю здорової кінцівки, то у завданні такої шкоди недбалий водій, скоївши наїзд на потерпілого, випередив грабіжників. Тобто, ДТП — це випереджаюча причина втрати працездатності, а вогнепальне поранення — причина випереджена.

Разом з тим, справа *Baker* все ж відрізняється від класичних випадків асиметричної надлишкової причинності, і, зокрема, від фабули, у якій потерпілого було застрелено за мить до того, як він мав випити отруєний чай.[252] В останньому випадку випереджена причина (отруєний чай) — пов'язана із процесом, який перервався: отрута не потрапила в організм і не справила жодного ефекту. Інша річ — у справі *Baker*: випереджена причина (постріл грабіжника) призвела до дійсних змін в організмі, і в цьому сенсі фізичний процес, запущений пострілом, не перервався, а набув повного

---

[251] Аналогічної позиції додержуються і канадські суди. Див.: *Berns v. Campbell* (1974), 8 O.R. (2d) 680 (H.C.); *Hicks v. Cooper* (1973), 1 O.R. (2d) 221 (C.A.); *Long v. Thiessen* (1968), 65 W.W.R. 577 (B.C.C.A.); *Masson v. Rowan*, [1988] 4 W.W.R. 430 (Man. Q.B.); *Stene v. Evans* (1958), 14 D.L.R. (2d) 73 (Alta. S.C. (A.D.).

[252] Fischer, D.A. (1999), 1147.

розвитку. Однак це не перешкоджає однаковому підходу до двох випадків за умови реконцептуалізації поняття компенсабельної шкоди.

У справі *Baker* Палата Лордів зосередила увагу на економічних наслідках ушкодження кінцівки. Однак не можна залишати поза увагою того, що у такого ушкодження можуть бути (і, як правило, завжди є) наслідки психологічні у вигляді фізичного болю і страждань. І якщо йдеться про компенсацію моральної шкоди за біль і страждання, то в такому випадку аргумент першого відповідача за певних умов може виявитися цілком слушним. Адже, якщо після ДТП потерпілому дошкуляли хронічні болі в нозі, то такі болі, безумовно, припинилися із ампутацією,[253] і, як би дивно це не звучало, однак другий інцидент у цьому аспекті дійсно припинив триваючу (моральну) шкоду, що виникла внаслідок першого інциденту.[254] Відтак, важливий нюанс, який не дістав спеціальної уваги у справі *Baker*, полягає в тому, що, коли йдеться про тілесне ушкодження, необхідно розрізняти два розділи шкоди — економічну, що полягає у втраті численних можливостей, які має здорова людина, і моральну, яка полягає у фізичному болю. І при цьому нас не повинно збивати з пантелику, що обидва розділи компенсуються в грошовій формі, адже втрачені можливості не поновлюються, коли особі завдано іще більшого каліцтва, тоді як біль може припинитися.

Справу *Baker* важливо порівняти з іншою — на перший погляд схожою — справою, у якій суд, однак дійшов протилежного висновку. Це справа *Jobling v Associated Dairies Ltd.*[255] У цій справі позивач, пан Джоблінг, працюючи у м'ясній лавці, послизнувся на вологій підлозі. Через падіння в нього сталося зміщення міжхребцевого диска, і працездатність зменшилася

---

[253] Ibid., 1154.

[254] І загалом слід зауважити, що в окремих випадках делікт може разом зі шкодою приносити потерпілому й певну вигоду. У такому разі розмір принесеної деліктом вигоди має бути врахований при обчисленні суми відшкодування. Таке правило передбачене в § 920 Зводу (другого) деліктного права:

> «Коли відповідачева протиправна поведінка заподіяла шкоду позивачу чи його майну і тим самим принесла певну вигоду порушеним інтересам позивача, то вартість цієї вигоди має бути врахована в зменшенні збитків тією мірою, якою це відповідає справедливості».

[255] [1982] AC 794.

на 50 %. Його роботодавця було визнано винним у порушенні вимоги не допускати потрапляння на підлогу речовин, що роблять її слизькою і здатні спричиняти падіння (така вимога була передбачена Законом про офіси, магазини і приміщення залізниці 1963 року). Однак через три роки по тому в пана Джоблінга виявили серйозне захворювання спинного мозку — спондилогенну мієлопатію. Ця хвороба ніяк не була пов'язана із попереднім інцидентом, але вона призвела до повної втрати працездатності.

Як і в попередній справі, перед судом постало питання, чи повинен роботодавець, винний у першому інциденті, продовжувати залишатись відповідальним за триваючу шкоду від втрати працездатності після того, як стався другий інцидент. Однак на відміну від попередньої справи, на цей раз Палата Лордів відповіла заперечно.

В основу рішення було покладено такі аргументи. По-перше, головна мета відшкодування в деліктному праві — поставити потерпілого у таке становище, в якому він був би, якби не протиправна поведінка відповідача[256] — не в гірше і не в краще, а точнісінько в таке саме, настільки, наскільки це становище можна достеменно визначити (аргумент *restitutio in integrum*). Під таким кутом зору, якби не мала місця недбалість відповідача, то позивачеві довелося б самотужки нести тягар усіх збитків, пов'язаних із хворобою спинного мозку. Отже, якщо визнати, що після того як позивач захворів на мієлопатію, половину його збитків все одно мусить покривати роботодавець, то це б означало, що позивача поставлено в істотно краще становище, аніж те, в якому він би опинився, якби не недбалість роботодавця.[257]

По-друге, коли йдеться про втрату працездатності, суд обраховує, скільки міг би заробляти потерпілий, якби йому не було завдано шкоди. І, визначаючи розмір таких заробітків, англійський суд бере до уваги те, що прогнозовані доходи можуть знижуватися через низку випадкових природних

---

[256] Wagner, U. (1972). Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases. *Osgoode Hall Law Journal, 10*(2), 369–397, 380; McInnes, M. (1996). Causation in tort law: Back to basics at the Supreme Court of Canada. *Alberta Law Review, 35*, 1013–1034, 1017.

[257] Fischer, D.A. (1999), 1153.

факторів, які час від часу трапляються. Такі фактори дістали поетичну назву — «примхи долі» (*vicissitudes*).[258] І головною «примхою» визнаються хвороби. Імовірність різних недуг варто брати до уваги, обраховуючи розмір належних позивачеві збитків, адже припущення протилежного, що якби не завдання шкоди, то позивач працював би усе життя геть без єдиного лікарняного — видається нереалістичним.[259]

Лорд Кейт з цього приводу зауважив:

> «Оцінка збитків від тілесного ушкодження передбачає процес *restitutio in integrum*. Ціль у тому, щоб поставити позивача у таке ж становище, у якому він був би, якби не інцидент. Його становище не слід покращувати. Цей процес вимагає порівняти позивачеве становище в тому, що стосується його здатності насолоджуватися вигодами життя й заробляти гроші: яким воно було б, якби інцидент не стався, і яким воно є насправді після інциденту. При оцінюванні того, як обставини могли б скластися, якби не інцидент, принцип "зрадливої долі" вказує, що належить зважати на події, такі як хвороба, які нерідко трапляються в житті кожної людини. Якщо такими подіями нехтувати, то відшкодування може виявитися більшим, ніж потрібно, аби загладити наслідки інциденту, а такий результат був би несправедливим по відношенню до відповідача».[260]

---

[258] Докладніше див.: Borrowdale, A. (1983). Taking Account of Vicissitudes in the Assessment of Damages: An Anglo-Australian Perspective. *The International and Comparative Law Quarterly, 32*(3), 651–666.

[259] Цей аргумент бере свій початок від слів Лорда Бретта (Brett LJ) у справі *Philips v. London and South West Railway Company* [1879] 5 C.P.D. 280:

> «[н]авіть якби не сталося інциденту, могли б статися чимало інших обставин, які б перешкодили Позивачеві отримувати доходи, як раніше; він міг би бути скалічений хворобою, його могли б спостигнути звичайні нещастя і примхи долі; і оскільки щодо всіх цих обставин неможливо надати докази чи безпосередньо їх дослідити, то й не випадало б точно їх оцінити; але, тим не менше, якщо присяжні цілком знехтують цими обставинами, вони вчинять хибно, бо ці нещастя й примхи долі належиться брати до уваги. Це правда, що шанси життя не можуть бути достеменно прораховані, однак Суддя має скерувати присяжних, щоб вони враховували їх, щоб бути спроможними забезпечити справедливу й розумну компенсацію».

[260] *Jobling v Associated Dairies Ltd* [1982] AC 794.

По-третє, якщо уся сума відшкодування за втрату працездатності має бути визначена одразу (а не шляхом установлення періодичних платежів), то суду доводиться висловлювати припущення про те, які «примхи долі» у майбутньому імовірно могли б завадити потерпілому заробляти стільки, скільки він до цього звик заробляти. Однак якщо «примха» уже сталася, до моменту ухвалення судового рішення, то суду вже немає потреби міркувати над тим, що могло б статися — суд достеменно знає, що уже сталося. Коротко цей аргумент виражають словами «суд не припускає, якщо знає». Цей аргумент вказує на недопустимість обраховувати розмір відшкодування на основі припущень про очікуване трудове життя потерпілого, якщо в силу обставин, які уже сталися, достеменно відомо, що його реальне життя не є, і вже не буде таким, як очікувалось.

Як зауважив Лорд Брідж:

> «Оскільки суд не припускає, коли знає, то збитки від втрати заробітку мають бути відповідно зменшені, якщо позивачева працездатність до моменту судового розгляду направду знизилася від певної незалежної причини такого типу, котрий суд мусив би враховувати, застосовуючи принцип примхливої долі».[261]

На перший погляд рішення у справах Baker і Jobling суперечать одне одному. Однак між двома справами є кардинальна відмінність, яка виправдовує різні підходи. У справі Baker обидва інциденти (недбалість водія і злочин грабіжників) є деліктами, тоді як у справі Jobling перший інцидент (недбалість роботодавця) є деліктом, а другий (мієлопатія) — випадковістю (має не-деліктне походження).[262]

Обґрунтування, чому ця фактична відмінність має вирішальне значення — спирається на принцип, за яким «деліквент має приймати потерпілого таким, яким він є». Припустімо, що середня вартість автомобілів на дорогах міста — 5 тис. USD. Тим не менше, якщо комусь не поталанить зіткнутися із автомобілем вартістю 50 тис. USD, він не може вимагати зменшення належної з нього суми, посилаючись на те, що зазвичай аварія в цьому місті не повинна була б обходитися аж так дорого.

---

[261] Ibid.

[262] Quill, E. (2002), 101–102; Wagner, U. (1972), 390.

Цей принцип, безумовно, працює і в протилежному напрямку.[263] Якщо хтось зіткнеться із пошарпаним старенським авто за 1 тис. USD, то із нього не можна вимагати відшкодування більшої суми, посилаючись на те, середньостатистична вартість подібної аварії по місту була б вищою, аніж реальна шкода, якої деліквент завдав. Власне, ілюстрацією, коли цей принцип спрацьовує на користь деліквента, була справа, наведена першою в цьому підрозділі — *Performance Cars Ltd v. Abraham.*

Цей принцип застосовується і до тілесних ушкоджень: якщо людині завдано поранення, яке б у когось іншого не потягло жодних ускладнень, але в неї, через особливості організму — спричинило тяжкий стан, то деліквент має відшкодувати шкоду, викликану тяжким станом потерпілого, у повному обсязі.

Припустімо, однак що в момент часу t1 потерпілому було завдано ушкодження першим деліквентом, наслідком чого стала постійна втрата працездатності в обсязі 50 %. Згодом, у момент часу t2, потерпілому завдав каліцтва другий деліквент. При цьому характер каліцтва був таким, що тільки його одного було б достатньо для постійної повної втрати працездатності.

За таких обставин другий деліквент був би вправі посилатися на принцип «приймати потерпілого таким, яким він є», і оскільки на момент завдання шкоди працездатність потерпілого вже була знижена до 50 %, то деліквент мав би відповідати лише за *додане ним погіршення* становища потерпілого, тобто за решту 50 %.[264] За таких обставин, якщо визнати, що починаючи від t2 перший деліквент більше не відповідає за завдану шкоду, то потерпілий «провалиться між двома стільцями» і недоотримає половину відшкодування. Виходить, що починаючи від t2 втрата працездатності становить 100 %, однак потерпілий отримує компенсацію тільки за 50 %, бо перший деліквент уже не відповідає, а другий відповідає тільки за додану ним частку. І саме для того, щоб уникнути такого результату, Палата Лордів у справі *Baker* вказала, що перший деліквент не повинен бути

---

[263] Quill, E. (2002), 93.

[264] У канадській справі *Stene v. Evans,* 1958 CanLII 232 (AB CA), де перший інцидент призвів до втрати працездатності в обсязі 20%, а другий — до повної втрати працездатності, суд зауважив: «той, хто скалічив Стіна у другому інциденті "скалічив не 100% людини", а 80% людини, і це була обставина, яку належало врахувати суду, що розглядав другий інцидент».

звільнений від відповідальності за ушкодження ноги навіть після того, як внаслідок вогнепального поранення її було ампутовано. Аналогічними міркуваннями керувався і Високий Суд Ірландії у справі *L. (R.) v. Minister for Health and Children*[265] (§§ 34–38).

Логіка, отже, така, що після t2 потерпілий в будь-якому разі повинен отримувати відшкодування за всю шкоду, якої він реально зазнає (а це 100 % втрати працездатності), і оскільки другий деліквент (згідно з принципом «приймати потерпілого таким, яким він є») може бути визнаний відповідальним тільки за різницю між працездатністю, яку потерпілий мав безпосередньо до t2, і тією, яку він має після t2 (а це 100 – 50(%)), то не залишається нічого іншого, як виснувати, що після t2 перший деліквент має залишатися відповідальним за втрату працездатності в обсязі 100 — (100 – 50) (%).

Цей принцип виразно сформулював суддя Робертсон (Robertson) у канадській справі *Long v. Thiessen*:

> «Я гадаю, що спосіб найкраще досягти справедливості у цій справі такий: (a) Оцінити настільки, наскільки це можливо, скільки позивач стягнув би із Тіссенів [перший деліквент], якби позов до них розглядався 22 квітня 1966 року (рівно за день до другого інциденту) і присудити збитки відповідно; (b) Оцінити загальні збитки від двох інцидентів, якими вони є на день дійсного розгляду справи; і (c) Відняти суму (a) від суми (b) і стягнути з Лаліберте [другий деліквент] збитки в розмірі різниці».

Таким чином, висновок про відповідальність першого деліквента значною мірою обумовлений прогнозом того, якою буде відповідальність другого деліквента. Іншими словами, обсяг відповідальності другого деліквента приймається за даність і на його основі вираховується обсяг відповідальності першого деліквента. Проте, що, коли поставити під сумнів вихідні дані цього обрахунку і припустити, що другий деліквент має відповідати за шкоду від втрати працездатності у повному обсязі, тобто за усі 100 % втрати працездатності? Чи можна в такому разі пояснити, на якій підставі другий деліквент має відповідати за ту частину втрати працездатності, яка мала місце до вчинення другого делікту? У науці було запропоновано

[265] [2001] IEHC 64; [2001] 1 IR 744 (6th April, 2001).

таке пояснення: другий деліквент своїми діями заподіює шкоду у вигляді позбавлення потерпілого його права вимагати відшкодування від першого деліквента.[266] Однак таке пояснення не набуло широкої підтримки, оскільки шкода у вигляді втрати права вимоги навряд чи підлягала б відшкодуванню з огляду на її віддаленість.[267]

Як зазначає Фішер, на користь того, що другого відповідача не можна визнавати відповідальним за шкоду, яка мала місце до другого делікту, — свідчить і економічний аналіз права. Часткова втрата працездатності, яка існувала уже до другого делікту, — це шкода, якої другий деліквент не міг попередити, а отже, навіть якщо й покласти на нього відповідальність за цю шкоду, то це не забезпечить жодної превенції подібних випадків на майбутнє.[268]

Наведені міркування в цілому видаються переконливими в тому, що стосується пояснення ситуації із двома послідовними деліктами. Однак чи прояснюють вони справу, у якій друга причина шкоди має не-деліктне походження? Адже далеко не очевидно, чому випадок із двома послідовними деліктами, з одного боку, і випадок, коли за деліктом слідує причина не-деліктної природи, — з іншого боку, тлумачаться кардинально по-різному. У. Ваґнер припускає, як би могла виглядати критика такого розмежування:

> «Його може бути критиковано на тій підставі, що відповідач (перший деліквент) перебуває в однаковому логічному відношенні до наслідку, незалежно від того, чи є іще інший деліквент, або безневинний заподіювач, або стихійне лихо — його відповідальність не повинна залежати від обставин, що настануть у майбутньому і ніяк йому не підконтрольні. Логіка, отже, видається, вимагає однакового результату в обох ситуаціях. Цей погляд також може бути підтриманий твердженням про те, що прийняти розмежу-

---

[266] Див.: Quill, E. (2002), 108; Fischer, D.A. (1999), 1158–1159; McGregor, H. (1970). Variations on an Enigma: Successive Causes of Personal Injury, *Modern Law Review, 33*(1), 378–395, 381; King, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal, 90*(6), 1353–1397, 1362–1363; note to Baker v. Willoughby (1969). *Law Quarterly Review, 85*, 310; Wagner, U. (1972), 388; McInnes, M. (1996), 1028.

[267] Wagner, U. (1972), 388.

[268] Fischer, D.A. (1999), 1158.

вання як норму права — означало б дати відповідачеві, який скоїв правопорушення, утекти "крізь дірку логічних тенет", незважаючи на те, що, зрештою, відповідач учинив делікт, який насправді послугував причиною шкоди. Правопорушникам не повинно бути дозволено уникати наслідків своїх протиправних дій. Рація аргументу в тому, що краще застосовувати відповідальність у таких випадках і тим самим попереджати недбалу поведінку, аніж дарувати відповідачам несподівану удачу, на яку вони не заслуговують»[269] (Виноски пропущено. — Б. К.).

Тому не всі європейські правопорядки додержуються такого підходу. Тимчасом як у Німеччині суди звільняють деліквента від відповідальності в разі наступного дублювання заподіяної шкоди через причину не-деліктної природи (так само як це зробила Палата Лордів у справі *Jobling*), у Франції суди додержуються протилежного підходу, визнаючи, що деліквент має продовжувати залишатись відповідальним за заподіяну шкоду навіть після того, як стався другий інцидент не-деліктної природи.[270]

Насамкінець існує припущення, що прихованою причиною рішення Палати Лордів у справі *Baker* стало те, що грабіжників, котрі поцілили в потерпілого, так і не було знайдено.[271] Тож, якби Суд визнав, що роботодавець більше не відповідає за скалічену ногу, потерпілий позбувся би всякого відшкодування. Утім, якби Палата Лордів насправді керувалася цим мотивом, рішення слід було б сформулювати більш гнучко, адже так, як є, це рішення не враховує того, що ситуація може виявитися і зворотною: неплатоспроможним або недосяжним для судового рішення може бути перший, але не другий, деліквент.

На наше переконання, це обставина, яку вкрай важливо враховувати, і, більше того, існують концептуальні передумови до її врахування. Слід лише визнати, що після другого інциден-

---

[269] Wagner, U. (1972), 383. Схожу думку висловлює і Еон Квілл (Eoin Quill): «політичне питання полягає в тому, чи повинна наступна подія, котра не була фактичною причиною, але призвела б до такої ж шкоди, якби перша подія не сталася, – впливати на відповідальність першого деліквента за шкоду, щодо якої він був дійсною причиною». Див.: Quill, E. (2002), 98.

[270] Van Dam, C. (2013). *European tort law* (2nd ed.). Oxford University Press, 335.

[271] McInnes, M. (1996), 1028–1029.

ту втрата працездатності має дві причини: дії першого деліквента *та* дії другого деліквента.

Такий висновок видається закономірним, якщо взяти під увагу те, що йдеться про шкоду, яка має триваючий в часі характер, а також те, що обмеження (в рухах, можливості насолоджуватися життям і здатності заробляти), які виникли внаслідок першого делікту, нікуди не подіваються і після другого делікту. Отож, після другого делікту на шкоду, яка продовжує тривати від першого делікту, накладається така ж триваюча шкода від нового делікту; таким чином, виходить, що відтепер шкода має дві причини — перший і другий делікт, а це означає, що ситуація аналогічна до випадку симетричної надлишкової причинності.

Таке бачення знайшло відображення у §(3) ст. 3:104 PETL:

> «Якщо перша діяльність викликала триваючу шкоду і наступна діяльність пізніше викликала б таку ж саму шкоду, обидві діяльності вважаються причинами триваючої шкоди від цього часу».[272]

Більше того, підвалини для саме такого висновку можна знайти і в словах Лорда Рейда у справі *Baker*. Так, він зауважив:

> «Якби було так, що з точки зору права наслідок може мати тільки одну причину, то Відповідач міг би бути правий. Завжди необхідно довести, що будь-які втрати, за які може бути надано компенсацію, були викликані відповідачевою недбалою поведінкою. Утім загальновизнано, що право розглядає чимало подій як такі, що мають дві причини: так буває кожного разу, коли йдеться про вину потерпілого, бо ж тоді право говорить, що ушкодження викликано і недбалістю відповідача, і недбалістю позивача».[273]

Підхід, згідно із яким обидва делікти визнаються причиною шкоди, має ту важливу перевагу, що в такому разі є підстави для визнання обох деліквентів солідарно відповідальними за втрату працездатності від моменту, коли мав місце другий делікт. А це означає, що навіть якщо один із деліквентів виявиться

---

[272] European Group on Tort Law. (n.d.). *Principles of European Tort Law (PETL)*. Retrieved November 11, 2024, from http://www.egtl.org/docs/PETL.pdf

[273] *Baker v Willoughby* [1970] AC 467.

неплатоспроможним або недосяжним для притягнення до відповідальності (причому байдуже, котрий саме), — потерпілий все одно отримає відшкодування. У такому разі потерпілий не «провалюється між двох стільців», а навпаки, отримує додаткову гарантію відшкодування, на яку він вправі розраховувати, з огляду на те, що постраждав від чужої необережності двічі.

Однак варто зауважити: такою, що має дві причини, слід визнавати втрату працездатності лише в тій частині, в якій вона дублюється двома деліктами. Решта, тобто погіршення становища після другого делікту, — повинна бути відшкодована тільки за рахунок другого деліквента. Тобто, якщо після першого делікту працездатність потерпілого знизилася до 70 %, а другий делікт сам по собі був достатнім для зниження працездатності до 50 %, то перший і другий деліквент солідарно відповідають за втрату працездатності в обсязі 30 % і другий деліквент іще самостійно відповідає за втрату в обсязі 20 %.

Отже, коли дублювання шкоди відбувається внаслідок двох послідовних ушкоджень здоров'я, потребується ретельне зважування різних засад деліктного права, котрі подеколи можуть конфліктувати між собою. Однак при цьому слід виходити із того, що вирішальне значення має принцип повного відшкодування, за яким становище потерпілого має бути відновлене до стану, який мав би місце, якби не заподіяння шкоди. Зважаючи на те, що втрата працездатності має триваючий характер, найбільш сприятливою для потерпілого видається концепція, згідно з якою після настання другого інциденту шкода у вигляді втрати працездатності вважається такою, що має одночасно дві причини.

## Висновки до розділу 2

Відправною точкою дослідження фактологічного аспекту причинності є аналітичний прийом, відомий як тест «якби не», або в континентальній традиції — *conditio sine qua non*. Згідно з тестом «якби не», щоб установити причинний зв'язок, потрібно порівняти, що сталося в реальному світі S, для якого характерний певний набір факторів $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5 \dots c_n\}$, із тим, що сталося би в гіпотетичному світі S', який є точно таким же, як і реальний світ, за винятком однієї вилученої обставини *cx* (тобто $S \setminus S' = \{c_x\}$), яка й перевіряється нами на предмет причинної пов'язаності із наслідком *q*. Якщо в гіпотетичному світі

S' наслідок *q* все одно настає, значить причинного зв'язку між *cx* і *q* немає. Якщо ж не настає, то значить між *cx* і *q* є причинний зв'язок.

Логічні похибки тесту «якби не» можуть бути пояснені тим, що, на відміну від самої причинності, яка має онтологічну природу, тест має лінгвістичну природу. Тому похибки можуть виникати через багатозначність природних мов, у яких умовний зворот «якщо ..., то ...» може набувати різних значень, а також через те, що істинність або хибність висловлювань з точки зору формальної логіки не враховує темпоральний фактор. Несумісних із реальністю парадоксів можна уникнути шляхом уведення такого запобіжного правила: тестом «якби не» можуть перевірятися тільки події, які в часі передували наслідкові.

У тесті «якби не» є антецедент і консеквент. У запитанні «Чи виникло б *q*, якби не *c*?», *c* — антецедент, а *q* — консеквент. Результат тесту залежить, по-перше, від того, який із численних факторів обирається на роль антецедента, по-друге, від того, як формулюється антецедент, по-третє, від того, як формулюється консеквент.

Тест «якби не» вимагає висловити припущення з приводу того, як би розвивалися події за відсутності того або іншого фактора. Якщо проміжні ланки причинного зв'язку становлять собою хімічні, фізичні або механічні процеси й реакції, то моделювання гіпотетичного світу S' зазвичай не викликає складнощів. Коли проміжною ланкою причинного ланцюга є дії людини, то змоделювати гіпотетичний світ S' з таким ступенем вірогідності, який би був достатнім, аби обґрунтувати судове рішення — буває досить непросто. Інколи це вимагає змоделювати, якими були б дії самого потерпілого, або подальші дії заподіювача шкоди після допущеної ним первісної вини або дії третьої особи, залученої тим або іншим чином у хід подій. Окремою категорією справ, де задача прогнозування альтернативного розвитку подій вимагає гнучкого підходу, є справи ЄСПЛ щодо порушення процедурних гарантій під час проваджень, які закінчилися несприятливим для заявника результатом.

У разі, якщо під час проваджень у національних судах стосовно заявника було допущено порушення процедурних гарантій, передбачених ст. 6 ЄКПЛ, належить розрізняти: (а) безпосередні наслідки конкретного процедурного порушення; і (б) наслідки провадження в цілому. Безпосереднім наслідком

є моральна шкода, викликана почуттями справедливого обурення, безпорадності та збентеження. Наявність такої шкоди презюмується. Шкода, завдана результатом провадження в цілому, підлягає відшкодуванню лише за умови, що результат проваджень був би інакшим, якби Держава не допустила під час цих проваджень порушення Конвенції. При цьому зазначена умова повинна вважатися наявною (презумпція на користь заявника), якщо заявник доведе, що (і) мало місце порушення Конвенції і (іі) через це порушення провадження щодо нього було в цілому несправедливим.

У переважній більшості випадків застосування тесту «якби не» дає результат, що адекватно відображає дійсний стан речей і відповідає потребам судової практики. Та оскільки тест постулює причинність через поняття необхідної умови, він дає хибно заперечний результат у випадку надлишкової причинності: коли мають місце дві обставини, кожна із яких окремо була б достатньою для завдання шкоди.

Слід розрізняти симетричну і асиметричну надлишкову причинність. Симетрична означає, що обидві обставини мали місце в реальному світі, а асиметрична — що тільки одна із двох обставин дійсно мала місце в реальному світі, тоді як друга — мала би місце, якби не відбулася перша.

Синтез необхідності і достатності при установленні причинного зв'язку досягається через тест NESS (*necessary element of the sufficient set*, необхідний елемент достатнього набору). Тест NESS постулює причинність, підпорядковуючи необхідність достатності. Згідно з тестом NESS, у межах множини обставин реального світу $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5 \ldots c_n\}$ слід виокремити підмножину U (де $U \subset S$), яка є достатньою для настання певного наслідку (*q*). У такому разі причиною наслідку слід вважати кожну обставину (*cx*), яка є необхідним елементом достатньої підмножини U. Тобто обставина *cx* є причиною, якщо в разі її виключення підмножина U перестає бути достатньою для відповідного наслідку. Тобто *cx* є причиною *q*, якщо: $c_x \in U$, і при цьому $(U \Longrightarrow q) \wedge (\sim((U \setminus c_x) \Longrightarrow q))$.

Тест NESS допускає, що із множини обставин реального світу можна скомпонувати декілька підмножин, достатніх для настання того або іншого наслідку. Тест NESS дозволяє виправити похибки, які дає тест «якби не» у випадках надлишкової причинності і дублювання шкоди.

При застосуванні тесту NESS до асиметричної надлишкової причинності із обставин реального світу можна скомпонувати тільки одну достатню підмножину, до якої входить випереджаюча причина і не входить випереджена, оскільки згідно із тестом NESS елементами достатньої підмножини можуть бути лише обставини, які дійсно мали місце в реальному світі ($U \subset S$, де U — це достатня підмножина, а S — множина обставин реального світу), однак у реальному світі випереджена причина не відбулася.

У випадку надлишкової причинності, зумовленої двома бездіяльностями, має місце симетрія: для цілей тесту NESS вдається скомпонувати дві достатніх підмножини, у кожній з яких буде одна бездіяльність, яка «мала місце насправді», і одна обставина, якої насправді не було. Цей випадок слід розглядати як приклад симетрично надлишкової причинності, а це означає, що кожна із бездіяльностей має вважатися причиною шкоди.

Дублювання шкоди має місце, якщо після завдання шкоди настає нова подія, яка завдає ту ж саму шкоду. При цьому після другої події шкідливий наслідок залишається таким же, як і був до цього, однак якби перша подія не сталася, то цей же наслідок був би викликаний другою подією. У разі повторного пошкодження уже пошкодженого майна проблему належить розглядати через розмежування шкоди і збитків. Оскільки шкода — це негативні зміни в матеріальному світі, а збитки — це грошовий вираз цих негативних змін, то дії другого заподіювача є причиною шкоди, але не є причиною збитків. Відповідно, другого заподіювача не може бути зобов'язано до відшкодування збитків. Однак при дублюванні шкоди життю і здоров'ю слід розрізняти випадки, коли (а) як перша, так і друга причина шкоди є деліктами, і (б) коли друга причина має не-деліктну природу. У першому випадку обидва деліквенти мають визнаватися солідарно відповідальними за шкоду, у другому — відповідальність деліквента припиняється із появою другої причини.

## *Розділ 3.*
# НОРМАТИВНИЙ АСПЕКТ

## § 3.1. Пошук критерію юридично значимої причини[274]

**3.1.1. Прямий і суцільний причинний зв'язок.** Як ми уже з'ясували, «наближена» причина — це радше метафора, аніж чітка норма права. Для вирішення спорів потрібен робочий критерій, застосовуючи який можна було б перевірити, чи є причина достатньо «наближеною», тобто — юридично значимою.

Причинний зв'язок має бути *прямим*, *суцільним* і *не переривати*ся подіями, які б втручалися у його природній плин.[275] Таке формулювання було одним із перших спроб означити критерій віддаленості шкоди. Так, суддя Ендрюс (Andrews, J.) в окремій думці у справі *Palsgraf v. Long Island Railroad Co*[276] зазначив:

> «Суд повинен запитати себе, чи існував природний і послідовний зв'язок між причиною і наслідком. Чи була перша істотним фактором у створенні другої? Чи існував між ними прямий зв'язок, без надто великої кількості проміжних причин? Чи не є ефект, який справляє причина на наслідок, надто слабким? Чи є вірогідним — згідно зі звичайним людським судженням — що така причина призводить до такого результату? Чи можна було передбачити результат, проявивши розумну завбачливість?».

Схоже формулювання із наголосом на тому, що причинний зв'язок має бути прямим і суцільним (неперервним), зустрічає-

---

[274] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. (2024). Віддаленість причинного зв'язку у деліктному праві. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*, *137*(6), 130–144.

[275] American Law Institute. (2020). *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*. American Law Institute, 515; Prosser, W. L. (1950). Proximate cause in California. *California Law Review, 38*(3), 369–425, 424.

[276] 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).

мо і дотепер в інструкціях для суду присяжних. Приміром, Модельні інструкції для присяжних штату Вашингтон дають таке пояснення наближеної причини:

> «Термін "наближена причина" означає причину, яка у прямій послідовності [не розірваній заміщаючою причиною] породжує [шкоду] [подію], що є предметом скарги, і без якої [шкода] [подія] не сталася б» (WPI 15.01).

Знаковою справою, у якій суд застосував критерій прямого причинного зв'язку, була справа *Re Polemis and Furness, Withy & Co Ltd.*[277] У цій справі працівники відповідача, які здійснювали навантаження судна, належного позивачеві, через недбалість допустили падіння великої балки у трюм цього судна. Невідомо як, але, падаючи, дерев'яна балка вдарилася об щось на своєму шляху і спричинила іскру. Ця іскра викликала загорання парів бензину у трюмі, і як наслідок — судно вигоріло ущент.

Відповідачі заперечували проти позову, зауважуючи, що такий розвиток подій був непередбачуваним: коли балка падає у трюм, можна передбачити певну шкоду речам, що там знаходяться, самій конструкції судна чи тілесні ушкодження членів екіпажу, які там знаходяться, але ніяк не можна передбачати в якості наслідку цього падіння масштабну пожежу, що поглине усе судно. Цей аргумент був сприйнятий арбітражем. Однак суд дійшов іншого висновку.

Суд зауважив на тому, що передбачуваність шкоди — це критерій, який має значення в контексті установлення того, чи була поведінка особи необережною, але не в контексті установлення того, чи була вона причиною шкоди. Необережність і причинний зв'язок — це два різних елементи делікту. І критерій передбачуваності стосується першого, і не має значення для другого. Якщо раніше вже було установлено, що поведінка відповідача є необережною, то далі, при з'ясуванні причинності, не повинно мати значення, чи була передбачуваною шкода, яка настала.

Суддя Скраттон (Scrutton, L.J.) зауважив:

> «Щоб визначити, чи є діяння необережним, необхідно з'ясувати, чи могла б будь-яка розумна людина передбачити, що діяння може завдати шкоди; якщо ні, то діяння

[277] [1921] 3 KB 560.

не є необережним. Але якщо діяння могло або ймовірно могло завдати шкоди, то той факт, що шкода, яку воно фактично завдало, не така, якої можна було б очікувати, не має значення, якщо тільки шкоду можна безпосередньо пов'язати з недбалим діянням, а не з дією незалежних причин... Коли діяння необережне, той факт, що його точний результат не був передбачений, не має значення...».[278]

Із наведеного рішення не до кінця зрозуміло, що означає «прямота» причинного зв'язку, але зрозуміло, що, на думку суду, критерію передбачуваності немає місця при дослідженні причинного зв'язку — він поступається критерію «прямоти».

**3.1.2. Передбачуваність шкоди.** Критерій «прямоти і суцільності» було відкинуто у пізнішій практиці, яку започаткувала справа *Overseas Tankship v. Morts Dock & Engineering Co., Ltd.* (*Wagon Mound No. 1*).[279]

У цій справі позивачам належала верф «Sheerlegs», яку вони використовували для ремонту і будівництва суден. У тій же бухті, неподалік від верфі позивачів, метрів за 180, пришвартувалося судно «Wagon Mound». Через недбалість екіпажу судна відбувся вилив значної кількості мазуту у воду. Мазутна пляма невдовзі розповзлася і досягла верфі позивачів.

Довідавшись про інцидент, керівник робіт на верфі позивачів наказав робітникам припинити усі зварювальні та вогневі роботи до подальших розпоряджень. Далі він поцікавився у менеджера нафтової компанії «Калтекс», до причалу якої було пришвартоване судно «Wagon Mound», чи безпечно продовжувати роботи на верфі. Відповідь менеджера і власне переконання у тому, що мазут не може займатися, будучи розлитий на поверхні води, привели його до висновку, що роботи можна відновити. Він дав відповідні вказівки, але розпорядився вжити всіх заходів безпеки, щоб запобігти потраплянню легкозаймистих матеріалів у мазут.

---

[278] *Re Polemis and Furness, Withy & Co Ltd* [1921] 3 KB 560.

[279] [1961] UKPC 1 (18 January 1961). Аналіз цієї справи див.: Dias, R. W. M. (1962). Negligence–Remoteness–The Wagon Mound Rule. *Cambridge Law Journal, 20*(1), 20–23; Gibson, R. D. (1963). The Wagon Mound in Canadian Courts. *Osgoode Hall Law Journal, 2*(4), 416–436; Jolowicz, J. A. (1961). The Wagon Mound – A further comment. *Cambridge Law Journal, 19*(1), 30–33.

Утім невдовзі спалахнула пожежа, яка поглинула усю верф разом із суднами, що там були на обслуговуванні. Як було встановлено у суді, пожежа виникла через те, що в мазуті під причалом плавав уламок, на якому лежало тліюче ганчір'я. Ганчір'я, у свою чергу, загорілося від розплавленого металу, що впав з причалу. Полум'я від бавовняних відходів підпалило мазут або безпосередньо, або попередньо підпаливши дерев'яну палю, вкриту мазутом. При цьому суд, дослідивши усі обставини справи і заслухавши висновки експертів, дійшов висновку, що відповідачі (фрахтувальники судна «Wagon Mound», відповідальні за розлив мазуту) не знали і не могли знати, що мазут здатен займатися навіть будучи розлитий на поверхні води.

За таких обставин перед судом постало питання про те, чи можуть відповідачі бути зобов'язані до відшкодування шкоди, завданої пожежею, якщо пожежа не могла бути передбачена.

Суд дав заперечну відповідь на це запитання, відхиливши аргументацію, наведену у справі Re Polemis. Суд зауважив, що критерій «прямого» причинного зв'язку є занадто невизначеним і вимагає від юристів занурюватися в заплутані нетрі філософії і метафізики, чого суд собі дозволити не може. Натомість критерій передбачуваності відомий праву і достатньо чіткий, аби слугувати надійним орієнтиром при обмеженні засягу дії деліктної відповідальності.

Більше того, Суд пояснив, що відома формула, за якою причинний зв'язок має бути «прямим, суцільним, природним і безперервним» є такою саме тому, що тільки «прямий, суцільний, природний і безперервний» розвиток подій є передбачуваним і, отже, має братися до уваги кожною розумною людиною. Таким чином, вирішальне значення повинна мати саме *передбачуваність* шкоди.

Суд наголосив:

> «Це не відповідає сучасним уявленням про справедливість і мораль, щоб за недбалий вчинок — хай який незначний чи дріб'язковий — котрий призвів до дрібної передбачуваної шкоди, його автор ніс відповідальність за всі наслідки — як завгодно непередбачувані і масштабні, якщо тільки їх можна назвати "прямими". Це є принцип цивільної відповідальності, що підлягає лише застереженням, котрі не мають відношення до нашого випадку, щоб людина вважалася відповідальною тільки за вірогідні наслідки свого діяння».

Ухвалюючи рішення, суд також послався на маловідому, але доволі цікаву справу *Sharp v. Powell Law Rep*.[280] У цій справі працівник відповідача, порушуючи Закон про поліцію, помив фургон на громадській вулиці так, що стічні води потекли по водостоку до решітки, яка вела до каналізаційного колектора за 20 метрів. Внаслідок надзвичайно суворих погодних умов решітка була заблокована льодом, і вода перетекла через частину колектора і замерзла. Не було жодних доказів того, що відповідач знав про те, що решітка була заблокована. Кінь позивача, коли його вели повз це місце, послизнувся на льоду і зламав ногу. Відповідача не було притягнуто до відповідальності.

Суддя Бовіл (Bovill C.J.) при цьому пояснив:

> «Без сумніву, той, хто вчиняє протиправне діяння, несе відповідальність за звичайні наслідки, які можуть виникнути в результаті цього діяння; але, загалом кажучи, він не несе відповідальності за шкоду, яка не є природним або звичайним наслідком такого діяння, якщо не буде доведено, що він знав або мав розумні підстави знати, що наслідки, які зазвичай не викликаються діянням, через певну існуючу причину можуть втрутитися і спричинити шкоду третій особі. Якщо немає підстав очікувати цього, і особа, яка вчиняє протиправне діяння, не знає, що існує такий стан речей, який робить шкоду ймовірною, то коли шкода все ж таки завдається третій особі, зазвичай вважається, що протиправне діяння не є наближеною причиною шкоди».[281]

Після справи *Wagon Mound* у практиці усталився критерій передбачуваності наслідків. Таким чином, особа мала визнаватися відповідальною тільки за ті наслідки своєї протиправної поведінки, які були передбачуваними. Тільки передбачувані наслідки, отже, слід було вважати достатньо наближеними.

Щодо критерію передбачуваності постають щонайменше два питання. Перше — наслідки мають бути передбачуваними для кого? із чиєї точки зору? Друге — наскільки докладним має бути таке передбачення?

---

[280] 7 C.P. 253.

[281] *Sharp v. Powell Law Rep*. 7 C.P. 253.

На перше запитання відповідь така — наслідки мають бути передбачувані для будь-якої розумної людини за аналогічних обставин. Таке формулювання виходить із загальних очікувань, на яких будується сучасне людське суспільство: кожен із нас вправі очікувати, що інші будуть діяти обережно, беручи до уваги можливість нашкодити оточуючим, але при цьому ми можемо розраховувати, що до уваги буде братися тільки така (потенційна) шкода, яку можна передбачити — вимагати більшого було б несправедливим, оскільки це означало б, що ми очікуємо неможливого або майже неможливого.

Стосовно другого запитання, то достатньо передбачати шкоду в загальних рисах, типологічно, — не вимагається «провидіння» усіх деталей майбутнього розвитку подій. Тож, з одного боку, передбачення не повинно включати усі подробиці, але з іншого боку, занадто загальне передбачення («щось недобре може статися») теж недостатнє. Потребується щось середнє. Бо кожна із двох крайностей цілковито звела б нанівець будь-яке значення самого критерію: якщо вимагати передбачення точного розвитку подій в усіх деталях, то тоді абсолютно ніщо на світі не буде передбачуваним, і навпаки — якщо вимагати занадто абстрактного передбачення («щось може статися»), то тоді абсолютно усе на світі є передбачуваним. Таким чином, ідеться про певне оціночне судження щодо належного ступеня узагальнення/конкретизації в передбаченні можливої шкоди. Утім проблема оціночних суджень — далеко не нова для права, і наявність оціночних категорій у тій або іншій доктрині не робить доктрину непридатною. Тож у цілому підхід, який визначає віддаленість шкоди через її передбачуваність із точки зору розумної людини — видається не безпідставним.

Однак деякі справи все ж можуть викривати неточність цього підходу. Наприклад, удар блискавки — це подія непередбачувана, проте, коли йдеться про відповідальність виробника громовідводів за неякісний виріб, то цілком очевидно, що виробник повинен відповідати за шкоду, завдану блискавкою, яку не зміг відвернути його дефектний товар.[282] Інший приклад — якщо господар собаки вважав свого домашнього улюбленця миролюбним і не мав жодних підстав передбачати, що він зда-

[282] American Law Institute. (2020), 537; Stapleton, J. (2001). Legal cause: Cause-in-fact and the scope of liability for consequences. *Vanderbilt Law Review, 54*(3), 941–1009, 997.

тен комусь нашкодити, то у разі раптового нападу собаки на перехожого господар повинен відповідати, навіть попри те, що здатен із певною мірою успіху доводити непередбачуваність такого інциденту.

**3.1.3. Критерій деліктизуючого ризику.** На наш погляд, є критерій більш точний і водночас позбавлений тих недоліків, що притаманні критерію передбачуваності (тож останній не слід відкидати цілковито, як помилковий, а лише уточнити).

Цей критерій полягає в тому, щоб обмежувати відповідальність за наслідки протиправної поведінки лише тією шкодою, ризик якої власне і зробив поведінку протиправною. Бо справедливо, щоб підстави відповідальності слугували одночасно і її кордонами.

Незалежно від правової системи, найпершим елементом делікту є винне діяння (протиправність). На відміну від того, як це має місце в кримінальному праві, про деліктну протиправність зазвичай не судять, просто зіставляючи поведінку особи із описом протиправного діяння, уміщеним у законі. У деліктному праві цей аналіз набагато більш гнучкий і витончений. Протиправність у деліктному праві означає, що особа піддавала оточуючих невиправданому ризику завдання шкоди. Іншими словами, з огляду на конкретні обставини справи, особа повинна була розуміти, що її поведінка створює загрозу, або ризик, завдання шкоди іншим. Цей ризик є не абстрактним (мої дії можуть комусь нашкодити), а конкретним (коли я перевищую швидкість, я можу збити пішохода, покалічити своїх пасажирів, зіткнутися з іншим авто тощо). Особа визнається винуватою (в протиправних діях) тому, що вона повинна була скоригувати свою поведінку з огляду на цей конкретний ризик (але не зробила цього). Очевидно, що для того, аби скоригувати свої дії і вжити необхідних застережних заходів, особа має усвідомлювати (передбачати) відповідний ризик. Ось чому критерій передбачуваності має стільки раціонального в собі.

Проте у фокусі уваги має бути не передбачуваність як така, а саме ризик, що його особа створює своєю поведінкою. Конкретний ризик. Саме він лежить в основі нашого судження про те, що поведінка була протиправною, винною. Із виявлення цього ризику починається наше дослідження деліктного інциденту, і ним воно повинно й закінчуватися (принцип «сюжет-

ної арки»). Цей конкретний ризик особа повинна була брати до уваги, визначаючи свою поведінку й ухвалюючи рішення, яких застережних заходів слід ужити. І тому особа мусить відповідати тільки за наслідки, що охоплюються ризиком, який вона повинна була передбачати і враховувати, визначаючи курс своєї поведінки.

Протилежний підхід означав би, що ми покладаємо на людину тягар залагодження наслідків, щодо яких не очікувалося, що вона їх враховуватиме і відверне доречними і розумними за даних обставин заходами. Іншими словами, протилежний підхід означав би обов'язок *post-factum* виправляти наслідки, яким особа *ante-factum* не повинна була запобігати. Право було б непослідовним, якби (визначаючи протиправність) оберігало людей від одних ризиків, а коли згодом ставалися б інші, проти яких норма права не була спрямована, записувало б їх «заднім числом» у коло релевантних.

**3.1.4. Аналіз окремих справ.** В одній зі справ, що вже стала хрестоматійною, *Berry v Borough of Sugar Notch*,[283] водій трамвая рухався із перевищенням швидкості і як наслідок — прийшов на одну із маршрутних зупинок раніше, ніж передбачено розкладом, і так сталося, що якраз у ту мить, коли трамвай прибув, на нього упало старе трухляве дерево. У цьому випадку мали місце і протиправність (перевищення швидкісного режиму), і фактичний причинний зв'язок (якби водій не перевищив швидкість, то прийшов би на зупинку тоді, коли б дерево уже лежало). Однак шкода була занадто віддаленою, оскільки шкода, яка насправді сталася (пошкодження трамвая через падіння трухлявого дерева) — не входить до кола ризиків, які роблять перевищення швидкості протиправним. Перевищення швидкості тягне за собою низку різноманітних небезпек — трамвай може зійти з колії, перевернутися, зіткнутися з іншим транспортним засобом або збити пішохода. Утім перевищення швидкості ніяк не корелює із імовірністю того, що трамвай буде пошкоджено через падіння аварійного дерева: бо дерево може впасти на трамвай незалежно від того, чи він стоїть, чи рухається, і якщо рухається, то з якою швидкістю.

[283] 43 A. 240 (1899).

Таким чином, ми покладаємо на особу деліктну відповідальність за шкоду, завдану перевищенням швидкості, через те, що усвідомлюючи ризики, пов'язані із перевищенням швидкості, вона повинна була такої шкоди не допускати. Тимчасом падіння аварійного дерева на трамвай не входить до інцидентів, яким водій мусив запобігати через ретельне додержання ПДР.

Звідси слідує іще одне важливе спостереження: покладання відповідальності за такі випадки не зменшить їхню частоту в майбутньому, оскільки ця частота не корелює із поведінкою, яка фактично карається. Тобто, навіть якщо зобов'язувати водіїв трамваїв, що порушують ПДР, відшкодовувати шкоду, завдану падінням старих дерев на керований ними електротранспорт, то це ніяк не вплине на те, як часто траплятимуться подібні інциденти з падінням дерев у майбутньому. А це означає, що механізм деліктної відповідальності в такому випадку не виконуватиме свого призначення щодо превенції шкідливих інцидентів і по суті буде зведений до карання зухвалих водіїв.

Цікавий приклад наводить Лорд Гофман у справі *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd.*[284] Альпініст, який збирається здійснити складне сходження, стурбований станом свого коліна. Він звертається до лікаря, який неуважно проводить поверхневий огляд і констатує, що коліно здорове. Альпініст вирушає в експедицію, на яку не пішов би, якби лікар сказав йому про справжній стан його коліна, і отримує травму, яка, утім, ніяк не пов'язана зі станом його коліна. Лікар, — зауважує Лорд Гофман, — не повинен відповідати, бо шкода настала б навіть тоді, коли б висновок лікаря (що коліно здорове) виявився правильним (бо альпініст у такому випадку тим більше наважився б на сходження).

Лорд Гофман висновує:

> «Норми, які покладають на правопорушника відповідальність за всі наслідки його протиправної поведінки, є винятковими і мають бути виправдані особливою політикою. Зазвичай закон обмежує відповідальність лише тими наслідками, які пов'язані з тим, що зробило діяння протиправним» (§ 18).

---

[284] [1996] UKHL 10 (20 June 1996).

Подібна проблема постала також у справі *Darby v National Trust*.[285] У цій справі чоловік потонув у ставку, який належав відповідачам. Вдова звернулася до суду і вимагала відшкодування, зауважуючи на тому, що через забруднення ставка шкідливими бактеріями лептоспіри купання у ставку таїло небезпеку захворювання на лихоманку Вейлза (лептоспіроз), однак власники не зробили жодних попереджень на цей рахунок. Якби її чоловік знав про це, то він би не пішов до ставу і не втонув.

Якщо погодитися із тим, що власники дійсно повинні були встановити попереджувальний знак, на якому було б указано, що купання заборонене через присутність у воді шкідливих бактерій, то в такому разі відсутність відповідного знака означала б, що власники ставка не вжили необхідних заходів перед лицем конкретного ризику, а саме — ризику того, що відпочивальники можуть підхопити бактеріальне захворювання — лептоспіроз. Ігнорування саме цього, конкретного ризику зробило поведінку протиправною. І тому відповідати вони повинні виключно за наслідки, які охоплюються цим ризиком. Натомість, небезпека потонути у глибокій водоймі — це ризик, очевидний кожній розсудливій людині, і стосовно цього ризику, як виснував суд, спеціального попередження не вимагалося, бо це попередження не сказало б відпочивальникам нічого такого, чого б вони самі не знали.

Суд зазначив:

> «Якою б неприємною не була хвороба Вейлза — в чому сумнівів немає — це був не той ризик, від якого постраждав пан Дарбі, і жодний обов'язок остерігати від хвороби Вейлза не може, на наше переконання, обґрунтовувати вимогу щодо збитків, завданих істотно іншою причиною» (§ 22).

Гіпотетичний приклад про альпініста, наведений Лордом Гофманом, і так само справа про ставок, викривають іще одну важливу відмінність між критерієм передбачуваності і критерієм деліктизуючого ризику. Травми — це в принципі передбачуваний ризик альпінізму, так само як і втоплення — в принципі передбачуваний ризик плавання. Однак має ітися про передбачуваність наслідків конкретного протиправного аспекту поведінки деліквента (передбачувані наслідки хибної діагностики

[285] [2001] EWCA Civ 182.

коліна, передбачувані наслідки відсутності повідомлення про бактеріальне забруднення води, тощо). Цей важливий нюанс може залишатися поза увагою суду, якщо тест на віддаленість шкоди формулюється в термінах передбачуваності.

У Великій Британії знаковою стала справа *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd*,[286] яка не тільки закріпила принцип обмеження відповідальності (який відтоді іменують принципом SAAMCO — за абревіатурою позивача), але й проявила його цікаві імплікації в економічній площині.

У цій справі наріжним каменем стало питання про межі відповідальності суб'єкта оціночної діяльності, який допустив недбалість в оцінці предмета застави. Так, відповідач у цій справі — York Montague Ltd — оцінило заставне майно в 15 млн фунтів стерлінгів, тимчасом як його реальна ринкова вартість становила лише 5 млн. Позивачі, SAAMCO, покладаючись на цю оцінку, видали позичальникові кредит на суму 11 млн фунтів стерлінгів. Однак коли справа дійшла до звернення стягнення на предмет застави, ринкова вартість заставленого майна в силу об'єктивних факторів зменшилася іще вдвічі (порівняно із реальною вартістю на момент оцінки) — і майно в остаточному підсумку було продано за 2.5 млн фунтів стерлінгів.

Позивачі наполягали на тому, що їм має бути відшкодовано усі втрати, яких вони зазнали, видавши цей кредит, — в тому числі і втрати, зумовлені об'єктивним коливанням ринку. Вони пояснювали це тим, що якби вони знали справжню вартість предмета застави, то вони б не видали кредит позичальникові й уникнули б *усіх* збитків, пов'язаних із дальшим розвитком подій, що послідували за цією трансакцією.

Однак Суд дійшов висновку, що відповідальність суб'єкта оціночної діяльності має обмежуватися тільки різницею між некомпетентно заявленою ним сумою оцінки і реальною вартістю предмета застави; натомість частина збитків, що зумовлена коливанням ринку після оцінки, не підлягає відшкодуванню. За наведених обставин це означало, що відшкодуванню підлягає лише 10 млн фунтів, а не 12.5.

Таким чином, принцип SAAMCO можна сформулювати так: особа, яка через недбалість надає некоректну інформацію, не повинна відповідати за ті наслідки, які б настали навіть тоді,

[286] [1996] UKHL 10 (20 June 1996).

коли б надана некоректна інформація виявилася правильною. Важливо: слід припустити не те, що оцінник надав правильну інформацію (тобто, оцінив би майно в 5 млн), а навпаки — припустити, що надана ним хибна інформація (про те, що майно вартує 15 млн) виявилася б правильною.

Рація такого рішення полягає в тому, що надання оцінником некоректної інформації криє в собі ризик того, що кредитор отримає забезпечення в обсязі меншому, ніж він розраховував, але меншому рівно настільки, наскільки помилився оцінник. Усе решта — це незалежні ризики, пов'язані із коливаннями ринку. Відповідно, на них відповідальність оцінника не розповсюджується. Таким чином, концепція ризику, який робить діяння протиправним, дістала конкретне числове вираження у справі SAAMCO.

Щоправда, слід зауважити, що справа SAAMCO була ускладнена тим, що вона стосувалася суб'єктивної, а не об'єктивної причинності — тобто причинно-наслідкових зв'язків, які відбуваються не в реальному світі, а у свідомості людини. У цій справі йшлося про причини, які викликали *рішення* позивача видати кредит позичальникові. Позивач наполягав, що результати оцінки були критично важливим фактором, який зумовив ухвалення позитивного рішення щодо видачі кредиту.

Однак суд підкреслив відмінність між наданням інформації і наданням порад. Одна річ, якщо б відповідач надавав позивачеві пораду стосовно того, чи слід видавати кредит — в такому разі цю пораду можна було б вважати причиною рішення видати кредит. Але у наведеній справі послуга відповідача обмежувалась лише наданням інформації щодо вартості предмета застави. І ця інформація була лише одним із чинників, які кредитор повинен був ураховувати, перш ніж ухвалити рішення про видачу кредиту. І тому вона не повинна вважатися юридично значимою причиною такого рішення. Продовжуючи свій гіпотетичний приклад про альпініста, Лорд Гофман зазначив:

> «Я припускаю, що Ваші Світлості можуть подумати, що щось не так з принципом, який у наведеному мною прикладі призвів до відповідальності лікаря. З чим пов'язане таке відчуття? Я вважаю, що принцип, запропонований Апеляційним судом, суперечить здоровому глузду, оскільки покладає на лікаря відповідальність за наслідки, які, хоча в загальних рисах і були передбачуваними, але не

мають достатнього причинного зв'язку з предметом його обов'язку. Лікаря попросили надати інформацію лише про один з аспектів, який може вплинути на безпеку альпініста в експедиції. Видається, немає жодних підстав для того, аби недбалість лікаря зумовила перенесення на нього всіх передбачуваних ризиків експедиції» (§ 22).

Зауважмо, що хибна оцінка предмета застави задовольняє вимоги тесту NESS (необхідний елемент достатнього набору): обмірковуючи, чи можна видавати кредит позичальникові, кредитодавець ураховував певний набір факторів (кредитний рейтинг позичальника, його платоспроможність, річний дохід тощо), в тому числі — вартість предмета застави. Показники за всіма цими факторами виявилися достатніми для того, аби ухвалити позитивне рішення про видачу кредиту. Однак якщо прибрати із цього достатнього набору фактор, який нас цікавить (а саме — те, що вартість предмета застави покриває тіло кредиту і відсотки), то набір, імовірно, перестав би бути достатнім. Отже, хибна інформація про вартість предмета застави таки є (фактичною) причиною рішення про видачу кредиту і всіх дальших наслідків, які наступили потім. Однак принцип SAAMCO цього і не заперечує, оскільки він стосується не фактичної причинності (питання, на яке дає відповідь тест NESS), а віддаленості шкоди, тобто питання про те, чи є діяння, яке перебуває у фактичному причинному ланцюзі зі шкодою, достатньо «близькою» причиною цієї шкоди, щоб викликати обов'язок її відшкодування.

Нещодавно Верховний Суд Сполученого Королівства у справі *Khan v Meadows*[287] підтвердив застосування принципу SAAMCO також і до справ, пов'язаних із недбалістю медичних працівників.

У цій справі позивачка дізналась про те, що вона може бути носієм гена гемофілії, коли її племінник народився із таким діагнозом. Ген гемофілії може спричиняти спадкове захворювання, при якому здатність крові до згортання сильно знижується. Позивачка хотіла уникнути народження дитини з гемофілією. Тому вона звернулася до лікаря-терапевта з метою з'ясувати, чи є вона носієм цього гена. Утім замість того, щоб направити пацієнтку до гематолога для проведення генетичного тесту-

[287] [2021] UKSC 21.

вання, лікар призначив простий аналіз крові, який був здатен визначити тільки те, чи хворіє позивачка на гемофілію, а не те, чи є вона носієм відповідного гена. Аналіз крові показав, що пацієнтка здорова, і лікар запевнив її у тому, що небезпеки народити дитину з гемофілією немає.

Проте згодом позивачка завагітніла і народила дитину, у якої діагностували гемофілію. Як згодом з'ясувалося, позивачка таки була носієм відповідного гена і це можна було виявити, якби при її зверненні до лікаря було проведено генетичний тест.

Утім ситуацію ускладнило те, що в дитини виявили також аутизм, ніяк не пов'язаний із гемофілією. Однак лікування гемофілії було сильно ускладнене через аутизм. І розмір збитків, завданих синергетичним ефектом гемофілії й аутизму, був майже вшестеро більшим від суми, яку б довелося витратити на лікування самої гемофілії.

Лікар визнав свою відповідальність у частині відшкодування збитків, завданих гемофілією, однак заперечував проти задоволення позову в іншій частині. Суд першої інстанції задовольнив позов у повному обсязі, проте Апеляційний Суд, з яким погодився і Верховний Суд, — відмовили в частині позову, яка стосувалася збитків, зумовлених аутизмом.

Верховний Суд зауважив, що обов'язок обачності, який є вихідною точкою аналізу деліктного інциденту, має свій предмет: він означає необхідність оберігати оточуючих не від усього, що тільки може статись, а від конкретного ризику, що загрожує оточуючим у зв'язку із характером дій суб'єкта. Суд зауважив:

> «На наш погляд, часто помічним буде загадатися над засягом обов'язку, перше ніж переходити до питання про порушення обов'язку і причинність. Слід запитати: "від яких — якщо взагалі яких-небудь — ризиків відповідач мав обов'язок оберігати позивача?"» (§ 38).

У цій справі, відповідно, лікар мав оберігати позивачку від ризику народження дитини із гемофілією, а не від ризику народження дитини із будь-якими іншими захворюваннями. І тому його відповідальність має обмежуватися тільки шкодою, що зумовлена необхідністю лікувати гемофілію — без урахування обтяжуючих обставин у вигляді аутизму.

Метою консультації було поставити пацієнку в таке становище, у якому вона могла б прийняти поінформаване рішення щодо народження дитини, у якої ймовірно буде гемофілія. Консультація не передбачала оцінки інших ризиків і загального висновку про планування сім'ї. Тому усі інші ризики вагітності, крім гемофілії, не можуть бути покладені на лікаря.

У підсумкові Суд застосував принцип SAAMCO: на лікаря не можуть покладатися наслідки, які б настали навіть у тому випадку, коли б надана ним інформація виявилася коректною. Суд зазначив, що відповідь на питання, що б сталося, якби надана лікарем інформація виявились коректною, очевидна — пацієнтка народила б дитину із аутизмом. Відтак, лікар не повинен відповідати за аутизм.[288]

**3.1.5. Інші міркування, що підлягають до врахування (на прикладі справ про «протиправне народження»).** Усі наведені вище міркування вказують на те, що до формули дослідження деліктного інциденту має включатися установлення деліктизуючих ризиків, тобто ризиків, нехтування якими робить поведінку деліквента протиправною, а також установлення зв'язку між цими ризиками і шкодою, яка настала (тобто з'ясування того, чи охоплювалась шкода потерпілого відповідними ризиками).

У справі *Khan v Meadows* Суд назвав шість питань, на які належить дати відповідь, розглядаючи деліктний позов:

> «(1) Чи є шкода (втрати, ушкодження, збитки), що лежить в основі позовної вимоги, компенсабельною в контексті делікту необережності? (питання придатності позову)
>
> (2) Відносно яких ризиків шкоди позивачеві закон покладає на відповідача обов'язок бути пильним? (питання меж обов'язку)
>
> (3) Чи порушив відповідач своєю дією чи бездіяльністю покладений на нього обов'язок? (питання порушення)
>
> (4) Чи є збитки, за які позивач вимагає відшкодування, наслідком дії або бездіяльності відповідача? (питання фактичного причинно-наслідкового зв'язку)
>
> (5) Чи існує достатній зв'язок між конкретним видом шкоди, за який позивач вимагає відшкодування, та пред-

[288] *Khan v Meadows,* § 68, [2021] UKSC 21.

метом обов'язку відповідача щодо дотримання належної обережності, як він був проаналізований на етапі 2 вище? (питання про зв'язок з обов'язком)

(6) Чи є конкретний вид шкоди, за який позивач вимагає відшкодування, невідшкодовним, через те, що він є занадто віддаленим, або через те, що існує інша дійова причина (включаючи *novus actus interveniens*), що його зумовила, або через те, що позивач зменшив свої збитки або не зміг уникнути збитків, щодо яких можна було б обґрунтовано очікувати, що він їх уникне? (питання юридичної відповідальності)».[289]

У цьому переліку прикметними є кілька обставин. По-перше, те, що Суд розрізняє «питання про зв'язок з обов'язком» (питання 5) і віддаленість шкоди (питання 6), тимчасом як, на наше переконання, «зв'язок з обов'язком» є ключовим критерієм, за яким визначається віддаленість шкоди. По-друге, Суд називає в якості рівнопорядкових підстав до виключення відповідальності надмірну віддаленість шкоди і *novus actus interveniens* (тобто наявність причини, яка втрутилася), що також, на наш погляд, заслуговує критичного ставлення, оскільки *novus actus interveniens* є одним із випадків, які свідчать про надмірну віддаленість причинного зв'язку.

У той же час ми готові погодитися із тим, що принцип «відповідальність тільки в межах деліктизуючого ризику» — це хоч і головний, але не єдиний критерій, який має враховуватися при визначенні віддаленості шкоди. У цьому відношенні влучний підхід, як на наш погляд, втілено у PETL. Щоправда, тут це питання іменується не «віддаленість причинного зв'язку», а «межі відповідальності» (*scope of liability*). Таку термінологію було обрано спеціально для того, аби підкреслити, що дослідження в цьому випадку будується на принципово інших міркуваннях, аніж ті, що використовуються для дослідження фактичної причинності.

У статті 3:201 PETL зазначається, що, коли вже установлено наявність фактичної причинності, то при відповіді на питання, чи повинна шкода привинюватися особі, належить ураховувати такі фактори:

[289] Ibid., § 28.

«a) передбачуваність шкоди для розумної особи на момент провадження діяльності, з огляду, зокрема, на близькість у часі чи просторі між шкідливою діяльністю та її наслідком, або розмір шкоди у порівнянні з нормальними наслідками такої діяльності;

b) природу і цінність інтересу, що захищається (стаття 2:102);

c) підставу відповідальності (стаття 1:101)

d) рівень звичайних ризиків життя; та

e) захисну мету правила, яке було порушене».[290]

Отож, дослідження віддаленості шкоди (або, в термінології PETL, — меж відповідальності) не повинно обмежуватися зіставленням деліктизуючого ризику зі шкодою, що реально настала. В особливо складних справах мають враховуватися також і інші міркування, які в широкому сенсі можна назвати міркуваннями правової політики. Ці міркування будуються на уявленні про те, яких глобальних соціально-економічних результатів має досягати право, і яким чином вирішення конкретної деліктної справи сприятиме або перешкоджатиме досягненню таких результатів. У рамках таких міркувань відбуваються визначення масштабних цілей права як способу організації і врегулювання відносин у суспільстві, оцінка економічних ефектів запровадження судовим прецедентом того чи іншого підходу, а також вирішення колізій між двома суб'єктивними правами (коли завдання шкоди потерпілому стає наслідком реалізації заподіювачем свого власного права).

Необхідність врахування таких міркувань виразно ілюструють так звані справи про «протиправне народження».[291] У цих справах батьки вимагають від медичних установ, що неякісно провели процедури з попередження вагітності (як-то вазекто-

---

[290] European Group on Tort Law. (n.d.). *Principles of European Tort Law (PETL)*. Retrieved November 11, 2024, from http://www.egtl.org/docs/PETL.pdf

[291] Див.: Jha, S. (2016). 'Wrongful birth' following failed sterilisation. *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology, 123*(10), 1683; Priaulx, N. (2007). *The harm paradox: Tort law and the unwanted child in an era of choice.* Milton Park, Abingdon: Routledge-Cavendish; Steininger, B. C. (2010). Wrongful birth and wrongful life: Basic questions. *Journal of European Tort Law, 1*(2), 125–155; Stretton, D. (2005). The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life. *Deakin Law Review, 10*(1), 319–364; Todd, S. (2005). Wrongful conception, wrongful birth, and wrongful life. *The Sydney Law Review, 27*(3), 525–542.

мія чи стерилізація), відшкодувати витрати на утримання і виховання народженої дитини. У таких справах ризик народити незаплановану дитину — це саме той ризик, від якого медична установа через свої послуги повинна була вберегти батьків. Отож, ці справи успішно «проходять тест» на відповідність шкоди деліктизуючому ризику. Тим не менше, суди в різних куточках світу все ж здебільшого не наважуються покладати на медичні установи витрати, пов'язані з утриманням дитини до повноліття (тимчасом як шкода через біль і дискомфорт протягом самого періоду вагітності і під час пологів — відшкодовується поряд із додатковими витратами, що викликані вагітністю й пологами).[292]

Деякі суди, як, приміром, Конституційний Суд Німеччини, аргументують відмову в таких позовах відсутністю шкоди (а не віддаленістю причинного зв'язку чи межами відповідальності). Вони в такому випадку зауважують на тому, що життя — священна цінність і дар, і воно ні за яких умов не може визнаватися шкодою. Так, Конституційний Суд Німеччини зазначив:

> «існування дитини не може бути юридично класифіковане як шкода. Обов'язок усіх державних органів поважати кожну людину заради неї самої забороняє класифікувати утримання дитини як шкоду».[293]

Проте, на наш погляд, у такому міркуванні відбувається підміна понять, адже позивачі не пропонують розглядати як шкоду саме життя (на такій тезі будується інша категорія справ — справи про «протиправне життя»; їх слід відрізняти від справ про «протиправне народження»), вони пропонують називати шкодою економічні витрати, яких вони намагалися уникнути.

Але, якщо так, — міркують інші суди, — то слід зважити, а чи щастя батьків від народження дитини не перевершує будь-які економічні витрати на дитину. Згідно з таким підходом, слід, однак призначити «ціну» щастю батьківства, виміряти його в грошовому еквіваленті, і тоді порівняти, чи буде ця цифра більшою від суми витрат на утримання дитини. Деякі суди вдаються до такого аналізу і присуджують різницю, інші —

---

[292] Perry, R. (2021). Instrumental comparative tort law. *Journal of Tort Law, 14*(2), 493–529, 515.

[293] Bundesverfassungsgericht Bverfge 88, 203 = NJW 1993, 1751.

вважають таке порівняння принципово нездійсненним і на цій підставі вказують, що слід або відшкодувати витрати на утримання в цілому (не роблячи дисконт через «вигоди» батьківства), або не відшкодовувати взагалі нічого (визнавши, що щастя батьківства перевершує будь-які пов'язані з ним економічні тягарі).[294]

Утім, нам імпонує позиція Лорда Стейна (Lord Steyn) у справі *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board* (Scotland).[295] У цій справі подружня пара, що вже мала чотирьох дітей, вирішила, що чоловікові варто зробити вазектомію. Після операції лікарі запевнили, що процедура пройшла успішно, і вже немає необхідності вдаватися до будь-яких засобів контрацепції. Утім згодом у подружжя народилось здорове маля. Вони вимагали відшкодування витрат на його утримання від лікарні, що неякісно провела вазектомію. Лорд Стейн зауважив:

> «Шановні лорди, пояснювати рішення про відмову у відшкодуванні витрат на виховання небажаної дитини відсутністю шкоди, відсутністю передбачуваної шкоди, відсутністю причинно-наслідкового зв'язку або відсутністю підстав для розумного відшкодування — означає вдаватися до нереалістичних і формалістичних аргументів, які приховують справжні причини таких рішень. А судді повинні прагнути до того, щоб наводити справжні причини своїх рішень. На моє тверде переконання, там, де суди відмовляли у відшкодуванні витрат на виховання небажаної дитини, справжніми причинами були міркування розподільчої справедливості».[296]

Зазвичай вважається, що принципи розподільчої (дистрибутивної) справедливості мають дуже обмежене застосування в деліктному праві. Приміром, уже зазначалося, що, якщо бідняк завдасть шкоди багатієві, то він все одно має відшкодувати її, як того вимагає корективна справедливість, попри те, що розподільча справедливість, імовірно, вимагала б більш рівномірного розподілу благ у суспільстві. Щоправда, з огляду саме на розподільчу справедливість закон дозволяє в таких випад-

---

[294] *Sherlock v. Stillwater Clinic* [1977] 260 N.W. 2d. 169.

[295] [2000] 2 AC 59.

[296] *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.

ках зменшити розмір відшкодування, беручи до уваги матеріальне становище заподіювача (див. ч. 4 ст. 1193 ЦК України).

Лорд Стейн має на увазі, що справедливий розподіл ресурсів у суспільстві вимагає, щоб витрати на утримання здорової дитини несли її батьки. Розподільча справедливість, як слушно пояснює М.А. Лот (M.A. Loth), — стосується не тільки розподілу ресурсів, але й тягарів та ризиків.[297] І в такому смислі тягарі, пов'язані зі здоровою дитиною, мають нести батьки.

Тож Лорд Стейн доходить висновку, що принципи розподільчої справедливості вимагають, аби витрати на утримання здорової дитини покладалися на батьків, і батьки не можуть перекласти їх на плечі медичної установи. Іншими словами, той принцип, що саме батьки повинні утримувати своїх здорових дітей, на думку Лорда Стайна, становить незаперечний постулат, на якому будується наше суспільство і який виражає загальне уявлення про справедливий розподіл тягарів між його членами.

Варто зауважити, що вимоги розподільчої справедливості — це не даність, заповідь або ясне правило: їх часто вкрай важко визначити і сформулювати. Вони є предметом одвічних цивілізаційних і політичних дискусій (узяти хоча б питання, чи треба ресурси розподіляти за потребами, чи за заслугами, чи порівну), однак для нас у цьому контексті більш важливим є сам факт урахування такого роду масштабних міркувань при аналізі проблем віддаленості шкоди і меж відповідальності за протиправну поведінку. Для нас важливо те, що справи про «протиправне народження» долають і «бар'єр» протиправності, і фактичної причинності, і навіть проходять тест на відповідність шкоди деліктизуючому ризику, утім, попри все це, іще залишаються міркування, які можуть виключити відповідальність, і ці міркування торкаються найбільш фундаментальних, цивілізаційних проблем і глобальної правової політики.

**3.1.6. Економічна ефективність.** До кола міркувань, які підлягають врахуванню при дослідженні віддаленості шкоди, мають також входити міркування економічної ефективності пра-

---

[297] Loth, M. A. (2015). Corrective and distributive justice in tort law: On the restoration of autonomy and a minimal level of protection of the victim. *Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22*(6), 788–811.

ва. Адже рішення суду у справі за деліктним позовом по суті визначає, хто має нести ризик відповідної події, і, відповідно, хто має включати пов'язані із цією подією витрати у вартість провадження своєї діяльності. Тому при ухваленні відповідного рішення належить керуватися принципами економічної ефективності в тому числі. У цьому відношенні помічними є висновки теорії економічного аналізу права.

Ґвідо Келебресі доходить висновку, що принципи установлення віддаленості шкоди мають настільки наскрізне й інтегральне значення, що від них залежить реалізація усіх чотирьох функцій деліктного права, які виділяє автор.[298]

На його погляд, деліктне право виконує дві функції за напрямком компенсації і дві функції за напрямком превенції.[299] У рамках напрямку компенсації це функції розпорошування і розподілу. *Функція розпорошування* полягає в тому, щоб розпорошити втрати від деліктного інциденту на якомога більшу кількість осіб — і, розпорошивши їх таким чином, зробити маловідчутними для кожного із причетних. Задача деліктного права тут полягає в тому, щоб призначити відповідальним суб'єкта, якому буде найлегше застрахуватися через самострахування (створення спеціального фонду для нещасних випадків) або через покупку страхового поліса. Очевидно, що для визначення такого суб'єкта релевантними будуть усі міркування, наведені вище під рубрикою «віддаленості шкоди» (адже, приміром, страхувати ризики може тільки той, хто про них знає і передбачає їхні наслідки).

*Функція розподілу* суголосна із принципами розподільчої справедливості й інколи може вказувати на те, що втрати мають покладатися на того, для кого вони будуть менш відчутними (так званий аргумент «глибокої кишені»). Утім потрібно особливо застерегти, що названі економічні міркування не є вирішальними самі по собі, а, по-перше, діють у сукупності з іншими принципами деліктної відповідальності, і по-друге, вступають «до гри» на завершальних етапах дослідження деліктного інциденту у складних справах, коли вже установлено і протиправність, і шкоду, і фактичну причинність, і лишилося

---

[298] Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review, 43*(1), 69–108.

[299] Ibid., 73–91.

відповісти на складне запитання, чи буде справедливим покладати відповідальність на особу (попри справдження усіх попередніх передумов).

У рамках напрямку превенції Ґвідо Келебресі виокремлює *функції колективної і ринкової превенції*.[300] Загалом обидві спрямовані на те, щоб оптимізувати витрати на застережні заходи і втрати від деліктних інцидентів. Іншими словами, деліктне право має зробити так, щоб не тільки потерпілі зазнавали якомога менше збитків, але — оскільки це не безкоштовно (бо запобігання збиткам теж потребує витрат) — щоб і потенційні заподіювачі шкоди при цьому витрачали на запобіжні заходи якомога менше. В цьому смисл економічної проблеми оптимізації — найбільше користі (у вигляді зменшення деліктних інцидентів) при найменших затратах (у вигляді інвестицій у застережні заходи).

*Колективна превенція* означає загальне визначення певних видів діяльності, які є настільки небезпечними, що мають бути заборонені. Натомість *ринкова превенція* означає, що загальної заборони на певну діяльність немає, і оцінка того, чи є вартісно виправданими застережні заходи, залежить від обставин конкретної справи.

Оцінка віддаленості шкоди (або меж відповідальності) — це останній, завершальний елемент дослідження деліктного інциденту, у рамках якого мають ураховуватися міркування, котрі сприятимуть реалізації деліктним правом зазначених функцій. Келебресі зауважує, що дослідження віддаленості шкоди включає вивчення піддатливості певної діяльності до коригування пов'язаних із нею небезпек.[301] Відповідно, наближеною причиною має визнаватися та із двох діяльностей, яка більше піддатлива до коригування пов'язаних із нею небезпек. Окрім того, в рамках віддаленості підлягає оцінці також те, хто із двох — позивач чи відповідач — перебуває в кращій позиції, щоб обрати безпечнішу альтернативу перед лицем малопередбачуваних або непередбачуваних ризиків.

Зрештою, учений вводить поняття «*cheapest cost avoider*», яке означає «той, для кого запобігання збиткам обійдеться найдешевше». Відтак, під рубрикою «віддаленості шкоди» про-

---

[300] Ibid., 77–91.

[301] Ibid., 81.

понується розглядати також питання «Хто міг запобігти шкоді з найменшими витратами?». На думку автора «*cheapest cost avoider*» — це той, хто

> «[має] кращі знання про ризики та способи їх уникнення, ніж інші претенденти; у змозі ефективно використовувати ці знання для вибору дешевшої альтернативи; і, нарешті, здатен спонукати до змін у поведінці інших, коли такі зміни є найдешевшим способом зменшити суму втрат від інцидентів та витрат на заходи безпеки».[302]

У цьому ж річищі міркує і Б. МакДавел (B. McDowell), зауважуючи, що розумний вибір того чи іншого способу дій передбачає зважування, з одного боку, вартості безпечнішої дії, помноженої на ймовірність передбачуваної небезпеки, а з іншого — потенційної шкоди та переваг більш ризикованої дії.[303] Звідси він робить висновок про те, що

> «передбачуваність — це таке усвідомлення серйозної можливості настання шкідливих наслідків від запланованої дії, що розумна і порядна людина або вирішила б діяти таким чином, щоб уникнути такої шкоди, або не змогла б добровільно взяти на себе відповідальність за наслідки такої шкоди».[304]

Показник віддаленості шкоди можна уявити у вигляді «регулятора» на панелі управління, який рухається уздовж осі, що починається від діяння особи і продовжується потенційно нескінченно. Посуваючи цей «регулятор» в одну або іншу сторону, ми збільшуємо або зменшуємо діапазон поширення деліктної відповідальності за наслідки.

Якщо цей «регулятор» знаходиться в крайній лівій позиції (коли він максимально близько до діяння особи), то це означає, що усі збитки, завдані такою діяльністю, прийматиме на себе суспільство (а не той, хто діяльність провадить). Якщо «регулятор» у крайній правій точці, то всі збитки (якими б колосальними і віддаленими вони не були) покладаються на того, хто про-

---

[302] Ibid., 84.

[303] McDowell, B. (1985). Foreseeability in contract and tort: The problems of responsibility and remoteness. *Case Western Reserve Law Review, 36*(2), 286–325, 295.

[304] Ibid., 301–302.

вадить відповідну діяльність. З точки зору теорії економічного аналізу права, для того, аби знайти оптимальне налаштування цього «регулятора», ми маємо зіставити корисність відповідної діяльності для суспільства зі збитками, які ця діяльність здатна принести.

Якщо діяльність приносить велику користь суспільству, то є смисл посунути регулятор вліво, перекладаючи частину збитків (витрат) на суспільство і тим самим заохочуючи суб'єкта до її провадження. Натомість, якщо діяльність малокорисна для суспільства, то суспільство, отже, і не повинно приймати на себе створювані цією діяльністю збитки (витрати), і тоді «регулятор» посуваємо вправо, збільшуючи вартість діяльності для суб'єкта, що її провадить, і тим самим знеохочуючи його до провадження цієї діяльності.

Цей аргумент, до слова, часто використовується проти розширення деліктної відповідальності лікарів і фармацевтичних компаній. У цьому контексті зауважується, що, «посуваючи регулятор управо», ми тим самим віднаджуємо лікарів від відкриття нових способів лікування (що завжди пов'язано із ризиками невдач), а фармвиробників — від розробки нових ліків (що також криє в собі ризик побічних ефектів).

Б. МакДавел зауважує на цікавому історичному прецеденті, коли на ранніх етапах індустріалізації нові концепції обмеження відповідальності (як у деліктному, так і в договірному праві) запроваджувалися для того, щоб підтримати неокріплу на той час підприємницьку активність, яка тільки набирала обертів і могла занепасти під непіднімним тягарем всеосяжної деліктної відповідальності.[305] Дещо подібне ми спостерігаємо й зараз, аналізуючи так звані «безпечні гавані» для операторів онлайн-платформ (див. § 3.3).

Насамкінець учений зазначає, що посування «регулятора» в бік розширення діапазону відповідальності матиме нерівномірний вплив на різних учасників ринку: крупні гравці легше «абсорбуватимуть» витрати, пов'язані з виплатою відшкодувань, тимчасом як для малого й середнього бізнесу те ж саме калібрування меж відповідальності може виявитися нищів-

[305] Ibid., 297; Danzig, R. (1987). *The capability problem in contract law: Further readings on well-known cases (1978)*. Foundation Press, 297.

ним.[306] Дністрянський називав це загрозою економічної руїни для господарства.[307]

Доктрина віддаленості причинного зв'язку (меж відповідальності) — це останній рубіж комплексного дослідження на предмет відшкодовності понесених особою втрат. І тому вкрай важливо, аби, застосовуючи її, суди наводили дійсні мотиви своїх міркувань, в тому числі економічні міркування і пов'язані з ними міркування правової політики. Здобутки теорії економічного аналізу права — це прагматичний і дієвий інструментарій для відвертого і прямого обґрунтування рішень щодо віддаленості причинного зв'язку і відшкодовності тих або інших втрат.

## § 3.2. Практика Компенсаційної комісії ООН[308]

**3.2.1. Релевантність практики Компенсаційної комісії ООН у контексті російсько-української війни.** Агресивна війна, розпочата Російською Федерацією проти України, принесла руйнування колосальних масштабів.[309] Світовий Банк, який оцінював пряму фізичну шкоду, завдану інфраструктурі і будівлям, а також потреби на відновлення і відбудову, визначив, що така цифра становила 524 млрд доларів станом на кінець 2024 року.[310] Тимчасом станом на час написання цих

---

[306] McDowell, B. (1985), 297–298.

[307] Дністрянський, С. (2013). Полагода шкоди з огляду економічного і соціяльного. У М. Цимбалюк (Ред.), *Антологія правничої думки в Галичині (1889–1900)* (Т. 1, С. 75–158). Львів, 107.

[308] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. П. (2024). Яка шкода є «прямим» наслідком війни: практика Компенсаційної комісії ООН. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*, 132(1), 23–36.

[309] Громадська організація «Інститут Київська Школа Економіки» (Липень, 2023). *Звіт про прямі збитки інфраструктури та непрямі втрати економіки від руйнувань внаслідок військової агресії Росії проти України станом на червень 2023 року*. Київська школа економіки. https://kse.ua/wp-content/uploads/2023/09/June_Damages_UKR_-Report.pdf

[310] Україна – Швидка Оцінка Завданої Шкоди Та Потреб На Відновлення (RDNA4) : Лютий 2022 – Грудень 2024. https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/099052925103531065.

рядків війна триває і навіть за грубими оцінками сума збитків у підсумкові може наблизитися до одного трильйона доларів.[311]

При цьому наведені цифри не враховують найтяжчих, людських, втрат. Згідно з оцінкою Верховного комісара ООН з прав людини станом на травень 2025 року втрати тільки серед цивільного населення склали 46 058 осіб, із яких 13 341 загиблих і 32 744 поранених.[312] І ці цифри завжди подаються із застереженням, що реальні втрати можуть бути значно більшими, оскільки у статистиці відображаються лише достеменно підтверджені випадки, тимчасом як в умовах війни дістати підтвердження часто неможливо.

Величезна кількість українців була змушена покинути свої домівки: згідно з даними Міністерства соціальної політики наразі кількість офіційно зареєстрованих внутрішньо переміщених осіб в країні досягає 4,9 млн осіб.[313] Близько шести мільйонів українців були вимушені покинути країну.[314]

Усе це — наслідки агресивної війни, яку Російська Федерація веде проти України.

Відповідно до норм міжнародного права держава, відповідальна за міжнародно протиправні дії, зобов'язана відшкодувати у повному обсязі шкоду, завдану такими діями (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ст. 31).

Таким чином, усі збитки, завдані внаслідок російської агресії, мають бути відшкодовані за рахунок агресора. З цією метою Комітетом Міністрів Ради Європи було прийнято резолюцію CM/Res(2023)3, котра запровадила перший із трьох елементів міжнародного компенсаційного механізму для України,

---

[311] Arons, S. (2022, June 21). Ukraine reconstruction may cost $1.1 trillion, EIB head says. Bloomberg. Retrieved from. https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-06-21/ukraine-reconstruction-may-cost-1-1-trillion-eib-head-says?embedded-checkout=true

[312] Україна: захист цивільних осіб у збройному конфлікті. Оновлення, травень 2025. Управління Верховного комісара ООН з прав людини. https://ukraine.ohchr.org/uk/Protection-of-Civilians-in-Armed-Conflict-May-2025

[313] Міністерство соціальної політики України (б.д.). *Внутрішньо переміщені особи*. Офіційний сайт Міністерства соціальної політики України. https://www.msp.gov.ua/timeline/Vnutrishno-peremishcheni-osobi.html

[314] Ukrainian refugee situation. Operational Data Portal. RETRIEVED FROM: https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine

а саме — міжнародний Реєстр збитків, завданих агресією Російської Федерації проти України.[315]

Установлення причинного зв'язку між шкодою та війною — було головним завданням Компенсаційної комісії ООН, створеної у 1991 році відповідно до резолюції Ради Безпеки 687 (1991) для розгляду заяв і виплати компенсації за шкоду і збитки, завдані внаслідок незаконного вторгнення Іраку в Кувейт і подальшої окупації Кувейту в 1990-1991 роках. Комісія отримала близько 2.7 мільйона заяв на загальну суму 325.5 млрд доларів США, із яких задовільнила близько півтора мільйона на загальну суму 52.2 млрд доларів США.[316] Комісія пропрацювала 31 рік і завершила свою роботу, здійснивши виплати у повному обсязі наприкінці 2021 року. Президент Керівної ради Комісії представив Фінальний звіт до Ради Безпеки ООН за два дні до початку повномасштабного вторгнення Росії в Україну — 22 лютого 2022 року.

Практика Компенсаційної комісії ООН є важливим джерелом для визначення принципів міжнародного права щодо установлення причинного зв'язку між війною і шкодою, завданою фізичним особам, компаніям, міжнародним організаціям та державам. На необхідності врахування цієї практики під час формування компенсаційних механізмів для України наголошує Рада Європи в Експертному звіті від листопада 2023 року.[317]

**3.2.2. Загальні засади.** У Резолюції 687 Ради Безпеки ООН проголошувалося, що Ірак

> «несе відповідальність за міжнародним правом за будь-які *прямі* збитки та шкоду, включаючи шкоду навколишньому середовищу і виснаження природних ресурсів, або шкоду, заподіяну іноземним урядам, громадянам

---

[315] Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine: Adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2023 at the 1466th meeting of the Ministers' Deputies. https://rm.coe.int/0900001680ab2595

[316] UNCC at glance. United Nations Compensation Commission website. https://web.archive.org/web/20230610151433/https://uncc.ch/uncc-glance.

[317] Expert Report on Remedies and Redress Mechanisms for War-Affected Individuals in Ukraine. November 2023. Retrieved from: https://rm.coe.int/council-of-europe-expert-report-on-national-remedies-in-ukraine- 2775-2/1680adebf5.

> і корпораціям в результаті незаконного вторгнення Іраку в Кувейт і його окупації».[318]

Це положення становило собою правову основу виплачуваних відшкодувань. Як видно, у якості критерію віддаленості шкоди було обрано поняття *прямого* причинного зв'язку. Компенсаційна комісія у Рішенні S/AC.26/1992/15 від 4 січня 1993 року зауважила: «Двома істотними елементами відшкодовності збитків є те, що (а) такі збитки мають бути результатом незаконного вторгнення Іраку та окупації Кувейту і (б) причинно-наслідковий зв'язок має бути прямим» (§ 3).

Таким чином, Комісія послідовно додержувала розмежування двох досліджень при установленні причинного зв'язку. І оскільки потреби установлювати протиправність дій Іраку не було (протиправність визнана Резолюцією 687 (1991) Ради Безпеки ООН), головним завданням Комісії було установлення того, чи є заявлена шкода прямим наслідком вторгнення й окупації.

І хоча в якості критерію віддаленості шкоди було задекларовано принцип «прямого» причинного зв'язку, практика Комісії показує, що її висновки краще пояснювати через критерій деліктизуючого ризику і міркування правової політики. Задекларований критерій «прямоти» — це радше ярлик, яким позначають уже готову відповідь («шкода не підлягає відшкодуванню, бо причинний зв'язок є непрямим»), а не інструмент до її відшукання.

Більш того, у Рішенні S/AC.26/1998/1 Комісія сама визнала неясність критерію «прямоти» і зазначила, що буде послуговуватися напрацюваннями юридичної доктрини щодо оцінки «наближеної причини»:

> «На додаток до настанов, наданих Керівною Радою в її рішеннях, стосовно того, яку шкоду слід вважати 'прямою', варто також брати до уваги відповідні норми і принципи міжнародного права. І хоча одне джерело вказує, що 'правила відповідальності держав не містять чітких вказівок щодо критеріїв прямих збитків', інший автор, узагальнивши відповідну судову практику, дійшов висновку, що 'у більшості випадків, коли епітети "прямий" і "непря-

[318] UN Security Council Resolution 687 (1991) of 3 April 1991 Iraq-Kuwait.

мий" застосовуються для опису наслідків протиправного діяння, вони фактично використовуються як синоніми до слів "наближений" (proximate) і "віддалений" (remote)'. Відповідно, Колегія вважає, що найбільш поширеним критерієм у позовах про відшкодування шкоди є те, чи було діяння держави 'наближеною причиною' понесених збитків, чи, навпаки, це діяння було занадто віддаленим, щоб тягнути за собою відповідальність».[319]

У Рішеннях № 1 (S/AC.26/1991/1) і № 7 (S/AC.26/1991/7/Rev.1) Комісія визначила, що прямою шкодою має визнаватися (зокрема, але не виключно) шкода, завдана внаслідок:

«(a) воєнних дій або загрози воєнних дій будь-якої зі сторін у період з 2 серпня 1990 року по 2 березня 1991 року;

(b) виїзду з Іраку або Кувейту або неможливості виїхати з них (або рішення не повертатися) протягом зазначеного періоду;

(c) дій посадових і службових осіб або агентів Уряду Іраку чи підконтрольних йому організацій протягом цього періоду у зв'язку з вторгненням або окупацією;

(d) порушення громадського порядку в Кувейті або Іраку протягом цього періоду; або

(e) захоплення заручників чи іншого незаконного затримання».[320]

У наведеному переліку пункт (d) говорить про шкоду, яку навряд чи можна назвати «прямим» і «безпосереднім» — у власному розумінні цього слова — наслідком воєнного вторгнення: воєнні дії спершу викликають порушення громадського порядку, яке уже потім стає безпосередньою причиною шкоди. Отож, воєнні дії є в такому випадку опосередкованою, не безпосередньою причиною шкоди. Проте порушення громадсько-

---

[319] Report and recommendations concerning part 1 of the 1st instalment of individual claims for damages above US$100,000 (Category «D» claims), § 50 / made by the Panel of Commissioners. S/AC.26/1998/1 of 3 February 1998. https://digitallibrary.un.org/record/251206?ln=en.

[320] Compensation for business losses resulting from Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait where the trade embargo and related measures were also a cause : decision S/AC.26/1992/15 taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its 31st meeting, held in Geneva on 18 December 1992, § 6. URL: https://digitallibrary.un.org/record/163113?ln=es.

го порядку (будь-ким, включаючи й осіб, що не є комбатантами) — це цілком передбачуваний ризик, пов'язаний із воєнними діями. Іншими словами, шкода, викликана порушенням громадського порядку, входить до (численного) кола ризиків, що їх створює агресор, розпочинаючи незаконні військові дії. І саме тому відповідальність агресора, що скоїв воєнне вторгнення, розповсюджується в тому числі і на шкоду, безпосередньою причиною якої є заворушення і масові порушення громадського порядку, викликані військовим уторгненням.

**3.2.3. Шкода життю і здоров'ю.** Воєнні дії — це наймасштабніше із лих, створюваних людиною. Небезпеки, пов'язані з війною, — численні й колосальні. І межі відповідальності агресора мають бути відповідними. Війна приносить за собою смерті і руйнування. Руйнування, наслідком якого стають нові смерті. Зокрема, через війну знищуються об'єкти критичної інфраструктури і заклади охорони здоров'я, від яких залежить життя багатьох людей.

Компенсаційна комісія прямим наслідком військового вторгнення визнала смерті людей, які померли через відсутність необхідних медикаментів і кваліфікованої медичної допомоги у зруйнованих і розграбованих містах.

Комісія, зокрема, розглядала заяву, подану батьком малолітньої дитини, яка померла через відсутність медичної допомоги. Дитина народилася з хворобою нирок і, очікуючи на трансплантацію, потребувала регулярного лікування. Під час окупації Кувейту необхідне лікування стало недоступним через масове розграбування медичного обладнання. Як наслідок, дитина померла. Комісія дійшла висновку, що якщо особа хворіла до вторгнення та окупації і померла внаслідок відсутності медичної допомоги через скорочення та розграбування медичних закладів, смерть у такому випадку має вважатися безпосереднім, прямим наслідком вторгнення й подальшої окупації.[321]

Відповідно до Рекомендації Колегії комісарів S/AC.26/1994/1 від 26 травня 1994 року серйозне тілесне ушкодження або смерть мають визнаватися прямим наслідком вторгнення й окупації за умови, що їх причиною була відсутність обладнання, препаратів та медичної допомоги, які за звичайних об-

[321] Report and recommendations S/AC.26/1998/1, § 203.

ставин були б наявні. По-друге, смерть або каліцтво не повинні бути наслідком загострення, що виникло через «нормальний» перебіг та розвиток раніше існуючої хвороби або травми.[322] Обидва міркування відображають стандартний для деліктного права тест «якби не»: особа має право на відшкодування, тільки якщо за відсутності війни вона не зазнала б цієї шкоди (тобто, якби не війна, то потрібні препарати і обладнання були б наявні в лікарнях; якби не війна, хвороба б не загострилася).

У цьому ж документі рекомендувалося надавати відшкодування також і тим потерпілим, чиє здоров'я похитнулося внаслідок стресу, викликаного війною. Прикладом є летальний серцевий напад у чоловіка, що на його очах іракські військові арештували його сина, або погіршення здоров'я через паніку і страх, викликані вибухами, в особи, яка не зазнала фізичних ушкоджень. І навіть у тих випадках, коли причиною погіршення стану здоров'я не була конкретна стресогенна подія, а радше загальний стан людини під час війни, Колегія рекомендувала здійснювати відшкодування, за умови надання заявниками достатніх доказів.[323]

Комісія також зауважила, що багато людей, які рятувалися від війни, не мали іншого вибору, аніж як спробувати перетнути іраксько-йорданський кордон. Таких людей розміщували в таборах для біженців, де їм доводилося перебувати в дуже важких умовах. Умови проживання в цих таборах могли призводити до різних проблем зі здоров'ям, деякі з яких були серйозними. Комісія визнавала такі ушкодження прямим наслідком війни і надавала відшкодування потерпілим.[324]

Стосовно дорожньо-транспортних пригод, Комісія визнала, що в принципі будь-які ДТП за участі воєнних машин Іраку є такими, що пов'язані із вторгненням і окупацією, а тому шкода, завдана потерпілим у таких аваріях, є прямим наслідком війни. Так само необхідний причинний зв'язок визнавався наявним, коли, приміром, водій втратив керування автомобілем через авіаудар, або будучи переслідуваний іракськими вій-

---

[322] Recommendations (S/AC.26/1994/1) of the Panel of Commissioners UNCC of 26 May 1994 'Concerning Individual Claims for Serious Personal Injury or Death (Category "B" Claims)', pp. 25–27. https://digitallibrary.un.org/record/202480?ln=en.

[323] Ibid., 28.

[324] Ibid.

ськовими. Пов'язаними із війною визнавалися також аварії, що сталися у перші дні вторгнення через сум'яття, заворушення і порушення громадського порядку.[325]

Прямим наслідком війни Комісія визнала також загибель людей в Ізраїлі, коли Ірак, маючи на меті навернути на свою сторону мусульманські країни, які на той час підтримували антиіракську коаліцію, 17 січня 1991 року розпочав ракетну кампанію проти Ізраїлю. Замисел полягав у тому, щоб спровокувати Ізраїль на відповідь і використати це як привід для агітації мусульманських країн, що входили до коаліції, пристати на бік Іраку. Комісія визнала прямий причинний зв'язок між діями Іраку і загибеллю людей в Ізраїлі, і зауважила, що коли зв'язок є прямим, то не має значення, на території якої країни людина зазнала шкоди.[326]

Відповідальність Іраку було розповсюджено також на смерті, які мали місце після закінчення війни, зокрема, коли люди підривалися на залишених під час війни мінах.[327]

**3.2.4. Шкода майну і майновим інтересам.** Щодо майнових втрат, то в Рішенні S/AC.26/1992/9 Комісія визначила три категорії збитків, що підлягають відшкодуванню (перелік утім не є вичерпним): (а) збитки, пов'язані з контрактами і попередньою підприємницькою діяльністю; (б) втрата матеріальних активів; і (в) втрата власності, здатної приносити прибуток.

Що стосується першої категорії, то вона включала випадки, коли особа зазнавала шкоди через зумовлену воєнними діями неможливість виконання (нею або контрагентом) укладеного контракту. Якщо стороною договору був уряд Іраку, то застосовувалися норми договірного права. Натомість, якщо Ірак не був стороною відповідного контракту, то діяли норми деліктного права. Причому в обох випадках Ірак не мав права посилатися на розпочату ним війну як на форс-мажорну обставину.[328]

---

[325] Ibid.

[326] Report and recommendations S/AC.26/1998/1, § 202.

[327] Ibid., § 201.

[328] Ibid., §§ 9–10.

Що стосується втрати матеріальних активів (тобто рухомих і нерухомих речей), то, ясна річ, шкода визнавалася прямим наслідком війни, якщо власність була експропрійована, конфіскована, вилучена, викрадена, знищена чи пошкоджена іракськими органами влади. Прикметно, однак що Комісія наголосила, що правомірність або неправомірність вилучення майна не має значення для компенсації.[329]

Цікавими, однак є випадки, коли люди, рятуючись від війни, покидали свою власність і вона згодом була розграбована, знищена невідомими чи безслідно зникала. У таких випадках ланцюг причинності сполучає діяння Іраку зі шкодою опосередковано — через дії самого потерпілого власника і, ймовірно, дії третіх осіб — мародерів. Проте в цьому випадку, так само як і в попередніх, належить керуватися критерієм деліктизуючого ризику і задати питання, а чи підвищують воєнні дії ризик настання такого роду шкоди — шкоди, пов'язаної з полишенням свого майна людьми, що рятуються від загибелі. І оскільки відповідь ствердна, зазначені збитки охоплюються межами відповідальності суб'єкта, відповідального за воєнну агресію.

Такого висновку, очікувано, дійшла й Комісія (хоч вона і не послуговувалася концепцією деліктизуючого ризику), зробивши, утім, таке застереження: коли підприємство було залишене без нагляду через те, що його персонал примусово утримувався в умовах несвободи іракським урядом, то шкода підприємству *визнається* прямою; натомість, якщо підприємство було покинуте його персоналом добровільно, то шкода *може бути визнана* прямою.[330] Таким чином, Комісія мала на увазі, що в другому випадку необхідно брати до уваги усі обставини справи, і зокрема враховувати, наскільки збитки могли б бути зменшені завдяки розумним заходам потерпілої сторони (приміром, чи була можливість релокації бізнесу чи принаймні можливість вивезти частину майна підприємства, тощо).

Щодо транспортних засобів, покинутих в Кувейті чи Іраку людьми, які рятувалися від війни, то Комісія спеціально визнала презумпцію прямого причинного зв'язку між війною і втратою таких автівок.

---

[329] Ibid., § 12.

[330] Ibid., §§ 12–13.

> «Для того, щоб отримати компенсацію, необхідно довести, що втрата була 'напряму' спричинена вторгненням та окупацією Кувейту Іраком. З цією метою Колегія також вважає, що існує обґрунтована презумпція, що якщо транспортний засіб був залишений в Іраку або Кувейті до або під час вторгнення та окупації і був втрачений, то його втрата є 'прямим' наслідком вторгнення Іраку та окупації Кувейту».[331]

Комісія прокреслила межу відповідальності Іраку, вказавши, що відповідальність не розповсюджується на шкоду, яка виникла у зв'язку із торговим ембарго, супутніми заходами та загальною економічною ситуацією на глобальних ринках. У Рішенні №9 зазначалося: «торговельне ембарго та пов'язані з ним заходи, а також спричинена ними економічна ситуація не будуть прийматися як підстава для компенсації».[332]

Оскільки Ірак не зреагував на Резолюцію 660, якою було засуджено вторгнення і зобов'язано іракські війська повернутися на місця дислокації, Рада Безпеки ООН наступною резолюцією 661 від 6 серпня 1990 року запровадила торгове ембарго, згідно з яким держави-члени були зобов'язані не допускати:

(a) імпорт будь-яких продуктів і товарів, що походять з Іраку або Кувейту;

(b) будь-яку діяльність своїх громадян або на своїй території, яка сприяла б експорту продукції, що походить з Іраку або Кувейту, а також передачу коштів будь-якій з цих країн з метою здійснення такої діяльності;

(c) продаж зброї або іншого військового обладнання до Іраку та Кувейту, за винятком гуманітарної допомоги;

(d) надання коштів або інших фінансових чи економічних ресурсів обом країнам або будь-яким комерційним, промисловим чи державним підприємствам, що діють на їх території, за винятком медичних чи гуманітарних цілей.

Очевидно, що такі заходи не могли не позначитися на світовій торгівлі. Ось як про це писала сама Комісія в Рішенні S/AC.26/1992/15:

---

[331] Report and recommendations S/AC.26/1998/1, § 266.

[332] Propositions and conclusions on compensation for business losses: decision S/AC.26/1992/9, § 6.

> «Торговельне ембарго та пов'язані з ним заходи мали ширші економічні наслідки як для міжнародної торгівлі, так і для економічної діяльності в Кувейті та Іраку. Приміром, світова ціна на нафту була тимчасово вищою, ніж могла б бути, і, крім того, країни, які раніше імпортували нафту з Іраку та Кувейту, змушені були шукати інші джерела постачання, що вплинуло на транспортні та транзитні послуги, а також на операційні витрати нафтопереробних заводів. Компанії, які могли б розраховувати на експорт товарів або послуг до Кувейту або Іраку, були змушені шукати альтернативні ринки збуту, що потенційно могло негативно вплинути як на їхні прибутки, так і на прибутки їхніх постачальників».[333]

Зазначені економічні втрати були визнані такими, що лежать поза межами відповідальності Іраку, попри те, що ембарго (та інші обмежувальні заходи) — це правомірна і передбачувана реакція світової спільноти на розпочату Іраком війну. У даному випадку виключення відповідальності, ймовірно, слід пояснювати з огляду на макроекономічні та геополітичні міркування. Оскільки війна відобразилася на світовій торгівлі у глобальному масштабі, визнати чисті економічні втрати від кризи, викликаної війною, компенсабельними, — означало б дати право вимагати відшкодування мало не кожній компанії на планеті. А це саме та, руйнівна відповідальність, проти якої остерігає теорія економічного аналізу права.[334]

У Рішенні S/AC.26/1992/15 Комісія зауважила:

> «У всіх випадках члени Комісії вимагатимуть доказів того, що заяви підпадають під критерії прямих збитків, викладені в пункті 16 Резолюції 687, для того, аби вони давали право на отримання компенсації з Компенсаційного фонду. Заявникам буде недостатньо стверджувати, що збитки були спричинені хаотичною еконо-

---

[333] Compensation for business losses resulting from Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait where the trade embargo and related measures were also a cause : decision S/AC.26/1992/15 taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its 31st meeting, held in Geneva on 18 December 1992, § 9. URL: https://digitallibrary.un.org/record/163113?ln=es.

[334] Докладний аналіз економічних ефектів відповідальності Іраку за війну див.: Fox, M. B. (2002). Imposing liability for losses from aggressive war: An economic analysis of the UN Compensation Commission. *European Journal of International Law, 13*(1), 201–221.

мічною ситуацією після незаконного вторгнення Іраку та окупації Кувейту. Необхідно буде надати детальний фактичний опис обставин заявлених збитків, шкоди або травм».[335]

Цікаво те, що у цьому контексті Комісія зіткнулася також із проблемою надлишкової причинності, і практика Комісії у вирішенні цієї проблеми підтверджує висновки, що були зроблені нами раніше.

Так, Комісія зауважила, що інколи певна економічна шкода має одночасно дві достатніх причини — торгове ембарго, з одного боку, і війну як таку — з іншого. Наприклад, коли торгові судна були змушені змінювати свої курси. З одного боку, причиною такої зміни є ембарго, але з іншого боку — навіть якби не ембарго, ймовірно, судна все одно б не заходили в порти Іраку й Кувейту через небезпеку, яка їм загрожувала під час війни. Комісія називала такі причини «паралельними» і дійшла висновку, що коли таке має місце, і шкода має дві паралельні причини (одна із яких — ембарго — виключає відповідальність, а інша — вторгнення й окупація — не виключає), то шкода підлягає відшкодуванню.[336]

Таким чином, хоча Комісія у своїх міркуваннях і не використовувала термінологію NESS, утім, вона дійшла точно такого висновку, який було б отримано при застосуванні тесту NESS, оскільки тест NESS показує, що коли є дві причини, кожна із яких поодинці була б достатньою для завдання однієї і тієї ж шкоди, то обидві причини мають визнаватися юридично значимими причинами цієї шкоди (попри те, що жодна із них не була необхідною).

Проблема віддаленості причинного зв'язку (або меж відповідальності) полягає в тому, що засяг деліктної відповідальності уздовж ланцюга причинних зв'язків повинен бути «обтятий», і задача в тому, щоб точно визначити місце цього «обтинання».

Таке «обтинання» необхідне для того, аби не допустити кричущої диспропорції між тяжкістю скоєного і тягарем відповідальності за його наслідки, — коли б особа, що допустила

---

[335] Decision S/AC.26/1992/15, § 5. https://digitallibrary.un.org/record/163113?ln=es.

[336] Ibid., § 9.

дрібну необачність, мусила приймати на свої плечі мало не всі біди світу, що послідували за її проступком. Проте держава, яка розпочала агресивну війну проти сусіда й окупувала чужі території, допустила не дрібну необачність — вона скоїла найтяжчий злочин проти усього людства (міжнародно протиправне діяння *erga omnes*). Тому межі відповідальності за такі діяння мають бути відповідними і пропорційними до масштабів злодіяння — вони мають охоплювати усі ті численні й різноманітні ризики, які можна розумно передбачати як вірогідний наслідок військового вторгнення, навіть якщо причинний зв'язок між війною і шкодою опосередкований додатковими ланками чи втручанням третіх осіб.

Можна сказати, що значення віддаленості причинного зв'язку — це функція вини: що тяжче скоєне зло, то більшим є це значення, і то ширше коло наслідків охоплюється діапазоном дії деліктного обов'язку відшкодування.

У параграфі 1.4 ми наводили епізод із телевізійного шоу, у якому залишена чоловіком на поштовій скриньці кулькова ручка запустила низку послідовних подій, що в кінцевому підсумку завершилися загибеллю жінки в автоаварії. Тоді здавалося очевидним, що чоловік, котрий залишив ручку, не повинен нести відповідальність, бо шкода є занадто віддаленою. Але що ми скажемо, якщо дізнаємося, що він зробив це навмисно, достеменно вирахувавши наперед, як саме розгортатимуться події, і що в його наміри входив замах саме на ту пішохідку, що насправді постраждала? (за сюжетом епізоду все саме так і було — чоловік із надзвичайними здібностями передбачив усе в найменших подробицях). — За таких умов діапазон відповідальності миттєво, «на очах» розшириться вздовж ланцюга причинності так, щоб охопити собою фатальну аварію.

І хоча сюжет телешоу малореалістичний, він чудово ілюструє, як оцінка причинності залежить від вини, і показує, що віддаленість причинного зв'язку — це поняття, відмінне від фактичної причинності, яке вимагає врахування цілої низки критеріїв, необхідних для підсумкового вирішення питання про те, чи є справедливим, розумним і доцільним із точку зору правової політики переносити збитки із потерпілого на того, хто своєю поведінкою спричинився до їх виникнення.

## § 3.3. Відповідальність оператора онлайн-платформи[337]

**3.3.1. Платформа — нейтральний простір?** Різноманітні онлайн-платформи з кожним днем відіграють усе більшу й більшу роль у житті кожного з нас. Через платформи ми спілкуємося із друзями, колегами й однодумцями, працюємо над спільними проєктами, довідуємося про новини, придбаваємо товари, замовляємо послуги і навіть шукаємо собі пару. Платформи сприяють комунікації, забезпечують «зустріч» попиту і пропозиції та суттєво знижують трансакційні витрати. Поява і розвиток онлайн-платформ настільки сильно вплинули на конфігурацію економічної системи, що нині говорять про платформну економіку[338] і цифровий капіталізм.[339] Масштаби охоплення найбільших онлайн-платформ настільки великі, що платформи за кількістю свого «населення» вже не просто порівнянні з державами, а значно перевершують їх. Більш того, уплив платформ на здійснення прав людини (таких як право на доступ до інформації, свобода слова, право на приватність тощо) настільки значний, що на платформи пропонується розповсюджувати зобов'язання у сфері прав людини, первісно адресовані виключно державам.[340] За умов зростаючої влади

---

[337] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Karnaukh, B. (2024). Scope of platform operator's liability: Three categories of cases. *Visegrad Journal on Human Rights, 3*, 73–81.

[338] Див.: Acs, Z., Song, A. K., Szerb, L., Audretsch, D. B., & Komlósi, É. (2021). The evolution of the global digital platform economy: 1971–2021.*Small Business Economics, 57*(4), 1629–1659; Devolder, B. (Ed.). (2019). *The platform economy: Unravelling the legal status of online intermediaries*. Cambridge, England: Intersentia; Ertz, M. (Ed.). (2021). *Handbook of research on the platform economy and the evolution of e-commerce*. IGI Global, Business Science Reference; Smedlund, A., Lindblom, A., & Mitronen, N. (Eds.). (2018). *Collaborative value co-creation in the platform economy* (1st ed.). Springer Singapore.

[339] Див.: Fuchs, C. (2022). *Digital capitalism* (1st ed.). Routledge; Staab, P. (2024). *Markets and power in digital capitalism*. Manchester University Press; Pfeiffer, S. (2022). *Digital capitalism and distributive forces*. Bielefeld: transcript Verlag.

[340] Див.: Buhmann, K., & Olivera, R. (2020). Human rights and social media platforms: The corporate responsibility to respect human rights in regard to privacy infringements involving photo posting. *Australian Journal of Human Rights, 26*(1), 124–141; Jędrzejowska-Schiffauer, I., & Szoszkiewicz, Ł. (2023). Digital platforms and the right to just and favorable conditions of work: A business and human rights perspective. *The Law & Ethics of Human Rights, 17*(2), 205–226; Jørgensen, R. F., & Zuleta, L. (2020). Private governance

платформ закономірно постає питання про їхню відповідальність за шкоду, яка може стати наслідком умисної або необережної експлуатації створених платформами можливостей.

Із точки зору деліктного права особливість ситуації, у якій постає питання про відповідальність платформи, полягає в тому, що шкоду завдає один користувач цієї платформи іншому користувачеві. Сама ж платформа виступає лише своєрідним середовищем, або екосистемою, у якій відбувається шкідливий інцидент. Першим спадає на думку, що платформа тут ні до чого: вона не повинна відповідати за дії третьої сторони (згідно із принципом персональної відповідальності). Приміром, якщо зловмисники, які викрали дитину, щоб вимагати викуп від батьків, зв'язувалися зі своїми жертвами телефоном, то нікому ж на думку не спадає вважати телефонну компанію співучасником вимагання.

Чи можна так само міркувати і про платформи? Вони ж лише надають можливості для комунікації між користувачами і не повинні відповідати за те, як люди з цих можливостей користають? Здається, що на зорі платформної економіки саме таке уявлення слугувало відправною точкою.

Утім мало-помалу погляд на відповідальність онлайн-платформ змінюється. Виступаючи у Конгресі у зв'язку із гучним скандалом із витоком персональних даних користувачів, засновник Facebook Марк Цукерберг сказав:

> «Facebook — ідеалістична та оптимістична компанія. Більшу частину свого існування ми зосереджувалися на тому доброму, що може принести об'єднання людей. І з розвитком Facebook люди в усьому світі отримали новий потужний інструмент для того, щоб залишатися на зв'язку з людьми, яких вони люблять, щоб їхні голоси були почуті, а також для створення спільнот і бізнесу. [...]

---

of freedom of expression on social media platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards. *Nordicom Review, 41*(1), 51–67; Jørgensen, R. F. (Ed.). (2019). *Human rights in the age of platforms*. The MIT Press; Jorgensen, R. F. (2017). What platforms mean when they talk about human rights. *Policy and Internet, 9*(3), 280–296; Keren-Paz, T. (2023). *Egalitarian digital privacy: Image-based abuse and beyond*. Bristol, UK: Bristol University Press; Suzor, N., Dragiewicz, M., Harris, B., Gillett, R., Burgess, J., & Van Geelen, T. (2019). Human rights by design: The responsibilities of social media platforms to address gender-based violence online. *Policy and Internet, 11*(1), 84–103.

> Але тепер зрозуміло, що ми зробили недостатньо для того, щоб запобігти використанню цих інструментів на шкоду. Це стосується і фейкових новин, і іноземного втручання у вибори, і мови ворожнечі, і девелоперів, і конфіденційності даних.
>
> Ми не мали достатньо широкого погляду на нашу відповідальність, і це було великою помилкою. І це була моя помилка. І я шкодую про це. Я заснував Facebook, я ним керую, і я несу відповідальність за те, що тут відбувається.
>
> Отже, тепер ми повинні переглянути всі наші стосунки з людьми і переконатися, що ми маємо достатньо широкий погляд на нашу відповідальність.
>
> Недостатньо просто з'єднувати людей. Ми повинні переконатися, що ці зв'язки є позитивними. Недостатньо просто дати людям голос. Ми повинні переконатися, що люди не використовують його для того, щоб зашкодити іншим людям або поширювати дезінформацію. ...
>
> В цілому, ми несемо відповідальність не лише за створення інструментів, але й за те, щоб вони використовувалися на благо».[341]

Ці слова виразно демонструють зміну парадигми у відношенні до відповідальності онлайн-платформ: від уявлення про платформу як про нейтральний простір, який створює можливості і не відповідає за те, як люди їх використовують, до розуміння того, що платформа — це екосистема, яка може і повинна функціонувати так, аби попереджати чи щонайменше мінімізувати використання створюваних нею можливостей на зло.

**3.3.2. Таксономія справ.** Загалом можна виокремити три широкі категорії справ, у яких постає питання про відповідальність онлайн-платформ за шкоду, завдану третіми особами із використанням цих платформ.

Перша категорія стосується порушення основоположних прав людини, таких як: право на життя, здоров'я, тілесну недоторканність, свободу, честь, гідність та інші. Наприклад,

---

[341] Transcript of Mark Zuckerberg's Senate hearing (April 10, 2018). *The Washington Post.* https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/10/transcript-of-mark- zuckerbergs-senate-hearing/.

якщо потерпілий зазнав тілесних ушкоджень від терористичної атаки, організованої з використанням соціальної мережі. До цієї ж категорії ми відносимо й випадки, коли шкода життю, здоров'ю чи власності є наслідком дій самого потерпілого, який учинив такі дії, бо був мотивований до цього розміщеним на платформі контентом, або такий контент увів потерпілого в оману щодо безпечності таких дій, тощо.

Друга категорія — це справи про порушення авторських прав, коли користувачі платформи розповсюджують матеріали, захищені авторським правом, без дозволу правоволодільця. Приміром, коли особа без дозволу правооволодільця завантажує на "YouTube" кінострічку, яка щойно вийшла у кінопрокат.

Третя категорія — це справи про відповідальність онлайн-маркетплейсів за шкоду, завдану дефектною продукцією, що була продана на платформі одним користувачем іншому. Приміром, якщо людина через "Amazon" купує у продавця неякісний телевізор, який при увімкненні спалахує і завдає шкоди здоров'ю та власності покупця.

Зазначені три категорії справ об'єднує те, що вони стосуються відповідальності платформ за шкоду, яка не є безпосереднім наслідком дій самої платформи, а була завдана третьою особою «завдяки» можливостям, що їх забезпечила платформа. Водночас між трьома категоріями є відмінності, що зумовили різні підходи судів до їх розгляду.

**3.3.3. Порушення основоположних прав людини.** Соціальні медіаплатформи забезпечують спілкування людей і поширення ідей на глобальному рівні. Утім люди можуть спілкуватися з лихими намірами (приміром, злочинці, які змовляються на скоєння лиходійства), і так само ідеї можуть бути людиноненависницькими й такими, що розпалюють ворожнечу і пропагують насилля. Терористичні організації створюють акаунти в соціальних мережах і через ці акаунти розповсюджують пропаганду, залучають людей до своїх лав, розпалюють ненависть, організовують атаки і транслюють з метою залякування скоювані ними жорстокі злочинства на широку аудиторію.[342] Та чи робить це платформи співучасниками, відповідальними за наслідки дій терористів?

---

[342] Lavi, M. (2020). Do platforms kill? *Harvard Journal of Law and Public Policy, 43*(2), 477–573.

Інший приклад — коли на платформі публікуються поради чи інший контент, який може спонукати людей до дій, що нашкодять їх власному здоров'ю. Тут так само постає питання про відповідальність платформи за шкідливі наслідки.

Обидві категорії справ мали місце в американській судовій практиці. І в кожному випадку «щитом» від відповідальності для онлайн-платформ ставала секція 230 Закону про пристойність у сфері комунікацій 1996 року (Communications Decency Act, CDA), відповідно до якої:

> «Жоден постачальник або користувач інтерактивної комп'ютерної послуги не повинен розглядатися як видавець або розповсюджувач будь-якої інформації, наданої іншим постачальником інформаційного контенту».

Отож, суть правила в тому, що онлайн-платформа не визнається «видавцем або розповсюджувачем» інформації (контенту), яку розміщують на платформі її користувачі. І тому платформа не повинна відповідати за шкоду, яку може завдати ця інформація.

Мотиви американського законодавця визначені в § 230(b) CDA. Запроваджуючи «безпечну гавань» для онлайн-платформ, законодавець прагнув сприяти процвітанню свободи слова (святобливе ставлення до якої є питомою рисою американської правової культури[343]), розвиткові конкурентного ринку ідей та розробці й удосконаленню цифрових комунікаційних технологій. Якби платформи визнавались відповідальними як видавці всього, що користувачі публікують на цих платформах, це мало б потужний «охолоджуючий ефект» (*chilling effect*):[344] побоюючись відповідальності, платформи були б вимушені сильно обмежувати висловлювання користувачів. Плюс тягар ревізії усього, що публікується, міг би стати непідйомним і потягнути за собою занепад соціальних мереж як таких.[345]

Імунітет від відповідальності, передбачений секцією 230 CDA, діє, якщо виконуються такі умови: (1) позов пред'явлено до відповідача, котрий є «постачальником або користу-

---

[343] Bambauer, J. R., & Bambauer, D. E. (2017). Information libertarianism. *California Law Review, 105*(2), 335–394.

[344] Ibid., 528–532, 540–542.

[345] *Force v. Facebook, Inc*. №. 18-397 (2d Cir. 2019), p. 25.

вачем інтерактивної комп'ютерної послуги» у тому значенні, як це поняття визначене в пункті 230(f)(2); (2) позовна вимога ґрунтується на трактуванні відповідача як «видавця або розповсюджувача» інформації; і (3) ця інформація надана іншим постачальником контенту.[346]

Щодо першої умови, як правило, спорів не виникає. Натомість друга і третя умови викликають гострі дискусії між сторонами у таких справах. Позивачі, зокрема, наполягають на тому, що їхні позови спираються на виконання відповідачами функцій, які — на їхній погляд — виходять за межі функцій, притаманних видавцям і розповсюджувачам. Насамперед ідеться про функцію таргетування контенту: тобто персоналізованого рекомендування контенту для конкретного користувача, з огляду на його інтереси, попередні уподобання і зібрані про нього персональні дані. Соціальні мережі за допомогою автоматизованих алгоритмів «вивчають» інтереси і вподобання кожного користувача і подають кожному персоналізовану стрічку новин та рекомендації таким чином, щоб інформація потрапляла на очі саме тому, хто в ній найбільш зацікавлений. Позивачі часто наполягають на тому, що ця функція — не властива звичайним «видавцям і розповсюджувачам». І тому імунітет діяти не повинен.

Так, у справі *Force v. Facebook, Inc.*[347] позов було пред'явлено родичами американських громадян, що загинули внаслідок терористичних атак ХАМАСу в Ізраїлі у 2014–2016 роках. Позивачі стверджували, що ХАМАС використовував Facebook для розміщення контенту, який закликав до терористичних атак в Ізраїлі в період, коли загинули їхні близькі. Так, приміром, один із загиблих був викрадений і вбитий після того, як члени ХАМАС розмістили у Facebook повідомлення, що закликали до викрадення ізраїльських солдатів. Дитина загинула на станції швидкісного трамвая в Єрусалимі, після того, як ХАМАС закликав до атак із використанням автомобілів у якості тарана на станціях громадського транспорту. Позивачі зауважували, що ХАМАС використовував Facebook для глорифікації цих та інших нападів, розповсюдження політичних меседжів і загалом для розгортання дальшого насильства проти Ізраїлю. При цьому

---

[346] Ibid.; *Barnes v. Yahoo!, Inc.,* 570 F.3d 1096 (9th Cir. 2009).

[347] №. 18-397 (2d Cir. 2019).

Facebook не блокував і не видаляв сторінки лідерів, речників та інших членів ХАМАСУ, а алгоритми платформи скеровували відповідний контент на тих, хто скоював атаки.

Позивачі наполягали на тому, що практика, яку вони назвали «сватанням» (*matchmaking*) (тобто використання платформою алгоритмів для формування новинної стрічки на основі передбачення того, що може бути найцікавішим для користувача), робить із платформи більше ніж видавця чи розповсюджувача.

Однак Апеляційний суд Другого округу не погодився із таким міркуванням і зауважив на тому, що — упорядковувати інформацію, подану третіми особами, приймати рішення щодо того або іншого формату подачі цієї інформації і порядку її розміщення на сторінці — це рішення, які завжди були притаманні видавцям і розповсюджувачам. І не тільки в епоху Інтернету, але навіть і раніше, адже рішення помістити статтю на першій шпальті друкованого видання — це теж рішення, яке робить матеріал більш видимим. Таким чином, на думку суду, функція «сватання» читача із матеріалом, який його може зацікавити, — це функція, яка була завжди притаманна видавцям і розповсюджувачам, і справа лише в тому, що новітні цифрові технології та автоматизація вивели цю функцію на якісно новий рівень. Тож позбавляти онлайн-платформи імунітету через використання алгоритмів для таргетування контенту означало б карати платформи за те, що вони виконують свою роль занадто добре.

Позбавляти онлайн-платформи імунітету через те, що процес відбору матеріалу *автоматизований* (а не відбувається в ручному режимі за рішенням живих людей) — у цьому був ще один аргумент позивачів — теж суперечило б меті Закону, спрямованому на те, аби всіляко сприяти розвитку інтернет-технологій.

Позивачі намагалися «розвінчати» і третю умову імунітету: вони обстоювали думку, що, скеровуючи контент ХАМАСу до найбільш зацікавлених у ньому користувачів, платформа тим самим ставала причетною до створення цього контенту. Утім Суд не погодився. Він підкреслив, що причетним до створення контенту вважається лише той, хто безпосередньо і суттєво спричинився до того, що робить контент незаконним; одна річ — зробити видимим незаконний контент, і зовсім інша —

зробити контент незаконним. Тільки причетність до другого скасовує імунітет.[348]

У справі *Twitter, Inc. v. Taamneh et al.*[349] проблема розглядалась під іншим кутом, а саме — із точки зору концепції пособництва і підбурювання відповідно до Закону про справедливість проти спонсорів тероризму (Justice Against Sponsors of Terrorism Act (JASTA)).

Справа *Twitter, Inc. v. Taamneh et al.* стосувалась терористичної атаки на нічний клуб Reina у Стамбулі в 2017 році. За наказом ІДІЛ уродженець Узбекистану Абдулкадір Машаріпов увійшов у нічний клуб в перші години першого січня 2017 року і зробив близько 120 пострілів у натовп із понад семисот людей. Було вбито 39 і поранено 69 осіб.

Позивачі пред'явили позов до трьох компаній — Facebook, Twitter і Google (як власника відеохостингу YouTube), заявляючи про те, що ці компанії відповідальні за завдану шкоду як пособники і підбурювачі ІДІЛ. На думку позивачів, причетність названих компаній полягала в тому, що їхні платформи слугували важливим фактором росту й розвитку терористичної організації: завдяки соціальним мережам терористи доносили свої ідеї до ширшої аудиторії, залучали нових членів, провадили збір коштів, радикалізували піддатливих до впливу пропаганди людей і ширили світом своє послання страху й терору. Тимчасом компанії-відповідачі, знаючи про використання їхніх платформ терористами, зробили недостатньо для того, аби видалити небезпечний контент.

Додатковим аргументом у відношенні до компанії Google була також своєрідна бізнес-модель, використовувана нею для отримання прибутку від розміщення реклами. Так, частину коштів, отримуваних від рекламодавців, компанія віддає тому, хто розмістив на платформі відеоролик, у зв'язку з яким переглядалась розміщена реклама. Для цього відповідний ролик має пройти процедуру верифікації. Ролики, розміщені ІДІЛ, проходили таку верифікацію. Тож, відповідно, позивачі наполягали на тому, що компанія Google фактично схвалювала ролики ІДІЛ і, по-друге, спонсорувала тероризм, переказуючи ІДІЛ частину від прибутків, отриманих через розміщення реклами.

---

[348] *Force v. Facebook, Inc.*, p. 42.

[349] Decided May 18, 2023.

Суд виокремив два питання, що були ключовими для справи. Перше — що є пособництво і підбурювання? Друге — чому саме має пособляти відповідач?

Стосовно першого питання суд опирався на прецедент *Halberstam v. Welch*,[350] у якому визначено три умови для відповідальності за пособництво і підбурювання: (1) має бути вчинено протиправне діяння, яке завдало шкоду, і якому відповідач посприяв; (2) у момент надання допомоги відповідач повинен був в цілому усвідомлювати, яку роль він відіграє в загальній протиправній діяльності; і (3) відповідач «свідомо й істотно допомагав основному правопорушенню». У цьому ж прецеденті було названо шість критеріїв, які слід враховувати при визначенні «істотності» допомоги.

Суд погодився із тим, що дві перших умови відповідальності виконуються: протиправні діяння безсумнівно мали місце, і компанії-відповідачі в цілому розуміли, як саме їхні продукти допомагають терористам провадити злочинну діяльність.[351] Утім Суд виснував, що зв'язок між діями відповідачів і терористичними атаками був занадто віддаленим (буквально суд назвав його «вкрай слабким» («*highly attenuated*»).[352]

Суд зазначив, що відповідачі ставилися до ІДІЛ так само, як і до мільйонів — чи навіть мільярдів — інших користувачів: у наданні послуг вони були безсторонніми, а використовувані ними алгоритми сортування контенту — змістово-нейтральними (не оцінювали зміст розміщуваних користувачами матеріалів). У рішенні зазначається:

> «стосунки відповідачів з ІДІЛ та його послідовниками видаються точнісінько такими, як і їхні стосунки з понад-мільярдом інших користувачів: на відстані витягнутої руки, пасивні і загалом індиферентні».[353]

Суд кілька разів порівняв відповідачів із іншими засобами комунікації, як-то телефон чи пошта. І зауважив, що як не можна телефонну компанію визнавати відповідальною за злочини,

---

[350] 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983).

[351] *Twitter, Inc. v. Taamneh et al*, p. 21.

[352] Ibid., 30.

[353] Ibid., 24.

у вчиненні яких допоміг телефонний зв'язок, так і платформу не можна визнавати відповідальною за злочини, у вчиненні яких помічним стали комунікаційні можливості, створені цією платформою. Окрім того, Суд зазначив, що якби це було інакше, то слід було б визнати платформи відповідальними за геть усі атаки, скоювані ІДІЛ по всьому світові. У цьому контексті мовилося, таким чином, про відсутність індивідуалізованого причинного зв'язку між діями платформ і конкретним інцидентом, що стався в нічному клубі Reina.[354]

Також Суд констатував, що фактично позивачі прагнуть поставити відповідачам у провину бездіяльність, а саме — що ті не вжили достатніх заходів, аби вилучити небезпечний контент (щоправда, позивачі наполягали інакше, вважаючи, що практика «сватання» становить собою активну дію зі сприяння розповсюдженню контенту). У зв'язку з цим Суд нагадав, що в загальному праві діє усталений принцип — не покладати відповідальність на стороннього пасивного спостерігача за його бездіяльність (коли він не втрутився і не запобіг злочинові), окрім виняткових випадків, коли буде чітко встановлено, що на відповідачеві лежав позитивний і конкретний обов'язок діяти. Суд не завбачив норми, яка б покладала на платформи обов'язок видаляти користувачів, які послуговуються платформою для злочинних цілей.[355]

Стосовно другого питання (чому саме слід пособляти) позивачі наполягали, що відповідь — деліквенту, а відповідачі, що — делікту. Тобто, за логікою позивачів сприяння має надаватися терористичній організації в цілому, як такій, а за логікою відповідачів сприяти слід вчиненню конкретного делікту. Суд зауважив, що обидві позиції хибні.[356] Перша — занадто широка, а друга — занадто вузька, тимчасом як істина — десь посередині.

За загальним правилом, допомога має дійсно надаватися вчиненню конкретного делікту, проте бувають випадки, коли допомога є настільки систематичною і настільки тісно вплетеною в тривалу протиправну діяльність, що той, хто допомагає основному деліквенту, визнається відповідальним за усі інциденти завдання шкоди (чи принаймні їх певну кількість).

---

[354] Ibid., 25.

[355] Ibid.

[356] Ibid., 18.

До речі, саме така, друга, ситуація мала місце в прецеденті *Halberstam*, коли жінка грабіжника, яка систематично провадила облік доходів і видатків сімейного бюджету (характер яких давав підстави підозрювати їх злочинне походження), була визнана відповідальною за убивство, скоєне її чоловіком під час пограбування. Таким чином, жінка не надавала допомогу конкретному вбивству і не знала про його скоєння, але її допомога злочинній діяльності чоловіка в цілому, і той факт, що чоловік покладався на неї щодня, коли ішов «на діло», спонукала суд до висновку, що допомога жінки була достатньо істотною, щоб потягнути цивільно-правову відповідальність за наслідки, принесені у світ злочином її чоловіка.[357]

Отже, принципово, можливість пособництва, за якого пособник визнавався б відповідальним за всі епізоди завдання шкоди на тій підставі, що сприяв діяльності заподіювача в цілому, — не виключається.[358] Однак для цього слід продемонструвати, що допомога, яка надавалась, відігравала інтегральну роль у загальній протиправній діяльності, що вона була тісно вплетена в її канву, а пособник «асоціював»[359] себе із загальною справою. На думку Суду, позивачі не довели, що зв'язок між платформами і тероризмом був достатньо тісним, аби відповідати цим вимогам. Суд також нагадав, що два критерії («свідомість» та «істотність») працюють «у тандемі»: що більш чітким і конкретним було усвідомлення (протиправності), то менші вимоги до істотності (допомоги), і навпаки — що менш чітким і конкретним було усвідомлення, то вищі вимоги до істотності допомоги.[360]

Таким чином, в американському праві онлайн-платформи захищені від відповідальності положенням секції 230 CDA, суть якої в тому, що платформа має імунітет від відповідальності, коли виступає в ролі видавця чи розповсюджувача контенту, наданого третьою стороною. Отож, для того, аби подолати цей імунітет, позивачі намагаються довести: або те, що платформа була більше ніж видавцем чи розповсюджувачем, а саме — що вона причетна до розробки контенту; або те, що позов не

[357] Ibid., 19.

[358] Ibid., 26.

[359] Ibid., 13.

[360] Ibid., 15.

стосується діяльності платформи у ролі видавця чи розповсюджувача, а стосується діяльності платформи в іншій іпостасі, приміром — як виробника дефектної продукції (дефектною продукцією в цьому випадку виступає сама платформа, її алгоритми, застосунки чи програмне забезпечення).

Успішне використання другого аргументу ілюструють дві нещодавні справи: *Lemmon v. Snap, Inc.*[361] та *A.M. v. Omegle.com, LLC*.[362]

У справі *Lemmon v. Snap, Inc.* батьки трьох загиблих юнаків пред'явили позов до компанії *Snap, Inc.* — власника соціальної мережі Snapchat. Користувачі цієї соціальної мережі роблять знімки й відео та діляться ними з іншими. Застосунок дозволяє застосовувати різні «фільтри» до відео й фотографій у момент зйомки. У мережі також існують різні види віртуальних заохочень, зокрема так звані віртуальні «трофеї». У справі *Lemmon* троє юнаків розбилися насмерть, злетівши із траси на швидкості понад 100 миль на годину. У ту мить водій фільмував спідометр для Snapchat із використанням спеціального «фільтра швидкості», вважаючи, що коли швидкість перевищить сто миль на годину, він заробить «бали» в соціальній мережі.

Позов було сформульовано у термінології деліктної відповідальності за дефектну продукцію. Позивачі вказували, що компанія має відшкодувати завдану шкоду, оскільки вона створила (а) саму мережу Snapchat, (б) «фільтр швидкості» і (в) систему заохочень, що спонукала користувачів до небезпечної поведінки.

Суд відхилив покликання компанії-відповідача на імунітет за секцією 230 CDA, зауваживши таке. У виробника продукції є обов'язок вжити належної обачності для того, аби продукція, яку він виробляє, не створювала невиправданого ризику каліцтва чи шкоди для громадськості.[363] Тимчасом завдання видавця — переглядати, редагувати і вирішувати, чи публікувати (і як) матеріал, поданий третьою стороною. Ці дві ролі — виробника продукції і видавця контенту — різні. Пред'явлений позов ґрунтується на невиконанні відповідачем його обов'язків як виробника продукції. Іншими словами, цей позов «не трактує»

---

[361] 995 F.3d 1085 (9th Cir. 2021).

[362] №. 3:2021cv01674 — Document 36 (D. Or. 2022).

[363] *Lemmon v. Snap, Inc.*, p. 11.

відповідача як видавця — він стосується його протиправної поведінки в іншій іпостасі, у якій відповідач не користується перевагою імунітету за секцією 230 CDA.

Суд запропонував доволі цікавий тест для перевірки того, чи стосується позов діяльності відповідача як видавця. Позов є таким, що стосується діяльності відповідача як видавця, якщо належне виконання обов'язку, який позивач вважає порушеним, вимагало від відповідача перегляду, редагування чи видалення контенту третіх осіб; якщо ж для належного виконання цього обов'язку слід було вчинити інші дії — то це вказує на те, що позов не стосується діяльності відповідача як видавця. У такому випадку імунітет не діє.

За обставин справи Суд зауважив, що для виконання обов'язку, який позивачі вважають порушеним, відповідач не повинен був переглядати, редагувати чи видаляти контент третіх осіб (тобто виконувати функції, притаманні видавцю). Від компанії-відповідача вимагалося зробити безпечний продукт — платформу, внутрішня система винагород якої не спонукала б користувачів до небезпечної поведінки. Суд підсумував: «Обов'язок розробляти розумно безпечний продукт цілком відмінний від ролі Snap у моніторингу чи публікуванні контенту третіх сторін».[364]

У справі *A.M. v. Omegle.com, LLC* позивачка пред'явила позов до компанії *Omegle* через те, що онлайн-чат-рулетка з'єднала її — тоді одинадцятилітню дівчинку — із сексуальним злочинцем, який із використанням цієї платформи зманіпулював нею і в подальшому протягом трьох років змушував надсилати порнографічні знімки й відео та виконувати непристойні речі на камеру.

Позивачка ґрунтувала свій позов на низці правових конструкцій (в тому числі заявляючи про пособництво торгівлі людьми), утім суд визнав прийнятними лише чотири підстави, засновані на нормах про відповідальність за дефектну продукцію, а саме, що мали місце дефект дизайну, дефект у застереженнях щодо продукту, недбалість у дизайні продукту та недбалість в інструкціях до продукту. «Продуктом» у цьому смислі був інтерактивний онлайн-сервіс (чат-рулетка).

---

[364] Ibid., 13.

Компанія-відповідач, очікувано, заявляла про імунітет на підставі секції 230 CDA. Однак Суд не прийняв посилання, дійшовши висновку, що позов пред'явлено до компанії не як до видавця чи розповсюджувача контенту третьої сторони, а як до виробника продукції, у даному випадку — онлайн-сервісу. На думку Суду, підставою позову було те, що онлайн-сервіс (продукт) містив внутрішній дефект — його алгоритми дозволяли випадкове з'єднання у відеоконференції малолітньої особи із дорослим чоловіком. Тобто, від відповідача не вимагалося виконувати функції видавця чи розповсюджувача, як-то переглядати контент третьої сторони, редагувати його чи відхиляти — від нього вимагалося вжити розумних заходів, аби його власний цифровий продукт був безпечним, наприклад, «прописати» в коді платформи неможливість з'єднання малолітніх осіб із повнолітніми. І оскільки позов стосується невиконання відповідачем свого обов'язку як виробника, імунітет видавця і розповсюджувача не діє.[365]

На відміну від двох вищенаведених у справ, у справі *Anderson v. Tiktok Inc*[366] суд не прийняв покликання позивачів на норми про деліктну відповідальність за дефектну продукцію. У цій справі батьки дівчинки, яка удавилась на смерть, беручи участь у «Виключись-челенджі» ("Blackout Challenge"), звернулись із позовом до соціальної мережі Tiktok. Суть цього челенджу полягала в тому, що учасник мав зафільмувати в режимі онлайн, як душить себе підручними предметами до втрати свідомості. Десятилітня донька позивачів взяла участь у цьому челенджі і, замкнувшись у гардеробній, задавилася ремінцем від маминої сумки. Батьки вважали соціальну мережу відповідальною за шкоду, завдану смертю дівчинки, оскільки соціальна мережа, на їх погляд, була винна у тому, що алгоритми цієї мережі видали небезпечний челендж малолітній дівчинці у стрічці рекомендованого контенту. На думку позива-

[365] У висліді цієї справи у листопаді 2023 року сервіс припинив свою роботу. Вимога закрити сайт була одним із пунктів мирової угоди між сторонами. Див.: Jurecic, Q., & Pompilio, K. (2023, November 27). What the Omegle shutdown means for Section 230. *Lawfare*. https://www.lawfaremedia.org/article/what-the-omegle-shutdown-means-for-section-230.

[366] Docket №: Civ. №. 22-1849, Decided: October 25, 2022 by the United States District Court, E.D. Pennsylvania.

чів, цей факт вказував на дефектність продукту, пропонованого компанією-відповідачем. Однак суд не погодився.

З одного боку, якщо застосовувати до цієї справи критерій, сформульований у справі *Lemmon*, то висновок Суду виглядає логічним. Адже виконання обов'язку, про порушення якого заявляють позивачі, вимагало від мережі Tiktok переглянути зміст завантаженого третьою стороною контенту (а саме — посту, із якого розпочався челендж) і прийняти рішення про його видалення. Перегляд і прийняття рішення про опублікування чи неопублікування контенту — це якраз-таки питомі функції видавця, і в цій іпостасі онлайн-платформа захищена від відповідальності.

Проте, з іншого боку, якщо платформа має внутрішньо вбудовані «фільтри» (а будь-яка соціальна мережа, і Tiktok зокрема, їх має), які дозволяють автоматично блокувати певний контент, і ці фільтри є частиною робочих алгоритмів платформи, то доволі важко сперечатися із тим, що неякісна робота цих автоматичних фільтрів є дефектом платформи як цифрового продукту.

**3.3.4. Порушення авторських і суміжних прав.** У рамках Європейського Союзу також є «безпечна гавань» (*safe harbour*), або «щит» (*shield*), який захищає платформи від відповідальності за шкоду, завдану контентом третіх осіб. Цією «гаванню», або «щитом», є положення статті 14 Директиви 2000/31/ЄС про електронну комерцію.[367] Відповідно до цієї статті:

> «1. Коли надається інформаційна послуга, що полягає в розміщенні інформації, наданої одержувачем цієї послуги, Держави-члени мають забезпечити, щоб постачальник послуги не ніс відповідальності за інформацію, розміщену за запитом одержувача послуг, за умови, що:
>
> a) постачальник послуг реально не знав про незаконну діяльність чи інформацію, і в тому, що стосується позовів про відшкодування збитків, не був обізнаний із фактами чи обставинами, які вказують на незаконність діяльності чи інформації; або
>
> b) постачальник за умови обізнаності діяв швидко, щоб видалити або внеможливити доступ до інформації».

---

[367] Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») від 8 червня 2000 року.

Це положення дістало відображення і в статті 6 Регламенту (ЄС) 2022/2065 від 19 жовтня 2022 щодо єдиного ринку цифрових послуг і внесення змін до Директиви 2000/31/ЕС (Акт про цифрові послуги, Digital Services Act, DSA).

Положення «працює» у тісному взаємозв'язку із принципом, який проголошує, що суцільний наскрізний моніторинг усього контенту перед його розміщенням на платформі не вимагається. Відповідно до статті 15 Директиви 2000/31/ЄС про електронну комерцію:

> «Держави-члени не повинні покладати на постачальників послуг ані загального обов'язку моніторити — при наданні послуг, передбачених статтями 12, 13 і 14 — інформацію, яку вони передають чи розміщують, ані загального обов'язку здійснювати активний пошук фактів чи обставин, що вказують на незаконну діяльність» (Див. також ст. 8 DSA).

Важливі пояснення щодо застосування цих положень висловив Суд Справедливості ЄС у справах *Frank Peterson v Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* (C 682/18) та *Elsevier Inc. v Cyando* AG (C 683/18) (дві справи були об'єднані Судом в одне провадження).

У справі C 682/18 панові Пітерсону, музичному продюсеру і власникові компанії Nemo Studios, належала виключна ліцензія на розповсюдження записів і виконань співачки Сари Брайтман (Sarah Brightman). Альбом цієї виконавиці під назвою «A Winter Symphony» (Зимова симфонія) вийшов у листопаді 2008 року. 4 листопада співачка розпочала тур під назвою «Тур Симфонії» на підтримку нового альбому. А вже 6 і 7 листопада роботи з альбому і приватні записи із концертів без дозволу правоволодільця опинилися на платформі YouTube. Пан Пітерсон пред'явив позов до компаній Google та YouTube до Регіонального суду міста Гамбург (Landgericht Hamburg), вимагаючи, серед іншого, постанови про те, що компанії повинні відшкодувати йому збитки.

Коли справа дійшла до Федерального суду справедливості Німеччини (*Bundesgerichtshof*), останній зупинив провадження у справі і звернувся за висновком до Суду справедливості ЄС, на вирішення якому поставив, зокрема, такі запитання: (1) чи можна вважати, що, розміщуючи відео третьої сторони, відеохостинг

YouTube здійснює публічне сповіщення (*communication*) об'єкта авторського права у розумінні статті 3(1) Директиви про авторське право? (2) чи підпадає діяльність відеохостингової платформи під дію статті 14 Директиви 2000/31/ЄС про електронну комерцію? (3) Чи повинно фактичне знання про незаконну діяльність або інформацію та усвідомлення фактів або обставин, з яких очевидна незаконна діяльність або інформація, стосуватися конкретної незаконної діяльності або інформації згідно зі статтею 14(1) Директиви про електронну комерцію?

Ці питання доволі схожі з проблемами, які розглядають американські суди у справах про тероризм і порушення прав людини. Особливо якщо зауважити, що до першого й другого запитань була низка уточнень, серед яких уточнення про дохід від реклами і про алгоритми рекомендації контенту. Тобто, чи можна вважати дії «публічним сповіщенням» (і чи діє імунітет статті 14 Директиви 2000/31/ЄС), беручи до уваги, що платформа отримує дохід від реклами, і що вона рекомендує відео користувачам на основі їхніх попередніх інтересів.

У третьому питанні можна вгледіти паралелі з проблематикою індивідуалізованого причинного зв'язку, обговорюваною у справі *Twitter, Inc. v. Taamneh et al.*, та з дискусією про те, чому саме має надаватися допомога — терористичній організації чи конкретній терористичній атаці.

Щодо першого запитання Суд справедливості ЄС дав заперечну відповідь:

> «оператор відео- або файлообмінної платформи, на якій користувачі можуть незаконно надавати публічний доступ до захищеного контенту, не здійснює "публічне сповіщення" такого контенту в розумінні цього положення [тобто, в розумінні статті 3(1) Директиви про авторське право], якщо тільки він не сприяє, понад просте надання доступу до платформи, сповіщенню такого контенту публіці всупереч авторському праву».[368]

Таким чином, саме по собі існування платформи і той факт, що хтось скористався нею для розповсюдження об'єкта авторського права без дозволу правоволодільця — не робить плат-

---

[368] *Frank Peterson v Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH* (C 682/18) та *Elsevier Inc. v Cyando AG* (C 683/18).

форму відповідальною за шкоду, завдану порушенням авторського права. Якщо тільки роль платформи у протиправному сповіщенні захищеного матеріалу не була більшою, аніж просто надання користувачам можливості оприлюднювати будь-який контент. При цьому Суд навів низку прикладів, коли таке може бути.

По-перше, «коли оператор має конкретну інформацію про те, що захищений контент незаконно доступний на його платформі, і не вживає заходів для його негайного видалення або блокування доступу до нього».[369] Оскільки загального обов'язку перевіряти увесь контент перед його завантаженням на платформу немає (стаття 15 Директиви 2000/31/ЄС), так само як і обов'язку проактивно моніторити уже завантажений контент, то це означає, що «конкретна інформація» про порушення прав інтелектуальної власності з'являється в оператора платформи лише тоді, коли він отримує скаргу на відповідний контент. Тож тільки в такому випадку в оператора платформи виникає обов'язок реагувати. Невиконання цього обов'язку у свою чергу робить оператора причетним до неправомірного сповіщення захищеного авторським правом матеріалу.

Другий приклад —

> «коли оператор, незважаючи на те, що він знає або повинен знати в загальному сенсі, що користувачі його платформи роблять захищений контент незаконно доступним для публіки через його платформу, не вживає відповідних технологічних заходів, яких можна очікувати від розумно обачливого оператора в його ситуації, для того щоб надійно і ефективно протидіяти порушенням авторських прав на цій платформі».[370]

У цьому прикладі чітко простежується універсальний для деліктного права обов'язок обачності, що покладається на всіх і кожного, тобто обов'язок — задля уникнення завдання шкоди іншим — вживати таких застережних заходів, яких можна було б очікувати в аналогічній ситуації від розсудливої людини. По суті, цей приклад означає, що оператори платформ зобов'язані впроваджувати технологічні рішення для того, аби попередити пору-

---

[369] Ibid.

[370] Ibid.

шення авторських прав. Щоправда, Суд не конкретизував, якими мають бути ці рішення. Приміром, це могли б бути алгоритми, які автоматично ідентифікують захищений авторським правом контент для подальшого реагування в автоматичному або людинокерованому режимі. Утім, беручи під увагу відсутність проактивних обов'язків, слід виснувати, що Суд мав на увазі лише технологічні можливості для подання скарг та їх розгляду.

Третій приклад —

> «коли оператор бере участь у відборі захищеного контенту, який незаконно сповіщається публіці, надає на своїй платформі інструменти, спеціально призначені для незаконного розповсюдження такого контенту, або свідомо сприяє такому розповсюдженню, що може бути підтверджено тим фактом, що цей оператор прийняв фінансову модель, яка заохочує користувачів його платформи до незаконного сповіщення захищеного контенту публіці через цю платформу».[371]

На друге запитання Суд справедливості ЄС відповів ствердно:

> «діяльність оператора відео- чи файлообмінної платформи підпадає під дію цього положення [статті 14 Директиви про 2000/31/ЄС про електронну комерцію] за умови, що цей оператор не відіграє настільки активної ролі, яка б давала йому змогу знати або контролювати контент, завантажений на його платформу».[372]

Нарешті, щодо третього запитання Суд зазначив, що для того, аби імунітет статті 14 не діяв, оператор платформи «повинен знати або бути обізнаним про конкретні незаконні дії, вчинені його користувачами щодо захищеного контенту». Цей підхід конкретної обізнаності напрочуд нагадує підхід ЄСПЛ у справах про відповідальність держави за шкоду, завдану злочинними діями третіх осіб (не-державних агентів): ЄСПЛ також визнає державу відповідальною тільки за умови, що вона знала чи повинна була знати про конкретний майбутній злочин.[373]

---

[371] Ibid.

[372] Ibid.

[373] *Mastromatteo v. Italy*, №. 37703/97, § 68, Judgment of the ECtHR [GC] of 24 October 2002.

Застосування висновків Суду справедливості ЄС на практиці ілюструє рішення Верховного Суду Австрії (Oberster Gerichtshof) від 17 вересня 2021 року у справі 4 Ob 132/21x.[374] У цій справі позов пред'явила телекомпанія до відеохостингу YouTube, стверджуючи, що YouTube має відповідати за те, що розмістив завантажений третьою стороною відеоматеріал, права на який належать телекомпанії.

Позивач наполягав на тому, що діяльність YouTube виходить за межі нейтрального посередника, по-перше, через практику рекомендування контенту, і, по-друге, через практику монетизації (коли YouTube прив'язує рекламні матеріали до відео і виплачує частину рекламних прибутків користувачеві, що розмістив це відео).

Проте Верховний Суд Австрії, спираючись на практику Суду справедливості ЄС, дійшов висновку, що YouTube за даних обставин захищений від відповідальності статтею 14 Директиви 2000/31/ЄС, а практики рекомендування і монетизації не роблять платформу співучасником порушення авторських і суміжних прав.

Суд зауважив, що саме по собі усвідомлення загальної можливості, що платформу можуть використовувати для розповсюдження захищеного авторським правом контенту, — недостатнє для визнання оператора платформи відповідальним за таке розповсюдження. Ситуація, однак змінюється, якщо оператор — попри те, що законний правоволоділець повідомив його про незаконне розповсюдження — не вжив ніяких заходів, щоб заблокувати відповідний контент.

Суд також звернув увагу на технічні заходи, вжиті оператором платформи для запобігання порушенню авторських прав: перед завантаженням контенту користувачів попереджають про недопустимість порушення авторських прав; акаунти, заскочені на частому порушенні авторських прав, блокуються; на сайті платформи є спеціальна кнопка повідомлення про порушення авторських прав і оператор запровадив та реалізує на практиці процедури розгляду повідомлень про порушення авторських прав.

---

[374] Liability of platform operators for user-uploaded content. (2022). *GRUR International, 71*(11), 1085–1088.

Відтак, Суд дійшов висновку, що за таких умов оператор платформи виконав покладені на нього обов'язки розумної обачності, і його роль не була настільки активною, щоб давати йому знання про конкретне порушення авторських прав у цій ситуації.

Таким чином, у підсумкові:

> «Оператор платформи, який не створює і не відбирає контент, що завантажується, не здійснює моніторинг такого контенту перед його завантаженням, інформує своїх користувачів про заборону розміщення контенту, що порушує авторські права, і блокує акаунти, які повторно порушують авторські права, впроваджує технічні заходи для боротьби з порушенням авторських прав "надійно" і "ефективно", а також не отримує вигоду від порушення і не сприяє йому, може розраховувати на звільнення від відповідальності за ст. 14(1) Директиви 2000/31/ЄС, оскільки не можна стверджувати, що оператор платформи знав або був обізнаний про конкретні незаконні дії, вчинені його користувачами щодо захищеного контенту, який був завантажений на його платформу».[375]

Цікавий погляд на цю категорію справ пропонує Кейлі Папалардо (Kylie Pappalardo).[376] Дослідниця (як і американський суд у справі *Twitter, Inc. v. Taamneh et al.*) наголошує на тому, що зазначені справи стосуються радше бездіяльності, аніж активної протиправної поведінки: позивачі закидають платформам те, що вони не попередили порушення авторських прав третьою стороною. У цьому контексті Папалардо зауважує, що деліктне право вкрай неохоче покладає відповідальність за бездіяльність. Відповідати за бездіяльність можна лише тоді, коли був обов'язок діяти. При цьому вважається, що загального обов'язку рятувати інших немає. Це так звана доктрина «немає обов'язку рятувати» (*no duty to rescue doctrine*).[377] Згідно з нею,

---

[375] Ibid.

[376] Pappalardo, K. (2023). A New Framework for Intermediary Liability. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Retrieved Jul 22, 2024, 57–88.

[377] Про цю доктрину див.: Borghetti, J.-S. (2021). Liability for not preventing harm in France. *Journal of European Tort Law, 12*(2), 146–161; Denton, F. E. (1991). The Case Against a Duty to Rescue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 4(1),* 101–132; Ellebrecht, N. (2022). (No) duty to rescue: Arguments and legal consequences. *Médecine*

перехожий, що бачив, як людина тоне у водоймі, і не кинув їй рятівного жилета, не повинен нести відповідальність за шкоду, завдану смертю.[378] Із загального правила, однак є виняток: особа зобов'язана рятувати, якщо це вона створила небезпеку, якою зумовлена необхідність порятунку[379] (приміром, той, хто штовхнув людину у річку, зобов'язаний її врятувати, якщо виявилось, що людина не вміє плавати).

У світлі цих загальних ідей деліктного права Папалардо, спираючись на тест природних наслідків Гарта й Оноре (H.L.A. Hart і T. Honoré),[380] пропонує таке бачення відповідальності онлайн-посередників. Папалардо вважає, що причинний зв'язок між діяльністю онлайн-посередника і порушенням авторських прав третьою особою із використанням можливостей, створених онлайн-посередником, є достатньо близьким, якщо виконується умова тесту природних наслідків Гарта й Оноре.[381]

Суть тесту полягає в тому, що особа, яка своїми діями створила умови для завдання третьою стороною шкоди потерпілому, має нести відповідальність за завдану шкоду, якщо дії третьої сторони були «природним» (у значенні — очікуваним, передбачуваним) результатом створеної можливості. Тобто, небезпека зазнати шкоди від рук третіх осіб — це саме та небезпека, яку природно припустити в ситуації, створеній відповідачем. Наприклад, якщо двері будинку не зачиняти, то природно очікувати крадіжку. Отже, якщо хтось, покидаючи чужий будинок, не зачинив двері, то він має відповідати перед власником за шкоду, завдану крадіжкою, коли зловмисники, запримітивши відчинені двері, скористаються цією можливістю.

Папалардо застосовує цей тест до проблеми відповідальності інтернет-посередників і ставить таке запитання: чи було по-

---

*de Catastrophe, Urgences Collectives, 6*(4), 233–235; Giliker, P. (2021). Is there a Duty to Prevent Harm in Tort? A Common Law Perspective. *Journal of European Tort Law, 12*(2), 116–145; Vranken, M. (1998). Duty to rescue in civil law and common law: Les extremes se touchent.*The International and Comparative Law Quarterly, 47*(4), 934–942.

[378] Pappalardo, K. (2023), 60.

[379] Ibid., 62.

[380] Hart, H. L. A., & Honoré, T. (1985). *Causation in the law* (2nd ed.). Oxford University Press, 195.

[381] Pappalardo, K. (2023), 72.

рушення авторських прав третіми особами природним наслідком запровадження тієї технології чи сервісу, який пропонує інтернет-посередник?[382] Якщо відповідь ствердна, то, значить, інтернет-посередник своїми діями спричинив до створення небезпеки порушення авторських прав і тепер має позитивний обов'язок «рятувати» правоволоділців від таких порушень.

Тобто, якщо певна технологія своїм передбачуваним і природним наслідком має порушення авторських прав, то це означає, що той, хто пропонує цю технологію чи сервіс, своїми діями спричинився до створення небезпеки порушення авторських прав третіми особами, а, отже, має позитивний обов'язок «рятувати» правоволоділців від таких порушень.

Далі авторка виділяє п'ять типів інтернет-посередників: інтернет-провайдери, платіжні системи, файлообмінні мережі, технології, що дозволяють копіювання, і платформи з обміну контентом (соціальні мережі). Щодо кожного типу ставиться запитання про те, чи є порушення авторських прав природним наслідком відповідного сервісу чи технології. Наприклад, інтернет-провайдери забезпечують користувачів доступом до мережі інтернет. Чи є порушення авторських прав природним наслідком доступу до мережі Інтернет? — авторка відповідає заперечно, оскільки доступ до мережі використовується людьми для великої кількості різних цілей, і порушення авторських прав не є головною з них. Інша річ — спеціальні файлообмінні мережі, мета яких — забезпечити користувачам технічну можливість обмінюватися між собою медіа- та іншими файлами. Від самого моменту створення таких сервісів природним було передбачати, що ці сервіси використовуватимуться головно для обміну захищеним контентом без згоди правоволоділців. Тобто, порушення авторських прав — це природний і закономірний наслідок функціонування відповідного сервісу.

На перший погляд, підхід, пропонований Папалардо, суголосний із концепцією деліктизуючого ризику, яку ми обґрунтували вище. Проте «деліктизуючий ризик» — це ризик, який робить поведінку протиправною. Він сполучає протиправний аспект поведінки із шкодою, яку ця поведінка завдала, і дозволяє встановити, чи була шкода наслідком саме протиправного аспекту поведінки.

---

[382] Ibid., 76.

Проте у підході Папалардо не йдеться про протиправний аспект поведінки, а йдеться про поведінку в цілому, діяльність інтернет-посередника в цілому. Ризик визнається притаманним діяльності відповідного інтернет-посередника загалом. Відповідно, цей ризик деліктизує поведінку в цілому. За такого підходу інтернет-посередник, щодо якого авторка констатує притаманність ризику порушення авторських прав як природний наслідок, мусить відповідати за абсолютно усі порушення, скоєні третіми особами із використанням його сервісу чи технології. І навпаки, інтернет-посередник, чия діяльність не має природним наслідком ризик порушення авторських прав, отримує цілковиту індульгенцію і не визнається відповідальним за жодні порушення, яким посприяв його сервіс чи технологія.

Такий підхід ділить інтернет-посередників на хороших і поганих: перші не відповідають ні за що, другі відповідають за все. На наше переконання, розрізнення має бути більш нюансним: слід оцінювати не діяльність в цілому, а визначати протиправний аспект цієї діяльності і вже потім установлювати причинний зв'язок зі шкодою, його віддаленість чи наближеність.

**3.3.5. Справи про дефектну продукцію.** Справи про дефектну продукцію пов'язані з діяльністю платформ, які називають «трансакційними» платформами,[383] або «маркетплейсами»[384] — ці платформи допомагають сконтактувати двом сторонам майбутнього договору в онлайн-середовищі. Завдяки їм полегшується зустріч між попитом і пропозицією на ринку товарів, робіт і послуг. Звичайна двостороння структура договору (покупець – продавець, наймач – наймодавець, замовник – виконавець тощо) перетворюється на трикутник, де дві сторони контактують одна з одною за сприяння і посередництва третьої сторони — оператора платформи.[385]

З одного боку, оператор віртуального «ринку» (маркетплейсу), на якому відбувається трансакція, формально не є продавцем. Але, з іншого, вважати платформу просто нейтральним майданчиком для торгівлі чи звичайним каналом зв'язку між

---

[383] Filatova-Bilous, N. (2021). Once again platform liability: On the edge of the «Uber» and «Airbnb» cases. *Internet Policy Review, 10*(2), 1–27, 4.

[384] Ibid.

[385] Ibid.

двома сторонами — означало б ігнорувати реальність, яка полягає в тому, що послуги платформи тісно вплетені в загальний цикл трансакції між двома сторонами (пошук контрагента, укладення договору, виконання договору і вирішення спорів із договору), а оператор платформи має суттєвий вплив на розвиток правовідносин у цьому циклі. Тому на практиці вже неодноразово поставало питання про межі відповідальності оператора платформи у випадку, коли проданий через платформу товар (робота чи послуга) виявляються дефектними і завдають шкоди життю, здоров'ю або власності покупця (замовника послуги чи роботи).

У справі *Bolger v. Amazon Com LLC*[386] позивачка, пані Болгер, придбала батарею для ноутбука через онлайн-маркетплейс Amazon. За кілька місяців після покупки батарея вибухнула під час використання, завдавши позивачці тяжких опіків. Пані Болгер пред'явила позов до оператора платформи — однойменної компанії Amazon.com, LLC. Вона обґрунтовувала свої вимоги нормами про сувору відповідальність за дефектну продукцію.

Компанія-відповідач заперечувала проти позову, заявляючи, по-перше, що норми про відповідальність за дефектну продукцію на неї не розповсюджуються, оскільки вона не є ані виробником, ані продавцем товару, а натомість лише сприяє укладенню договорів між покупцем і продавцем через створення відповідного віртуального майданчика для трансакцій. По-друге, Amazon покликався на імунітет, передбачений секцією 230 CDA.

Ключове питання, яке постало в цій справі, — чи розповсюджуються норми про сувору відповідальність за дефектну продукцію на оператора онлайн-маркетплейсу, через який споживач придбав цю продукцію. Для того, аби відповісти на це запитання, Суд докладно проаналізував роль платформи в трансакції, що відбулася, і дійшов висновку, що ця роль була настільки значною, що Amazon слід вважати ланкою у вертикальному ланцюзі дистрибуції товару. Залученість до загальної справи введення товару в обіг виправдовує застосування норм про сувору відповідальність за дефектну продукцію. Покладання відповідальності на Amazon (поряд із відповідальністю виробника, продавця і розповсюджувача в традиційному розу-

[386] (2020), Court of Appeal, Fourth District, Division 1, California, August 13, 2020.

мінні цих термінів) сприяє досягненню тих цілей, заради яких існує сувора відповідальність за дефектну продукцію.

Слід зауважити, що на платформі Amazon є дві категорії товарів: ті, які продаються безпосередньо компанією Amazon, і ті, які продаються третіми сторонами. У випадку із пані Болгер мала місце друга ситуація — продавцем батареї була компанія Lenoge Technology (HK) Ltd. (Lenoge).

Однак роль Amazon важко переоцінити, адже компанія Amazon (а) створила віртуальне середовище (вебсайт), у якому продавець пропонував свою продукцію; (б) активно залучала потенційних покупців; (в) визначила умови участі продавця і стягувала плату за використання платформи (у вигляді відсотків від ціни продажу); (г) фізично володіла товаром, зберігаючи його на своїх складах; (ґ) отримала оплату за товар від покупця; (д) доставила товар до покупця в упаковці із власним брендуванням; (е) контролювала комунікацію між продавцем і покупцем, забороняючи і технічно унеможливлюючи спілкування між ними поза межами платформи.

Усе це вказує на те, що компанія Amazon долучилася до загального циклу виробництва-продажу таким чином, що покладання на неї суворої відповідальності за дефекти в продукції відповідає цілям, які переслідує ця відповідальність. Такими цілями є: підвищення безпечності продукції, якомога більший захист потерпілих і розподіл витрат між учасниками ланцюга виробництва-продажу.

У світлі зазначених цілей важливо, по-перше, що Amazon може бути єдиним елементом ланцюга дистрибуції, відомим покупцеві і доступним покупцеві для пред'явлення претензій. По-друге, Amazon, так само як і роздрібні продавці у традиційному розумінні, має сталі комерційні зв'язки з іншими ланками ланцюга дистрибуції, що дає компанії важелі впливу на виробника (прямо чи опосередковано), котрі можуть бути використані для покращення якості й безпечності продукції. По-третє, комерційні взаємозв'язки з іншими ланками в ланцюзі дистрибуції дають Amazon змогу розподіляти витрати на відшкодування шкоди серед учасників ланцюга (через страхування відповідальності, закладення вартості страхування в ціну товару та застереження щодо відповідальності в договорах із продавцями).

Таким чином, застосування суворої відповідальності до Amazon сприятиме (а) якомога більшому захисту потерпі-

лих — оскільки в особі Amazon вони отримують потенційного відповідача навіть у випадках, коли інші учасники ланцюга виробництва-продажу виявляться недоступними для пред'явлення позову; (б) підвищенню безпечності продукції — оскільки Amazon завдяки своїй ролі в ланцюзі виробництва-й-продажу є достатньо впливовим, щоб стимулювати виробників до високих стандартів безпеки продукції; (в) економічно ефективному розподілу витрат на відшкодування шкоди між учасниками ланцюга виробництва-й-продажу — оскільки сталі взаємовідносини між Amazon і продавцями уможливлюють договірний розподіл ризиків і витрат між учасниками ланцюга.

Прикметно, що в цій категорії справ вжиття платформою заходів реагування постфактум не визнається достатнім для звільнення від відповідальності. У випадку із пані Болгер, коли до компанії Amazon почали надходити скарги на батареї відповідного виробника, Amazon спершу призупинив дію привілеїв продавця для акаунту компанії-продавця Lenoge, а згодом остаточно заблокував цей акаунт і надіслав листи усім, хто раніше придбав батареї, сповіщаючи споживачів про небезпеку їх використання, і повернув їм кошти.

Що стосується імунітету за секцією 230 CDA, то Суд дійшов висновку, що імунітет не застосовується, оскільки позов стосується відповідальності за дефектну продукцію, а не відповідальності за інформацію, розміщену третьою стороною на платформі.

Наталія Філатова-Білоус у своєму дослідженні[387] відстежила важливі паралелі між аргументацією американських судів і міркуваннями Суду справедливості ЄС у справах, що стосувалися платформ Uber та Airbnb. Попри те, що справи в Суді справедливості стосувалися публічно-правових аспектів діяльності платформ, авторка вважає, що зроблені Судом висновки є помічними також і в питанні про приватно-правову відповідальність платформ.[388]

Так у справі *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*, (C-434/15)[389] перед Судом справедливості ЄС було по-

---

[387] Filatova-Bilous, N. (2021).

[388] Ibid., 9–10.

[389] *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*, (C-434/15), Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 20 December 2017.

ставлене питання, як слід кваліфікувати діяльність Uber — як інформаційну послугу (*information society service*) в розумінні Директиви 98/34, чи як послугу у сфері транспорту (*service in the field of transport*) (Філатова-Білоус називає це «матеріальною» послугою).

Як відомо, компанія Uber через розроблений нею мобільний додаток з'єднує непрофесійних водіїв на власних авто зі споживачами, які хочуть здійснити поїздку містом.

Суд дійшов висновку, що послуга, яка надається компанією, — «це більше, ніж» інформаційна послуга,[390] оскільки вона становить невід'ємну складову загальної послуги, головним компонентом якої є перевезення пасажира.[391] Обґрунтовуючи такий висновок Суд зазначив, що

> «[без мобільного додатку] (i) ці водії не мали б змоги надавати транспортні послуги, а (ii) особи, які бажають здійснити міську поїздку, не скористалися б послугами, що надаються цими водіями. Крім того, Uber має вирішальний вплив на умови, на яких ці послуги надаються цими водіями. Щодо останнього пункту, то вбачається, зокрема, що Uber визначає щонайменше максимальний тариф за допомогою однойменного додатку, компанія отримує цю суму від клієнта, перш ніж виплатити її частину непрофесійному водієві транспортного засобу, і що вона здійснює певний контроль за якістю транспортних засобів, водіями та їхньою поведінкою, що може, за певних обставин, призвести до їхнього виключення з програми».[392]

Ці висновки були підтверджені судом також у справі *Uber France SAS v. Nabil Bensalem*, C-320/16.

Таким чином, ключовий критерій, за яким послугу Uber було визнано послугою у сфері транспорту, а не просто інформаційною послугою, — це те, що компанія здійснювала вирішальний вплив на умови надання транспортної послуги. І саме тому компанія є «більше ніж» нейтральним посередником, що безсторонньо забезпечує комунікацію.

---

[390] Ibid., § 37.

[391] Ibid., § 40.

[392] Ibid., § 39.

У цьому аспекті аргументація Суду справедливості, як спостерегла Філатова-Білоус, близька до аргументації американських судів, які також вказують на суттєву залученість платформи в загальний цикл виробництва-продажу як на чинник, що дає підстави покладати на платформу відповідальність за дефекти в продукції.[393]

На думку Філатової-Білоус, критерій вирішального впливу на економічно значимі умови надання послуги може бути використаний при вирішенні приватно-правового питання про відповідальність платформи за шкоду, завдану дефектною продукцією (роботою, послугою): якщо послуга, яку надає онлайн-платформа, кваліфікується як «матеріальна» послуга (через наявність вирішального впливу оператора платформи), то оператор платформи закономірно мусить відповідати за шкоду, завдану дефектом у продукції (роботі, послузі), поряд із виробником продукції (надавачем послуги, виконавцем роботи).

Утім, підхід Суду справедливості ЄС не завжди дає передбачувані результати. Приміром, коли аналогічне питання постало у справі за участю іншої онлайн-платформи Airbnb, Суд дійшов протилежного висновку. Компанія Airbnb Ireland є оператором однойменної онлайн-платформи, яка проти комісії дає змогу встановлювати контакт між професійними та непрофесійними господарями помешкань, з одного боку, та приватними особами, які шукають житло для короткострокового найму, — з іншого.

У справі *Кримінальне провадження щодо* X, *за участю* YA, *Airbnb Ireland UC*, *Hôtelière Turenne SAS*, *Association pour un hébergement et un tourisme professionnels* (AHTOP), *Valhotel* (C-390/18)[394] Суд справедливості ЄС вирішив, що послуга, яку надає Airbnb, — це інформаційна послуга і не більше. Надання інформації потенційним наймачам про житло, яке пропонується в оренду, й інформації власникам житла про потенційних наймачів та інші супутні сервіси, на думку Суду, хоча, безсумнівно, і пов'язані із матеріальною послугою (наймом житла як таким), але не настільки, щоб становити її невід'ємну частину (§ 57).

---

[393] Filatova-Bilous, N. (2021), 15–16.

[394] Кримінальне провадження щодо X, за участю YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel (C-390/18).

Зокрема, суд аргументував це тим, що в розпорядженні пошукувачів житла є низка інших каналів, через які вони можуть вивчати пропозицію житла на ринку короткострокової оренди; приміром, такими каналами можуть бути ріелтори, спеціалізована реклама в друкованих чи електронних виданнях тощо. І той факт, що Airbnb конкурує із цими каналами, пропонуючи свій інноваційний сервіс, не робить платформу невід'ємною частиною матеріальної послуги (§ 55).

На наш погляд, такий аргумент малопереконливий. У випадку із послугами таксі так само є альтернативні способи замовити авто — скажімо, телефоном чи «голосуючи» безпосередньо на вулиці. Але у справі Uber це не перешкодило Суду дійти висновку про те, що послуги Uber є послугами у сфері транспорту. У цьому смислі обидві платформи напрочуд подібні: вони полегшують замовлення послуги, яку, утім, можна замовити й в інший спосіб.

Тож, видається, що дійсна причина різних рішень Суду у цих двох справах може мати глибшу, економічну природу. Один із можливих економічних аргументів Суд все ж згадав, зауваживши, що оператор платформи Airbnb не визначає розмір орендних платежів і не встановлює їх максимальний розмір (на відміну від Uber), а хіба що пропонує власникам корисний інструмент у вигляді автоматичного обрахунку середньої ціни оренди за заданими параметрами.

**3.3.6. Загальні підсумки.** Наведені три категорії справ об'єднує те, що в них ідеться про відповідальність не безпосереднього заподіювача шкоди, а оператора онлайн-платформи, яка була використана заподіювачем при завданні шкоди. За таких умов тест «якби не», безсумнівно, виконується: якби не оператор платформи, то шляхи деліквента і потерпілого не перетнулися б (на цьому зауважує Суд справедливості ЄС, вказуючи у пункті 39 справи *Uber Spain SL* (C-434/15), що «[без мобільного застосунку] (I) водії не мали б змоги надавати транспортні послуги, а (II) особи, які бажають здійснити міську поїздку, не скористалися б послугами, що надаються цими водіями»[395]). Утім тест

[395] *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*, (C-434/15), § 39, Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 20 December 2017.

«якби не» не дає остаточної відповіді про наявність юридично значимого причинного зв'язку.

Тому питання віддаленості шкоди (або меж відповідальності) постає у цих справах із неабиякою гостротою — так буває щоразу, коли поступ людства (в науці, технологіях, економіці, медицині тощо) випробовує «кордони» деліктного права і засяг його дії, і вимагає ухвалення рішень з огляду на міркування правової політики.

Суди, які доходять висновку, що причинний зв'язок між діяльністю оператора платформи і шкодою, яку заподіяв користувач цієї платформи, є занадто віддаленим, часто проводять аналогію із традиційними засобами зв'язку, такими як пошта і телефон (мовляв, не можна ж притягати до відповідальності телефонну компанію за усі злочини, які вчиняються із використанням телефонного зв'язку).

Та між поштовим чи телефонним зв'язком, з одного боку, і сучасними цифровими онлайн-платформами, з іншого, є принципова відмінність, а саме — контроль над змістом повідомлень, якими обмінюються користувачі. Телефонні компанії та поштові служби не мають такого контролю, а платформи — мають, у тій або іншій мірі. На медіаплатформах цей контроль реалізується через контент-модерацію (*content moderation*).

Відповідно до статті 3(t) DSA:

> «модерація контенту означає діяльність, автоматизовану чи ні, яку здійснюють постачальники посередницьких послуг, спрямовану, зокрема, на виявлення, ідентифікацію та реагування на контент або інформацію, розміщені одержувачами послуг, і які є незаконними або несумісні з умовами та правилами постачальників, включаючи заходи, які стосуються наявності, видимості та доступності такого незаконного контенту або такої інформації, такі як зниження рейтингу, демонетизація, блокування доступу до них або їх видалення, або які впливають на здатність одержувачів послуг надавати таку інформацію, такі як закриття або призупинення дії облікового запису одержувача».

Ідея контролю відлунює в рішеннях американських судів, які вказують на контроль (*control*) як на лакмус деліктної відповідальності онлайн-маркетплейсів за дефектну продук-

цію,[396] і так само — в рішеннях Суду справедливості ЄС, який визнає «вирішальний вплив» (*decisive influence*) платформи на суттєві умови матеріальної послуги ознакою того, що інформаційні послуги платформи є невід'ємною частиною «матеріальної» послуги, котра надається у фізичному світі.[397] Загалом контроль — це те, що робить цифрового посередника «більше ніж» просто нейтральним каналом зв'язку між користувачами чи безстороннім віртуальним ринком.

Якщо й визначати місце платформ серед різних засобів комунікації, то воно — десь між телефонним зв'язком і засобами масової інформації: платформа не настільки безсторонній «канал», як телефон, але, з іншого боку, вона не контролює зміст повідомлень так, як видавець друкованого ЗМІ. Можливості контент-модерації обмежені, оскільки алгоритми виявлення незаконного контенту, засновані на штучному інтелекті, недосконалі і недостатньо чутливі до контексту повідомлень.[398]

Занадто сувора відповідальність медіаплатформ може призвести до надмірної цензури інтернету: коли, побоюючись відповідальності, медіаплатформи, аби перестрахуватись, блокуватимуть також і цілком законний контент.[399] Поширення таких хибно позитивних помилок при ідентифікації незаконного контенту становить серйозну загрозу для свободи слова.

З огляду на це, і в США і в ЄС, для онлайн-платформ створено «безпечні гавані» (*safe harbour*), покликані боронити свободу слова і розвиток технологій від знеохочувальної дії страху перед непіднімним тягарем відповідальності.

Та безпечна гавань має кордони: згідно з DSA імунітет від відповідальності діє за умови, що оператор платформи невідкладно реагує на незаконний контент, щойно отримує інформацію про нього (ст. 6 DSA). При цьому активно шукати

---

[396] *Bolger v. Amazon Com LLC* (2020), Court of Appeal, Fourth District, Division 1, California, August 13, 2020.

[397] *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*, (C-434/15), Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 20 December 2017; *Uber France SAS v. Nabil Bensalem*, C-320/16.

[398] Lavi, M. (2020), 499, 527, 529, 540, 569; Lefouili, Y., & Madio, L. (2022). The economics of platform liability. *European Journal of Law and Economics, 53*, 319–351, 340–341.

[399] Lefouili, Y., & Madio, L. (2022), 340–341.

незаконний контент оператор не зобов'язаний (ст. 6 DSA). Це правило вимагає тільки *реактивних* дій постфактум.

На наш погляд, має бути зроблено і наступний крок: відповідальність має наставати і за невжиття проактивних дій в рамках контент-модерації, якщо виявлення незаконного контенту було технічно можливим і його можна було розумно очікувати від розсудливого оператора платформи, що діяв за аналогічних обставин. Стандарт розумно обачливого оператора із урахуванням реального поступу технологій автоматизованої ідентифікації незаконного контенту дозволить забезпечити необхідний баланс між метою попередження шкоди і конкуруючими суспільними інтересами, як-то свобода слова та розвиток інновацій.

Таким чином, надаючи оцінку віддаленості причинного зв'язку між діями (бездіяльністю) оператора платформи і шкодою, яку заподіяв користувач цієї платформи (або, що те ж саме, — визначаючи межі відповідальності оператора платформи), належить ураховувати насамперед ступінь контролю в руках оператора платформи. Для трансакційних платформ такий контроль виражається у впливі на істотні умови трансакцій, що укладаються за допомогою платформи; для медіаплатформ — у можливостях доступної, з огляду на розвиток технологій, контент-модерації.

Насамкінець при визначенні меж відповідальності підлягає до врахування низка економічних параметрів, таких як, зокрема: сумарна суспільна корисність правомірних використань платформи у порівнянні з суспільною шкідливістю протиправних використань платформи;[400] досяжність для позовів безпосередніх заподіювачів шкоди і затратність судових процесів проти них порівняно із затратністю процесу проти оператора платформи;[401] а також те, чи є оператор платформи тим суб'єктом, якому попередження шкоди обійдеться найдешевше.

---

[400] Докладно про можливі економічні ефекти відповідальності платформ див.: Lefouili, Y., & Madio, L. (2022); Landes, W. M., & Lichtman, D. G. (2003). Indirect liability for copyright infringement: An economic perspective. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper №. 179*.

[401] Landes, W. M., & Lichtman, D. G. (2003), 15.

## Висновки до розділу 3

Нормативний аспект дослідження причинності (іменований «наближеністю причинного зв'язку» в загальному праві, і «межами відповідальності» за PETL) має будуватися на основі критерію деліктизуючого ризику: відповідальність особи за наслідки своєї протиправної поведінки має бути обмежена лише тією шкодою, ризик завдання якої зробив цю поведінку протиправною, оскільки справедливо, щоб підстава відповідальності слугувала одночасно і її кордоном.

Дослідження деліктизуючих ризиків має включатися до комплексного аналізу деліктного інциденту, а разом з ним також і установлення того, чи належить шкода, фактично завдана потерпілому, до категорії шкоди, ризик завдання якої зробив поведінку деліквента протиправною.

Принцип «відповідальність тільки в межах деліктизуючого ризику» — головний, але не єдиний критерій, який має враховуватися в рамках нормативного аспекту дослідження причинності. В особливо складних справах мають враховуватися також і інші міркування, які в широкому сенсі можна назвати міркуваннями правової політики. Ці міркування будуються на уявленні про те, яких глобальних соціально-економічних результатів має досягати право, і яким чином вирішення конкретної деліктної справи сприятиме або перешкоджатиме досягненню таких результатів.

До кола міркувань, які підлягають врахуванню при дослідженні нормативного аспекту причинності, мають входити міркування економічної ефективності права. Зокрема, підлягає оцінці: (а) піддатливість певної діяльності до коригування рівня пов'язаних із нею небезпек; (б) котра із двох сторін — позивач чи відповідач — перебуває в кращій позиції, щоб обрати безпечнішу альтернативу перед лицем малопередбачуваних або непередбачуваних ризиків; (в) чи є відповідач тим суб'єктом, який міг запобігти шкоді з найменшими витратами; (г) наскільки суспільно корисною є діяльність, що завдала шкоди, та інші економічні міркування.

Хоча Компенсаційна комісія ООН в якості критерію віддаленості шкоди декларувала принцип «прямого» причинного зв'язку, практика Комісії показує, що її висновки краще пояснювати через критерій деліктизуючого ризику і міркування правової політики.

Значення віддаленості причинного зв'язку (шукане значення $x$, при якому особа відповідає за шкідливий наслідок $B_n$, якщо $n \leq x$) є функцією вини: що тяжче скоєне зло, то більшим є це значення, і то ширше коло наслідків охоплюється діапазоном дії деліктного обов'язку відшкодування. Держава, яка розпочала агресивну війну проти сусіда й окупувала чужі території, скоїла найтяжчий злочин проти усього людства (міжнародно протиправне діяння *erga omnes*). Тому межі відповідальності за такі діяння мають бути відповідними і пропорційними до масштабів злодіяння — вони мають охоплювати усі ті численні й різноманітні ризики, які можна розумно передбачати як вірогідний наслідок військового вторгнення, навіть якщо причинний зв'язок між війною і шкодою опосередкований додатковими ланками чи втручанням третіх осіб.

Справи, у яких постає питання про відповідальність оператора онлайн-платформи за шкоду, завдану третіми особами, можна розподілити на три категорії. Перша категорія стосується порушення основоположних прав людини; друга — це справи про порушення авторських прав; третя — це справи про відповідальність онлайн-маркетплейсів за шкоду, завдану дефектною продукцією.

Надаючи оцінку віддаленості причинного зв'язку між діями (бездіяльністю) оператора платформи і шкодою, яку заподіяв користувач цієї платформи, належить ураховувати насамперед ступінь контролю в руках оператора платформи. Для трансакційних платформ такий контроль виражається у впливі на істотні умови трансакцій, що укладаються за допомогою платформи; для медіаплатформ — у можливостях доступної, з огляду на розвиток технологій, контент-модерації. Підлягає до врахування також низка економічних параметрів, таких як, зокрема: сумарна суспільна корисність правомірних використань платформи у порівнянні до суспільної шкідливості протиправних використань платформи; досяжність для позовів безпосередніх заподіювачів шкоди і затратність судових процесів проти них порівняно із затратністю процесу проти оператора платформи; а також те, чи є оператор платформи тим суб'єктом, якому попередження шкоди обійдеться найдешевше.

Занадто сувора відповідальність медіаплатформ може призвести до надмірної цензури інтернету. Поширення хибно позитивних помилок при ідентифікації незаконного контенту

становить серйозну загрозу для свободи слова. Саме тому як у США, так і в ЄС, для онлайн-платформ створено «безпечні гавані» (*safe harbour*), покликані боронити свободу слова і розвиток технологій від знеохочувальної дії страху перед непідйомним тягарем відповідальності. Наразі імунітет від відповідальності діє за умови, що оператор платформи невідкладно реагує на незаконний контент, щойно отримує інформацію про нього. При цьому активно шукати незаконний контент оператор не зобов'язаний. Це правило вимагає тільки реактивних дій постфактум. Однак має бути зроблено і наступний крок: відповідальність має наставати і за невжиття проактивних дій в рамках контент-модерації, якщо виявлення незаконного контенту було технічно можливим і його можна було розумно очікувати від розсудливого оператора платформи, що діяв за аналогічних обставин. Стандарт розумно обачливого оператора з урахуванням реального поступу технологій автоматизованої ідентифікації незаконного контенту дозволить забезпечити необхідний баланс між метою попередження шкоди і конкуруючими суспільними інтересами, як-то свобода слова та розвиток інновацій.

## *Розділ 4.*
# НЕЗ'ЯСОВНА ПРИЧИННІСТЬ

## § 4.1. Стандарти доказування[402]

Стандарт доказування пояснює, що вимагається для того, аби довести будь-що перед судом. У цьому підрозділі ми ретельно зупинимося на цьому, загальному питанні, оскільки значний напрямок досліджень причинного зв'язку в деліктному праві пов'язаний із проблемою нез'ясовної причинності (*uncertain causation*),[403] що виникає, коли причинно-наслідковий зв'язок неможливо довести. Тому нам кардинально важливо з'ясувати, що означає вислів «неможливо довести», а це, у свою чергу, вимагає правильного розуміння стандартів доказування.

**4.1.1. Що таке стандарт доказування.** У кримінальній справі, яку називають справою століття[404] і найбільш публікованим процесом за всю історію,[405] присяжні визнали гравця Національної

---

[402] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у таких працях: Borysova, V. I., & Karnaukh, B. P. (2021). Standard of proof in common law: Mathematical explication and probative value of statistical data. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 28*(2), 171–180; Karnaukh, B. (2021). Standards of proof: A comparative overview from the Ukrainian perspective. *Access to Justice in Eastern Europe, 2*(10), 25–43; Karnaukh, B., & Khutor, T. (2024). Evidentiary standards of the UN Compensation Commission: Takeaways for Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe, 7*(3), 1–24.

[403] Див.: Martín-Casals, M., & Papayannis, D. (Eds.). (2015). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press; Khoury, L. (2006). *Uncertain causation in medical liability*. Oxford; Hart; Cox, T. (2017). Uncertain causation, regulation, and the courts. *Supreme Court Economic Review, 24*(1), 197–254; Turton, G. (2016). *Evidential uncertainty in causation in negligence*. Oxford: Hart Publishing; Englard, I. (2015). The problem of uncertain factual causation in Israeli tort law. *Journal of European Tort Law, 6*(1), 1–23; Lombardi, C. (2019). Proving the uncertain causation. In *Causation in competition law damages actions* (pp. 141–163). Cambridge University Press.

[404] Diaz, J. (2017, July 22). *'Trial of the century' legacy: How O.J. Simpson case changed US*. San Francisco Chronicle. https://www.sfchronicle.com/opinion/diaz/article/Trial-of-the-century- legacy-How-O-J-11306325.php

[405] Price, R., & Lovitt, J.T. (1997, February 12). Confusion for Simpson kids 'far from over'. *USA Today.* Available at: https://usatoday30.usatoday.com/news/index/nns224.htm

футбольної ліги О. Джей Сімпсона невинуватим в інкримінованому йому вбивстві колишньої дружини та її приятеля. Однак згодом після виправдання родичі загиблих пред'явили до Сімпсона цивільний позов про відшкодування шкоди, завданої убивством. І цей позов було задоволено: Сімпсона було визнано відповідальним за смерть і зобов'язано сплатити 33,5 млн доларів США компенсаційних і штрафних збитків.[406]

Постає питання: як може таке бути, що один і той самий факт вважається недоведеним в рамках кримінального провадження і доведеним — у рамках цивільного? Пояснити це можна лише визнавши, що доказування має ступені порівняння. Тобто, доказувати можна з більшою або меншою успішністю. Відповідно, доведеність того або іншого факту може варіювати уздовж умовної шкали від 0 до 1: дещо може бути доведено на 100 % (що дорівнює 1), на 90 % (0.9), на 75 % (0.75) і так далі.

Як тільки ми визнаємо, що певний факт може бути більшою або меншою мірою доведеним, відкривається шлях для пояснення протилежних висновків про один і той самий факт, зроблених в рамках кримінального і цивільного процесів. Наявність двох протилежних висновків не є логічно суперечливою, якщо в цивільному і в кримінальному процесі діють різні порогові значення доведеності, тобто на різному рівні встановлено мінімальний бар'єр, який необхідно здолати для того, аби факт уважався успішно доведеним. Якщо це порогове значення є вищим у кримінальному провадженні, то цілком може статися, що в доведенні вини підсудного сторона обвинувачення долає цивільно-правовий поріг, але не дістає до вищого — кримінально-правового — порогу. Такі порогові значення[407] і називають стандартом доказування.

На відміну від тягаря доказування, який визначає, які факти слід доводити, стандарт доказування визначає, якою мірою необхідно довести певний факт, щоб цього було достатньо. Інакше кажучи, тягар доказування відповідає на питання, що слід доводити, а стандарт доказування — як (якою мірою) слід це доводити. Отож, стандарт доказування — це кількісний показник.

---

[406] McKenna, A. O.J. Simpson trial. Britannica. https://www.britannica.com/event/O-J-Simpson-trial

[407] Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013). How to become an epistemic engineer: What shifts when we change the standard of proof. *Law, Probability & Risk*, 12, 275–298, 275, 282.

Є факт доведеним чи ні — це вирішує суд або присяжні. Відповідно, щоб певне твердження було визнано доведеним, необхідно, щоб суддя (присяжний) був переконаний у тому, що воно відповідає дійсності (істинне). Таким чином, ступінь доведеності визначається через ступінь переконаності судді (присяжного) в істинності відповідного твердження. Через це стандарт доказування по-іншому ще називають стандартом переконання.[408] У звичайному мовленні ми часто говоримо «я переконаний на 100 %», або «я переконаний на 90 %» тощо. Тому ідея, що переконаність має ступені порівняння, котрі принаймні умовно можна порахувати, не повинна здаватися чимось вкрай незвичайним.

**4.1.2. Система загального права.** У системі загального права є два різних стандарти доказування: один для цивільних і один — для кримінальних справ. Стандарт доказування для цивільних справ називають «переважання доказів» (*preponderance of the evidence*) — у США, або «баланс імовірності» (*balance of probability*, *BoP*) — у Великобританії.[409]

Згідно з цим стандартом, певне твердження вважається доведеним, якщо суд чи присяжні вважають, що це твердження є радше істинним, аніж хибним. Тобто, вірогідність того, що доказуване твердження є істинним, має бути більшою за вірогідність протилежного. Таким чином, достатньо бодай найменшого відхилення він рівноваги «50 на 50», коли істинність і хибність твердження є однаково вірогідними. Тому цей стандарт іще називають стандартом 50+, маючи на увазі, що для доведення певного твердження достатньо, щоб його вірогідність була більшою за 50 %.[410]

---

[408] Gold, S. (1986). Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence.*The Yale Law Journal, 96*(2), 376–402, 381; Bell, R. S. (1987). Decision theory and due process: A critique of the Supreme Court's lawmaking for burdens of proof. *Journal of Criminal Law & Criminology, 78*, 557–585, 576; Wright, R. W. (2011). Proving causation: Probability versus belief. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (Ch. 10, pp. 80). Hart Publishing, 80.

[409] Wright, R. W. (2011), 80; Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013). How to become an epistemic engineer: What shifts when we change the standard of proof. *Law, Probability & Risk*, 12, 275–298, 280; Schweizer, M. (2013). The civil standard of proof — What is it, actually? *MPI Collective Goods Preprint, №. 2013/12, International Journal of Evidence and Proof, 20*(3), 1–2.

[410] Redmayne, M. (1999). Standards of proof in civil litigation. *The Modern Law Review,*

Так, наприклад, відповідно до Інструкцій присяжним у цивільних справах штату Каліфорнія, суддя пояснює присяжним стандарт доказування в цивільних справах такими словами:

> «Сторони мусять переконати вас, через докази, представлені у суді, що те, що від них вимагається довести, з більшою імовірністю є правдою, ніж неправдою. <...>
>
> Після зважування всіх доказів, якщо ви не можете виснувати, що щось з більшою імовірністю є правдою, ніж неправдою, то ви маєте ухвалити, що сторона не довела цього. Ви маєте зважувати всі докази, незалежно від того, яка сторона їх подала.
>
> У кримінальних справах обвинувачення має довести винуватість підсудного поза розумним сумнівом. Проте у цивільних справах, як ця, сторона, від якої вимагається довести дещо, повинна довести лише, що це з більшою імовірністю правда, ніж неправда».[411]

У справі *Anderson (Julie), et al. v. Akzo Nobel Coatings, Inc.*[412] Верховний Суд Вашингтону підтвердив, що числове вираження цього стандарту становить 50+. Так, Суд зауважив: «для того, щоб встановити причинний зв'язок у більшості цивільних справ, необхідним стандартом упевненості є "переважання", або вірогідніше так, ніж ні, або понад 50 відсотків». Цей же стандарт застосовується судом і тоді, коли справа слухається без участі присяжних.

В англійському праві стандарт доказування формулюється аналогічним чином. Так, наприклад, *In Re B (Children) (Fc)*[413] Баронеса Хейл зазначила:

> «У нашій правовій системі, коли суддя вирішує, що щось імовірніше сталося, аніж не сталося, то вважається, що це сталося. Якщо він вирішує, що це імовірніше не сталося, аніж сталося, то це вважається таким, що не сталося» (§ 32).

---

*62*, 167–195, 168; Wright, R. W. (2011), 87; Walker, V. R. (1996). Preponderance, probability, and warranted factfinding. *Brooklyn Law Review, 62*, 1075–1136, 1076–1077; Gold, S. (1986). Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence.*The Yale Law Journal, 96*(2), 376– 402, 376, 378, 384–386.

[411] California Civil Jury Instructions. https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/.

[412] Docket No: No. 82264–6, Decided September 08, 2011by the Supreme Court of Washington, En Banc.

[413] [2008] UKHL 35.

У кримінальних справах діє інший стандарт доказування — доказування «поза розумним сумнівом» (*beyond reasonable doubt*, *BRD*). Згідно з цим стандартом недостатньо схилятися до правдивості твердження трішки більше, ніж до його хибності — натомість вимагається міцна переконаність у тому, що твердження відповідає дійсності; при цьому мають бути виключені будь-які сумніви, які з точки зору здорового глузду і повсякденного життєвого досвіду кидають тінь на вірогідність відповідного твердження. Ступінь переконаності, який вимагається кримінально-правовим стандартом, асимптотично наближається до моральної впевненості. Виключити геть усі можливі сумніви (тобто, досягти цілковитої впевненості) неможливо. Тому деякі сумніви допустимі, але це мають бути тільки такі сумніви, щодо яких досвід вказує, що вони вкрай малоймовірні, засновані на припущеннях нереалістичних і таких, що в повсякденній практиці не зустрічаються. Таким чином, кримінально-правовий стандарт установлює поріг доведеності значно вище від цивільно-правового.[414] У числовому вираженні це упевненість на 90 %.[415]

У праві США вважається, що стандарт поза розумним сумнівом слідує із гарантії належної правової процедури, що передбачена чотирнадцятою поправкою до Конституції США.[416]

В американському праві, на відміну від права Сполученого Королівства, є третій, проміжний стандарт доказування, — стандарт «чітких і переконливих доказів» (*clear and convincing evidence*).[417] Він установлює поріг доведеності вище, ніж «баланс вірогідності», але нижче, ніж стандарт «поза розумним сумнівом».

Такий підвищений стандарт застосовується до обмеженого кола цивільних справ, коли на кону дещо більше, аніж просто майнові інтереси,[418] наприклад, особиста свобода, репута-

---

[414] Bell, R. S. (1987), 560; Kaplan, J. (1968). Decision Theory and the Factfinding Process. *Stanford Law Review, 20*(6), 1073.

[415] Bell, R. S. (1987), 561; Kaye, D. H. (1999). Clarifying the burden of persuasion: What Bayesian decision rules do and do not do. *International Journal of Evidence and Proof, 3*(1), 1–28, 1.

[416] Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013). How to become an epistemic engineer: What shifts when we change the standard of proof. *Law, Probability & Risk*, 12, 275–298, 276.

[417] *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

[418] Ibid.

ція особи, або обвинувачення у квазікримінальному проступку. Зокрема, цей стандарт застосовується у справах про обман, дифамацію, примусове надання стаціонарної психіатричної допомоги, примусову стерилізацію недієздатної особи, припинення життєзабезпечувального лікування недієздатної особи та в деяких інших.[419]

**4.1.3. Континентальне право: панівний підхід.** У Континентальному праві стандарт доказування не розділяють на стандарт для цивільних справ і стандарт для кримінальних справ — в обох випадках діє один і той самий стандарт, який називають стандартом «внутрішнього переконання» (*intime conviction*).[420] Він вимагає, щоб суддя (чи присяжний) визнавав факт доведеним лише в тому випадку, коли на підставі оцінки усіх доказів у сукупності в нього виникає внутрішня переконаність у тому, що твердження, на які посилається сторона, правдиві.

І хоча, здається, з погляду сучасної епістемології ніхто не вважає абсолютну істину реально досяжною, тим не менше континентальний стандарт доказування часто формулюється так, наче вона досяжна.[421] Від судді ніби вимагається дошукатися істини і бути цілковито впевненим у правдивості тих фактів, на основі яких він ухвалює рішення.

Коли континентальний стандарт трактують як наполягання на пошукові істини, він стає об'єктом жорстких нападок як наївний, нереалістичний, несправедливий і неефективний.[422] У такому ключі слушно зауважується, що для того, аби допоминатися істини, потрібно (а) не бути обмеженим у часі, (б) самотужки збирати докази (а не вдовольнятися тими, що подані ки-

---

[419] Повніший список див.: New Jersey Model Civil Jury Charges, Charge 1.19.

[420] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002). Comparative view of standards of proof. *The American Journal of Comparative Law, 50*, 243–275, 245–251; Wright, R. W. (2011). Proving causation: Probability versus belief. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (Ch. 10, pp. 80). Hart Publishing, 80; Schweizer, M. (2013), 4; Engel, C. (2009). Preponderance of the evidence versus intime conviction: A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law. *Vermont Law Review, 33*, 435–467, 435.

[421] Wright, R. W. (2011). Proving causation: Probability versus belief. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (Ch. 10, pp. 80). Hart Publishing, 80; Schweizer, M. (2013), 5.

[422] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 259; Wright, R. W. (2011). Proving causation: Probability versus belief. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (Ch. 10, pp. 80). Hart Publishing, 81.

мось іншим) і (в) мати свободу не ухвалювати ніякого рішення, якщо пошук так і не привів до задовільного результату. Проте жодна із цих вимог не справджується у відношенні до суду, який розглядає цивільну справу. І якщо за таких умов, коли суд обмежений в часі, сам не збирає докази і не може утримуватися від ухвалення рішення, встановити занадто високий стандарт доказування, це призведе не до пошуку істини, а лише до того, що перемагатиме сторона, наділена перевагою при розподілі тягаря доказування (тобто, сторона, не обтяжена тягарем доказування).[423]

Доволі поширеною є думка про те, що континентальний стандарт «внутрішньої переконаності» по суті тотожний стандартові «поза розумним сумнівом», і встановлює порогове значення переконаності на тому ж рівні 90%.[424] Отже, в тому, що стосується кримінальних справ, загальне і континентальне право збігаються,[425] натомість, щодо цивільних справ — континентальне право встановлює стандарт доказування набагато вище, ніж право загальне.

Таким чином, ситуація, як зі справою О. Джей Сімпсона, у континентальному праві не могла б мати місця. Адже, оскільки стандарт доказування у цивільній справі такий же високий, як і в кримінальній, недоведеність вини особи в рамках кримінального провадження означає, що вина особи так само не може бути доведена і в рамках провадження у цивільній справі. Таким чином, вирок у кримінальній справі є вирішальним і для цивільного позову за тим же фактом.

**4.1.4. Чи справді різниця така критична?** Як це часто буває в порівняльно-правових дослідженнях, не міг не виникнути сумнів, а чи дійсно різниця стандартів доказування для цивільних справ у двох системах *насправді* така критична? Іншими словами, чи дійсно в континентальному праві до цивільних справ *реально* застосовується стандарт доказування настільки високий, як це слідує із загальноприйнятого уявлення і тих формулювань, якими цей стандарт описують?

---

[423] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 271.

[424] Wagner, G. (2013). Asbestos-related diseases in German law. *European Review of Private Law, 21(1)*, 319–329, 325; Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 245.

[425] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 246; Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 275.

В академічній літературі є різні погляди на цей рахунок. Так, одні правники вважають, що стосовно стандарту для цивільних справ між загальним і континентальним правом — правдива і принципова відмінність.[426] Натомість інші обстоюють думку, що, попри різну риторику, на практиці все працює більш-менш однаково в обох системах.[427] На користь другої точки зору наводяться цікаві емпіричні дані.

Так, наприклад, Марк Швейцер (Mark Schweizer) провів опитування працівників судів Швейцарії (суддів та їх помічників).[428] У ньому вчений різними методами вимірював порогове значення впевненості, яке опитувані вважають достатнім для того, аби ухвалити, що факт є доведеним перед судом. Цікаво, що різні методи давали різні результати.[429]

Коли респондентів прямо запитали про те, наскільки (у відсотках) треба бути впевненим у правдивості твердження, щоб визнати його доведеним для потреб цивільного судочинства, то середнє значення становило 91%.[430] При цьому незначна частина респондентів вважала, що потребується 100% впевненість.[431] Згідно з Баєсовою теорією прийняття рішень це повинно було б означати, що учасники опитування вважають помилку на користь позивача (хибно ствердну) вдесятеро гіршою за помилку на користь відповідача (хибно заперечну).[432]

Однак коли учасників попросили оцінити відносну вагу двох типів помилок у цивільному судочинстві, то переважна більшість (72%) визнали, що вони мають однакову вагу, тобто є рівнозначними.[433]

---

[426] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 254–255; Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 79; Kokott, J. (1998). *The burden of proof in comparative and international human rights law: Civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*. Kluwer Law International, 18; Engel, C. (2009), 435.

[427] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002); Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 81; Schweizer, M. (2013); Brinkmann, M. (2004). The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *Uniform Law Review, 9*, 875–891.

[428] Schweizer, M. (2013).

[429] Ibid.

[430] Ibid., 17.

[431] Ibid., 22.

[432] Ibid., 22.

[433] Ibid., 18.

Проведене опитування привело М. Швейцера до висновку, що у Швейцарії реальний стандарт доказування, який застосовується суддями в цивільних справах, є істотно нижчим від декларованого. А тому є підстави вважати, що відмінність між загальним і континентальним правом у цьому аспекті перебільшена.[434]

Остаточному вирішенню проблеми порівняння перешкоджає також і те, що правники континентальної системи, порівняно із англо-американськими колегами, приділяють проблемі стандарту доказування напрочуд мало уваги.[435] Як зауважують К. Клермон і Е. Шервін, каталізатором розвитку доктрини стандартів доказування в загальному праві послугував інститут присяжних.[436] Необхідність пояснювати стандарт доказування присяжним стимулювала розвиток широкого наукового дискурсу на цю тему. На противагу цьому, в країнах континентальної Європи проблема була схована «за зачиненими дверима нарадчих кімнат».[437]

На тлі зазначеного заслуговує на увагу думка М. Таруфо (M. Taruffo), котрий уважає, що в континентальному праві взагалі не встановлено якого б то не було стандарту доказування.[438] На погляд автора, *intime conviction* насправді не передбачає жодного порогу переконаності. Це, натомість, принцип із негативним змістом, який прийшов на зміну середньовічному правилу про те, що існує сувора ієрархія засобів доказування. *Intime conviction* означає лиш те, що жодні докази не мають для суду наперед установленої сили і суд оцінює їх за своїм внутрішнім переконанням (а не за наперед установленими правилами ієрархії).[439] Як додає Р. Райт, єдине, що вимагається в кон-

---

[434] Ibid., 24.

[435] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 253–255; European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H., et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain : final report.* Publications Office, 2020. https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830; Leubsdorf, J. (2016). The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review, 67*(5), 1569–1619, 1593.

[436] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 257–258.

[437] Damaška, M. R. (1997). *Evidence law adrift*. Yale University Press, 54.

[438] Taruffo, M. (2003). Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law, 51*(3), 659–677, 666.

[439] Ibid.

тинентальному праві — щоб суддя був переконаним, однак наскільки переконаним — про це зовсім не йдеться.[440] Відтак, уявлення про стандарт доказування в континентальному праві є радше інтуїтивним, аніж поясненим.[441]

Зрештою в європейських країнах є і прибічники загальноправового підходу до стандартів доказування.[442] І не лише серед науковців. Так, наприклад, Касаційний Суд Італії прямо наслідував загально-правовий підхід, визнавши, що в цивільних справах застосовується стандарт «переважання доказів», а в кримінальних — стандарт «поза розумним сумнівом». Касаційний Суд Італії вказав:

> «[Щ]о істотно відрізняє кримінальний процес від цивільного, так це доказова норма, оскільки у першому діє стандарт доказування "поза розумним сумнівом", тоді як у другому — стандарт переважання доказів або "вірогідніше так, ніж ні", що зумовлено нерівністю залучених до кримінального процесу інтересів обвинувачення і захисту, і рівністю залучених до цивільного процесу інтересів позивача та відповідача».[443]

**4.1.5. Українське право.** За континентальною правовою традицією, у процесуальному законодавстві України передбачається, що суддя оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням.[444] Ця формула супроводжується також вказівкою на те, що жоден доказ не має наперед встановленої сили.[445]

До зовсім недавнього часу поняття стандарту доказування було невідоме українському праву. Як зауважує суддя Верховного Суду Костянтин Пільков, суди почали застосовувати його лише починаючи із 2018–2019 року.[446]

---

[440] Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 84.

[441] Ibid., 95.

[442] Schweizer, M. (2013), 5.

[443] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581 (Pres. Carbone, Rel. Segreto).

[444] Ч. 1 ст. 94 КПК України, ч. 2 ст. 80, ч. 1 ст. 89 ЦПК України, ч. 2 ст. 79 ГПК України, ч. 2 ст. 76, ч. 1 ст. 90 КАС України.

[445] Ч. 2 ст. 94 КПК України, ч. 2 ст. 89 ЦПК України, ч. 2 ст. 90 КАС України.

[446] Пільков, К. (4 листопада 2019). Стандарт доказування як складова забезпечення права на справедливий суд. *Судова влада України.* URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/816559/.

З огляду на те, що питанню не приділялося уваги в науковій літературі і немає емпіричних даних щодо реально застосовуваного суддями порогу переконаності, досить важко надати оцінку тому, чи диференціювався стандарт доказування залежно від виду судочинства. Слід уважати, що за замовчуванням і в цивільних, і в кримінальних справах суддя мав бути однаково міцно переконаним у правдивості тверджень, на яких ґрунтується рішення у справі. У ЦПК України прямо вказується, що доказування не може ґрунтуватися на припущеннях.[447]

Із повною впевненістю можна сказати, що сценарій справи О. Джей Сімпсона в українському праві не міг би мати місця: особа, виправдана в кримінальній справі за недоведеністю її вини, ніяк не могла б бути притягнута до деліктної відповідальності за ті ж самі дії в порядку цивільного судочинства.

Проте останніми роками підхід до стандарту доказування в українському праві починає змінюватися, несміливо і несистемно, але все ж у бік розмежування цивільного і кримінального стандартів за взірцем загально-правової моделі. До цього є декілька причин: (а) вплив практики ЄСПЛ; (б) судова реформа 2016 року, внаслідок якої Верховний Суд поповнився новими суддями, відкритими до прогресивних ідей; і (в) внесення змін до ст. 79 ГПК України Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні».

Наразі в кримінальному процесуальному законодавстві України прямо передбачено, що винуватість особи має бути доведена поза розумним сумнівом.[448] При цьому суди розпізнають це саме як стандарт доказування. Пояснюючи цей стандарт, Верховний Суд вказує:

> «обвинувачення має довести перед судом за допомогою належних, допустимих та достовірних доказів, що існує єдина версія, якою розумна і безстороння людина може пояснити факти, встановлені в суді, а саме — винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, щодо якого їй пред`явлено обвинувачення».[449]

---

[447] Ч. 6 ст. 81 ЦПК України.

[448] Див.: ч. 2 ст. 17 КПК України.

[449] Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 18 грудня 2020 року у справі № 187/1565/18. https://reyestr.court.gov.ua/

В одному із нещодавніх рішень Верховного Суду можна знайти визначення розумного сумніву:

> «розумний сумнів — це такий непереборний сумнів, який залишається у слідчого, прокурора, слідчого судді, суду щодо винуватості обвинуваченого чи підсудного після всебічного, повного і об`єктивного дослідження обставин справи. Наявність розумного сумніву щодо обґрунтованості обвинувачення не дозволяє будь-якій неупередженій людині, яка міркує з належним розумом і сумлінням, визнати обвинуваченого винним».[450]

Таким чином, у кримінальному процесі досягнуто визначеності щодо того, що стандартом доказування є стандарт поза розумним сумнівом, і справа стоїть лише за розвитком доктрини, котра б пояснила, як слід розуміти і як застосовувати на практиці цей стандарт.

У господарському процесі стандарт доказування зазнав змін у зв'язку із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні». Цим законом було внесено зміни у статтю 79 ГПК України. Тепер вона має назву «Вірогідність доказів» і поєднує в собі своєрідну інтерпретацію «балансу вірогідності» із вказівкою на те, що суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням:

> «Наявність обставини, на яку сторона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування.
>
> Питання про вірогідність доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи, суд вирішує відповідно до свого внутрішнього переконання».

Формулювання цієї статті по суті передбачає, що докази позивача мають бути порівняні із доказами відповідача, і якщо

---

Review/93667121.

[450] Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 27 жовтня 2020 року у справі № 185/6833/17. https://reyestr.court.gov.ua/Review/92747249.

перші виявляться більш вірогідними, то факти, що обґрунтовують позов, слід уважати доведеними. За такою логікою, навіть якщо обидві версії подій (або «історії» в термінології Крістофа Енґеля (C. Engel)[451]) — і позивачева, і відповідачева — є вкрай маловірогідними, але позивачева бодай трішки вірогідніша від відповідачевої, то позов слід задовольняти. Скажімо, вірогідність версії (історії) позивача 25%, а версії (історії) відповідача — 20%. За буквальним тлумаченням ст. 79 ГПК України, позов має бути задоволений.

Але якщо припустити, що суд розглянув чотири таких справи, то в трьох із них рішення суду виявиться хибним.

Отож, це далеко не те значення, яке зазвичай вкладають у «баланс вірогідності» в країнах його походження. Згідно із класичним розумінням цього стандарту, факт можна вважати доведеним лише в тому разі, коли оцінка всіх доказів, узятих у сукупності, приводить суд до переконання, що факт вірогідніше мав місце, ніж не мав, тобто вірогідність цього факту більша від 50%. Як уже зазначалося, вимога полягає у подоланні абсолютного порогового значення, а не в тому, щоб докази того, на кому лежить тягар, були просто вагомішими від доказів протилежної сторони.[452] Тільки за такої інтерпретації кількість правильних (обґрунтованих) судових рішень переважатиме над кількістю хибних.

Наразі суди не помічають різниці між двома інтерпретаціями, так що в одному й тому ж рішенні подеколи зустрічаються суперечливі судження: раз суд вказує, що достатньо подати докази, вагоміші від доказів протилежної сторони, а другий раз — що твердження про факт має бути з більшою вірогідністю істинним, аніж хибним.

Так, наприклад, Верховний Суд у справі № 904/1103/20 зазначив:

> «Стандарт доказування "вірогідності доказів", на відміну від "достатності доказів", підкреслює необхідність зіставлення судом доказів, які надають позивач та відповідач. Тобто, з уведенням в дію нового стандарту доказування необхідним є не надати достатньо доказів для підтвер-

---

[451] Engel, C. (2009).

[452] Цю точку зору, однак критикує Едвард Ченґ. Див.: Cheng, E. K. (2013). Reconceptualizing the burden of proof. *The Yale Law Journal,* 122, 1254–1279, 1259.

дження певної обставини, а надати їх саме ту кількість, яка зможе переважити доводи протилежної сторони судового процесу. <...>

У розумінні положень наведеної норми на суд покладено обов`язок оцінювати докази, обставини справи з огляду на їх вірогідність, яка дозволяє дійти висновку, що факти, які розглядаються, скоріше були (мали місце), аніж не були.

Верховний Суд в ході касаційного перегляду судових рішень неодноразово звертався загалом до категорії стандарту доказування та відзначав, що принцип змагальності забезпечує повноту дослідження обставин справи. Цей принцип передбачає покладання тягаря доказування на сторони. Одночасно цей принцип не передбачає обов`язку суду вважати доведеною та встановленою обставину, про яку сторона стверджує. Така обставина підлягає доказуванню таким чином, аби задовольнити, як правило, стандарт переваги більш вагомих доказів, тобто коли висновок про існування стверджуваної обставини з урахуванням поданих доказів видається більш вірогідним, ніж протилежний».[453]

З точки зору епістемічної інженерії — як це називають Н. Кіріакос і К. Котсоґлоу (N. Kyriakos and K.N. Kotsoglou)[454] — важливо зазначити, що запровадження нового стандарту доказування в господарському процесі дійсно призвело до того, що господарські суди стали по-іншому підходити до вирішення питання факту. І вже є справи, де суди нижчих інстанцій відмовляють у задоволенні позову із посиланням на недоведеність тих чи інших обставин, а Касаційний господарський суд скасовує таке рішення, вказуючи на те, що згідно з новим стандартом відповідний факт слід вважати доведеним.[455]

Цікаво, що законодавчі зміни щодо стандарту доказування відбулися в господарському процесі і зовсім не торкнули-

---

[453] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 01 грудня 2020 року у справі № 904/1103/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93296180.

[454] Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013).

[455] Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25 червня 2020 року у справі № 924/233/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90205664.

ся цивільного процесу. Тут єдиним дороговказом залишається вказівка на внутрішнє переконання судді і запозичене з кримінального процесу правило, за яким доказування не може ґрунтуватися на припущеннях.

Щоправда, в одній із цивільних справ Велика Палата Верховного Суду побіжно зауважила:

> «обставину треба доказувати таким чином, аби реалізувати стандарт більшої переконливості, за яким висновок про існування стверджуваної обставини з урахуванням поданих доказів видається вірогіднішим, ніж протилежний».[456]

**4.1.6. Баєсова теорія рішень як обґрунтування диференціації стандартів доказування.** Баєсова теорія прийняття рішень пропонує шлях до прийняття раціонального рішення в умовах невизначеності.[457] Тому першим кроком до її застосування є визнання того, що суд та присяжні діють в умовах невизначеності. У цьому контексті в англо-американській традиції вважається загальновизнаним те, що суд чи присяжні не можуть досягти абсолютного знання про досліджувані факти,[458] а тому вимушені ухвалювати рішення в умовах недосконалої поінформованості, ґрунтуючись лише на більшій або меншій вірогідності того, що факти, покладені в основу їхнього рішення, дійсно мали місце.

Раціональним є таке рішення, яке має наслідком максимально можливе за даних умов значення корисності (максимізація корисності) або, що те ж саме, — має наслідком мінімально можливе за даних умов значення шкідливості (мінімізація шкідливості).[459] Процес вирішення питання факту судом може

---

[456] Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18 березня 2020 року у справі № 129/1033/13-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88952196.

[457] Bell, R. S. (1987). Decision theory and due process: A critique of the Supreme Court's lawmaking for burdens of proof. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 78, 557–585, 558–559.

[458] Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 275, 282; Redmayne, M. (1999). Standards of proof in civil litigation. *The Modern Law Review, 62,* 167–195, 167; Engel, C. (2009), 436.

[459] Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 252–253; Schweizer, M. (2013), 8; Kaye, D. H. (1999). Clarifying the burden of persuasion: What Bayesian decision rules do and do not do. *International Journal of Evidence and Proof*, 3(1), 1–28, 1–2; Kaye, D. H. (1987). Apples and oranges: Confidence coefficients and the burden of persuasion. *Cornell Law Review,*

бути аналізований із точки зору обох функцій, проте аналіз крізь призму мінімізації шкідливості дещо зручніший і тому більш поширений у літературі.

Щодо певного факту суд чи присяжні можуть ухвалити тільки одне із двох рішень: або, що цей факт мав місце насправді, або — що він не мав місця насправді. Як перше, так і друге рішення може бути або правильним, або хибним. Таким чином, існує чотири можливих сценарії: (1) ухвалено, що факт мав місце, і це відповідає дійсності; (2) ухвалено, що факт мав місце, але це *не* відповідає дійсності; (3) ухвалено, що факт не мав місця, і це відповідає дійсності; (4) ухвалено, що факт не мав місця, але це *не* відповідає дійсності; (Див. Таблицю 4.1). Сценарії (2) і (4) називають хибно ствердною і хибно заперечною помилками відповідно, а в статистиці — альфа-помилкою і бета-помилкою.[460]

***Таблиця 4.1.*** Матриця висновків суду (присяжних) щодо питання факту

| | **Факт мав місце** | **Факт не мав місця** |
|---|---|---|
| Вирішено, що факт мав місце | a1 | a0 |
| Вирішено, що факт не мав місця | n0 | n1 |

Із двох альтернативних рішень раціональним буде обрати те рішення, шкода від якого є меншою за шкоду від протилежного рішення. Якщо ми припустимо, що правильні рішення не приносять жодної шкоди, то отримаємо, що ствердне рішення слід приймати тоді, коли шкідливість хибно ствердної помилки ($L_{a0}$) менша, ніж шкідливість хибно заперечної ($L_{n0}$).

Проте, оскільки ми діємо в умовах невизначеності, ми не можемо обрахувати дійсну шкідливість, а можемо обрахувати лише *очікувану* шкідливість.[461] Остання визначається як дійсна

73, 54–77, 55; Kaplan, J. (1968). Decision Theory and the Factfinding Process. *Stanford Law Review,* 20(6), 1073.

[460] Engel, C. (2009), 444–445.

[461] Kaye, D. H. (1999), 10.

шкідливість хибного рішення ($L_{a0}$ або $L_{n0}$), помножена на коефіцієнт імовірності того, що рішення виявиться хибним. Якщо позначити імовірність того, що факт насправді мав місце, як $p$, а ймовірність того, що факт насправді не мав місця, відповідно, як $1 - p$, то отримаємо, що очікувана шкідливість хибно ствердного рішення становить $L_{a0} \times (1 - p)$, а очікувана шкідливість хибно заперечного рішення становить $L_{n0} \times p$.

Таким чином, раціональність вимагає

• обирати рішення a, якщо $L_{a0} \times (1 - p) < L_{n0} \times p$; і

• обирати рішення n, якщо $L_{a0} \times (1 - p) \geq L_{n0} \times p$. (16)

Тепер, якщо ми візьмемо точку рівноваги, коли очікувана шкідливість хибно ствердної і хибно заперечної помилок рівновелика $L_{a0} \times (1 - p) = L_{n0} \times p$, то, вирішивши отримане рівняння, ми зможемо знайти порогове значення $p^*$, тобто таке значення імовірності певного факту, нижче якого раціональним буде діяти так, наче факт не мав місця, а вище якого — раціональним буде діяти так, наче факт відбувся.

Таке порогове значення $p^*$ дорівнює

$$p^* = \frac{L_{n0}}{L_{n0} + L_{n0}} \quad (17)$$

На *Рис. 4.1*[462] низхідна пряма від вершини $L_{a0}$ показує очікувану шкідливість від хибно ствердної помилки: вона зменшується зі зростанням імовірності того, що факт дійсно мав місце ($p$). Натомість висхідна пряма до вершини $L_{n0}$ показує очікувану шкідливість хибно заперечної помилки: вона, навпаки, зростає у міру зростання імовірності того, що факт дійсно мав місце.[463] Шукане порогове значення $p^*$ — це значення імовірності в точці перетину цих двох прямих.

---

[462] Ibid., 12–14.

[463] Щоправда, точніше було б зображувати функцію очікуваної шкідливості не через пряму, а через графік нормального розподілу Ґауса, вершина якого відповідає значенню $p = 0$ (для очікуваної шкідливості хибно ствердної помилки) або $p = 1$ (для очікуваної шкідливості хибно заперечної помилки). Див.: Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 280–281.

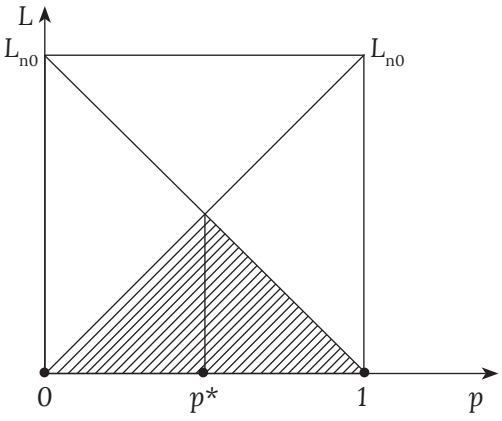


***Рис. 4.1.*** Порогове значення імовірності (p*) за умов, коли шкідливість хибно ствердної помилки ($L_{a0}$) дорівнює шкідливості хибно заперечної помилки ($L_{n0}$)

Якщо до цієї точки робити вибір на користь заперечного рішення, а після неї — на користь ствердного рішення, то ми отримаємо мінімально можливий обсяг очікуваної шкоди від наших рішень (на Рис. 4.1 цей обсяг позначений заштрихованим трикутником). Таким чином, буде досягнута мета мінімізації втрат і нашу стратегію прийняття рішень, отже, можна буде вважати раціонально виправданою, незважаючи на неповноту наших знань.

Далі, важливо зауважити, що точка $p^*$ може посуватися уздовж осі $p$ ближче до правого ($p = 1$), або ближче до лівого ($p = 0$) краю. Це залежить від того, як співвідносяться між собою вершини $L_{a0}$ і $L_{n0.}$ Якщо вони рівні (як на Рис. 4.1), то точка $p^*$ лежатиме рівно посередині, тобто на значенні 0.5 (або 50 %), тому що в такому разі

$$p^* = \frac{L_{n0}}{L_{n0} + L_{n0}} = \frac{1}{1+1} = \frac{1}{2} \qquad (18)$$

Але якщо $L_{a0}$ більше за $L_{n0}$, то значення $p^*$ посуватиметься ближче до правого краю (як це показано на *Рис. 4.2*).

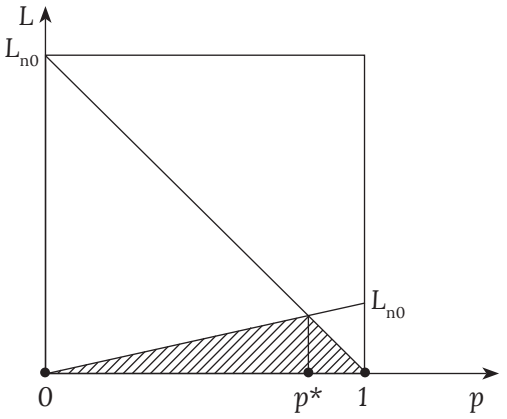


***Рис. 4.2.*** Порогове значення імовірності ($p^*$) за умов, коли шкідливість хибно ствердної помилки (La0) істотно перевищує шкідливість хибно заперечної помилки (Ln0)

Так, наприклад, якщо $L_{a0} = 8\ L_{n0}$, то одержимо:

$$p^* = \frac{L_{n0}}{L_{n0} + L_{n0}} = \frac{8}{8+1} = \frac{8}{9} \qquad (19)$$

Таким чином, що більшою є шкода від хибно ствердної помилки у порівнянні зі шкодою від хибно заперечної помилки, то ближче до правого краю посувається порогове значення $p^*$ (і навпаки). Тобто, що більшою є шкода від хибно ствердної помилки у порівнянні зі шкодою від хибно заперечної помилки, то більш упевненим потрібно бути, аби ухвалити ствердне рішення. Тож, якщо від хибно ствердної помилки шкода увосьмеро більша, ніж шкода від хибно заперечної помилки, то ухвалювати ствердне рішення можна, лише будучи на 90 % упевненим у тому, що факт, на якому ґрунтується рішення, дійсно мав місце. Натомість, якщо шкода від хибно ствердної помилки рівновелика шкоді від хибно заперечної помилки, то, щоб ухвалити ствердне рішення, достатньо бути упевненим бодай трішки більше, ніж на 50 %, у тому, що факт, на якому ґрунтується рішення, дійсно мав місце.

Усе вищенаведене пояснює, чому стандарт доказування в цивільних і в кримінальних справах — різний.

У цивільних справах на кону здебільшого бувають грошові кошти або інший майновий інтерес, що так чи інакше може бути порахований на гроші. Ствердне рішення — це задоволення позову; заперечне — відмова у позові. Відповідно, хибно ствердна помилка — це коли суд задовольняє позов, який за умов досконалої поінформованості не підлягав би задоволенню. Хибно заперечна помилка — коли суд відмовляє в задоволенні позову, який за умов досконалої поінформованості мав би бути задоволений. Якщо припустити, що ціна позову 10 000 USD, то хибно ствердна помилка означає, що відповідач втратить 10 000 USD, які він не мав би втрачати; хибно заперечна помилка — що позивач не отримає 10 000 USD, які мав би отримати. Вважається, що шкідливість обох помилок — рівновелика, оскільки кожен долар, недоотриманий позивачем, має таку ж цінність, як і долар, надміру сплачений відповідачем.[464] Тобто, $L_{a0} = L_{n0}$, а це означає, що за формулою, наведеною вище (17), порогове значення імовірності $p^*$ дорівнює 0.5, — а це якраз те значення, яке вимагається стандартом переважаючої вірогідності.[465]

На противагу цивільним справам, у кримінальних справах ситуація принципово інша: за ліберального режиму[466] засудити невинуватого (хибно ствердна помилка) набагато гірше, ніж виправдати винуватого (хибно заперечна помилка).[467] За деякими підрахунками, удесятеро гірше.[468] Тобто $L_{a0} = 10 \times L_{n0}$. Підставивши ці значення у формулу, отримаємо:

---

[464] Див.: Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 252; Leubsdorf, J. (2016). The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review, 67*(5), 1569–1619, 1580–1581; Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 280; Schweizer, M. (2013), 3; Bell, R. S. (1987), 559; Redmayne, M. (1999), 171; Clermont, K.M. (2009). Standards of proof revisited. *Vermont Law Review, 33*, 469–487, 469–470.

[465] Bell, R. S. (1987), 560.

[466] Баєсова формула прийняття рішення сама по собі не дає змоги визначити, яким має бути стандарт доказування, тому що у формулу потрібно ще підставити значення змінних (Bell, R. S. (1987), 560–561). Як оцінити це значення, тобто, як вирішити, котра із двох помилок гірша і наскільки — це політичне рішення і воно залежить від політичного режиму. Відповідно, воно по-різному буде вирішуватися ліберальним і тоталітарним режимом. У тоталітарному режимі покарання невинуватого може вважатися не таким шкідливим, як коли винуватий залишається непокараним. Див.: Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 292–294; Kaye, D. H. (1999), 20.

[467] Bell, R. S. (1987), 560; Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002), 268; Schweizer, M. (2013), 3.

[468] Bell, R. S. (1987), 562.

$$p^* = \frac{L_{n0}}{L_{n0} + L_{n0}} = \frac{10}{10 + 1} = \frac{10}{11} \approx 0.9 \qquad (20)$$

Тобто, аби визнати особу винною у вчиненні кримінального правопорушення, потрібно бути більш як на 90 % упевненим у тому, що вона його скоїла. І це саме той поріг, який вимагається стандартом поза розумним сумнівом.

**4.1.7. Доказова сила статистичних даних.** Уявлення про стандарт доказування буде неповним, якщо не приділити увагу проблемі так званої «голої статистики». Її суть полягає в тому, щоб з'ясувати, яку доказову силу мають (якщо мають узагалі) статистичні дані, такі, наприклад, як дані епідеміології. Ця проблема є предметом гострих дискусій у науковій літературі.[469]

Уявімо, що в деякому місті є лише дві служби таксі — Блакитне таксі і Жовте таксі. При цьому автопарк Блакитного таксі втричі більший. Отже, з усіх таксі на дорогах міста 75 % — блакитні, а 25 % — жовті. За таких умов, якщо пішохода збиває таксі і він не може пригадати колір машини, чи можна притягнути до відповідальності Блакитне таксі лише на тій підставі, що статистично імовірність того, що авто належало саме цій службі, становить 0.75?[470]

На перший погляд може здатися, що поріг, установлений цивільним стандартом доказування, подолано (адже 0.75 > 0.5). Та все ж рішучості для задоволення позову проти Блакитного таксі чомусь бракує. У справі *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*[471] суддя Брахтенбах (Brachtenbach) зазначив:

---

[469] Див.: Allen, R. J., & Smiciklas, C. K. (2022). The law's aversion to naked statistics and other mistakes. *Legal Theory, 28*(3), 179–209; Roush, S. (2023). Knowledge, evidence, and naked statistics. In *Externalism about Knowledge*. Oxford: Oxford University Press; Ward, T. (2016). Expert evidence, 'naked statistics' and standards of proof. *European Journal of Risk Regulation, 7*(3), 580–587; Wright, R. W. (1988). Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: Pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review, 73*, 1001–1077.

[470] Цю фабулу наводять і аналізують чимало учених. Див.: Cheng, E. K. (2013). Reconceptualizing the burden of proof. *The Yale Law Journal, 122, 1254–1279,* 1269–1271; Kobyasheva, A. (2014). Using epidemiological evidence in tort law: A practical guide. *Professional Negligence, 30*, 124–143, 137–138; Posner, R. A. (1999). An economic approach to the law of evidence. *John M. Olin Law & Economics Working Paper №. 66*, 1–85, 39–42; Tribe, L. (1971). Trial by mathematics: Precision and ritual in the legal process. *Harvard Law Review, 84*, 1329–1393, 1340–1341.

[471] 99 Wn.2d 609 (1983).

> «Цей факт [що 75% таксі — блакитні] має значення; він допустимий. Та чи достатньо його, щоб довести, що Блакитне таксі з більшою вірогідністю учинило наїзд? — Ні. Якби це не було так, то Блакитне таксі можна було б визнавати відповідальним за кожну дорожньо-транспортну пригоду із невстановленим автомобілем таксі.
>
> Тому самої лише статистики недостатньо, щоб довести причинний зв'язок. Що необхідно, так це бодай якісь докази, котрі б зв'язували статистику із обставинами справи. Повертаючись до прикладу із таксі, показання свідка, котрий бачив блакитне авто неподалік місця наїзду до чи після пригоди, або свіже й неповідомлене ушкодження блакитного авта могли б у поєднанні із статистичними даними привести присяжних до переконання, що вірогідніше так, ніж ні, що позивача збило блакитне таксі».[472]

Справа блакитного таксі показує, що насправді є два різних види імовірності: об'єктивна і суб'єктивна.[473] Суб'єктивна імовірність описує рівень нашої впевненості у тому, що те або інше твердження — правдиве, або те, наскільки ми готові діяти, покладаючись на це твердження. Це рівень нашої віри у щось.[474] Суб'єктивна імовірність звернена у минуле: ми віримо або не віримо у події, які мали місце в минулому, але щодо яких у нас немає повної інформації. На противагу цьому об'єктивна імовірність — це математично обчислюване поняття із теорії ймовірності, воно описує властивості об'єктивного світу.[475]

Наприклад, те, що імовірність випадіння орла при численному підкиданні монетки становить 0.5 — це об'єктивна імовір-

---

[472] *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 99 Wn.2d 609 (1983).

[473] Імовірність факту» (*fact probability*) і «імовірність віри» (*belief probability*) за С. Ґолдом; «алеаторна» і «епістемічна» імовірність за Н. Кіріакосом і К. Котсоґлоу; «баєсова», «паскалівська», «математична» і «індуктивна», «беконівська», «не-математична» імовірність за М. Брінкманом. Див.: Gold, S. (1986). Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence.*The Yale Law Journal, 96*(2), 376–402, 382; Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 283; Brinkmann, M. (2004). The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *Uniform Law Review, 9*, 875–891, 877.

[474] Для означення імовірності в такому розумінні більш підхоже українське слово «*віро*гідність».

[475] Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013), 283.

ність, яка описує закономірності реального світу.[476] Об'єктивна імовірність звернена у майбутнє: вона дає змогу вирахувати *шанси* того, що в майбутньому станеться та або інша подія (як, наприклад, роблячи ставки на результати спортивних змагань, ми говоримо про *шанси* команди на перемогу).

Змішування об'єктивної і суб'єктивної імовірностей має наслідком помилкове розуміння стандарту доказування в цивільній справі.[477] Стандарт доказування — це порогове значення *суб'єктивної* імовірності, тобто ступеня віри у правдивість того або іншого твердження; тимчасом як показник 0.75 у справі Блакитного таксі — це показник *об'єктивної* імовірності, який визначає шанси бути збитим блакитним таксі. Але коли вже особу збито, немає ніяких шансів, адже це було або блакитне таксі, або ні. І справа лише за тим, що ми не знаємо, який із варіантів мав місце, і тому можемо більше або менше вірити в одну із двох версій.

У справі *Sargent v. Massachusetts Accident Co.*[478] Суддя Луммус зазначив:

> «Недостатньо, щоб математичні шанси були на користь доказуваного твердження; наприклад, той факт, що серед автомобілів певного року випуску кольорові переважають над чорними, не гарантує висновку, що нерозпізнаний автомобіль відповідного року випуску є кольоровим, а не чорним, так само той факт, що лише меншість людей помирає від раку, не гарантує висновку, що конкретна особа померла не від раку. <…> Твердження є доведеним через переважання доказів, якщо воно виявляється більш імовірним або вірогідним у тому сенсі, що дійсна віра у його правдивість, заснована на доказах, панує в думках суду, незважаючи на те, що сумніви можуть лишатись».[479]

Таким чином, статистична імовірність і суб'єктивна імовірність — це показники на двох різних шкалах. У справі Блакитного таксі статистичні дані виявилися недостатніми, аби сфор-

---

[476] Ibid.

[477] Gold, S. (1986), 379; Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 91–95.

[478] 307 Mass. 246.

[479] *Sargent v. Massachusetts Accident Co.* 307 Mass. 246.

мувати в суду (чи присяжних) необхідний рівень віри в те, що потерпілого збило авто блакитного кольору.

Однак стверджувати на підставі справи Блакитного таксі, що математична (статистична) імовірність узагалі не має жодної доказової сили, в тому сенсі, що така імовірність в принципі не може бути використана для доведення причинного зв'язку в окремій справі, — теж було б помилковим.[480]

Річард Познер пропонує докладніше розібратися в причинах, чому статистичні дані у справі Блакитного таксі не викликають у нас віри в те, що потерпілого збило авто відповідного кольору.[481] На його думку, такою причиною є загальна неправдоподібність ситуації, коли немає жодних інших доказів, які б допомогли ідентифікувати автомобіль винуватця, окрім «голої статистики».[482]

Той факт, що позивач не навів жодних інших доказів (окрім відношення кількості авт, що належать двом службам), спонукає до двох припущень: або позивач знає, що його збило жовте авто, але йому з тих чи інших причин невигідно пред'являти позов до Жовтого таксі (бо ця служба, приміром, неплатоспроможна чи припинила існування), або ж позивач легковажно поставився до своєї справи і не потрудився знайти інших доказів.[483] Якщо перше припущення правильне, безумовно, позов не підлягає задоволенню. І сама по собі допустимість такого припущення робить показник суб'єктивної імовірності нижчим від показника об'єктивної імовірності. Якщо ж правильне друге припущення, то поволока винуватості на стороні позивача також не схиляє вірити у правдивість його тверджень. З точки зору економічного аналізу права,

> «суд не повинен витрачати дефіцитні ресурси часу й зусиль, доки позивач не провів пошуків, достатніх, щоб показати, що витрачання публічних ресурсів з розум-

---

[480] Хоча деякі вчені наполягають саме на цьому. Критику такого підходу див.: Russellyn, C. S., & Goldstein, B. D. (2001). Relative risk greater than two in proof of causation in toxic tort litigation. *Jurimetrics, 41*, 195–209.

[481] Posner, R. A. (1999). An economic approach to the law of evidence. *John M. Olin Law & Economics Working Paper №. 66*, 1–85, 39–42.

[482] Ibid., 40.

[483] Ibid., 40–41.

ною імовірністю може принести істотну суспільну користь».[484]

Натомість, якщо припустити, що обидві сторони судової справи провели ретельні розслідування і зробили геть усе від них залежне, але тим не менше інших доказів відшукати так і не вдалося, — у такому разі ухвалення рішення на основі об'єктивної імовірності більше не здається таким уже й безпідставним.[485]

Отже, кардинальне питання — чи могли бути отримані інші докази, окрім статистичних, і якщо ні, то чи винен у цьому позивач? Якщо жодні інші докази, окрім статистичних не доступні і в цьому немає вини позивача — то вага статистичних доказів істотно зростає і суб'єктивна імовірність цілком може наближатися до значення об'єктивної імовірності, на яку вказує статистика.

Потреба у використанні статистичних доказів є особливо гострою у справах про так звані токсичні делікти,[486] де часто єдиним засобом довести причинний зв'язок між токсичною речовиною і захворюванням — є дані епідеміології. У таких справах для доведення причинного зв'язку пропонується концепція подвоєння ризику, яка заснована на епідеміологічному показникові, відомому як відносний ризик (RR).[487]

Відносний ризик — це відношення частоти захворювання у групі, яка контактувала з речовиною, до частоти захворювання у контрольній групі, яка не контактувала з речовиною.[488] Тобто,

$$RR = \frac{\text{Ризик у групі, що контактувала}}{\text{Ризик у групі, що не контактувала}} \qquad (21)$$

---

[484] Ibid., 41.

[485] Ibid.

[486] Токсичним деліктом називають завдання шкоди здоров'ю потерпілого внаслідок впливу на його організм токсичного агента, зазвичай хімічної, але інколи й біологічної чи радіоактивної природи. Див.: Gold, S. (1986). Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence.*The Yale Law Journal, 96*(2), 376– 402; Russellyn, C. S., & Goldstein, B. D. (2001). Relative risk greater than two in proof of causation in toxic tort litigation. *Jurimetrics, 41*, 195–209.

[487] Russellyn, C. S., & Goldstein, B. D. (2001), 195–209; Martin-Casals, M. (2013). Causation conundrums: introduction to the annotations to Sienkiewicz v. Greif (UK). *European Review of Private Law, 21*, 301–311, 305–307.

[488] Kobyasheva, A. (2014), 129.

Наприклад, якщо серед населення, яке не контактувало із канцерогенною речовиною X, частота захворюваності на рак легень становить 1.5 %, а серед населення, яке контактувало із канцерогенною речовиною X, — 3 %, то

$$RR = \frac{3}{1.5} = 2 \qquad (22)$$

Це означає, що контактування із речовиною X удвічі збільшує ризик захворіти на рак легень. Якщо RR = 1, це означає, що кореляції між речовиною і захворюванням немає.

Згідно з концепцією подвоєння ризику причинний зв'язок між контактом з речовиною і захворюванням слід визнавати доведеним, якщо RR > 2. Уявімо, що в наведеному вище прикладі частота захворювання серед населення, яке контактувало із канцерогенною речовиною X, — 3,5 % (замість трьох). У такому разі RR = 2.3. Це означає, що на одну тисячу населення, яке контактувало із речовиною X, хворими виявляться 35 осіб. Однак із них 15 захворіли б навіть у тому випадку, якби не контактували із речовиною, тоді як 20 — не захворіли б, якби не контактували. Отже, статистично імовірність того, що, випадково обрана серед усіх захворілих, особа занедужала саме через контакт із речовиною X, становить 20/35 = 0.57. Така статистична імовірність буде завжди більшою 0.5 за умови, що RR > 2. І позаяк у таких справах часто об'єктивна (статистична) імовірність — це єдине доступне людству знання (оскільки наразі наука не може установити етіологію хвороби в кожному окремому випадку), то не залишається іншого вибору, як покладатися на цю об'єктивну імовірність.

Проти застосування концепції подвоєння ризику часто наводиться такий аргумент. Так, дійсно, якщо RR > 2, то серед усіх осіб, які контактували із речовиною X і захворіли, є дві категорії: одні захворіли через контакт із речовиною, а інші — захворіли з інших причин і RR > 2, вказує, що перша категорія чисельніша за другу. Однак що нам так і залишається невідомим, так це те, до якої з груп належить конкретний захворілий (позивач).[489]

---

[489] Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 92; Gold, S. (1986), 383.

Тож ідеться про розмежування так званої загальної та індивідуальної причинності.[490] Загальна причинність — відповідає на питання, чи здатна в принципі речовина X викликати захворювання Y? Індивідуальна причинність — відповідає на питання, чи в цій конкретній справі захворювання Y було викликано речовиною X?[491]

Обґрунтовуючи деліктний позов, позивач повинен переконати суд у тому, що відповідь на обидва запитання ствердна. Однак противники використання статистичних доказів наполягають на тому, що дані епідеміології можуть бути помічними лише для першого питання і не можуть нічого прояснити по другому, оскільки епідеміологія має справу із популяціями, а не з одиничним випадком.[492]

Теза про те, що епідеміологія не здатна вирішити питання індивідуальної причинності — дійсно слушна. Проте із неї не слідує, що позивачам слід відмовляти в задоволенні їхніх вимог. Бо, якщо у наведеному прикладі із 35 захворілими на тисячу суди відмовлятимуть усім на тій підставі, що епідеміологія не стосується індивідуальної причинності, то в підсумкові отримаємо 20 помилкових судових рішень (оскільки з усіх 35 осіб, яким було відмовлено в позові, двадцятеро осіб насправді заслуговували на задоволення їхніх вимог); натомість, якщо суди задовольнятимуть усі позови, визнаючи концепцію подвоєння ризику, то помилкових рішень буде менше, а саме — 15.

**4.1.8. Доказові стандарти у практиці Компенсаційної комісії ООН.**[493] Розгляд заяв Компенсаційною комісією ООН (про діяльність Комісії див. § 3.2) і подібними установами в минулому має низку вагомих особливостей, які вимагають спеціально достосованого, гнучкого й диференційованого підходу до установлення «доказової планки», яку мають подолати заявники. Зокрема, на доказових можливостях заявників не могли не позначитися особливі обставини завдання шкоди: за умов вій-

---

[490] Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 92; Kobyasheva, A. (2014), 125.

[491] Russellyn, C. S., & Goldstein, B. D. (2001), 127.

[492] Wright, R. W. (2011). Proving causation…, 91–96; Gold, S. (1986), 379–380, 390.

[493] Докладно про це див.: Karnaukh, B., & Khutor, T. (2024). Evidentiary standards of the UN Compensation Commission: Takeaways for Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe, 7*(3), 1–24.

ськової агресії й окупації збирання доказів є далеко не першим пріоритетом людей. Люди вимушені поспіхом рятуватися від війни, залишаючи своє майно, і в цьому сум'ятті підтверджуючі документи можуть бути втрачені, загублені або знищені. Режим роботи різноманітних державних органів і установ порушується війною, що ускладнює фіксацію різноманітних актів цивільного стану та інших подій, які за нормальних умов офіційно документуються.

У Рекомендаціях S/AC.26/1994/1 Комісія вказала:

> «Обмаль доказової бази, характерна для багатьох заяв, може бути пояснена насамперед обставинами, що склалися в Кувейті та Іраку під час періоду вторгнення та окупації. В умовах загальної надзвичайної ситуації, що панувала в обох країнах, тисячі людей були змушені тікати або переховуватися, або потрапили в полон, не зберігши документів, які згодом можна було б використати для обґрунтування їхніх втрат. Крім того, багато заявників вирішили або не змогли повернутися до Іраку чи Кувейту, а тому мали труднощі з наданням первинних доказів своїх втрат, збитків або ушкоджень».[494]

Ці обставини в сукупності з великою кількістю заяв, які мала опрацювати Комісія, робили неефективним і нереалістичним застосування звичайних стандартів доказування, які діють у цивільному чи кримінальному судочинстві. Тому закономірним кроком стало запровадження особливих, понижених вимог до доказів на підтвердження завданої шкоди. При цьому Комісія відзначила, що така практика загалом є поширеною в діяльності подібних міжнародних компенсаційних механізмів:

> «Дефіцит доказової бази, коли йдеться про багаточисленні заяви, не є безпрецедентним явищем у міжнародних програмах відшкодування збитків, особливо якщо події, що зумовили відповідальність, мали місце за аномальних обставин, таких як ті, що склалися в Кувейті та Іраку під час конфлікту. Аналіз практики міжнародних трибуналів стосовно питань доказування показує, що трибуналам

[494] Recommendations (S/AC.26/1994/1) of the Panel of Commissioners UNCC of 26 May 1994 'Concerning Individual Claims for Serious Personal Injury or Death (Category "B" Claims)' https://digitallibrary.un.org/record/202480?ln=en.

> часто доводилося приймати рішення за заявами на основі мізерних або неповних доказів. Як було помічено, пониження планки потрібних доказів відбувається особливо "у випадку комісій з розгляду заяв, яким доводиться мати справу зі складними фактичними питаннями, пов'язаними з позовами сотень або навіть тисяч осіб"».[495]

По-друге, окрім обставин воєнного конфлікту, при визначенні рівня вимогливості до доказів, Комісія враховувала також реалії національної практики, що склалася у відповідній країні, з якої походять потерпілі. Приміром, Комісія зважила на те, що економіка Кувейту має переважно готівковий характер, що позначається на специфіці доказування укладених угод і проведених за ними розрахунків.[496]

По-третє, Комісія застосовувала *диверсифікований підхід* — для різних категорій заяв застосовувались різні стандарти доказування. Вимогливість прямо пропорційно залежала від суми відшкодування, на яку претендував заявник: що менша сума, то нижчі вимоги до доказування шкоди, і навпаки. Більше того, в окремих випадках (коли сума відшкодування була фіксованою) змінювався навіть предмет доказування. Наприклад, за заявами категорії «A» (вимушене переміщення) взагалі *не підлягав доказуванню розмір завданої шкоди*: заявник мав лише підтвердити той факт, що у визначений період часу (з моменту вторгнення і до дати припинення вогню) він покинув країну. Від заявника не вимагалося жодних пояснень чи доказів стосовно того, які витрати чи збитки потягло для нього таке вимушене переміщення.[497] Те ж саме стосувалося заяв про серйозні тілесні ушкодження і загибель членів сім'ї, коли заявники претендували на фіксовану суму.[498]

Категорія заяв «C» (різні види шкоди на суму до $100 000), що підлягала розгляду за прискореною процедурою, передбачала доказування розміру завданих збитків. Для цієї катего-

---

[495] Ibid, 34; Report and Recommendations (S/AC.26/1994/3) of the Panel of Commissioners UNCC of 21 December 1994 'Concerning the First Installment of Individual Claims for Damages up to Us$100,000 (Category "C" Claims)'. https://digitallibrary.un.org/record/202830?ln=en, 29.

[496] Report and Recommendations (S/AC.26/1994/3).

[497] Decision 1 (1991) (S/AC.26/1991/1) (n 19), § 11.

[498] Ibid., § 12.

рії Керівною Радою було установлено спеціальний доказовий стандарт — «розумного мінімуму [доказів], прийнятного відповідно до обставин». При цьому було застережено, що заяви щодо менших сум (до $20,000) потребують меншого документального підтвердження. Відповідно до пункту 15(a) рішення S/AC.26/1991/1

> «Такі заяви повинні бути документально підтверджені відповідними доказами щодо обставин та суми заявлених збитків. Докази, що вимагаються, повинні відповідати розумному мінімуму, який є прийнятним за даних обставин, а для менших претензій, зокрема тих, що не перевищують $20 000, зазвичай вимагається менший обсяг документальних доказів».[499]

Найбільш вимогливий стандарт, який застосовувала Комісія, був установлений для заяв категорій «D» (індивідуальні заяви про виплату відшкодувань на суму понад $100 000 за шкоду різних видів), «E» (заяви корпорацій, інших приватних юридичних осіб та підприємств державного сектору) і «F» (заяви, подані урядами та міжнародними організаціями, в тому числі за шкоду, завдану навколишньому природному середовищу). Такі заяви мали бути підтверджені «документальними та іншими доречними доказами, достатніми, щоб продемонструвати обставини і розмір завданої шкоди». При цьому Комісія у Звіті S/AC.26/1998/1 наголосила, що навіть цей, найбільш вимогливий із застосовуваних нею стандартів, не порівнянний із високим кримінально-правовим стандартом «поза розумним сумнівом» — натомість він радше наближається до цивільно-правового стандарту «переважаючої вірогідності», причім із тим застереженням, що й він має бути скоригований на особливі обставини війни.

На додаток до цього, тягар, покладеній на заявників, був полегшений завдяки презумпціям, які формувались у практиці Комісії.[500]

---

[499] Ibid., § 15(a).

[500] Report and Recommendations (S/AC.26/1994/3); Report and recommendations concerning part 1 of the 1st instalment of individual claims for damages above US$100,000 (Category "D" claims) / made by the Panel of Commissioners. S/AC.26/1998/1 of 3 February 1998, § 266. https://digitallibrary.un.org/record/251206?ln=en.

Підходи, вперше запроваджені Компенсаційною комісією ООН, мають бути використані і розвинені в рамках міжнародного компенсаційного механізму для України. Підхід до стандартів доказування у межах компенсаційних механізмів, пов'язаних із війною і масовими інцидентами завдання шкоди, не може бути ніяким іншим, окрім як гнучким і чутливим до особливих обставин завдання шкоди. Обов'язок доказування, який покладається на потерпілих від війни, не повинен стати надмірним, непіднімним тягарем — він має бути гнучко достосований до умов, у яких опинилися потерпілі, і до реалій воєнного часу, які обмежують можливості щодо збирання і подання доказів.

## § 4.2. Дилема двох мисливців[501]

**4.2.1. Рішення суду у справі *Summers v. Tice*.** За загальним правилом, позивач може отримати відшкодування тільки в тому випадку, якщо на основі застосовного стандарту доказування доведе наявність причинного зв'язку між шкодою і виною відповідача. Однак розмаїта й непередбачувана дійсність вимагає подеколи робити винятки й допускати відшкодування попри те, що потерпілому не вдалося довести, хто саме заподіяв йому шкоду. У такому випадку говорять про «нез'ясовну причинність» (*uncertain causation*).[502]

Почати обговорення цієї проблеми слід зі справи, яка користується беззаперечним авторитетом і висновок суду в якій майже ніким не ставиться під сумнів. Це справа *Summers v. Tice*,[503] яку в 1948 році розглядав Верховний Суд Каліфорнії.

---

[501] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. (2020). Нез'ясовна причинність: дилема двох мисливців. Проблеми законності, 149, 49–61.

[502] Див.: Martín-Casals, M., & Papayannis, D. (Eds.). (2015). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press; Khoury, L. (2006). *Uncertain causation in medical liability*. Oxford; Hart; Cox, T. (2017). Uncertain causation, regulation, and the courts. *Supreme Court Economic Review, 24*(1), 197–254; Turton, G. (2016). *Evidential uncertainty in causation in negligence*. Oxford: Hart Publishing; Steel, S., & Ibbetson, D. (2011). More grief on uncertain causation in tort. *Cambridge Law Journal, 70*, 451–468; Lombardi, C. (2019). Proving the uncertain causation. In *Causation in competition law damages actions* (pp. 141–163). Cambridge University Press.

[503] 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948).

Саме ця справа, на наш погляд, стала наріжним каменем для усього подальшого розвитку проблематики нез'ясовної причинності. Фабула цієї справи також відома в академічній літературі як «дилема двох мисливців».

Отож, за обставинами цієї справи троє чоловіків пішли полювати на перепелів. Перед початком полювання чоловіки обговорили порядок своїх дій. Пан Саммерс (надалі — позивач) зауважив, що слід триматися однією лінією і полювати обачно. У подальшому пан Саммерс відійшов від двох інших мисливців так, що їхні точки розташування утворили трикутник. Пан Саммерс при цьому знаходився від інших мисливців на відстані близько 70 метрів і рівнинна місцевість не перешкоджала видимості в його напрямку. Раптом двоє інших мисливців помітили перепела й одночасно вчинили постріли в напрямку пана Саммерса. У висліді одна зі шротин поцілила йому в око, а ще одна — у верхню губу. Однак оскільки обидва мисливці використовували однакові рушниці дванадцятого калібру й однакові набої, то встановити, чия саме шротина завдала шкоди — було неможливим. З огляду на невелику відстань, хорошу видимість у напрямку пострілу, а також те, що обидва відповідачі знали про місцезнаходження пана Саммерса, суд визнав їхню поведінку недбалою. Та самої лише недбалості замало. Згідно з традиційними постулатами деліктного права, потерпілий не має права на відшкодування, допоки не вкаже, чия саме недбало випущена шротина заподіяла йому шкоди. У цьому випадку могло бути, що обидві шротини походили з одного набою, або ж одна була випущена одним мисливцем, а інша — іншим, але хай там як, та дія кожного конкретного відповідача має бути співвіднесена із конкретною шкодою (або її частиною), якщо ми прагнемо послідовно обстоювати принцип персональної відповідальності.

Таким чином, згідно з традиційними постулатами деліктного права отримуємо таке міркування: тягар доказування лежить на позивачеві, а це означає, що саме він мусить довести причинний зв'язок між діями кожного окремо взятого відповідача і шкодою (чи її відповідною частиною); оскільки пан Саммерс не підважив цей тягар, то вимога про відшкодування не підлягає задоволенню.

Проте такий висновок явно суперечить інтуїтивному чуттю справедливості. Це чуття, утім, дістає задоволення в рішенні

Верховного Суду Каліфорнії, який ухвалив, що за таких обставин має відбуватися реверсія тягаря доказування — і не позивач мусить ідентифікувати того з відповідачів, чия шротина завдала шкоди (під загрозою втрати права на відшкодування), а кожен з відповідачів мусить доводити, що це не його шротина завдала шкоди — під загрозою солідарної відповідальності усіх відповідачів разом. Оскільки відповідачам у справі *Summers* не було спроможно ідентифікувати походження шротин (так само як і позивачеві), то суд визнав їх солідарно відповідальними за завдану шкоду.[504]

Безумовно, для подальшого розвитку прецедентного права не сам лише висновок суду становить інтерес як такий, вкрай важливе — мотивування, *ratio decidendi*, яке було покладено в основу цього висновку.

Вище ми вказали, що позивач неодмінно мусить довести причинний зв'язок між діями *кожного окремо взятого відповідача* і шкодою. Може постати запитання: а чому не можна доводити причинний зв'язок між діями *усіх відповідачів*, *узятих разом*, *у сукупності*, з одного боку, і шкодою — з іншого? За такої інтерпретації тест «якби не» набуде такого вигляду: чи виникла б шкода, якби не дії *усіх відповідачів*, тобто якби жодна із дій відповідачів не мала місця? У такому вигляді тест «якби не», очевидно вказує на наявність причинного зв'язку, а отже, проблему знято.

Проте, об'єднувати таким робом дії відповідачів допустимо лише за умови, що відповідачі, завдаючи шкоди, *діяли спільно*. Власне, пан Саммерс, обґрунтовуючи свій позов, на це й покликався. Та чи можемо ми сказати, що два мисливці, стріляючи одночасно в одному й тому ж напрямку, діяли спільно?

У Зводі (другому) деліктного права, у секції 876 наводиться таке визначення:

> «За шкоду, завдану потерпілому діями іншої особи, особа відповідає, якщо вона (a) вчиняє делікт спільно із іншою особою або за спільним умислом, або (b) знає про те, що поведінка іншої особи становить порушення обов'язку і надає істотну допомогу чи підтримку іншій особі в такій поведінці, або (c) надає істотну допомогу іншій особі в досягненні протиправного результату і при цьому її

[504] *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948).

> власна поведінка, узята окремо, становить порушення обов'язку відносно потерпілого».[505]

Як бачимо, дійсна і прямо виражена змова між деліквентами не є необхідною. Тим не менше, потрібно, щоб їхні дії були так чи інакше взаємопов'язані: або через те, що дії одного з деліквентів створюють необхідні передумови для кінцевого протиправного результату, який досягається іншим; або ж один із них підтримує іншого в його рішенні поводитися протиправно і тим самим стає однією зі спонук протиправної поведінки, а отже, спричиняється до шкоди, завданої цією поведінкою. У справі *Summers* жоден із двох мисливців фізично не надавав допомоги іншому, і, звісно, вони не мали спільного плану із заподіяння шкоди потерпілому. Єдиний аспект спільності, про який тут може йтися, це — надання підтримки завідомо протиправній поведінці. Так, можна не безпідставно стверджувати, що кожен із мисливців, вчиняючи постріл, своїм прикладом демонстрував схвалення такої ж поведінки з боку іншого мисливця. Натискаючи на курок і стріляючи в напрямку потерпілого, кожен мисливець мовчазно засвідчував, що вважає таку поведінку прийнятною і допустимою і, відповідно, не засуджуватиме, якщо так само вчинить і інший. Інакше кажучи, якби перший із мисливців не вистрелив, імовірно, не вистрелив би і другий. Цей аргумент очевидно слабшає, якщо виходити з того, що постріли були вчинені одночасно. Оскільки це могло б указувати на те, що рішення стріляти були прийняті кожним із них незалежно один від одного. Щоправда, полеміку можна було би продовжити, наполягаючи на тому, що, навіть коли постріли й були одночасними, хтось із них першим підняв рушницю і дав таким робом сигнал до пальби. Але як би там не було, не можна з повною упевненістю сказати, що коли одна особа поводиться певним чином, то тим самим вона підтримує усіх інших у їхньому рішенні поводитися таким самим чином. Тому суд у справі *Summers* досить чітко вказав, що це *не* спільність дій відповідачів послугувала підґрунтям ухваленого рішення.

Натомість суд навів цитату Джона Генрі Віґмора (John Henry Wigmore), у якій простежується перехід від спільності

---

[505] American Law Institute. (1965). *Restatement of the Law, Second, Torts 2d* (Rev. & enl.). St. Paul, Minn: American Law Institute Publishers.

дій (як підстави реверсії тягаря доказування) до дещо іншого обґрунтування. Пояснюючи правило про реверсію тягаря доказування у випадку заподіяння неподільної шкоди двома особами, Віґмор зауважив:

> «[с]правжня підстава правила про те, що кожен співзаподіювач відповідає за всю шкоду — у тому, що було би очевидно несправедливим відмовити потерпілій особі у відшкодуванні лишень через те, що вона не може довести, скільки точно шкоди заподіяв кожен, коли точно відомо, що загалом уся шкода була заподіяна ними; тож нехай вони самі й розподіляють її між собою. А якщо дійсна підстава [правила] — це *складність доказування*, то правило мусить застосовуватися кожного разу, коли шкода має декілька причин, а не лише тільки тоді, коли вони [співвідповідачі] свідомо діяли спільно...».

На думку Віґмора, отже, тягар доказування перекладається на відповідачів не стільки через те, що вони діяли за змовою, скільки через те, що визначити точний розмір часток шкоди у цій ситуації дуже складно, і покладати обов'язок такого визначення на позивача було би для нього надмірним тягарем.

Проте на нашу думку, застосування аргументу Віґмора до справи *Summers* — до певної міри перескок. Адже одна річ, коли нам достеменно відомо, що кожен зі співвідповідачів заподіяв певну частину шкоди, але при цьому невідомо, яку (саме про це говорить Віґмор), і зовсім інша річ — коли існує ймовірність, що один із відповідачів не заподіяв жодної шкоди, у той час як уся шкода була заподіяна іншим (саме такою є справа *Summers*, адже не виключено, що обидві шротини походили з одного й того самого набою). Якщо в першому випадку ціна помилки — це покладання на особу відповідальності більшої за ту, яку вона мала б понести; то в другому випадку ціна помилки — покладання на особу відповідальності, яку вона взагалі не повинна була би нести. Інакше кажучи, аргумент Віґмора добре працює, якщо нам достеменно відомо, що частка шкоди, заподіяної кожним зі співвідповідачів, лежить у діапазоні (0; 1), проте слушність цього аргументу сумнівна, якщо діапазон [0; 1].

В остаточному підсумкові Верховний Суд Каліфорнії власні мотиви свого рішення виклав так.

> «Коли ми порівняємо становище сторін і зважимо на наслідки, що матимуть місце, якщо вимагати від позивача поставити шкоду на карб тільки одному із відповідачів, то необхідність перенесення тягаря доказування стає очевидною. Вони обидва правопорушники — обидва поводилися недбало по відношенню до позивача. Вони породили ситуацію, де недбалість одного із них завдала шкоди позивачеві, тож нехай вони й виправдовують себе, якщо можуть. Потерпіла сторона була поставлена відповідачами у несправедливе становище, коли вона мусить вказати, хто саме з відповідачів завдав шкоди. Якщо один уникне відповідальності, то й інший — так само, і позивач зостанеться без відшкодування».[506]

Аргумент Суду можна розкласти на такі частини. По-перше, Суд пропонує порівняти становища сторін: він звертає увагу на те, що на шальках терезів з одного боку маємо безневинного потерпілого, а з іншого — двох винуватих відповідачів (адже судом установлено, що їхня поведінка була недбалою). Однак цього замало для того, аби перенести тягар доказування, адже в противному разі тягар доказування доводилося б переносити в кожній справі, як тільки-но позивач доведе недбалість. По-друге, Суд наголошує, що складнощі доказування виникли внаслідок дій відповідачів: хоча Суд не схильний до висновку, що спільні дії відповідачів спричинили шкоду, він однак готовий визнати, що їхні спільні дії спричинили невизначеність. Насамкінець, Суд вказує на порочне коло, яке виникає, якщо кожен з відповідачів зможе виправдовуватися наявністю іншого відповідача.

**4.2.2. Доктринальний аналіз дилеми.** Рішення у справі *Summers* породило чимало інтерпретацій в академічній літературі: учені прагнули дошукатися до рації цього рішення, й з'ясувати, що ж саме виправдовує винятковий підхід, застосований у цій справі, адже тільки з'ясувавши це, можна буде сказати, у яких інших справах належить застосовувати такий самий підхід. Інтерес до справи *Summers* особливо зріс, коли посиланням на неї почали обґрунтовувати свої вимоги пози-

[506] *Summers v. Tice*, § 6.

вачі у DES-справах і так званих «справах азбестових». Вони будуть розглянуті у наступних параграфах цього розділу.

Мало не кожна деталь справи *Summers* обговорювалася задля визначення її релевантності або нерелевантності для ухваленого рішення. Серед таких деталей, до прикладу, була і кількість відповідачів. Річ у тім, що, згідно зі стандартом доказування в цивільних справах, певний факт вважається доведеним, якщо особа переконає суд, що цей факт скоріше мав місце, аніж не мав. Інакше кажучи, що ймовірність цього факту становить 51% і вище. Оскільки у справі *Summers* було двоє відповідачів, котрі з однаковою вірогідністю були заподіювачами шкоди, то імовірність того, що кожен із мисливців дійсно заподіяв шкоду потерпілому, становить 50%. А це лише ледь-ледь не дотягує до звичайного стандарту доказування. Відтак, рішення у справі *Summers* робить не таку вже й велику поступку позивачеві. Натомість, якщо ми припустимо, що мисливців було троє, то імовірність того, що кожен із них був дійсним заподіювачем шкоди, становить 33,3%. А це вже істотно менше від порогу, який вимагається звичайним стандартом доказування. Однак врешті-решт наукова спільнота відхилила ідею про те, що відповідачів неодмінно має бути тільки двоє, і не більше. Правило справи *Summers* знайшло відображення у Зводі деліктного права, де прямо позначено, що відповідачів може бути декілька, тобто два і більше.[507] Цікаво, однак чи підлягає правило застосуванню, коли відповідач один? — ця проблема також буде предметом ретельнішого аналізу дещо згодом.

На наш погляд, найбільш точну інтерпретацію *ratio decidendi* у справі *Summers* запропонував Марк Ґейстфелд (Mark A. Geistfeld).[508] Так, учений зауважує, що зазвичай справу *Summers* тлумачать або як виняток із правила про необхідність причинного зв'язку, або як виняток із правила про тягар і стандарт доказування, або як виняток із правила про необхідність шкоди (у такому разі вважається, що сам по собі ризик її завдання вже є достатньою підставою для відшкодування). Однак учений стверджує, що пояснити рішення можна, не поступаючись жодним із названих правил. Для цього він вводить

[507] Geistfeld, M. A. (2006). The doctrinal unity of alternative liability and market- share liability. *University of Pennsylvania Law Review, 155*(2), 447–500, 455.

[508] Ibid., 447–500.

поняття доказового групування (*evidential grouping*).[509] На відміну від матеріально-правового групування (*liability grouping*), яке дозволяє об'єднати декількох осіб як співвідповідачів на тій підставі, що вони діяли спільно, доказове групування дозволяє їх об'єднання за іншим — доказовим критерієм. Його суть така.

Якщо позивач довів, що кожен зі співвідповідачів поводився недбало по відношенню до нього і міг заподіяти йому шкоду, і при цьому один із співвідповідачів дійсно-таки заподіяв цю шкоду, то в такому разі отримаємо, що позивач, хоча й не вказав дійсного заподіювача шкоди, однак вказав, що дійсний заподіювач — це хтось із цієї групи. Той факт, що дійсний заподіювач шкоди знаходиться серед означеної позивачем групи — є, отже, доведеним. Причому, що важливо, позивач довів цей факт на підставі звичайних правил щодо тягаря й стандарту доказування, без жодної послаби. Далі, якщо дозволити кожному окремо взятому відповідачеві на своє виправдання посилатися на наявність інших відповідачів і таким чином уникнути відповідальності, то такий же аргумент зможуть використати і всі решта відповідачів, що в кінцевому підсумку призведе до висновку про те, що ніхто із групи не є дійсним заподіювачем. Однак це суперечить твердженню, яке ми раніше прийняли як належним чином доведене. Таким чином, отримаємо порочне коло. Уникнути цього кола можна, якщо співвідповідачам буде заборонено використовувати на своє виправдання саме лише посилання на наявність інших відповідачів, тобто, іншими словами, — саму лише статистичну ймовірність заподіяння шкоди іншими відповідачами. У розпорядженні відповідачів, однак залишаються будь-які інші засоби доказування своєї непричетності. Так, один із мисливців може надати результати трасологічної експертизи, які вкажуть на те, що з огляду на траєкторію польоту заряду з його рушниці, його шротина не могла влучити в потерпілого під таким кутом, як вона влучила, тощо.

Сам Ґейстфелд виразив свою ідею такою формулою:

> «[я]кщо позивач на основі стандарту переважаючої імовірності довів, що (1) кожен відповідач міг протиправно заподіяти шкоду, (2) один або більше відповідачів дійсно заподіяли шкоду, і (3) кожен із відповідачів підлягав би відповідальності за заподіяння шкоди, то тоді жоден із

[509] Ibid., 460–471.

> відповідачів не може уникнути відповідальності, покликаючись на протиправну поведінку інших відповідачів, за умови, що таке виправдання дасть змогу усім відповідачам уникнути відповідальності».[510]

Концептуалізація, запропонована Ґейстфелдом, приваблива насамперед через те, що вона викриває внутрішню логічну суперечність того висновку, який хоча і явно протирічить інтуїтивному почуттю справедливості, але все-таки здається на позверхній погляд логічно послідовним. По-друге, ця концептуалізація напрочуд точна: вона не відтинає нічого необхідного і не додає нічого зайвого до того, що мав на увазі суд у справі *Summers*, а пропонує натомість глибоке наукове осмислення того, що послугувало рацією судового рішення.

Цікаве філософсько-правове бачення проблеми, засноване на працях Г. Л. А. Гарта (H. L. A. Hart) й Т. М. Скенлона (T. M. Scanlon), запропонував Емануель Воякіс (Emmanuel Voyiakis).[511] Він сфокусувався на аналізі того, що саме виправдовує той або інший розподіл тягаря доказування з точки зору особи, на яку покладається тягар.

> «Коли правило покладає тягар на особу, особа заслуговує на пояснення, чому вона повинна нести цей тягар. Правові стандарти щодо причинного зв'язку покладають тягарі на людей, відтак, вони в цьому сенсі також мають бути виправдані».[512]

У такому контексті людина схильна прийняти певне правило, що покладає на неї тягар, тільки якщо це правило надає їй вибір, і при цьому можливість такого вибору людина поціновує.

Ось як через цю призму Воякіс пояснює звичайний розподіл тягаря доказування. Факт заподіяння шкоди становить собою певний розподіл втрат, за якого втрати лягають на плечі потерпілого. Це певний *status quo*. Зрозуміло, що потерпілий не задоволений таким станом речей, однак цей стан речей цілком задовольняє заподіювача шкоди, який не хотів би його

---

[510] Ibid., 469.

[511] Voyiakis, E. (2017). Causation and opportunity in tort. *Oxford Journal of Legal Studies, 38*(1), 26–47.

[512] Ibid., 28.

змінювати. За звичайних обставин тягар доказування покладається на позивача. Однак цей тягар дає позивачеві можливість вибору: залишити втрати там, де вони й первісно виникли (*status quo*), чи довести причинний зв'язок і перерозподілити втрати по-новому, переклавши їх на плечі заподіювача шкоди. Очевидно, що можливість такого вибору — можливість змінити наявний *status quo* — позивач поціновує, а отже, він не матиме заперечень щодо тягаря. Якщо ж припустити, що за звичайних обставин тягар покладається на відповідача, який повинен доводити відсутність причинного зв'язку, то отримаємо ситуацію, в дечому подібну до шантажу. Адже такий розподіл тягаря фактично загрожує відповідачеві тим, що він втратить те, що наразі має, якщо тільки не вчинить того, що від нього вимагається. Очевидно, відповідач волів би краще не мати такого вибору.[513]

Але як це пояснює реверсію тягаря доказування у випадку з двома мисливцями? Насамперед, треба сприйняти за даність абсолютну неможливість встановити, з чиєї рушниці була випущена шротина, що заподіяла шкоду (доказова безвихідь). Далі, маючи це на увазі, слід загадатися над питанням, чи несе за собою той або інший розподіл тягаря доказування можливість цінного для сторони вибору. Припустімо, що в ситуації з двома мисливцями тягар доказування залишається на позивачеві. Чи дає таке правило позивачеві можливість вплинути на розвиток подій через свій вибір? — Ні, адже через доказову безвихідь, що б він не робив, він не зможе перерозподілити втрати, а тому наданий йому вибір — доводити або не доводити наявність причинного зв'язку — для нього марний. Але чи не такий же результат дістанемо і в протилежному випадку — коли покласти тягар доказування на відповідачів? Так, вибір доказувати або не доказувати відсутність причинного зв'язку — для відповідачів так само марний, як і для позивача. Однак Воякіс стверджує, що покладання тягаря на відповідачів все ж створює для них можливість вибору, але іншого, а саме — долучатися чи не долучатися до діяльності, що призведе до доказової безвиході (на відміну від відповідачів, позивач не мав можливості обирати — бути потерпілим чи ні).

Воякіс, зокрема вказує таке.

---

[513] Ibid., 30–32.

> «Члени мисливської групи мають змогу погодити умови спільної діяльності. Вони можуть вирішувати, полювати поодинці чи спільно, врегламентувати свою пальбу так, щоб можна було легше відрізнити їхні постріли від пострілів інших (починаючи від використання рушниць різного калібру до встановлення певних правил, хто стріляє, коли і т. д.). [...] За умови, що учасники мисливської групи мають такі можливості, інші мають право вимагати від них нести тягар спрямованих супроти них доказових презумпцій, щоразу коли їхня практика полювання робить неможливим визначення того, чий постріл заподіяв шкоду потерпілому».[514]

Таким чином, в кінцевому підсумкові покладання тягаря доказування на відповідачів Воякіс пояснює тим, що саме вони *винні* у доказовій безвиході. Тобто, саме від їхнього вольового рішення залежало створення або не-створення ситуації доказової безвиході. При цьому важливо підкреслити, що йдеться саме про *винну* поведінку, адже, якщо припустити, що доказова безвихідь виникла випадково (співвідповідачі випадково опинилися в одному місці і в один час і не знали один про одного), то в такому разі, на думку Воякіса, перенесення тягаря доказування на відповідачів не може бути виправданим, оскільки в такому разі таке перенесення не створює для них жодної можливості своїм вибором вплинути на розвиток подій. Отже, у цій ситуації тягар мусить залишатися на позивачеві, і оскільки той не зможе його підважити — йому належить відмовити в позові.

Зауважмо, що практичні наслідки застосування в цій ситуації концепції Ґейстфелда — будуть протилежними, адже з точки зору останньої вирішальне значення має не винуватість відповідачів у доказовій безвиході, а порочне коло, яке виникне у разі, якщо не застосувати реверсії тягаря доказування. Оскільки загроза порочного кола залишається так само чинною, тягар має покладатися на відповідачів, і позаяк вони не зможуть його підважити — позов підлягає задоволенню.

Насамкінець, існує ще одна цікава інтерпретація дилеми двох мисливців. Унеможливлення реалізації права вимоги (котре слідує із делікту) пропонується розцінювати як різновид шкоди, що підлягає відшкодуванню. Тобто, один із мисливців заподіяв

[514] Ibid., 41–42.

шкоду у вигляді тілесного ушкодження, проте другий мисливець так само заподіяв шкоду, адже він своїми діями позбавив потерпілого можливості дієво зреалізувати належне йому право вимоги до першого мисливця. Ця концепція видається доволі переконливою, адже зобов'язальне право вимоги, яке виникає із делікту, поза всяким сумнівом становить собою актив, що має грошову цінність, тобто майно. Це цілком співзвучно і з практикою ЄСПЛ щодо широкого потрактування понять «майно» і «власність». Тож, якби не дії другого мисливця, то перед потерпілим не виникли б нездоланні процесуальні перешкоди на шляху до реалізації свого права на відшкодування за рахунок першого мисливця. І байдуже, що ми не знаємо, котрий із мисливців заподіяв тілесне ушкодження, а який перешкодив реалізації майнового права — важливо те, що за такої інтерпретації нам достеменно відомо, що кожен із мисливців таки заподіяв шкоду. Таку аргументацію використав суддя І. К. Ренд у справі, аналогічній до справи Саммерс, яку розглядав Верховний Суд Канади — *Cook v. Lewis*.[515] Суддя І. К. Ренд, зокрема, зазначив:

> «Отож, що винуватець накоїв своїм недбалим учинком, так це, по-перше, задіяв небезпечну силу, засяг потенційних шкідливих наслідків якої охоплює потерпілого; і, далі, у поєднанні з обставинами, які — слід виснувати — він розумів, він ускладнив, якщо не внеможливив, способи доказування вірогідних шкідливих результатів свого власного вчинку або аналогічного вчинку іншої особи. Він порушив не лише матеріально-правове право потерпілого на безпеку, але й винувато зашкодив процесуальному праву на притягнення до відповідальності. Змішавши свій учинок із обставинами середовища, він, у висліді, зруйнував потерпілому його докази».[516]

Ця інтерпретація має дещо спільне з інтерпретацією Воякіса, адже якщо ми стверджуємо, що другий мисливець відповідає за шкоду, завдану праву вимоги, то, будучи послідовними, ми маємо сказати, що він відповідає за цю шкоду лише за наявності усіх умов деліктної відповідальності і, зокрема, вини. Відповідно, якщо другий мисливець не винуватий у тому сенсі,

---

[515] [1951] S.C.R.

[516] *Cook v. Lewis,* [1951] S.C.R.

що він не знав і не міг знати, що своїми діями позбавляє потерпілого права на компенсацію, то цей другий мисливець не може бути зобов'язаний до відшкодування. При цьому перший мисливець залишається бути відповідальним за ушкодження здоров'я. Це вимагає від нас установити, хто із них хто, а це за обставинами справи — неможливо.

Ще одна непослідовність цієї концепції полягає в тому, що умовою притягнення до відповідальності другого мисливця є втрата потерпілим вимоги до першого мисливця, але цього насправді не відбувається, адже суди притягують до відповідальності обох як солідарних боржників і в остаточному підсумку відповідачі ділять між собою тягар відповідальності порівну. Якщо підставою відповідальності є втрата права вимоги до першого мисливця, то послідовним було б притягувати до відповідальності тільки другого мисливця, чиї дії призвели до втрати цього права, а не того, чиї дії призвели до його виникнення. А це знову ж таки вимагає неможливого — установлення того, хто із мисливців заподіяв тілесне ушкодження.

Справа *Summers v. Tice* — це наріжний камінь усього наукового дискурсу стосовно проблеми нез'ясовної причинності. Тому пояснення рації судового рішення в цій справі становить особливий науковий інтерес. На наше переконання, найвлучніше потрактування цієї справи полягає в такому. Якщо достеменно відомо, що двоє відповідачів поводилися недбало, і достеменно відомо, що один із них заподіяв шкоду, то за таких обставин жоден із відповідачів не повинен мати змогу уникнути відповідальності, просто покликаючись на наявність іншого відповідача. У противному разі мало б місце порочне коло, адже тоді б усі відповідачі уникнули відповідальності, що суперечить вихідному твердженню про те, що дійсний заподіювач — це один із відповідачів.

## § 4.3. Азбестові справи[517]

**4.3.1. Про азбест.** Азбест — це загальна назва, яка об'єднує шість природних силікатних мінералів (хризотил, амозит, крокідо-

[517] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Karnaukh, B. (2020). Finding causal connection between asbestos and mesothelioma in

літ, тремоліт, антофіліт та актиноліт), що мають волокнисту структуру. Фізичні властивості азбесту зумовили його широке використання в різних галузях промисловості (комерційне використання мінералу бере початок у 1860-х роках). Так, волокна азбесту мають низьку електро- і теплопровідність, вогнетривкі, стійкі до атмосферних впливів і добре сполучаються з органічними й неорганічними зв'язувальними речовинами,[518] через що азбест придатний для утворення різноманітних композитних матеріалів (яких наразі відомо понад 3 000).[519] Азбест насамперед використовують для забезпечення термоізоляції і вогнестійкості в промисловому й житловому будівництві, машинобудуванні тощо. Так, наприклад, під час Другої світової війни Воєнно-морський флот США запасав азбест як стратегічний ресурс, адже його було використовувано при будівництві бойових суден для зниження небезпеки їх загоряння.[520] Нині азбест використовують для виробництва широкого асортименту товарів. Серед них: покрівельні матеріали (хризотилцементні листи, шифер); хризотилцементні труби; порошкова, листова, тканинна вогнезахисна ізоляція для корпусів суден, вузлів двигунів, вогнезахисних фарб; вогнезахисні тканини для театральних завіс, одягу пожежників, металургів та електрозварювальників; гальмівні накладки, елементи автоматичних коробок передач, гальмівні системи для автомобілів, тракторів, авіа- та залізничного транспорту та ін.

Азбест почали використовувати в промисловості у 1860-х.[521] Однак у 1930-х роках учені отримали переконливі дані про зв'язок між вдиханням волокон азбесту і низкою небезпечних (насамперед легеневих) захворювань. Одним із перших фундаментальних досліджень на цю тему стала «Доповідь про вплив

---

UK tort law. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, 29*(1), 77–94.

[518] BMZ. (1995). Asbestos. In *Environmental handbook: Documentation on monitoring and evaluating environmental impacts*(Vol. III: Compendium of Environmental Standards). Vieweg. Available at: http://wgbis.ces.iisc.ernet.in/energy/HC270799/HDL/ENV/enven/vol313.htm

[519] Ibid.

[520] Carrington, P. D. (2007). Asbestos lessons: The consequences of asbestos litigation. *The Review of Litigation, 26*(3), 583–612, 585–586.

[521] Ibid., 585.

азбестового пилу на легені і про зменшення пилоутворення в азбестовій промисловості» Міавезера й Прайса 1930-го року. У Доповіді автори, зокрема вказували, що

> «серед найважливіших локалізованих наслідків вдихання азбесту — легеневий і бронхіальний катар, астма, бронхіт, фіброз легенів, а також вторинні зміни, такі як локальна і дифузна емфізема. [...] Більше того, особи, чиї легені зазнали впливу від вдихання пилу, демонструють підвищену схильність до розвитку респіраторних інфекцій, таких як туберкульоз чи пневмонія».[522]

У 1935 році було отримано докази кореляції між вдиханням азбестового пилу й раком легенів.[523] До 1970 року стало зрозуміло, що деякі з робітників, які зазнали впливу азбесту, зі спливом десятиліть захворюють на азбестоз, у деяких можуть розвинутися вторинні медичні проблеми, пов'язані з азбестозом, деякі захворюють на рак легенів, а в небагатьох розвинеться мезотеліома.[524]

Приблизно із 1960-х років стало широковідомо, що вдихання азбестовмісного пилу може призводити не лише до азбестозу та інших легеневих захворювань, але також спричиняє ризик розвитку мезотеліоми. Це злоякісна пухлина, що виникає зазвичай у плеврі, рідше — в черевній порожнині чи перикарді. Має летальний наслідок: медіана виживання у хворих на мезотеліому плеври становить 9–12 місяців.[525]

> «За відсутності контакту з азбестовим пилом у робочому середовищі, — як зазначає лорд Бінгем (Bingham) — мезотеліома — насправді дуже рідкісна пухлина, вона за рік спостерігається не більш як в однієї особи на мільйон. Однак захворюваність на цю пухлину в осіб, що за родом занять контактують із азбестовим пилом, — приблизно в 1000 разів вище, ніж у решти населення».[526]

---

[522] Merewether, E. R. A., & Price, C. W. (1930). *Report on effects of asbestos dust on the lungs and dust suppression in the asbestos industry*. His Majesty's Stationery Office, 5.

[523] Carrington, P. D. (2007), 588.

[524] Ibid.

[525] Wikipedia contributors. (n.d.). *Mesothelioma*. Wikipedia, The Free Encyclopedia. Retrieved November 11, 2024, from https://en.wikipedia.org/wiki/Mesothelioma.

[526] *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, § 7.

У 1972 році Міжнародним агентством з дослідження раку (англ. *International Agency for Research on Cancer*. Надалі — IARC) у м. Ліон (Франція) було проведено міжнародну конференцію, за підсумками якої вийшла друком фундаментальна збірка «Біологічні ефекти азбесту».[527] Станом на сьогодні відповідно до «Світової доповіді про рак 2014», підготованої IARC, азбест (усіх видів) віднесено до першої групи канцерогенів.[528] Визнано, що азбест здатен викликати рак гортані, легенів, яєчників і мезотеліому.[529]

Означені вище результати медичних досліджень закономірно спровокували ухвалення нормативно-правових актів, спрямованих на те, щоб наскільки це можливо зменшити ризики від використання азбесту в промисловості. Так, 24 червня 1986 року Міжнародна організація праці ухвалила Конвенцію про охорону праці при використанні азбесту № 162 та Рекомендацію щодо охорони праці при використанні азбесту № 172. У 2009 році ухвалено Директиву 2009/148/ЕС Європейського парламенту й Ради Європи про захист працівників від ризиків, пов'язаних із впливом азбесту на роботі.

Не залишився осторонь цих процесів і український нормотворець. Наказом Міністерства охорони здоров'я України (надалі — МОЗ) від 9 липня 1997 р. № 201 затверджено «Державні санітарні правила охорони атмосферного повітря населених місць (від забруднення хімічними та біологічними речовинами) (ДСП-201-97)». Відповідно до цих правил гранично допустима концентрація (ГДК) азбестовмісного пилу в повітрі становить 0,06 волокон в мл повітря. 01 жовтня 2012 року Наказом МОЗ № 762 затверджено Державні санітарні норми та правила «Про безпеку і захист працівників від шкідливого впливу азбесту і азбестовмісних матеріалів».

29 березня 2017 року в. о. Міністра Уляною Супрун було підписано Наказ про затвердження нових санітарних норм щодо азбесту,[530] яким передбачалась цілковита заборона ви-

---

[527] Bogovski, P., Timbrell, V., Gilson, J. C., et al. (Eds.). (1973). *Biological effects of asbestos.* IARC, Lyon.

[528] Stewart, B. W., & Wild, C. P. (Eds.). (2014). *World cancer report*. International Agency for Research on Cancer (IARC), Lyon, 138.

[529] Ibid.

[530] Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2017 року № 339.

робництва й використання усіх видів азбесту в Україні. Однак у вересні того ж року Міністерство юстиції скасувало державну реєстрацію цього наказу[531] з огляду на те, що наказ було прийнято без урахування його регуляторних наслідків, тобто без урахування його впливу на економіку відповідної галузі.

**4.3.2. Справа *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*: дві конкуруючі причини — протиправні.** Якщо поєднати головний постулат деліктного права (неправомірно завдана шкода підлягає відшкодуванню винуватцем), з одного боку, і описані вище висновки медицини про біологічні ефекти азбесту — з іншого, то отримаємо такий, здавалося б, простий і закономірний висновок: особа, яка через неправомірні дії іншої особи була піддана шкідливому впливу азбестовмісного пилу і згодом захворіла на азбестозумовлене захворювання, має право вимагати відшкодування від того, з чиєї вини це сталося. Проте на практиці все не так прямолінійно.

Згідно зі стандартом переважаючої імовірності, у разі пред'явлення позову про відшкодування шкоди, завданої хворобою, позивач повинен довести, що хвороба з більшою вірогідністю була викликана діями відповідача, аніж іншими факторами.

Однією із перших резонансних англійських справ, у якій перед судом постало завдання установити причинний зв'язок між азбестом і мезотеліомою, стала справа *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd.*[532]

Пан Феірчайлд за свого життя працював на двох різних роботодавців, і в обох випадках він зазнавав шкідливого впливу азбестовмісного пилу. Так, на одній роботі він зводив пакувальні конструкції для транспортування промислових печей, облицьованих азбестом; на іншій — нарізав листовий азбест для полагодження покрівель. Обидва роботодавці поводились протиправно: їхня діяльність суперечила обов'язку дбати про здоров'я працівника. Відтак, упродовж своєї трудової діяльності пан Феірчайлд вдихав значну кількість азбестовмісного пилу, внаслідок чого в нього розвинулась мезотеліома плеври, від якої він помер у віці 60 років. Вдова покійного звернулася

[531] Наказ Міністерства юстиції від 11 вересня 2017 року № 2859/5.

[532] [2002] UKHL 22.

до суду із позовом до обох роботодавців і вимагала відшкодувати шкоду, завдану хворобою і смертю її чоловіка.

Юридична проблема, яка постала перед судом у цій справі, зумовлена особливостями патогенезу мезотеліоми.

Як зауважує Джейн Степлтон, з юридичної точки зору важливо розуміти, що є три різних механізми захворювання. Механізм «одного ураження» — коли для початку захворювання достатньо одного-єдиного контакту з однією одиницею шкідливої речовини (наприклад, вдихання одного респірабельного волокна канцерогену) або одиницею вірусу. Другий механізм — накопичувальний: кожен контакт з етіологічним фактором завдає реальної шкоди тканинам організму, і ця шкода стає все більшою зі збільшенням кількості контактів. Третій механізм — пороговий: допоки в організмі не накопичиться певна доза небезпечної речовини, хвороба не виникає і жодної шкоди тканинам не завдається. Хвороба запускається лише тоді, коли обсяг накопиченої речовини досягає певної дози.[533]

Лорд Бінгем стисло виклав ці особливості так.

> «Механізм перетворення здорової мезотеліальної клітини на мезотеліому — невідомий. Уважається, що це багатостадійний процес, який включає 6 або 7 генетичних змін, яких зазнає здорова клітина, перетворюючись на злоякісну. Азбест діє щонайменше на одній зі стадій і може (але це не достеменно) діяти на декількох стадіях. Невідомо, до якої міри вплив азбестового пилу може бути толерований без істотного ризику розвитку мезотеліоми, однак відомо, що мешканці міст вдихають значну кількість волокон азбесту і в них не розвивається мезотеліома. Визнано, що ризик розвитку мезотеліоми зростає пропорційно до кількості азбестових волокон, що вдихаються: що більша кількість, то більший ризик. Однак захворювання може викликатись одним-єдиним волокном, або кількома волокнами, або багатьма волокнами: медична наука не вважає жоден із варіантів більш вірогідним, ніж інший, у той же час стан (захворювання), як тільки він уже почався, далі вже не може бути погіршений подальшим контактом».[534]

---

[533] Stapleton, J. (2006). Two causal fictions at the heart of U.S. asbestos doctrine. *Law Quarterly Review, 122*, 189–195, 191.

[534] *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, § 7.

Таким чином, із юридичної точки зору в патогенезі мезотеліоми важливими є два аспекти. По-перше, медицина не виключає, що механізм генетичних змін, який в остаточному підсумкові призводить до мезотеліоми, може бути запущений одним волокном азбесту. По-друге, мезотеліома є «неподільною хворобою» (за термінологією Лорда Філіпса) в тому сенсі, що тяжкість захворювання, якщо воно вже має місце, не залежить від обсягу подальшого контакту з азбестом.

Що буде, якщо, узявши зазначене під увагу, застосувати до цієї справи принципи доказування причинного зв'язку, як вони були описані вище? Отримаємо таке. Щоб виграти справу, позивачка повинна довести, що (1) якби перший роботодавець не піддав її чоловіка впливу азбестового пилу, то останній не захворів би на мезотеліому; та (або) (2) якби другий роботодавець не піддав її чоловіка впливу азбестового пилу, то останній не захворів би на мезотеліому. При цьому позивачка повинна переконати суд, що істинність принаймні одного із цих двох тверджень є більш вірогідною, аніж його хибність (спрощено, що вірогідність принаймні одного із цих тверджень > 50 %). Та навряд чи таке завдання є здійсненним, адже перший роботодавець може заперечувати проти позову, посилаючись на те, що фатальне волокно (чи волокна) могли потрапити в легені пана Феірчайлда під час його роботи на другого роботодавця (і в такому разі волокна, вдихнуті під час роботи на першого — не мали жодного впливу). Так само може виправдовуватися і другий роботодавець.

Отже, якщо застосовувати до цієї справи стандартні принципи установлення причинного зв'язку, отримаємо, що позивачка може отримати відшкодування тільки якщо чітко вкаже, кому саме із двох роботодавців належало те конкретне волокно азбесту, яке запустило процес генетичних змін в клітинах мезотелію її чоловіка. Проте навіть найсучасніший рівень розвитку медицини не дає змоги так точно ідентифікувати походження волокна. Відтак, застосування стандартних принципів доказування причинного зв'язку у цій справі призводить до того, що суд змушений відмовити позивачці в задоволенні її вимог через те, що позивачка не виконала того, що наразі жодній людині виконати не під силу. Цей результат видається іще більше несправедливим, якщо згадати, що на іншій шальці терезів — два відповідачі, кожен з яких є винуватим у порушенні обов'язку дбати про здоров'я свого працівника.

Як слушно постеріг Лорд Ніколс (Lord Nicholls),[535] справа пана Феірчайлда напрочуд нагадує дилему двох мисливців.

Справа *Fairchild* і дилема двох мисливців схожі тим, що в обох випадках є дві конкуруючі причини, кожна з яких могла б бути достатньою для завдання шкоди, однак визначити, яка із них насправді завдала шкоду — неможливо. Другий вкрай важливий аспект подібності полягає в тому, що в обох справах обидві конкуруючі причини є протиправними (обидва роботодавці порушили обов'язок дбати про здоров'я працівника; обидва мисливці недбало полювали). І врешті-решт в обох справах результат, який дає застосування звичайних правил доказування причинного зв'язку, суперечить інтуїтивному почуттю справедливості.

Як зауважив лорд Бінгем,

> «якби в справі був лише один деліквент, то С мав би право на відшкодування, та оскільки свій обов'язок по відношенню до нього порушили одразу два деліквенти, він не має права вимагати відшкодування ані від одного, ані від іншого через свою нездатність довести те, що з наукової точки зору взагалі не може бути доведено. Якщо механічне застосування усталених правил призводить до такого результату, то має бути простір для того, аби поставити під сумнів доречність застосування у цій справі усталених правил».[536]

Отож, Палата Лордів у справі *Fairchild* вирішила відступити від усталених правил доказування причинного зв'язку і запровадила спеціальне правило. Було вирішено, що в цій справі тест «якби не» не підлягає застосуванню. Натомість, для того, аби мати успіх в доказуванні причинного зв'язку, позивачеві достатньо довести, що дії відповідача «істотно збільшили ризик» захворювання. Такий тягар доказування є набагато «легшим». І цілком очевидно, що із такої точки зору (враховуючи, що контакт із азбестом у 1000 разів підвищує ризик мезотеліоми) діяльність кожного із роботодавців мусить вважатися юридичною причиною смерті пана Феірчайлда.

---

[535] Ibid., § 38.

[536] Ibid., § 9.

На цій підставі позов було задоволено. При цьому обох роботодавців було притягнуто до відповідальності *in solidum*, тобто без визначення частки кожного із них у загальній сумі компенсації. Це означає, що обидва відповідачі залишаються зобов'язаними доти, доки сума відшкодування не виплачена повністю. Жоден з відповідачів не може заперечувати проти вимоги позивача, посилаючись на те, що він уже виплатив свою частину; а якщо один із відповідачів припинить існування, уся сума має бути виплачена тим, хто залишився.

Разом з тим підхід, застосований у справі *Fairchild*, не може розглядатися як такий, що має універсальне значення. Це виняток із загального правила, яке залишається чинним. І сферу застосування цього винятку описав Лорд Бінгем:

(1) С у різний час упродовж різних періодів працював на А і В, і

(2) як на А, так і на В покладався обов'язок вживати розумної дбайливості або всіх можливих заходів, щоб попередити вдихання азбестового пилу С з огляду на відомий ризик розвитку мезотеліоми внаслідок вдихання азбесту, і

(3) як А, так і В порушили цей обов'язок по відношенню до С у період, коли той працював на кожного з них, внаслідок чого упродовж обох періодів С вдихав значну кількість азбестового пилу, і

(4) у С розвинулась мезотеліома, і

(5) будь-яка причина мезотеліоми С, інша, ніж вдихання азбесту на робочому місці, може бути розумно виключена, але

(6) С не в змозі (з огляду на обмеженість наукових знань людства) довести, через баланс вірогідностей, що його мезотеліома була результатом вдихання азбесту під час роботи на А, чи під час роботи на В, чи під час роботи на А і В сукупно.[537]

Як видається, важливе значення для ухвалення цього рішення мав той факт, що обидва фактори, які «змагалися» за звання юридично значимої причини, — були протиправними. Тож, на шальках терезів Феміди опинилися: з одного боку — вдова, чий чоловік помер від тяжкої хвороби, а з іншого — два роботодавці, винуваті у недбалому ставленні до здоров'я працівника: один із них викликав захворювання, а інший — хоча й не викликав, але міг його викликати, а що не викликав — то є чистою випадковістю. Тож, не дивно, що шальки зрушилися на користь позивачки.

---

[537] Ibid., § 1.

**4.3.3. Справа *Barker v Corus UK Ltd*: серед конкуруючих причин є не-протиправна.** Наступною віхою в розвитку прецедентного права стала справа *Barker v Corus UK Ltd*.[538] Пан Баркер за свого життя контактував із азбестовим пилом упродовж трьох різних періодів: перший — коли працював на компанію Ґрессерс Лтд; другий — коли працював на компанію Джон Саммерс Лтд; і третій — коли працював як самозайнятий штукатур і не додержував необхідних заходів безпеки. Згодом у пана Баркера розвинулась мезотеліома і він помер. Позов було пред'явлено до двох компаній-роботодавців, котрі, порушивши обов'язок дбати про здоров'я працівника, піддали його шкідливому впливові азбесту.

Якщо у справі *Fairchild* конкурували два протиправних фактори, то в справі *Barker* конкурують три фактори: два протиправних і один не-протиправний (адже, коли хтось шкодить самому собі — це не є деліктом). Отож, тепер на шальках терезів, з одного боку, — не така уже й безневинна сторона позивача (адже існує ймовірність, що причиною мезотеліоми була поведінка самого померлого); з іншого боку, — відповідним чином «змінилась вага» й другої шальки — тепер там два роботодавці, які хоча і винні в порушенні обов'язку обачності, однак може бути що жоден із них насправді не був причиною смертельної хвороби. У зв'язку з цим перед Палатою Лордів постало питання, чи поширюється виняток, установлений у справі *Fairchild*, на випадки, коли серед кількох факторів, з-поміж яких неможливо визначити той, що послугував дійсною причиною шкоди, один фактор є не-протиправним (таким фактором може бути поведінка самого померлого, правозгідна поведінка третіх осіб або природні чинники).

Друге питання, яке підлягало вирішенню, — це питання про розподіл відповідальності між деліквентами: чи мусять вони відповідати *in solidum*, чи, натомість, кожен із деліквентів має відповідати за якусь певну частину від загального розміру завданої шкоди (у справі *Fairchild* це питання не досліджувалося, позаяк відповідачі не заперечували проти відповідальності *in solidum*). І хоча на позверхній погляд може здатися, що ці питання не залежать одне від одного, у рішенні наголошувалось, що вони нерозривно пов'язані між собою. І ось чому.

---

[538] [2006] UKHL 20.

Право — це завжди зважування двох протилежних інтересів і вирішування, котрому із них має бути надано перевагу. У справі *Fairchild*, віддаючи перевагу інтересам потерпілої сторони, Палата Лордів цілком відверто здавала собі звіт у тому, що таке рішення має похибку: воно здатне призводити до несправедливості, коли на роботодавця будуть покладати відповідальність за шкоду, якої він насправді не завдавав. Утім було вирішено, що така несправедливість менша від тієї, яка б виникала, якби усім постраждалим від азбестозумовленої мезотеліоми відмовляли у відшкодуванні.

Однак при зважуванні протилежних інтересів важливо враховувати усі релевантні обставини. Мезотеліома має тривалий латентний період — 30-40 років. А це означає, що до того часу, коли в потерпілого буде діагностовано хворобу, компанія, котра колись була роботодавцем потерпілого, уже припинить своє існування, збанкрутує або зазнає численних перетворень, внаслідок чого її правонаступника неможливо буде відстежити. Тож, наприклад, якщо із трьох роботодавців, на яких працював померлий, на момент розгляду справи залишився тільки один, то саме він і повинен буде відшкодувати шкоду в повному обсязі, незалежно від того, що період роботи на цього роботодавця, можливо, був найкоротшим. Фактично це означає, що у справі *Fairchild* було зроблено навіть не один, а цілих два кроки назустріч постраждалим від азбестозумовленої мезотеліоми: по-перше, істотно полегшено тягар доказування, по-друге, ризик банкрутства або припинення одного з відповідачів покладено на решту відповідачів (так що, незалежно від того, скільки відповідачів залишилося на момент розгляду справи, потерпілий у будь-якому разі отримує повне відшкодування). Справа *Barker* поставила на порядок денний третій крок: застосування двох вищезазначених поступок навіть до тих ситуацій, у яких не виключено, що причиною хвороби була поведінка самого померлого. Палата Лордів вирішила, що зробити цей, третій поспіль, крок назустріч стороні потерпілого — означало б перейти золоту середину справедливого балансу інтересів сторін.

У той же час Палата Лордів розважила, що цей крок назустріч стороні потерпілого все ж можна зробити, якщо урівноважити його шляхом заміни режиму солідарної відповідальності на режим відповідальності часткової. У зв'язку з цим

було ухвалено, що (1) виняток, установлений у справі *Fairchild*, поширюється також на випадки, коли одна із конкуруючих причин мезотеліоми була не-протиправною, але (2) кожен із відповідачів має відшкодовувати шкоду лише в частині, пропорційній до ступеня вірогідності того, що саме його діяльність була дійсною причиною шкоди. Отже, якщо розмір шкоди 100 000 USD, і при цьому вірогідність того, що шкоду заподіяно роботодавцем A — 0.3; вірогідність того, що шкоду заподіяно роботодавцем B — 0.5; вірогідність того, що шкода виникла через дії самого померлого — 0.2, то отримаємо, що роботодавець A має відшкодувати 30 000 USD, роботодавець B — 50 000 USD. За таких умов, якщо на момент розгляду справи на ринку залишився тільки роботодавець A, то цей роботодавець має відшкодувати тільки свою частину, тобто 30 000 USD. Таким чином, несправедливість, пов'язана з тим, що роботодавець A може бути притягнутий до відповідальності за шкоду, якої він не завдавав, пом'якшується тим, що він відповідає за цю шкоду принаймні не в повному обсязі. Лорд Вокер з цього приводу зазначив:

> «якщо Ваші світлості згодні, що правильним буде обмежити відповідальність деліквента пропорційно до його внеску в ризик, то справедлива рівновага, на моє переконання, залишається на боці застосування принципу *Fairchild* до справ, у яких менше ніж 100% ризику було створено роботодавцями чи власниками, винними в порушенні своїх обов'язків».[539]

Звісно, в такому разі виникає несправедливість по відношенню до потерпілого, який отримує неповну компенсацію, але неповна компенсація краще, ніж відсутність компенсації. У такий спосіб Палата Лордів віднайшла справедливий баланс інтересів сторін, за якого кожна зі сторін дечим поступається, але водночас і отримує деяку перевагу.

Таким чином, у справі *Barker* Палата Лордів розширила сферу застосування винятку *Fairchild*, адже обставини справи *Barker* явно виходили за межі шести умов, описаних Лордом Бінгемом у справі *Fairchild*.

---

[539] *Barker v Corus* UK Ltd, § 117.

**4.3.4. Втручання законодавця: повернення до солідарної відповідальності.** У 2006 році в розвиток правоположень щодо азбесту втрутився законодавець: Парламентом було ухвалено Закон про відшкодування (Compensation Act 2006). Цей Закон змінив установлене справою *Barker* правило про пропорційний розподіл відповідальності між деліквентами. Натомість було установлено відповідальність *in solidum*. У частині (2) статті 3 цього Закону вказується:

> «Відповідальна особа має відповідати —
>
> (a) за увесь розмір шкоди, завданої потерпілому від хвороби (незалежно від того, що потерпілий піддавався впливу азбесту також
>
> (i) внаслідок дій інших, аніж дії відповідальної особи, і при цьому байдуже, чи має місце деліктна відповідальність іншої особи за цих обставин, або
>
> (ii) внаслідок дій відповідальної особи за таких обставин, коли вона не відповідає за делікт, і
>
> (b) солідарно з будь-якою іншою відповідальною особою».

Таке законодавче рішення є несподіваним з огляду на те, що пропорційний розподіл відповідальності розглядався Палатою Лордів як передумова застосування винятку *Fairchild* до справ, у яких причиною мезотеліоми могла бути поведінка самого померлого. Інакше кажучи, якби не запровадження пропорційної відповідальності, то рішення у справі *Barker*, цілком імовірно, могло б бути на користь відповідача.

**4.3.5. Справа *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd*: дві конкуруючі причини, одна з яких не-протиправна, і оцінка істотності збільшення ризику.** Після прийняття Закону про відшкодування 2006 року наступною гучною справою, яка викликала значний резонанс у світовій юридичній науці, стала справа *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd*.[540]

Упродовж вісімнадцяти років пані Костелло працювала на компанію, яка виробляла металеві бочки із застосуванням азбесту. Пані Костелло працювала переважно в кабінеті, однак

[540] [2011] UKSC 10.

час від часу їй доводилося відвідувати виробничі приміщення, повітря яких було забруднене азбестовмісним пилом. Згодом вона захворіла на мезотеліому й померла у віці 74 роки. Дочка померлої, пані Сінкевич, звернулася до суду із позовом до компанії-роботодавця, яка була визнана винною в порушенні обов'язку дбати про здоров'я працівниці.

Отож, на відміну від попередніх справ, у цій справі був тільки один відповідач. Однак причинний зв'язок, тим не менше, не піддавався точному визначенню, оскільки було установлено, що певна кількість азбестового пилу міститься в атмосферному повітрі тієї місцевості, де проживала пані Костелло. Таким чином, її мезотеліома могла бути викликана або волокнами азбесту із атмосферного повітря (так званий чинник навколишнього середовища), або волокнами із виробничих приміщень компанії-роботодавця (виробничий чинник). При цьому експертні дослідження показали, що ризик захворювання на мезотеліому за умови впливу тільки чинника навколишнього середовища становив 24 випадки на мільйон. Якщо ж додати виробничий чинник, то ризик зростає до 28.39 випадків на мільйон, тобто на 18 %.

З огляду на означені факти перед Верховним Судом Сполученого Королівства постало питання про те, чи підлягає виняток *Fairchild* застосуванню до справ, у яких шкідливому впливу азбесту потерпілого піддав тільки один-єдиний роботодавець.

Щодо цього питання Суд дав ствердну відповідь. Було зазначено, що виняток *Fairchild* викликаний об'єктивною неможливістю — з огляду на стан медичної науки — точно ідентифікувати походження волокон азбесту, які призвели до мезотеліоми. Ця неможливість однаково має місце як у випадку, коли відповідачів декілька, так і у випадку, коли відповідач один. Лорд Дайсон красномовно виразив це такими словами:

> «зважаючи на сучасний стан медичного знання, позов до одного відповідача розбився б об скелю невизначеності, так само як і позов до кількох відповідачів. Виняток був винайдений як захід правової політики, спрямований на те, щоб усунути несправедливість, якої б зазнавали позивачі, якби скеля невизначеності ставала їм на заваді в доказуванні причинності у справах про мезотеліому <...> Немає підстав ані політичного, ані нормативного штибу, не застосовувати виняток до справ із одним відповідачем

так само як він застосовується до справ із кількома відповідачами».[541]

Друге питання, яке підлягало вирішенню, — чи можна вважати збільшення ризику на 18 % істотним збільшенням. Сторона відповідача наполягала на тому, що збільшення ризику є істотним, тільки якщо ризик збільшується більш як у два рази. Така позиція ґрунтувалась на ідеї подвоєння відносного ризику (RR): якщо RR > 2, то щодо кожного окремого випадку хвороби серед групи, яка зазнала впливу відповідного фактора, статистично більш імовірно, що хвороба була викликана саме цим фактором.[542]

Аргументація відповідача зводилась до такого. Якщо для промислового чинника RR > 2, то статистично імовірність того, що потерпілий захворів саме через азбестовий пил на робочому місці, перевищує 50 %. А якщо так, то і суд має бути більше переконаним у тому, що причиною захворювання був саме азбестовий пил на робочому місці, а не пил із атмосферного повітря. Натомість якщо RR < 2 (як у випадку із пані Костелло, де RR = 1.18), то суд має дійти висновку, що причинний зв'язок між промисловим фактором і захворюванням не доведено.

Сам по собі такий хід міркувань стосується фундаментальної проблеми щодо допустимості використання статистичних даних, про яку йшлося вище. Однак аргументація відповідача була відхилена з інших міркувань. Як уже було вказано, Суд виснував, що до цієї справи підлягає застосуванню виняток *Fairchild*, який передбачає, що позивачеві достатньо довести, що відповідач «істотно збільшив ризик» захворювання на мезотеліому. Якщо припустити, що «істотне збільшення ризику» — це збільшення більш ніж удвічі, то це б означало, що справа *Fairchild* не запровадила ніякого винятку, адже якщо позивач доводить, що ризик збільшено вдвічі, він тим самим виконує загальні вимоги до доказування причинного зв'язку (при збіль-

---

[541] *Sienkiewicz v Greif* (UK) Ltd, § 212.

[Ibid.,] Ibid., § 82; Steel, S. (2010). Uncertainty over causal uncertainty: *Karen Sienkiewicz (Administratrix of the Estate of Enid Costello Deceased) v Greif (UK) Ltd. The Modern Law Review, 73*(4), 646–655, 654–655; Sulyok, K. (2017). Managing uncertain causation in toxic exposure cases: Lessons for the European Court of Human Rights from U.S. toxic tort litigation. *Vermont Journal of Environmental Law, 18*, 519–569, 563–565.

шенні ризику більш ніж удвічі вірогідність того, що причиною шкоди стали дії відповідача, — більша від вірогідності протилежного).

Тому Суд дійшов висновку, що «істотним» є будь-яке збільшення, окрім того, яке є настільки незначним, що ним можна розумно знехтувати. Леді Хейл зауважила щодо цього:

> «у справах, де застосовується виняток *Fairchild*, немає місця для дослідження причинності за підходом "більш як подвоєння ризику": це не є необхідним для встановлення причинного зв'язку, і це не належний критерій для визначення того, що перевищує *de minimis* збільшення ризику. Тож ми не повинні вдаватися в з'ясування ваги статистичних вірогідностей для того, аби встановити причинний зв'язок у цій справі».[543]

Врешті-решт, Суд визнав, що збільшення ризику на 18 % — не є настільки незначним, що ним можна знехтувати, і на цій підставі позов має бути задоволений.

**4.3.6. Справа *Heneghan v Manchester Dry Docks Ltd*: конкуруючі причини різної етіології.** Таким чином, у справах про викликану азбестом мезотеліому суди як виняток послабили тягар доказування, що покладається на позивача. Проте як далеко може простягатися дія цього винятку?

Що стосується Закону про відшкодування 2006 року, то стосовно нього слід зауважити дві речі. По-перше, цей закон змінив розподіл відповідальності у випадку множинності деліквентів (замість часткової відповідальності запроваджено солідарну), однак він не змінив підстав цієї відповідальності — вони продовжують визначатися прецедентним правом і, зокрема, рішенням у справі *Fairchild*. По-друге, цей закон стосується тільки мезотеліоми і не стосується інших захворювань. Отже, якщо суди вирішать, що правило *Fairchild* може бути застосоване до іншого захворювання, то режим солідарної відповідальності, запроваджений Законом, діяти не буде, а буде натомість застосовуватися норма прецедентного права, установлена справою *Barker*, котра передбачає часткову відповідальність.

---

[543] *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd*, § 169.

Унікальність мезотеліоми полягає в тому, що вона може викликатися тільки одним етіологічним фактором — азбестом. Тому мезотеліому часто називають «автографом азбесту» (*signature disease*).[544] У всіх наведених справах не було сумнівів у тому, що захворювання потерпілого викликано азбестом, неясно було лише те, чиїм саме азбестом. Проте ситуація принципово інша, коли йдеться, наприклад, про рак легень, який може викликатися різними етіологічними факторами, такими як куріння, генетична схильність і, серед іншого, — азбестовмісний пил. У цьому зв'язку постає питання, чи можна застосовувати правило *Fairchild*, коли є конкуренція двох чи більше етіологічних факторів.

Хоча це питання не порушувалося у справі *Barker*, Лорд Скотт *obiter dictum* зауважив:

> «якби справа не стосувалась результату, що викликається одним етіологічним фактором, а натомість стосувалася б результату, що може бути викликаний кількома різними етіологічними факторами і при цьому «винний» фактор неможливо ідентифікувати..., я б не вважав, що правило *Fairchild* підлягає застосуванню. Рішення *Fairchild* не запровадило всеохопного принципу. Воно запровадило вузько-обмежений виняток щодо встановлення причинності для справ із одним етіологічним фактором. Я б не поширював цей виняток на справи з кількома етіологічними факторами» (§ 64).

Остаточну відповідь на це питання було надано в справі *Heneghan v Manchester Dry Docks Ltd.*[545] У цій справі пан Джеймс Генеґан протягом життя, працюючи на десятьох різних роботодавців, зазнавав шкідливого впливу азбестового пилу. Згодом у нього розвинулась аденокарцинома легень, від якої він невдовзі помер. З різних причин пред'явити позов до усіх роботодавців було неможливо. Тож син померлого звернувся із позовом до шістьох із них. Утім, на відміну від мезотеліоми, рак

---

[544] Stapleton, J. (2010). Factual causation and asbestos cancers. *Law Quarterly Review, 126*, 351–356, 354; Mosher, J. C. (2003). A pound of cause for a penny of proof: The failed economy of an eroded causation standard in toxic tort cases. *New York University Environmental Law Journal, 11*, 531–596, 551; Sulyok, K. (2017), 532.

[545] [2014] EWHC 4190 (QB).

легень викликається також тютюнопалінням, а померлий був курцем.

Рішення у цій справі спиралося, зокрема, на австралійську справу *Amaca Pty Ltd v Ellis*[546] та коментар Джейн Степлтон (Jane Stapleton) до неї.[547]

Суддя Джей (Justice Jay), із посиланням на коментар Джейн Степлтон до австралійської справи *Amaca Pty Ltd v Ellis*, зауважив, що в даному випадку аналіз причинності розпадається на два запитання. Перше: слід з'ясувати, що саме викликало рак (котрий із двох задіяних етіологічних факторів — паління чи азбестовий пил (запитання «що»)). Друге: якщо буде встановлено, що рак викликаний азбестом, то слід з'ясувати, чи є причинний зв'язок між азбестом кожного конкретного відповідача і хворобою. Іншими словами, хто із відповідачів викликав рак (запитання «хто»).[548] При цьому послаба за правилом *Fairchild* підлягає застосуванню тільки до запитання «хто». Натомість, запитання «що» має бути вирішене на основі загальних правил доказування причинного зв'язку, відповідно до стандарту переважаючої ймовірності.

Як відповідати на запитання «що» із використанням даних епідеміології — це на числових розрахунках чудово продемонструвала Джейн Степлтон у раніше згаданому коментарі.[549] Послуговуючись її міркуваннями і використовуючи дані зі справи *Heneghan*, отримаємо такі розрахунки. Якби померлий не палив і не працював із азбестом, то ризик захворювання становив би 0.5%. Якби померлий тільки палив (але не працював із азбестом), то це збільшило б ризик учетверо — до 2%.[550] Якби померлий працював із азбестом, але не палив, то це збільшило б ризик уп'ятеро, з огляду на тривалість та інтенсивність контактування з речовиною.[551] Окрім того, слід мати на увазі, що паління і азбестовий пил разом мають синергетичний ефект.[552] Це означає, що якщо померлий і палив, і працював із азбестом,

---

[546] [2010] HCA 5.

[547] Stapleton, J. (2010). Factual causation and asbestos cancers. *Law Quarterly Review, 126*, 351–356.

[548] *Heneghan v Manchester Dry Docks Ltd,* § 43.

[549] Stapleton, J. (2010), 352–353.

[550] *Heneghan v Manchester Dry Docks Ltd,* § 14.

[551] Ibid., § 5.

[552] Ibid., § 14.

то це збільшило ризик захворювання *більше* ніж у 9 разів. Таким чином, на 10 000 осіб, які палять і працюють із азбестом в таких же обсягах, як і померлий, вірогідно, що більше як 450 осіб захворіють на рак легень (припустімо, 475). Таким чином, із цих 475 осіб: 50 — захворіли незалежно від паління та азбесту; 150 — захворіли через паління; 250 — захворіли через азбест; і ще 25 — захворіли через синергічну дію азбесту та паління. Отже, 275 (57,9 %) осіб із 475 не захворіли б, якби не працювали із азбестом (при цьому, що більшим ми припускаємо синергетичний ефект, то більшим буде і цей відсоток). А це означає, що за балансом імовірностей в кожному випадку більш вірогідним є те, що рак викликаний азбестом, а не палінням. Таким чином, відповідь на запитання «що» у справі *Heneghan* отримано без послаби стандарту доказування.

Що стосується запитання «хто», то в цьому контексті суддя Джей зазначив, що рак легень і обставини, за яких він мав місце у цій справі, відповідають усім вимогам, необхідним для застосування правила *Fairchild*.[553] Однак послаба тягаря доказування, передбачена прецедентом *Fairchild*, має застосовуватися в поєднанні із частковою відповідальністю, котра передбачена пізнішою справою — *Barker*. Отож, позивач має право на отримання лише тієї частини компенсації, що пропорційна до сумарного ризику, за який відповідальні шість із десяти роботодавців. Прикметно, що ця цифра становила 35.2 %. Позов не було пред'явлено до роботодавця Блеквела (W. Blackwell), під час роботи на якого померлий дістав найбільшу дозу контакту із азбестовим пилом (56 %).

Для того щоб обійти правило часткової відповідальності, позивач намагався довести, що ця справа відмінна від справи *Fairchild*, а натомість більш подібна до справи *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw*.[554]

У цій справі потерпілий вісім років працював на виробництві з металевими формами. Після того як форми відливались, на них залишався пісок із дрібними часточками кварцу. Форми далі полірувались за допомогою (а) стаціонарних шліфувальних машин, (б) підвісних шліфувальних машин і (в) пневматичних молотків. Під час полірування форм кварцовий пил потра-

[553] Ibid., § 79.

[554] [1956] AC 613.

пляв у повітря, яким дихали працівники. Проте, що стосується стаціонарних шліфувальних машин і пневматичних молотків — роботодавець вжив усіх належних заходів для того, аби мінімізувати кількість пилу, що потрапляла в повітря (це, однак не означає, що йому вдалося зовсім уникнути пилоутворення). Натомість, що стосується підвісних шліфувальних машин — то тут роботодавець порушив обов'язок дбати про робітника, оскільки вентиляційні шахти належним чином не працювали. У потерпілого розвинувся пневмоконіоз.

Проблема полягала в тому, що навіть якби роботодавець забезпечив вентиляцію як належить, все одно в повітря потрапляла би певна кількість пилу. А тому постало питання, чи можна вважати, що є причинний зв'язок між недбалістю роботодавця і хворобою працівника, якщо навіть за належної поведінки роботодавця кварцовий пил все одно потрапив би в легені працівника.

Лорд Рейд зауважив, що позивач мусить довести принаймні те, що порушення обов'язку роботодавцем «зробило значний внесок у шкоду». У цьому контексті важливо, що «пневмоконіоз виникає внаслідок послідовного накопичення в легенях дрібних часточок кварцового пилу, вдихнутих упродовж багатьох років». Коли так, то серед усіх часточок, що опинилися в легенях потерпілого, є і «правомірний», і «неправомірний» пил. І оскільки питома вага «неправомірного» пилу не є незначною настільки, щоб нею можна було знехтувати, причинний зв'язок слід вважати доведеним і відповідач має відшкодувати шкоду у повному розмірі.

Позивач у справі *Heneghan* вважав, що посилання на цей прецедент матиме наслідком у його випадку застосування режиму солідарної відповідальності, що дало б змогу отримати повну компенсацію замість 35.2%.

Проте суддя Джей наголосив на різній етіології пневмоконіозу та раку легень. На відміну від пневмоконіозу, рак легень не викликається внаслідок послідовного накопичення шкідливої речовини в легенях. Дійсно, що більша доза азбесту, то більша імовірність раку легень, однак це лише статистичне судження. Це не означає, що шкідливий вплив справляють абсолютно усі волокна азбесту, що потрапили до легень. Тобто, якщо в клітинах відбулися злоякісні мутації, то це результат дії не всіх і кожного волокна, що протягом багатьох років потра-

пили до легень, а результат дії лише деяких із них. З огляду на це, не можна сказати, що кожен із шести роботодавців «зробив внесок у хворобу». Кожен із шести міг його зробити, однак чи зробив — залишається невідомим. Тому суд вирішив, що обставини справи відповідають тим, що мали місце у справі *Fairchild*, і відповідальність має бути частковою. Рішення підтримав і Апеляційний Суд. Суддя Томлінсон (Tomlinson) особливо наголосив, що слід розрізняти, з одного боку, «внесок у хворобу» і, з іншого — «внесок у ризик дістати хворобу». Під таким оглядом у справі *Heneghan* має місце друге, що власне й відповідає умовам застосування винятку *Fairchild*.

Таким чином, особливості патогенезу мезотеліоми вимагають перегляду традиційного підходу до доказування причинно-наслідкового зв'язку в деліктному праві. Коли йдеться про відшкодування шкоди, спричиненої азбестозумовленою мезотеліомою, застосування тесту «якби не» призводить до результату, несумісного з інтуїтивним відчуттям справедливості. З огляду на це, у судовій практиці Великої Британії було сформульовано новий підхід, згідно з яким позивачу достатньо довести, що відповідач суттєво підвищив ризик захворювання (а не те, що він дійсно спричинив захворювання). Очевидно, що такий підхід є винятком із загального правила доведення причинно-наслідкового зв'язку. Точний діапазон застосування цього виняткового правила був встановлений у справі *Heneghan*. Отож, справа *Fairchild* стала поворотним моментом, який врешті-решт призвів до формування цілісного витонченого та стрункого судового підходу до причинно-наслідкового зв'язку, який враховує особливості етіології, патогенезу та тяжкості захворювань з метою забезпечення правосуддя, незважаючи на обмеженість сучасного рівня розвитку науки і техніки.

## § 4.4. Відповідальність згідно з часткою на ринку[555]

**4.4.1. Аналіз аргументів у справі *Sindell v. Abbott Laboratories*.** У період з 1941 по 1971 роки на американському ринку продавався

[555] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у таких працях: Карнаух, Б. (2020). Деліктна відповідальність згідно з часткою на ринку.

медичний препарат діетилстилбестрол (DES).[556] Це синтетичний замінник жіночого гормону естрогену. Лікарі призначали його вагітним жінкам з метою попередження викиднів. Однак згодом було встановлено, що DES є канцерогенною речовиною і здатен викликати злоякісні пухлини (зокрема, аденокарциному) статевих органів у дітей жіночої статі, чиї матері під час вагітності приймали цей препарат.[557] При цьому спровоковане таким чином онкологічне захворювання має латентний період не менше 10–12 років.[558]

Усього за вказаний період препарат за різними оцінками приймали від 1,5 до 3 мільйонів жінок.[559] Тож, імовірно, у сотень, чи навіть тисяч, їхніх дочок розвинулись онкологічні захворювання. Однією із постраждалих була Джудіт Сіндел. Через те що її мати приймала під час вагітності небезпечний препарат, у пані Сіндел розвинулася злоякісна пухлина сечового міхура. Це й стало підставою для звернення до суду із вимогою про відшкодування завданої шкоди. Рішення Верховного Суду Каліфорнії у справі *Sindell v. Abbott Laboratories*[560] без перебільшення вчинило революційний переворот у підході до нез'ясовної причинності.[561]

---

*Економічна теорія та право*, *3*(42), 49–63; Karnaukh, B. P., & Shymko, A. R. (2020). Side effects of diethylstilbestrol (DES) from the perspective of tort law. *Wiadomości Lekarskie, 73*(12), 2946–2950.

[556] Обширну інформацію про цей лікарський засіб, його побічні ефекти та історію боротьби потерпілих від його вживання можна знайти тут: Diethylstilbestrol. DES. Journal of DES Daughter. https://diethylstilbestrol.co.uk.

[557] Sheiner, N. (1978). DES and a proposed theory of enterprise liability. *Fordham Law Review*, 46(5), 963–1007.

[558] *Sindell v. Abbott Laboratories,* 26 Cal. 3d 588 (1980).

[559] Ibid.

[560] 26 Cal. 3d 588 (1980).

[561] Коментарі до справи див.: Koperski, B. J. (1981). Market share liability for DES (diethylstilbestrol) injury: A new high water mark in tort law: *Sindell v. Abbott Laboratories*. *Nebraska Law Review, 60*(2), 432–449; Market Share Liability: An Answer to the DES Causation Problem. (1981). *Harvard Law Review, 94*(3), 668–680; Morgan, E. (1983). Market Share Liability for Injurious Products: A Comment on Sindell. *University of Toronto Faculty of Law Review, 41*. 52–62; note, (1981). Market Share Liability Adopted to Overcome Defendant Identification Requirement in DES Litigation, Sindell v. Abbott Laboratories. *Washington University Law Quarterly, 59*(2), 571–584; Redemann, B.B. (1980). Manufacturers' Liability Based on a Market Share Theory: Sindell v. Abbott Laboratories. *Tulsa Law Journal, 16*(2) 286–316; Sheffet, M. J. (1983). Market share liability: A new

Оскільки у цій справі йшлося про шкоду, завдану дефектом у продукції, позивачка повинна була довести не лише те, що шкода завдана не чим іншим, як дефектною продукцією, але також і те, що ця продукція була вироблена не ким іншим, як відповідачем. У цьому зв'язку перед Джудіт Сіндел постала нездолання перешкода: DES — це загальна формула, за якою лікарський засіб виробляли понад дві сотні різних фармацевтичних компаній. Призначаючи відповідний препарат, лікарі не вказували конкретного виробника, оскільки препарати різних виробників були терапевтично еквівалентними. Опріч того, пройшло уже більше двадцяти років, відтоді як мати Джудіт Сіндел приймала DES, а тому точно встановити виробника саме того лікарського засобу, який приймала мати Джудіт Сіндел, наразі було вже неможливо.

Отож пані Сіндел пред'явила позов одразу до одинадцятьох фармацевтичних компаній, які станом на час, коли її мати була вагітною, сукупно виробляли 90 % від усього обсягу DES на ринку. На обґрунтування позову було наведено три концепції: альтернативна відповідальність (*alternative liability*), спільне заподіяння (*concert of action*) і відповідальність індустрії (*industry-wide liability*).

Щодо *альтернативної відповідальності*,[562] запровадженої прецедентом *Summers*, Суд вказав, що для застосування альтернативної відповідальності необхідно, щоб перед судом постали усі, хто міг би виявитися дійсним заподіювачем шкоди. Іншими словами, потрібна гарантія, що той, хто насправді заподіяв шкоду, знаходиться серед притягнутих до суду відповідачів. Саме так було у справі *Summers*, де перед судом постали обидва мисливці. Натомість пані Сіндел пред'явила позов лише до частини (одинадцятьох із понад двох сотень) фармацевтичних компаній, які виробляли DES. Отож, не виключено, що та

---

doctrine of causation in product liability. *Journal of Marketing*, 47(1), 35–43; Taylor, N.D. (1981). California Expands Tort Liability under the Novel Market Share Theory: Sindell v. Abbott Laboratories. *Pepperdine Law Review, 8,* 1011–1043.

[562] Щодо цього аргументу, окрім тексту судового рішення, див. також: Madden, M.S. & Holian, J. (2007). Defendant Indeterminacy: New Wine into Old Skins. *Louisiana Law Review, 67*(3), 788–791, 788–791; Marshack, R.A. (1982). Sindell v. Abbott Laboratories: Is Market Share Liability the Best Remedy to the DES Controversy. *California Western Law Review, 18,* 143–177, 156–158; Sheiner, N. (1978). DES and a proposed theory of enterprise liability. *Fordham Law Review*, 46(5), 963–1007, 985–995.

компанія, пігулки чийого виробництва насправді приймала мати позивачки, взагалі не була присутньою серед когорти притягнутих до суду. За таких обставин покладати солідарну (як це передбачає справа *Summers*) відповідальність на відповідачів, щодо яких немає гарантії, що бодай хтось із них насправді заподіяв шкоду, — видається несправедливо широким трактуванням альтернативної відповідальності.

По-друге, позивачка стверджувала, що шкоди було завдано *спільними діями*[563] відповідачів (адже, якщо шкоду завдано спільними діями декількох осіб, то вони несуть за неї солідарну відповідальність). На її думку, спільність дій полягала в тому, що всі відповідачі покладалися на клінічні дослідження один одного (щодо безпечності препарату), а також отримували вигоду від маркетингових стратегій один одного щодо просування препарату на ринку.

Таке обґрунтування спиралося, зокрема, на особливі правила обігу лікарських засобів у США. Так, згідно з чинним на той час законодавством, допоки певний лікарський засіб не має статусу «загальновизнано безпечного», кожна компанія, яка має намір його виробляти, повинна подати заявку до Управління з контролю за харчовими продуктами й лікарськими засобами (FDA). Відповідно, виробництво може бути розпочато тільки у разі схвалення заявки Управлінням. Натомість, якщо Управління присвоює лікарському засобові статус «загальновизнано безпечного», то його може виробляти будь-хто без необхідності попереднього подання заявки. До 1952 року, коли DES було присвоєно статус «загальновизнано безпечного», заявки на його виробництво подавалися 123 рази.[564]

У цьому контексті аргумент позивачки слід, вочевидь, розуміти так, що всі компанії, котрі подавали заявки на виробництво DES, де обґрунтовували його безпечність та ефективність, тим самим сприяли присвоєнню цьому препаратові статусу «загальновизнано безпечного», що, у свою чергу, мало наслідком його іще більше розповсюдження і збільшення кола його виробників.

---

[563] Щодо цього аргументу, окрім тексту судового рішення, див. також: Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 792; Marshack, R.A. (1982), 150–151; Sheiner, N. (1978), 978–985.

[564] *Sindell v. Abbott Laboratories.*

Усі виробники до певної міри поводилися схожим чином. Але чи достатньо цієї схожості для того, щоб визнати, що вони діяли спільно? Суд відповів на це питання заперечно. Для того, щоб мало місце спільне заподіяння шкоди, особи мають діяти узгоджено. Між ними має бути пряма домовленість або порозуміння, «що мається на увазі», і кожен має усвідомлювати протиправний характер дій іншого. Цього, на думку Суду, позивачкою доведено не було. А що в поведінці виробників можна угледіти певний патерн — то це насамперед тому, що сфера обігу лікарських засобів значною мірою зарегульована нормативними актами і виробники поводяться, додержуючись установлених процедур. Не можна звинувачувати виробників у змові на тій лише підставі, що всі вони діють за однаковим, установленим нормативно стандартом. У противному разі довелося б визнати, що в межах окремо взятої індустрії кожен виробник може бути притягнутий до відповідальності за шкоду, завдану аналогічною продукцією іншого виробника, лише на тій підставі, що він діє на тому ж ринку і тим самим сприяє просуванню аналогічного товару.

Насамкінець, на обґрунтування своєї позиції позивачка наводила концепцію так званої *відповідальності індустрії*.[565] Зокрема, вона посилалась на справу *Hall v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., Inc*.[566] У цій справі йшлося про численні випадки, коли діти зазнавали ушкоджень через вибухи капсулів для детонації, і при цьому неможливо було встановити, котра із компаній виробила той або інший капсуль. У цій справі суд ухвалив, що відповідати мають усі шість компаній, які становлять собою підривну індустрію. Рішення було мотивовано тим, що компанії дійсно проводили узгоджену політику щодо безпеки своєї продукції та її маркування. Більше того, частину функцій щодо безпеки продукції всі учасники індустрії делегували асоціації, котра називалась Інститут Виробників Вибухівки.

Суд у справі *Sindell* відхилив і цей аргумент, зазначивши, що для застосування відповідальності індустрії необхідно, щоб усі учасники індустрії здійснювали спільний контроль над ризиками. Тобто, стандарт безпеки продукції має бути встанов-

---

[565] Щодо цього аргументу, окрім тексту судового рішення, див. також: Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 792–793; Marshack, R.A. (1982), 150–155; Sheiner, N. (1978), 995–1007.

[566] (E.D.N.Y. 1972) 345 F. Supp. 353.

лений за погодженням усіх виробників. І так було у справі *Hall*, оскільки вимоги до маркування і дизайну встановлювалися асоціацією, що її добровільно утворили виробники. Відповідно, кожен із виробників у той або інший спосіб мав уплив на формування стандартів безпечності продукції в індустрії. На противагу цьому, у фармацевтичній галузі стандарти безпечності встановлюються урядовим органом — Управлінням з контролю за харчовими продуктами й лікарськими засобами (FDA). Відтак, ризики контролює більшою мірою саме цей орган, а не кожен виробник окремо чи всі виробники разом.

Окрім того, ця концепція доречна до централізованих індустрій з невеликим числом виробників, однак її застосування вкрай важко обґрунтувати у випадку децентралізованої індустрії з кількома сотнями виробників, як це має місце у справі *Sindell.*

Визнавши, що всі наведені концепції не дають змогу розв'язати проблему, Верховний Суд Каліфорнії сформував нову концепцію, яка дістала назву *market share liability* — «відповідальність згідно з часткою на ринку» (надалі — MSL).

Суд ухвалив, що за умови, що позивач об'єднав у своєму позові виробників, сукупна частка яких на ринку відповідного препарату є істотною, кожен із цих виробників повинен відшкодувати шкоду, завдану препаратом, у частині, що відповідає його частці на ринку цього препарату. Таким чином, якщо розмір шкоди становить 1 млн USD, а частка відповідача на ринку — 30 %, то цей відповідач має сплатити позивачеві 300 тис. USD. Частка кожного відповідача на ринку — це не що інше, як показник імовірності того, що саме його препарат був дійсною причиною шкоди в кожному окремому випадку.[567] А це також означає, що в кінцевому підсумку сумарний розмір компенсацій, які виплатить кожен відповідач, буде дорівнювати дійсному розміру шкоди, завданої саме цим відповідачем.

**4.4.2. Математична елегантність теорії.** Математична елегантність теорії MSL полягає в тому, що в кінцевому підсумкові валовий тягар відповідальності, який припадає на окрему фармацевтичну компанію, дорівнює валовому розміру шкоди, завданої саме цією компанією.

---

[567] Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 798; Marshack, R.A. (1982), 158.

Уявімо, що є 100 позивачок ($P_1$ – $P_{100}$), кожній із яких завдано шкоди в розмірі 100 тис. USD. Небезпечний препарат виробляють чотири компанії ($D_1$ – $D_4$). Частка компанії $D_1$ становить 50 % ринку відповідного препарату, частка компанії $D_2$ — 30 %, частка компанії $D_3$ – 15 %, і частка компанії $D_4$ — 5 %. За умови досконалої поінформованості нам відомо, що шкода позивачкам $P_1$ – $P_{50}$ завдана препаратом виробництва компанії $D_1$; позивачкам $P_{51}$ – $P_{80}$ — препаратом компанії $D_2$; позивачкам $P_{81}$ – $P_{95}$ — препаратом компанії $D_3$; позивачкам $P_{96}$ – $P_{100}$ — препаратом компанії $D_4$.

За умови досконалої поінформованості немає потреби в застосуванні MSL, тому справи будуть вирішуватися на підставі звичайних правил доказування причинного зв'язку. Змоделюймо дистрибутивні наслідки деліктної відповідальності за таких умов.

Позивачка $P_1$ звертається з позовом до компанії $D_1$ і отримує від неї повне відшкодування в розмірі 100 тис. USD. Так само зроблять решта 49 позивачок, які постраждали від препарату виробництва компанії $D_1$.

Таким чином, за умови досконалої поінформованості валовий тягар відповідальності, який припаде на компанію $D_1$, становить

$$\sum_{i=1}^{50} P_i = P_1 + P_2 + P_3 \ldots + P_{50} = 100\,000 \times 50 = 5 \text{ млн.} \qquad (23)$$

Відповідно, валовий тягар відповідальності, який припаде на компанію $D_2$, становить:

$$\sum_{i=51}^{80} P_i = P_{51} + P_{52} + P_{53} \ldots + P_{80} = 100\,000 \times 30 = 3 \text{ млн.} \qquad (24)$$

Валовий тягар відповідальності, який припаде на компанію $D_3$, становить:

$$\sum_{i=81}^{95} P_i = P_{81} + P_{82} + P_{83} \ldots + P_{95} = 100\,000 \times 15 = 1.5 \text{ млн.} \qquad (25)$$

Валовий тягар відповідальності, який припаде на компанію $D_4$, становить:

$$\sum_{i=96}^{100} P_i = P_{96} + P_{97} + P_{98} \ldots + P_{100} = 100\,000 \times 5 = 0.5 \text{ млн.} \qquad (26)$$

Тепер повернімося до реального світу, у якому неможливо встановити, від препарату чийого виробництва постраждала кожна окремо взята позивачка. Принцип MSL означає, що кожна позивачка $P_i$ може звернутися із позовом одразу до усіх чотирьох компаній ($D_1$ – $D_4$), і при цьому кожна компанія зобов'язана відшкодувати відповідну частину збитків: $D_1$ — 50 тис., $D_2$ — 30 тис., $D_3$ — 15 тис., $D_4$ — 5 тис., так що в кінцевому підсумкові кожна позивачка отримує належні їй 100 тис USD.

При цьому валовий тягар відповідальності, який припаде на компанію $D_1$, внаслідок застосування MSL буде становити

$$0.5 \times \sum_{i=1}^{100} P_i = 0.5 \times (P_1 + P_2 + P_3 \ldots + P_{100}) = 10\,000\,000 \times 0.5 = 5 \text{ млн.} \qquad (27)$$

Таким чином, валовий тягар відповідальності, що припадає на компанію $D_1$, при застосуванні MSL є точно таким, яким би він був за умов досконалої поінформованості, коли б можна було ідентифікувати виробника для кожної окремої жертви. Те ж саме стосується і решти трьох компаній.

Наведена модель показує, що в теорії застосування MSL призводить до таких же дистрибутивних наслідків, які б мали місце при застосуванні звичайних вимог до доказування причинності за умови досконалої поінформованості, тобто якби ідентифікувати виробника в кожному випадку було можливим: позивачі отримують рівно таке ж відшкодування, а відповідачі несуть рівно такий же тягар відповідальності.

Згідно з прецедентом *Sindell* позивач може не притягувати до суду всіх виробників препарату — йому достатньо притягнути виробників, сумарна частка яких на ринку є істотною (*substantial*). З огляду на це, існує два способи витлумачити

позицію суду стосовно розподілу відповідальності.[568] Перший: притягнуті до суду компанії мусять відшкодувати позивачеві лише ту частину збитків, яка відповідає їхній сумарній частці на ринку. Другий: притягнуті до суду компанії мусять відшкодувати позивачеві збитки у повному обсязі, розподіливши між собою також і частину збитків, яка мала би припадати на компанії, що не постали перед судом.[569]

Змоделюймо дистрибутивні наслідки обох тлумачень. Для цього припустімо, що на момент, коли в позивачок було діагностовано злоякісні утворення, компанії $D_3$ і $D_4$ припинили своє існування. Таким чином, позов може бути пред'явлено тільки до компаній $D_1$ і $D_2$. Їхня сумарна частка на ринку становить 80% (50+30). І хоча поняття «істотної частки» є оціночним, видається, що частка в 80% за будь-якої інтерпретації є істотною. Отож, якщо припустити, що правильним є перше тлумачення, це означає, що компанія $D_1$ має відшкодувати кожній позивачці по 50 тис. USD, а компанія $D_2$ — по 30 тис. USD. Таким чином, кожна позивачка отримає по 80 тис. USD. Має місце недокомпенсація в розмірі 20%, однак при цьому валовий тягар відповідальності, який припадає на компанії $D_1$ і $D_2$, буде точно відповідати дійсному розміру шкоди, завданої цими компаніями.

Якщо припустити, що правильним є друге тлумачення, то отримаємо таке. Компанії, що залишились, $D_1$ і $D_2$, повинні розподілити між собою увесь розмір збитків кожної потерпілої відповідно до своїх часток на ринку. Таким чином, частина збитків, яка припадає на компанію $D_1$, становить:

---

[568] Kors, R. A. (1981). Refining market share liability: *Sindell v. Abbott Laboratories*. *Stanford Law Review, 33*, 937–950, 941; Marshack, R.A. (1982), 162–163; Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985). Perspectives on market share liability: Time for a reassessment. *West Virginia Law Review*, 88(1), 81–112, 89, 105.

[569] Суддя Річардсон, який виклав окрему думку у справі Сінделл, тлумачить висновок більшості якраз у другий спосіб, зазначаючи, що «згідно з позицією більшості ті відповідачі, що постануть перед судом у цьому штаті, будуть насправді визнані спільно відповідальними за 100 відсотків збитків, незважаючи на те, що їхня "істотна" сумарна частка на ринку може бути значно меншою».

Окрім того, у рішенні більшості побіжно вказується на те, що відповідачі, проти яких пред'явлено позов, мають право залучати інших співвідповідачів (*cross-complain*). Утім таке право має цінність для відповідача лише в тому разі, якщо шляхом залучення іншого відповідача він має змогу зменшити свою власну відповідальність. Якщо ж розмір відповідальності залежить тільки від частки на ринку і не залежить від кількості відповідачів, що постали перед судом, — притягнутим до суду відповідачам немає ґлузду в такому праві. Див.: Marshack, R.A. (1982), 162–163.

$$\frac{50}{50+30} \times 100\% = 62.5\% \qquad (28)$$

а частина збитків, яка припадає на компанію $D_1$, становить:

$$\frac{50}{50+30} \times 100\% = 37.5\% \qquad (29)$$

А це означає, що валовий тягар відповідальності, який покладається на компанію $D_1$, становитиме 6.25 млн, що перевищує розмір шкоди, яку ця компанія насправді заподіяла на 1.25 млн. Аналогічно, компанія $D_2$ муситиме відшкодувати 3.75 млн замість 3 млн дійсно завданої нею шкоди. По суті, таке тлумачення означає, що ризик банкрутства, ліквідації чи інших подій, через які компанія перестає бути доступною для пред'явлення до неї позову, — покладається на компанії, які залишилися «на плаву» на момент діагностування хвороби в потерпілої. Звісно, для потерпілих таке тлумачення має очевидну перевагу, адже вони уникають недокомпенсації. Однак загалом дистрибутивні наслідки такого тлумачення не можна визнати оптимальними, оскільки валовий тягар відповідальності кожного виробника перевищує розмір завданої ним шкоди. З юридичної точки зору це видається несправедливим, оскільки виробники опиняються у нерівному становищі. З економічної точки зору це негативно позначиться на зацікавленості виробника у провадженні відповідної діяльності і може мати наслідком недовиробництво. Цей другий, економічний аргумент є особливо важливим, оскільки значна частина критики прецеденту *Sindell* заснована якраз-таки на твердженні, що MSL покладає надмірний тягар відповідальності на фарм-виробників, і цей тягар знеохотить їх інвестувати в розробку, дослідження й виробництво нових ліків, що, безумовно, мало б наслідком масштабні загальносуспільні втрати.

У цьому контексті Роберт Корс (Robert A. Kors) вважає, що прецедент *Sindell* має ще одну ваду, котра потенційно загрожує тим, що валовий тягар відповідальності фармвиробника буде більшим від розміру дійсно заподіяної ним шкоди.[570] Так, прецедентом *Sindell* запроваджено концепцію MSL, однак у той же час за потерпілим, який може точно ідентифікувати виробни-

[570] Kors, R. A. (1981), 942.

ка (якщо якимось дивом збереглися рецепти, квитанції, чеки тощо), залишається право пред'явити позов у повному обсязі до цього конкретного виробника на підставі загальних правил доказування причинного зв'язку. Уявімо, що позивачки $P_1 - P_{10}$ можуть довести, що їхні матері приймали препарат виробництва компанії $D_1$. У такому разі їхні позови будуть розглядатися на підставі загальних правил деліктного права і вони отримають від компанії $D_1$ повне відшкодування, тобто загалом

$$100\,000 \times 10 = 1 \text{ млн.} \tag{30}$$

Решта позивачок $P_{11} - P_{100}$ пред'являть до компанії $D_1$ позови на підставі правил MSL. За такими позовами компанія $D_1$ буде вимушена заплатити:

$$0.5 \times 100\,000 \times 90 = 4.5 \text{ млн.} \tag{31}$$

Таким чином, валовий тягар відповідальності на 0.5 млн перевищуватиме розмір дійсно заподіяної шкоди.

Однак якщо припустити, що інші позивачки зможуть ідентифікувати інших виробників, то відхилення валового тягаря відповідальності від розміру дійсно заподіяної шкоди може коливатися в обидві сторони. Відхилення не буде лише в тому випадку, коли відношення позовів з ідентифікованим відповідачем до позовів, заснованих на MSL, для кожної компанії буде пропорційним до ринкової частки цієї компанії, як, наприклад, це показано в таблиці нижче.

***Таблиця 4.2.*** Співвідношення індивідуалізованих і MSL-позовів

| | **Частка на ринку** | **Індивідуалізовані позови** | **MSL-позови** |
|---|---|---|---|
| $D_1$ | 50 % | 10 | 80 |
| $D_2$ | 30 % | 6 | 80 |
| $D_3$ | 15 % | 3 | 80 |
| $D_4$ | 5 % | 1 | 80 |

За таких умов валовий тягар відповідальності компанії $D_1$, становитиме:

$$10 \times 100\,000 + 0.5 \times (80 \times 100\,000) = 5 \text{ млн}, \quad (32)$$

а це точно дорівнює розміру шкоди, заподіяної компанією $D_1$. Те ж саме буде стосуватися і решти компаній. При цьому варто зазначити, що за інших рівних умов статистично найбільш вірогідним є якраз те, що кількості індивідуалізованих позовів до кожної із компаній будуть відноситися між собою так само, як ринкові частки відповідних компаній. Тому, на наше переконання, пересторога Роберта Корса є передчасною, і той факт, що прецедент *Sindell* допускає можливість пред'являти індивідуалізовані позови, не призведе до істотної різниці між валовим тягарем відповідальності виробника і розміром дійсно заподіяної ним шкоди.

Однак цього не можна сказати про інтерпретацію рішення, згідно з якою притягнуті до відповідальності компанії мають розподіляти між собою також і частку збитків, яка припала б на компанії, що не постали перед судом. Така інтерпретація завжди матиме наслідком диспропорцію між тягарем відповідальності і розміром завданої шкоди. Слушність протилежного тлумачення підтверджують і заключні слова судді С. Моска (S. Mosk), який виклав позицію більшості у справі *Sindell*: «Згідно із правилом, яке ми приймаємо, відповідальність кожного виробника буде приблизно дорівнювати збиткам, заподіяним DES його виробництва».[571]

**4.4.3. Економічний аналіз теорії.** Концепція MSL може бути пояснена також з точки погляду економічного аналізу права, хоча Суд у справі *Sindell* особливо не акцентував уваги на такому способі аргументації. З точки зору економічного аналізу деліктна відповідальність — це спосіб розподілу втрат, який має призводити до *оптимального* результату. Згідно з Ґ. Келебресі (G. Calabresi), є три варіанти, як розуміти оптимальність у цьому контексті. Перший: потрібно досягти якомога ефективнішого розміщення суспільних ресурсів; другий — якомога більше

[571] *Sindell v. Abbott Laboratories.*

розпорошити втрати від інцидентів; третій — відшкодовувати витрати за рахунок найбільш заможних.[572]

Ефективне розміщення ресурсів означає, що суспільні ресурси скеровуються туди, де вони принесуть найбільше користі. Вважається, що в умовах ринкової економіки ефективне розміщення ресурсів досягається через вільний вибір продукції споживачами. Однак ціна продукції має включати в себе усі наслідки її виробництва, адже тільки в такому разі вибір споживача є поінформованим і приводить до скерування ресурсів в оптимальному напрямку.[573]

Уявімо, що є дві нафтопереробні компанії: перша — виробляє якісне пальне, яке коштує 1 USD за літр, друга — виробляє неякісне пальне за ціною 0.75 USD за літр. Якщо використовувати неякісне пальне, двигун буде повсякчас виходити з ладу. Припустімо, що в перерахунку на кожен куплений літр неякісного пального власник автомобіля має витратити 0.3 USD на ремонт двигуна. Таким чином, реальна вартість неякісного пального становить 1.05 USD, однак споживачі цього не помітять, якщо друга компанія не може бути зобов'язана до відшкодування збитків, завданих пальним її виробництва. Відповідно, попит на неякісне пальне буде формуватися на основі неправдивої ціни і ресурси суспільства будуть скеровані на виробництво товару, який суспільство воліло б не споживати, якби мало повну інформацію про нього. У такому річищі деліктне право слід вважати оптимальним, якщо воно ґарантує, що шкода, яка завдається дефектною продукцією, включена в ціну цієї продукції. Для цього, відповідно, виробник повинен бути зобов'язаний до відшкодування збитків, які завдає його продукція.

Друге розуміння оптимальності засноване на тому, що збитки від інциденту будуть не такими болісними, якщо їх розподілити (розпорошити) між якомога більшою кількістю людей (інтерперсонально) і розтягнути на якомога довший проміжок часу (інтертемпорально).[574] Ясна річ, є різниця, коли людина в один день зразу втрачає 1000 USD і коли тисяча людей протягом року втрачають по 1 USD. Із такої точки зору деліктне пра-

---

[572] Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal, 70*(4), 499–553.

[573] Ibid., 500–505.

[574] Ibid., 517–519.

во повинно забезпечити, щоб тягар збитків покладався на того, хто зможе забезпечити їх подальше розпорошування в часі й за колом осіб. Очевидно, цю роль найкраще здатен виконати виробник шкідливої продукції, оскільки він може закласти витрати на відшкодування збитків в ціну продукції і тим самим розпорошити збитки між споживачами. Окрім того, він може застрахувати свою відповідальність (у такому випадку в ціну продукції буде закладено вартість страхування).

У справі *Sindell* є відсилання до позиції судді Трейнор (Traynor) у справі *Escola v. Coca Cola Bottling Co*[575], котрий зазначив:

> «Ті, хто зазнає шкоди від дефектної продукції, не готові до наслідків. Вартість ушкоджень, втрати часу і здоров'я можуть стати для потерпілого приголомшливим лихом, і марним водночас, позаяк ризик ушкоджень може бути застрахований виробником і розповсюджений серед громадськості як видатки підприємницької діяльності».

Досить виразно економічний аргумент прозвучав у іншій DES-справі, — *Collins v. Eli Lilly & Co.*:[576]

> «[к]оли обирати між потерпілим позивачем і ймовірно відповідальною фармацевтичною компанією, фармацевтична компанія краще здатна абсорбувати збитки від ушкоджень. Фармацевтична компанія може або застраховувати свою відповідальність і абсорбувати виплату компенсацій, або може перенести витрати на громаду споживачів як видатки виробництва. Ми вважаємо, що краще, коли фармацевтичні компанії або споживачі поділятимуть між собою збитки від ушкоджень, аніж коли тягар покладається виключно на безневинного позивача. Зрештою, вартість виплачуваних компенсацій працюватиме як стимул для фармацевтичних компаній належним чином випробовувати лікарські засоби, з якими вони виходять на ринок».

Що стосується так званого принципу «глибокої кишені» (збитки мають лягати на того, в кого статки більші), то цей принцип заснований на економічній концепції спадаючої гра-

---

[575] (1944) 24 Cal. 2d 453, 467–468 [150 P.2d 436].

[576] 116 Wis. 2d 166 (1984).

ничної корисності грошей.[577] Ані суд у справі *Sindell*, ані суди в інших справах прямо не посилались на цей аргумент. Тим не менше, цей аргумент згадує суддя Річардсон у своїй окремій думці, критикуючи позицію більшості в справі *Sindell*:

> «Теорія відповідальності за принципом "глибокої кишені", котра покладає відповідальність на відповідачів, бо вони багатші, має зрозумілу народну привабливість і може бути толерована у випадку наявності істотно вагоміших доказів причинності, аніж ті, що мають місце наразі. Проте як загальне припущення, заможність відповідача не є надійним індикатором його вини і не повинна мати значення, принаймні усвідомлено, у правничому аналізові проблеми».[578]

**4.4.4. Критика.** Чимало критики зазнав критерій, обраний Верховним Судом Каліфорнії для розподілу збитків між відповідачами. І хоча ця критика дуже часто небезпідставна, утім вона доволі парадоксальна. З одного боку, часто стверджується, що відносні частки на ринку встановити дуже складно.[579] Проведення відповідних досліджень забиратиме непомірно багато часу й ресурсів; кожна компанія, залучена як відповідач, буде надавати свої докази щодо власної частки і частки конкурентів, і це врешті-решт призведе до занадто тривалих проваджень і величезних витрат на судові процеси. З іншого боку, стверджується, що визначати відповідальність лише на підставі одного критерію — частки на ринку — є надмірним спрощенням дійсного стану речей; натомість пропонується враховувати цілу низку інших факторів, які в кінцевому підсумку повинні визначати відносний розмір ризику, який створила для суспільства певна компанія.

Так, наприклад, Роберт Корс вважає, що для точнішого підрахунку частки на ринку мають бути конвертовані в «причино-

---

[577] Calabresi, G. (1961), 527.

[578] Newcomb, J.B. (1981). Market Share Liability for Defective Products: An Ill-Advised Remedy for the Problem of Identification. *Northwestern University Law Review, 76*(2), 329–330.

[579] Ebke, W.F. (1999). Market Share Liability. *Journal of South African Law (Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg), 4*, 665, 671; Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985), 88, 98; Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 802; Marshack, R.A. (1982), 168.

ві частки» (*causation shares*), а ті, своєю чергою, — в «частки винуватості» (*culpability shares*). Стосовно «причинових часток» учений має на увазі, що препарат виробництва однієї компанії може бути безпечнішим (або, навпаки, шкідливішим) від препарату виробництва іншої компанії. Тому не слід обмежуватися лише кількістю одиниць товару на ринку, а натомість потрібно цю кількість (частку на ринку) множити на коефіцієнт шкідливості препарату по відношенню до препаратів інших виробників.[580] За інших обставин це твердження, безумовно, може бути слушним, проте у справі *Sindell* Суд виходив якраз із того, що DES різних виробників є однаково небезпечним, оскільки виготовляється за однією і тією ж хімічною формулою. Більше того, подальша судова практика подеколи розглядає однакову небезпечність продукції різних брендів узагалі як умову застосовності MSL.[581]

Далі, — зауважує Р. Корс, — може статися, що частина ліків була випущена виробником до того, як він дізнався або міг дізнатися, що вони небезпечні. Ця частина має бути вирахувана із загальної «причинової частки», і таким чином буде отримано «частку винуватості», яка, на думку вченого, і має правити за критерій розподілу відповідальності між притягнутими до суду відповідачами.[582]

Обширний перелік факторів до врахування наводить Верховний Суд Вісконсину у справі *Collins*:

> «Визначаючи відсоток відповідальності для кожного відповідача, присяжні можуть враховувати фактори, які включають, але не вичерпуються такими: чи провадила фармацевтична компанія випробування DES на предмет їхньої безпечності та дієвості для вагітних; якою мірою компанія брала участь в отриманні дозволу FDA на використання DES під час вагітності; чи мала компанія малу або велику частку на ринку у відповідній місцевості; чи була компанія лідером у виробництві й продажу DES, чи тільки наслідувала приклад інших; чи попереджала компанія про небезпеки використання DES; чи виробляла

[580] Kors, R. A. (1981), 945–947.

[581] Rose-Ackerman, S. (1990). Market-share allocations in tort law: Strengths and weaknesses. *The Law and Economics of Risk, 19*(2), 739–746, 739.

[582] Kors, R. A. (1981), 947–950.

або продавала компанія DES після того, як дізналася або повинна була дізнатися про оприлюднені дані щодо потенційної шкідливості препарату; і чи вживала компанія активних дій задля зменшення шкоди громадськості».[583]

Прикметно, що цей довгий список (котрий, серед іншого, включає також і розмір ринкової частки) наводиться Верховним Судом Вісконсину у тому ж рішенні, в якому Суд вказує:

«Визначення ринку і розподіл ринкових часток видається нам майже нездійсненним завданням, якщо робити це чесно й точно задля того, щоб вирахувати ймовірність того, що відповідач заподіяв позивачеві ушкодження. Далі, ми вважаємо, марнування судових ресурсів, властиве, по суті, другому "міні-провадженню", спрямованому на визначення ринкових часток, є обставиною, що не дає цьому суду прийняти відповідний підхід».[584]

Ще один важливий нюанс стосовно критерію ринкових часток полягає в тому, що суд у справі *Sindell* залишив відкритим питання про географічне визначення ринку.[585] Тобто, має ітися про ринок США загалом (національний), ринок окремого штату, округу, міста чи, можливо, окрему аптеку. Звісно, що вужчим є географічне визначення ринку, то тісніший зв'язок між часткою виробника на ринку і ймовірністю того, що позивачеві ушкодження були викликані препаратом саме цього виробника. Але чи повинно саме це відігравати вирішальну роль в розподілі відповідальності, чи натомість перевагу слід віддати макроекономічним показникам, які забезпечать у глобальному масштабі відповідність між валовим тягарем відповідальності окремого виробника і розміром завданої ним шкоди. Апеляційний суд штату Нью-Йорк у справі *Hymowitz v. Lilly & Co*[586] обрав другий варіант.[587] Суд вирішив, що до уваги має братися національний ринок препарату:

---

[583] *Collins v. Eli Lilly & Co.* 116 Wis. 2d 166 (1984).

[584] Ibid.

[585] Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985), 88.

[586] 73 N.Y.2d 487 (1989).

[587] Symposium. (1989). The problem of the indeterminate defendant: Market share liability theory. *Brooklyn Law Review, 55*, 863–868, 863–868.

> «Отож, переважно із практичних міркувань, ми приймаємо теорію MSL беручи до уваги національний ринок. Ми свідомі того, що прийняття за критерій національного ринку ймовірно призведе до диспропорції між відповідальністю окремого виробника і збитками, що завдані виробником у цьому штаті. Власне, наша теорія MSL не може ґрунтуватися на вірі в те, що із розглядом значної кількості справ відповідальність буде кореспондувати причинності в цьому штаті. Так само використання національного ринку як критерію не забезпечить розумний зв'язок між відповідальністю і ризиком, що його створив відповідач для конкретного позивача. Натомість ми обираємо розподілити відповідальність так, щоб вона відповідала загальній винуватості відповідача, котра вимірюється через обсяг ризику ушкоджень, який створив кожен відповідач у масштабах суспільства в цілому».[588]

Такий підхід, однак має наслідком те, що компанія не може уникнути відповідальності, навіть якщо доведе, що DES її виробництва ніколи не продавався у тій місцевості, де проживала мати позивачки під час вагітності.[589] На противагу зазначеному, суд у справі *Sindell* визнає таке право за відповідачами. Критичний аналіз позиції Апеляційного суду штату Нью-Йорк наводиться в роботі Вільяма Вілсона (William D. Wilson).[590]

Цікаво зауважити на тому, як порівняння справи *Sindell*, з одного боку, і справи *Hymowitz*, — з іншого, показує зміну акцентів у дискурсі довкола проблеми ідентифікації відповідача. У справі *Sindell* дискурс будується довкола розуміння причинного зв'язку і концепція MSL визнається справедливою тому, що для кожного відповідача його ринкова частка фактично репрезентує коефіцієнт ймовірності того, що причинний зв'язок між його діями і шкодою позивача — наявний. Натомість у справі *Hymowitz* та ж таки концепція MSL приймається з іншої причини: бо вона встановлює відповідальність, рівновелику до небезпеки, якій було піддано громадськість через дефектний препарат певного виробника. Відчувається зміщення акценту: у справі *Sindell* ідеться про відповідальність за дійсно завдану

---

[588] *Hymowitz v. Lilly & Co.*

[589] Symposium. (1989), 866.

[590] Wilson, W. D. (1990). Market share liability — Did New York go too far? *Hymowitz v. Eli Lilly & Co. St. John's Law Review, 64*(2), 363–377.

шкоду, яка, утім, через невизначеність відповідача, достосовується до імовірності причинного зв'язку між шкодою і кожним окремим відповідачем. Натомість, у справі *Hymowitz* ідеться радше про відповідальність за саме створення небезпеки для громадськості (спричинення ризику завдання шкоди).

Цікаві наслідки з точки зору стимулів процесуальної активності сторін має правило прецеденту *Sindell*, згідно з яким позивач має притягнути до суду виробників, що сумарно становлять «істотну частку» ринку. По-перше, Суд не дав точного визначення «істотної» частки.[591] Напевне, цей вислів слід розуміти як частку, що перевищує 50 %, адже в такому разі згідно зі стандартом переважаючої імовірності більш вірогідно, що хтось із притягнутих до суду заподіяв шкоду, аніж те, що її заподіяв хтось, хто не постав перед судом.[592] Далі, якщо тлумачити прецедент *Sindell* так, що притягнуті до суду мусять відшкодувати 100% шкоди позивача (незалежно від того, що їхня сумарна частка на ринку може бути меншою), то в такому разі позивач не має стимулів притягувати до суду відповідачів більше, ніж це мінімально необхідно. Тобто, може статися, що позивач пред'явить позов до кількох відповідачів, сумарна частка яких трішки більша за 50 %. У такому разі кожен із них муситиме відшкодувати частину збитків, майже вдвічі більшу від його ринкової частки.[593] За такого тлумачення стимул притягувати інших відповідачів покладається на відповідачів, уже вказаних у позові.

На противагу зазначеному, якщо тлумачити прецедент *Sindell* так, що притягнуті до суду мусять відшкодувати тільки частину шкоди, що пропорційна їхній сумарній частці на ринку, то в такому разі саме позивач зацікавлений в тому, щоб притягнути до суду стільки виробників, скільки взагалі можливо.

Зрештою, у деяких випадках потерпілій стороні може виявитися невигідним точно знати виробника препарату, який вживала її мати. Так буває, якщо цей виробник на момент діагностування хвороби в потерпілої вже припинив своє існування. Це ставить тих, хто може ідентифікувати виробника, у не-

---

[591] Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985), 102.

[592] Ebke, W.F. (1999). Market Share Liability. *Journal of South African Law (Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg), 4*, 665, 671; Prosser, W.L., & Keeton, P. (1984). *Torts* (5th ed.). West Pub. Co., 714.

[593] Marshack, R.A. (1982), 163.

вигідне становище по відношенню до тих, хто не здатен цього зробити, що нелогічно.[594]

У деяких штатах для застосування MSL суди вимагають від позивачок довести, що вони вичерпали всі можливості в намаганні ідентифікувати виробника.[595]

Інші суди, натомість, зробили іще більшу поступку на користь потерпілих від DES, аніж суд у справі *Sindell*. Так, наприклад, Верховний Суд Вашингтону у справі *Martin v. Abbott Laboratories*[596] дійшов висновку, що позов достатньо пред'явити хоча б до одного виробника, а далі діятиме презумпція, згідно з якою увесь розмір збитків має бути розподілений рівномірно між усіма відповідачами, якщо тільки вони не доведуть, що розмір їхніх ринкових часток є насправді меншим. За такого підходу, по-перше, притягнуті до суду відповідачі зацікавлені в тому, щоб залучати інших відповідачів; по-друге, тягар доказування розміру ринкових часток покладається також на відповідачів.[597] Значною мірою такий підхід виправдовується тим, що виробники знаходяться в кращому становищі для доказування розміру ринкових часток, бо ж їм краще знати, яку кількість препарату вони продали у відповідний період.

**4.4.5. Уплив DES-справ на судову практику.** Здобутки судової практики щодо вирішення DES-справ знайшли відображення у Зводі (третьому) деліктного права (Restatement (Third) of Torts). У коментарі до § 15 Зводу зазначено:

> «Вирішуючи, чи сприймати принцип [MSL], суди брали до уваги такі фактори: (1) родовий характер продукції; (2) тривалу латентність шкоди; (3) нездатність позивача з'ясувати, продукція котрого з відповідачів завдала шкоди, навіть після вичерпного дослідження; (4) доведеність причинного зв'язку між дефектною продукцією і шкодою, якої зазнали позивачі; (5) відсутність медичних чинників або чинників навколишнього середовища, котрі могли б викликати ту ж саму шкоду або істотно спричинитися до її виникнення; і (6) доступність достатньої

[594] Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 802.

[595] Ebke, W.F. (1999), 676.

[596] 102 Wash. 2d 581, 689 P.2d 368 (1984).

[597] Ebke, W.F. (1999), 674; Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985), 101.

кількості даних щодо "ринкових часток", яка б забезпечила раціональний розподіл відповідальності».

Утім суди лише п'яти штатів сприйняли концепцію MSL (з тими або іншими модифікаціями).[598] Решта — відмовилися її застосовувати у своїй практиці. Аргументом проти MSL часто служить те, що MSL — це занадто радикальний відступ від загальних принципів деліктного права, а тому його запровадження — справа законодавця, який повинен урахувати всі можливі міркування економічної і правової політики.[599] Інший аргумент — це твердження про те, що MSL покладає надмірний тягар на фармацевтичні компанії, що може зробити для них невигідним дослідження й виробництво нових препаратів.[600] Як контраргумент, прибічники концепції стверджують, що запровадження MSL спонукатиме фармвиробників не припинити дослідження (R&D), а виробляти безпечніші препарати. Цікавий аналіз стимулів для фармвиробників в умовах MSL пропонують Міллер (K.C. Miller) і Генкок (J.D. Hancock), які зауважують, зокрема, на тому, що MSL матиме різний вплив на великі і малі компанії. Щодо малих компаній існує загроза «проїзду зайцем», оскільки підвищення безпечності препарату малим виробником матиме дуже незначний вплив на обсяг його відповідальності, а тому малий виробник не матиме достатніх стимулів інвестувати в безпечність продукції.[601]

Було чимало спроб застосувати концепцію MSL до інших речовин, окрім DES. Зокрема, до азбесту, силіконових імплантів, свинцевих фарб, донорської крові, латексних рукавичок, тютюнових виробів, пестицидів і метил-трет-бутилового ефіру (MTBE), що потрапляв у ґрунтові води.[602] І хоча далеко не всі

---

[598] Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 799.

[599] Ebke, W.F. (1999), 681; Madden, M.S. & Holian, J. (2007), 802; Schultz, D. M. (1991). Market share liability in DES cases: The unwarranted erosion of causation in fact. *DePaul Law Review*, 40, 771–817.

[600] Marshack, R.A. (1982), 172; Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985), 91, 101.

[601] Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985), 102–112.

[602] Damorn, E.H. (2006). Reviving the Market for Liability Theories: The Commingled Product Theory of Market Share Liability Enters the Judicial Lexicon. *Pennsylvania State Law Review, 111*, 505–525; Gifford, D.G., & Pasicolan, P. (2006). Market Share Liability Beyond DES Cases: The Solution to the Causation Dilemma in Lead Paint Litigation. *South Carolina Law Review, 58*, 115–159; Giliberti, F.J. (1999). Emerging Trends for Products Lia-

спроби виявилися успішними, ніхто не може заперечувати, що справа *Sindell* відкрила шлях для кардинально нового погляду на проблему нез'ясовної причинності і надихнула вчених і суддів по всьому світу до подальших розмислів над нею.

## § 4.5. Доктрина втраченого шансу[603]

**4.5.1. Реконцептуалізація проблеми нез'ясовного причинного зв'язку.** Припустімо, що є деяка тяжка хвороба X. Шанси вилікуватися від цієї хвороби невисокі і залежать від того, як рано її діагностовано. Скажімо, якщо її вдається виявити на першій стадії, то одужує сорок пацієнтів зі ста; якщо ж її виявлено на другій стадії — одужує лише двадцятеро. Припустімо далі, що до лікаря звернувся пацієнт на першій стадії цієї хвороби, однак лікар неуважно поставився до скарг пацієнта і поставив помилковий діагноз, не виявивши хворобу X. Через деякий час пацієнт звертається до іншого лікаря із тими ж скаргами. І на цей раз хворобу виявляють. Проте за час, що минув, хвороба вже розвинулася до другої стадії, і пацієнта не вдається врятувати попри всі зусилля лікарів. Вдова звертається із деліктним позовом до першого лікаря, вимагаючи відшкодування шкоди, завданої смертю.

Чи можна сказати, що причиною смерті став помилковий діагноз? Очевидно, що ні. Бо навіть якби діагноз було поставле-

---

bility: Market Share Liability, Its History and Future. *Touro Law Review, 15*, 725–734; Greer, B.T. (2007). Market share liability shouldn't die: Proposed application to agricultural pesticides and the need to refine the apportionment of liability. *San Joaquin Agricultural Law Review, 17*, 85–108; Lawson, S. (2011). The conundrum of climate change causation: Using market share liability to satisfy the identification requirement in *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Co. Fordham Environmental Law Review, 22*, 433–492; Perillo, L.A. (2004). Scraping beneath the Surface: Finally Holding Lead-Based Paint Manufacturers Liable by Applying Public Nuisance and Market-Share Liability Theories. *Hofstra Law Review, 32*, 1039–1093; Rostron, A. (2004). Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products. *UCLA Law Review, 52*, 151–215.

[603] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у таких працях: Карнаух, Б. П. (2021). Доктрина втраченого шансу в англійському праві: у пошуках виправдання диференційованого підходу. *Економічна теорія та право*, 2(45), 114–129; Карнаух, Б. П. (2021). Доктрина втраченого шансу у практиці американських судів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*, Вип. 65, 112–117.

но від самого початку правильно, шанс на одужання був лише 40 %, а це означає, що за стандартом переважаючої імовірності причинний зв'язок між хибним діагнозом і смертю не доведений.

Оскільки причинного зв'язку між хибним діагнозом і летальним наслідком немає, шкода, завдана таким наслідком, не підлягає відшкодуванню.

Але що, коли розглядати як шкоду не сам кінцевий результат — у даному випадку смерть — а як *втрату шансу* уникнути цього результату? Так, дійсно, хибний діагноз не спричинив смерть, але він спричинив зменшення шансів уникнути смерті, і це зменшення підлягає обрахунку: шанси, які мав би пацієнт, якби діагноз було поставлено правильно при першому зверненні (40 %), мінус шанси, які він дістав на момент другого звернення (20 %). У наведеному прикладі втрачений шанс становить 20 %.

Якщо визнати, що втрата шансу уникнути шкоди (або, що те ж саме, — втрата шансу на сприятливий результат) сама по собі є компенсабельною шкодою (нарівні з несприятливим результатом як таким), то це дозволить обійти проблему недоказовості причинного зв'язку у подібних справах. При цьому, однак розмір відшкодування буде визначатися шляхом множення суми відшкодування за несприятливий результат на розмір втраченого шансу цього результату уникнути. Тобто, якщо компенсація за шкоду, завдану смертю, становить 1 млн грн, то компенсація за втрату двадцятивідсоткового шансу уникнути смерті становить 200 тис. грн.

З одного боку, доктрина втраченого шансу — це про поняття шкоди, адже, по суті, пропонується доповнити перелік видів компенсабельної шкоди новою категорією — втрата шансу. Але з іншого боку, ця доктрина — про причинний зв'язок, адже проблема, яка викликала її до життя — пов'язана із неможливістю довести причинність у деяких складних категоріях справ.[604] І головне призначення доктрини — подолати цю неможливість, що досягається шляхом *реконцептуалізації* проблеми: тобто переосмислення практичної перешкоди, яка виникла

[604] Turton, G. (2012). *A critical analysis of the current approach of the courts and academics to the problem of evidential uncertainty in causation in tort law* [Doctoral dissertation]. University of Birmingham. Available from https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/3943, 107.

в контексті доказування причинності, під новим кутом зору — у контексті поняття шкоди.

Аналогічно першому прикладу, втрата шансу може мати місце також у випадку недбалості адвоката. Уявімо, що адвокат через неуважність не пред'явив позов своєчасно і проґавив строк позовної давності, внаслідок чого клієнт втратив можливість судового захисту своїх прав. У такому разі клієнт не може вимагати від адвоката відшкодування у розмірі повної ціни позову, адже навіть якби позов було пред'явлено вчасно, немає гарантії, що його було б задоволено. Однак що клієнт дійсно втратив, так це шанс на задоволення його позову.

Третя категорія справ, до якої доктрина доречна — це справи, пов'язані з участю в різноманітних конкурсах. Як, наприклад, коли молода жінка потрапляє в аварію якраз напередодні конкурсу краси, у якому вона мала брати участь. Винуватець аварії не може відповідати за те, що жінка не виграла конкурс, адже навіть якби вона взяла в ньому участь, ніхто не може достеменно знати, чи було б саме її обрано переможницею. Проте необережний водій винен у тому, що позбавив жінку самої можливості взяти участь у конкурсі, а разом із нею — і шансу на перемогу в ньому. І цей шанс дечого вартує.

Окрім названих трьох категорій (недбалість лікаря, недбалість адвоката і справи про конкурси) Т. Каднер Ґраціано (T. Kadner Graziano) виокремлює іще четверту категорію справ, яку він називає гібридною. До цієї категорії автор відносить, зокрема, справи, що стосуються лотерей.[605] Як коли, через поведінку відповідача, позивач втрачає шанс перемогти в лотереї.

Ставлення до доктрини втраченого шансу у різних правопорядках — різне: від загального заперечення до найширшого застосування. Є чимало країн, де доктрина втраченого шансу застосовується в одних справах, але не застосовується в інших. Для порівняльного зрізу візьмімо за основу три означені категорії справ, у разі потреби доповнюючи їх аналізом четвертої гібридної категорії.

---

[605] Kadner Graziano, T. M. (2007). The "loss of a chance" in European private law — "All or nothing" or partial compensation in cases of uncertain causation. In L. Tichy (Ed.), *Causation in law* (pp. 124–127). Univerzita Carlova, 124–127.

## 4.5.2. Англія

**4.5.2.1. Огляд прецедентного права.** В англійському праві втрата шансу визнається компенсабельною шкодою у справах про конкурси і про недбалість адвокатів, але не визнається — у справах про недбалість лікарів. Тому, говорять, що в цьому смислі англійське право суворіше до адвокатів, ніж до лікарів.[606]

Хрестоматійною стала давня справа *Chaplin v Hicks*.[607] У цій справі знаний актор і театральний менеджер Сеймур Хікс організував конкурс краси, що мав проводитися в кілька етапів. Спершу усім охочим жінкам пропонувалося надіслати свої фотографії, які потім було розміщено в газеті. За результатами голосування читачів із усіх конкурсанток було обрано п'ятдесят. Ці п'ятдесят учасниць далі запрошувалися на інтерв'ю, за підсумками якого було обрано 12 переможниць. Пані Чаплін подала свою фотографію до участі в конкурсі і потрапила до числа п'ятдесяти жінок, яким було призначено інтерв'ю. Однак через недбалість організатора запрошення на інтерв'ю не було отримане нею вчасно, і вона втратила можливість презентувати себе на цьому, фінальному етапі конкурсу. Апеляційний Суд дійшов висновку, що оскільки на фінальному етапі із п'ятдесяти конкурсанток було обрано дванадцять, кожна жінка, яка потрапила до числа п'ятдесяти мала шанс приблизно один до чотирьох на перемогу. На цій підставі на користь позивачки, пані Чаплін, було стягнуто 25% того, що вона б отримала, якби перемогла.

До цієї ж категорії — справ про конкурси — можна віднести і справу *Spring v Guardian Assurance plc*.[608] У цій справі позивач, пан Спрінґ, працював на компанію-відповідача, продаючи поліси особистого страхування. Згодом його було звільнено і він узявся шукати роботу в інших страхових компаніях. Відповідно до правил, які діяли в індустрії, страхові компанії мусили надавати характеристики своїм колишнім працівникам для того, аби інші компанії мали якомога повнішу інформацію про пошукувачів, яких вони розглядають на посаду.

Компанія-відповідач надіслала іншим компаніям характеристику пана Спрінґа, у якій містилася низка неправдивих

---

[606] Ibid., 137.

[607] [1911] 2 KB 786.

[608] [1994] UKHL 7, [1995] 2 AC 296.

і шкідливих для нього оцінок, ніби він поводився непорядно у своїй діловій практиці. З огляду на таку характеристику, коли пан Спрінґ подавав свою заявку на вільну вакансію, йому відмовляли. Отож він звернувся до колишнього роботодавця із позовом про відшкодування шкоди, завданої недбалим складенням характеристики (суд встановив, що неправдива інформація була зазначена ненавмисне).

Заперечуючи проти позову, відповідач зазначав, що для того, аби такий позов було задоволено, позивач повинен довести, що компанії, до яких він подавав заявки, прийняли б його на роботу, якби тільки не злощасна характеристика. Однак Палата Лордів відхилила цей аргумент. Лорд Лорі (Lowry) щодо цього зауважив:

> «Якщо встановлено, що обов'язок обачності існував, і відповідачева недбалість доведена, позивач має тільки продемонструвати, що через цю недбалість він утратив розумний шанс на працевлаштування (який би підлягав оцінці) і таким чином зазнав шкоди... Він не повинен доводити, що якби не недбала характеристика, то Scottish Amicable його б найняли».

Щодо недбалості адвокатів знаковою стала справа *Kitchen v Royal Air Force Association*.[609] У цій справі через несправність електричного щитка чоловік дістав смертельного розряду електричним струмом у себе вдома. Вдова померлого звернулася до соліситорів, маючи на меті пред'явити позов до електричної компанії. Проте соліситори через недбалість пропустили строк для звернення до суду і, як наслідок, право на позов було погашене давністю. На цій підставі позивачка вимагала відшкодування від соліситорів, мотивуючи це тим, що з їхньої вини вона втратила право на позов до електричної компанії. Апеляційний Суд стягнув на користь позивачки 2/3 від розміру компенсації, який би вона отримала від електричної компанії, оцінивши шанси на задоволення такого позову як два до трьох.

На противагу зазначеним справам, у випадках, коли йдеться про недбалість медичного персоналу, англійські суди не визнають втрату шансу за самостійний вид компенсабельної шкоди. У цьому річище в літературі головно обговорюються дві

---

[609] [1958] 1 WLR 563.

ключові справи — *Hotson v East Berkshire Area Health Authority*[610] і *Gregg v Scott*.[611]

У справі *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* тринадцятирічний хлопчик, граючись у шкільному дворі, упав із дерева, внаслідок чого стався гострий перелам епіфіза[612] лівої стегнової кістки. Його доправили до шпиталю, що належав до відання відповідача. Працівники шпиталю оглянули хлопчика, проте не діагностували перелам і відправили його додому. Через п'ять днів по тому хлопчик відчув гострий біль і його знову було доправлено на обстеження. Цього разу було зроблено рентген і встановлено правильний діагноз. Хлопчикові зробили операцію, проте уникнути аваскулярного некрозу (омертвіння частини кістки через недостатнє кровозабезпечення) не вдалося. Позов було пред'явлено до Управління охорони здоров'я Східного Беркширу.

Під час розгляду справи у першій інстанції суддя, дослідивши висновки експертів від обох сторін, дійшов висновку, що якби перелам діагностували одразу, то з імовірністю 75% аваскулярний некроз все одно б стався. Але це так само означає, що був шанс у 25% уникнути некрозу. І цей шанс, на думку судді, хлопчик втратив з вини лікарів. І позаяк шкода від некрозу була оцінена в £46 000, суддя ухвалив стягнути на користь позивача 25% від цієї суми — £11 500. Апеляція відповідача була відхилена Апеляційним Судом.

Проте із цими висновками не погодилася Палата Лордів, і рішення в частині відшкодування за втрачений шанс було скасовано. Палата Лордів дійшла висновку, що причинність у цій справі мала досліджуватися на основі стандарту переважаючої ймовірності (*balance of probabilities*, BoP). І за цим стандартом шанси, які хлопчик мав на момент першого звернення до лікаря, вказували на те, що з більшою вірогідністю некроз мав би місце навіть за умови правильного діагнозу.

У справі *Gregg v Scott* пан Малкольм Ґреґ звернувся до лікаря, пана Скота, зі скаргою на ущільнення під лівою пахвою. Обстеживши пацієнта, лікар виснував, що ущільнення — це доброякісний жировик (ліпома). Утім через дев'ять місяців по

---

[610] [1987] 2 All ER 909.

[611] [2005] UKHL 2.

[612] Епіфіз — голівка кістки, яка формує суглоб із суміжною кісткою.

тому з'ясувалося, що діагноз був помилковим, що насправді це утворення було злоякісною пухлиною і в пана Ґреґа — онкологічне захворювання: неходжкінська лімфома. Протягом дев'яти місяців хвороба ширилася, розповсюдившись на ліву частину грудей. За оцінками експертів, що були досліджені судом, шанси на одужання знизилися із 42 %, на момент першого звернення до лікаря, до 25 % на момент розгляду справи судом. Звернувшись до суду, пан Ґреґ вимагав відшкодування за те, що його шанси на одужання знизилися на 17 %.

Суддя, що розглядав справу у першій інстанції, відмовив у задоволенні вимоги про відшкодування шкоди, завданої втратою шансу, обґрунтовуючи такий висновок посиланням на прецедент у справі *Hotson*. Апеляція відповідачів була відхилена Апеляційним Судом. Палата Лордів підтримала висновки нижчих судів.

**4.5.2.2. У пошуках пояснення диференційованого підходу.** З огляду на наведену практику англійських судів закономірно постає питання: як пояснити різне ставлення до — на перший погляд — доволі схожих справ? Чому у справах про конкурси і адвокатську недбалість втрата шансу визнається компенсабельною, а у справах про лікарську недбалість — ні? Спробам пояснити це розмежування, а зарівно і спробам обґрунтувати його хибність, присвячено чимало сторінок англомовної літератури.[613]

Напевне, першим впадає в око те, що суди визнавали втрату шансу компенсабельною у справах, *які стосувалися чисто економічних втрат, і не визнавали — у справах про шкоду життю чи здоров'ю*. Так, у справі *Chaplin* перемога в конкурсі краси обіцяла переможниці нову роботу акторки, а з нею й економічні вигоди; у справі *Spring* — ішлося про робоче місце, яке б приносило позивачеві заробіток, а у справі *Kitchen* було втрачено право грошової вимоги до деліквента. Таким чином,

---

[613] Див.: Beever, A. (2005). Gregg v. Scott and loss of a chance. *University of Queensland Law Journal, 24(1)*, 201–212; Fordham, M. (2005). Loss of Chance — A Lost Opportunity? Gregg v. Scott. *Singapore Journal of Legal Studies,* July 2005, 204–217; Miller, C. (2005). Gregg v. Scott: Loss of chance revisited. *Law, Probability & Risk, 4,* 227–235; Reece, H. (1996). Losses of Chances in the Law. *The Modern Law Review, 59*(2), 188–206; Stapleton, J. (1988). The Gist of Negligence. *Law Quarterly Review, 104*, 389–409; Stapleton, J. (2005). Loss of the chance of cure from cancer. *Modern Law Review, 68*(6), 996–1006.

можна припустити, що критерієм розмежування слугує характер шкоди:[614] доктрина втраченого шансу застосовна лише тоді, коли шкода полягає у чисто економічних втратах, тобто у втратах фінансового характеру, які при цьому не пов'язані із пошкодженням речей матеріального світу або шкодою здоров'ю. Зазвичай такі втрати зводяться до упущеної вигоди.

Але якщо так, то виходить, що фінансові інтереси охороняються більше за життя і здоров'я. На обґрунтування цього несподіваного розмежування зазначається, що шанс отримати гроші — це теж гроші, а от шанс одужати — це не те саме, що бути здоровим. Іншими словами, можливість отримати гроші в майбутньому — це майно, або актив, так само як і самі гроші. І при цьому це майно має свою вартість і обертається на ринку: купується і продається, як і будь-яке інше майно. Так, люди охоче купують лотерейні квитки, і тим самим платять не за що інше, як за шанс отримати гроші. Отже, шанс отримати гроші має свою вартість на ринку і в цьому смислі не відрізняється від будь-якого іншого майна (в тому числі і грошей як таких). На відміну від цього, шанс на одужання, як стверджується, посутньо відмінний від самого здоров'я і тому «правовий режим» цього шансу не тотожний «режимові» здоров'я як такого. Цей аргумент наводить Тоні Вейр (Tony Weir), на якого посилається Баронеса Хейл (Baroness Hale) у справі *Gregg*.[615]

Проте такі міркування важко визнати переконливими, насамперед через те, що шанс на одужання не тільки має свою цінність (що не підлягає жодному сумніву), але і продається за гроші. Що саме, як не купівля шансу, має місце, коли тяжкохвора особа витрачає кошти на експериментальне лікування, знаючи наперед, що воно не може гарантувати результат?! Та й загалом, не тільки експериментальне, але й будь-яке лікування, оскільки воно не гарантує результат, становить, отже, спробу покращити перспективи пацієнта, підвищивши його шанс на одужання. Під таким кутом зору, шанси на одужання мають не лише цінність, але й ціну і в цьому смислі не відрізняються від шансів на дохід. І хоча шанси на одужання

---

[614] Burrows, A. (2011). Comparing compensatory damages in tort and contract: Some problematic issues. In S. Degeling, J. Edelman, & J. Goudkamp (Eds.), *Torts in commercial law* (pp. 367–390). Law Book Co.; Fordham, M. (2005), 205, 209.

[615] *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2, § 219.

не можна назвати майном, але і здоров'я не можна назвати майном, та все ж воно охороняється деліктним правом. І якщо суть розмежування в кінцевому підсумкові — це майнові інтереси проти особистих немайнових, то перевага має бути явно не на користь перших.

Це підводить нас до ще однієї лінії міркувань. А що коли «змінити прописку» проблеми, перенісши її з етапу установлення наявності шкоди на етап калькуляції відшкодування?[616] Для цього потрібно було б довести, що недбалість відповідача спричинила деяку фізичну шкоду потерпілому чи його майну, а втрачені шанси — це лише супутні наслідки цієї фізичної шкоди і вони враховуються тільки для того, аби точно визначити розмір присуджуваної компенсації (але самі втрачені шанси при цьому не є окремим різновидом шкоди). Степлтон називає це «аргументом гачка»,[617] так ніби фізичне ушкодження (особи чи майна) виступає в ролі гачка, за який можна «зачепити» і шкоду у вигляді втрачених шансів, і в такий спосіб витягти втрату шансів у «зону відшкодовності».[618]

«Аргумент гачка» спирається на усталену практику англійських судів, згідно з якою у разі, коли достеменно доведено наявність шкоди, суди не вбачають проблеми в тому, щоб на етапі визначення розміру відшкодування враховувати імовірність тих або інших подій, які могли б швидше чи пізніше призвести до таких же наслідків (які зараз переживає потерпілий). Це стосується насамперед справ про завдання тілесних ушкоджень, які тягнуть за собою втрату працездатності. Обраховуючи суму компенсації у таких справах, суди враховують так звані «примхи долі», тобто роблять знижку з огляду на імовірність того, що особа в майбутньому (після інциденту) могла б утратити працездатність і з інших, випадкових причин.

Тож, якщо розмір відшкодування може бути зменшений з огляду на існування шансу того, що в майбутньому особа все-

---

[616] Докладно про відмежування проблеми калькуляції від проблеми установлення причинного зв'язку див.: King, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal, 90*(6), 1353–1397.

[617] Stapleton, J. (2005). Loss of the chance of cure from cancer. *Modern Law Review, 68*(6), 996–1006.

[618] Turton, G. (2012), 112–114.

одно могла б зазнати тієї ж шкоди, але з інших причин, то чому б не брати до уваги існування таких шансів у минулому, тобто в момент заподіяння шкоди? Це підводить нас до ще одного критерію, за яким пропонується вирішувати проблему відшкодовності або невідшкодовності втрачених шансів, а саме — розмежування подій минулого та майбутнього. Про цей критерій ітиметься невдовзі, однак повертаючись до «аргументу гачка», слід підкреслити, що для його застосування потрібно довести, що недбалість відповідача заподіяла фізичну шкоду, тобто призвела до негативних змін в організмі потерпілого. Іншими словами, слід довести, що делікт є доконаним (всі складники підстави позову наявні) навіть і без визнання втрачених шансів різновидом компенсабельної шкоди.

Чи можна було це зробити у справах *Hotson* і *Gregg*? З одного боку, первісно шкода здоров'ю потерпілих виникла без вини відповідачів. У першій справі перелам стався через нещасний випадок на дитячому майданчику; у другій — шкода полягала у злоякісному утворенні в організмі, яке виникло без вини лікаря. Однак з іншого боку, зволікання із лікуванням, зумовлене хибним діагнозом, могло призвести до шкідливих змін в організмі, які в такому разі і претендують на роль шкоди, щоб тим самим довершити набір елементів, необхідних для підстави позову. Такий хід міркувань плавко лягає на обставини справи *Gregg*, адже у цій справі зволікання призвело до розповсюдження раку на ліву частину грудей. Таким чином, можна було б сказати, що шкода полягає не у втраті шансів (відшкодовність яких є сумнівною), а в розповсюдженні раку (що, безумовно, становить собою шкідливу і фізично реєстровану зміну в організмі, і в цьому смислі має без вагань визнаватися компенсабельною шкодою), тимчасом як втрата шансів становить собою лише побічний наслідок цієї шкоди і тому має бути врахована на етапі визначення розміру справедливої компенсації за завдану шкоду. Такий аргумент дійсно наводився у справі *Gregg* і, на думку Кріса Міллера (Chris Miller), він мав привести позивача до успіху.[619]

Проте в кінцевому підсумкові Палата Лордів відхилила цей аргумент. Баронеса Хейл (Baroness Hale) зізналася, що трива-

[619] Miller, C. (2005). Gregg v. Scott: Loss of chance revisited. *Law, Probability & Risk*, 4, 227–235.

лий час аргумент їй теж здавався слушним, проте згодом вона все ж схилилася у протилежний бік.[620] Вона зауважила, що для того, аби побічні наслідки шкоди були компенсабельними, вони все-таки мають бути наслідками цієї шкоди. Тобто має бути доведено причинний зв'язок між фізичним ушкодженням (як безпосередньою шкодою) та його побічними наслідками. Натомість, на думку Баронеси Хейл, у справі *Gregg* цього не було зроблено. Тобто, не було певності щодо того, що навіть за умови своєчасного лікування хвороба не розвивалася б точно таким же чином.[621]

Разом з тим, вона зауважила, що зволікання таки могло мати певні побічні наслідки, які підлягають відшкодуванню. Такими наслідками можуть бути *додаткові* біль і страждання від більш інтенсивного курсу лікування (якщо його можна було б уникнути в разі своєчасного діагностування хвороби). І якщо своєчасне лікування могло б подовжити тривалість ремісії, то це теж має бути враховано.[622]

Ще один пропонований спосіб, як пояснити протилежні висновки в англійських справах про втрачені шанси, полягає в тому, що слід розмежовувати *факти минулого*, з одного боку, і *гіпотетичні факти* — з іншого.[623]

Факти минулого — це факти, які уже відбулися в минулому. Натомість гіпотетичні факти — це факти, які могли б відбутися у минулому, або могли б відбутися у майбутньому за тих або інших умов (які, однак не справдилися). Що аваскулярний некроз був викликаний падінням із дерева — це факт минулого, він уже відбувся; на противагу цьому, перемога пані Чаплін у конкурсі краси — це гіпотетичний факт, він не відбувся, а тільки

---

[620] *Gregg v Scott,* § 200.

[621] Ibid., § 202.

[622] Ibid., § 206.

[623] Див.: Burrows, A. (2011). Comparing compensatory damages in tort and contract: Some problematic issues. In S. Degeling, J. Edelman, & J. Goudkamp (Eds.), *Torts in commercial law* (pp. 367–390). Law Book Co.; Stanton, K., & Dugdale, A. (1989). *Professional negligence* (2nd ed.). Butterworths, 289; Hill, T. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review, 54*(4), 511–523; Hill, T. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review, 54*(4), 511–523; Stauch, M. (1997). Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies, 17,* 205–225, 218; Miller, C. (2005). Gregg v. Scott: Loss of chance revisited. *Law, Probability & Risk*, 4, 227–235, 230.

міг би відбутися за певних умов (якби вона своєчасно отримала запрошення і з'явилася до участі в інтерв'ю).

Принцип полягає в тому, що коли йдеться про факти минулого, то суд має застосувати стандарт BoP і може дійти тільки одного із двох висновків — або цей факт мав місце, або що він не мав місця. Натомість, якщо ідеться про гіпотетичні факти, то тут за судом визнається право ухвалити присуд із посиланням на шанси. Цей принцип сформулював Лорд Діплок (Lord Diplock) у справі *Mallett v. McMonagle*.[624]

Логіку цього розмежування можна розуміти так. Коли ідеться про факти минулого, то можуть існувати тільки два варіанти — цей факт або відбувся, або не відбувся. І питання лише в тому, що ми не володіємо достатньою інформацією, щоб сказати, котрий із варіантів відповідає дійсності. Так, у справі *Hotson* було тільки два варіанти: або некроз був викликаний падінням із дерева, або він не був викликаний падінням із дерева (у такому разі він був викликаний подальшою загайкою з лікуванням). Оскільки в реальності можливі тільки два варіанти, то виглядає слушним, щоб і суд у своїх висновках додержувався такої ж дихотомії. Натомість, що стосується гіпотетичних фактів, які ніколи не мали місця у дійсності, то суд не обмежений двома протилежними альтернативами, саме тому, що жодна із двох альтернатив не мала місця у дійсності. Так, пані Чаплін не перемогла в конкурсі краси, але вона і не програла в ньому — вона не взяла в ньому участь. І ніхто не може достеменно знати, чи перемогла б вона чи програла б, якби з'явилася до фінального інтерв'ю. За таких умов висновок суду, виражений у термінах шансів, не дисонує із реальністю (як би дисонував висновок, сформульований у термінах шансів у ситуації, де реальність допускає тільки дві контрарні альтернативи).

Попри те, що такий критерій розмежування дістав широке визнання в літературі,[625] не можна не погодитися із критикою

---

[624] Аналогічна позиція була висловлена Лордом Рейдом (Lord Reid) у справі Davies v Taylor [1974] AC 207.

[625] Burrows, A. (2011); Stanton, K., & Dugdale, A. (1989). *Professional negligence* (2nd ed.). Butterworths, 289; Hill, T. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review, 54*(4), 511–523; Lunney, M. (1995), What price a chance?. *Legal Studies, 15*, 1–13; Stauch, M. (1997). Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies, 17*, 205–225, 218; Miller, C. (2005), 230.

на його адресу. Критика зводиться до того, що розмежування фактів минулого і гіпотетичних фактів — теоретично нестабільне, оскільки один і той же факт можна сформулювати і як факт минулого, і як гіпотетичний факт. Наприклад, цікавий нам факт у справі *Hotson* вище був сформульований так: некроз був викликаний падінням із дерева (факт минулого). Утім цей же факт можна переформулювати й по-іншому: навіть у разі своєчасного лікування некроз би все одно виник (гіпотетичний факт). Те ж саме і стосовно справи Чаплін. Замість того, щоб питати, чи перемогла б пані Чаплін, якби взяла участь у фінальному етапі конкурсу (гіпотетичний факт), можна запитати: чи була пані Чаплін однією із дванадцятьох найвродливіших конкурсанток з точки зору організаторів конкурсу (факт минулого).[626]

На думку Гелен Ріс (Helen Reece), протилежне ставлення до компенсабельності втрачених шансів у різних справах варто пояснювати відмінністю між *детермінізмом та індетермінізмом*.[627] Така заява апелює до засадничих начал філософії і спирається на певну світоглядну парадигму, яку слід пояснити, перше ніж послуговуватися нею для вирішення конкретної задачі в прикладній юриспруденції.

Отож, Гелен Ріс виходить із того, що в реальному світі існують прояви як детермінізму, так і індетермінізму.[628] Ситуацію можна описати як детерміністичну, якщо кінцевий результат, який станеться у майбутньому, в усій своїй унікальності уже визначений наперед тими подіями та обставинами, які уже відбулися (в минулому). Людству може бракувати знань, щоб вирахувати, яким буде цей кінцевий результат, однак якщо уявити абсолютний розум, якому відомі усі закономірності природи і всі факти дійсності, то він міг би вирахувати настання цього результату наперед, тільки на підставі фактів, які вже відбулися (в минулому).

На противагу цьому, Ріс допускає також існування індетерміністичних ситуацій. Тобто ситуацій абсолютно випадкових. У таких ситуаціях навіть абсолютний розум не міг би вирахувати кінцевий результат в усій його унікальності, тому що таким

---

[626] Reece, H. (1996), 191.

[627] Ibid., 188–206.

[628] Ibid., 193.

ситуаціям властива іманентна спонтанність. На обґрунтування того, що індетермінізм в принципі існує в природі, часто наводяться відкриття квантової фізики, і насамперед — таке явище, як спонтанний розпад атомного ядра.[629] Джерелом індетермінізму Ріс вважає також свобідну волю людини.[630]

Згідно із таким підходом доктрина втрачених шансів застосовна тільки до індетерміністичних ситуацій, натомість у протилежному випадку — у детерміністичній ситуації — суду належить обрати одну із двох альтернативних позицій (факт мав місце або не мав місця), і при цьому проблема браку знань має бути вирішена на основі застосовного стандарту доказування.[631]

З огляду на зазначене Ріс вважає, що Палата Лордів не даремно дійшла протилежних висновків у справах *Chaplin* і *Hotson*. Справа *Chaplin* — це індетерміністична ситуація, адже свобідна воля членів журі не дає змоги навіть абсолютному розумові наперед вирахувати, котра із конкурсанток в їхніх очах видасться привабливішою за інших. На противагу цьому справа *Hotson* — це детерміністична ситуація, адже уже в момент першого звернення до лікаря кінцевий результат (у вигляді некрозу) був наперед обумовлений значною кількістю пошкоджених кровоносних судин, і справа лише за тим, що порахувати цю кількість у момент звернення було не спроможно.[632] На підхід Ріс покликається Лорд Гофман (Lord Hoffmann) у справі *Gregg* (§ 79).

Стосовно цього підходу, вочевидь ключове питання, як відрізнити індетерміністичну ситуацію від детерміністичної. Бо коли людина (озброєна усіма знаннями людства, що наразі доступні) не може вирахувати наперед майбутній результат за заданими фактами, то це може бути або тому, що наявних знань замало, або тому, що це в принципі неможливо, позаяк результат іманентно спонтанний.[633] На одне незнання (яким буде результат) нашаровується інше незнання — стосовно того, що є причиною першого незнання.

---

[629] Ibid., 195.

[630] Ibid., 198.

[631] Ibid., 194, 204.

[632] Ibid., 192.

[633] Ibid., 194.

Ріс пропонує відрізняти ситуації так. Подія є індетерміністичною,

> «якщо і тільки якщо вона не могла бути передбачена у будь-який момент часу в минулому, вона не може бути передбачена в теперішньому навіть за умови необмеженого часу, ресурсів та вихідних даних, і ми не можемо уявити, як вона може стати передбачуваною в майбутньому, навіть за умови успіху наявних дослідницьких програм».[634]

Позиція Ріс, отже, спирається на світогляд, у рамках якого заперечується універсальний детермінізм. Сприйняття або відхилення висновків Ріс залежить від того, чи поділяються світоглядні основи її підходу. Це виразно ілюструє позиція Алана Бівера (Allan Beever).[635] Він задається питанням, чи є втрата шансу реальною втратою? І дає на нього заперечну відповідь, вибудовуючи аргументацію на фундаменті детерміністичної картини світу.

Увесь вищенаведений дискурс обертається довкола розрізнення поміж справами, у яких суди прямо кваліфікували проблему як таку, що стосується відшкодовності втрачених шансів. Однак у літературі є також спроби уподібнення справ про втрачені шанси із тими справами, де суди кваліфікували проблему поіншому. Наприклад, це стосується азбестових справ, про які йшлося раніше. Згідно із винятком *Fairchild* причинний зв'язок слід вважати доведеним, якщо дії відповідача «істотно збільшили ризик» захворювання. Але хіба «істотне збільшення ризику» захворювання — це не те ж саме, що і «втрата шансів» не захворіти? Тобто, якщо, скажімо, внаслідок шкідливого впливу токсичної речовини (що за нього відповідальний деліквент) ризик потерпілого захворіти на рак легень зріс із 5% до 10%, то це можна переформулювати й інакше — а саме так, що шанси потерпілого не захворіти зменшилися із 95% до 90%, що означає, що потерпілий із вини відповідача втратив шанс у 5% не захворіти на рак легень. Послуговуючись такою логікою, Е. Барроуз (A. Burrows) вважає, що виняток *Fairchild* слід потрактовувати саме так, що він визнає компенсабельність втрачених шансів

---

[634] Ibid.

[635] Beever, A. (2005).

у справах про шкоду здоров'ю.[636] У зв'язку з цим стає незрозумілим, як задоволення вимог в азбестових справах узгоджується із відмовами у справах про втрату шансів через лікарську недбалість.

Маргарет Фордхем (Margaret Fordham) звертає увагу на справу *Chester v. Afshar*.[637] У цій справі нейрохірург, пан Афшар, не попередив свою пацієнтку про те, що операція пов'язана із ризиком наступного часткового паралічу. Ризик становив близько 1–2 % і був неуникним, у тому сенсі, що не залежав від того, наскільки кваліфіковано проводиться оперативне втручання. Відтак операцію було проведено, і незважаючи на те, що лікар належним чином виконав операцію, пацієнтка була частково паралізована. У зв'язку з цим пацієнтка вчинила позов про відшкодування шкоди, завданої паралічем. Якби пацієнтка, пані Честер, стверджувала, що вона б точно відмовилася від операції за умови повної поінформованості, то в такому разі проблем із причинним зв'язком не було б. У такому разі закономірним був би висновок, що параліч дійсно викликаний неповідомленням потрібної інформації. Однак позивачка відверто зізналася, що вона не може сказати точно, що відмовилася б від операції, скоріше, вона б звернулася до ще одного чи кількох лікарів за додатковою консультацією, і тільки потім ухвалила б остаточне рішення. Пані Честер наполягала на тому, що «через неналежне інформування вона втратила можливість обмірковувати, розглянути та/або пошукати альтернативні варіанти, які могли б бути їй доступні».[638]

У зв'язку із цим перед судом постало питання, чи має лікар відповідати за ризик, про який він не попередив пацієнтку, якщо навіть за умови належного попередження немає впевненості, що вона не пішла б на цей же ризик (можливо, після додаткових консультацій).

---

[636] Burrows, A. (2011).

[637] [2004] UKHL 41. Див.: Fordham, M., (2005). Loss of Chance — A Lost Opportunity? Gregg v. Scott. *Singapore Journal of Legal Studies, July 2005*, 204–217. Khoury, L. (2005). Chester v. Afshar: Stepping Further Away From Causation? *Singapore Journal of Legal Studies*, 246–260; Clark, T., & Nolan, D. (2014). A Critique of Chester v Afshar. *Oxford Journal of Legal Studies, 34*(4), 659–692; Garfield, J. (2005). Chester *v.* Afshar. A surgeon's view. *British Journal of Neurosurgery, 19(2)*, 120–121.

[638] Khoury, L. (2005), 247.

Палата Лордів погодилася із висновками нижчих інстанцій про те, що позов підлягає задоволенню. При цьому Лорди визнали, що в даному разі згідно із усталеними поглядами причинний зв'язок не доведено, однак з огляду на значення, яке має принцип інформованої згоди, справедливість вимагає, щоб пацієнтка отримала компенсацію, позаяк у протилежному разі обов'язок лікаря поінформувати пацієнта про всі можливі ризики, якщо і не буде цілковито позбавлений практичного ефекту, утім, щонайменше буде істотно ослаблений у своїй дієвості.[639]

З огляду на зазначене, Фордхем ставить під сумнів послідовність прецедентної практики, за якою при невиконанні лікарем обов'язку поінформувати пацієнта, допускається відступ від усталених канонів доказування причинності, а у справах, коли лікар недбало лікував пацієнта — можливість такого відступу заперечується.[640] Напевне, таке розмежування тісно пов'язане із непересічним значенням, яке має доктрина інформованої згоди у медичному праві. Ця доктрина забезпечує повагу до гідності, автономії особистості і свободи кожного вирішувати, що робити зі своїм власним тілом і власним життям. Таке право має внутрішню самоцінність[641] і, напевне, тому улягає посиленому захисту, в тому числі засобами деліктного права.

**4.5.2.3. Підсумки.** Наразі англійський підхід до доктрини втрачених шансів можна охарактеризувати як вибірковий або диференційований. У справах про втрату шансу на перемогу в конкурсі, а також у справах про адвокатську недбалість, яка потягла за собою втрату шансу на перемогу в суді, доктрина визнається застосовною. Натомість, у справах про лікарську недбалість, яка потягла зменшення пацієнтових шансів на одужання, доктрина не застосовується, а натомість діють за-

---

[639] Див.: позицію Лорда Хоупа (Lord Hope), §§ 56, 87. Рішення Палати Лордів у справі *Chester v. Afshar* значною мірою ґрунтувалося на аналогічній австралійській справі *Chappel v Hart* [1998] HCA 55. Див. також: Honore, T. (1999). Medical non-disclosure, causation and risk: Chappel v. Hart. *Torts Law Journal*, 7(1), 1–8; Cane, P. (1999). A Warning about Causation. *Law Quarterly Review, vol. 115*, pp. 21–27; Stauch, M. (2000). Taking the Consequences for Failure to Warn of Medical Risks. *The Modern Law Review, 63*(2), 261–268; Grubb, A. (2002). Clinical negligence: Informed consent and causation: Chester v. Afshar. *Medical Law Review, 10*(3), 322–326.

[640] Fordham, M., (2005).

[641] Ibid., 217.

гальні правила доказування причинного зв'язку із кінцевим несприятливим результатом (у вигляді смерті або погіршення здоров'я), при цьому такий причинний зв'язок має бути встановлений на основі стандарту переважаючої вірогідності. У науковій літературі висловлюються різні позиції стосовно того, що слугує судам за вирішальний критерій при проведенні вододілу між першими справами і другими. Поширеною є думка, що критерієм є характер шкоди: це шкода майнова, чи шкода життю та здоров'ю. Філософськи непростий критерій пропонує Г. Ріс, на думку якої все залежить від того, є та чи інша ситуація детерміністичною чи індетерміністичною. Насамкінець, існує підхід, згідно з яким проблема має бути реконцептуалізована далі і перенесена на етап калькуляції розміру відшкодування — у такому разі вдасться не тільки уникнути труднощів із доказуванням причинного зв'язку, але й обійти непросте питання про те, чи є втрата шансу окремим різновидом шкоди («аргумент гачка»). Проте для застосування «аргументу гачка» потрібно продемонструвати, що втрата шансу була не єдиним наслідком протиправних дій відповідача, а скоріше, побічним результатом іншої, фізично реєстрованої шкоди.

**4.5.3. США.** У Сполучених Штатах доктрина втраченого шансу обговорюється насамперед у контексті справ про лікарську недбалість.[642] З огляду на федеральний устрій США, питання про сприйняття чи несприйняття доктрини — визначається на рівні кожного штату окремо. У літературі з цього приводу можна знайти докладні огляди судової практики по штатах.[643] Згідно

---

[642] Ferot, A. (2013). The theory of loss of chance: Between reticence and acceptance. *FIU Law Review, 8*(4), 591–625, 592.

[643] Див.: Guest, L., Schap, D., & Tran, T. (2015). The loss of chance rule as a special category of damages in medical malpractice: A state-by-state analysis. *Journal of Legal Economics, 21,* 53–107; Koch, S. R. (2010). Whose Loss is It Anyway — Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance. *North Carolina Law Review, 88*, 595–63; Weigand, T. A. (2002). Loss of chance in medical malpractice: The need for caution. *Massachusetts Law Review, 87*, 3–21; Ferot, A. (2013). The theory of loss of chance: Between reticence and acceptance. *FIU Law Review, 8*(4), 591–625; Wurdeman, M. (2014). Loss-of-chance doctrine in Washington: From Herskovits to Mohr and the need for clarification. *Washington Law Review, 89*, 625–652; Zilich, G. J. (2002-2003). Cutting through the confusion of the loss-of-chance doctrine under Ohio law: A new cause of action or a new standard of causation? *Cleveland State Law Review, 51*, 673–701; Lajoie, B. (2015). Reopening the discussion of the loss of opportunity doctrine

з дослідженням Л. Ґест (Lauren Guest), Д. Шапа (David Schap) та Т. Трана (Thi Tran), 24 штати сприйняли ту або іншу версію доктрини, 17 — відхилили, чотири — відклали розгляд питання про її застосовність на майбутнє, а перед судами п'яти штатів питання про застосовність доктрини іще не поставало.[644]

До сприйняття доктрини судами Сполучених Штатів вагомо спричинилася публікація Джозефа Кінґа Молодшого (Joseph H. King, Jr.).[645] Критикуючи застосування усталеного підходу «все або нічого» до справ про медичну недбалість, Кінґ зауважував, що такий підхід, по-перше, є довільним, у тому смислі, що пропонує повне відшкодування пацієнтові із початковим шансом на одужання 51%, і повністю відмовляє у відшкодуванні пацієнтові, чий початковий шанс був 49%. По-друге, такий підхід спотворює превентивний вплив деліктного права, адже якщо до лікаря звертається пацієнт, чиї шанси на одужання менші за 50%, то обов'язок лікаря докласти зусиль до лікування такого пацієнта виявляється не забезпеченим загрозою деліктної відповідальності (так званий аргумент «порожнього обов'язку»). По-третє, жорсткість цього підходу вимушує маніпулювати правилами і стандартами доказування, щоб бодай якось пом'якшити породжувану ним несправедливість. По-четверте, якби лікар ужив усіх залежних від нього заходів до лікування пацієнта, то не було б ніякої проблеми із невизначеністю причин фатального наслідку. Адже якби пацієнт не одужав за *таких* умов, то й не було б сумнівів, що його хвороба була невиліковною від самого початку. Отож, виходить, проблема із невизначеністю причинного зв'язку викликана недбалістю лікаря, і тому було б несправедливим тягар невизначеності, створеної лікарем, покладати на плечі пацієнта.[646]

Останній аргумент Кінґа, вочевидь, відсилає до слів судді Собелоффа (Sobeloff) у справі *Hicks v. United States*, яку часто

in New Hampshire: A look at decisions made in light of current times. *The University of New Hampshire Law Review, 13*, 99–141.

[644] Guest, L., Schap, D., & Tran, T. (2015), 59.

[645] King, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal, 90*(6), 1353–1397.

[646] Ibid., 1376–1378.

називають першою американською справою, у якій суд застосував доктрину втраченого шансу:

> «Коли відповідачева недбала дія чи бездіяльність знищила людині шанс на одужання, то не йому [відповідачеві] ставити під сумнів величину тих шансів, що їм він не дав справдитися. Якщо була істотна можливість одужання і відповідач її зруйнував, він мусить відповідати. Рідко коли буває можливим довести із абсолютною певністю, що сталося б за обставин, яким деліквент не дав змоги справдитися».[647]

У справі *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*,[648] яка розглядалась Верховним Судом штату Вашингтон, суддя Пірсон (Pearson, J.) вказав, що саме аргументи, наведені Кінґом, переконали його у слушності доктрини втраченого шансу і в тому, що вона є найкращим способом ладнати із проблемою, коли через недбалість лікаря пацієнт втрачає шанси на одужання, які й до того були невисокими.

У цій же справі суддя Дор (Dore) покликався і на аргумент «порожнього обов'язку», вказавши, що коли не застосовувати доктрину втраченого шансу, то це б потягло «всезагальне звільнення від відповідальності лікарів та лікарень в усіх випадках, коли шанси на одужання менші за 50 відсотків, незалежно від того, наскільки кричущою була їхня недбалість».

Утім, варто зауважити, що у справі *Herskovits* згідно з позицією більшості позивач може претендувати на повне відшкодування,[649] незважаючи на те, що втрачений ним шанс становив лише 14 % (первісно він дорівнював 39 %, а внаслідок недбалості лікаря зменшився до 25 %).

Суд застосував так званий принцип «істотного фактора»,[650] зазначивши, що якщо дії відповідача є «істотним фактором» настання шкідливого результату (хай навіть і не єдиним, але «істотним» порівняно з іншими), то в такому разі питання про наявність причинного зв'язку може бути поставлене перед

---

[647] Ferot, A. (2013), 592.

[648] 99 Wn.2d 609 (1983).

[649] Wurdeman, M. (2014), 620, 621, 625, 634.

[650] Ibid., 620.

присяжними. І далі, якщо присяжні дадуть ствердну відповідь на питання про причинний зв'язок, то шкода підлягає відшкодуванню в повному обсязі.

Застосування такого підходу було обґрунтоване положенням параграфа 323 Зводу (другого) деліктів:

> «Хто зобов'язується безоплатно чи за винагороду надати послуги іншому, які він розглядає як необхідні для захисту його особи чи речей, — підлягає відповідальності перед іншим за фізичну шкоду, викликану тим, що він не доклав розумної дбайливості при виконанні свого зобов'язання, якщо
>
> (a) невжиття такої дбайливості *підвищує ризик такої шкоди*, або
>
> (b) шкода виникла через те, що інший покладався на зобов'язаного».

Із посиланням на справу *Hamil v. Bashline*[651] суд вказав, що

> «як тільки позивач продемонстрував, що дії чи бездіяльність відповідача в ситуації, до якої застосовний параграф 323(a), підвищили ризик шкоди для іншого, такі докази дають підстави для суду піти іще далі і виснувати, що такий підвищений ризик був, у свою чергу, істотним фактором у спричиненні кінцевої шкоди. Вимога наближеної причини буде виконана, якщо присяжні так ухвалять».

Таким чином, у справі *Herskovits* суд, по суті, понизив планку доказування. Причому так, що тепер її розташування не можна визначити точно (як у випадку зі звичайним стандартом переважаючої імовірності, який встановлює її на рівні 50 %), оскільки поняття «істотного фактора» є оціночним. Поряд із цим відшкодування присуджується, як і зазвичай, за принципом «все або нічого». Такою була позиція більшості.

У той же час, у збіжній думці, суддя Пірсон наполягав на тому, що розмір відшкодування має бути пропорційним до шансу, втраченого позивачем. І згодом саме такий підхід був сприйнятий Верховним Судом Вашингтону у наступному рішенні у справі *Mohr v. Grantham.*[652]

---

[651] 481 Pa. 256 (1978).

[652] 262 P.3d 490 (2011).

Найбільш знаковою, утім, стала справа, яку розглядав Верховний Суд штату Массачусетс, — *Matsuyama v. Birnbaum*.[653]

У цій справі пан Мацуяма протягом майже чотирьох років неодноразово звертався до свого лікаря, пана Бірнбаума, зі скаргами на симптоми шлункового раку: печію, важке дихання при вживанні їжі, гострий біль у шлунку, появу на шкірі дивних плям та підвищений рівень бактерій, характерний при онкологічних захворюваннях шлунка. Лікар діагностував це як гастрит, аж допоки врешті-решт не було призначено ультразвукове дослідження, яке й виявило злоякісне утворення у шлунку. Через п'ять місяців по тому пан Мацуяма помер. Під час судового розгляду за позовом вдови було установлено, що лікар не виявив належного рівня дбайливості при наданні медичної допомоги панові Мацуямі. При цьому, згідно з оцінками експертів, шанси пана Мацуями на одужання станом на час його першого звернення становили 37.5%.

Розглядаючи цю справу, Суд наголосив, що шанс на одужання має неабияку цінність, і втратити такий шанс — це дійсна шкода, яка має визнаватися компенсабельною. Суд також апелював до аргументів, наведених у публікації Кінґа.

Що важливо, Суд наголосив, що справи про лікарську недбалість є особливо пригожими для застосування доктрини втраченого шансу. До цього є три причини. Перша — це те, що саме у сфері медицини, як ніде більше, доступні розлогі статистичні дані, що дозволяють експертам вираховувати розмір шансів. Друга причина — це особливий характер відносин між лікарем та пацієнтом. Щодо цього Суд процитував К. Абрахама (K.S. Abraham):

> «хто надає медичні послуги, приймає на себе зобов'язання максимізувати шанси пацієнта на одужання, відтак його порушення має бути забезпечене позовом. Пересічні особи, котрі через недбалість ризикують комусь нашкодити, не приймали на себе такого обов'язку».

Зрештою, третя причина — в тому, що ситуація, коли шанси пацієнта на одужання менші за 50%, насправді зовсім не рідкість у медичній практиці.

---

[653] 890 N.E.2d 819.

У коментарі до цієї справи в Гарвардському юридичному журналі[654] зауважено, що перша і друга причини, означені Судом, можуть дисонувати поміж собою. Оскільки, якщо обмірковувати можливість подальшого розширення діапазону дії доктрини, то наголошування на одній із двох причин (доступність статистичних даних або характер відносин між лікарем і пацієнтом) потягне за собою розповсюдження доктрини у тому або в іншому напрямку. Так, якщо переважне значення надати характеру відносин між сторонами, то в такому разі доктрина виявиться придатною до застосування до інших професіоналів, окрім лікарів. Наприклад, до адвокатів, оскільки характер відносин між адвокатом і клієнтом значною мірою подібний до відносин між лікарем і пацієнтом. Так само як лікар, адвокат не може ґарантувати сприятливий для клієнта результат — він може лише зробити усе можливе, щоб шанси клієнта на виграш справи були максимальними.

На противагу зазначеному, якщо більше значення для застосування доктрини має фактор доступності статистичних даних, то вона буде розвиватися в іншому напрямку. У контексті відносин із професіоналами (окрім лікарів) статистика малодоступна. Тому, якщо більшу вагу має те, чи доступна статистика для оцінки шансів, то доктрина, ймовірно, не буде розповсюджуватися на інших професіоналів, а натомість розповсюдиться на ті справи, де є чималий масив статистичних даних, як, наприклад, справи про токсичні делікти. Поряд із цим у коментарі застерігається, що це може спонукати винахідливих позивачів до поступового продукування статистики у тих сферах, де вона раніше не була поширена.[655]

Так чи інакше, Суд у справі *Matsuyama* спеціально наголосив, що цим рішенням він визнає доктрину втраченого шансу застосовною тільки у контексті справ про медичну недбалість.

На відміну від англійських судів, які не помічають схожості між справами про втрачений шанс і справами, де причинний зв'язок визнається доведеним на тій лише підставі, що відпові-

---

[654] Note, (2009). Tort Law – Loss of a Chance Doctrine – Massachusetts Supreme Judicial Court Accepts Loss of a Chance in Medical Malpractice Suits. *Harvard Law Review, 122*, 1247–1254.

[655] Ibid., 1253.

дач підвищив ризик настання шкідливого наслідку, американські суди часто визнають ці формулювання рівнозначними.

Так, у делаверській справі *United States v. Danny L. Anderson*[656] суд зауважив:

> «втрата шансу уникнути шкідливого результату, підвищення ризику, мають розглядатися як шкода і бути компенсабельними [...] Втрата шансу і підвищений ризик шкоди мають однакове теоретичне підґрунтя» (курсив наш. — Б. К.).

У штаті Арізона розглядалася справа *Thompson v. Sun City Community Hospital*,[657] у якій суд вказав:

> «Ми ухвалюємо, отже, що оскільки захист шансу перебував у межах обов'язку, порушеного відповідачем, і шкода, яка настала, була саме така, від якої відповідач повинен був оберігати відповідача, присяжним має бути дозволено розглядати збільшення шансів на шкоду в рамках питання причинності. Якщо присяжні вирішать, що невжиття відповідачем розумного піклування підвищило ризик шкоди, яку він узявся попередити, звідси може бути виведена "вірогідність" того, що відповідачева недбалість була причиною шкоди» (курсив наш. — Б. К.).

Такий підхід варто пояснювати тим, що американські суди часто обґрунтовують застосовність доктрини втраченого шансу через положення параграфа 323 Зводу (другого) деліктів, у якому власне йдеться про «підвищення ризику шкоди».

Отож, американські суди часто інтерпретують ситуацію так: сказати, що пацієнтові шанси на одужання зменшилися — це те ж саме, що сказати, що ризик не-одужання зріс. Тому в деяких штатах два формулювання — «втрата шансу» (на сприятливий результат) і «підвищення ризику» (настання несприятливого результату) — ідуть пліч-о-пліч.

Цікаво, що в деяких штатах доктрина визнається застосовною, тільки якщо втрачений шанс був істотним, тобто якщо різниця між шансами, які пацієнт мав первісно (до лікарської недбалості), і тими шансами, з якими він залишився після допу-

---

[656] 669 A.2d 73, 1995 Del.

[657] 688 P.2d 605 (Ariz, 1984).

щеної лікарем недбалості, — є значною. При цьому, якщо суди штатів Індіана, Міссурі й Невада обмежуються використанням оціночного поняття «істотний шанс»,[658] то в Західній Вірджинії визначено чітке порогове значення — 25%.[659]

Окрім як у справах про лікарську недбалість, доктрина втраченого шансу подеколи застосовується американськими судами до справ, пов'язаних із дискримінацією при прийнятті на роботу чи підвищенні за посадою.[660] Ці справи подібні до справ про лікарську недбалість у тому аспекті, що навіть коли припустити, що роботодавець виключив із переліку своїх мотивів будь-які несправедливі упередження, у нього все одно могли залишитися релевантні причини не приймати на роботу (чи не підвищувати) особу, яка зазнала дискримінації. Це пов'язано із тим, що на посаду могли претендувати й інші, не менш гідні кандидати. Тому в переважній більшості справ напрочуд важко довести достеменно, що навіть за відсутності дискримінаційного упередження особі не було б відмовлено у прийнятті на роботу чи підвищенні. Тут, як і в медичних справах, доречніше говорити саме про шанси на підвищення чи прийняття на роботу.

Разом із тим між справами про лікарську недбалість і трудовими спорами про дискримінацію є відмінність. Вона полягає в тому, що в трудових справах немає і не може бути масиву статистичних даних, які б дозволили оцінити шанси на підвищення так, як оцінюються шанси на одужання в епідеміології. Бо в медичних справах ідеться про велику кількість пацієнтів, які перебували в приблизно такому ж становищі, як і позивач. Тобто, має місце повторюваність ситуації у достатньо великих масштабах. Натомість, коли йдеться про призначення на роботу, то тут ситуація є значно менше повторюваною (оскільки в ідеалі потребувалася б статистика, коли б один і той же роботодавець знову і знову приймав на одну і ту ж посаду осіб із приблизно однаковими характеристиками). З огляду на це, чимало дослідників критикують застосування доктрини втраче-

---

[658] Guest, L., Schap, D., & Tran, T. (2015), 76, 89, 91.

[659] Ibid., 102.

[660] Secunda, P. M. (2005). A public interest model for applying lost chance theory to probabilistic injuries in employment discrimination cases. *Wisconsin Law Review*, 747–794, 747–794.

ного шансу до трудових справ про дискримінацію саме на тій підставі, що в таких справах розмір шансу є спекулятивним.[661]

У справі *Bishop v. Gainer* суд поетично зауважив, що такий підхід «нагадує радше мистецтво, аніж точні науки», однак у цьому випадку саме такий підхід найбільш вірогідно дає змогу досягти справедливого результату.

**4.5.4. Австралія.** У праві Австралії, як і в англійському праві, втрата шансу визнається компенсабельною, коли через порушення договору втрачено комерційні можливості, і не визнається компенсабельною — при втраті шансів на одужання в контексті деліктного позову.[662]

За спостереженням Гарольда Лунца (H. Luntz)[663], для австралійських судів релевантним у контексті відшкодовності втрачених шансів є ще один цікавий критерій. Так, якщо гіпотетичний розвиток подій (який мав би місце за відсутності недбалих дій відповідача) залежав переважно від рішення самого позивача, то доктрина втраченого шансу не підлягає застосуванню — натомість позивач на основі стандарту переважаючої вірогідності має довести, що він ухвалив би саме таке, а не інше рішення.

Така ситуація виникає тоді, коли адвокат або інший професіонал надає поради клієнтові (наприклад, щодо того, чи безпечно інвестувати кошти в той або інший актив). У такому разі подальші шанси клієнта залежать від нього самого, бо ж саме йому вирішувати, чи варто дослухатися до наданих порад. І тому, коли, наприклад, клієнт позивається до адвоката, посилаючись на те, що через його пораду він втратив шанс на придбання цінного активу (який згодом істотно зріс у ціні),

---

[661] Ibid., 749.

[662] Про доктрину втраченого шансу у практиці австралійських судів див.: Des, R. (2010/11). «Loss of chance» in medical negligence rejected in Australia: Implications for Irish tort law. *Quarterly Review of Tort Law, 4*(1), 1–4; Leslie, K., Bramley, D., Shulman, M., & Kennedy, E. (2014). Loss of chance in medical negligence. *Anaesthesia and Intensive Care, 42*, 298–302; Luntz, H. (2002). Loss of chance. In I. Freckelton & D. Mendelson (Eds.), *Causation in law and medicine* (pp. 152–197). Ashgate Publishing Ltd.; Madden, B., & Cockburn, T. (2010). Loss of chance in Australia: *Tabet v Gett* [2010] HCA 12. *Clinical Risk, 16*(6), 217–220; Tibballs, J. (2007). Loss of chance: A new development in medical negligence law. *The Medical Journal of Australia, 187*(4), 233–235; Walsh, G., & Walsh, A. (2010). *Tabet v Gett: The end of loss of chance actions in Australia? Journal of Law and Medicine, 18*(1), 50–57.

[663] Luntz, H. (2002), 163, 165, 191, 193.

то в такому разі доктрина втраченого шансу не застосовується, адже «шанс» був обумовлений рішенням самого позивача. Шанси того, що позивач ухвалив би вигідне для себе рішення, не розцінюються як втрачені шанси: при їх доведенні позивач не дістає поступки, що її надає доктрина втраченого шансу, а натомість має довести на основі звичайного стандарту, що якби не порада адвоката, то він би ухвалив вигідне для себе рішення (інвестувати у відповідний актив).

У справі *Sellars v Adelaide Petroleum* NL[664] судді Месон (Mason), Доусон (Dawson), Тугей (Toohey) і Ґаудрон (Gaudron) зазначили:

> «Коли питання причинності залежить від того, що зробив би позивач, то немає особливої причини відхилятися від доказування за балансом відрогідностей, незважаючи на те, що питання гіпотетичне» (§ 33).

На противагу зазначеному, доктрина втраченого шансу підлягає застосуванню, якщо шанси залежали від дій третіх осіб. Так, наприклад, коли адвокат проґавив час для подання позовної заяви, то тут шанси виграти справу (наразі уже втрачені) залежать від цілої низки обставин, які мали місце в минулому (і становили підставу позовної вимоги), а також від складної взаємодії між усіма учасниками процесу, якому не судилося мати місця, і врешті-решт — від суду, який би розглядав справу. Справ такого ґатунку у практиці австралійських судів — чимало.[665]

**4.5.5. Франція.** У Франції доктрина втраченого шансу має найдавнішу історію (що бере свій початок із кінця XIX століття) і найширшу сферу застосування,[666] не обмежену жодним наперед установленим переліком придатних справ. Першим рішенням, у якому доктрина була застосована, вважається рішення Касаційного Суду від 17 липня 1889 року, у якому суд присудив позивачеві компенсацію за втрачену ним можливість перемог-

---

[664] [1994] HCA 4; 179 CLR 332; 68 ALJR 313; 120 ALR 16.

[665] Luntz, H. (2002), 162; *Tutenkoff v Thiele* (1975) 11 SASR 148; *Johnson v Perez (1988) 166 CLR 351*; *Nikolaou v Papasavas Phillips & Co* (1988) 166 CLR 394.

[666] G'Sell-Macrez, F. (2005). *Recherches sur la notion de causalité* [Research on the notion of causality]. Paris, 455–457.

ти в судовому процесі. Отож, історично першою категорією справ, у якій суди визнали втрату шансів компенсабельною, були справи про недбалість адвокатів та інших юридичних радників. Утім згодом дія доктрини розповсюдилася і на інші категорії справ, які стосувалися втрати найрізноманітніших шансів, як-то: шанси на перемогу в азартних іграх чи спортивних змаганнях, різного роду конкурсах, шанси на просування кар'єрними сходами, шанси на укладення договору тощо.[667]

Відмінно від англо-американських юрисдикцій, французьке право не обумовлює відшкодовність втраченого шансу ані певною природою відносин між сторонами (договірні чи деліктні), ані характером остаточної шкоди (майнова шкода чи шкода здоров'ю), шанс на уникнення якої було втрачено.

Серед останніх рішень Касаційного Суду, які продовжують усталену традицію відносно справ про адвокатську недбалість, слід навести рішення Першої цивільної палати Касаційного Суду від 20 травня 2020 року.[668] У цій справі компанія Harsco Metals and Minerals France (надалі — Компанія) розпочала масштабну процедуру скорочення штату працівників і для цього запровадила План захисту робочих місць (PSE). Деякі працівники в обмін на виплату вихідної компенсації відмовилися від переваг, що були передбачені Планом, а також від можливості оскаржувати умови свого звільнення. Проте згодом ці працівники звернулися до Трибуналу із трудових спорів і вимагали визнання угод про виплату вихідної компенсації недійсними. Прагнучи покласти край судовій тяганині, Компанія була вимушена виплатити працівникам додаткові суми коштів, аби ті відмовилися від своїх вимог про визнання недійсними вихідних угод.

Після цього Компанія пред'явила позов до юриста, відповідального за підготовку і складання вихідних угод із працівниками. Компанія стверджувала, що якби юрист належним чином сформулював умови вихідних угод, то їхня дійсність не могла б бути успішно поставлена під сумнів перед Трибуналом із трудових спорів, і, відповідно, Компанія не була б вимушена

---

[667] Borghetti, J.-S. (2008). La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français. *European Review of Private Law, 6*, 1072–1082, 1074; Ferreira, R. C. (2013). The loss of chance in civil law countries: A comparative and critical analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law, 20*, 56–74, 58.

[668] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 mai 2020, 19-13.674.

доплачувати працівникам додаткові кошти понад ті, що вони отримали за вихідними угодами.

Апеляційний суд дійшов висновку, що через недбалість юриста Компанія втратила шанс уникнути необхідності виплачувати суми понад ті, що передбачалися вихідними угодами. При цьому апеляційний суд оцінив такий шанс як 50 %. Тобто, фактично суд виходив із того, що навіть за належної дбайливості юриста не можна було б гарантувати, що Компанія уникнула б позовів з боку працівників і відтак не була б вимушена здійснювати додаткові платежі для позасудового владнання спору.

У касаційній скарзі Компанія наполягала на тому, що збитки мають бути відшкодовані в повному обсязі, оскільки надміру виплачені кошти становлять «достеменну і дійсну шкоду, а не просто втрачений шанс».

Однак Касаційний суд відхилив таку аргументацію, зазначивши, що

> «Наслідки порушення юристом своїх обов'язків щодо надання порад мають аналізуватися тільки як втрата шансу, компенсація за яку обраховується пропорційно до ступеня вірогідності цього шансу».[669]

Поруч із цією справою доречно розглянути іншу нещодавню справу,[670] у якій Касаційний Суд не погодився із висновком апеляційної інстанції про застосовність доктрини втраченого шансу до випадку професійної недбалості.

У цій справі компанія IFB France, котра займалася залученням інвестицій у будівництво нерухомості, порадила своєму клієнтові — майбутньому позивачеві — придбати апартаменти вартістю 220.5 тис. євро з метою подальшої здачі в оренду й отримання прибутку. Однак переконуючи клієнта у швидкій окупності інвестиції, компанія будувала свої розрахунки на найбільш сприятливих прогнозах щодо попиту на ринку нерухомості і свідомо не враховувала інші, менш привабливі варіанти розвитку подій. Після того як апартаменти були здані в експлуатацію, виявилося, що реальні прибутки дуже далекі від обіцяних, а сама вартість апартаментів через шість років після здачі в експлуатацію зменшилася удвічі.

---

[669] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 mai 2020, 19-13.674.

[670] Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 14 janvier 2021, 19-24.896.

Клієнт звернувся із позовом до компанії, вимагаючи відшкодування збитків, завданих неналежним інформуванням.

Апеляційний суд дійшов висновку, що неналежне виконання обов'язку надати необхідну інформацію і компетентну пораду завдало шкоди у вигляді втрати можливості відмовитися укладати договір або можливості укласти його на більш вигідних умовах. На цій підставі апеляційний суд присудив стягнути із компанії одну п'яту від покупної ціни апартаментів, тобто 44.1 тис. євро.

Проте Касаційний Суд не погодився із таким рішенням, зауваживши, що в даній справі — замість застосовувати доктрину втраченого шансу — слід було встановити, а чи придбав би позивач апартаменти за умови належної поінформованості, і якщо так, то на яких умовах. У порівняльній перспективі не можна не помітити подібність такого висновку із позицією австралійських судів, які визнають доктрину втраченого шансу не прикладною до випадків, коли розмір шансу зумовлений рішенням самого потерпілого, тобто до випадків, коли під шансом розуміється шанс на ухвалення того чи іншого рішення самим позивачем. Проте ця лінія подібності обривається, коли діло доходить до справ про лікарську недбалість, про що буде сказано згодом.

Цікаво зазначити, що в наведеному рішенні Касаційний Суд констатував порушення апеляційним судом статті 1382 ЦК Франції, згідно з якою:

> «Презумпції, що не передбачені законом, залишаються на розсуд судді, який повинен приймати їх тільки якщо вони вагомі, точні і послідовні, і тільки у випадках, коли закон допускає будь-які засоби доказування».

Щодо цього слід зауважити, що французьке право визнає два види презумпцій: установлені законом і судові презумпції.[671] Судові презумпції — це ще один засіб полегшення тягаря доказування, оскільки презумпція по суті означає, що певний факт (в даному випадку — причинний зв'язок) іще до кінця не доведений, і все ще залишається можливість його спростування, однак тим не менше, суд може ухвалити рішення на

---

[671] G'Sell-Macrez, F. (2011). Medical malpractice and compensation in France, Part I: The French rules of medical liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002. *Chicago-Kent Law Review, 86*(4), 1093–1123, 1111–1114.

основі цього факту (так, наче факт остаточно доведено), якщо можливість спростування факту так і не була використана зацікавленою стороною. Таким чином, у наведеній справі Касаційний Суд зауважив на тому, що суд апеляційної інстанції передчасно презюмував наявність причинного зв'язку між неналежним інформуванням позивача і його економічними втратами.

Із 1960-х років французькі суди застосовують доктрину втраченого шансу також і до справ про лікарську недбалість, коли вона призводить до втрати пацієнтом шансів на виживання чи одужання. Першим таким рішенням було рішення Ґренобльського апеляційного суду від 24 жовтня 1961 року. У цій справі пацієнт звернувся до лікаря, скаржачись на пошкоджений зап'ясток руки. Пацієнтові було зроблено рентген, однак лікар не виявив на ньому ознак переламу, і, відповідно, пацієнт після огляду повернувся до своїх повсякденних справ, ніяк не обмежуючи навантаження на пошкоджену руку. Проте кілька років по тому, піднімаючи важкий вантаж, він відчув гострий біль у руці і змушений був знову звернутись до лікаря. Цього разу інший лікар помітив, що на первісному рентгенівському знімку, зробленому кілька років тому, насправді були ознаки переламу без зміщення. Пацієнт звернувся із позовом до першого лікаря, обґрунтовуючи свої вимоги тим, що якби той правильно прочитав знімок, то пацієнт би уникнув псевдоартриту і перманентно ослабленого зап'ястка. Суд задовольнив позов, дійшовши висновку, що ненадання адекватної медичної допомоги «очевидно позбавило потерпілого шансу на одужання, який він мав би за звичайних обставин».[672]

Принагідно слід зауважити, що справи за позовами проти медичних закладів у Франції розглядаються або цивільними, або адміністративними судами — залежно від форми власності відповідача: якщо це приватний медичний заклад, то справа підсудна цивільному суду, якщо публічний (державний чи муніципальний) — адміністративному.[673] Однак і цивільні, і адміністративні суди єдині у своєму ставленні до доктрини втра-

---

[672] Ferreira, R. C. (2013), 60; Viney, G. (1982). *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations: la responsabilité conditions*. L.G.D.J., 436.

[673] Borghetti, J.-S. (2008). La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français. *European Review of Private Law, 6*, 1072–1082, 1075.

ченого шансу (і ті, й інші визнають її застосовною до справ про лікарську недбалість).

Серед сучасних справ окрему групу становлять справи про нозокоміальні (внутрішньолікарняні) інфекції: окрім того, що зараження інфекцією під час лікування в шпиталі саме по собі становить шкоду, таке зараження до того ж погіршує перспективи пацієнта на одужання від хвороби, яка привела його до шпиталю.

В одній зі справ пацієнтка перебувала в шпиталі у зв'язку із виявленою в неї каверномою. Операцію з видалення пухлини було заплановано на 20 лютого, однак через те, що пацієнтка під час перебування в шпиталі була інфікована стафілококом, оперативне втручання довелося відкласти до 28 лютого. Суд зауважив:

> «навіть якщо й не було певності, що хірургічне втручання, за відсутності нозокоміальної інфекції, покращило б стан здоров'я пані Д., тим не менше, ця інфекція позбавила позивачку шансу покращити свій стан здоров'я».[674]

В іншій справі позивачка, пані А, на шостому місяці вагітності народила двійнят. Один із них народився мертвим, а інший — страждав від гіаліново-мембранної хвороби новонароджених, у зв'язку з чим його помістили до неонатального відділення інтенсивної терапії, де він через десять днів помер від сепсису. Як з'ясувалося, мати новонародженого була інфікована під час перебування в шпиталі. Апеляційний адміністративний суд Парижа дійшов висновку, що нозокоміальна інфекція призвела до того, що новонароджений втратив шанси уникнути фатального розвитку подій, і при цьому такий шанс було оцінено як 50 %. З такими висновками погодився і суд вищої інстанції.[675]

У шерезі медичних справ слід звернути увагу на справи, у яких лікар не повідомляє пацієнта про можливе ускладнення, і воно трапляється. У таких справах французькі суди теж застосовують доктрину втраченого шансу, вказуючи на те, що в даному випадку пацієнт був позбавлений можливості відмовитися від процедури, відкласти її чи довірити її проведення

---

[674] Conseil d'État, 5ème — 6ème chambres réunies, 12/02/2020, 422754.

[675] Conseil d'État, 5ème — 4ème SSR, 12/03/2014, 359473.

іншому спеціалісту тощо.[676] Таким чином, ідеться власне про шанс того, що пацієнт ухвалив би інше рішення і як наслідок — події розгорнулися б по-іншому. На противагу справам про поради адвокатів, юрисконсультів чи фінансових радників, у цьому контексті (у контексті саме лікарської недбалості) такий шанс визнається компенсабельним попри те, що його реалізація цілком залежала від волі самого потерпілого.

Поруч із цим в іншій справі суд звернув увагу на ще іншу важливу грань, яку має ситуація неповідомлення пацієнта про ризики медичної процедури, котрі згодом справджуються. Так, у рішенні від 16 червня 2016 року Державна Рада (Conseil d'État) зауважила на тому, що в такому разі пацієнт зазнає моральної шкоди, оскільки втрачає можливість психологічно підготуватися до можливого найгіршого результату, і в разі потреби — зробити необхідні розпорядження на цей випадок. Тобто, навіть якби людина за умови належної поінформованості ухвалила б те ж саме рішення — пройти процедуру — вона, однак була б морально готовою, що можуть статися ті або інші ускладнення і психологічно така людина легше прийняла б свою долю, аніж як коли ускладнення трапляються як сніг улітку, неочікувано і при цьому вже постфактум людина дізнається, що вона мала бути про них повідомлена завчасно, але не була.[677]

Головною причиною, чому французьке право стало найбільш сприятливим ґрунтом для доктрини втраченого шансу, є те, що у французькому праві немає законодавчо закріпленого визначення шкоди (*le dommage*), і тим паче немає переліку негативних наслідків, які можуть бути кваліфіковані як юридично значима шкода, і які, відповідно, можуть слугувати підставою деліктного позову.[678] Єдине, що зазначено в Цивільному кодексі Франції, так це те, що «будь-яке діяння особи, яке завдає шкоди іншим, зобов'язує того, з чиєї вини шкода завдана, відшкодувати її» (ст. 1240 ЦК Франції).

У науці під шкодою розуміють порушення будь-якого правозгідного інтересу особи, тобто порушення інтересу, який

---

[676] 219. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 décembre 2007, 06-19.301.

[677] Conseil d'État, 5ème — 4ème chambres réunies, 16/06/2016, 382479.

[678] Borghetti, J.-S. (2008), 1077–1079; Sage, Y.-L. (1996). French Law of Delict: The Role of Fault and the Principles Governing Losses and Remedies. *Victoria University of Wellington Law Review*, *26*(2), 293–312.

не суперечить вимогам законодавства (не є незаконним).[679] І оскільки шанс на одужання становить інтерес для пацієнта, в тому смислі, що пацієнт зацікавлений такий шанс мати, і, очевидно, такий інтерес не суперечить закону — втрата шансу цілком улягає під поняття компенсабельної шкоди.

Тож, з огляду на широту і гнучкість визначення шкоди, доктрина втраченого шансу у Франції дістала свою «прописку» саме в лоні цього поняття. І хоча чимало учених, а подеколи й судді, визнають, що доктрина має за мету подолати складнощі із доказуванням причинного зв'язку,[680] тим не менше у прикладній площині юриспруденція розглядає втрачений шанс саме як окремий різновид шкоди.[681] При цьому наголошується, що в даному випадку має місце не часткове відшкодування, а повне відшкодування, але шкоди іншого ґатунку.[682]

Проте навіть за такого широкого потрактування компенсабельної шкоди уміщення нової категорії у зміст цього поняття все одно не видається цілком безпроблемним. Для того, аби бути компенсабельною, шкода має бути прямою, наявною і певною.[683] Французькі автори звертали увагу на те, що втрата шансу у суворому сенсі не відповідає ознакам наявності і певності, бо за своєю природою така втрата є майбутньою і непевною.[684]

---

[679] Borghetti, J.-S. (2008), 1077–1078.

[680] Ibid., 1080; Viney, G., & Jourdain, P. (2006). *Traité de droit civil* (3rd ed., p. 370). LGDJ, 370; Boré, J. (1974). L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *La Semaine Juridique. Doctrine, Paris*, 49, 2620, § 14–15.

[681] Moréteau, O. (2013). France: French tort law in the light of European harmonization. *Journal of Civil Law Studies, 6*, 759–801, 797.

[682] Ferreira, R. C. (2013), 60; Viney, G. (1982). *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations: la responsabilité conditions*. L.G.D.J., 102; Moréteau, O. (2013). France: French tort law in the light of European harmonization. *Journal of Civil Law Studies, 6*, 759–801, 797; Moréteau, O. (2013). Causal uncertainty and proportional liability in France. In I. Gilead et al. (Eds.), *Proportional liability: Analytical and comparative perspectives* (pp. 141–160). de Gruyter, 141; G'Sell-Macrez, F. (2011), 1115.

[683] Tourneau, P. L. (1982). *La responsabilité civile* (3rd ed.). Paris, Dalloz, 167; Moréteau, O. (2013). France: French tort law in the light of European harmonization. *Journal of Civil Law Studies, 6*, 759–801, 797, 799; Moréteau, O. (2013). Causal uncertainty and proportional liability in France. In I. Gilead et al. (Eds.), *Proportional liability: Analytical and comparative perspectives* (pp. 141–160). de Gruyter, 141.

[684] Viney, G. (1982). *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations: la responsabilité conditions*. L.G.D.J., 342.

Проте вихід було знайдено через формулювання поняття відносної певності, або певності другого порядку.[685] Мається на увазі, що шанс *ab definitio* не може бути певним (інакше він не був би шансом), однак у той же час, допускати відшкодування за втрату цілком надуманих, спекулятивних чи мізерних шансів — було б іншою несправедливою крайністю.

У цьому зв'язку Касаційний Суд у своїх рішеннях часто зазначає:

> «шкода, виражена у втраті шансу, може бути прямою і певною кожного разу, коли доведено втрату ймовірності сприятливого результату, незважаючи на те, що за визначенням шанс ніколи не буває певним».[686]

Таким чином, втрата шансу як шкода теж може і має відповідати вимозі щодо певності, але не в тому ж самому сенсі, що й інші види шкоди (як, наприклад, втрата майна чи його пошкодження). Певність шкоди при втраті шансу зводиться до того, що втрачений шанс має бути реальним та істотним.[687]

Вимоги реальності та істотності, отже, є своєрідними запобіжниками проти сутяжницьких позовів, у яких позивачі, зловживаючи своїми правами, можуть вимагати відшкодування за втрату мізерно малих шансів, імовірність справдження яких за звичайних обставин близька до нуля.

Не можна заперечувати також зв'язок між визнанням доктрини втраченого шансу і стандартом доказування, що застосовують французькі суди. Оскільки стандарт *intime conviction* вимагає ступеня переконаності, близького до цілковитої впевненості, це має означати, що за умови суворого слідування цьому стандартові належало б відмовляти в позові потерпілим навіть тоді, коли вірогідність причинного зв'язку становить, скажімо, 70 %. Під таким кутом зору доктрина втраченого шансу стає інструментом, що дає змогу зарадити потерпілим у таких ситуаці-

---

[685] Ferreira, R. C. (2013), 62.

[686] Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 décembre 1996, 96-81.163; Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 6 juin 1990, 89-83.703; 220.Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 23 mai 2013, 12-30.147; Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 31 mars 2009, 08-12.230; Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 24 octobre 2018, 17-17.802.

[687] Ferreira, R. C. (2013), 59; Viney, G. (1982), 347, 350.

ях. Тож французька юриспруденція знає випадки, коли суди доходять висновку, що втрачений шанс становив 70 % і позивачеві має бути відшкодовано відповідну частку шкоди[688] (тоді як при застосуванні стандарту переважаючої імовірності такий шанс мав би схилити шальки терезів у бік повного відшкодування).

Хоча в судовій практиці доктрина втраченого шансу визнається усталеною частиною французького деліктного права, у науковій літературі, закономірно, висловлюються різні позиції щодо її слушності. Частина критики заснована на традиційному контраргументі про те, що шанс насправді не існує як феномен реального світу, а позначає лише брак наших знань про світ. Таку думку висловлював, зокрема, Саватьє. Так само представлена й інша традиційна лінія критики, що звинувачує прибічників доктрини в обході вимог щодо доказування причинного зв'язку.

Утім поряд із цим питомо французького забарвлення критиці доктрини додає Жерар Меметю (Gérard Mémeteau), який зазначає, що застосування доктрини втраченого шансу до справ про лікарську недбалість наближає зобов'язання лікаря до так званих зобов'язань результату (тобто зобов'язань, у яких боржник по суті гарантує кредиторові результат, і, відповідно, вважається таким, що порушив зобов'язання щоразу, коли результат не досягнуто), тимчасом як згідно із усталеною точкою зору зобов'язання лікаря є взірцевим прикладом зобов'язання найкращих зусиль (у такому зобов'язанні боржник не гарантує досягнення результату, а лише гарантує, що докладе всіх розумних зусиль задля його досягнення).[689]

І. Вакар'є (I. Vacarie) висловлює оригінальне припущення, за яким доктрина втраченого шансу має застосовуватися тільки тоді, коли йдеться про бездіяльність лікаря, і не може бути застосована до випадків, коли винна поведінка лікаря полягала в активних діях.[690] Суть такого аргументу зводиться до того, що в разі бездіяльності залишається тільки припускати, що сталося б, якби

---

[688] Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 janvier 2005, 03-17.906; Moréteau, O. (2013). France: French tort law in the light of European harmonization. *Journal of Civil Law Studies, 6*, 759–801, 798.

[689] Mémeteau, G. (1986). Perte de chance en droit médical français. *McGill Law Journal, 32*, 148.

[690] Vacarie, I. (1987). *La perte d'une chance*. *R.R.J.*, 3, 908–909.

лікар вчинив потрібні маніпуляції. Отож, у такій ситуації звернення до ймовірності та шансів виправдане, на відміну від випадку, коли реальний розвиток подій, що мав місце і призвів до шкідливого результату, був запущений активними діями лікаря.[691]

Цікаву ідею сформулював Жан-Себастьян Борґетті (J.-S. Borghetti), який вважає, що доктрина втраченого шансу має застосовуватися не до всіх медичних справ.[692] На його думку, слід розмежовувати дві різних ситуації. Перша — коли існує деякий рандомний процес, який міг би принести пацієнтові бажаний результат, однак пацієнт позбавляється переваги перебігу цього процесу. Тобто немає сумнівів у тому, що процес, який міг би принести пацієнтові бажаний результат, існував, але є сумніви в тому, чи приніс би цей процес бажаний результат (позаяк сам процес до певної міри рандомний, тобто не міг бути повністю контрольований людиною). Така ситуація, на думку Борґетті, має місце в разі несвоєчасного лікування, адже в такому разі хоча й невідомо, чи приніс би процес лікування бажаний результат, однак достеменно відомо, що якби не недбалість лікаря, то цей процес би точно існував і пацієнт мав би шанс. У такій ситуації Борґетті вважає доктрину втраченого шансу доречною.

Описаній ситуації автор протиставляє іншу, коли немає певності не лише щодо того, чи приніс би рандомний процес бажаний результат, але й щодо того, а чи був би взагалі запущений відповідний процес. Цій ситуації відповідають справи, коли лікар не розкриває можливі ризики медичної процедури. За таких обставин не відомо не тільки те, чи принесла б процедура бажаний результат, але й те, а чи була б використана ця процедура взагалі. До таких випадків, — вважає Борґетті, — доктрина втраченого шансу застосовуватись не повинна.[693]

**4.5.6. Бельгія.** Ставлення до доктрини втраченого шансу в бельгійському праві загалом таке ж, як і у французькому: доктрина визнається і застосовується судами до широкого кола справ, межі якого суворо не прокреслені наперед установленим каталогом.[694]

---

[691] Ibid.

[692] Borghetti, J.-S. (2008), 1080–1082.

[693] Ibid.

[694] Nuninga, W. Th., Verheij, D. J., Kahn, C., Auvray, F., & Borucki, C. (2020). Chances as legally protected assets. *European Review of Private Law, 2*8(2), 375–406, 381.

Сприйняття доктрини судовою практикою пов'язують із рішенням Касаційного Суду Бельгії 1984 року.[695] У тій справі пацієнт із численними переламами ніг був госпіталізований зі скаргами на біль у ногах, набряклість пальців та потемніння гіпсу, однак лікар не приділив йому належної уваги. Згодом у пацієнта розвинулась гангрена і йому було ампутовано ногу. Апеляційний суд Брюсселя ухвалив, що лікар має відшкодувати пацієнтові 80% збитків, позаяк саме такий шанс зберегти ногу пацієнт мав би за умови своєчасного лікування. З таким висновком погодився й Касаційний Суд Бельгії.

Звідтоді доктрина втраченого шансу почала ширитися поступово й на інші категорії справ. Наразі, окрім як у справах про лікарську недбалість,[696] її застосовують також у справах про недбалість адвокатів,[697] справах про неякісні поради, надані іншими фахівцями,[698] справах про втрату шансів на перемогу в різних конкурсах, зокрема при працевлаштуванні та підвищенні за посадою[699] тощо.

Цікаво, що в Бельгії кілька резонансних справ стосувалися недбалості ветеринарів, внаслідок якої тварини втрачали шанс на виживання. Однією із таких справ була справа про спортивного коня на окличку Prizrak. Касаційний Суд Бельгії зауважив, що

> «[с]уддя може присудити відшкодування за втрату шансу на одужання чи виживання тварини, якщо буде встановлено, що за умови належного лікування існував шанс на

---

[695] De Raedt, Q. (2013). Loss of chance in medical malpractice: A double application. *Journal of European Tort Law, 4*(3), 314–327, 319; Weyts, B. (2014). Compensation for the loss of small chances in (Belgian and French) tort law. *European Review of Private Law, 22(6)*, 1065–1068, 1065.

[696] Hof van Cassatie van België. Vonnis/arrest van 21 april 2016. C.15.0286.N.

[697] Cour d'Appel de Bruxelles. Jugement/arrêt du 24 November 1998. ECLI:BE:CABRL:1998:ARR.19981124.1; Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 10 mars 2021. ECLI:BE:CALIE:2021:ARR.20210310.6; Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 15 décembre 2003. ECLI:BE:CALIE:2003:ARR.20031215.2.

[698] Cour de Cassation de Belgique. Conclusions du Ministère public du 06 décembre 2013. C.10.0204.F.

[699] Cour de Cassation de Belgique. Jugement/arrêt du 23 octobre 2015. C.14.0589.F; Cour du Travail de Liège. Jugement/arrêt du 05 septembre 2006. ECLI:BE:CTLIE:2006:ARR.20060905.2; Cour du Travail de Liège. Jugement/arrêt du 11 février 2004. ECLI:BE:CTLIE:2004:ARR.20040211.7.

одужання чи уникнення смерті, і цей шанс на сприятливий розв'язок було втрачено через хибу ветеринара».[700]

В іншій подібній справі Льєжський апеляційний суд зазначив, що «вина відповідача позбавила апелянта можливості побачити свого коня здоровим».[701]

Стосовно цих справ інтерес становлять дві обставини. По-перше, хоча вони загалом аналогічні до справ про лікарську недбалість, та все ж є одна відмінність: тут ідеться про життя і здоров'я тварин, а не людини. І оскільки дехто з учених припускає, що доктрина втраченого шансу має застосовуватися вибірково і причім вибирати слід так, щоб пріоритетний захист за допомогою доктрини надавався насамперед найважливішим інтересам, таким як життя і здоров'я (людини), то в цьому контексті відповідь бельгійської юриспруденції заслуговує на окреме відзначення. Щоправда, бельгійський підхід може мати щонайменше два потрактування: або життя та здоров'я тварин займають високу позицію в ієрархії інтересів, охоронюваних деліктним правом, або ж — альтернативно — позиція в ієрархії інтересів узагалі не береться до уваги, оскільки доктрина підлягає загальному (а не вибірковому) застосуванню.

По-друге, варто зауважити на тому, що у справі про коня Prizrak'a, суд оцінив шанс одужання останнього як 80 % і ухвалив відшкодувати збитки у відповідній частці. Це число доволі характеристичне, адже воно вказує, що навіть така висока вірогідність причинного зв'язку (із кінцевим шкідливим наслідком у вигляді смерті коня) як 80 % не була б достатньою для повного відшкодування. Тобто, застосовуваний бельгійськими судами стандарт доказування є настільки високим, що навіть вірогідний на 80 % причинний зв'язок не вважається доведеним перед судом;[702] а це означає, що навіть за такої вірогідності причинного зв'язку потерпілі залишалися б із пустими руками, якби не доктрина втраченого шансу.

---

[700] Hof van Cassatie van België. Vonnis/arrest van 05 juni 2008. ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080605.5.

[701] Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 28 septembre 2006. ECLI:BE:CALIE:2006:ARR.20060928.3.

[702] De Raedt, Q. (2013), 319.

У 2004 році міцні позиції доктрини в бельгійській юриспруденції, здавалося, похитнулись із рішенням Касаційного Суду від 1 квітня того ж року.[703] В одній зі справ на молоду пані напав її колишній, завдавши непоправної шкоди здоров'ю. На цій підставі вона вимагала відшкодування шкоди коштом місцевої поліції, посилаючись на те, що до інциденту вона неодноразово зверталась до поліцейського відділку, повідомляючи про агресивну поведінку чоловіка, і якби поліція вжила належних заходів проти нього, то він, ймовірно, не напав би на неї. Апеляційний суд вирішив, що внаслідок недбалості поліції позивачка втратила шанс уникнути нападу, однак це рішення було скасовано Касаційним Судом.

У той час рішення викликало значний резонанс і змусило багатьох сумніватися в тому, чи залишається доктрина втраченого шансу чинною для судової практики.[704] Невдовзі, однак у 2008 році, Касаційний Суд знову підтвердив свою прихильність до доктрини,[705] відтак її авторитет і загальне визнання залишаються чинними до сьогодні.

Пояснюючи несподіваний маневр судової практики 2004 року, коментатори звертають увагу на те, що сама позивачка не посилалась на доктрину втраченого шансу, а навпаки, заявляла, що бездіяльність поліції є безпосередньою і прямою причиною її шкоди (у вигляді кінцевого наслідку — тілесних ушкоджень). І оскільки наявність причинного зв'язку є питанням факту, а не права, то після того, як суди нижчих інстанцій вирішили це питання не на користь позивачки (позаяк не можна достеменно знати, чи змогли б убезпечувальні заходи поліції запобігти нападові), Касаційний Суд, будучи судом права, не мав змоги вирішити це питання по-іншому.[706]

У науці й судовій практиці кристалізувалися декілька умов застосовності доктрини. По-перше, шанс має бути реальним, тобто повинна існувати розумна вірогідність того, що він може (міг) зреалізуватися.[707] Цей критерій, очевидно, є оціночним

---

[703] Weyts, B. (2014), 1066.

[704] Ibid.

[705] De Raedt, Q. (2013), 319.

[706] Weyts, B. (2014), 1066–1067.

[707] De Raedt, Q. (2013), 316; Weyts, B. (2014), 1068.

і не передбачає суворої нижньої межі у процентах, нижче якої відшкодування не допускається. Йдеться про недопустимість відшкодування за спекулятивні шанси, які навряд чи могли б зреалізуватися в дійсності.

По-друге, шанс має бути втраченим остаточно і безповоротно.[708] Це означає, що відшкодування не допускається, коли стан справ іще не визначився, і продовжує існувати імовірність того, що позивач таки отримає сприятливий результат (якого і стосується спірний шанс).

Застосування цієї вимоги на практиці добре ілюструє нещодавнє рішення Льєжського апеляційного суду.[709]

У цій справі пан W. (як орендар) уклав договір оренди автомобіля Skoda Octavia із компанією D'Ieteren. Він також уклав зі страховою компанією Ethias договір страхування, за яким було застраховано як цивільно-правову відповідальність пана W., так і сам автомобіль на випадок пожежі, викрадення чи пошкодження. Оскільки власником автомобіля залишалась компанія D'Ieteren, страховик, Ethias, зобов'язався негайно повідомити D'Ieteren у разі, якщо договір страхування буде розірвано, змінено, припинено чи визнано недійсним.

Проте згодом страховик порушив цей обов'язок: договір страхування було розірвано, однак Ethias своєчасно не повідомила власника про цей факт. Згодом після розірвання договору пан W. потрапив у дорожньо-транспортну пригоду, у якій орендований автомобіль було істотно пошкоджено. Закономірно, у виплаті страхового відшкодування страховик відмовив з огляду на те, що станом на час аварії страховий поліс уже не діяв.

У зв'язку з цим власник автомобіля, D'Ieteren, пред'явив позов до страховика, Ethias, стверджуючи, що оскільки той не повідомив про розірвання договору страхування, він повинен відшкодувати вартість пошкодженого автомобіля. Позивач зазначав, що якби про розірвання договору було своєчасно повідомлено, то компанія б забезпечила укладення нового договору страхування (або наполягаючи на тому, щоб його уклав орендар, або самостійно уклавши такий договір).

---

[708] De Raedt, Q. (2013), 316; Weyts, B. (2014), 1067–1068; Lierman, S. (2005). Het verlies van een kans bij medische ongevallen. *Nieuw Juridisch Weekblad (NjW)*, 614–615.

[709] Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 21 avril 2021. ECLI:BE:CALIE:2021:ARR.20210421.2.

Між сторонами виник спір, чи має право позивач на повне відшкодування, чи тільки на часткове. Позивач посилався на те, що компанія суворо додержується політики щодо страхування своїх автомобілів і пильно стежить за тим, щоб усі автомобілі, передані в оренду, були застраховані, а тому не могло бути такого, щоб, довідавшись про припинення полісу, компанія не забезпечила б нового страхового покриття. Тому, на думку позивача, відшкодування мало бути повним. Проте, з іншого боку, цю ситуацію можна потрактовувати як втрату шансу: якби про припинення дії полісу було своєчасно повідомлено, то позивач мав би шанс заново застрахувати свій автомобіль, однак це був тільки шанс, адже достеменно не відомо, чи був би укладений новий договір страхування.

У рішенні суду з цього приводу вказується:

> «Ця бездіяльність позбавила D'Ieteren не страхового покриття, а лише тільки інформації, що орендований автомобіль більше не застрахований. Якби інформація була повідомлена, D'Ieteren, звісно, могла б вимагати від орендаря укласти новий договір або ж могла б докласти зусиль, щоб самотужки його укласти (її власні загальні умови у статті 6 передбачають, що зобов'язання в цьому відношенні є зобов'язанням докласти зусиль, а не зобов'язанням досягти результату), однак тим не менше існує непевність щодо того, що саме сталося б, якби інформація була повідомлена <...> Ця бездіяльність очевидно не мала своїм наслідком "справдження ризику", як стверджує позивач. Ця бездіяльність позбавила D'Ieteren інформації, але ніхто не знає, що сталося б далі... Із наведених міркувань слідує, що стосовно причинного зв'язку між недбалістю відповідача і позивачевою шкодою залишається невизначеність».[710]

У цьому контексті доречно пригадати, що суди загального права в подібних випадках (коли реалізація шансу залежить від дій самого позивача) не застосовують доктрину втраченого шансу, а послуговуються підходом «все або нічого» і вимагають від позивача довести, що він би поводився саме так, а не інакше.

---

[710] Ibid.

Проте в кінцевому підсумку Льєжський апеляційний суд вирішив, що в даному разі шанс не є втраченим остаточно, оскільки в позивача іще залишається (не використана ним) можливість звернутися із вимогою до самого орендаря, пана W. Отже, про відшкодування за втрачений шанс наразі йтися не може.

Третьою умовою застосовності доктрини є наявність причинного зв'язку між протиправним діянням відповідача і втратою шансу позивачем.[711] Оскільки доктрина інтерпретується як така, що запроваджує нову категорію шкоди, то, виходить, ніхто не відміняв вимоги про причинний зв'язок (але, звісно, не із кінцевим шкідливим результатом, а із шансом його уникнути). Таким чином, протиправне діяння відповідача має бути необхідною умовою, без якої позивач не був би позбавлений бажаного шансу.

Подеколи у справах, де сторони апелюють до доктрини втраченого шансу, суд може дійти висновку, що втрачений шанс становив 100 %, тобто, по суті, суд констатує, що існував лише єдино можливий варіант розвитку подій, який би мав місце за відсутності протиправної поведінки відповідача. Відповідно, у таких справах позивачам присуджується повне, а не часткове відшкодування.

Прикладом такої справи є справа про недбалість адвоката, яку розглядав Льєжський апеляційний суд.[712] У цій справі сім'я (подружжя і двоє дітей) потрапили в дорожньо-транспортну пригоду: коли вони переходили дорогу на пішохідному переході, їх збило авто. Рішенням поліцейського суду водія автомобіля було визнано єдино відповідальним за ДТП і винуватим у скоєнні кримінального правопорушення. Проте адвокат, що представляв інтереси сім'ї, не заявив цивільного позову в рамках відповідного провадження. Згодом, коли сім'я звернулася до іншого адвоката, було вже запізно, оскільки позов був погашений давнісним строком. Тоді потерпілі звернулися до страхової компанії, у якій була застрахована професійна відповідальність їхнього першого адвоката, і вимагали стягнення на їхню користь тієї суми відшкодування, яку вони б отримали, якби позов до водія було пред'явлено вчасно, і — задоволено.

---

[711] Weyts, B. (2014), 1067.

[712] Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 10 mars 2021. ECLI:BE:CALIE:2021:ARR.20210310.6.

Суд першої інстанції оцінив шанси на задоволення позову до водія як 95%, і стягнув зі страхової компанії відповідну частину збитків. Однак апеляційний суд не погодився із таким рішенням і зауважив, що з огляду на те, що водія було визнано винуватим у скоєнні злочину, шанси на задоволення цивільного позову проти нього становили всі 100 %, а тому потерпілі мають право на відшкодування в повному розмірі.[713]

Проте у практиці є і прямо протилежні висновки, коли суди не застосовують доктрину втраченого шансу, але не тому, що шанс становив 100 %, а тому, що він становив 0 %. Так, в одній зі справ жінка позивалася до свого колишнього адвоката, котрий представляв її інтереси в кримінальній справі про порушення правил дорожнього руху. Позивачка вказувала на те, що адвокат не повідомив її своєчасно про ухвалене судом рішення у її справі, внаслідок чого вона пропустила час для його оскарження. Однак розглядаючи позов до адвоката, суд зауважив на вагомі докази винуватості позивачки, що були покладені в основу рішення проти неї, і дійшов висновку, що її шанси на успішне оскарження ухваленого рішення дорівнювали нулю. На цій підставі в задоволенні позову було відмовлено.[714]

Серед інших бельгійських справ на окрему увагу заслуговує одна, насправді особлива справа, де Цивільний суд Антверпена допустив подвійне (або мета-) застосування доктрини втраченого шансу. Цю справу наводить і аналізує у своїй публікації Квінтен де Редт (Quinten De Raedt).[715]

У цій справі пацієнт звернувся до лікаря зі скаргою на невелике утворення на шкірі. Лікар, вирішивши, що це родинка, видалив її, а зібраний біоматеріал утилізував. Проте за кілька місяців залишки шкірного утворення знову почали непокоїти пацієнта, і цього разу він звернувся до іншого лікаря — дерматолога. Цього разу видалені залишки були відправлені на аналіз у лабораторію. Дослідження показало, що в пацієнта меланома, причому такої стадії, що вже не підлягає лікуванню. За кілька місяців по тому пацієнт помер. Його рідні звернулися до

---

[713] 206. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 10 mars 2021. ECLI:BE:CALIE:2021:ARR.20210310.6.

[714] Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 15 décembre 2003. ECLI:BE:CALIE:2003:ARR.20031215.2.

[715] De Raedt, Q. (2013).

суду із позовом до першого лікаря, зазначаючи, що внаслідок його недбалості (вона виразилася в тому, що лікар не відправив зразок видаленої тканини на аналіз) було втрачено шанс на виживання.

Під час розгляду справи експерти констатували, що встановити, якими були шанси пацієнта станом на момент першого звернення, неможливо, не маючи зразка тканини, видаленої першого разу. При цьому експерти зазначили, що існувала ймовірність, що навіть на момент першого звернення в пацієнта не було жодних шансів одужати. Водночас могло бути й інакше. Іншими словами, ключем до визначення розміру втраченого шансу, якщо такий взагалі був, — був би зразок тканини, видалений при першому зверненні. Але цей «ключ» був назавжди втрачений.

З огляду на таку доказову безвихідь суд ухвалив напрочуд своєрідне рішення. Було зроблено висновок, що своїми діями лікар позбавив пацієнта шансу довести шанс на одужання. Іншими словами, суд допустив мета-застосування доктрини, або подвійне її застосування (як це називає К. де Редт). Згідно з таким підходом, є шкода першого порядку — це власне кінцевий наслідок (в даному разі — смерть), є шкода другого порядку — це втрата шансу уникнути цього кінцевого наслідку (шкоди першого порядку), і нарешті, на думку Суду, є шкода третього порядку — це втрата шансу довести, що існував шанс уникнути кінцевого наслідку.

Суд визнав, що навіть шкода третього порядку є компенсабельною, і зазначив, що розмір відшкодування в такому разі має бути визначений *ex aequo et bono*.

Коментуючи висновок суду, де Редт справедливо звертає увагу на формулу обчислення компенсації за втрачений шанс (у «звичайних» випадках).[716] Так, «ціна» шансу ($V_{ch}$) обчислюється як добуток «ціни» кінцевого наслідку ($D$) і коефіцієнта вірогідності, що шанс зреалізується ($p_r$), тобто $V_{ch} = D \times p_r$. Якщо ж ідеться про шкоду третього порядку, то у формулу слід включити іще один множник — коефіцієнт імовірності доведення шансу на одужання ($p_p$). Тобто $V_{ch} = D \times p_r \times p_p$. Для того щоб цей вираз мав смисл, необхідно, щоб обидва множники — і $p_r$, і $p_p$ одночасно були більшими від нуля (тобто $p_r > 0 \wedge p_p > 0$).

[716] Ibid., 323–324.

Проте, як видно із матеріалів справи, експерти не виключали можливості того, що пацієнт не мав жодних (!) шансів на одужання навіть за умови вчасного проведення аналізів. А це означає, що один із множників ($p_r$) міг виявитися рівним нулю ($p_r = 0$), що цілком нівелює будь-яке значення двох інших множників і, отже, загалом компрометує тезу про те, що «шанс довести шанс» за даних обставин мав яку б то не було цінність. Адже якщо пацієнт насправді не мав жодних шансів на одужання, то можливість довести це не становить для нього жодної цінності (радше навпаки).

Наведене міркування дає підстави для сумнівів у тому, що за обставин наведеної справи виконується вимога щодо реальності втраченого шансу.

Загалом, згідно із практикою бельгійських судів, якщо доведено, що позивач був позбавлений шансу, але при цьому неможливо точно вирахувати розмір цього шансу, то суд має присудити відшкодування *ex aequo et bono*.[717] Проте в даному випадку ситуація інша, адже не тільки невідомо, яким був шанс на одужання, але невідомо і те, чи був він взагалі.

Де Редт також ставить під сумнів гносеологічний статус можливості довести шанс на одужання.[718] Хіба не правда, що якби був потрібний зразок тканини, то точно можна було б довести той або інший висновок? Іншими словами, якби був потрібний зразок тканини, то не було б ніяких шансів довести дещо. Тобто, насправді доречно говорити лише про шанс на одужання, поєднаний із нашим незнанням ані щодо того, який розмір цього шансу, ані щодо того, чи існував цей шанс взагалі.

Ця справа породжує ще одне цікаве, але до певної міри схоластичне питання. Як раніше зазначалося, у деяких країнах доктрина втраченого шансу визнається застосовною до справ про недбалість адвокатів, але не застосовується до справ про недбалість лікарів. Хоч ця справа загалом стосується недбалості лікаря, та все ж під певним кутом зору в ній можна розгле-

---

[717] De Raedt, Q. (2013), 321; Van Oevelen, A., Jocqué, G., Persyn, & De Temmerman, B. (2007). Overzicht van rechtspraak: Onrechtmatige daad: Schade en schadeloosstelling (1993–2006). *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2, 933–1529, 965; Ronse, J., & De Wilde, L. (1984). *Schade en schadeloosstelling* (2nd ed.). Gent: Story-Scientia, №. 108; Dalcq, R. O. (1962). *Traité de la responsabilité civile. 2 : Le lien de causalité, le dommage et sa réparation*. Larcier, 262.

[718] De Raedt, Q. (2013), 325.

діти риси обох категорій: вона схожа на справи про недбалість лікарів у тому, що стосується втрати шансу на одужання, але водночас схожа і на справи про недбалість адвокатів — у тому, що стосується втрати шансів довести дещо. І якщо так, то можна задатися питанням, чи могло б мати місце таке ж, подвійне, застосування доктрини в країні, яка визнає доктрину застосовною до справ про недбалість адвокатів, але не визнає застосовною до справ про недбалість лікарів. Можливо, на перший погляд, це хитромудре запитання, проте насправді відповідь на нього проста: якщо в межах певного правопорядку доктрина не визнається застосовною у відношенні до лікарів, то в такому разі шанс довести лікарську недбалість нічого не вартий, адже він не міг принести позивачеві судовий присуд на його користь. Відтак, і подвійне застосування не можливе.

Раніше ми вже звертали увагу на те, що у справах, пов'язаних із доказовою непевністю щодо причинного зв'язку, вагомим фактором, котрий схиляє шальки терезів супроти відповідача, є те, що відповідач, а не хто інший, винен у цій доказовій безвиході. І наведена справа є якнайвиразнішим тому прикладом: невідомо, чи мав пацієнт шанси, але це невідомо саме через недбалість лікаря. У таких випадках видається несправедливим, щоб відповідач здобував доказову перевагу завдяки своїм протиправним діям. Тож можна припускати, що такими ж міркуваннями керувався і Цивільний суд Антверпена.

Насамкінець варто зауважити, що де Редт, хоча і вважає, що суд помилково допустив подвійне застосування доктрини в наведеній справі, однак загалом не виключає можливості подвійного застосування доктрини в принципі, за умови, що шанс на доведення і шанс на одужання одночасно є більшими від нуля.[719] За наведених же обставин учений вважає, слід було стягнути на користь позивачів лише моральну шкоду за переживання, пов'язані із незнанням власної долі (долі родича).[720]

## Висновки до розділу 4

Нез'ясовна причинність має місце, коли позивач з об'єктивних, не залежних від нього причин, не здатен довести наяв-

[719] Ibid., 326.

[720] Ibid.

ність причинного зв'язку відповідно до застосовного у справі стандарту доказування. Стандарт доказування визначає, якою мірою суд або присяжні мають бути переконані у правдивості того або іншого твердження, щоб воно було визнано доведеним для цілей ухвалення рішення у справі.

У цивільних і кримінальних справах стандарт доказування має бути різним (стандарт переважаючої вірогідності — у цивільних, стандарт поза розумним сумнівом — у кримінальних). Це слідує із Баєсової теорії ухвалення рішень. Вищий стандарт доказування в кримінальному праві зумовлений тим, що в кримінальній справі вартість хибно ствердної помилки істотно більша від вартості хибно заперечної, тимчасом як у цивільній справі обидві помилки мають однакову вартість, у зв'язку з чим поріг доказування визначається на рівні 50 % вірогідності.

Належить розрізняти два види імовірності: суб'єктивну та об'єктивну. Суб'єктивна імовірність (вірогідність) описує ступінь упевненості в тому, що те або інше твердження — правдиве. Об'єктивна імовірність — це математично обчислюване поняття із теорії імовірності, яке описує властивості об'єктивного світу. Стандарт доказування є пороговим значенням суб'єктивної імовірності, тобто ступеня віри у правдивість того або іншого твердження.

Коли жодні інші докази, окрім статистичних, об'єктивно не доступні, і в цьому немає вини позивача — вага статистичних доказів істотно зростає і суб'єктивна імовірність може наближатися до значення об'єктивної імовірності, на яку вказує статистика.

Потреба у використанні статистичних доказів є особливо гострою у справах про так звані токсичні делікти. У таких справах для доведення причинного зв'язку може бути використана концепція подвоєння ризику, яка заснована на епідеміологічному показникові, відомому як відносний ризик (RR). Відносний ризик — це відношення частоти захворювання у групі, яка контактувала із речовиною, до частоти захворювання у контрольній групі, яка не контактувала із речовиною. Згідно з концепцією подвоєння ризику причинний зв'язок між контактуванням із речовиною і захворюванням слід визнавати доведеним, якщо RR > 2.

У контексті токсичних деліктів варто розмежовувати загальну та індивідуальну причинність. Загальна причинність

має місце, якщо доведено, що певна речовина загалом здатна викликати певне захворювання. Індивідуальна причинність має місце, якщо доведено, що у випадку конкретного потерпілого його захворювання було викликане саме цією речовиною. За загальним правилом, позивач має довести як загальну, так і індивідуальну причинність. Тим не менше, використання концепції подвоєного ризику здатне призводити до зменшення кількості хибних судових рішень, а отже, до більш справедливого розподілу ресурсів.

Фактична ситуація, відома як «дилема двох мисливців» (заснована на обставинах американської справи *Summers v. Tice*) є «точкою входу» у проблему нез'ясовної причинності. Це найпростіша конфігурація фактів, за якої причинний зв'язок не може бути доведений на основі стандарту доказування *BoP*. Вирішенням цієї дилеми має бути таке правило: якщо достеменно відомо (доведено на підставі застосовного стандарту доказування), що двоє відповідачів поводилися винно, і достеменно відомо (доведено на підставі застосовного стандарту доказування), що один із них заподіяв шкоду, але невідомо котрий саме, то за таких обставин жоден із відповідачів не повинен мати змогу уникнути відповідальності самим лише посиланням на наявність іншого відповідача. Такий підхід дозволяє уникнути непослідовності, яка б виникала, якби кожен із відповідачів міг уникнути відповідальності попри те, що доведено, що один із них є дійсним заподіювачем шкоди. Реверсія тягаря доказування (покладання обов'язку спростовувати свою причетність до шкідливого наслідку на відповідачів) в такому випадку може бути виправдана тим, що у відповідачів був вибір не брати участі у діяльності, яка має наслідком доказову безвихідь.

Особливості патогенезу мезотеліоми вимагають винятково підходу до доказування причинно-наслідкового зв'язку у справах про відшкодування шкоди, завданої азбестозумовленою мезотеліомою. Можливим рішенням може бути підхід, сформований в англійському прецедентному праві і відомий як виняток *Fairchild*. Згідно з цим підходом позивач не повинен доводити наявність причинного зв'язку на основі тесту «якби не» — йому достатньо довести, що дії відповідача «істотно збільшили ризик» захворювання. Однак цей виняток не підлягає застосуванню, якщо конкуруючими причинами є фактори різної етіології.

Концепція відповідальності згідно з часткою на ринку (*market share liability*, MSL) передбачає, що у випадку неможливості визначити виробника медичного препарату, який завдав шкоди конкретному потерпілому, кожен із виробників такого препарату має відшкодувати завдану шкоду в частині, пропорційній до його частки на ринку цього препарату (станом на момент, коли потерпілий його приймав).

Застосування MSL призводить до таких же дистрибутивних наслідків, які б мали місце при застосуванні звичайних вимог до доказування причинності за умови досконалої поінформованості, тобто якби ідентифікувати виробника в кожному випадку було можливим: позивачі сумарно отримують рівно таке ж відшкодування, а відповідачі сумарно несуть рівно такий же тягар відповідальності.

Доктрина втраченого шансу становить собою реконцептуалізацію проблеми нез'ясовної причинності: проблема причинного зв'язку, який неможливо довести на основі застосовного стандарту доказування, вирішується шляхом запровадження нової категорії юридично значимої шкоди у вигляді втрати шансу отримати сприятливий результат. Справами, у яких може бути застосована доктрина втраченого шансу, є: справи про недбалість лікарів, якщо внаслідок такої недбалості пацієнт втрачає шанс на одужання; справи про недбалість адвокатів, якщо внаслідок такої недбалості клієнт втрачає шанс отримати рішення у справі на свою користь; справи про конкурси, коли внаслідок дій відповідача позивач втрачає шанс на перемогу; а також справи про лотереї.

Вирішенням проблеми нез'ясовної причинності має стати запровадження пропорційної відповідальності, яка передбачає, що відповідач повинен відшкодувати шкоду в розмірі, пропорційному до ступеня імовірності того, що його поведінка була дійсною причиною шкоди. Тобто, якщо загальний розмір шкоди дорівнює $D$, а імовірність того, що поведінка відповідача X була дійсною причиною шкоди, завданої позивачеві, дорівнює $L$, то пропорційна відповідальність означає, що відповідач X зобов'язаний відшкодувати потерпілому шкоду в розмірі $D \times L$. Пропорційна відповідальність забезпечує інтерналізацію витрат тим, хто провадить шкідливу діяльність, таким чином, що валовий тягар відповідальності цієї особи дорівнює валовому розміру шкоди, завданої її діяльністю. Однак застосування про-

порційної відповідальності має бути обмежене з урахуванням значущості порушеного інтересу потерпілого; причин, із яких доведення причинного зв'язку на основі звичайного стандарту є неможливим; характеру відносин між сторонами; та доступністю і надійністю даних про імовірність причинного зв'язку між діями відповідача і шкодою.

## *Розділ 5.*

# ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК ПРИ СПІВУЧАСТІ

## § 5.1. Поняття співучасті у делікті[721]

**5.1.1. Прогалина у доктрині деліктного права.** У кримінальному праві України відповідальним за злочин визнається не тільки той, хто його безпосередньо вчинив (як кажуть, «безпосередньо виконав об'єктивну сторону злочину»[722]), але й інші особи, які так чи інакше цьому сприяли.[723] Для цього в кримінальному праві існує ретельно розроблений інститут співучасті:[724] він дає змогу притягувати до відповідальності, поряд із безпосереднім виконавцем, також організатора, підбурювача і пособника злочину.

У деліктному праві України такого немає. В українських наукових розвідках не зустріти понять «співучасть у делікті», «організація делікту», «пособництво делікту», «підбурювання до делікту» тощо. І ми, українські деліктологи, здається, дуже довго не помічали цього. Дивовижно, що така очевидна паралель тривалий час залишалася поза нашою увагою, особливо враховуючи загальну подібність між деліктами й кримінальними правопорушеннями, їх спільне історичне минуле, а також те, що чимало злочинів рівночасно є цивільно-правовими деліктами.

---

[721] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. П. (2022). Співучасть у делікті, або що слід розуміти під завданням шкоди «спільними діями або бездіяльністю». *Нове українське право*, 2, 44–52.

[722] Сташис, В.В., Тацій, В.Я. (Ред.). (2010). Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник (4-те вид., переробл. і допов.). Харків: Право, 213.

[723] Див.: Розділ VI КК України.

[724] Див.: Абакумова Ю. В. (2013). *Теорія співучасті в кримінальному праві України* [Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня д-ра юридичних наук : 12.00.08.]. Класичний приватний університет; Жаровська, Г. П. (2004). *Співучасть у злочині за кримінальним правом України* [Дис. канд. юрид. наук, 12.00.08]. НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького; Орловський, Р. С. (2019). *Інститут співучасті в кримінальному праві України* [Дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08]. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.

Найближчим (і єдиним) аналогом кримінально-правового інституту співучасті у цивільному праві є положення статті 1190 ЦК України про шкоду, завдану «спільними діями або бездіяльністю». Сказати, що цивільно-правовий інститут «спільного заподіяння» (назвемо його так) відстає від свого кримінально-правового побратима — це не сказати нічого. У цивілістиці ця проблема лише раз слугувала окремим предметом дисертаційного дослідження.[725] Імовірно, причиною поневаження проблеми цивілістами є те, що вона докладно опрацьована в науці кримінального права і ми вважаємо, що нам, цивілістам, додати нічого та й не потрібно, бо завжди можна скористатися доробками колег, імплементувавши конструкції кримінального права у право деліктне.

Такий прагматичний погляд насправді не позбавлений слушності: висновки науки кримінального права дійсно дуже багато в чому можуть прислужитися і для потреб визначення кола зобов'язаних відшкодувати завдану шкоду. Проте, як буде показано в цьому розділі, навіть коли міркувати так, то все одно залишається низка нюансів цієї імплементації, які потребують свого прояснення. Наприклад, чи повинна імплементація означати, що співделіквентами можуть бути тільки особи, що визнані співучасниками злочину в кримінальному провадженні? Або як бути із юридичними особами, які не є суб'єктами кримінальної відповідальності і, відповідно, не можуть визнаватися співучасниками в кримінально-правовому сенсі. Чи можуть вони визнаватися співзаподіювачами для потреб деліктної відповідальності? Насамкінець, чи не є природа і задачі кримінальної та деліктної відповідальності настільки різними, що виправдовували б не просто імплементацію, а імплементацію із подальшим доопрацюванням і розширенням кола потенційно відповідальних осіб.

### 5.1.2. Вузьке і широке трактування статті 1190 ЦК України.

Відповідно до ст. 1190 ЦК України

> «особи, *спільними діями або бездіяльністю яких* було завдано шкоди, несуть солідарну відповідальність перед

[725] Чернілевська, О. І. (2017). *Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами* [Дис... канд. юрид. наук : 12.00.03]. Львів. нац. ун-т ім. І. Франка.

потерпілим. За заявою потерпілого суд може визначити відповідальність осіб, які спільно завдали шкоди, у частці відповідно до ступеня їхньої вини» (курсив наш. — Б.К.).

Отож, ключове для застосування цієї статті питання — за яких умов шкода може вважатися такою, що була завдана *спільними* діями або бездіяльністю? Від цього залежить, чи може іще хтось, окрім того, чиї дії безпосередньо потягли за собою шкоду, бути визнаний відповідальним як спільник?

Загалом, *in abstracto*, мислимі два можливих тлумачення — вузьке і широке. За вузького тлумачення можна думати, що шкода завдається «спільними діями», тільки якщо є два або більше «співвиконавців», кажучи мовою кримінального права. Тобто тільки тоді, коли декілька осіб одночасно вчиняють рівнозначні шкідливі дії, у тому сенсі, що дії кожного із деліквентів причинно пов'язані зі шкодою *не через дії іншого* деліквента, а безпосередньо, напряму. Ще по-іншому це можна сформулювати так: дії кожного із деліквентів були б визнані деліктом навіть за відсутності дій усіх інших співделіквентів. Прикладом може слугувати групове побиття потерпілого.

При широкому трактуванні «спільні дії» включають будь-які форми співучасті у завданні шкоди, в тому числі й непряму причетність, що може полягати в наданні різного роду допомоги безпосередньому заподіювачеві (фінансової, іншої матеріальної допомоги чи допомоги у вигляді порад тощо) або підбурюванні його до завдання шкоди. За такого потрактування, діапазон застосування статті 1190 ЦК України виявляється значно ширшим — до нього потрапляють дії не тільки безпосереднього виконавця (в термінах кримінального права), а й організатора, підбурювача та пособника також.

Якщо ми загалом згодні з ідеєю імплементації в цивільне право кримінально-правового інституту співучасті, то, вочевидь, слушним слід визнати широке потрактування «спільних дій» у ст. 1190 ЦК України. Більш того, припущення протилежного привело б нас до нелогічного висновку.

Уявімо, наприклад, що четверо осіб за попередньою змовою вчинили пограбування крамниці, причому лише один із співучасників безпосередньо погрожував продавчині зброєю, вимагаючи віддати готівку з каси, тоді як інший — дістав ту саму зброю, ще інший — зорганізував автомобіль і транспортування, а ще інший — логістично підтримував операцію. Припустімо

далі, що всі четверо були знайдені і визнані винними в кримінальному провадженні. Якщо виходити із вузького трактування статті 1190 ЦК України, то доведеться визнати, що за цивільним позовом потерпілої сторони має відповідати тільки один із чотирьох засуджених зловмисників (котрий погрожував продавчині зброєю). За вузького потрактування доведеться дійти висновку, що з точки розу деліктного права шкода взагалі завдана діями тільки одного зловмисника.

Отож, за вузького потрактування «спільних дій» отримуємо, що коло осіб, відповідальних згідно з цивільним правом, є вужчим за коло осіб, відповідальних згідно з кримінальним правом. Та логічним був би прямо протилежний принцип. Кримінальна відповідальність суворіша за цивільну. Закономірно, що більш суворій відповідальності має підлягати вужче коло причетних, а не навпаки.

Кримінальна відповідальність передбачає особистісний вимір осуду злочинця, тоді як цивільна відповідальність — лежить здебільшого в економічній площині (вона запобігає деліктам саме через те, що робить їх *економічно* невигідними). Тому до кримінальної відповідальності слід притягати лише осіб, чий зв'язок зі злочином має тісний, особистісний характер, що виражається в їхньому злому умонастрої; натомість до цивільної відповідальності можуть притягатися також і ті, чия причетність до шкоди має економічну природу, в тому сенсі, що дії такої особи з точки погляду мікроекономіки послугували одним із факторів, що спричинився до кінцевого результату у вигляді завдання шкоди. Тому, на наше переконання, «спільне заподіяння» в контексті деліктної відповідальності має трактуватися не вужче (тобто так само широко або й ширше), ніж поняття співучасті в кримінальному праві.

**5.1.3. Непослідовність судової практики.** Суди застосовують цю статтю здебільшого до двох категорій справ. Перша — справи про ДТП. Пленум ВССУ пояснив,[726] що коли відбувається зіткнення двох автомобілів, то слід розмежовувати шкоду, що

[726] Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013, № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки», п. 8.

була завдана водіями один одному, і шкоду, яка була завдана водіями третім особам, тобто пасажирам, перехожим та всім іншим. Шкода водіям відшкодовується за правилами статті 1188 ЦК України відповідно до вини кожного з водіїв. Шкода усім іншим — відшкодовується незалежно від вини водіїв і за правилами статті 1190 ЦК України вважається такою, що завдана спільними діями (що означає, що перед третіми особами водії мають відповідати солідарно).

Друга категорія справ — це справи про відшкодування шкоди, завданої злочином, що був вчинений кількома особами.[727] Якщо злочин було скоєно у співучасті, то, закономірно, і шкода, що стала наслідком цього злочину, є такою, що завдана «спільними діями». Але чи означає це, що цивілістичне «спільне заподіяння» може мати місце тільки, якщо була кримінальна співучасть? Судова практика в цьому відношенні дещо плутана.

Відповідно до ст. 26 КК України «співучастю у кримінальному правопорушенні є умисна спільна участь декількох суб'єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення». Це означає, що співучасть має місце тільки тоді, коли всі співучасники діють умисно;[728] не може бути співучасником той, хто сприяв вчиненню злочину іншими особами через свою недбалість чи необережність.

Знаковою справою, яка стосувалась співвідношення між спільним заподіянням у контексті ст. 1190 ЦК України та інститутом співучасті в кримінальному праві, була справа № 6-168цс13.[729] У цій справі ішлося про отримання банківського кредиту за підробленими документами завідомо з наміром не повертати отримані кошти. У справі було троє фігурантів. Двоє із них були визнанні винними у службовому підробленні (ст. 366 КК України) і шахрайстві з фінансовими ресурсами (ст. 222 КК України). Натомість третя особа, працівник банку,

---

[727] Див.: Постанова Касаційного цивільного суду від 04 червня 2021 року, у справі № 753/21343/14-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/97565606; Постанова Касаційного цивільного суду від 26 вересня 2018 року, у справі № 0909/4190/12. https://reyestr.court.gov.ua/Review/76859595; Постанова Касаційного цивільного суду від 29 травня 2019 року у справі № 740/967/16-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/82261622.

[728] Сташис, В.В., Тацій, В.Я. (Ред.). (2010), 210.

[729] Постанова Верховного Суду України від 12 лютого 2014 року у справі № 6-168цс13. https://reyestr.court.gov.ua/Review/37908431.

була визнана винною в необережному злочині — службовій недбалості (ст. 367 КК України). Банк пред'явив цивільний позов до усіх трьох, вимагаючи застосування солідарної відповідальності на підставі ст. 1190 ЦК України. Суд першої інстанції, з висновком якого погодився і касаційний суд, позов задовольнив. Проте Верховний Суд України скасував це рішення і направив справу на новий розгляд до касаційного суду. Обґрунтовуючи своє рішення, Верховний Суд України сформулював позицію, яка звідтоді часто цитується судами:

> «Виходячи зі змісту зазначеної норми матеріального права [ст. 1190 ЦК України], особи, які спільно заподіяли неподільну шкоду взаємопов'язаними, сукупними діями або діями з єдністю наміру, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим.
>
> Для настання солідарної відповідальності при заподіянні шкоди злочином, вчиненим двома або кількома особами, необхідно встановити, що діяння заподіювачів шкоди були об'єднані спільним злочинним наміром, а заподіяна ними шкода стала наслідком їхніх спільних дій».[730]

Перше речення сформульовано двозначно, оскільки в ньому використано сполучник «або». При буквальному прочитанні це речення мало б означати, що для того, аби визнати шкоду заподіяною спільно, потрібно, щоб дії заподіювачів були *або* об'єднані єдиним наміром, *або* були взаємопов'язаними, сукупними і при цьому шкода була неподільною (взаємопов'язаність і сукупність, вочевидь, можуть мати місце і без спільного наміру всіх учасників).

На противагу цьому, друге речення містить чітку вказівку на те, що всі заподіювачі повинні мати спільний намір. І, вочевидь, саме таку думку і закладав у свої слова Верховний Суд України, бо при повторному розгляді цієї справи судом касаційної інстанції рішення було скасовано саме в частині притягнення до відповідальності банківського працівника (чиї дії були необережними). При цьому Суд мотивував своє рішення «відсутністю причинного зв'язку» між недбалістю, яку допустив банківський працівник, і шкодою у вигляді втрати грошових коштів.

---

[730] Ibid.

Чинність правової позиції, висловленої ВСУ у справі № 6-168цс13, у 2018 році була поставлена під сумнів, коли Касаційний цивільний суд передав справу № 740/967/16-ц на розгляд Великої Палати Верховного Суду із посиланням на необхідність відступу від правового висновку, зробленого у справі № 6-168цс13.[731] Щоправда, ішлося не про необхідність застосувати статтю 1190 ЦК України до особи, яка вчинила необережний злочин, а про те, що хоча всі фігуранти діяли умисно, намір одного із них не збігався із намірами двох інших.

Ця справа теж стосувалася незаконного отримання кредиту без наміру його повертати, і в ній теж було три фігуранти. Один із них — керівник юридичної особи-позичальника, інший — головний бухгалтер цієї ж юридичної особи, а третій — посадова особа іншої компанії, яка виступила заставодавцем за відповідним кредитним договором. Роль останнього фігуранта полягала в тому, що він уклав від імені своєї компанії фіктивний договір застави, необхідний для отримання кредиту. Цього фігуранта було визнано винним за ст. 364-1 КК України (Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права).

Передаючи справу на розгляд Великої Палати, Касаційний цивільний суд звернув увагу на те, що намір третього фігуранта не збігався із наміром перших двох. Тимчасом як перші двоє мали намір отримати кредитні кошти і не повертати їх, третій фігурант не мав наміру отримувати кредитні кошти (ймовірно, він переслідував іншу корисливу мету, наприклад, отримання окремої винагороди за підписання фіктивного договору).

Касаційний цивільний суд вважав, що така незбіжність намірів відповідно до позиції ВСУ у справі № 6-168цс13 повинна була б виключати можливість притягнення третього фігуранта до солідарної відповідальності, адже згідно з цією позицією «діяння заподіювачів шкоди [мають бути] об'єднані спільним злочинним наміром». І оскільки такий висновок видався Касаційному цивільному суду несправедливим, він вважав, що є підстави для відступу від раніше висловленої позиції. На думку Касаційного цивільного суду, не обов'язково, щоб всі співучасники мали один і той самий намір (отримати кредитні

[731] Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 22 листопада 2018 року у справі № 740/967/16-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/78977375.

кошти від банку і не повертати їх) головне, щоб «шкода [була] завдана спільними діями кількох осіб, кожний із яких виконував свою частину неправомірних дій для досягнення мети».[732]

Однак Велика Палата ухвалила, що підстав відступати від усталеної позиції немає.[733] На жаль, у самій ухвалі Великої Палати докладного мотивування не наводиться, окрім вказівки на те, що Касаційний цивільний суд не обґрунтував необхідність відступу. Однак той факт, що після цієї ухвали під час нового розгляду справи солідарний обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду був покладений судом на усіх трьох фігурантів,[734] вочевидь, слід розуміти так, що правова позиція у справі № 6-168цс13 від самого початку не вимагала, щоб усі співучасники мали на меті один і той самий результат. Відтак, маємо виснувати, що вимагалося тільки те, щоб усі діяли умисно.

Огляд судової практики за статтею 1190 ЦК України викриває непослідовність. З одного боку, якщо шкода завдається злочинними діями кількох осіб, то для покладання солідарного обов'язку з відшкодування шкоди на таких осіб потрібно, щоб усі вони діяли умисно (в термінології ВСУ — «об'єднані спільним злочинним наміром»). Натомість, якщо шкода завдається діями, що не становлять собою кримінального правопорушення, то в такому разі спільність намірів усіх заподіювачів не вимагається. Це стосується насамперед завдання шкоди третім особам внаслідок взаємодії кількох джерел підвищеної небезпеки. У таких випадках, як правило, має місце необережне завдання шкоди через порушення Правил дорожнього руху. Важко уявити, щоб двоє водіїв, які зіткнулися на дорозі, порушивши ПДР, були «об'єднані спільним наміром» заподіяти шкоду усім третім особам.

Інші, менш розповсюджені (ніж про ДТП) справи, де дії відповідачів не становлять кримінального правопорушення, теж підтверджують цю тенденцію. Наприклад, у справі № 522/1781/16-ц власниця квартири вимагала від двох сусідів-співвласників квартири, розташованої поверхом вище, солі-

---

[732] Ibid.

[733] Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 22 листопада 2018 року у справі № 740/967/16-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/78977375.

[734] Постанова Касаційного цивільного суду від 29 травня 2019 року у справі № 740/967/16-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/82261622.

дарного відшкодування за збитки, завдані залиттям. При цьому у справі було встановлено, що один із відповідачів перекрив гарячу воду на стояку (через заборгованість перед комунальними службами), а інший, коли намагався її відкрити, зламав різьбу, внаслідок чого і сталося затоплення. Верховний Суд погодився із висновками судів нижчих інстанцій про застосування солідарної відповідальності на підставі ст. 1190 ЦК України.[735]

Таким чином, українські суди при тлумаченні ст. 1190 ЦК України застосовують подвійні стандарти. З одного боку, якщо йдеться про шкоду, завдану злочином, то «спільне заподіяння» вимагає «спільного злочинного наміру», а це (згідно з висновком Великої Палати) означає, що всі співделіквенти мають діяти умисно (як це, в принципі, і передбачається визначенням співучасті в кримінальному праві[736]).

З іншого боку, якщо шкідливі дії не є злочинними, то в такому разі «спільне заподіяння» не вимагає ніякого спільного наміру і може складатися, в тому числі (а може навіть і виключно тільки), із необережних дій деліквентів. У цьому випадку критерії спільного заподіяння залишаються незрозумілими.

Такі подвійні стандарти не можуть не викликати заперечень. Як уже зазначалося, Пленум Вищого спеціалізованого суду рекомендував визнавати шкоду такою, що була завдана спільними діями, у випадку зіткнення двох автомобілів, тобто у випадку, коли майже цілком виключено можливість спільного наміру водіїв (на завдання шкоди третім особам). Рівночасно з цим наявність спільного злочинного наміру є обов'язковою, коли йдеться про злочини. А як тоді бути, якщо наслідки ДТП є достатньо тяжкими, щоб водіїв було притягнуто до кримінальної відповідальності? За теперішнім, непослідовним, підходом мало б виходити, що в разі, коли дії водіїв є кримінально караними, то завдана ними шкода перестає вважатися такою, що була завдана спільними діями.

Інша важлива тенденція, яку можна спостерегти в судовій практиці, — це те, що навіть коли йдеться про злочин (а в цьому випадку коло юридично значимої причетності вужче), суди визнають співзаподіювачами не тільки виконавців, але й інших

---

[735] Постанова Касаційного цивільного суду від 06 березня 2019 року у справі № 522/1781/16-ц. https://reyestr.court.gov.ua/Review/80363804.

[736] Див.: ст. 26 КК України.

співучасників (наприклад, керівника компанії, який сприяв отриманню кредиту шляхом підписання фіктивного договору застави). А це означає, що судова практика виключає вузьке трактування спільного заподіяння (описане нами як *in abstracto* можливе) і свідомо чи несвідомо схиляється до широкого трактування.

Утім непокоїть те, що згідно з теперішньою практикою доля цивільно-правової вимоги про відшкодування *цілковито* визначається долею кримінального обвинувачення. Так, коли йдеться про злочини, то суди схильні задовольняти деліктні вимоги лише проти тих осіб, котрі були визнані винуватими в рамках відповідного кримінального провадження як співучасники.

Наприклад, у справі № 357/11405/18 хлопчик-школяр, що приїхав разом із класом на базу відпочинку, втопився під час купання в трав'яному чані через відсутність належного нагляду. Його мати звернулась із позовом до чотирьох відповідачів: заступниці директора школи (відповідальної за організацію літнього відпочинку дітей), директора бази відпочинку, інструктора, котрий мав безпосередньо наглядати за дітьми, та до юридичної особи, якій належала база відпочинку.

Суд першої інстанції,[737] із яким погодився й апеляційний суд,[738] присудив стягнути відшкодування солідарно з усіх чотирьох відповідачів, незважаючи на те, що до кримінальної відповідальності (за ч. 2 ст. 137 КК України) була притягнута (і визнана винною) тільки одна заступниця директора школи. При цьому суд першої інстанції напрочуд слушно, як на наш погляд, підкреслив:

> «вирішуючи дану справу, суд не вдається до правової кваліфікації дій Відповідачів у розумінні Кримінального кодексу України. Тому, на переконання суду, відсутність обвинувального вироку не є перешкодою для вирішення питання про відшкодування матеріальної та моральної шкоди.[739]

---

[737] Рішення Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 13 лютого 2020 року у справі № 357/11405/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/ 87834593.

[738] Постанова Київського апеляційного суду від 28 липня 2020 року у справі № 357/11405/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/90667302.

[739] Рішення Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 13 лютого 2020 року у справі № 357/11405/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/ 87834593.

Проте із таким підходом не погодився Верховний Суд. Зацитувавши вже відому позицію про те, що дії мають бути «об'єднані спільним злочинним наміром», Суд наголосив: «за відсутності доказів, що підтверджують сукупність та взаємопов`язаність дій відповідачів, об`єднаних спільними намірами, немає підстав для покладення на них солідарної відповідальності за заподіяну потерпілій особі шкоду».[740] Відтак справу було повернуто на новий розгляд до суду першої інстанції.

Цивільна і кримінальна відповідальність — це не одне і те ж. Навіть тоді, коли вони виникають із одного і того ж факту. Тому і засяг їхньої дії не обов'язково повинен бути однаковим: часто коло осіб, відповідальних за цивільним правом, збігається із колом осіб, відповідальних за кримінальним правом, але не можна принципово виключати й того, що подеколи коло відповідальних за цивільним правом може (чи має) бути ширшим. І особливо (але не виключно) це стосується випадків, коли йдеться про причетність до завдання шкоди юридичної особи, яка взагалі не визнається суб'єктом відповідальності за кримінальним правом.

Таким чином, правильна імплементація кримінально-правового інституту співучасті в тіло деліктного права має полягати не в тому, щоб цивільний позов слухняно ішов слід у слід за кримінальним обвинуваченням і відповідальними за шкоду визнавалися лише ті, хто визнаний співучасником у кримінальному провадженні, — правильна імплементація полягає в тому, щоб «спільне заподіяння» у цивільно-правовому смислі утворювали щонайменше (!) усі ті ролі, які утворюють співучасть у кримінальному праві. Визначення того, хто має відшкодовувати шкоду, завдану злочином, хоча, безсумнівно, і пов'язане із тим, хто визнаний співучасником у кримінальному провадженні, але доконечно цим не детермінується. Бо режим цивільної відповідальності окремий від режиму кримінальної відповідальності і повинен мати свої критерії притягнення і привинення. І цілком мислимою є ситуація, коли шкоду, завдану злочином, має відшкодовувати (поряд з іншими) той, хто не був визнаний співучасником цього злочину з точки зору кримінального права.

---

[740] Постанова Касаційного цивільного суду від 09 червня 2021 року у справі № 357/11405/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/97657009.

Уявімо, наприклад, що приватна компанія надає фінансову, логістичну та іншу підтримку правоохоронцям чи військовим, які, застосовуючи насильство, незаконно розганяють мирний мітинг проти будівництва нового заводу відповідної компанії. Попри те, що юридична особа не є суб'єктом кримінальної відповідальності,[741] цілком обґрунтованим був би висновок, що юридична особа, тим не менше, має бути зобов'язана до відшкодування шкоди як пособник делікту в цивільно-правовому розумінні. Зайве, напевне, говорити, що такий підхід краще забезпечить і права потерпілих, адже компанія скоріше буде здатна задовольнити майнові вимоги потерпілих, аніж фізичні особи, визнані винними в кримінальному провадженні.

Менш масштабний, але теж прикметний приклад. Уявімо, що разом із водієм у машині їде азартний пасажир, який повсякчасно й наполегливо підбурює водія до небезпечної їзди, аж доки той не піддається впливу і зрештою не потрапляє разом із пасажиром в аварію із тяжкими наслідками. З точки зору кримінального права, хоча водій порушував правила умисно, однак його ставлення до наслідків — необережне, а тому злочин в цілому необережний.[742] Відповідно, співучасті з точки зору кримінального права бути не може. Та чи повинне деліктне право бачити ситуацію так само? На наш погляд, ні. Поведінка пасажира була вагомим фактором у ланцюжку подій, що призвели до завдання шкоди, беручи до уваги, що пасажир був свідомий того, які наслідки можуть настати, він має бути зобов'язаний до відшкодування поруч із водієм, а шкода має вважатися такою, що була завдана ними спільно.

Треба визнати, що все написане нами вище не дає остаточної відповіді про точні контури спільного заподіяння, однак доводить, що площа, обмежена цими контурами, має бути не меншою за площу, обмежену контурами співучасті в кримінальному праві. Що ж стосується скрупульозного проведення демаркаційної лінії між тим, хто може і хто не може вважатися причетним до завдання шкоди, то формулювання точніших критеріїв значимої для деліктного права причетності буде розглянуто в наступних параграфах.

---

[741] Див.: ст. 18 КК України.

[742] Сташис, В.В., Тацій, В.Я. (Ред.). (2010), 170–173.

Утім на завершення варто прокоментувати коротку думку, висловлену Верховним Судом *obiter dictum* у справі про трагедію на базі відпочинку, адже подальше тиражування цієї думки загрожує невиправданим обмеженням конструкції спільного заподіяння. Так, Суд зазначив:

> «у заподіянні шкоди спільними діями має місце єдність дій заподіювачів, яка полягає у такому їх взаємозв`язку, при якому виключення хоча би однієї із цих дій із комплексу діянь співзаподіювачів не призводить до виникнення спільного шкідливого результату».[743]

По суті, у цій думці йдеться про те, що дії кожного зі співделіквентів мають бути необхідними (*conditio sine qua non*) для настання шкоди, тобто, щоб без них шкода не могла настати. Але поріг, що задається таким формулюванням настільки високий, що його не зможе подолати переважна більшість тих випадків, які однозначно визнаються співучастю навіть у рамках кримінального права. Адже навіть якби конкретний пособник не надав своє авто для грабіжників, пограбування б усе одно сталося, от тільки що на іншому авто. Але таке міркування, вочевидь, не виправдовує пособника. Тому на роль критерію спільного заподіяння краще підхожа концепція істотного чинника (тобто, чи були дії співделіквента істотним чинником у наборі обставин, що призвели до заподіяння шкоди). Проблемі точного калібрування критеріїв спільного заподіяння присвячені наступні три параграфи.

**5.1.4. Підсумки.** Тлумачення конструкту спільного заподіяння має бути уніфікованим для деліктного права в цілому: воно не повинно варіювати залежно від того, є делікт рівночасно і кримінальним правопорушенням, чи ні. Правильна «пересадка» кримінально-правової доктрини співучасті у площину деліктного права має означати, що в деліктному праві юридично значима причетність включає щонайменше усі ті ролі, які визнаються юридично значимими в «донорській» галузі, — у кримінальному праві. Тобто, спільне заподіяння в контексті статті 1190 ЦК України слід розуміти як таке, що, окрім виконавця,

---

[743] Постанова Касаційного цивільного суду від 09 червня 2021 року у справі № 357/11405/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/97657009.

охоплює й організатора, і пособника, і підбурювача делікту. Утім визначення кола причетних (навіть коли шкода завдана внаслідок злочину) для цілей деліктної відповідальності не повинне доконечно визначатися результатами кримінального провадження, адже менш сувора — економічна за природою — деліктна відповідальність повинна мати ширший засяг дії, аніж відповідальність кримінальна.

## § 5.2. Історія американського Закону про деліктні позови іноземців

**5.2.1. Чому американський закон цікавий для України.** Американський Закон про деліктні позови іноземців (Alien Tort Statute, ATS[744]) відкрив шлях для цілої низки судових процесів, у яких потерпілі вимагали компенсації за шкоду, завдану внаслідок порушення загальновизнаних норм міжнародного права. Значення цього Закону і практики його застосування для транскордонної адвокації прав людини важко переоцінити.[745] Уся концепція бізнесу і прав людини багато в чому завдячує прецедентам, заснованим на ATS, і подальшому широкому дискурсу, яким «обросли» ці прецеденти.

Нещодавно український Верховний Суд ухвалив рішення, яке, на наш погляд, за своїми наслідками порівнянне зі знаковим американським Законом, адже в ньому теж ідеться про юрисдикцію національних судів, деліктні позови і порушення норм міжнародного права. Так, Верховний Суд у постанові від 14 квітня 2022 року ухвалив, що Російська Федерація не може

---

[744] Інколи також вживається абревіатура ATCA — Alien Tort Claims Act.

[745] Про ATS-юриспруденцію та її наслідки див.: Bradley, C. A. (2014). The ATS, the TVPA, and the future of international human rights litigation. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 108*, 145–147; Christensen, D., & Hausman, D. K. (2016). Measuring the Economic Effect of Alien Tort Statute Liability.*Journal of Law, Economics, & Organization*,*32*(4), 794–815; Gilbert, J. (2012). Corporate Accountability and Indigenous Peoples: Prospects and Limitations of the US Alien Tort Claims Act. *International Journal on Minority and Group Rights, 19*(1), 25–52; The Alien Tort Statute, Forum Shopping, and the Exhaustion of Local Remedies Norm. (2008). *Harvard Law Review*, *121*(8), 2110–2133; Waldref, V. R. (2010). The Alien Tort Statute after Sosa: A viable tool in the campaign to end child labor. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 31*(1), 160–192.

посилатися на судовий імунітет у справах за позовами про відшкодування шкоди, завданої агресивною війною Росії проти України.[746]

Американський Закон і позицію українського Суду єднає декілька чинників. По-перше, обидва правила є юрисдикційними, в тому сенсі, що вони не містять матеріально-правових норм, а лише визначають, що певні справи підсудні національним судам. По-друге, в обох випадках ідеться про винятокові норми, котрі поширюють юрисдикцію національних судів на правовідносини із виразним іноземним елементом (тобто правовідносини, котрі за інших, звичайних, обставин не були б підсудні цим національним судам). По-третє, необхідність такого винятку в обох випадках пояснюється тим, що справа стосується порушення загальновизнаних норм міжнародного права.[747] По-четверте, в обох випадках ідеться про деліктні справи, тобто справи, у яких потерпілі вимагають залагодження завданої їм шкоди шляхом стягнення грошової компенсації із заподіювача.

---

[746] Постанова Касаційного цивільного суду від 14 квітня 2022 року у справі № 308/9708/19. https://reyestr.court.gov.ua/Review/104086064.

[747] Коли точніше, то дійсне пояснення обох винятків, на наш погляд, зводиться до такого. Надімперативні норми міжнародного права мають однаково визнаватися на усій земній кулі, безвідносно до особливостей тієї чи іншої національної правової системи. А якщо так, і ми згодні, що це універсальні в планетарному масштабі імперативи, то немає нічого незвичайного в тому, що певний національний суд може розглядати справу, яка, хоча в чомусь і пов'язана із чужим для нього правопорядком, але по суті стосується прав, які є надбанням усього людства.

Щоправда, у постанові Верховного Суду від 14 квітня 2022 року наголос зроблено на тому, що РФ не має імунітету в силу так званого «територіального деліктного винятку», згідно з яким імунітет не діє, якщо делікт було скоєно на території держави суду і заподіювач шкоди в момент її заподіяння перебував на території держави суду. Тобто, головний аргумент полягав не стільки в тому, що РФ порушила норми міжнародного права, скільки в тому, що «місцем дії» була територія держави суду. Поруч із цим, у тому ж рішенні ішлося й про те, що захищеними імунітетом можуть бути лише дії держави, в яких вона реалізує свій суверенітет, натомість агресивна війна РФ не може вважатися реалізацією суверенних прав власне тому, що вона порушує норми міжнародного права. Цей, другий, аргумент дістав подальший розвиток в пізнішому рішенні Верховного Суду від 18 травня 2022 року у справі № 428/11673/19. Аналіз аргументів Верховного Суду див. у нашій статті: Karnaukh, B. (2022). Territorial tort exception? The Ukrainian Supreme Court held that the Russian Federation could not plead immunity with regard to tort claims brought by the victims of the Russia-Ukraine war. Access to Justice in Eastern Europe, 3(15), 165–177.

**5.2.2. Довгий «сон», реінкарнація і затухання.** Сучасна редакція ATS кодифікована в § 1350 титулу 28 Кодексу США (USC):

> «Окружні суди мають оригінальну юрисдикцію щодо будь-якого цивільного позову іноземця, якщо тільки він стосується делікту, скоєного на порушення права народів або міжнародного договору Сполучених Штатів».

Стислість цього формулювання обернено пропорційна масштабу тих наслідків, які були ним породжені.[748]

ATS було ухвалено у 1789 році Першим Конгресом Сполучених Штатів. На час його ухвалення ATS був розрахований на застосування у трьох випадках: порушення прав іноземних послів, піратство і порушення правил безпечного проходу (*safe conducts*).[749] Протягом майже двохсот років із моменту його ухвалення ATS не був надто запотребуваним законом, щоб не сказати інакше — до 1980 року до нього зверталися лише двічі.[750] Утім поворотною стала справа *Filártiga v. Peña-Irala.*[751]

У цій справі громадянин Парагваю, пан Філартіґа, який активно виступав проти політики уряду і Президента Альфредо Строснера, вимагав відшкодування за шкоду, завдану загибеллю свого сина. Позов було пред'явлено до пана Пени, теж громадянина Парагваю. Позивач стверджував, що останній, будучи головним інспектором поліції Асунсьона, викрав, катував і убив його сімнадцятилітнього сина через помсту за політичну позицію пана Філартіґи. На момент пред'явлення позову обидві сторони справи перебували у Сполучених Штатах. [752]

---

[748] Beavers, E. (2021). War crimes, Inc.: The ATS case against the U.S. weapons industry for aiding and abetting atrocities in Yemen. *Florida Journal of International Law,* 31(2), 179–210, 187.

[749] Під час війни або іншого збройного конфлікту держава-сторона цього конфлікту може видати особі з ворожого стану свого роду перепустку – документ, який гарантує такій особі безпечний прохід територією країни. Такі перепустки видаються за виняткових обставин, наприклад, для забезпечення відступу ворога, його здачі в полон або для того, аби вповноважені представники ворожої сторони могли дістатися до місця мирних переговорів.

[750] Khakurel, S. (2018). The circuit split on mens rea for aiding and abetting liability under the Alien Tort Statute. *Boston College Law Review,* 59, 2978–2979, 2957.

[751] 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

[752] Історію цієї справи в документах див.: Acewes, A. J. (2007). *The anatomy of torture: A documentary history of Filartiga v. Pena-Irala*. Leiden: Brill NV.

Окружний суд відхилив позов, вважаючи справу не підсудною американським судам. Однак Апеляційний Суд Другого Округу не погодився із таким висновком.

Суддя Кауфман зауважив, що під «правом народів», до якого апелює ATS, слід розуміти міжнародне право, яким воно є тепер (на момент подій, що стали причиною звернення до суду), а не міжнародне право, яким воно було у XVIII столітті, на момент ухвалення ATS. Таким чином, сфера дії ATS не повинна до кінця днів обмежуватися тими трьома випадками, на які він був розрахований первісно — сфера дії ATS має ширитися в міру того, як ширириться міжнародний консенсус щодо загальновизнаних норм права народів. Із цієї точки зору, в сучасному міжнародному праві важко знайти щось, щодо чого є більша одностайність серед усіх націй, аніж заборона офіційних катувань. Відтак, Апеляційний Суд скасував рішення окружного суду і визнав юрисдикцію американських судів щодо цієї справи на підставі § 1350 титулу 28 USC.

У рішенні, зокрема, зазначається:

> «У сучасну добу, гуманітарні й практичні міркування разом спонукали народи світу до визнання того, що повага до фундаментальних прав людини є інтересом як кожного народу окремо, так і колективним інтересом усіх. Серед прав, універсально проголошуваних усіма народами, як ми вже були зазначили, є право не зазнавати фізичних тортур. Далебі, для цілей цивільної відповідальності, кат тепер став, як раніше пірат чи работорговець до нього, *hostis humani generis*, — ворогом усього людства. Наша постанова сьогодні, що зреалізовує юрисдикційне правило, запроваджене Першим Конгресом, — це маленький, але важливий крок до здійснення одвічної мрії звільнити усіх людей від жорстокого насильства».[753]

Утім крок, зроблений Апеляційним Судом Другого Округу у справі *Filártiga*, виявився яким завгодно, але не «малим» — ця справа відкрила двері американських судів для сотень потерпілих, яким було завдано шкоди через порушення їхніх основоположних людських прав.[754] Від цієї справи бере початок нова інкарнація ATS після довгих двохсот років «гібернації» в забутті.

---

[753] *Filártiga v. Peña-Irala.*

[754] Khakurel, S. (2018), 2958.

Наступною віхою в розвитку прецедентного права стала справа *Sosa v. Alvarez-Machain*.[755] Якщо у справі *Filártiga* суд лише загалом вказав, що застосовність ATS не обмежена трьома архаїчними випадками, що первісно малися на увазі Першим Конгресом, то тепер — у справі *Sosa* — Верховний Суд прагнув сформулювати чіткі критерії, яким має відповідати справа, аби на неї поширював свою дію ATS.

Суд виснував, що для того, аби американські суди мали юрисдикцію за ATS, норми сучасного міжнародного права, про порушення яких ідеться у відповідній справі, мають бути такими ж конкретними, загальновизнаними та обов'язковими для народів, як ті норми, що у XVIII столітті забороняли посягання на послів, піратство чи порушення правил безпечного проходу.[756]

На думку Суду, обставини справи *Sosa* не відповідали означеним вимогам. У справі йшлося про те, що кілька громадян Мексики (серед яких був і Хосе Франциско Соса), найняті американським Агентством по боротьбі з наркотиками, викрали пана Альвареса — громадянина тієї ж країни — із його будинку і силоміць доправили його літаком до Сполучених Штатів, де на нього уже чекали федеральні служби. Після того як пана Альвареса виправдали у пред'явленому обвинуваченні, він звернувся до американського суду із позовом про відшкодування шкоди. Позов було пред'явлено до низки відповідачів (власне, до Сполучених Штатів, службовців Агентства та мексиканських громадян, що брали участь у його викраденні). Позов до пана Соси ґрунтувався на стверджуваному порушенні ним норм міжнародного права, що, власне, і мало виправдовувати звернення до американського суду.

І хоча Верховний Суд погодився із тим, що стосовно пана Альвареса було допущено порушення правил затримання й екстрадиції, однак ці процедурні порушення, на думку Суду, не були аж настільки кричущими, що можна було б сказати, що

---

[755] 542 U.S. 692 (2004).

[756] Аналіз рішення див.: Bradley, C. A., Goldsmith, J. L., & Moore, D. H. (2007). Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie. *Harvard Law Review, 120*(4), 869–936; Fuks, Igor (2006). Sosa v. Alvarez-Machain and the Future of Atca Litigation: Examining Bonded Labor Claims and Corporate Liability. *Columbia Law Review*, *106*(1), 112–143; Steinhardt, R. G. (2007). The traffic light theory of *Sosa v. Alvarez-Machain*. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 101*, 272–275.

вони суперечать нормі міжнародного права настільки загальновизнаній, чіткій і конкретній, наскільки загальновизнаною, чіткою і конкретною була заборона піратства у XVIII столітті.

Важливо зауважити, що і *Filártiga*, і *Sosa* — це справи іноземні «в кубі»: тут і потерпілий — іноземець, і деліквент — іноземець, і заподіяння шкоди мало місце на території іноземної країни (тимчасом як безпосередньо у тексті ATS ідеться лише про іноземного потерпілого і нічого не сказано про два інших аспекти «іноземності»). Такими ж іноземними «в кубі» були і багато інших справ,[757] які розглядалися згодом, аж доки Верховний Суд не змінив радикально напрямок розвитку юриспруденції своїм рішенням у справі *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*.[758]

У цій справі ключове питання було таке: чи має поширюватися юрисдикція американських судів на випадки, коли заподіяння шкоди мало місце за межами Сполучених Штатів, і якщо так, то за яких умов.[759]

У цій справі йшлося про події, що мали місце в Нігерії. Позивачі, мешканці Огоніленду (Нігерія), учинили позов до нігерійської нафтовидобувної компанії та двох материнських компаній — англійської Shell та голландської Royal Dutch Petroleum Company. Позивачі зазначали, що після того як вони почали

---

[757] Khakurel, S. (2018), 2958; Drimmer, J. C., & Lamoree, S. R. (2011). Think globally, sue locally: Trends and out-of-court tactics in transnational tort actions. *Berkeley Journal of International Law, 29*, 456–527, 460; Fox, G. H., & Goze, Y. (2013). International human rights litigation after *Kiobel*. *Michigan Bar Journal*, 92, 44–47, 45–46.

[758] 569 U.S. 108 (2013).

[759] Аналізу цієї справи і порушуваному в ній питанню присвячено численні наукові розвідки. Див.: Altholz, R. (2014). Chronicle of a death foretold: The future of U.S. human rights litigation post-Kiobel. *California Law Review, 102*(6), 1495–1552; Young, E. A. (2015). Universal jurisdiction, the Alien Tort Statute, and transnational public-law litigation after *Kiobel*. *Duke Law Journal, 64*(6), 1023– 1127; Giegerich, T. (2014). Demise of a 'Legal Lohengrin'?: An International Lawyer's Question Mark over *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. In J. Delbrück, U. Heinz, K. Odendahl, N. Matz-Lück, & A. von Arnauld (Eds.), *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht* (Vol. 187, pp. 335–368). Duncker & Humblot GmbH; Ku, J. G. (2013). Kiobel and the surprising death of universal jurisdiction under the Alien Tort Statute. *The American Journal of International Law*, 107(4), 835–841; Steinhardt, R. G. (2013). *Kiobel* and the weakening of precedent: A long walk for a short drink.*The American Journal of International Law, 107*(4), 841–845; Clarifying "Kiobel's" "touch and concern" test. (2017). *Harvard Law Review*, *130*(7), 1902–1923; anger, A. (2014). Corporations and transnational litigation: Comparing *Kiobel* with the jurisprudence of English courts. *AJIL Unbound, 107*, e23– e30.

протестувати, привертаючи увагу до шкідливого впливу нафтовидобування на навколишнє середовище, нігерійська компанія залучила уряд Нігерії для силового придушення протестів. Військові та поліція арештовували протестувальників, били, ґвалтували, страчували, знищували й розграбовували їхнє майно. Своєю чергою, компанії сприяли злочинствам, серед іншого забезпечуючи силовиків харчуванням, транспортом, коштами, а також через надання своїх приміщень як плацдармів для нападу на протестувальників.

Верховний Суд ухвалив, що справа не підсудна американським судам з огляду на так звану презумпцію «проти екстратериторіальності»: вона означає, що, якщо в законі прямо не вказано іншого, він не поширюється на дії, що вчиняються на іноземній території. Іншими словами, за замовчуванням закон не має екстратериторіальної дії. У цьому зв'язку Суд зауважив, що в ATS буквально ідеться про позови іноземців. Їхні права можуть бути порушені або на території Сполучених Штатів, або за їх межами, однак ніщо в тексті ATS не вказує на те, що американські суди наділяються юрисдикцією навіть у другому випадку.

ATS приймався Першим Конгресом не як зазіхання Штатів на роль всесвітнього *custos morum*, «вартового моралі» (за влучним висловом судді Сторі),[760] а з набагато скромнішою метою — уникнути міжнародних конфліктів, які потенційно загрожували б країні, якби іноземні громадяни, які опинялися на її території, залишалися б цілковито беззахисними з точки зору національного права.

Мало того, що Суд визнав справу не підсудною американським судам з огляду на те, що події мали місце за кордоном; він сформулював вимогливий принцип, додавши, що «навіть коли позови торкаються і стосуються території Сполучених Штатів, вони мають це робити із достатньою силою, аби спростувати презумпцію проти екстратериторіальності».[761]

Сфера застосовності ATS зрештою була звужена іще більше, коли Верховний Суд у справі *Jesner v. Arab Bank, PLC*762

---

[760] *United States v. The La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 847 (№. 15,551) (CC. Mass. 1822).

[761] Про цей принцип див.: Clarifying "Kiobel's" "touch and concern" test. (2017). *Harvard Law Review*, *130*(7), 1902–1923.

[762] №. 16–499, 584 U.S. (2018).

ухвалив, що позов, заснований на ATS, не може пред'являтися до іноземних компаній.[763]

У цій справі іноземні громадяни, що постраждали від терактів на Середньому Сході, звернулися із позовом до провідного йорданського банку, Arab Bank, заявляючи, що посадовці фінансової установи сприяли терористичним атакам, зокрема, забезпечуючи фінансування діяльності терористичних організацій. Зв'язок зі Сполученими Штатами позивачі пояснювали тим, що для переказу коштів використовувалася в тому числі нью-йоркська філія банку.

Суд зазначив, що для вирішення цієї справи слід відповісти на два запитання. Перше: чи визнається в міжнародному праві відповідальність корпорацій? Друге: якщо не визнається, то чи може судова влада за відсутності відповідного закону запровадити таку відповідальність? Відповідь на обидва ці запитання, на думку Суду, має бути заперечною.

Що стосується першого, то Суд зауважив на тому, що міжнародні кримінальні трибунали (як Нюрнберзький, так і ті, що створювалися пізніше, зокрема, трибунали щодо колишньої Югославії та Руанди) розглядають справи виключно щодо фізичних осіб. І хоча ідея про визнання міжнародно-правової суб'єктності корпорацій поступово дає пагінці (проявляючись, зокрема, в конвенціях про боротьбу з тероризмом), наразі вона не відповідає критеріям, установленим у справі *Sosa*, — вона не є достатньо конкретною, універсальною та обов'язковою нормою міжнародного права.

Що стосується другого питання, то Суд вказав на те, що можливість притягнення до відповідальності іноземних корпорацій американськими судами — це питання, яке може потягти за собою дуже серйозні наслідки для міжнародних зносин. Отож, це питання належить вирішувати Конгресу, а не судам, позаяк саме Конгрес компетентний зважувати різноманітні міркування зовнішньої політики. Зокрема, Суд зауважив, що визнання юрисдикції американських судів щодо іноземних корпорацій загрожує дзеркальними заходами з боку інших дер-

---

[763] Conn, L. (2018). Introductory note to *Jesner v. Arab Bank* (U.S. Sup. Ct.). *International Legal Materials, 57*(4), 628– 670; Geddes, K. (2019). Legal Fictions and Foreign Frictions: An Argument for a Functional Interpretation of*Jesner v Arab Bank*for Transnational Corporations.*The University of Chicago Law Review*, *86*(8), 2193–2242.

жав, які дістануть прецедент для притягнення до відповідальності американських корпорацій. А це в свою чергу зашкодить інвестиціям в економіки, що розвиваються, позаяк саме в таких економіках права людини порушуються частіше. Окрім того, Суд наголосив на тому, що вже сам розгляд цієї справи спричинив неабияку дипломатичну напруженість між Сполученими Штатами і Йорданом, а Йордан розцінює цей процес як «тяжку образу» (*grave affront*) свого суверенітету.

Ухвалюючи ATS, Перший Конгрес прагнув уникнути дипломатичних конфліктів, які могли б виникати, якби іноземні громадяни на території США залишалися юридично беззахисними. Утім, зауважив Суд, визнання юрисдикції американських судів щодо іноземних корпорацій загрожує спровокувати якраз-таки ту зовнішньополітичну напруженість, якої прагнув уникнути Перший Конгрес, приймаючи ATS.

**5.2.3. Чи визнається відповідальність за пособництво згідно з ATS?** Проблема відповідальності за пособництво є центральною для ATS-юриспруденції.[764] По-перше, тому, що масштабні порушення прав людини, які часто стають предметом розгляду в таких справах, як правило, вчиняються не одним деліквентном, а цілою низкою причетних осіб. По-друге, часто ідеться про порушення, безпосереднім виконавцем яких є іноземний уряд. Притягнути іноземний уряд до відповідальності в американському суді неможливо через імунітет держави, тому потерпілі вимушені звертати свої вимоги до компаній, що сприяли урядові в його злочинствах.

Найпершим у цьому контексті постає питання, а чи взагалі ATS допускає притягнення до відповідальності пособників? У тексті ATS буквально ідеться про «порушення права народів», але чи охоплює цей вислів також і *пособництво* порушенню права народів?

З точки зору українського права сама постановка такого питання може здатися дивною (бо відповідь для нас очевидна, — авжеж, охоплює). Утім, тут слід зважити на концептуальну структурну відмінність між українським і американським деліктним правом.

---

[764] Lincoln, R. S. (2010). To proceed with caution? Aiding and abetting liability under the Alien Tort Statute. *Berkeley Journal of International Law (BJIL), 28*(2), 604–618.

Українське деліктне право побудоване за принципом генерального делікту, а це означає, що в українському праві є загальне, всеохоплююче правило, за яким будь-яка неправомірно завдана шкода підлягає відшкодуванню. Поруч із цим правилом ми, звісно, маємо низку спеціальних деліктів. Однак якщо обставини якоїсь справи не підпадають під жоден зі спеціальних деліктів — потерпілий завжди має змогу апелювати до загального, найширшого правила. На противагу цьому, американське деліктне право структурно подібне до кримінального права: у ньому є вичерпний перелік спеціальних деліктів (за принципом «злочином вважається тільки те, що прямо передбачено як злочин у кримінальному законі»). Таким чином, особу може бути притягнуто до деліктної відповідальності, тільки якщо її дії відповідають котромусь із пойменованих деліктів. Достоту, як у кримінальному праві відповідальність настає лише за поведінку, що була криміналізована, в американському деліктному праві відповідальність тягнуть лише дії прямо «деліктизовані».

Формально в американському праві немає закону, який би «деліктизував» пособництво в принципі як таке (тобто немає закону, який визнавав би деліктом пособництво будь-якому іншому делікту). І хоча у Зводі деліктного права передбачене загальне положення такого змісту, Звід формально не має обов'язкової юридичної сили, позаяк становить собою наукову кодифікацію Загального права. Отож, питання стосовно того, чи передбачає той або інший спеціальний делікт поряд із відповідальністю безпосереднього виконавця також і відповідальність пособника, — це питання, яке має вирішуватися окремо щодо кожного делікту. Більше того, у судовій практиці можна зустріти презумпцію проти «деліктизації» пособництва: деліктизація певної поведінки, якщо спеціально не вказано іншого, не повинна розцінюватися як одночасна деліктизація також і дій того, хто сприяв іншому в такій поведінці або спонукав іншого до такої поведінки. Так, у справі *Central Bank of Denver, N.A. v. First Interstate Bank of Denver, N.A.*,[765] Суд зауважив: «коли Конгрес спеціально не передбачив відповідальність пособника й підбурювача як підставу цивільного позову, то вона не повинна припускатися».

[765] 511 U.S. 164 (1994).

На цю особливість американського права посилалися, зокрема, відповідачі у справі *Khulumani v. Barclay National Bank, Ltd.*, *Ntsebeza v. Daimler Chrysler*.[766] У цій справі позов було пред'явлено до близько п'ятдесяти юридичних осіб і сотень фізичних осіб, котрі активно й свідомо співпрацювали із урядом Південної Африки, підтримуючи режим апартеїду.[767]

Відповідачі наполягали на тому, що оскільки в ATS немає прямої вказівки на відповідальність пособників, така відповідальність не може припускатися, — відповідно до позиції у справі *Central Bank*. Однак Апеляційний Суд Другого Округу відхилив цей аргумент, зауваживши, що американська презумпція проти відповідальності пособника не підлягає застосуванню, адже в контексті ATS протиправність визначається нормами міжнародного (а не національного) права, а в міжнародному праві загальновизнано, що пособництво будь-якому злочину — це теж злочин.

Суд наголосив, що норма міжнародного права щодо відповідальності пособника є загальновизнаною, конкретною і обов'язковою настільки, наскільки це вимагається згідно із тестом *Sosa*. На обґрунтування цього висновку Суд навів документи Нюрнберзького процесу,[768] а також статути і практику пізніших трибуналів (Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії (ст. 7) та Міжнародного трибуналу щодо Руанди (ст. 6)), Римський статут Міжнародного кримінального суду (ст. 25), а також низку міжнародних конвенцій.[769] Усі ці документи незаперечно засвідчують, що в міжнародному кримінальному праві пособник відповідає поруч із безпосереднім виконавцем.

У цьому аргументі цікаво також те, що Суд, обґрунтовуючи *цивільну* відповідальність пособника, послався на норми міжнародного *кримінального* права. Щодо цього Суд зауважив, що в міжнародному праві немає «герметичної межі» між кри-

---

[766] 05-2141 (2d Cir. 2007).

[767] Hutchens, K. (2008). International law in the American courts — Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.: The decision heard 'round the corporate world. *German Law Journal*, 9(5), 639–682.

[768] Див.: Статут міжнародного військового трибуналу (ст. 6), Закон №10 Контрольної Ради про покарання осіб, винних у воєнних злочинах, злочинах проти миру і людяності (II(2)).

[769] *Ntsebeza v. Daimler Chrysler,* 32–33.

мінальним і цивільним аспектами в оцінці поведінки особи, і нагадав, що в багатьох юрисдикціях допускається визначення цивільно-правових наслідків діяння особи одночасно із розглядом кримінального обвинувачення (так званий інститут цивільного позову в кримінальному провадженні).[770]

Наразі позиція, згідно з якою ATS дає змогу притягувати до відповідальності пособників, є загальноприйнятою в американській судовій практиці. Як зауважено в справі *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.*, «фактично кожен суд, що розглядав це питання, як до, так і після справи *Sosa*»[771] ухвалював саме так, визнаючи, що пособники підлягають відповідальності за ATS.

**5.2.4. Нормами якого права — національного чи міжнародного — має визначатися зміст пособництва?** Чи є пособництво в принципі караним, і якими мають бути точні контури пособництва — це, ясна річ, взаємопов'язані питання, утім мисленнєво їх можна відділити одне від одного. З цієї причини певний час в американській юриспруденції дискутувалося питання щодо того, яке право — національне чи міжнародне — має визначати точні контури того, що слід кваліфікувати як пособництво.

Утім зрештою переважив послідовний підхід: якщо відповідь на питання про принципову караність пособництва ми погодилися шукати в міжнародному праві, то відтак закономірним буде і зміст пособництва визначати з огляду на норми міжнародного права. Адже якщо міжнародне право криміналізує дещо, то, вочевидь, воно криміналізує це дещо в чітко визначених контурах, *а не* криміналізує «порожнє» поняття, віддаючи на відкуп національному законодавцеві наповнення цього поняття змістом на власний розсуд.

Про це йдеться, зокрема, у справі *Doe v. Exxon Mobil Corp.*,[772] у якій суддя Роджерс зазначив:

«Відповідальність за пособництво і підбурювання, хоча і є супутньою до іншої заявленої деліктної відповідальності, тим не менше, має у своїй основі поведінку, відмінну від поведінки безпосереднього заподіювача. Відповідно до *Sosa*, питання в тому, чи виразила б міжнародна спільнота рішучий осуд по-

[770] Ibid., 27.

[771] Цит. за: *Aziz v. Alcolac, Inc*. 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011), 7.

[772] 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011).

собництва і підбурювання, виключно на основі певного стандарту. Тож суд має звертатися до міжнародного звичаєвого права, щоб визначити стандарт для оцінки пособництва і підбурювання, так само як ми це робили, досліджуючи питання про принципову допустимість відповідальності за пособництво і підбурювання».[773]

І хоча подеколи судді висловлюють іншу думку, наполягаючи на тому, що стандарт пособництва і підбурювання має визначатися на основі норм національного загального права, така позиція залишається в меншості.

## § 5.3. Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання[774]

**5.3.1. Воєнні злочини — це рівночасно й делікти.** Воєнні злочини і злочини проти людяності — це масштабні злодійства, які не вчиняються однією особою, чи навіть однією групою осіб — до їх учинення в різній мірі причетна велика кількість людей та організацій. У зв'язку із цим постає питання про те, яка міра причетності має бути достатньою для того, аби тягнути за собою юридичну відповідальність — чи то кримінальну, чи то цивільну. Загалом спектр такої причетності доволі широкий — від дуже тісного зв'язку із безпосереднім виконавцем злочину (коли, приміром, пособник забезпечує останнього зброєю та боєприпасами) до більш віддаленої причетності (як, наприклад, коли йдеться про комерційні чи фінансові зв'язки з організацією або державою, що вчиняє воєнні злочини).

З одного краю цього спектра — постачання бойових дронів,[775] які держава-агресор використовує для атак на цивільне населення. Такі дії становлять собою достатньо вагому причет-

---

[773] *Doe v. Exxon Mobil Corp.,* 19–20.

[774] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. (2023). Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. *Проблеми законності*, 160, 212–229.

[775] Koshiv, I. (2022, November 10). Drone analysis in Ukraine suggests Iran has supplied Russia since war began. *The Guardian*. Retrieved from https://www.theguardian.com/world/2022/nov/10/iranian-made-drones-supplied-to-russia-after-february-invasion-says-ukraine.

ність, яка закономірно викликає питання про відповідальність постачальника як співучасника. З іншого ж краю — фінансування держави-агресора через сплату податків, стягуваних із суб'єкта господарювання, котрий просто продає товари, надає послуги чи виконує роботи на відповідному національному ринку. Така причетність у сучасному світі, хоча й може заслуговувати на осуд громадськості, утім навряд чи повинна тягнути за собою юридичну відповідальність.

Мета цього підрозділу — дослідити, де пролягає межа між юридично значимою причетністю до воєнного злочину чи злочину проти людяності і причетністю, яка не повинна бути підставою юридичної відповідальності.

У цій частині дослідження має комплексний, міжгалузевий характер, оскільки питання відповідальності пособника і підбурювача актуальне у контексті як кримінальної, так і цивільної відповідальності. Вище ми зауважували на тому, що в питанні відповідальності співучасників українське цивільне (деліктне) право далеко позаду права кримінального. Однак зарубіжна судова практика, і зокрема юриспруденція щодо так званих ATS-позовів, показує, що для цілей цивільно-правової відповідальності цілком припустимо використовувати напрацювання доктрини кримінального права щодо критеріїв караного пособництва й підбурювання. Тому в цьому й наступному підрозділах ми спиратимемося на практику міжнародних кримінальних трибуналів (Нюрнберзького та трибуналів по колишній Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне) та рішення зарубіжних судів у деліктних справах (насамперед у справах за ATS-позовами).

Це однак не означає, що цивільно-правове розуміння пособництва і підбурювання має бути точною копією кримінально-правового відповідника і, тим паче, це не означає, що пособником із точки зору цивільного права може визнаватися лише той, хто був раніше визнаний пособником у кримінальному провадженні. У своєму дослідженні ми виходимо із того, що коло юридично значимої причетності для потреб деліктного права має бути не вужчим, аніж коло юридично значимої причетності в кримінальному праві.

**5.3.2. Діяння.** У будь-якому злочині виділяють дві сторони — зовнішню, об'єктивну сторону і внутрішню, суб'єктивну, або

психологічну сторону. Першу прийнято називати *actus reus* (з лат. «винна дія») другу — *mens rea* («винна свідомість»).

Об'єктивна сторона (*actus reus*) включає в себе власне саме діяння, його наслідки і причинний зв'язок між діянням та наслідками. При пособництві і підбурюванні *actus reus* полягає в тому, що

> «(a) обвинувачений надає практичну допомогу, заохочення або моральну підтримку скоєнню злочину або проступку і (b) ця практична допомога, заохочення або моральна підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину чи проступку».[776]

Що стосується власне самого діяння, то вже із самої назви «пособництво і підбурювання» слідує, що криміналізованими є дві форми поведінки, а саме — пособництво, тобто надання практичної допомоги безпосередньому виконавцеві злочину (така допомога може полягати, наприклад, у наданні засобів чи знарядь злочину), і підбурювання, тобто надання моральної підтримки виконавцеві злочину, наприклад, через його заохочення чи спонукання до скоєння злочину або іншим чином зміцнення його рішучості на скоєння злочину.[777]

На тому, що підтримка злочину не обов'язково повинна бути матеріальною чи то пак «фізичною», спеціально наголошував Трибунал по колишній Югославії (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) у справі *Prosecutor v. Furundžija*.[778] Як підкреслив ICTY, якщо обвинувачений

---

[776] *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Case №. IT-05-87-T, Judgment (ICTY, 26 February 2009), § 89; *Prosecutor v. Taylor*, Case №. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013), § 353; *Prosecutor v. Blaškić*, Case №. IT-95-14-A, Appeal Judgment (The Appeals Chamber ICTY, July 29, 2004), § 46; *Prosecutor v. Vasiljević*, Case №. IT-98-32-A, Appeal Judgment (The Appeals Chamber ICTY, Feb 25, 2004), § 102.

[777] *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Case №. IT-05-87-T, Judgment (ICTY, 26 February 2009), § 89; *Prosecutor v. Blaškić*, Case №. IT-95-14-A, Judgment (The Trial Chamber I ICTY, Mar 03, 2000), § 284; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case №. ICTR-96-4-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. For Rwanda, 2 Sep. 1998), § 484; *Prosecutor v. Kvočka et al*. Case №. IT-98-30/1-T, Judgment (the Trial Chamber ICTY, Nov 2, 2001), § 254.

[778] *Prosecutor v. Furundžija*, Case №. IT-95-17/1-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).

> «спостерігав за своїми компаньйонами, щоб уникнути будь-яких несподіванок, або залишався на безпечній відстані, аби полегшити їм утечу, в разі потреби, або був напоготові швидко прийти на допомогу, і усвідомлення цього давало додаткову упевненість його компаньйонам, то він був, із точки зору права, присутній, допомагаючи і підбурюючи. Знову ж таки, через надання "додаткової впевненості компаньйонам" обвинувачений сприяє вчиненню злочину, і саме це і становить собою *actus reus* правопорушення» (§ 201, 202).

Звісно, що коли пособник надає виконавцеві знаряддя злочину, це теж посилює рішучість виконавця, за умови, що знаряддя злочину були надані тим, хто усвідомлював, якій меті вони врешті прислужать. Непряма (бо безпосередньо не висловлена) моральна підтримка сприймається як така тільки за умови, що той, хто фізично надає допомогу, усвідомлює, як вона буде використана. Таким чином, пособник непрямо схвалює дії злочинця і посилює його рішучість на скоєння злочину. Іншими словами, пособництво, поєднане з обізнаністю (а криміналізоване пособництво завжди із нею поєднане — про це йтиметься нижче), завжди одночасно з цим становить собою і підбурювання.

Однак бувають і випадки підбурювання «у чистому вигляді», коли зміцнення рішучості злочинця не супроводжується жодною фізично вираженою допомогою у вчиненні злочину. Прикладами підбурювання «в чистому вигляді» може бути виголошення промов, що розпалюють ненависть і закликають до вчинення злочинів, організація медіакампанії з тією ж метою або навіть проста присутність під час вчинення злочину в якості «схвального глядача».[779]

Показовою є справа *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, у якій обвинувачений — Мойніна Фофана — був визнаний винним у пособництві й підбурюванні щодо воєнних злочинів і злочинів проти людяності, вчинюваних Силами громадської оборони під час громадянської війни в Сьєрра-Леоне. Обвинувачення ґрунтувалося на тому, що під час своєї промови на параді він

---

[779] *Prosecutor v. Taylor*, Case №. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013), § 369.

> «не тільки заохочував камайорів [ополченців] слідувати незаконним наказам вчиняти злочини, але й підкреслив, що якщо вони не будуть діяти відповідно, то їм не слід повертатися назад і рапортувати, і краще убити себе, аніж втратити власну землю».[780]

Нюрнберзький трибунал у так званій «Міністерській справі» визнав винним Дітріха, який очолював прес-службу нацистського уряду.[781]

Окремим прикладом підбурювання «в чистому вигляді» є так званий «схвальний глядач». Міжнародні кримінальні трибунали неодноразово підкреслювали, що навіть проста присутність під час вчинення злочину може становити собою об'єктивну сторону підбурювання, якщо така присутність додавала впевненості виконавцеві злочину, зміцнювала його рішучість вчинити злочин і, таким чином, слугувала зчитуваним вираженням моральної підтримки дій виконавця. У цьому контексті важливо відрізняти просте перебування на місці злочину і «схвальне споглядання». Так, особа не може вважатися підбурювачем, якщо вона хоча й перебуває на місці злочину, але не усвідомлює, що злочин відбувається.

Як правило, додавати духу на вчинення злочину може присутність на місці злочину лише такої людини, чия думка має значення для виконавця злочину, чия думка тією чи іншою мірою є авторитетною для виконавця. Це знаходить підтвердження і в національній судовій практиці,[782] і в практиці міжнародних трибуналів.[783]

Сучасні дослідження психології груп вказують на те, що присутність іншого може бути вагомим мотивуючим фактором, навіть якщо цей інший не наділений ореолом авторитету (наприклад, коли глядач — це просто одноліток, знайомець чи товариш).[784] Особливо це стосується чоловічих груп і тісно пов'язано із феноменом так званих гомосоціальних зв'язків,

---

[780] *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Trial Chamber I, Aug. 31, 2007).

[781] *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11-13, 1949), 192-193.

[782] *Cobb v. Indian Springs* 258 Ark. 9 (1975); *Hirschman v. Emme et al.*, 81 Minn. 99, 83 N.W. 482.

[783] *Prosecutor v. Furundžija*, § 207–209.

[784] *Keel v. Hainline*, 331 P.2d 397 (Okl. 1958).

коли присутність інших чоловіків на місці дії на підсвідомому рівні спонукає дійову особу чоловічої статі до демонстрованого вираження своєї маскулінності.[785] Такі психологічні ефекти особливо загострені в злочинах проти статевої свободи.[786]

Однак на практиці міжнародних кримінальних трибуналів ці дослідження наразі прямо не позначилися. Трибунали підкреслюють, що «схвальний глядач», аби бути пособником, повинен мати статус авторитетної особи:

> «Хоча й можна сказати, що глядач заохочує видовище — бо без аудиторії немає видовища — глядач у цих справах визнавався співучасником тоді, коли завдяки його статусові його присутність справляла вагомий легітимізуючий або заохочувальний ефект на виконавців».[787]

У якості зворотного прикладу ICTY наводить іншу справу німецького Верховного Суду, у якій обвинувачений був присутній як глядач у цивільному вбранні на параді штурмовиків (*Stürmabteilung*), під час якого двох опонентів NSDAP було піддано публічному приниженню. Суд виправдав обвинуваченого.[788]

Верховний Суд виснував, що за цих конкретних обставин присутність обвинуваченого «не спричинилася до злочину». Це можна розуміти так, що причинного зв'язку між вчиненням злочину і присутністю на місці події обвинуваченого немає взагалі (оскільки присутність конкретно цієї особи в натовпі не додавала рішучості виконавцям). Та можна інтерпретувати цей висновок і так, що хоча причинний зв'язок і був (без глядачів немає видовища — без публіки немає публічного приниження), але «внесок» одного глядача із цілого натовпу є настільки мізерним, що не повинен тягнути кримінальну відповідальність.

---

[785] Collier, R. (2010). Masculinities, law, and personal life: Towards a new framework for understanding men, law, and gender. *Harvard Journal of Law & Gender, 33*, 431–477; Dasgupta, M. (2017). Impact of peer group in the development and construction of masculinity. *International Journal of Interdisciplinary and Multidisciplinary Studies, 4*, 192–197; Dowd, N. E. (2008). Masculinities and feminist legal theory. *Wisconsin Journal of Law, Gender & Society, 23*, 201–248; Leverenz, D. (1986). Manhood, humiliation, and public life: Some stories. *Southwest Review, 71*, 442–462.

[786] Swan, S. L. (2019). Aiding and abetting matters. *Journal of Tort Law, 12*(2), 255– 282, 275–278.

[787] *Prosecutor v. Furundžija*, § 232.

[788] Ibid., § 208.

А це підводить нас до другої ознаки кримінально караного пособництва і підбурювання, — воно має справляти істотний вплив на вчинення злочину.

**5.3.3. Істотний вплив.** Те, що пособництво і підбурювання має справляти істотний вплив на вчинення злочину — загальноприйнята в міжнародному звичаєвому праві норма.[789] Міжнародні кримінальні трибунали визнають, що питання про те, чи був вплив істотним, є центральним у справах, що стосуються пособництва і підбурювання. Утім це питання наскільки важливе, настільки й складне. Адже його фокальна точка — це оціночне поняття «істотності» впливу.[790]

Чіткого визначення того, який вплив можна вважати «істотним», немає. Так, інколи трибунали вказують на те, що дії пособника чи підбурювача мають підвищувати легкість, із якою вчиняється злочин (іншими словами, полегшують його вчинення).[791] В інших випадках наголошується на тому, що без цих дій вчинення злочину було б значно менш вірогідним.[792]

Однак усі трибунали єдині в розумінні того, чим істотний вплив точно не є: для доказування «істотного впливу» не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) вчинення злочину виконавцем.[793] Тобто, не вимагається доводити, що без дій, учинених пособником чи підбурювачем, виконавець не вчинив би основний злочин.

---

[789] *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Case №. IT-05-87-T, Judgment (ICTY, 26 February 2009), § 89; *Prosecutor v. Taylor*, Case №. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013), §§ 353, 368, 385; *Prosecutor v. Furundžija*, §§ 217, 234.

[790] Note. (2013). Special Court for Sierra Leone rejects 'specific direction' requirement for aiding and abetting violations of international law. *Harvard Law Review, 127*, 1847–1854, 1853.

[791] *Prosecutor v. Oric*, Case №. IT-03-68-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 30, 2006), § 282.

[792] *Prosecutor v. Popovic*, Case №. IT-05-88-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 10, 2010), § 1019.

[793] *Prosecutor v. Blaškić*, Case №. IT-95-14-A, Appeal Judgment (The Appeals Chamber ICTY, July 29, 2004), § 48; *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Case №. IT-05-87-T, Judgment (ICTY, 26 February 2009), § 92.

Очевидно, що якщо це так, і без допомоги пособника чи підбурювача не було б злочину, то вплив пособника чи підбурювача, поза всяким сумнівом, є істотним (приміром, у справі *Taylor* Трибунал дійшов висновку, що без підтримки президента сусідньої Ліберії Революційний об'єднаний рух у Сьєрра-Леоне взагалі не зміг би функціонувати і вчиняти злочини, які він вчиняв[794]). Однак навіть і значно менші «внески» у злочинну справу можуть бути визнані такими, що справили «істотний вплив». Так, під час Нюрнберзького процесу в злочинах проти людяності були визнані винними, серед інших, посадовці, відповідальні за бухгалтерський облік (Ганс Лорнер), архітектуру і планування (Макс Кіфер), а також стоматологічну справу (Герман Пук).

Справи проти допоміжного персоналу СС корисно порівняти зі справою про Циклон-Б[795] в частині обвинувачення головного техніка, Йоакіма Дросіна. У цій справі обвинуваченими були троє осіб — власник, його перший заступник і головний технік промислової компанії Tesch and Stabenow, яка постачала СС отруйний газ під назвою «Циклон-Б», що його потім СС використовували для масових страт у концтаборі Аушвіц. Трибунал засудив власника компанії та його заступника, однак виправдав головного техніка.

Щодо техніка було наголошено на його підлеглому становищі в компанії, і ключове питання, на думку Трибуналу, полягало в тому, чи знаходився він у такому статусі, щоб упливати на те, чи буде газ постачатися в Аушвіц. Причім суд підкреслив, що якщо він не перебував у такому статусі, то навіть його обізнаність щодо цілей використання газу не робить його винуватим.[796]

На наш погляд, зіставлення наведених справ дає ключ до розуміння того, як слід установлювати, чи був вплив пособника і підбурювача достатньо істотним.

По-перше, варто зауважити, що саме поняття істотного впливу — це цілковито про причинний зв'язок. Це видно, зокрема, із того, які конструкції використовуються для його по-

---

[794] Note. (2013). Special Court for Sierra Leone rejects 'specific direction' requirement for aiding and abetting violations of international law. *Harvard Law Review, 127*, 1847–1854.

[795] *The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others*, Case №. 9 (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).

[796] Ibid.

яснення (*conditio sine qua non*, підвищення імовірності злочину тощо). Ба більше, сам термін «істотний вплив» — вказує на те, що йдеться про оцінку характеру зв'язку між діями пособника і підбурювача, з одного боку, і діями виконавця — з іншого. Тобто, слід оцінити інтенсивність, міцність чи то пак силу, із якою одна дія вплинула на іншу.

Тож, якщо зазвичай (тобто, коли йдеться про відповідальність виконавця) об'єктивна сторона злочину включає три складові: діяння, наслідки і причинний зв'язок, то тут, коли йдеться про відповідальність пособника і підбурювача, є лише дві — діяння і причинний зв'язок, позаяк діяння пособника не має свого, окремого, криміналізованого наслідку — воно «поділяє» той же наслідок, що й діяння виконавця.

Таким чином, концепцію істотного впливу слід розглядати крізь призму теорії причинності. Однак саме ця проблема — проблема відповідальності пособника і підбурювача — яскраво висвітлює важливу прогалину в теперішній правовій теорії причинного зв'язку.

Річ у тім, що в теорії права під причинним зв'язком ми маємо на увазі зв'язок між явищами фізичного, матеріального світу (назвімо це *фізичний причинний зв'язок*). Поза нашою увагою залишається те, що причинність може пов'язувати між собою не тільки фізичні явища (фізичні, хімічні, біологічні процеси тощо), але і явища суб'єктивного, психологічного світу (відчуття, емоції, думки, наміри тощо), а також і перші та другі поміж собою в обох напрямках. Так, наприклад, певний стан речей у реальному світі викликає, тобто спричиняє певну емоцію, відчуття або бажання. І навпаки, певний психологічний феномен (бажання, імпульс, намір) спричиняє зміни в реальному світі, які починаються із порухів нашого тіла. У філософії причинність, що сполучає феномени психологічного світу, дістала назву *ментальної* або *інтенціональної* причинності.[797]

Наскільки важливо враховувати інтенціональну причинність — демонструють справи, що були наведені на початку цього параграфа: у цих справах ішлося про те, що дії однієї особи (пособника і підбурювача) слугували причиною певного інтенційного стану (рішучості) у свідомості іншої особи (виконав-

[797] Searle J. R. & Recanati F. (2001). *Rationality in action*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001, 40–41.

ця злочину). І цей зв'язок визнавався юридично значимим. І він має бути юридично значимим. Адже той, хто викликав у виконавця злочину рішучість на його вчинення — є співучасником злочину. У цьому важлива відмінність між відомим прикладом із більярдними кульками і складним механізмом зв'язків, який має місце при співучасті. Рух однієї кульки (фізичне явище) спричиняє рух другої кульки (теж фізичне явище). Однак дії виконавця делікту ніколи не бувають спричинені діями пособника чи підбурювача — в такому ж самому сенсі, як рух однієї кульки спричинений рухом іншої. Дії пособника чи підбурювача (фізичне явище) спричиняють певний відгук у свідомості виконавця (інтенціональний стан), і вже потім цей інтенціональний стан стає причиною дій виконавця, що завдають шкоду. Таким чином, причинна послідовність має такий вигляд: фізичний стан (викликаний пособником) — інтенціональний стан (виконавця) — фізичний стан (викликаний виконавцем).

Фізичну й інтенціональну причинність можна уявити як дві стрічки, що переплітаються між собою, утворюючи косу (позаяк фізична допомога може одночасно мати й ефект моральної підтримки: у такому разі моральна підтримка виражається діяльно). Це плетиво утворює складну структуру причинно-наслідкових зв'язків, у якій явища фізичного і психологічного світів взаємно сполучаються в послідовність, яка приводить до втілення протиправного задуму в життя.

Зазвичай, описуючи причинний зв'язок, ми уявляємо ланцюг, де кожна ланка сполучена із наступною, так само як події у реальному світі пов'язані одна з одною. Однак у контексті відповідальності за співучасть метафора коси, у якій переплетені фізична й інтенціональна причинність — влучніша від метафори ланцюга. Бо між ланцюгом і косою суттєва відмінність: ланцюг міцний настільки, наскільки міцна його найслабша ланка, а коса міцна міццю усіх стрічок разом. Цей принцип «коси» демонструють наведені нами вище справи.

Так, допоміжний персонал концтабору (бухгалтер, архітектор, стоматолог) вірогідно не мав значного впливу на рішення щодо масового убивства його мешканців, тобто по лінії інтенціональної причинності вплив цих осіб на дії виконавців злочину не був істотним, проте їхня фізична допомога в реалізації злочину, тобто вплив по лінії фізичної причинності, був настільки вагомим, що причинна тяглість (котра сполучає їхні

дії з масовими убивствами) не обірвалась і дала змогу притягнути їх до відповідальності.

Що ж стосується головного техніка компанії, яка продавала газ СС, то його дії можна розглядати як допомогу тим, хто допомагав злочинцям. Іншими словами, він — пособник пособників. Він не стоїть в одному ряду із двома іншими обвинуваченими в тій же справі (власником компанії і його першим заступником), бо, на відміну від нього, власник компанії і його заступник приймали управлінські рішення щодо продажу газу СС, і саме ці рішення (про те, кому продавати) і робили продаж злочинним. Сам же по собі продаж газу не є злочинним як такий. Він стає злочинним тільки з огляду на те, кому саме він був проданий, і це рішення ухвалив менеджмент компанії, а не технік, який забезпечував лише технічну сторону поставок. У цьому смислі технік більш віддалений у причинній тяглості від масових убивств. Він не тільки не перебуває «на прямій» інтенціональної причинності, але і його позиція «на прямій» фізичної причинності віддаленіша від події основного злочину, яким є масове убивство цивільних у концтаборах. Звідси слідує, що питання про «істотність впливу» в рамках проблеми пособництва і підбурювання органічно пов'язане з більш загальним питанням про віддаленість шкоди, або, що те ж саме, — межами відповідальності.

Прикметно, що визначення пособництва і підбурювання в американському праві напрочуд подібне до того, як це поняття визначають міжнародні кримінальні трибунали. Так, відповідно до § 876(b) американського Зводу деліктів (The Restatement (Second) of Torts):

> «За шкоду, завдану третій особі протиправними діями іншого, особа відповідає, якщо вона… (b) знає, що поведінка іншого становить порушення обов'язку і при цьому надає *істотну допомогу* чи заохочення іншому поводитися таким чином»[798] (курсив наш — Б.К.).

Тож в американському праві, так само як у міжнародному звичаєвому, постає проблема оцінки істотності допомоги, яку надає пособник чи підбурювач. На цей рахунок національна прецедентна практика напрацювала п'ять критеріїв, які мають

---

[798] *Halberstam v. Welch* 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983); Combs, N. I. (2019). Civil aiding and abetting liability. *Vanderbilt Law Review, 58*, 241–300.

бути враховані, а саме: (а) характер дії, якій надається допомога чи сприяння; (б) обсяг допомоги чи сприяння; (в) присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; (г) характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; (ґ) психічне ставлення пособника чи підбурювача; та (д) час, протягом якого допомога надавалась.[799]

Пояснення ролі цих критеріїв надав Апеляційний Суд США Округу Колумбія у справі *Halberstam v. Welch*.[800] Цікаво, що хоча міжнародні кримінальні трибунали, відмінно від американських судів, прямо не визначали перелік критеріїв, значимих для оцінки істотності впливу, однак сформульовані в американській юриспруденції критерії значною мірою суголосні із рішеннями трибуналів, і навіть, справедливо сказати, знаходять своє підтвердження в цих рішеннях.

Оцінюючи характер дії, якій надається допомога, суд по суті застосовує пропорційний підхід, адже що більш тяжким і кричущим є основне правопорушення, то меншим є мінімально необхідний обсяг допомоги, що вимагається для притягнення особи до відповідальності за пособництво такому правопорушенню. Іншими словами, одна і та ж сама дія пособника може тягнути або не тягнути відповідальність залежно від того, наскільки обурливим, грубим і очевидним було правопорушення, якому посприяла ця дія.

Під обсягом допомоги, вочевидь, слід розуміти кількість зусиль і ресурсів, які були витрачені пособником чи підбурювачем на те, що в остаточному підсумкові перетворилося на делікт, а також питому вагу цих зусиль і ресурсів у загальній кількості зусиль та ресурсів, витрачених на делікт усіма причетними.

Присутність на місці заподіяння шкоди під час її заподіяння основним деліквентом може слугувати фактором, що вказує на схвалення дій деліквента і надання йому моральної підтримки. Однак факт присутності аж ніяк не є вирішальним. Адже, з одного боку, проста присутність без будь-якої діяльної чи моральної підтримки скоюваного не рахується; а, з іншого боку, буває, що особа, безпосередньо не присутня на місці

---

[799] Див. коментар до § 876(b) The Restatement (Second) of Torts.

[800] 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983).

завдання шкоди у момент її завдання, тим не менше відіграє ключову роль у загальному сценарії завдання шкоди.

Характер стосунків між сторонами — це іще один фактор, на якому наголошували також і трибунали, зауважуючи, що підтримка дій деліквента авторитетною в його очах персоною «легітимізує» протиправну поведінку у свідомості її автора. З іншого боку, характер стосунків може бути для суду приводом не поспішати із висновком про істотність допомоги у тих випадках, коли виконавець і пособник перебувають у близьких стосунках, природа яких сама по собі передбачає взаємну поміч один одному. На цьому зауважив суд у справі *Halberstam v. Welch*, у якій позов про відшкодування шкоди, завданої смертю, було пред'явлено до цивільної дружини грабіжника, котрий убив чоловіка під час пограбування. Утім за обставин цієї справи, суд, навіть попри врахування інтимних стосунків між сторонами, усе ж таки дійшов висновку, що допомога дружини була істотною.

Такий фактор, як психічне ставлення, на перший погляд, видається чужорідним у цьому переліку, адже все інше — це об'єктивні показники (характер дії, обсяг допомоги, тривалість допомоги, присутність на місці події і навіть характер стосунків). Здавалося б, якщо істотність впливу (допомоги) — це про причинний зв'язок, то вона не може залежати від свідомості особи, бо причинний зв'язок — це явище об'єктивне. Утім, вище ми вже мали змогу переконатися, що об'єктивне (реальний світ) і суб'єктивне (свідомість) тісно переплетені між собою у понятті інтенціональної причинності. По-друге, тест на «істотність впливу» — пов'язаний із більш широким поняттям віддаленості шкоди, або — що те ж саме — меж відповідальності. А оцінка віддаленості шкоди — це не просто установлення факту, це питання правової політики, щодо якого суд має висловитися, беручи до уваги усі фактичні обставини справи, на основі балансування мети превенції, з одного боку, і принципу свободи від непередбачуваного ризику відповідальності — з іншого. Таке «політичне» питання передбачає врахування найрізноманітніших факторів, у тому числі й тих, що належать до сфери суб'єктивного. Отож, психічна сторона діяння пособника і підбурювача, тобто те, наскільки докладним було його знання про майбутній делікт і те, чи бажав він завдання шкоди потерпілому, — це теж фактори, які підлягають зважуванню під час оцінки істотності впливу.

Насамкінець, час, протягом якого допомога надавалась, — це, по суті, іще один спосіб вимірювати обсяг допомоги. Що довше надавалась допомога, то більшим є її загальний обсяг. Окрім того, час має значення і в контексті інтенціональної причинності. Так, пособництво і підбурювання не передбачає попередньої змови між сторонами. Утім якщо допомога надається систематично і протягом тривалого часу, то такі відносини близькі до договірних і можуть становити собою певний сурогат змови. Якщо пособник чи підбурювач протягом тривалого часу надає допомогу безпосередньому виконавцеві, то в останнього справедливо виникають певні очікування щодо допомоги в майбутньому: виконавець покладається не те, що допомога буде надана, і цей розрахунок може стати не останнім фактором в ухваленні рішення про те, чи вчиняти делікти в майбутньому. Такі очікування й розрахунок не виникають, якщо допомога була разовою, епізодичною, випадковою.

До наведеного переліку слід додати іще один вкрай важливий чинник, а саме — характер дії пособника чи підбурювача. У цьому контексті дуже важливо, чи була дія, що становила допомогу, сама по собі законною, нормальною, типовою послугою, яку пособник надає в рамках своєї підприємницької чи іншої систематичної діяльності будь-кому, хто до нього звертається. Так, ключовим аргументом, завдяки якому під час Нюрнберзького трибуналу було виправдано обвинуваченого Карла Раше, генерального директора Дрезденського банку, що надавав кредити підприємствам СС, стало те, що його дії самі по собі були законними, і послуги, які він надавав СС (надання коштів на поворотній основі), він надавав і безлічі інших клієнтів свого банку. І хоча вирок МКТ щодо Карла Раше далеко не безспірний,[801] саме «нормальність», «повсякденність» його дій дали йому змогу уникнути відповідальності.

Цей же аспект зіграв свою роль і в справі *Halberstam v. Welch*, але в протилежному напрямку. Суд зауважив на тому, що цивільна дружина грабіжника вела бухгалтерський облік награбованих коштовностей (чоловік пояснював їй, що він їх скуповував для подальшого перепродажу), подавала звітність у податкову і оформляла прибутки на своє ім'я (між іншим, підозрілим фактом, на думку суду, для дружини мала стати

[801] Khakurel, S. (2018).

хоча б дивна асиметрія первинних документів — бо наявними були лише квитанції щодо перепродажу золота покупцям, але не було жодної, що підтверджувала б його купівлю). Суд зауважив, що в цій справі зі зрозумілих причин не слід поспішати із висновком, що допомога була істотною (бо це нормально, що дружина допомагає чоловікові), утім суд підкреслив, що допомога пані Гамільтон своєму цивільному чоловікові якраз-таки виходила за межі звичайної, повсякденної подружньої помочі.

**5.3.4. Вимога конкретності причинного зв'язку.** Для масштабних злочинів, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, характерна іще одна специфічна проблема, що пов'язана із конкретністю причинного зв'язку. Зазвичай причинний зв'язок означає вплив конкретної дії на конкретний наслідок, за якого дія залишає свій слід (відбиток) на кінцевому наслідку (тобто кінцевий наслідок є таким, а не іншим, саме завдяки тому, що він був зумовлений тією, а не іншою, причиною). Так буває, наприклад, із тілесними ушкодженнями, коли форма травми вказує на предмет, яким цю травму було завдано (бо він залишає характерні сліди).

У цьому контексті воєнні злочини і злочини проти людяності істотно відрізняються від інших. По-перше, такого роду злочини вчиняються організаціями (політичними, військовими, державними чи квазідержавними), для яких, на відміну від злочинних організацій у звичайному розумінні цього слова, учинення злочинів не є єдиним чи основним видом діяльності. По-друге, у таких випадках ідеться не про один, а про численні епізоди злочинств. По-третє, такі організації «живляться», як правило, із кількох різних джерел одночасно.

Отож, коли хтось надає допомогу такого роду організації, то постає питання, як пов'язати саме цю конкретну допомогу із тим або іншим конкретним епізодом злочину? (позаяк надана допомога могла бути використана на правомірну частину діяльності, а злочини вчинялися за рахунок ресурсів з іншого джерела.) Скажімо, якщо хтось надавав боєприпаси воюючій стороні, то як встановити, що саме ці боєприпаси були використані для навмисного убивства цивільних, а не для ведення тієї частини воєнної кампанії, що формально відповідала нормам міжнародного гуманітарного права? І чи потрібно взагалі це установлювати?

Ці питання стали ключовими при апеляційному перегляді справи *Prosecutor v. Taylor*.[802] Справа розглядалась Спеціальним судом по Сьєрра-Леоне (SCSL) і стосувалася подій громадянської війни, яка тривала в Сьєрра-Леоне із 1991 по 2002 рік. Війна розпочалася 23 березня 1991 року, коли бійці Об'єднаного революційного фронту (RUF) зайшли на територію Сьєрра-Леоне із сусідньої Ліберії, прагнучи шляхом воєнного перевороту захопити владу і скинути центральний уряд. Під час конфлікту RUF вчиняв численні воєнні злочини і злочини проти людяності, серед яких убивства, зґвалтування, сексуальне рабство, пограбування, викрадення людей, примусова праця, залучення дітей як солдатів, відтинання кінцівок та інші форми насильства і терору.

Обвинуваченим у справі був колишній президент сусідньої Ліберії, Чарльз Тейлор. Його було обвинувачено як пособника й підбурювача злочинів, вчинених RUF, на тій підставі, що він надавав фінансову, логістичну, операційну та іншу підтримку цій організації. Так, Чарльз Тейлор організовував тренування бійців RUF на території Ліберії, постачав сам і організовував постачання від третіх сторін зброї та боєприпасів, надав підтримку військовим персоналом, надавав радіообладнання і супутникові телефони, надав у користування базу для дислокації в Монровії, логістично підтримував транспортування зброї та інших матеріалів (пального, продуктів харчування) тощо.

SCSL засудив Чарльза Тейлора як пособника і підбурювача за одинадцятьма пунктами обвинувачення.

Оскаржуючи рішення суду, сторона захисту наполягала на тому, що Суд припустився помилки, оскільки, на думку захисту, для визнання Тейлора винним в пособництві і підбурюванні сторона обвинувачення мала довести, що він «надавав допомогу злочину як такому», тобто «надавав допомогу живій дійовій особі, котра виконала *actus reus* відповідного злочину, і ця допомога була безпосередньо використана при вчиненні злочину».[803] Натомість, — наполягала сторона захисту, — висновок Суду про те, що Тейлор посилював загальну спроможність

---

[802] *Prosecutor v. Taylor*, Case №. SCSL-03-01-A, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).

[803] *Prosecutor v. Taylor*, Case №. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013), § 357.

організації до вчинення злочинів, не може бути достатнім для визнання його винуватим.

Таким чином, сторона захисту намагалася обґрунтувати, що причинний зв'язок має бути відстежений із максимальною конкретністю, тобто, що для успішного обвинувачення має бути показано, що в руках конкретного бійця RUF, який убивав цивільних під час конкретного епізоду численних злочинств, був саме той автомат, що його RUF отримав від Тейлора чи за його сприяння. Такий хід міркувань, вочевидь, за задумом сторони захисту, мав потягнути за собою необхідність ретельного розбору кожного із численних епізодів злочинств на предмет точної ідентифікації знарядь, використаних у цих злочинствах (не те, щоб аналіз, проведений Судом, без того був недостатньо ретельним — рішення склало дві з половиною тисячі сторінок).

Однак до цього аргументу є кілька зауважень. По-перше, інтенціональна причинність не залишає видимих слідів, тобто моральна підтримка, яку RUF отримував від президента сусідньої країни, не може бути відстежена через характерний «відбиток» на кожному окремому епізоді із шерегу масових злочинств. По-друге, в такого роду масштабних злочинах зброя і боєприпаси (щонайменше це стосується стрілецької зброї і набоїв до неї) фактично перетворюються на речі, визначені родовими ознаками. І питати, чи був у руках бійця саме той автомат, що його поставив обвинувачений, — це все одно що питати, чи були для підкупу посадовця злочинною організацією використані саме ті банкноти, що їх надав обвинувачений пособник, який фінансував цю організацію.

У даному випадку, що має значення, так це те, чи надавалася допомога із розумінням того, що вона буде використана на злочинні цілі, і те, чи була ця допомога істотною. Тому той факт, що Тейлор був не єдиним постачальником зброї і боєприпасів для RUF, не може слугувати достатнім виправданням. У протилежному випадку жоден із постачальників зброї для RUF не міг би бути визнаний пособником, адже завжди б залишалась імовірність того, що в конкретному епізоді була використана не його зброя, а зброя іншого постачальника.

Таким чином, зброя надходила із різних джерел і «змішувалась», перетворюючись на нероздільну «суміш» родових речей, одночасно з цим відбулося те, що можна назвати змі-

шуванням причинових внесків, котре унеможливило ідентифікацію «слідів» кожного конкретного причинного фактора, що спричинився до кінцевого результату. Видається, що саме феномен змішування причинових внесків є поясненням того, чому замість звичайного тесту «якби не» використовують тест «істотного впливу» (як у контексті пособництва і підбурювання до воєнних злочинів, так і в інших контекстах, де цей тест застосовний).

Апеляційна Палата SCSL відхилила аргумент захисту щодо того, що пособник і підбурювач має надавати допомогу безпосередньо тому, хто власними руками виконує об'єктивну сторону основного злочину (тобто доводить злочин до кінця), як і те, що надана допомога має бути використана під час вчинення конкретного епізоду злочину.[804] Апеляційна Палата наголосила, що має значення не конкретний спосіб, у який допомога була надана, а те, чи справила ця допомога істотний вплив на скоєння злочину.

**5.3.5. Підсумки.** Об'єктивна сторона (*actus reus*) пособництва і підбурювання передбачає, що особа (а) надає матеріальну, фізичну допомогу або моральну підтримку вчиненню злочину, і (б) ця допомога чи підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину, тобто, іншими словами, має важливе значення для вчинення злочину. При характеристиці об'єктивної сторони пособництва і підбурювання слід виокремлювати лише діяння і причинний зв'язок, оскільки пособництво і підбурювання не має свого, окремого наслідку, а поділяє той же наслідок, який привинюється безпосередньому виконавцеві.

Істотність впливу на вчинення злочину — це оціночна категорія, яка підлягає аналізу на підставі дослідження усіх обставин справи в сукупності. При оцінці істотності впливу належить враховувати, що дії пособника і підбурювача можуть бути пов'язані зі злочином через фізичний або інтенціональний причинний зв'язок. Для визнання впливу істотним не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) злочину виконавця.

До факторів, які підлягають урахуванню при оцінці істотності впливу, належать: характер дії, якій надається допомо-

[804] Ibid., § 368.

га чи сприяння; характер дії, у якій виражається допомога чи сприяння; обсяг і тривалість допомоги чи сприяння; присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; психічне ставлення пособника чи підбурювача.

У контексті масових злочинств, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування причинових внесків, яке унеможливлює ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Це не повинно звільняти пособника і підбурювача від відповідальності за умови, що його причиновий внесок в загальну злочинну діяльність був істотним.

## § 5.4. Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання[805]

**5.4.1. Розкол у судовій практиці.** Якщо стосовно об'єктивної сторони (*actus reus*) пособництва і підбурювання між судами склалася відносна одностайність, то стосовно суб'єктивної сторони (*mens rea*) серед американських судів стався справжній розкол. Цей розкол є предметом широкої наукової полеміки. Зокрема, дослідженню відповідної проблеми присвячено публікації Е. Біверс (Beavers, E.),[806] М. Вентури (Ventura, M.J.),[807] О. Хетевей (Hathaway, O.A.), А. Франсіс (Francis, A.), А. Хавіланда (Haviland, A.A.) С. Кетіредді (Kethireddy, S.R.), А. Ямамото

[805] Результати дослідження, викладені у цьому параграфі, були опубліковані у статті: Карнаух, Б. П. (2023). Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців. *Проблеми законності*, 162, 279–296.

[806] Beavers, E. (2021). War crimes, Inc.: The ATS case against the U.S. weapons industry for aiding and abetting atrocities in Yemen. *Florida Journal of International Law, 31*(2), 179–210.

[807] Ventura, M. J. (2014). Farewell 'specific direction': Aiding and abetting war crimes and crimes against humanity in Perišić, Taylor, Šainović et al., and US Alien Tort Statute jurisprudence. In S. Casey-Maslen (Ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2013* (pp. 511–553). Oxford University Press.

(Yamamoto, A.T.),[808] Р. Лінкольна (Lincoln, R.S.)[809] та С. Хакурель (Khakurel, S.).[810]

Читачеві, не знайомому із усім, що було написано в нашому дослідженні вище, може здатися, що суб'єктивна сторона діяння ніяк не пов'язана із проблемою причинного зв'язку (який належить до об'єктивної сторони), та, однак ми сподіваємося, що в розділі про нормативний аспект дослідження причинності ми достатньо продемонстрували, що причинний зв'язок є функцією вини в тому смислі що діапазон юридично значимої віддаленості причинного зв'язку залежить від багатьох чинників, серед яких — в тому числі — чинники суб'єктивної природи (згадаймо приклад із персонажем телевізійного шоу — Майло Санфілдом: наше судження про наявність причинного зв'язку докорінно змінилося, коли ми дізналися, що майбутній розвиток подій був ним передбачений і запланований).

Мета цього параграфа — з'ясувати першопричини розбіжності підходів до стандарту *mens rea* у судовій практиці розгляду ATS-позовів і визначити, який із двох підходів слід визнати таким, що більшою мірою відповідає змістові міжнародного права. Розбіжність, що є предметом нашого дослідження, полягає ось у чому.

В одних округах[811] суди стоять на позиції, що пособник чи підбурювач мають діяти *з наміром* на досягнення злочинного результату: потрібно, щоб особа *свідомо прагнула* посприяти безпосередньому виконавцеві у вчиненні задуманого ним злочину (тобто, поділяла намір виконавця). У такому разі скоєння злочину — це *мета*, заради досягнення якої діє пособник чи підбурювач. Відповідно, якщо особа не має спеціальної мети посприяти скоєнню злочину і сама не бажає настання шкідливих наслідків, то вона не може підлягати кримінальній відповідальності з точки зору міжнародного права, а отже, і деліктній відповідальності в контексті ATS. Такий підхід називають *стандартом мети*.

---

[808] Hathaway, O. A., Haviland, A. A., Kethireddy, S. R., & Yamamoto, A. T. (2020). Aiding and abetting in international criminal law. *Cornell Law Review*, 104, 1630–1641.

[809] Lincoln, R. S. (2010). To proceed with caution? Aiding and abetting liability under the Alien Tort Statute. *Berkeley Journal of International Law (BJIL), 28*(2), 604–618.

[810] Khakurel, S. (2018), 2978–2979.

[811] *Aziz v. Alcolac, Inc*. 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003).

На противагу цьому, суди в інших округах[812] додержуються думки, що для пособництва чи підбурювання не обов'язково самому поділяти злочинні наміри виконавця і бажати настання шкідливих наслідків — достатньо *розуміти*, що дії виконавця, яким надається сприяння, або до яких його підбурювано, є злочинними. Іншими словами, не вимагається намір — достатньо лише обізнаності. Такий стандарт називають *стандартом знання.*

Перший стандарт більш вимогливий, адже довести спеціальну спрямованість умислу значно важче, аніж довести просто обізнаність щодо злочинного характеру дій виконавця.

**5.4.2. Справи, де застосовано стандарт мети.** Для першого підходу знаковою є збіжна думка судді Кацмана у справі за позовом до корпорацій, що сприяли режимові апартеїду в Південній Африці (справа *Khulumani*[813]). Суддя Кацман зауважив:

> «Я доходжу висновку, що відповідач згідно з міжнародним правом може бути визнаний відповідальним за пособництво і підбурювання до порушення [міжнародного] права іншою особою, коли відповідач (1) надає практичну допомогу виконавцеві, яка має істотне значення для скоєння злочину, і (2) робить це *з метою посприяти* скоєнню відповідного злочину»[814] (Курсив наш. — Б.К.).

Позиція судді Кацмана послугувала опертям для рішення у справі Aziz *v.* Alcolac, *Inc.*[815] У цій справі ішлося про події іранo-іракської війни 80-х років минулого століття. Під час цієї війни активно використовувалась хімічна зброя, і зокрема гірчичний газ, — що підтверджували розслідування міжнародних організацій. Режим Саддама Хусейна використовував гірчичний газ також і проти курдів північного Іраку, яких режим уважав причетними до співпраці з Іраном. Жертви хімічних атак та родичі померлих звернулися із позовом до Alcolac, компанії-виробника

---

[812] *Cabello v. Fernandez-Larios* 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005); *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); *Doe v. Exxon Mobil Corp.* 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011); *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).

[813] *Khulumani v. Barclay National Bank, Ltd.,* 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).

[814] *Khulumani v. Nat. Bank LTD,* 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007) (Katzmann C.J., Concurring), 38–39.

[815] 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011).

тіодигліколю (TDG) — речовини, яка використовується для виготовлення гірчичного газу. Позивачі стверджували, що компанія через посередників і всупереч експортним заборонам постачала тіодигліколь режиму Саддама Хусейна, котрий виготовляв із нього гірчичний газ для атак на курдів.

Утім позов було відхилено. Ключовим аргументом стало те, що позивачі не довели наявність суб'єктивної сторони злочину, яка, на думку суду, мала визначатися через стандарт мети.[816] У першій інстанції суд виходив із того, що вимоги позивачів до Республіки Ірак були б цілком життєздатними, бо вони спиралися б на порушення останньою міжнародного права, що забороняє розробку, виробництво, зберігання й використання хімічної зброї. Але вимоги до компанії Alcolac — це інша річ: вона не є безпосереднім виконавцем вищеназваних злочинів, а звинувачується лише в тому, що продавала тіодигліколь іншій компанії NuKraft, знаючи, що речовина в кінцевому підсумкові потрапить до рук злочинного режиму, який використовуватиме її для виробництва гірчичного газу й атак на курдів. Для життєздатності таких вимог у суді потрібно довести, що компанія постачала хімікат спеціально із наміром сприяти убивствам цивільних. Однак цього позивачі не доводили, а лише голослівно заявляли. З таким висновком погодився і Апеляційний суд.

На міркування судді Кацмана значною мірою спирається рішення у справі *Presbyterian Church of Sudan v. Republic of the Sudan*[817] — ще одній справі, де питання про стандарт пособництва і підбурювання стало центральним.[818]

У цій справі позивачі звинувачували корпорацію, яка займалась видобутком нафти під час тривалої громадянської війни в Судані, у тому, що вона сприяла суданському урядові у злочинствах проти власного населення. Зокрема, позивачі вказували на те, що суданський уряд силоміць переміщував місцеве населення із територій, де планувався видобуток нафти, і це

---

[816] *Aziz v. Alcolac, Inc.*, 5–6.

[817] 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003).

[818] Докладний аналіз справи див.: Morrissey, J. (2011). Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Minnesota Journal of International Law*, *20*, 144–170; Kobrin, S. (2003). Oil and Politics: Talisman Energy and Sudan. *New York University Jopurnal of International Law & Politics*, 36, 425–456.

супроводжувалося численними порушеннями прав людини, котрі, на думку позивачів, відповідали ознакам геноциду, військових злочинів і злочинів проти людяності. Корпорації, у свою чергу, закидалося, що вона через будівництво всесезонних доріг та злітних смуг, сплату роялті на користь уряду і надання логістичної підтримки військовим спричинилася до відповідних злочинів уряду. Приміром, позивачі вказували на те, що злітні смуги використовувались військовими літаками для організації бомбардувань, а всесезонні дороги полегшили переміщення військової техніки для атак на цивільне населення.

Однак суди, застосувавши стандарт мети, дійшли висновку, що корпорація не може відповідати як пособник, адже її дії — хоча об'єктивно вони й полегшували скоєння злочинств урядом Судану — спеціально не були спрямовані саме на це. Так, приміром, дороги будувалися компанією для того, аби доправляти своїх працівників до місць видобутку, злітні смуги — для організації повітряних перевезень для цілей компанії; роялті, вочевидь, сплачувалися заради того, щоб компанія мала право розробки родовищ (а не для фінансування геноциду), а логістична допомога військовим була обумовлена тим, що компанія працювала в умовах триваючого збройного конфлікту і через те потребувала посиленого захисту своїх інфраструктурних об'єктів (котрі розглядалися групами повстанців як ворожі цілі).

Тож у підсумкові суд дійшов висновку, що дії, котрі позивачі привинюють корпорації, — загалом властиві для кожного проєкту такого масштабу: розробка родовищ завжди супроводжується інвестиціями в країну, розбудовою необхідної інфраструктури і певним ступенем взаємодії з урядом. Без доведення спеціальної спрямованості дій саме на допомогу злочинствам, відповідальності бути не може. Адже якщо визнати, що такі дії тягнуть відповідальність перед приватними особами, то це б, по суті, створило такий собі приватноправовий механізм запровадження міжнародних санкцій проти держави: приватні позивачі де факто дістали б змогу карати компанії просто за те, що вони ведуть бізнес у певній країні. Ось як про це написано в самому рішенні:

> «Є докази, що південні суданці зазнавали атак з боку Уряду, що цим атакам сприяло нафтовидобування, і що потік нафтових коштів підвищив військову боєздатність, використовувану, щоб переслідувати ворогів уряду. Але

> якщо ATS відповідальність може наставати за умови обізнаності про відповідні злочинства, поєднаної лише із такими видами підприємницької діяльності як розвиток ресурсів, то закон діяв би як механізм, що давав би змогу приватним сторонам застосовувати ембарго або міжнародні санкції через пред'явлення цивільних позовів у судах Сполучених Штатів. Такі заходи — це не компетенція приватних осіб — вони мають залишатися у віданні урядів і міжнародних організацій» (с. 18).

**5.4.3. Справи, де застосовано стандарт знання.** Обізнаність була визнана достатньою для покладення відповідальності за пособництво і підбурювання у справі *Doe I v. Unocal Corp*.[819] Факти у цій справі напрочуд схожі на обставини справи *Presbyterian Church of Sudan*, утім висновок, якого дійшов суд щодо застосовного стандарту *mens rea*, у цій справі зовсім інший.

Компанія Unocal займалась видобуванням газу у М'янмі і для цих цілей будувала трубопровід, що сполучав узбережжя М'янми із Таїландом. Для охорони трубопроводу компанія уклала договір із урядом, згідно з яким урядові збройні сили відповідали за охорону трубопровідного коридору (загалом було найнято чотири батальйони по 600 військових кожен, а також по 50 солдатів для захисту кожної дослідницької команди).

Позивачі стверджували, що військові, котрі охороняли трубопровід, залучали місцеве населення до примусової праці в якості носильників і чорноробів. Незгодних — убивали, ґвалтували і піддавали тортурам. Відповідно, позивачі вважали компанію пособником звірств, скоюваних військовими, і на цій підставі вимагали компенсації завданої шкоди.

Суд ухвалив, що належним стандартом психічного ставлення при пособництві і підбурюванні є стандарт знання. Пособник чи підбурювач не повинен поділяти наміри безпосереднього виконавця злочину. Більше того, він може навіть не знати, який саме злочин буде вчинено — достатньо, щоб він знав, що той або інший злочин вірогідно буде вчинений виконавцем завдяки допомозі або моральній підтримці, яку він надає.[820] Також суд підкреслив, що описаному стандартові задовільняє не лише дійсне знання (коли доведено, що особа насправді «знала»), але й так

---

[819] 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

[820] *Doe I v. Unocal Corp.*, 15.

зване «конструйоване» або «розумне» знання (коли доведено, що особа «розумно повинна була знати»).

Згідно з міркуваннями суду, коли менеджмент компанії на робочих нарадах вказував військовим ділянки, де слід забезпечити охорону й будувати інфраструктуру, при цьому достеменно знаючи, що військові використовуватимуть для цього примусову працю, то тим самим він спонукав військових до використання примусової праці, надавав моральну підтримку таким діям і зрештою заохочував їх до цих дій, оплачуючи надані послуги. На підтвердження суд навів слова президента компанії, пана Імле, котрий сказав: «якщо примусова праця іде в парі з військовими, то так буде більше примусової праці».

Як підсумок, суд зауважив:

> «Розумний дослідник фактів міг би також виснувати, що поведінка компанії Unocal відповідає вимозі щодо *mens rea* пособництва і підбурювання, як ми цю вимогу визначили сьогодні, а саме — дійсна чи конструйована (тобто, розумна) обізнаність стосовно того, що дії співучасника допоможуть злочинцеві у вчиненні злочину. Окружний Суд установив, що "Позивачі надали докази, які демонструють... що військові, примушуючи селян до роботи..., вчиняли численні акти насильства; і компанія Unocal знала або повинна була знати, що військові вчиняли, вчиняють і будуть вчиняти означені протиправні дії". Більше того, компанія Unocal знала чи повинна була знати, що її поведінка — зокрема платежі і вказівки, де забезпечувати охорону й будувати інфраструктуру — буде сприяти військовим М'янми або спонукати їх піддавати Позивачів зазначеним актам насильства. Згідно із *Furundzija* не потрібно навіть, щоб пособник чи підбурювач знав конкретний злочин, який виконавець має намір вчинити. Натомість, якщо обвинувачений "знає, що один із певного числа злочинів ймовірно буде вчинений, і один із таких злочинів насправді вчиняється, то він мав намір сприяти вчиненню цього злочину і є винуватим як пособник і підбурювач". Отож, оскільки компанія Unocal знала, що акти насильства ймовірно будуть учинені, вона стала відповідальною як пособник і підбурювач, коли такі акти насильства — зокрема убивства і згвалтування — були насправді учинені».[821]

[821] Ibid., 20–21.

Оцінюючи об'єктивну сторону дій компанії, суд виснував, що вона теж відповідає необхідним умовам відповідальності. Сприяння, яке надавалося компанією, мало «істотне значення» (*substantial effect*), адже найвірогідніше використання примусової праці не сталося б так, як воно сталося, якби хтось не найняв військових для охорони і не вказував їм, які саме ділянки слід охороняти.

Ще одна справа, пов'язана із порушеннями під час видобування корисних копалин на іноземній території, — *Doe v. Exxon Mobil Corp*.[822] Суд дійшов висновку, що «не вимагається, аби пособник чи підбурювач поділяв психічне ставлення злочинця, тобто мав позитивний намір учинити злочин, за умови, що він був обізнаний, що його дії допоможуть злочинцеві».[823]

Стандарт знання був підтриманий також у справі *Mehinovic v. Vuckovic*,[824] яка стосувалась етнічних чисток у колишній Югославії. Відповідача, сербського військового, було визнано відповідальним не лише за злочини, які він учиняв особисто, але також і за катування і знущання, вчинювані іншими — кому він допомагав у цьому або кого до цього підбурював. Суд із посиланням на практику міжнародних кримінальних трибуналів виснував, що належним стандартом *mens rea* є стандарт знання, для якого достатньо обізнаності про те, що відповідні дії допоможуть вчиненню злочину, і не вимагається власне бажання, щоб цей злочин було вчинено. Суд зауважив:

> «[д]окази вказують, що діючи так, Вуковіч надавав допомогу і спонукав тих, хто безпосередньо вчиняв катування й побої позивачів, і що він *знав*, що його власна участь і спонукання до цих дій допоможуть іншим у їх вчиненні»[825] (курсив наш — Б.К.).

Такий же стандарт (знання) дістав застосування і в справі *Cabello v. Fernandez-Larios*,[826] у якій ішлося про події, пов'язані з військовим переворотом, організованим Августо Піночетом

---

[822] 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011).

[823] *Doe v. Exxon Mobil Corp.,* 39–40.

[824] *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).

[825] Ibid., 29.

[826] 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005).

1973 року в Чилі. Після цього перевороту й установлення військової диктатури пана Кабелло було арештовано й поміщено до в'язниці з політичних мотивів.

У жовтні того ж року генерал Ареллано разом зі своїм загоном організував так званий «караван смерті»:[827] він їздив країною і разом із поплічниками катував і убивав політичних в'язнів, що виступали проти режиму військової хунти. Під час одного із таких рейдів було жорстоко убито пана Кабелло разом із дванадцятьма іншими політв'язнями.

Понад двадцять років потому родичі померлого пред'явили позов до Армандо Фернандеса-Ларіоса, чилійського офіцера, який був охоронцем генерала Ареллано і брав участь у злочинних рейдах, в тому числі й конкретно в тому рейді, під час якого був убитий пан Кабелло.

Справа розглядалась судом присяжних, який ухвалив на користь позивачів і присудив стягнути 3 млн доларів як компенсацію за завдану шкоду і один мільйон — як штрафні збитки.

У цій справі важливо те, які інструкції були надані суду присяжних. Окружний суд, інструктуючи присяжних, вказав, що для того, аби визнати Фернадеса винним як пособника й підбурювача, присяжним слід було вирішити:

> «(1) чи було вчинено один або кілька протиправних актів, описаних у позові, (2) чи Фернандес істотно допоміг іншій особі або іншим особам, які особисто вчинили або спричинили один або кілька протиправних актів, описаних у позові, та (3) чи Фернандес *знав*, що його дії допоможуть незаконній чи протиправній діяльності у момент, коли він надавав таку допомогу»[828] (курсив наш — Б.К.).

Оскаржуючи вердикт до апеляційного суду, Фернандес наполягав, серед іншого, на тому, що він не був командувачем відповідного загону і особисто не брав участі в заявлених порушеннях прав людини. Однак Апеляційний Суд підтримав вердикт, зауваживши, що «з огляду на наведені факти присяжні могли розумно виснувати, що Фернандес допомагав і підбурював до убивства пана Кабелло». Суд наголосив, що «висловлю-

---

[827] Див.: https://cja.org/what-we-do/litigation/cabello-v-fernandez-larios/.

[828] *Cabello v. Fernandez-Larios*, 7.

вання Фернандеса відображають його *обізнаність* про те, що він допомагав злочинним діям»[829] (курсив наш — Б.К.).

**5.4.4. Витоки розбіжності.** Тож чому суди різних округів додержуються різних точок зору щодо суб'єктивної сторони пособництва і підбурювання? — Першоджерело цієї розбіжності слід шукати в міжнародному праві, позаяк американські суди, реалізуючи юрисдикцію, надану за ATS, керуються матеріальними нормами міжнародного права. Іншими словами, критерії криміналізованого пособництва і підбурювання американські суди беруть саме із міжнародного права. І в цьому якраз і криється корінь проблеми, адже зміст міжнародного права не завжди легко встановити, особливо — коли йдеться про міжнародне звичаєве право (а саме воно й перебуває у фокусі усіх наведених справ).[830]

Норми звичаєвого міжнародного права ніде «чорним по білому» не написані, тому його контури часто невизначені, а точний зміст тієї чи іншої норми — підлягає доведенню шляхом ретельного аналізу національної і міжнародної практики. Та оскільки ця практика майже ніколи не буває абсолютно однорідною, віднаходження норми звичаєвого міжнародного права часто передбачає зважування різних тенденцій і визначення тієї, котра має бути визнана домінантною. У цьому копіткому процесі не уникнути похибок, зумовлених тим, що один суд може надати більшої ваги одному напрямку практики, а інший — іншому. Саме це ми й спостерігаємо у юриспруденції американських судів щодо ATS-позовів.

Напрочуд влучно цю особливість міжнародного права схарактеризовано в справі *Aziz v. Alcolac*:

> «Визначення того, які злочини порушують міжнародне звичаєве право… це не проста задача. Міжнародне звичаєве право постає із міріад рішень, ухвалених на численних і різних міжнародних і національних аренах. Більше того, релевантні докази міжнародного звичаєвого

[829] Ibid., 8.

[830] Загалом, перелік джерел міжнародного права передбачений у ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Докладно про застосування різних джерел міжнародного права американськими судами див.: Martin, F. (2011). *Challenging human rights violations: Using international law in U.S. courts. Ardsley, NY: Transnational Publishers Inc.,* 292.

> права широко розпорошені і зазвичай незнайомі правникам і суддям. Ці труднощі доповнює те, що міжнародне звичаєве право — як, власне, і слідує із самого терміна — витворюється спільними звичаями і практиками народів і тому не міститься в якомусь одному, остаточному, легковідшукуваному джерелі. Усі ці риси надають міжнародному звичаєвому праву м'якого, невизначеного характеру».

Однак попри те, що визначення змісту міжнародного права, по суті, передбачає оціночне судження, це не означає, що таке судження може бути цілком довільним. Авжеж ні. Відповідно, для того, аби визначити, котрий зі стандартів краще відображає міжнародне право (і є достатньо усталеним, аби вважатися звичаєм), належить розібратися в аргументах, наведених судами на користь кожного з них.

**5.4.5. Розбір аргументів і практика міжнародних кримінальних трибуналів.** Обстоюючи стандарт мети, суддя Кацман спирається насамперед на положення пункту (c) частини 3 ст. 25 Статуту Міжнародного кримінального суду (Римський статут), відповідно до якого

> «особа визнається відповідальною згідно з кримінальним правом і підлягає покаранню за злочин, підсудний цьому Суду, якщо ця особа... (c) *з метою сприяти вчиненню такого злочину*, допомагає, підбурює або іншим чином пособляє його вчиненню або замаху на його вчинення, зокрема, надаючи засоби до його вчинення» (курсив наш. — Б.К.).

Із наведеного формулювання суддя Кацман робить висновок, що в міжнародному кримінальному праві обов'язковою суб'єктивною ознакою пособництва і підбурювання є мета сприяти вчиненню злочину.

Однак стосовно такого висновку є декілька заперечень. Перше — формального характеру. Сполучені Штати Америки не належать до кола держав-учасниць Римського статуту. Відтак, у своїй безпосередній якості — як обов'язкова міжнародна конвенція (п. (a) ст. 38 Статуту ICJ) — Римський статут не підлягає застосуванню. Утім, як відомо, подеколи та або інша багатостороння міжнародна конвенція може визнаватися засто-

совною навіть до держави, яка її не ратифікувала, — за умови, що конвенція буде розцінена як доказ існування усталеного звичаю в міжнародній практиці (п. (a) ст. 38 Статуту ICJ). У цьому контексті число держав-сторін Римського статуту, а саме — 123, безумовно, має відчутну вагу як доказ загального визнання позначених у Статуті норм. І на цій цифрі небезпідставно наголошують суди, що покликаються на Статут. У той же час, чи дійсно Римський статут лише зафіксував усталену міжнародну практику, чи навпаки — запровадив не узвичаєне до того правило? — щодо цього дискусії продовжуються.[831]

Утім, на наш погляд, більш вагомим є змістове заперечення проти аргументу, побудованого на використанні Римського статуту. Річ у тім, що в тій же статті Статуту, на яку посилається суддя Кацман, обґрунтовуючи стандарт мети, є наступний пункт, із якого слідує протилежний висновок. Так, відповідно до пункту (d) частини 3 ст. 25 Римського статуту

> «особа визнається відповідальною згідно з кримінальним правом і підлягає покаранню за злочин, підсудний цьому Суду, якщо ця особа… (d) в будь-який інший спосіб долучається до вчинення або замаху на вчинення такого злочину групою осіб, що діють зі спільним наміром. Таке долучення має бути навмисним і має бути або (i) скоєне із метою сприяти злочинній діяльності або злочинній меті групи, коли така діяльність або мета охоплює вчинення злочину, підсудного цьому Суду; або (ii) скоєне зі *знанням* наміру групи скоїти відповідний злочин».

Таким чином, якщо йдеться про злочин, скоєний групою осіб зі спільним наміром, то для пособника чи підбурювача, який сприяє такій групі, альтернативно вимагається *або* намір, *або* знання. А це рівнозначно тому, що знання є достатнім. І оскільки масштабні злочини, про які йшлося в ATS-позовах, описаних вище, вчинялися не поодинокими виконавцями, а, як правило, групами осіб за змовою, то звідси слідує, що навіть за умови визнання Римського статуту застосовним, перевагу належало віддати стандартові знання.[832]

---

[831] Hathaway, O. A., Haviland, A. A., Kethireddy, S. R., & Yamamoto, A. T. (2020), 1634; Khakurel, S. (2018), 2980.

[832] Lincoln, R. S. (2010), 615; Khakurel, S. (2018), 2980; Cassel, D. (2008). Corporate aiding

Другим аргументом судді Кацмана було посилання на справу *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al.*,[833] яку розглядав Нюрбернзький трибунал. Обвинуваченими у цій справі були високопосадовці й чиновники різних міністерств і відомств нацистської Німеччини (звідси і неофіційна назва справи — «Міністерська справа», або «Справа Вільгельмштрассе» — за назвою вулиці в Берліні, на якій розташовувалися відповідні установи).

Суддя Кацман звертає увагу на виправдання одного із обвинувачених, — Карла Раше, генерального директора Дрезденського банку. Його банк надавав великі суми коштів у позику підприємствам СС, на яких масово використовувалась праця в'язнів концентраційних таборів.

Про обізнаність Раше щодо діяльності відповідних підприємств Трибунал зазначив таке:

> «Обвинувачений — банкір і підприємець із великим досвідом, має гострий і живий розум. Банкіри не схвалюють кредитів на такі великі суми і в такій кількості, як це робив Дрезденський банк, без попередньої оцінки і отримання інформації чи даних щодо мети, для якої потребується кредит, і як він буде використаний. Нам видається неправдоподібним, що обвинувачений не володів такою інформацією, і ми робимо висновок, що він володів».[834]

Попри очевидну обізнаність пана Раше із тим, як «ведуть справи» позичальники його банку, його, тим не менше, було виправдано. На цій підставі суддя Кацман робить висновок, що знання не є достатнім для притягнення до відповідальності за пособництво і підбурювання, а потребується спільність намірів із виконавцем.

Однак поза увагою судді Кацмана залишилося, що в цій же справі інший високопоставлений банкір, Еміль Йоган Пуль, директор і віце-президент Рейхсбанку, був визнаний винним попри те, що він, на думку Трибуналу, очевидно не поділяв на-

---

and abetting of human rights violations: Confusion in the courts. *Northwestern Journal of International Human Rights, 6*(2), 304–326, 310–315.

[833] *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11–13, 1949).

[834] Ibid., 227.

мірів нацистського керівництва щодо системного винищення євреїв.[835]

Пуля було обвинувачувано в тому, що він організовував приймання, сортування, облік і збут грошей, прикрас, коштовностей, годинників і дорогоцінних металів, у тому числі золотих коронок і пломб, які СС вилучали від страчених у концтаборах в'язнів.

Ось що написав Трибунал стосовно намірів обвинуваченого Пуля:

> «На його користь має бути сказано те, що він не був засновником цієї справи, і вона ймовірно була йому огидною. Він не брав участі у винищенні євреїв чи інших в'язнів концтаборів, і в нас немає сумнівів, що він би не брав участі в цій частині плану, навіть якби йому наказали. Та він, безсумнівно, був добровільним учасником певної частини загального плану, хоч його роль і не була ключовою».[836]

У цьому уривку Трибунал вважав за потрібне віддати належне обвинуваченому, підкресливши, що Трибунал розуміє, що він не мав на меті винищення євреїв і масові убивства в'язнів, але, тим не менше, його причетність була достатньо вагомою, щоб тягнути за собою відповідальність. Цей уривок не узгоджується із міркуванням судді Кацмана, адже в ньому Трибунал визнає Пуля пособником нацистських злочинів, одночасно із цим констатуючи, що Пуль не поділяв злочинних намірів нацистської верхівки.

Отож, виходить, що обидва банкіри — Раше і Пуль — не мали наміру сприяти злочинам проти людяності, але одного із них було визнано винним у пособництві цим злочинам, а іншого — виправдано. Відповідно, різні вироки не можна пояснити тим, що застосовним стандартом пособництва і підбурювання є стандарт мети, і стосовно одного з обвинувачених мету доведено, а щодо іншого — ні. Відтак, пояснення різних вироків слід шукати в чомусь іншому. У справі *Exxon Mobil* суд припустив — що відмінність між двома обвинуваченими криється не в суб'єктивній стороні скоєного ними (*mens rea*), а в об'єктивній (*actus reus*).[837]

---

[835] Khakurel, S. (2018), 2978–2979.

[836] The Ministries Case, 226.

[837] *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 48–49.

Раше робив для нацистської верхівки те, що він робив і для всіх інших клієнтів, — надавав грошові кошти в позику; тобто з об'єктивної точки зору його операції не відрізнялися від інших банківських операцій, які повсякденно проводила його фінансова установа. На противагу цьому, збут награбованого через мережу ломбардів і переплавку золотих коронок на злитки банківських металів (що їх організовував Пуль) не можна вважати звичайною для банківської установи операцією. Це підтверджується зокрема й тим, що оборудка проводилася таємно за вказівкою Пуля, незважаючи на численні пересторогі інших банківських посадовців, а кошти надходили на рахунок з фіктивним іменем «Max Heiliger».

Цікаво також те, що сторона захисту намагалася обґрунтувати звичайність, нормальність операцій, організовуваних Пулем, наполягаючи на тому, що банк був зобов'язаний приймати на рахунки відповідні кошти і майно (зокрема, згідно із законом, що вимагав, аби вся іноземна валюта й золото передавалися Рейхсбанку). Проте Трибунал відхилив цей аргумент, зауваживши таке:

> «Якби мета цього закону охоплювала також і власність, викрадену в мешканців окупованих територій... в ході ведення агресивної війни, то таке положення було б нікчемним, як таке, що порушує міжнародне право, і не служило б виправданням. Ми не припускаємо і не вважаємо, що подібна мета закладалась в момент, коли проголошувались Закон про Рейхсбанк чи Регламенти щодо іноземної валюти».[838]

Трактування Міністерської справи, запропоноване суддею Роджерсом у справі *Exxon Mobil*, видається слушним. Трибунал у декількох місцях підкреслює, що послуги, які надавав Пуль, «не були звичайними трансакціями», і що він «вийшов за межі звичайного кола своїх обов'язків». Натомість Раше Трибунал уподібнює до торговця, який продає будівельні матеріали, знаючи, що будований із них дім буде використовуватися для протиправних цілей (і не вбачає у цьому злочину).

Свої міркування щодо Еміля Раше Трибунал завершує таким пасажем:

---

[838] The Ministries Case, 224.

«Справжнє питання в тому, чи є злочином надавати кредит, знаючи або маючи вагомі підстави вважати, що позичальник використає кошти на фінансування підприємств, які використовують працю всупереч національному або міжнародному праву? Чи відрізняється він від того, хто продає інструменти чи матеріали будівельникові для будівництва будинку, знаючи, що споруда служитиме незаконним цілям? Банк продає гроші чи кредит так само, як торговець продає будь-які інші товари. Він не стає учасником підприємства, а проценти, які стягуються, — це лише валовий дохід, який банк отримує від трансакції, і з якого слід вирахувати витрати і сподіватися в кінцевому підсумку на чистий прибуток. Кредити або продаж товарів для використання в незаконній діяльності справедливо можуть бути засуджені з моральної точки зору і не дають кредитодавцеві чи продавцеві підстав пишатися, але угоду навряд чи можна назвати злочином. Наш обов'язок — судити й карати винних у порушенні міжнародного права, і ми не готові сказати, що такі кредити порушують міжнародне право, як і не траплялися нашій увазі будь-які рішення протилежного змісту».[839]

Зупинімося докладніше на цьому уривкові. У ньому Трибунал (майже) риторично запитує, хіба можна із юридичної точки зору засуджувати банк за те, що він надає кредит підприємству, знаючи, що це підприємство використовує примусову працю в'язнів концтабору? Це ж його звичайна робота — видавати кредити! Мовляв, «нічого особистого, це лише бізнес».

Однак сьогодні, понад сімдесят років по тому, як ці слова були написані, запитання викликає зовсім іншу реакцію. За цей час світ змінився, і змінилося право. Сьогодні, коли стрижневими ідеями, які скеровують еволюцію економічного права, є сталий розвиток,[840] соціально відповідальне підприємництво і політики належної обачності бізнесу у сфері прав людини;[841]

---

[839] Ibid., 227.

[840] Resolution A/RES/70/1 adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015 "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development". https://sdgs.un.org/2030agenda.

[841] United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework. New York and Geneva: Publishing Service UN, 2011. 36 pp. Retrieved from: https://www.ohchr.org/sites/default/

коли обов'язок забезпечувати «чистоту ланцюга поставок» (тобто запобігати порушенням прав людини не лише на власному підприємстві, але й на підприємствах, із якими є комерційні зв'язки) культивується міжнародними організаціями[842] і знаходить пряме закріплення в національному законодавстві[843]; коли американський суд розглядає позов до найбільших світових техногігантів (Apple, Microsoft, Tesla, Google, Dell) через те, що вони через багатьох посередників закуповують кобальт, котрий видобувається малолітніми дітьми в небезпечних шахтах,[844] — сьогодні питання про те, чи правозгідно надавати кредити, знаючи, що отримані кошти підтримуватимуть масштабні злочини проти людяності, здається, має отримати рішучу заперечну відповідь.

Трибунал вказав, що такі дії є (тобто *були*) огудними із моральної точки зору, але не з юридичної. Проте за час, що минув звідтоді, моральна настанова еволюціонувала в юридичний обов'язок (або принаймні перебуває у стадії такої еволюції).

Право тепер набагато далекоглядніше, ніж воно було сімдесят років тому: видимий горизонт так званої «віддаленості» шкоди розширяється, а ланцюг юридично значимого причинного зв'язку міцнішає, і вже не рветься щораз, коли в нього «вклинюється» дія третьої особи. За цієї, нової парадигми, межа між «просто бізнесом» і «особистим» вже не здається такою чіткою, як раніше, а питання про те, чи можна кредитувати рабовласника перестає бути риторичним і дістає заперечну відповідь — не тільки з моральної, але і з правової точки зору.

Прикметно, що в уже згадуваній справі «Циклон-Б»[845] сторона обвинувачення взагалі не порушувала питання про намі-

---

files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

[842] European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H., et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain : final report*. Publications Office, 2020. https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830

[843] Modern Slavery Act 2015. Retrieved from: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/ 2015/ 30/contents/enacted

[844] Kelly, A. (2019, December 16). Apple and Google named in US lawsuit over Congolese child cobalt mining deaths. The Guardian. Retrieved from https://www.theguardian.com/global-development/2019/dec/16/apple-and-google-named-in-us-lawsuit-over-congolese-child-cobalt-mining-deaths

[845] *The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others,* Case №. 9 (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).

ри обвинувачених, і те, чи прагнули вони сприяти убивствам громадян союзних держав. Обвинувачення будувалося на самому факті, що обвинувачені, продаючи газ, знали, для чого він буде використаний.

Сторона захисту, серед іншого, зауважувала на тому, що газ постачався для законних цілей (дезінфекція і боротьба з шкідниками). Однак цей аргумент був відхилений з огляду на незвичайно великі (як для таких цілей) обсяги поставок.

У підсумкові процесу було зауважено, що вагомими для суду були три факти: «перше, що громадяни союзних держав були убиті з використанням Циклону-Б; друге, що цей газ постачався компанією Tesch and Stabenow; і третє, що обвинувачені знали, що газ був призначений для убивства людей».

Неважко помітити, що обставини цієї справи напрочуд подібні до обставин справи *Aziz v. Alcolac, Inc.*, у якій ішлося про поставку тіодигліколю для режиму Саддама Хусейна. Рішення, утім, діаметрально протилежні: американський суд відмовив у позові через відсутність у постачальника мети убивати цивільних, а Трибунал взагалі не торкався питання мети постачальника, вважаючи, що обізнаності останнього про спосіб використання газу достатньо.

На користь стандарту знання свідчать не лише матеріали Нюрнберзького трибуналу, але й інших міжнародних кримінальних трибуналів, що були створені пізніше. Серед них — Міжнародний трибунал для колишньої Югославії (ICTY), Міжнародний трибунал щодо Руанди (ICTR) та Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне (SCSL). Усі ці суди застосовують у своїй практиці міжнародне звичаєве право, а їхні висновки спираються на ретельний аналіз масиву попередньої практики подібних трибуналів.

Так, приміром ICTY у справі *Prosecutor v. Furundžija*[846] зазначив:

> «не обов'язково, щоб пособник поділяв *mens rea* виконавця, в розумінні дійсного наміру вчинити злочин. Натомість, ясна вимога у переважній більшості справ — це щоб пособник був обізнаний щодо того, що його дії допоможуть виконавцеві у вчиненні злочину. Це особливо

[846] *Prosecutor v. Furundžija.*

> наочно в усіх справах, де осіб було засуджено за транспортування жертв або злочинців до місця страти. У цих справах обвинувачення не доказувало, що водій віз саме для того, щоб допомогти убивству, тобто що він мав намір убити. Обізнаність про злочинну мету виконавців — ось що робило водія відповідальним як пособника й підбурювача» (§ 245).

Питання про належний стандарт пособництва стало центральним у відносно новій справі, яку розглядав SCSL, — *Prosecutor v. Taylor*.[847] Суд прямо відхилив стандарт мети, і щодо застосовного *mens rea* зауважив таке:

> «Аналіз повоєнної юриспруденції, проведений Апеляційною Палатою, доводить, що згідно зі звичаєвим міжнародним правом, обізнаність обвинуваченого щодо наслідків його дій чи поведінки — тобто свідома участь обвинуваченого у злочинах — це стандарт винуватості *mens rea*, що вимагається для персональної кримінальної відповідальності. ... відповідно до звичаєвого міжнародного права — обізнаність щодо акту участі, поєднана зі свідомим рішенням взяти участь у вчиненні злочину, тягне за собою персональну кримінальну відповідальність. Проєкт Кодексу ILC 1996 року це підтверджує, а стаття 25(3)(c) Римського статуту не є доказом протилежної національної практики» (§ 436).

Таким чином, розкол у практиці американських судів у питанні щодо правильного стандарту *mens rea*, який слід застосовувати при розгляді ATS-справ, зумовлений тим, що американські суди як першоджерело використовують практику міжнародних кримінальних трибуналів. А в цій практиці подеколи можна зустріти протилежні рішення: одні на підтримку стандарту мети, інші — на підтримку стандарту знання. Утім ретельний аналіз цієї практики показує, що саме стандарт знання є переважаючим, і тому саме він має вважатися нормою міжнародного звичаєвого права.

---

[847] *Prosecutor v. Taylor*, Case №. SCSL-03-01-A, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).

## Висновки до розділу 5

У деліктному праві юридично значима причетність повинна включати щонайменше усі ті ролі, які визнаються юридично значимими в кримінальному праві. Спільне заподіяння в контексті статті 1190 ЦК України слід розуміти як таке, що, окрім виконавця, охоплює й організатора, і пособника, і підбурювача делікту. Утім визначення кола причетних (навіть коли шкода завдана внаслідок злочину) для цілей деліктної відповідальності не повинне доконечно визначатися результатами кримінального провадження, адже менш сувора — економічна за природою — деліктна відповідальність повинна мати ширший засяг дії, аніж відповідальність кримінальна.

Вивчення практики застосування Американського Закону про деліктні позови іноземців (Alien Tort Statute, ATS, ATCA) має важливе значення у контексті проблеми відповідальності за шкоду, завдану агресією Російської Федерації проти України, оскільки ця практика демонструє складну взаємодію між деліктним, кримінальним, гуманітарним, міжнародним правом і правами людини.

Оскільки відповідальність за пособництво й підбурювання є загальновизнаною доктриною в міжнародному кримінальному праві, цивільно-правова (деліктна) відповідальність за шкоду, завдану воєнними злочинами і злочинами проти людяності, так само має розповсюджуватися на пособників і підбурювачів відповідних діянь. При цьому зміст пособництва й підбурювання визначається нормами міжнародного права.

Об'єктивна сторона (*actus reus*) пособництва й підбурювання передбачає, що особа (а) надає матеріальну, фізичну допомогу або моральну підтримку вчиненню злочину, і (б) ця допомога чи підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину. При характеристиці об'єктивної сторони пособництва й підбурювання слід виокремлювати лише діяння і причинний зв'язок, оскільки пособництво і підбурювання не має свого, окремого наслідку, а поділяє той же наслідок, який привинюється безпосередньому виконавцеві.

Пособництво й підбурювання (*aiding and abetting*) охоплює дві складові, а саме — пособництво, тобто надання практичної допомоги безпосередньому виконавцеві злочину, і підбурювання, тобто надання моральної підтримки виконавцеві злочи-

ну, зокрема через його заохочення чи спонукання до скоєння злочину або іншим чином зміцнення його рішучості на скоєння злочину.

Істотність впливу на вчинення злочину (делікту) — це оціночна категорія, яка підлягає аналізу на підставі дослідження усіх обставин справи в сукупності. Істотність впливу — це характеристика причинної пов'язаності діянь пособника й підбурювача із діяннями виконавця. Для визнання впливу істотним не вимагається, щоб дії пособника й підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) делікту виконавця. При оцінці істотності впливу належить враховувати, що дії пособника й підбурювача можуть бути пов'язані з діянням виконавця через фізичний та(або) інтенціональний причинний зв'язок. Фізичний причинний зв'язок — пов'язує між собою явища фізичного, матеріального світу. Інтенціональний причинний зв'язок — пов'язує між собою феномени психологічного світу (бажання, імпульси, наміри тощо).

До факторів, які підлягають урахуванню при оцінці істотності впливу, належать: характер дії, якій надається допомога чи сприяння; характер дії, у якій виражається допомога чи сприяння; обсяг і тривалість допомоги чи сприяння; присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; психічне ставлення пособника чи підбурювача.

У контексті масових злочинств, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування причинових внесків, яке унеможливлює ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Це не повинно звільняти пособника і підбурювача від відповідальності за умови, що його причиновий внесок у загальну злочинну діяльність був істотним.

Стосовно суб'єктивної сторони (*mens rea*) пособництва і підбурювання у практиці застосування ATS мав місце розкол позицій: одні суди застосовували стандарт мети, згідно з яким пособник і підбурювач має поділяти мету виконавця, тобто діяти з наміром досягти шкідливого результату, який переслідує сам виконавець; натомість інші суди додержували стандарту знання, згідно з яким пособнику і підбурювачу не обов'язково

поділяти мету виконавця — йому достатньо знати, що дії виконавця, яким він сприяє або до яких він підбурює, є злочинними.

Першоджерелом розбіжності в розумінні суб'єктивної сторони (*mens rea*) пособництва й підбурювання у практиці застосування ATS є міжнародне кримінальне право, нормами якого керуються американські суди, вирішуючи деліктні позови в межах юрисдикції, наданої за ATS. Оскільки зміст міжнародного звичаєвого права підлягає доказуванню шляхом аналізу міжнародної і національної практики, можливими є похибки у визначенні того, який саме підхід є домінуючим, і що слід вважати звичаєм, який має обов'язкову силу. Утім ретельний аналіз практики міжнародних кримінальних трибуналів показує, що саме стандарт знання є переважаючим, і тому саме він має вважатися нормою міжнародного звичаєвого права.

# ВИСНОВКИ

1. Вимога встановлювати причинно-наслідковий зв'язок зумовлена цілями деліктного права. Насамперед вона викликана тим, що деліктне право є інституціоналізацією корективної справедливості, мета якої — відновити *status quo*, порушений протиправною взаємодією між двома сторонами. На цьому рівні причинний зв'язок є ланкою, що сполучає винне діяння і шкоду в єдиний деліктний інцидент і тим самим обґрунтовує адресність заходів деліктної відповідальності. На нижчому, інструментальному рівні вимога причинного зв'язку продиктована метою мінімізації втрат суспільного добробуту через досягнення оптимального балансу між вартістю шкоди і витратами на запобігання шкоді.

2. Конфігурація формули делікту має залежати від підстави атрибуції шкоди. Якщо підставою атрибуції (відповідальності) є вина, то формула включає: винне діяння, шкоду і причинний зв'язок між першим та другим. Якщо підставою атрибуції є особливо небезпечний характер діяльності, то формула має включати: небезпечну діяльність, шкоду і причинний зв'язок між першим та другим. Якщо підставою атрибуції є субститутивна відповідальність (відповідальність за чужі дії у вузькому сенсі), то формула має включати: (а) особливий характер правовідносин між відповідачем і особою, за яку він відповідає, (б) винне діяння особи, за яку відповідач несе відповідальність, (в) шкоду і (г) причинний зв'язок між (а) і (б) та між (б) і (в).

3. Дослідження судом юридично значимого причинного зв'язку для цілей вирішення деліктного позову включає два аспекти: фактологічний і нормативний. Фактологічний аспект передбачає висловлення описового (дескриптивного) судження про те, чи належить діяння відповідача до об'єктивно відстежуваної причинно-наслідкової послідовності, що завершилася завданням шкоди потерпілому. Нормативний аспект передбачає нормативну оцінку зв'язку між поведінкою відповідача і шкодою на предмет того, чи є такий зв'язок достатньо міцним, щоб виправдати покладання відповідальності за завдану шкоду на відповідача.

4. Відправною точкою дослідження причинності є тест «якби не» (*'but for' test*, або в континентальній традиції — *conditio sine qua non*): для установлення причинного зв'язку належить порівняти, що сталося в реальному світі S, для якого характерний певний набір факторів $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5 \ldots c_n\}$, із тим, що сталося б у гіпотетичному світі S', який є точно таким же самим як і реальний світ, за винятком однієї вилученої обставини $c_x$ (тобто $S \setminus S' = \{c_x\}$), котра підлягає перевірці на предмет причинної пов'язаності з наслідком *q*. Якщо в гіпотетичному світі S′ наслідок *q* настає, то причинного зв'язку між $c_x$ і *q* немає. Якщо не настає, то між $c_x$ і *q* є причинний зв'язок.

5. У переважній більшості випадків застосування тесту «якби не» дає результат, що адекватно відображає дійсний стан речей і задовольняє потребам судової практики. Однак оскільки тест «якби не» постулює причинність через поняття необхідної умови, він дає хибно заперечний результат у випадку надлишкової причинності і дублювання шкоди.

6. У випадках надлишкової причинності і дублювання шкоди застосуванню підлягає тест NESS (*necessary element of the sufficient set*, необхідний елемент достатнього набору): у межах множини обставин реального світу $S = \{c_1, c_2, c_3, c_4, c_5, c_6, c_7 \ldots c_n\}$ слід виокремити підмножину U (де $U \subset S$), яка є достатньою для настання певного наслідку (*q*). У такому разі причиною наслідку слід вважати кожну обставину ($c_x$), яка є необхідним елементом достатньої підмножини U. Тобто обставина $c_x$ є причиною, якщо в разі її виключення підмножина U перестає бути достатньою для відповідного наслідку. Тобто $c_x$ є причиною *q*, якщо:

$$c_x \in U, \text{ де } (U \Longrightarrow q) \wedge (\sim((U \setminus c_x) \Longrightarrow q)).$$

Тест NESS допускає, що із множини обставин реального світу можна скомпонувати декілька підмножин, достатніх для настання того або іншого наслідку. Тест NESS дозволяє виправити похибки, які дає тест «якби не» у випадках надлишкової причинності і дублювання шкоди. Тест «якби не» є окремим випадком тесту NESS, так само як теорема Піфагора є окремим випадком теореми косинусів.

7. Надлишкова причинність означає, що мають місце дві обставини, кожна із яких окремо була б достатньою для завдання шкоди. Слід розмежовувати симетричну й асиметричну над-

лишкову причинність. Симетрична означає, що обидві обставини мали місце в реальному світі, а асиметрична — що тільки одна із двох обставин дійсно мала місце в реальному світі, тоді як друга — мала би місце, якби не відбулася перша.

8. При застосуванні тесту NESS до асиметричної надлишкової причинності з обставин реального світу можна скомпонувати тільки одну достатню підмножину, до якої входить випереджаюча причина і не входить випереджена, оскільки згідно із тестом NESS елементами достатньої підмножини можуть бути лише обставини, які дійсно мали місце в реальному світі ($U \subset S$, де U — це достатня підмножина, а S — множина обставин реального світу), однак у реальному випереджена причина не відбулася.

9. У випадку, коли надлишкова причинність викликана двома бездіяльностями, має місце симетрія: для цілей тесту NESS вдається скомпонувати дві достатніх підмножини, у кожній з яких буде одна бездіяльність, яка «мала місце насправді», і одна обставина, якої насправді не було. Цей випадок слід розглядати як приклад симетрично надлишкової причинності, а це означає, що кожна із бездіяльностей має вважатися причиною шкоди.

10. Дублювання шкоди має місце, якщо після завдання шкоди настає нова подія, яка завдає ту ж саму шкоду. При цьому після другої події шкідливий наслідок залишається таким же, як і був до цього, однак якби перша подія не сталася, то цей же наслідок був би викликаний другою подією. У разі повторного пошкодження уже пошкодженого майна проблему належить розглядати через розмежування шкоди і збитків. Оскільки шкода — це негативні зміни в матеріальному світі, а збитки — це грошовий вираз цих негативних змін, то дії другого заподіювача є причиною шкоди, але не є причиною збитків. Відповідно, другого заподіювача не може бути зобов'язано до відшкодування збитків. Однак при дублюванні шкоди життю і здоров'ю слід розрізняти випадки, коли (а) як перша, так і друга причина шкоди є деліктами, і (б) коли друга причина має неделіктну природу. У першому випадку обидва деліквенти мають визнаватися солідарно відповідальними за шкоду, у другому — відповідальність деліквента припиняється із появою другої причини.

11. Нормативний аспект дослідження причинності є аналітичним локусом, у рамках якого відбувається фінальна оцінка

економічних ефектів деліктної відповідальності, пошук того, хто міг запобігти шкоді з найменшими витратами, а також вирішення колізій між двома суб'єктивними правами (коли завдання шкоди потерпілому стає наслідком реалізації заподіювачем його власного права).

12. Нормативний аспект дослідження причинності має будуватися на основі критерію деліктизуючого ризику: відповідальність особи за наслідки власної протиправної поведінки має бути обмежена лише тією шкодою, ризик завдання якої зробив цю поведінку протиправною. В особливо складних справах мають враховуватися також і міркування правової політики. Вони спираються на уявлення про те, яких глобальних соціально-економічних результатів має досягати право, і яким чином вирішення конкретної деліктної справи сприятиме або перешкоджатиме досягненню таких результатів.

13. Значення віддаленості причинного зв'язку (шукане значення $x$, при якому особа відповідає за шкідливий наслідок $B_n$, якщо $n \leq x$) є функцією вини: що тяжче скоєне зло, то більшим є це значення, і то ширше коло наслідків охоплюється діапазоном дії деліктного обов'язку відшкодування.

14. Сам по собі той факт, що проміжною ланкою у причинному ланцюзі між діянням відповідача і шкодою потерпілого є вольове діяння людини (самого потерпілого чи третьої особи) ще не означає, що причинний ланцюг обривається і відповідач перестає бути відповідальним за шкоду. Питання про обривання ланцюга через нове діяння, що втрутилося, підлягає оцінці в кожному окремому випадку на основі усіх значимих обставин справи. Якщо дії особи (потерпілого чи сторонньої третьої особи) були вимушеними і становили закономірну, природню й законну реакцію на ту ситуацію, що склалася внаслідок протиправних дій відповідача, то вони не обривають причинний ланцюг.

15. Надаючи оцінку віддаленості причинного зв'язку між діями (бездіяльністю) оператора онлайн-платформи і шкодою, яку заподіяв користувач цієї платформи, належить ураховувати насамперед ступінь контролю в руках оператора платформи. Для трансакційних платформ такий контроль виражається у впливі на істотні умови трансакцій, що укладаються за допомогою платформи; для медіаплатформ — у можливостях доступної, з огляду на розвиток технологій, контент-модерації. Також слід

ураховувати: сумарну суспільну корисність правомірних використань платформи у порівнянні до суспільної шкідливості протиправних використань платформи; досяжність для позовів безпосередніх заподіювачів шкоди і затратність судових процесів проти них у порівнянні із затратністю процесу проти оператора платформи; а також те, чи є оператор платформи тим суб'єктом, якому попередження шкоди обійдеться найдешевше. Відповідальність оператора онлайн-платформи має наставати також за невжиття проактивних дій в рамках контент-модерації, якщо виявлення незаконного контенту було технічно можливим і його можна було розумно очікувати від розсудливого оператора платформи, що діяв за аналогічних обставин.

16. Нез'ясовна причинність має місце, коли позивач з об'єктивних, не залежних від нього причин, не здатен довести наявність причинного зв'язку відповідно до застосовного у справі стандарту доказування.

17. У контексті доказування причинного зв'язку слід розрізняти суб'єктивну і об'єктивну імовірність. Суб'єктивна імовірність (вірогідність) описує ступінь упевненості в тому, що те або інше твердження є правдивим. Об'єктивна імовірність — це математично обчислюване поняття з теорії імовірності, яке описує властивості об'єктивного світу. Коли жодні інші докази, окрім статистичних, об'єктивно не доступні, і в цьому немає вини позивача — вага статистичних доказів істотно зростає, і суб'єктивна імовірність може наближатися до значення об'єктивної імовірності, на яку вказує статистика. У зв'язку із цим у справах про токсичні делікти для доведення причинного зв'язку може бути використана концепція подвоєння ризику, згідно з якою причинний зв'язок між контактуванням із речовиною і захворюванням слід визнавати доведеним, якщо значення відносного ризику (RR) більше двох, RR > 2.

18. Вирішенням проблеми нез'ясовної причинності має стати запровадження пропорційної відповідальності, яка передбачає, що відповідач повинен відшкодувати шкоду в розмірі, пропорційному до ступеня імовірності того, що його поведінка була дійсною причиною шкоди. Якщо загальний розмір шкоди дорівнює *D*, а ймовірність того, що протиправна поведінка відповідача X була дійсною причиною шкоди, завданої позивачеві, дорівнює *L*, то пропорційна відповідальність означає, що відповідач X зобов'язаний відшкодувати потерпілому

шкоду в розмірі $D \times L$. Пропорційна відповідальність забезпечує інтерналізацію витрат тим, хто провадить шкідливу діяльність, таким чином, що валовий тягар відповідальності цієї особи дорівнює валовому розміру шкоди, завданої її діяльністю. Однак застосування пропорційної відповідальності має бути обмежене з урахуванням значущості порушеного інтересу потерпілого; причин, із яких доведення причинного зв'язку на основі звичайного стандарту є неможливим; характеру відносин між сторонами; доступністю і надійністю даних про імовірність причинного зв'язку між діями відповідача і шкодою.

19. Доктрина втраченого шансу становить собою реконцептуалізацію проблеми нез'ясовної причинності: проблема причинного зв'язку, який неможливо довести на основі застосовного стандарту доказування, вирішується шляхом запровадження нової категорії юридично значимої шкоди у вигляді втрати шансу отримати сприятливий результат.

20. У деліктному праві юридично значима причетність повинна включати щонайменше усі ті ролі, які визнаються юридично значимими у кримінальному праві. При цьому визначення кола зобов'язаних до відшкодування шкоди, завданої злочином, не повинно остаточно визначатися результатами кримінального провадження, оскільки менш сувора — економічна за природою — деліктна відповідальність повинна мати ширший засяг дії, аніж відповідальність кримінальна.

21. Слід розрізняти фізичний та інтенціональний причинний зв'язок: перший пов'язує між собою явища фізичного, матеріального світу, другий — феномени психологічного світу (бажання, імпульси, наміри тощо). Причинний зв'язок часто становить собою переплетення фізичної та інтенціональної причинності.

22. У контексті масових злочинств, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування причинових внесків, яке унеможливлює ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Утім це не повинно звільняти пособника й підбурювача від відповідальності за умови, що його внесок у загальну злочинну діяльність був істотним.

* * *

# СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

## І. Літературні джерела


1. Абакумова Ю. В. (2013). *Теорія співучасті в кримінальному праві України* [Автореф. дис. на здоб. наук. ступеня д-ра юридичних наук : 12.00.08.]. Класичний приватний університет.
2. Багіров, С. Р. (2005). *Причинний зв'язок у злочинах, що вчиняються через необережність* [Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08]. НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького.
3. Баранова, Л. М. (2014). Цивільно-правова відповідальність: поняття, підстава та умови застосування. У В. Я. Тацій, А. П. Гетьман та В. І. Борисова (Ред.), *Проблеми правової відповідальності* (С. 67–81). Харків: Право.
4. Беньківський, В. О. (2015). *Теоретичні і практичні питання причинного зв'язку в кримінальному праві* [Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.08]. Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка.
5. Болотова, Г. Д. (2015). До питання причинного зв'язку у господарських спорах про відшкодування збитків. *Економіка та право*, 2(41), 53–56.
6. Борисова, В.І., Спасибо-Фатєєва, І.В., Яроцький, В.Л. (Ред.). (2011). *Цивільне право: підручник*. Т.1. Харків: Право.
7. Борисова, В.І., Спасибо-Фатєєва, І.В., Яроцький, В.Л. (Ред.). (2011). *Цивільне право: підручник*. Т.2. Харків: Право.
8. Бурлака, І. В. (2016). *Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої без вини*. Харків: Право.
9. Вавженчук, С. Я. та Довгопол, В. (2011). Межі розуміння юридичної природи причинного зв'язку в цивільному праві. *Підприємництво, господарство і право*, 2, 13–15.
10. Генеральна конференція Міжнародної організації праці (1986). Рекомендація щодо охорони праці при використанні азбесту № 172.
11. Гринько С. Д. (2012). Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція. Хмельницький : Хмельниц. ун-т упр. та права.
12. Гринько С. Д. (2012). Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. НАПрН України, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва.
13. Гринько, С. Д. (2010). Причинно-наслідковий зв'язок як об'єктивна умова виникнення деліктних зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*, 2, 66–78.
14. Громадська організація «Інститут Київська Школа Економіки» (Липень, 2023). Звіт про прямі збитки інфраструктури та непрямі втрати економіки від руйнувань внаслідок військової агресії Росії проти України станом на червень 2023 року. Київська школа економіки. https://kse.ua/wp-content/uploads/2023/09/June_Damages_UKR_-Report.pdf
15. Дзера, О. В., Кузнєцова, Н. С., & Луць, В. В. (Ред.). (2008). Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. (Т. 2). Київ: Юрінком Інтер.
16. Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі

правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») від 8 червня 2000 року.
17. Дністрянський, С. (2013). Полагода шкоди з огляду економічного і соціяльного. У М. Цимбалюк (Ред.), *Антологія правничої думки в Галичині* (1889–1900) (Т. 1, С. 75–158). Львів.
18. Донська, Л. Д. (2006). *Причинний зв'язок у цивільному праві України* [Дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.03]. Одеська нац. юрид. академія.
19. Жаровська, Г. П. (2004). *Співучасть у злочині за кримінальним правом України* [Дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.08]. НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького.
20. Канзафарова І. С. (2007). Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького.
21. Карнаух, Б. (2019). Причинний зв'язок у деліктному праві: концепція novus actus interveniens. *Підприємництво, господарство і право*, 9(283), 11–15.
22. Карнаух, Б. (2019). Причинний зв'язок у деліктному праві: рефлексія над тестом «якби не». *Проблеми законності*, 147, 75–84.
23. Карнаух, Б. (2019). Причинний зв'язок як умова деліктної відповідальності в практиці Європейського суду з прав людини: справи про порушення процедурних гарантій. *Проблеми законності*, 145, 68–79.
24. Карнаух, Б. (2020). Деліктна відповідальність згідно з часткою на ринку. *Економічна теорія та право*, 3(42), 49–63.
25. Карнаух, Б. (2020). Дублювання шкоди в деліктному праві. *Проблеми законності*, 151, 31–41.
26. Карнаух, Б. (2020). Надлишкова причинність у деліктному праві. *Проблеми законності*, 150, 67–77.
27. Карнаух, Б. (2020). Нез'ясовна причинність: дилема двох мисливців. *Проблеми законності*, 149, 49–61.
28. Карнаух, Б. (2021). Деліктна відповідальність органів публічної влади за Цивільним кодексом України. *Підприємництво, господарство і право*, 3, 19–24.
29. Карнаух, Б. (2023). Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. *Проблеми законності*, 160, 212–229.
30. Карнаух, Б. П. (2012). Генеральний делікт vs. делікт необережності: ми не такі різні, як заведено вважати. *Порівняльно-правові дослідження*, 1/2, 229–236.
31. Карнаух, Б. П. (2013) *Вина як умова цивільно-правової відповідальності* [Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03]. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.
32. Карнаух, Б. П. (2014). *Вина як умова цивільно-правової відповідальності: монографія*. Харків: Право.
33. Карнаух, Б. П. (2020). Апорія «якби не». *Економічна теорія та право*, 4(43), 118–131.
34. Карнаух, Б. П. (2020). Відшкодування шкоди, завданої іншою особою (стаття 1172 Цивільного кодексу України). *Підприємництво, господарство і право*, 11, 29–33.
35. Карнаух, Б. П. (2021). Доктрина втраченого шансу в англійському праві: у пошуках виправдання диференційованого підходу. *Економічна теорія та право*, 2(45), 114–129.

36. Карнаух, Б. П. (2021). Доктрина втраченого шансу у практиці американських судів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*, *Вип.* 65, 112–117.
37. Карнаух, Б. П. (2021). Умови деліктної відповідальності: переосмислення на часі. У *На шляху до європейського приватного права: збірник матеріалів XI Міжнародного цивілістичного форуму* (С. 142–147). Київ: Київський регіональний центр НАПрН України.
38. Карнаух, Б. П. (2022). Співучасть у делікті, або що слід розуміти під завданням шкоди «спільними діями або бездіяльністю». *Нове українське право*, *2*, 44–52.
39. Карнаух, Б. П. (2023). Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців. *Проблеми законності*, *162*, 279–296.
40. Карнаух, Б. П. (2024). Яка шкода є «прямим» наслідком війни: практика Компенсаційної комісії ООН. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*, *132*(1), 23–36.
41. Ківалова Т. С. (2008). *Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми* [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. Одеська національна юридична академія.
42. Конвенція про охорону праці при використанні азбесту № 162.
43. Матвєєв, Г. К. (2008). Підстави цивільно-правової відповідальності. У *Вибране* (с. 20–263). Київ: Україна.
44. Міністерство соціальної політики України (б.д.). *Внутрішньо переміщені особи.* Офіційний сайт Міністерства соціальної політики України. https://www.msp.gov.ua/timeline/Vnutrishno-peremishcheni-osobi.html
45. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 05.06.2023 № 1013 «Про затвердження Державних санітарних норм і правил "Про безпеку і захист працівників від шкідливого впливу азбесту та матеріалів і виробів, що містять азбест"».
46. Орловський, Р. С. (2019). *Інститут співучасті в кримінальному праві України* [Дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08]. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.
47. Отраднова, О. О. (2007). Неправомірна поведінка як умова відшкодування недоговірної шкоди в цивільному праві України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*, *2*(64), 45–50.
48. Отраднова, О. О. (2014). *Механізм цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань* [Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03]. Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка.
49. Отраднова, О. О. (2014). *Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань: монографія.* Київ: Юрінком Інтер.
50. Пендяга, А. Л. (2011). Значення причинного зв'язку як підстави цивільно-правової відповідальності. *Економіка, фінанси, право*, 4, 34–36.
51. Пільков, К. (4 листопада 2019). Стандарт доказування як складова забезпечення права на справедливий суд. *Судова влада України.* URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/816559/
52. Примак, В. (2014). Причинно-наслідковий зв'язок як умова відшкодування моральної шкоди крізь призму вимог справедливості, розумності й добросовісності. *Юридична Україна*, 1, 25-30.

53. Примак, В.Д. (2015). *Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України* [Дис... доктора юрид. наук: 12.00.03]. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака.
54. Спасибо-Фатєєва, І. В. (Ред.). (2010). Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар: У 12 т. (Т. 1: Загальні положення). Харків: ФОП Колісник А. А.
55. Спасибо-Фатєєва, І. В. (Ред.). (2024). Цивільне право України: Підручник. Частина загальна. Харків: ECUS.
56. Сташис, В. В., Тацій, В. Я. (Ред.). (2010). Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник (4-те вид., переробл. і доповн.). Харків: Право.
57. Тимошенко, Д. В. (2016). *Причинно-наслідковий зв'язок у трудовому праві* [Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05]. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого.
58. Тимчук, О. Л. (2005). *Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони складу злочину* [Дис... канд. юрид. наук: 12.00.08]. Гуманітарний ун-т «Запорізький ін-т держ. та муніципального управління».
59. Україна: захист цивільних осіб у збройному конфлікті. Оновлення, липень 2024. Управління Верховного комісара ООН з прав людини. https://ukraine.un.org/sites/default/files/2024-08/Ukraine%20-%20protection%20of%20civilians%20in%20armed%20conflict%20%28July%202024%29_UKR.pdf
60. Україна. Швидка оцінка завданої шкоди та потреб на відновлення. Лютий 2022 – лютий 2023. Світовий Банк, Уряд України, Європейський Союз, Організація Об'єднаних Націй. Березень 2023. https://documents1.worldbank.org/curated/en/099062823034041908/pdf/P18017401fe8430010af21016afb4ebc8c4.pdf
61. Чернілевська, О. І. (2017). *Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами* [Дис... канд. юрид. наук : 12.00.03]. Львів. нац. ун-т ім. І. Франка.
62. Шевченко, Я. Н. (1976). *Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних*. Киев : Наук. думка.
63. Ярмиш, Н. М. (2003). *Теоретичні проблеми причинно-наслідкового зв'язку в кримінальному праві (філософсько-правовий аналіз)* [Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08]. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого.
64. Aber, S. (2020, July). *Legal realism: An LPE reading list and introduction*. *LPE-project.org*. Retrieved August 12, 2024, from https://lpeproject.org/wp-content/uploads/2020/07/Legal-Realism-Primer.pdf
65. Acewes, A. J. (2007). *The anatomy of torture: A documentary history of Filartiga v. Pena-Irala*. Leiden: Brill NV.
66. Acs, Z., Song, A. K., Szerb, L., Audretsch, D. B., & Komlósi, É. (2021). The evolution of the global digital platform economy: 1971–2021. *Small Business Economics*, 57(4), 1629–1659.
67. Alexander, L. A. (1987). Causation and corrective justice: Does tort law make sense? *Law and Philosophy*, 6(1), 1–23.
68. Allen, R. J., & Smiciklas, C. K. (2022). The law's aversion to naked statistics and other mistakes. *Legal Theory*, 28(3), 179–209.
69. Altholz, R. (2014). Chronicle of a death foretold: The future of U.S. human rights litigation post-Kiobel. *California Law Review*, 102(6), 1495–1552.
70. American Law Institute. (1965). *Restatement of the Law, Second, Torts 2d* (Rev. & enl.). St. Paul, Minn: American Law Institute Publishers.
71. American Law Institute. (2020). *Restatement of the Law Third, Torts, Liability*

*for Physical and Emotional Harm*. American Law Institute.
72. Aristotle, & Rowe, C. (2020). *Nicomachean ethics* (S. Broadie, Ed.). Oxford University Press.
73. Aristova E. & Grusic U. (Eds.) (2022). *Civil remedies and human rights in flux: Key legal developments in selected jurisdictions*. Oxford, London, New-York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing.
74. Aristova E. and O'Regan C. (Eds). (2022). *Civil Liability for Human Rights Violations: A Handbook for Practitioners* (Bonavero Institute for Human Rights). Retrieved from: https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:1f7f5596-aed4-431c-a757-886f6b56e0d3/download_file?file_format=pdf&hyrax_fileset_id=s2f75r9356&safe_filename=CivilLiabillityHumanRightsViolations-full-Oct2022.pdf&type_of_work=Book
75. Arons, S. (2022, June 21). Ukraine reconstruction may cost $1.1 trillion, EIB head says. *Bloomberg*. Retrieved from https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-06-21/ukraine-reconstruction-may-cost-1-1-trillion-eib-head-says?leadSource=uverify%252525252525252520wall
76. Askeland, B. (2015). Basic questions of tort law from a Norwegian perspective. In H. Koziol (Ed.), *Basic questions of tort law from a comparative perspective* (pp. 99–161). Jan Sramek Verlag KG Wien.
77. Bambauer, J. R., & Bambauer, D. E. (2017). Information libertarianism. *California Law Review*, 105(2), 335–394.
78. Basu, K. (2020). A brief history of law and economics. In *The Republic of Beliefs* (pp. 14–37). Princeton University Press.
79. Bear, A., & Knobe, J. (2017). Normality: Part descriptive, part prescriptive. *Cognition*, 167, 25–35.
80. Beavers, E. (2021). War Crimes, Inc.: The ATS case against the U.S. weapons industry for aiding and abetting atrocities in Yemen. *Florida Journal of International Law*, 31(2), 179–210.
81. Becht, A. C., & Miller, F. W. (1961). The test of factual causation in negligence and strict liability cases. *Washington University*, 95–98.
82. Beever, A. (2005). Gregg v. Scott and loss of a chance. *University of Queensland Law Journal*, 24(1), 201–212.
83. Bell, R. S. (1987). Decision theory and due process: A critique of the Supreme Court's lawmaking for burdens of proof. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 78, 557–585.
84. Birck, L. V. (1922). *The theory of marginal value*. London: New York.
85. BMZ. (1995). Asbestos. In *Environmental handbook: Documentation on monitoring and evaluating environmental impacts* (Vol. III: Compendium of Environmental Standards). Vieweg. Available at: http://wgbis.ces.iisc.ernet.in/energy/HC270799/HDL/ENV/enven/vol313.htm
86. Bogovski, P., Timbrell, V., Gilson, J. C., et al. (Eds.). (1973). *Biological effects of asbestos*. IARC, Lyon.
87. Boré, J. (1974). L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *La Semaine Juridique. Doctrine, Paris*, 49, 2620.
88. Borghetti, J.-S. (2008). La réparation de la perte d'une chance en droit suisse et en droit français. *European Review of Private Law*, 6, 1072–1082.
89. Borghetti, J.-S. (2021). Liability for not preventing harm in France. *Journal of European Tort Law*, 12(2), 146–161.
90. Borrowdale, A. (1983). Taking Account of Vicissitudes in the Assessment of

Damages: An Anglo-Australian Perspective. *The International and Comparative Law Quarterly*, 32(3), 651–666.
91. Borysova, V. I., & Karnaukh, B. P. (2021). Standard of proof in common law: Mathematical explication and probative value of statistical data. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(2), 171–180.
92. Bradley, C. A. (2014). The ATS, the TVPA, and the future of international human rights litigation. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 108, 145–147.
93. Bradley, C. A., Goldsmith, J. L., & Moore, D. H. (2007). Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie. *Harvard Law Review*, 120(4), 869–936.
94. Brahams, D. (1995). Clarification of the 'Eggshell Skull' doctrine. *The Lancet (British Edition)*, 345(8962), 1430.
95. Braun, A. (2011). Trusts in the Draft common frame of reference: The 'best solution' for Europe? *Cambridge Law Journal*, 70(2), 327–352.
96. Brennan, A. (2020, August 5). Necessary and sufficient conditions. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/necessary-sufficient/
97. Brinkmann, M. (2004). The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *Uniform Law Review*, 9, 875–891.
98. Brożek, B., Vincent, N.A. and Hage, J. C. (Eds). (2021). *Law and Mind : A Survey of Law and the Cognitive Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press.
99. Buhmann, K., & Olivera, R. (2020). Human rights and social media platforms: The corporate responsibility to respect human rights in regard to privacy infringements involving photo posting. *Australian Journal of Human Rights*, 26(1), 124–141.
100. Burrows, A. (2011). Comparing compensatory damages in tort and contract: Some problematic issues. In S. Degeling, J. Edelman, & J. Goudkamp (Eds.), *Torts in commercial law* (pp. 367–390). Law Book Co.
101. Butler, H. N., & Klick, J. (Eds.). (2018). *History of law and economics*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., Inc.
102. Bydlinski, F. (2011). Methodological approaches to the tort law of the ECHR. In A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol, & E. Steiner (Eds.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights* (pp. 29–128). Berlin: De Gruyter.
103. Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, 70(4), 499–553.
104. Calabresi, G. (1970). *The costs of accidents: A legal and economic analysis*. Yale University Press.
105. Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review*, 43(1), 69–108.
106. California Civil Jury Instructions. https://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/
107. Cane, P. (1999). A Warning about Causation. *Law Quarterly Review, vol. 115*, pp. 21–27.
108. Carrington, P. D. (2007). Asbestos lessons: The consequences of asbestos litigation. *The Review of Litigation*, 26(3), 583–612.
109. Cassel, D. (2008). Corporate aiding and abetting of human rights violations: Confusion in the courts. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(2), 304–326.

110. Cheng, E. K. (2013). Reconceptualizing the burden of proof. *The Yale Law Journal*, *122*, 1254–1279.
111. Christensen, D., & Hausman, D. K. (2016). Measuring the Economic Effect of Alien Tort Statute Liability. *Journal of Law, Economics, & Organization*, *32*(4), 794–815.
112. Civil liability for human rights violations. *University of OXFORD. Faculty of Law*. https://www.law.ox.ac.uk/civil-liability-for-human-rights-violations/civil-liability-human-rights-violations
113. Clarifying "Kiobel's" "touch and concern" test. (2017). *Harvard Law Review*, *130*(7), 1902–1923.
114. Clark, T., & Nolan, D. (2014). A Critique of Chester v Afshar. *Oxford Journal of Legal Studies*, *34*(4), 659-692.
115. Clermont, K.M. (2009). Standards of proof revisited. *Vermont Law Review*, *33*, 469-487.
116. Clermont, K.M., & Sherwin, E. (2002). Comparative view of standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, *50*, 243–275.
117. Coady, D. (2002). Testing for Causation in Tort Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, *27*(2), 83–95.
118. Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, *3*, 1–44.
119. Coleman, J. L., & Coleman, J. (2003). *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford University Press.
120. Collier, R. (2010). Masculinities, law, and personal life: Towards a new framework for understanding men, law, and gender. *Harvard Journal of Law & Gender*, *33*, 431–477.
121. Combs, N. I. (2019). Civil aiding and abetting liability. *Vanderbilt Law Review*, *58*, 241–300.
122. Compensation for business losses resulting from Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait where the trade embargo and related measures were also a cause : decision S/AC.26/1992/15 taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission at its 31st meeting, held in Geneva on 18 December 1992. URL: https://digitallibrary.un.org/record/163113?ln=es
123. Conn, L. (2018). Introductory note to *Jesner v. Arab Bank* (U.S. Sup. Ct.). *International Legal Materials*, *57*(4), 628–670.
124. Cox, T. (2017). Uncertain causation, regulation, and the courts. *Supreme Court Economic Review*, *24*(1), 197–254.
125. Dalcq, R. O. (1962). *Traité de la responsabilité civile. 2 : Le lien de causalité, le dommage et sa réparation*. Larcier.
126. Damaška, M. R. (1997). *Evidence law adrift*. Yale University Press.
127. Damorn, E.H. (2006). Reviving the Market for Liability Theories: The Commingled Product Theory of Market Share Liability Enters the Judicial Lexicon. *Pennsylvania State Law Review*, *111*, 505–525.
128. Danzig, R. (1987). *The capability problem in contract law: Further readings on well-known cases (*1978). Foundation Press.
129. Dasgupta, M. (2017). Impact of peer group in the development and construction of masculinity. *International Journal of Interdisciplinary and Multidisciplinary Studies*, *4*, 192–197.
130. De Raedt, Q. (2013). Loss of chance in medical malpractice: A double application. *Journal of European Tort Law*, *4*(3), 314–327.
131. Denton, F. E. (1991). The Case Against a Duty to Rescue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, *4*(1), 101–132.

132. Des, R. (2010/11). «Loss of chance» in medical negligence rejected in Australia: Implications for Irish tort law. *Quarterly Review of Tort Law*, 4(1), 1–4.
133. Devolder, B. (Ed.). (2019). *The platform economy: Unravelling the legal status of online intermediaries*. Cambridge, England: Intersentia.
134. Dias, R. W. M. (1962). Negligence—Remoteness—The Wagon Mound Rule. *Cambridge Law Journal*, 20(1), 20–23.
135. Diaz, J. (2017, July 22). *'Trial of the century' legacy: How O.J. Simpson case changed US*. San Francisco Chronicle. https://www.sfchronicle.com/opinion/diaz/article/Trial-of-the-century-legacy-How-O-J-11306325.php
136. Diethylstilbestrol. DES. Journal of DES Daughter. https://diethylstilbestrol.co.uk.
137. Directive 2009/148/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the protection of workers from the risks related to exposure to asbestos at work. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009L0148
138. Dowd, N. E. (2008). Masculinities and feminist legal theory. *Wisconsin Journal of Law, Gender & Society*, 23, 201–248.
139. Drimmer, J. C., & Lamoree, S. R. (2011). Think globally, sue locally: Trends and out-of-court tactics in transnational tort actions. *Berkeley Journal of International Law*, 29, 456–527.
140. Ebke, W.F. (1999). Market Share Liability. *Journal of South African Law (Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg)*, 4, 665.
141. Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H. C., Jansen, N., Wagner, G., & Zimmermann, R. (2008). The Common Frame of Reference for European private law—Policy choices and codification problems. *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(4), 659–708.
142. Ellebrecht, N. (2022). (No) duty to rescue: Arguments and legal consequences. *Médecine de Catastrophe, Urgences Collectives*, 6(4), 233–235.
143. Engel, C. (2009). Preponderance of the evidence versus intime conviction: A behavioral perspective on a conflict between american and continental european law. *Vermont Law Review*, 33, 435–467.
144. Englard, I. (2009). *Corrective and distributive justice : from Aristotle to modern times*. Oxford University Press.
145. Englard, I. (2015). The problem of uncertain factual causation in Israeli tort law. *Journal of European Tort Law*, 6(1), 1–23.
146. Ertz, M. (Ed.). (2021). *Handbook of research on the platform economy and the evolution of e-commerce*. IGI Global, Business Science Reference.
147. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H., et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain : final report*. Publications Office, 2020.
148. European Group on Tort Law. (n.d.). *Principles of European Tort Law* (PETL). Retrieved November 11, 2024, from http://www.egtl.org/docs/PETL.pdf
149. Expert Report on Remedies and Redress Mechanisms for War-Affected Individuals in Ukraine. November 2023. Retrieved from: https://rm.coe.int/council-of-europe-expert-report-on-national-remedies-in-ukraine-2775-2/1680adebf5
150. Fenyves, A., & Berka, W. (2011). *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights* (1st ed.). De Gruyter.
151. Ferot, A. (2013). The theory of loss of chance: Between reticence and acceptance. *FIU Law Review*, 8(4), 591–625.
152. Ferreira, R. C. (2013). The loss of chance in civil law countries: A comparative and critical analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*,

20, 56–74.
153. Filatova-Bilous, N. (2021). Once again platform liability: On the edge of the «Uber» and «Airbnb» cases. *Internet Policy Review*, 10(2), 1–27.
154. Fischer, D.A. (1999). Successive causes and the enigma of duplicated harm. *Tennessee Law Review*, 66, 1127–1166.
155. Fleming, J. G. (1983). *The law of torts* (6th ed.). Law Book Co.
156. Fordham, M., (2005). Loss of Chance – A Lost Opportunity? Gregg v. Scott. *Singapore Journal of Legal Studies, July* 2005, 204–217.
157. Fox, G. H., & Goze, Y. (2013). International human rights litigation after *Kiobel*. *Michigan Bar Journal*, 92, 44–47.
158. Fox, M. B. (2002). Imposing liability for losses from aggressive war: An economic analysis of the UN Compensation Commission. *European Journal of International Law*, 13(1), 201–221.
159. Freeland, M. (2005). Introduction: Comparative and international law in the courts. In G. Canivet, M. Andenas, & D. Fairgrieve (Eds.), *Comparative law before the courts*. London: BIICL.
160. Fuchs, C. (2022). *Digital capitalism* (1st ed.). Routledge.
161. Fuks, Igor (2006). Sosa v. Alvarez-Machain and the Future of Atca Litigation: Examining Bonded Labor Claims and Corporate Liability. *Columbia Law Review*, 106(1), 112–143.
162. G'Sell-Macrez, F. (2005). *Recherches sur la notion de causalité* [Research on the notion of causality]. Paris. https://www.academia.edu/36012788/RECHERCHES_SUR_LA_NOTION_DE_CAUSALITE
163. G'Sell-Macrez, F. (2011). Medical malpractice and compensation in France, Part I: The French rules of medical liability since the Patients' Rights Law of March 4, 2002. *Chicago-Kent Law Review*, 86(4), 1093–1123.
164. Garfield, J. (2005). Chester *v.* Afshar. A surgeon's view. *British Journal of Neurosurgery*, 19(2), 120–121.
165. Geddes, K. (2019). Legal Fictions and Foreign Frictions: An Argument for a Functional Interpretation of *Jesner v Arab Bank* or Transnational Corporations. *The University of Chicago Law Review*, 86(8), 2193–2242.
166. Geistfeld, M. A. (2006). The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability. *University of Pennsylvania Law Review*, 155(2), 447–500.
167. Gerber, A. (1992). Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. In *Institut Suisse de Droit Comparé (Ed.), Perméabilité des ordres juridiques* (pp. 141–163). Zürich: Schulthess.
168. Gibson, R. D. (1963). The Wagon Mound in Canadian Courts. *Osgoode Hall Law Journal*, 2(4), 416–436.
169. Giegerich, T. (2014). Demise of a 'Legal Lohengrin'?: An International Lawyer's Question Mark over *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. In J. Delbrück, U. Heinz, K. Odendahl, N. Matz-Lück, & A. von Arnauld (Eds.), *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to International Law: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht* (Vol. 187, pp. 335–368). Duncker & Humblot GmbH.
170. Gifford, D.G., & Pasicolan, P. (2006). Market Share Liability Beyond DES Cases: The Solution to the Causation Dilemma in Lead Paint Litigation. *South Carolina Law Review*, 58, 115–159.
171. Gilbert, J. (2012). Corporate Accountability and Indigenous Peoples: Prospects and Limitations of the US Alien Tort Claims Act. *International Journal on Minority and Group Rights*, 19(1), 25–52.
172. Giliberti, F.J. (1999). Emerging Trends for Products Liability: Market Share Liability, Its History and Future. *Touro Law Review*, 15, 725–734.

173. Giliker, P. (2021). Is there a Duty to Prevent Harm in Tort? A Common Law Perspective. *Journal of European Tort Law*, 12(2), 116–145.
174. Gilles, S. G. (2001). On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 813–861.
175. Gold, S. (1986). Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence. *The Yale Law Journal*, 96(2), 376–402.
176. Goldberg, R. (1999). *Causation and risk in the law of torts: Scientific evidence and medicinal product liability*. Oxford: Hart.
177. Graziano, T. K. (2023). The purposes of tort law. *Journal of European Tort Law*, 14(1), 23–41.
178. Green, L. (1927). *Rationale of proximate cause*. Kansas City: Vernon Law Book Co.
179. Green, L. (1962). The causal relation issue in negligence law. *Michigan Law Review*, 60(5), 569.
180. Greer, B.T. (2007). Market share liability shouldn't die: Proposed application to agricultural pesticides and the need to refine the apportionment of liability. *San Joaquin Agricultural Law Review*, 17, 85–108.
181. Gregory, C. O. (1938). Proximate cause in negligence: A retreat from 'rationalization.' *The University of Chicago Law Review*, 6(1), 36–61.
182. Grubb, A. (2002). Clinical negligence: Informed consent and causation: Chester v. Afshar. *Medical Law Review*, 10(3), 322–326.
183. Guest, L., Schap, D., & Tran, T. (2015). The loss of chance rule as a special category of damages in medical malpractice: A state-by-state analysis. *Journal of Legal Economics*, 21, 53–107.
184. Hart, H. L. A., & Honoré, T. (1985). *Causation in the law* (2nd ed.). Oxford University Press.
185. Hathaway, O. A., Haviland, A. A., Kethireddy, S. R., & Yamamoto, A. T. (2020). Aiding and abetting in international criminal law. *Cornell Law Review*, 104, 1630–1641.
186. Hill, T. (1991). A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords. *The Modern Law Review*, 54(4), 511–523.
187. Holmes, O. W. (1881). *The common law*. Little, Brown.
188. Honore, A. M., & Keeton, R. E. (1964). Legal cause in the law of torts. *Harvard Law Review*, 77(4), 595–600.
189. Honore, T. (1995). Necessary and sufficient conditions in tort law. In D. G. Owen (Ed.), *Philosophical foundations of tort law* (pp. 363–385). Oxford University Press.
190. Honore, T. (1999). Medical non-disclosure, causation and risk: Chappel v. Hart. *Torts Law Journal*, 7(1), 1–8.
191. Horowitz, E. J. (1992). Clarifying causation: Demise of the 'proximate cause' instruction. *Trial*, 28(11), 79–81.
192. Hutchens, K. (2008). International law in the American courts – Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.: The decision heard 'round the corporate world. *German Law Journal*, 9(5), 639–682. https://doi.org/10.1017/S2071832200000055
193. Hylton, K. N. (2014). Information and causation in tort law: Generalizing the Learned Hand test for causation cases. *Journal of Tort Law*, 7(1), 35–64.
194. Infantino, M., & Zervogianni, E. (Eds.). (2017). *Causation in European tort law*. Cambridge University Press.
195. Jansen, N., & Zimmermann, R. (2010). 'A European civil code in all but name': Discussing the nature and purposes of the draft common frame of refer-

ence. *Cambridge Law Journal*, 69(1), 98–112.
196. Jędrzejowska-Schiffauer, I., & Szoszkiewicz, Ł. (2023). Digital platforms and the right to just and favorable conditions of work: A business and human rights perspective. *The Law & Ethics of Human Rights*, 17(2), 205–226.
197. Jha, S. (2016). 'Wrongful birth' following failed sterilisation. *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 123(10), 1683.
198. Johnson, E. A. (2021). Dividing risks: Toward a determinate test of proximate cause. *University of Illinois Law Review*, 2021(3), 925-982.
199. Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. (1998). A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50, 1471–1550.
200. Jolowicz, J. A. (1961). The Wagon Mound—A further comment. *Cambridge Law Journal*, 19(1), 30–33.
201. Jones, M. A. (1996). *Textbook on torts* (5th ed.). Blackstone Press Ltd.
202. Jorgensen, R. F. (2017). What platforms mean when they talk about human rights. *Policy and Internet*, 9(3), 280–296.
203. Jørgensen, R. F. (Ed.). (2019). *Human rights in the age of platforms*. The MIT Press.
204. Jørgensen, R. F., & Zuleta, L. (2020). Private governance of freedom of expression on social media platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards. *Nordicom Review*, 41(1), 51–67.
205. Jurecic, Q., & Pompilio, K. (2023, November 27). What the Omegle shutdown means for Section 230. *Lawfare*. https://www.lawfaremedia.org/article/what-the-omegle-shutdown-means-for-section-230
206. Kadner Graziano, T. (2007). Entwicklungstendenzen im schweizerischen ausservertraglichen Haftungs- und Schadensrecht. In P. Jung (Ed.), *Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht* (p. 1, no. 3). Schulthess.
207. Kadner Graziano, T. (2018). Is it legitimate and beneficial for judges to compare? In *Comparative tort law* (1st ed., pp. 19–45). Routledge.
208. Kadner Graziano, T. M. (2007). The "loss of a chance" in European private law – "All or nothing" or partial compensation in cases of uncertain causation. In L. Tichy (Ed.), *Causation in law* (pp. 124–127). Univerzita Carlova.
209. Kaplan, J. (1968). Decision Theory and the Factfinding Process. *Stanford Law Review*, 20(6), 1073.
210. Kaplow, L., & Shavell, S. (2021). *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press.
211. Karnaukh, B. (2020). Finding causal connection between asbestos and mesothelioma in UK tort law. *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 29(1), 77–94.
212. Karnaukh, B. (2021). Standards of proof: A comparative overview from the Ukrainian perspective. *Access to Justice in Eastern Europe*, 2(10), 25–43.
213. Karnaukh, B. (2022). Territorial tort exception? The Ukrainian Supreme Court held that the Russian Federation could not plead immunity with regard to tort claims brought by the victims of the Russia-Ukraine war. *Access to Justice in Eastern Europe*, 3(15), 165–177.
214. Karnaukh, B. (2022). Ukraine: The untapped potential of tort law. In E. Aristova & U. Grusic (Eds.), *Civil remedies and human rights in flux: Key legal developments in selected jurisdictions* (pp. 331–351). Hart Publishing.
215. Karnaukh, B. (2024). Scope of platform operator's liability: Three categories of cases. *Visegrad Journal on Human Rights*, 3, 73–81. https://journal-vjhr.sk/wp-content/uploads/2024/09/Visegrad-3_2024.pdf
216. Karnaukh, B. P., & Shymko, A. R. (2020). Side effects of diethylstilbestrol (DES) from the perspective of tort law. *Wiadomości Lekarskie*, 73(12), 2946–2950.

217. Karnaukh, B., & Khutor, T. (2024). Evidentiary standards of the UN Compensation Commission: Takeaways for Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*, 7(3), 1–24.
218. Kaye, D. H. (1987). Apples and oranges: Confidence coefficients and the burden of persuasion. *Cornell Law Review*, 73, 54–77.
219. Kaye, D. H. (1999). Clarifying the burden of persuasion: What Bayesian decision rules do and do not do. *International Journal of Evidence and Proof*, 3(1), 1–28.
220. Keeton, R. E. (1963). *Legal cause in the law of torts*. Columbus: Ohio State University Press.
221. Kelley, P. J. (1991). Proximate cause in negligence law: History, theory, and the present darkness. *Washington University Law Review*, 69(1), 49–105.
222. Kellner, M., & Durant, I. C. (2011). Causation. In A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol, & E. Steiner (Eds.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights* (pp. 449–500). Berlin: De Gruyter.
223. Kelly, A. (2019, December 16). Apple and Google named in US lawsuit over Congolese child cobalt mining deaths. *The Guardian*. Retrieved from https://www.theguardian.com/global-development/2019/dec/16/apple-and-google-named-in-us-lawsuit-over-congolese-child-cobalt-mining-deaths
224. Keren-Paz, T. (2023). *Egalitarian digital privacy: Image-based abuse and beyond*. Bristol, UK: Bristol University Press.
225. Khakurel, S. (2018). The circuit split on mens rea for aiding and abetting liability under the Alien Tort Statute. *Boston College Law Review*, 59, 2978–2979.
226. Khoury, L. (2005). Chester v. Afshar: Stepping Further Away From Causation? *Singapore Journal of Legal Studies*, 246–260.
227. Khoury, L. (2006). *Uncertain causation in medical liability*. Oxford; Hart.
228. Kim, J. (2013). Revisiting the Learned Hand formula and economic analysis of negligence. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 169(3), 407–432.
229. King, J. H. (1981). Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, 90(6), 1353–1397.
230. Knetsch, J. (2023). Should wrongfulness be required or is fault enough? Arts 1:101, 4:101 ff PETL. *Journal of European Tort Law*, 14(1), 73–88.
231. Knobe, J., & Shapiro, S. (2021). Proximate cause explained: An essay in experimental jurisprudence. *The University of Chicago Law Review*, 88(1), 165–236.
232. Knutsen, E. S. (2010). Clarifying causation in tort. *Dalhousie Law Journal*, 33, 153–190.
233. Kobrin, S. (2003). Oil and politics: Talisman Energy and Sudan. *New York University Journal of International Law & Politics*, 36, 425–456.
234. Kobyasheva, A. (2014). Using epidemiological evidence in tort law: A practical guide. *Professional Negligence*, 30, 124–143.
235. Koch, B. A. (2005). The 'European Group on Tort Law' and its 'Principles of European Tort Law.' *The American Journal of Comparative Law*, 53(1), 189–205.
236. Koch, S. R. (2010). Whose Loss is It Anyway - Effects of the "Lost-Chance" Doctrine on Civil Litigation and Medical Malpractice Insurance. *North Carolina Law Review*, 88, 595–63.
237. Kohutis, E. A., & McCall, S. (2020). The eggshell and crumbling skull plaintiff: Psychological and legal considerations for assessment. *Psychological Injury and Law*, 13(4), 354–369.
238. Kokott, J. (1998). *The burden of proof in comparative and international human rights law: Civil and common law approaches with special reference to the American and German legal systems*. Kluwer Law International.

239. Koperski, B. J. (1981). Market share liability for DES (diethylstilbestrol) injury: A new high water mark in tort law: *Sindell v. Abbott Laboratories*. *Nebraska Law Review*, 60(2), 432–449.
240. Kornhauser, L. (2022). The economic analysis of law. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition). Retrieved from https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/
241. Kornhauser, L. A. (2000). Three roles for a theory of behavior in a theory of law. *Rechtstheorie*, *31*, 197–252.
242. Kornhauser, L. A. (2010). *L'analyse économique du droit*. Paris: Michel Houdiard Éditeur.
243. Kors, R. A. (1981). Refining market share liability: *Sindell v. Abbott Laboratories*. *Stanford Law Review*, *33*, 937–950.
244. Koshiv, I. (2022, November 10). Drone analysis in Ukraine suggests Iran has supplied Russia since war began. *The Guardian*. Retrieved from: https://www.theguardian.com/world/2022/nov/10/iranian-made-drones-supplied-to-russia-after-february-invasion-says-ukraine
245. Koziol, H. (Ed.). (2015). *Basic questions of tort law from a comparative perspective*. Jan Sramek Verlag.
246. Koziol, H., & Schulze, R. (Eds.). (2008). *Tort law of the European Community*. Springer.
247. Ku, J. G. (2013). Kiobel and the surprising death of universal jurisdiction under the Alien Tort Statute. *The American Journal of International Law*, 107(4), 835–841.
248. Kyriakos, N., & Kotsoglou, K. N. (2013). How to become an epistemic engineer: What shifts when we change the standard of proof. *Law, Probability & Risk*, 12, 275-298.
249. Lahav, A. D. (2022). Chancy causation in tort law. *Journal of Tort Law*, 15(1), 109–135.
250. Lajoie, B. (2015). Reopening the discussion of the loss of opportunity doctrine in New Hampshire: A look at decisions made in light of current times. *The University of New Hampshire Law Review*, 13, 99–141.
251. Landes, W. M., & Lichtman, D. G. (2003). Indirect liability for copyright infringement: An economic perspective. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* No. 179.
252. Landes, W. M., & Posner, R. A. (1983). Causation in tort law: An economic approach. *The Journal of Legal Studies*, *12*(1), 109–134.
253. Landes, W. M., & Posner, R. A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard University Press.
254. Lavi, M. (2020). Do platforms kill? *Harvard Journal of Law and Public Policy*, *43*(2), 477–573.
255. Lawson, S. (2011). The conundrum of climate change causation: Using market share liability to satisfy the identification requirement in *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Co. Fordham Environmental Law Review*, *22*, 433–492.
256. Lefouili, Y., & Madio, L. (2022). The economics of platform liability. *European Journal of Law and Economics*, 53, 319–351.
257. Leslie, K., Bramley, D., Shulman, M., & Kennedy, E. (2014). Loss of chance in medical negligence. *Anaesthesia and Intensive Care*, 42, 298–302.
258. Leubsdorf, J. (2016). The surprising history of the preponderance standard of civil proof. *Florida Law Review*, 67(5), 1569–1619.
259. Leverenz, D. (1986). Manhood, humiliation, and public life: Some stories. *Southwest Review*, 71, 442–462.

260. Liability of platform operators for user-uploaded content. (2022). *GRUR International*, *71*(11), 1085–1088.
261. Lierman, S. (2005). Het verlies van een kans bij medische ongevallen. *Nieuw Juridisch Weekblad* (NjW), 614–615.
262. Lincoln, R. S. (2010). To proceed with caution? Aiding and abetting liability under the Alien Tort Statute. *Berkeley Journal of International Law* (BJIL), *28*(2), 604–618.
263. LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1). Retrieved from: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/
264. Lombardi, C. (2019). Proving the uncertain causation. In *Causation in competition law damages actions* (pp. 141–163). Cambridge University Press.
265. Loth, M. A. (2015). Corrective and distributive justice in tort law: On the restoration of autonomy and a minimal level of protection of the victim. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, *22*(6), 788–811.
266. Lunney, M. (1995), What price a chance?. *Legal Studies*, *15*, 1–13.
267. Luntz, H. (2002). Loss of chance. In I. Freckelton & D. Mendelson (Eds.), *Causation in law and medicine* (pp. 152–197). Ashgate Publishing Ltd.
268. Madden, B., & Cockburn, T. (2010). Loss of chance in Australia: *Tabet v Gett* [2010] HCA 12. *Clinical Risk*, *16*(6), 217–220.
269. Madden, M.S. & Holian, J. (2007). Defendant Indeterminacy: New Wine into Old Skins. *Louisiana Law Review*, *67*(3), 788–791.
270. Malone, W. S. (1956). Ruminations on cause-in-fact. *Stanford Law Review*, *9*(1), 60–99.
271. Malone, W. S. (1964). Legal cause in the law of torts. *Journal of Legal Education*, *17*(1), 97–102.
272. Mameteau, G. (1997). Perte de chances et responsabilité médicale [Loss of opportunities and medical liability]. *Gazette du Palais*, II, 1367.
273. Markesinis, B., & Unberath, H. (2002). *The German law of torts: A comparative treatise* (4th ed., entirely revised and updated). Oxford: Hart Publishing.
274. Market Share Liability: An Answer to the DES Causation Problem. (1981). *Harvard Law Review*, *94*(3), 668–680.
275. Marshack, R.A. (1982). Sindell v. Abbott Laboratories: Is Market Share Liability the Best Remedy to the DES Controversy. *California Western Law Review*, *18*, 143–177.
276. Martin-Casals, M. (2013). Causation conundrums: introduction to the annotations to Sienkiewicz v. Greif (UK). *European Review of Private Law*, *21*, 301–311.
277. Martín-Casals, M., & Papayannis, D. (Eds.). (2015). *Uncertain causation in tort law*. Cambridge: Cambridge University Press.
278. Martin, F. (2011). *Challenging human rights violations: Using international law in U.S. courts*. Ardsley, NY: Transnational Publishers Inc.
279. McCawley, J. (1993). *Everything that linguists have always wanted to know about logic but were ashamed to ask*.Chicago: The University of Chicago Press.
280. McDowell, B. (1985). Foreseeability in contract and tort: The problems of responsibility and remoteness. *Case Western Reserve Law Review*, *36*(2), 286–325.
281. McGregor, H. (1970). Variations on an Enigma: Successive Causes of Personal Injury, *Modern Law Review*, *33*(1), 378–395.
282. McInnes, M. (1996). Causation in tort law: Back to basics at the Supreme Court of Canada. *Alberta Law Review*, *35*, 1013–1034.
283. McKenna, A. O.J. Simpson trial. Britannica. https://www.britannica.com/event/O-J-Simpson-trial

284. McLaughlin, J. (1925). Proximate Cause. *Harvard Law Review*, 39(2), 149–199.
285. Mémeteau, G. (1986). Perte de chance en droit médical français. *McGill Law Journal*, *32*, 148.
286. Merewether, E. R. A., & Price, C. W. (1930). *Report on effects of asbestos dust on the lungs and dust suppression in the asbestos industry*. His Majesty's Stationery Office.
287. Mill, J. S. (2009). *A system of logic, ratiocinative and inductive*. Project Gutenberg.
288. Miller, C. (2005). Gregg v. Scott: Loss of chance revisited. *Law, Probability & Risk*, 4, 227–235.
289. Miller, K. C., & Hancock, J. D. (1985). Perspectives on market share liability: Time for a reassessment. *West Virginia Law Review*, 88(1), 81–112.
290. Modern Slavery Act 2015.
291. Momberg, R. (2010). Testing the draft common frame of reference - Report of the international conference on 'The draft common frame of reference: A national and comparative perspective' (Kortrijk: Katholieke Universiteit Leuven, Campus Kortrijk, 10-11 June 2010). *European Review of Private Law*, 18(6), 1273–1275.
292. Moore, M. S. (2009). *Causation and responsibility: An essay in law, morals, and metaphysics* (1st ed.). Oxford University Press.
293. Moréteau, O. (2013). Causal uncertainty and proportional liability in France. In I. Gilead et al. (Eds.), *Proportional liability: Analytical and comparative perspectives* (pp. 141–160). de Gruyter.
294. Moréteau, O. (2013). France: French tort law in the light of European harmonization. *Journal of Civil Law Studies*, 6, 759–801.
295. Moréteau, O. (2015). Basic questions of tort law from a French perspective. In H. Koziol (Ed.), *Basic questions of tort law from a comparative perspective* (pp. 3–95). Jan Sramek Verlag KG Wien.
296. Morgan, E. (1983). Market Share Liability for Injurious Products: A Comment on Sindell. *University of Toronto Faculty of Law Review*, *41*. 52–62.
297. Morrissey, J. (2011). Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and abetting liability under the Alien Tort Statute. *Minnesota Journal of International Law*, 20, 144–170.
298. Mosher, J. C. (2003). A pound of cause for a penny of proof: The failed economy of an eroded causation standard in toxic tort cases. *New York University Environmental Law Journal*, *11*, 531–596.
299. New Jersey Model Civil Jury Charges.
300. Newcomb, J.B. (1981). Market Share Liability for Defective Products: An Ill-Advised Remedy for the Problem of Identification. *Northwestern University Law Review*, 76(2), 329–330.
301. Nomi, Y. (2021). Structuring of Tort Liability from Corrective and Distributive Justice: From the Analysis of Fukushima Nuclear Accident. *Archives de philosophie du droit*, 63, 235–256.
302. Note (2017). Rethinking Actual Causation in Tort Law. *Harvard Law Review*, 130, 2163–2182.
303. Note to Baker v. Willoughby (1969). *Law Quarterly Review*, 85, 310.
304. Note, (1981). Market Share Liability Adopted to Overcome Defendant Identification Requirement in DES Litigation, Sindell v. Abbott Laboratories. *Washington University Law Quarterly*, 59(2), 571–584.
305. Note, (2009). Tort Law - Loss of a Chance Doctrine - Massachusetts Supreme Judicial Court Accepts Loss of a Chance in Medical Malpractice Suits. *Harvard Law Review*, *122*, 1247–1254.

306. Note. (2013). Special Court for Sierra Leone rejects 'specific direction' requirement for aiding and abetting violations of international law. *Harvard Law Review*, 127, 1847–1854.
307. Nounckele, M. (2011). *De la légitimité de la comparaison par les juges – Etude de la jurisprudence de la House of Lords de 1996 à 2005* (Study prepared at the University of Louvain-la-Neuve).
308. Nuninga, W. Th., Verheij, D. J., Kahn, C., Auvray, F., & Borucki, C. (2020). Chances as legally protected assets. *European Review of Private Law*, 28(2), 375–406.
309. Oliphant, K. Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes. *William Mitchell Law Review*, 2011, 37(3), 1599–1632.
310. Oughton, D., & Harvey, B. (2013). *Questions and answers: Law of torts* (7th ed.). Oxford University Press.
311. Page, J. A. (2003). *Torts: Proximate cause.* New York, NY: Foundation Press.
312. Pappalardo, K. (2023). A New Framework for Intermediary Liability. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Retrieved Jul 22, 2024, 57–88. https://www.elgaronline.com/monobook/book/9781789902457/9781789902457.xml
313. Perillo, L.A. (2004). Scraping beneath the Surface: Finally Holding Lead-Based Paint Manufacturers Liable by Applying Public Nuisance and Market-Share Liability Theories. *Hofstra Law Review*, 32, 1039–1093;
314. Perkins, R. (1969) *Criminal Law*. 2d Ed. Mineola, N.Y., Foundation Press.
315. Perry, R. (2021). Instrumental comparative tort law. *Journal of Tort Law*, 14(2), 493–529.
316. Pfeiffer, S. (2022). *Digital capitalism and distributive forces.* Bielefeld: transcript Verlag.
317. Pigou, A. C. (1912). *Wealth and welfare.* London: Macmillan and Co.
318. Pigou, A. C. (2017). *The economics of welfare.* London: Routledge.
319. Pijls, A. C. W. (2023). Prospectus liability and causation. *Journal of European Tort Law*, 14(2), 189–205.
320. Plakokefalos, I. (2015). Causation in the law of state responsibility and the problem of overdetermination: In search of clarity. *European Journal of International Law*, 26, 471–492.
321. Posner, R. A. (1973). *Economic analysis of law*. Little, Brown.
322. Posner, R. A. (1980). The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. *Hofstra Law Review*, 8, 487–507.
323. Posner, R. A. (1985). Wealth maximization revisited. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2(1), 85–105.
324. Posner, R. A. (1990). *The problems of jurisprudence.* Cambridge, MA: Harvard University Press.
325. Posner, R. A. (1997). Wealth maximization and tort law: A philosophical inquiry. In *The philosophical foundations of tort law* (pp. 99–111). Oxford University Press.
326. Posner, R. A. (1999). An economic approach to the law of evidence. *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 66*, 1–85.
327. Posner, R. A. (2021). Legal pragmatism. In *Law, pragmatism, and democracy* (pp. 57–96). Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press.
328. Pound, R. (1910). Law in books and law in action. *American Law Review*, 44(1), 12–36.
329. Pound, R. (1957). Causation. *The Yale Law Journal*, 67(1), 1–18.
330. Priaulx, N. (2007). *The harm paradox: Tort law and the unwanted child in an era of choice.* Milton Park, Abingdon: Routledge-Cavendish.
331. Price, R., & Lovitt, J.T. (1997, February 12). Confusion for Simpson kids 'far from over'. *USA Today.* Available at: https://usatoday30.usatoday.com/news/in-

dex/nns224.htm
332. Priest, G. L. (2020). *The rise of law and economics: An intellectual history*. Abingdon, Oxon: Routledge.
333. Prosser, W. L. (1950). Proximate cause in California. *California Law Review*, 38(3), 369–425.
334. Prosser, W.L., & Keeton, P. (1984). *Torts* (5th ed.). West Pub. Co.
335. Quill, E. (2002). Successive Causes and the Measurement of Damages. *Irish Jurist*, 37, 91–112.
336. Redemann, B.B. (1980). Manufacturers' Liability Based on a Market Share Theory: Sindell v. Abbott Laboratories. *Tulsa Law Journal*, 16(2) 286–316;
337. Redmayne, M. (1999). Standards of proof in civil litigation. *The Modern Law Review*, 62, 167–195.
338. Reece, H. (1996). Losses of Chances in the Law. *The Modern Law Review*, 59(2), 188–206.
339. Resolution A/RES/70/1 adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015 "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development". https://sdgs.un.org/2030agenda.
340. Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine: Adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2023 at the 1466th meeting of the Ministers' Deputies. https://rm.coe.int/0900001680ab2595
341. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001. Retrieved from: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf
342. Rizzo, M. J. (1981). The imputation theory of proximate cause: An economic framework. *Georgia Law Review*, 15(4), 1007–1038.
343. Ronse, J., & De Wilde, L. (1984). *Schade en schadeloosstelling* (2nd ed.). Gent: Story-Scientia, no. 108.
344. Rose-Ackerman, S. (1990). Market-share allocations in tort law: Strengths and weaknesses. *The Law and Economics of Risk*, 19(2), 739–746.
345. Rostron, A. (2004). Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products. *UCLA Law Review*, 52, 151–215.
346. Roundtable on Civil Liability for Human Rights Violations (04 November 2020). University of OXFORD. Faculty of Law. https://www.law.ox.ac.uk/news/2020-11-04-roundtable-civil-liability-human-rights-violations
347. Roush, S. (2023). Knowledge, evidence, and naked statistics. In *Externalism about Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.
348. Russellyn, C. S., & Goldstein, B. D. (2001). Relative risk greater than two in proof of causation in toxic tort litigation. *Jurimetrics*, 41, 195–209.
349. Sage, Y.-L. (1996). French Law of Delict: The Role of Fault and the Principles Governing Losses and Remedies. *Victoria University of Wellington Law Review*, 26(2), 293–312.
350. Sanger, A. (2014). Corporations and transnational litigation: Comparing *Kiobel* with the jurisprudence of English courts. *AJIL Unbound*, 107, e23–e30.
351. Schaffer, J. (2003). Overdetermining causes. *Philosophical Studies*, 114, 23–45.
352. Schultz, D. M. (1991). Market share liability in DES cases: The unwarranted erosion of causation in fact. *DePaul Law Review*, 40, 771–817.
353. Schweizer, M. (2013). The civil standard of proof – What is it, actually? *MPI Collective Goods Preprint, No. 2013/12, International Journal of Evidence and Proof*, 20(3), 1–2.

354. Scordato, M. R. (2022). Three kinds of fault: Understanding the purpose and function of causation in tort law. *University of Miami Law Review*, 77(1), 149–212.
355. Searle J. R. & Recanati F. (2001). Rationality in action. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001.
356. Secunda, P. M. (2005). A public interest model for applying lost chance theory to probabilistic injuries in employment discrimination cases. *Wisconsin Law Review*, 747–794.
357. Shapiro, F. R. (2000). The Most-Cited Legal Scholars. *Journal of Legal Studies* 29(1), 409-426.
358. Shavell, S. (1980). An analysis of causation and the scope of liability in the law of torts. *The Journal of Legal Studies*, 9(3), 463–516.
359. Shavell, S. (1983). *Uncertainty over causation and the determination of civil liability*. Cambridge, Mass: National Bureau of Economic Research.
360. Shavell, S. (2024). An alternative to the basic causal requirement for liability under the negligence rule. *Journal of Tort Law*, 17(1), 61–92.
361. Sheffet, M. J. (1983). Market share liability: A new doctrine of causation in product liability. *Journal of Marketing*, 47(1), 35–43.
362. Sheiner, N. (1978). DES and a proposed theory of enterprise liability. *Fordham Law Review*, 46(5), 963–1007.
363. Simons, K. W. (2001). The Hand formula in the draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing fairness as well as efficiency values. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 901-939.
364. Slavny, A. (2023). Corrective and Distributive Justice. In *Wrongs, Harms, and Compensation*. Oxford University Press, Incorporated.
365. Smedlund, A., Lindblom, A., & Mitronen, N. (Eds.). (2018). *Collaborative value co-creation in the platform economy*(1st ed.). Springer Singapore.
366. Smith, J. (1911). Legal cause in actions of tort. *Harvard Law Review*, 25(2), 103–128.
367. Smith, J. (1912). Legal cause in actions of tort. [Concluded]. *Harvard Law Review*, 25(4), 303–327.
368. Smith, J. (1912). Legal cause in actions of tort. [Continued]. *Harvard Law Review*, 25(3), 223–252.
369. Spier, J., & Busnelli, F. D. (2000). *Unification of tort law: Causation*. Kluwer Law International.
370. Spohn, W. (2006). Causation: An alternative. *The British Journal for the Philosophy of Science*, 57(1), 93–119.
371. Staab, P. (2024). *Markets and power in digital capitalism*. Manchester University Press.
372. Stanton, K., & Dugdale, A. (1989). *Professional negligence* (2nd ed.). Butterworths.
373. Stapleton, J. (1988). Law, causation and common sense. *Oxford Journal of Legal Studies*, 8(1), 111–131.
374. Stapleton, J. (1988). The Gist of Negligence. *Law Quarterly Review*, 104, 389–409.
375. Stapleton, J. (2001). Legal cause: Cause-in-fact and the scope of liability for consequences. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 941–1009.
376. Stapleton, J. (2005). Loss of the chance of cure from cancer. *Modern Law Review*, 68(6), 996–1006.
377. Stapleton, J. (2006). Two causal fictions at the heart of U.S. asbestos doctrine. *Law Quarterly Review*, 122, 189–195.
378. Stapleton, J. (2008). Choosing what we mean by "Causation" in the Law. *Mis-*

*souri Law Review*, 73, 433–480.
379. Stapleton, J. (2009). Causation in the law. In *The Oxford handbook of causation* (pp. 847–884). Oxford University Press.
380. Stapleton, J. (2010). Factual causation and asbestos cancers. *Law Quarterly Review*, 126, 351–356.
381. Stapleton, J. (2010). Factual causation. *Federal Law Review*, 38(3), 467–484.
382. Stapleton, J. (2015). Uncertain causes: Asbestos in UK courts. In M. Martín-Casals & D. Papayannis (Eds.), *Uncertain causation in tort law* (pp. 87–113). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781316414774.005.
383. Stapleton, J. (2017). Scientific and legal approaches to causation. In *Causation in law and medicine* (pp. 14–37).
384. Stapleton, J. (2023). Unnecessary and insufficient factual causes. *Journal of Tort Law*, 16(2), 351–372.
385. Statista (April 2024). Most popular social networks worldwide as of April 2024, by number of monthly active users. Statista. Retrieved 25 July 2024 from https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/
386. Stauch, M. (1997). Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence. *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 205–225.
387. Stauch, M. (2000). Taking the Consequences for Failure to Warn of Medical Risks. *The Modern Law Review*, 63(2), 261–268;
388. Steel, S. (2010). Uncertainty over causal uncertainty: *Karen Sienkiewicz (Administratrix of the Estate of Enid Costello Deceased) v Greif (UK) Ltd. The Modern Law Review*, 73(4), 646–655.
389. Steel, S. (2012). Causation in English tort law: Still wrong after all these years. *University of Queensland Law Journal*, 31, 243–264.
390. Steel, S. (2015). Justifying exceptions to proof of causation in tort law. *The Modern Law Review*, 78(5), 729–758.
391. Steel, S. (2015). *Proof of causation in tort law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge University Press.
392. Steel, S., & Ibbetson, D. (2011). More grief on uncertain causation in tort. *Cambridge Law Journal*, 70, 451–468.
393. Stein, A., & Porat, A. (2001). *Tort liability under uncertainty*. Oxford University Press.
394. Steinhardt, R. G. (2007). The traffic light theory of *Sosa v. Alvarez-Machain*. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 101, 272–275.
395. Steinhardt, R. G. (2013). *Kiobel* and the weakening of precedent: A long walk for a short drink. *The American Journal of International Law*, 107(4), 841–845.
396. Steininger, B. C. (2010). Wrongful birth and wrongful life: Basic questions. *Journal of European Tort Law*, 1(2), 125–155.
397. Stern, S. (2021). Proximate causation in legal historiography. *History and Theory: Studies in the Philosophy of History*, 60(2), 363–375.
398. Stewart, B. W., & Wild, C. P. (Eds.). (2014). *World cancer report*. International Agency for Research on Cancer (IARC), Lyon.
399. Stretton, D. (2005). The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life. *Deakin Law Review*, 10(1), 319–364.
400. Study Group on a European Civil Code. (2010). *Principles, definitions, and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.
401. Sulyok, K. (2017). Managing uncertain causation in toxic exposure cases: Lessons for the European Court of Human Rights from U.S. toxic tort litigation. *Vermont Journal of Environmental Law*, 18, 519–569.
402. Suzor, N., Dragiewicz, M., Harris, B., Gillett, R., Burgess, J., & Van Geelen, T.

(2019). Human rights by design: The responsibilities of social media platforms to address gender-based violence online. *Policy and Internet*, 11(1), 84–103.
403. Swan, S. L. (2019). Aiding and abetting matters. *Journal of Tort Law*, 12(2), 255–282.
404. Symposium. (1989). The problem of the indeterminate defendant: Market share liability theory. *Brooklyn Law Review*, 55, 863–868.
405. Sytsma, J., Livengood, J., & Rose, D. (2012). Two types of typicality: Rethinking the role of statistical typicality in ordinary causal attributions. *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 43, 814–816.
406. Taruffo, M. (2003). Rethinking the standards of proof. *The American Journal of Comparative Law*, 51(3), 659–677.
407. Taylor, N.D. (1981). California Expands Tort Liability under the Novel Market Share Theory: Sindell v. Abbott Laboratories. *Pepperdine Law Review*, 8, 1011–1043.
408. The Alien Tort Statute, Forum Shopping, and the Exhaustion of Local Remedies Norm. (2008). *Harvard Law Review*, 121(8), 2110–2133.
409. Tibballs, J. (2007). Loss of chance: A new development in medical negligence law. *The Medical Journal of Australia*, 187(4), 233–235.
410. Tobia, K. P. (2018). How people judge what is reasonable. *Alabama Law Review*, 70, 293–359.
411. Todd, S. (2005). Wrongful conception, wrongful birth, and wrongful life. *The Sydney Law Review*, 27(3), 525–542.
412. Tourneau, P. L. (1982). *La responsabilité civile* (3rd ed.). Paris, Dalloz.
413. Transcript of Mark Zuckerberg's Senate hearing (April 10, 2018). *The Washington Post.* https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/10/transcript-of-mark-zuckerbergs-senate-hearing/
414. Tribe, L. (1971). Trial by mathematics: Precision and ritual in the legal process. *Harvard Law Review*, 84, 1329–1393.
415. Tudor, I. (2015). Tort law from the perspective of corrective and distributive justice. *Journal of Public Administration, Finance and Law*, 7, 171–175.
416. Turton, G. (2012). *A critical analysis of the current approach of the courts and academics to the problem of evidential uncertainty in causation in tort law* [Doctoral dissertation]. University of Birmingham. Available from https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/3943.
417. Turton, G. (2016). *Evidential uncertainty in causation in negligence*. Oxford: Hart Publishing.
418. Ukrainian refugee situation. Operational Data Portal. RETRIEVED FROM: https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine
419. UN Security Council Resolution 687 (1991) of 3 April 1991 Iraq-Kuwait.
420. UNCC at glance. United Nations Compensation Commission website. https://web.archive.org/web/20230610151433/https://uncc.ch/uncc-glance
421. United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework. New York and Geneva: Publishing Service UN, 2011. 36 pp. Retrieved from: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf
422. Vacarie, I. (1987). *La perte d'une chance*. *R.R.J.*, 3, 903–909.
423. Van Dam, C. (2013). *European tort law* (2nd ed.). Oxford University Press.
424. Van Oevelen, A., Jocqué, G., Persyn, & De Temmerman, B. (2007). Overzicht van rechtspraak: Onrechtmatige daad: Schade en schadeloosstelling (1993-2006). *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2, 933–1529.
425. Ventura, M. J. (2014). Farewell 'specific direction': Aiding and abetting war crimes and crimes against humanity in Perišić, Taylor, Šainović et al., and US

Alien Tort Statute jurisprudence. In S. Casey-Maslen (Ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2013* (pp. 511-553). Oxford University Press.
426. Viney, G. (1982). *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité conditions*. L.G.D.J.
427. Viney, G., & Jourdain, P. (2006). *Traité de droit civil* (3rd ed., p. 370). LGDJ.
428. Voyiakis, E. (2017). Causation and opportunity in tort. *Oxford Journal of Legal Studies*, 38(1), 26–47.
429. Vranken, M. (1998). Duty to rescue in civil law and common law: Les extremes se touchent. *The International and Comparative Law Quarterly*, 47(4), 934–942.
430. Wagner, G. (2013). Asbestos-related diseases in German law. *European Review of Private Law*, 21(1), 319–329.
431. Wagner, U. (1972). Successive causes and the quantum of damages in personal injury cases. *Osgoode Hall Law Journal*, 10(2), 369–397.
432. Waldref, V. R. (2010). The Alien Tort Statute after Sosa: A viable tool in the campaign to end child labor. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 31(1), 160–192.
433. Walker, V. R. (1996). Preponderance, probability, and warranted factfinding. *Brooklyn Law Review*, 62, 1075–1136.
434. Walsh, G., & Walsh, A. (2010). *Tabet v Gett: The end of loss of chance actions in Australia? Journal of Law and Medicine*, 18(1), 50–57.
435. Ward, T. (2016). Expert evidence, 'naked statistics' and standards of proof. *European Journal of Risk Regulation*, 7(3), 580–587.
436. Washington Pattern Jury Instructions – Civil.
437. Weigand, T. A. (2002). Loss of chance in medical malpractice: The need for caution. *Massachusetts Law Review*, 87, 3–21.
438. Weinrib, E. J. (2012). *The idea of private law* (Revised edition). Oxford University Press.
439. Weyts, B. (2014). Compensation for the loss of small chances in (Belgian and French) tort law. *European Review of Private Law*, 22(6), 1065–1068.
440. Widmer, P. (2024). Some reflections on the PETL and proposals for their revision. *Journal of European Tort Law*, 15(1), 84–98.
441. Wikipedia contributors. (n.d.). *Mesothelioma*. Wikipedia, The Free Encyclopedia. Retrieved November 11, 2024, from https://en.wikipedia.org/wiki/Mesothelioma
442. Wild, C., & Weinstein, S. (2010). *Smith and Keenan's English law: Text and cases* (16th ed.). Longman.
443. Wilson, W. D. (1990). Market share liability – Did New York go too far? *Hymowitz v. Eli Lilly & Co. St. John's Law Review*, 64(2), 363–377.
444. Winiger, B., Koziol, H., Koch, B., & Zimmermann, R. (2007). *Essential cases on natural causation* (Vol. 1). Springer.
445. Wright, R. W. (1985). Causation in tort law. *California Law Review*, 73(6), 1735–1828.
446. Wright, R. W. (1988). Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: Pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review*, 73, 1001–1077.
447. Wright, R. W. (2001). Once more into the bramble bush: Duty, causal contribution, and the extent of legal responsibility. *Vanderbilt Law Review*, 54(3), 1071–1132.
448. Wright, R. W. (2011). Proving causation: Probability versus belief. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (Ch. 10, pp. 80). Hart Publishing.
449. Wright, R. W. (2011). The NESS account of natural causation: A response to criticisms. In R. Goldberg (Ed.), *Perspectives on causation* (pp. 285–322).
450. Wright, R. W. (2014). The new old efficiency theories of causation and liabili-

ty. *Journal of Tort Law*, 7(1), 65–95.
451. Wright, R. W. (2022). Causation (contribution) and the 'no worse off' limitation on liability. *University of Western Australia Law Review*, 49(1), 5–56.
452. Wurdeman, M. (2014). Loss-of-chance doctrine in Washington: From Herskovits to Mohr and the need for clarification. *Washington Law Review*, 89, 625–652.
453. Wysocki, T. (2020). Normality: A two-faced concept. *Review of Philosophy and Psychology*, 18–20.
454. Young, E. A. (2015). Universal jurisdiction, the Alien Tort Statute, and transnational public-law litigation after *Kiobel*. *Duke Law Journal*, 64(6), 1023–1127.
455. Zilich, G. J. (2002-2003). Cutting through the confusion of the loss-of-chance doctrine under Ohio law: A new cause of action or a new standard of causation? *Cleveland State Law Review*, 51, 673–701.

# II. Судова практика

## A. Міжнародні судові установи і трибунали

456. *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL*, (C-434/15), Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 20 December 2017.
457. *Beuze v. Belgium* [GC], no. 71409/10, ECHR, 9 November 2018.
458. Case C-390/18, Judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 19 December 2019, *Criminal proceedings against X*, ECLI:EU:C:2019:1112.
459. *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, ECHR, 29 March 2006.
460. *Colozza v. Italy*, no. 9024/80, ECHR, 12 February 1985.
461. *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR, 23 March 2010.
462. *Denisov v. Ukraine* [GC], no. 76639/11, ECHR, 25 September 2018.
463. *Dvorski v. Croatia* [GC], no. 25703/11, ECHR, 20 October 2015.
464. *Frank Peterson v Google LLC*, *YouTube Inc.*, *YouTube LLC*, *Google Germany GmbH* (C 682/18) та *Elsevier Inc. v Cyando AG* (C 683/18).
465. *Ibrahim and others v. the United Kingdom* [GC], nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, ECHR, 13 September 2016.
466. *Lietzow v. Germany*, no. 24479/94, ECtHR, 13 February 2001.
467. *Mastromatteo v. Italy*, no. 37703/97, Judgment of the ECtHR [GC] of 24 October 2002.
468. *Nikolova v. Bulgaria*, no. 31195/96, ECtHR Judgment of 25 March 1999.
469. *Papamichalopoulos and others v. Greece* (Article 50), no. 14556/89, ECHR, 31 October 1995.
470. *Pélissier and Sassi v. France*, no. 25444/94, ECtHR, 25 March 1999.
471. *Perks and others v. the United Kingdom*, nos. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 and 28456/95, ECHR.
472. Propositions and conclusions on compensation for business losses : types of damages and their valuation : decision S/AC.26/1992/9 taken by the Governing Council of the United Nations Compensation Commission during its resumed 4th session, at the 23rd meeting, held on 6th March 1992.
473. *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Judgment (The Appeals Chamber ICTY, July 29, 2004).
474. *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Judgment (The Trial Chamber I ICTY, Mar 03, 2000).

475. *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).
476. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. For Rwanda, 2 Sep. 1998).
477. *Prosecutor v. Kvočka et al.* Case No. IT-98-30/1-T, Judgment (the Trial Chamber ICTY, Nov 2, 2001).
478. *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić*, Case No. IT-05-87-T, Judgment (ICTY, 26 February 2009).
479. *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Trial Chamber I, Aug. 31, 2007).
480. *Prosecutor v. Oric*, Case No. IT-03-68-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 30, 2006).
481. *Prosecutor v. Popovic*, Case No. IT-05-88-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 10, 2010).
482. *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013).
483. *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).
484. *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeal Judgment (The Appeals Chamber ICTY, Feb 25, 2004).
485. Recommendations (S/AC.26/1994/1) of the Panel of Commissioners UNCC of 26 May 1994 'Concerning Individual Claims for Serious Personal Injury or Death (Category "B" Claims)'.
486. Report and Recommendations (S/AC.26/1994/3) of the Panel of Commissioners UNCC of 21 December 1994 'Concerning the First Installment of Individual Claims for Damages up to Us$100,000 (Category «C» Claims)'.
487. Report and recommendations concerning part 1 of the 1st instalment of individual claims for damages above US$100,000 (Category «D» claims) / made by the Panel of Commissioners. S/AC.26/1998/1 of 3 February 1998.
488. *Sabeh El Leil v. France* [GC], no. 34869/05, ECtHR, 29 June 2011.
489. *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECtHR, 27 November 2008.
490. *Scordino v. Italy* (No. 1), [GC], no. 36813/97, ECHR, 29 March 2006.
491. *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11-13, 1949).
492. *The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others*, Case No. 9 (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).
493. *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands*, no. 60665/00. ECtHR, 1 December 2005.
494. *Uber France SAS v. Nabil Bensalem*, C-320/16. Judgment of the CJEU (Grand Chamber), 10 April 2018.
495. *Włoch v. Poland*, no. 27785/95, ECtHR, 19 October 2000.

## В. Україна

496. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 18 березня 2020 року учсправі № 129/1033/13-ц.
497. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 травня 2018 року учсправі № 629/4628/16-ц, провадження № 14-77цс18.
498. Постанова Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 03 грудня 2018 року у справі № 715/1586/17, провадження № 61-28576св18.

499. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 29 вересня 2020 року у справі № 372/2084/16-ц, провадження № 61-20957св19.
500. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 16 вересня 2020 року у справі № 372/569/17, провадження № 61-5961св19.
501. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 31 серпня 2022 року у справі № 910/15264/21.
502. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 13 червня 2024 року у справі № 910/7767/23.
503. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25 червня 2024 року у справі № 910/5681/22.
504. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 16 серпня 2023 року у справі № 910/17639/21.
505. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 17 листопада 2018 року у справі № 911/205/18.
506. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23 травня 2018 року у справі № 923/574/17.
507. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 01 грудня 2020 року у справі № 904/1103/20.
508. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25 червня 2020 року у справі № 924/233/18.
509. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 19 червня 2024 року у справі № 170/332/22.
510. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 06 червня 2018 року у справі № 757/43303/16-ц, провадження № 61-19459св18.
511. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 30 вересня 2019 року у справі № 531/1101/18, провадження № 61-13803св19.
512. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 31 січня 2024 року у справі № 216/3772/20, провадження № 61-10710св23.
513. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 15 квітня 2024 року у справі № 466/8925/17, провадження № 61-15553св23.
514. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 07 травня 2024 року у справі № 456/1399/22, провадження № 61-18575 св 23.
515. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 21 квітня 2021 року у справі № 450/4163/18, провадження № 61-69св21.
516. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 лютого 2019 року у справі № 2012/4613/2012, провадження № 61-46639св18.
517. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 жовтня 2020 року у справі № 372/2085/16-ц, провадження № 61-18385св19.
518. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 23 вересня 2020 року у справі № 372/2493/17, провадження № 61-18431 св19.
519. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової

палати Касаційного цивільного суду від 01 вересня 2020 року у справі № 372/2165/16-ц, провадження № 61-20487св19.
520. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 18 листопада 2020 року у справі № 283/518/17-ц, провадження № 61-9619св20.
521. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 11 жовтня 2023 року у справі № 466/9872/21, провадження № 61-8240св22.
522. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 листопада 2022 року у справі № 646/3413/19, провадження № 61-18291св21.
523. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 30 вересня 2020 року у справі № 372/3580/16-ц, провадження № 61-22806св19.
524. Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду від 18 квітня 2018 року у справі № 753/11000/14-ц.
525. Постанова Верховного Суду України від 12 лютого 2014 року у справі № 6-168цс13.
526. Постанова Верховного Суду України від 12 лютого 2014 року у справі № 6-168цс13.
527. Постанова Касаційного цивільного суду від 04 червня 2021 року, у справі № 753/21343/14-ц.
528. Постанова Касаційного цивільного суду від 06 березня 2019 року у справі № 522/1781/16-ц.
529. Постанова Касаційного цивільного суду від 09 червня 2021 року у справі № 357/11405/18.
530. Постанова Касаційного цивільного суду від 14 квітня 2022 року у справі № 308/9708/19.
531. Постанова Касаційного цивільного суду від 26 вересня 2018 року, у справі № 0909/4190/12.
532. Постанова Касаційного цивільного суду від 29 травня 2019 року у справі № 740/967/16-ц.
533. Постанова Київського апеляційного суду від 28 липня 2020 року у справі № 357/11405/18.
534. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 27 жовтня 2020 року у справі № 185/6833/17.
535. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 18 грудня 2020 року у справі № 187/1565/18.
536. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 6 від 27.03.92 «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди».
537. Постанова Пленуму ВССУ від 01.03.2013 року № 4 «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки».
538. Рішення Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 13 лютого 2020 року у справі № 357/11405/18.
539. Роз'яснення Вищого арбітражного суду № 02-5/215 від 01.04.94 «Про деякі питання практики вирішення спорів пов'язаних з відшкодуванням шкоди».
540. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 22 листопада 2018 року у справі № 740/967/16-ц.
541. Ухвала Касаційного цивільного суду від 07 листопада 2018 року у справі № 740/967/16-ц.

## С. Країни Загального права


542. *A.M v. Omegle.com LLC*, No. 3:2021cv01674 - Document 36 (D. Or. 2022).
543. *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).
544. *Amaca Pty Ltd v Ellis* [2010] HCA 5.
545. *Anderson v. Tiktok Inc* (2022) Docket No: Civ. No. 22-1849, Decided: October 25, 2022 by the United States District Court, E.D. Pennsylvania.
546. *Anderson (Julie), et al. v. Akzo Nobel Coatings, Inc*, Docket No: No. 82264–6, Decided September 08, 2011by the Supreme Court of Washington, En Banc.
547. *Aziz v. Alcolac, Inc*. 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011).
548. *Baker v Willoughby* [1970] AC 467.
549. *Barker v Corus* UK Ltd [2006] UKHL 20.
550. *Barnes v. Yahoo!, Inc*., 570 F.3d 1096 (9th Cir. 2009).
551. *Berns v. Campbell* (1974), 8 O.R. (2d) 680 (H.C.).
552. *Berry v Borough of Sugar Notch*, 43 A. 240 (1899).
553. *Bolger v. Amazon Com LLC* (2020), Court of Appeal, Fourth District, Division 1, California, August 13, 2020.
554. *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* [1996] 4 All ER 771.
555. *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw* [1956] AC 613.
556. *C.E.S. v. Superclinics (Ausralia) Pty. Ltd*. (1995) 38 N.S.W.L.R. 47.
557. *Cabello v. Fernandez-Larios* 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005).
558. *Caparo Industries Plc v Dickman* [1990] UKHL 2 (08 February 1990).
559. *Central Bank of Denver, N.A. v. First Interstate Bank of Denver, N.A.*, 511 U.S. 164 (1994).
560. *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786.
561. *Chappel v Hart* [1998] HCA 55.
562. *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41.
563. *Cobb v. Indian Springs* 258 Ark. 9 (1975).
564. *Collins v. Eli Lilly & Co*. 116 Wis. 2d 166 (1984).
565. *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R.
566. *Darby v National Trust* [2001] EWCA Civ 182
567. *Davies v Taylor* [1974] AC 207.
568. *Doe I v. Unocal Corp*. 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).
569. *Doe v. Exxon Mobil Corp*. 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011).
570. *Escola v. Coca Cola Bottling Co*., (1944) 24 Cal. 2d 453, 467-468 [150 P.2d 436].
571. *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22.
572. *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).
573. *Force v. Facebook, Inc*. No. 18-397 (2d Cir. 2019).
574. *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.
575. *Halberstam v. Welch* 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983).
576. *Hall v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., Inc.* (E.D.N.Y. 1972) 345 F. Supp. 353.
577. *Hamil v. Bashline*, 481 Pa. 256 (1978).
578. *Heneghan v Manchester Dry Docks Ltd* [2014] EWHC 4190 (QB).
579. *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 99 Wn.2d 609 (1983).
580. *Hicks v. Cooper* (1973), 1 O.R. (2d) 221 (C.A.).
581. *Hirschman v. Emme et al.*, 81 Minn. 99, 83 N.W. 482.
582. *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909.
583. *Hymowitz v. Lilly & Co*. 73 N.Y.2d 487 (1989).
584. *In Re B (Children) (Fc)* [2008] UKHL 35.
585. *Jesner v. Arab Bank, PLC*, No. 16-499, 584 U.S. (2018).
586. *Jobling v Associated Dairies Ltd* [1982] AC 794.
587. *Johnson v Perez* (1988) 166 CLR 351.

588. *Joyce v. Merton, Sutton and Wandsworth Health Authority* [1996] 7 Med. L.R. 1
589. *Keel v. Hainline*, 331 P.2d 397 (Okl. 1958).
590. *Khan v Meadows* [2021] UKSC 21.
591. *Khulumani v. Barclay National Bank, Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007).
592. *Khulumani v. Nat. Bank LTD*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007) (Katzmann C.J., Concurring).
593. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013).
594. *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] 1 WLR 563.
595. *L. (R.) v. Minister for Health and Children* [2001] IEHC 64; [2001] 1 IR 744 (6th April, 2001).
596. *Larue v. Nat'l Union Elec. Corp.*, 571 F.2d 51 (1st Cir. 1978).
597. *Lemmon v. Snap, Inc.*, 995 F.3d 1085 (9th Cir. 2021).
598. *Long v. Thiessen* (1968), 65 W.W.R. 577 (B.C.C.A.).
599. *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.
600. *Martin v. Abbott Laboratories* 102 Wash. 2d 581, 689 P.2d 368 (1984).
601. *Masson v. Rowan*, [1988] 4 W.W.R. 430 (Man. Q.B.).
602. *Matsuyama v. Birnbaum* 890 N.E.2d 819.
603. *McWilliams v Sir William Arrol & Co. Ltd* [1962] 1 WLR 295.
604. *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).
605. *Mohr v. Grantham* 262 P.3d 490 (2011).
606. *Montgomery v Lanarkshire Health Board* (Scotland) [2015] UKSC.
607. *Nikolaou v Papasavas Phillips & Co* (1988) 166 CLR 394.
608. *Ntsebeza v. Daimler Chrysler*, No. 05-2141 (2d Cir. 2007).
609. *Oropesa, The* [1943] P. 32 (17 December 1942).
610. *Osterlind v Hill*, 106 N.E. 301 (Mass. 1928).
611. *Overseas Tankship (U.K.) Ltd v Morts Dock & Engineering Company Ltd* [1961] UKPC 1 (18 January 1961).
612. *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).
613. *Performance Cars Ltd v. Abraham* [1962] 1 QB 33.
614. *Philips v. London and South West Railway Company* [1879] 5 C.P.D. 280
615. *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003).
616. *Public Health Trust v. Brown* F.L.A. A.P.P., (1980) 388 So. 2d 1048
617. *Re Polemis and Furness, Withy & Co Ltd* [1921] 3 KB 560.
618. *Sargent v. Massachusetts Accident Co.* 307 Mass. 246
619. *Saunders System Birmingham Co. v. Adams*, 217 Ala. 621, 117 So. 72 (Ala. 1928).
620. *Sellars v Adelaide Petroleum NL* [1994] HCA 4; 179 CLR 332; 68 ALJR 313; 120 ALR 16
621. *Sharp v. Powell Law Rep.* 7 C.P. 253.
622. *Sherlock v. Stillwater Clinic* [1977] 260 N.W. 2d. 169
623. *Sienkiewicz v Greif* (UK) Ltd [2011] UKSC 10
624. *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980).
625. *Smith v Leech Brain & Co Ltd* [1962] 2 QB 405.
626. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004)
627. *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd* [1996] UKHL 10 (20 June 1996).
628. *Spring v Guardian Assurance plc* [1994] UKHL 7, [1995] 2 AC 296.
629. *Stene v. Evans* (1958), 14 D.L.R. (2d) 73 (Alta. S.C. (A.D.));
630. *Sturges v Bridgman* (1879) LR 11 Ch D 852.
631. *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948).
632. *Thompson v. Sun City Community Hospital* 688 P.2d 605 (Ariz, 1984)
633. *Tutenkoff v Thiele* (1975) 11 SASR 148.
634. *Twitter, Inc. v. Taamneh et al*, Decided May 18, 2023.

635. *United States v. Carroll Towing Co.* 2d 169 (2d. Cir. 1947).
636. *United States v. Danny L. Anderson* 669 A.2d 73, 1995 Del.
637. *United States v. The La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 847 (No. 15,551) (CC. Mass. 1822).
638. *Vanvalkenberg v Northern Navigation Co.* (1913), 30 O.L.R. 142 (C.A.).

## D. Країни Континентального права

639. Bundesverfassungsgericht Bverfge 88, 203 = NJW 1993, 1751.
640. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581 (Pres. Carbone, Rel. Segreto)
641. Conseil d'État, 5ème — 4ème chambres réunies, 16/06/2016, 382479.
642. Conseil d'État, 5ème — 6ème chambres réunies, 12/02/2020, 422754.
643. Conseil d'État, 5ème / 4ème SSR, 12/03/2014, 359473.
644. Cour d'Appel de Bruxelles. Jugement/arrêt du 24 novembre 1998. ECLI:BE:-CABRL:1998:ARR.19981124.1.
645. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 10 mars 2021. ECLI:BE:CALI-E:2021:ARR.20210310.6.
646. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 10 mars 2021. ECLI:BE:CALI-E:2021:ARR.20210310.6.
647. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 10 mars 2021. ECLI:BE:CALI-E:2021:ARR.20210310.6.
648. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 15 décembre 2003. ECLI:BE:CALI-E:2003:ARR.20031215.2.
649. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 15 décembre 2003. ECLI:BE:CALI-E:2003:ARR.20031215.2.
650. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 21 avril 2021. ECLI:BE:CALI-E:2021:ARR.20210421.2.
651. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 21 avril 2021. ECLI:BE:CALI-E:2021:ARR.20210421.2.
652. Cour d'Appel de Liège. Jugement/arrêt du 28 septembre 2006. ECLI:BE:CALI-E:2006:ARR.20060928.3.
653. Cour de Cassation de Belgique. Conclusions du Ministère public du 06 décembre 2013. C.10.0204.F.
654. Cour de Cassation de Belgique. Jugement/arrêt du 23 octobre 2015. C.14.0589.F.
655. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 janvier 2005, 03-17.906.
656. Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 décembre 1996, 96-81.163.
657. Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 6 juin 1990, 89-83.703.
658. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 mai 2020, 19-13.674.
659. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 mai 2020, 19-13.674.
660. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 6 décembre 2007, 06-19.301.
661. Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 23 mai 2013, 12-30.147.
662. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 14 janvier 2021, 19-24.896.
663. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 31 mars 2009, 08-12.230.
664. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 24 octobre 2018, 17-17.802.
665. Cour du Travail de Liège. Jugement/arrêt du 05 septembre 2006. ECLI:BE:CT-LIE:2006:ARR.20060905.2.
666. Cour du Travail de Liège. Jugement/arrêt du 11 février 2004. ECLI:BE:CTLI-E:2004:ARR.20040211.7.
667. Hof van Cassatie van België. Vonnis/arrest van 05 juni 2008. ECLI:BE:-CASS:2008:ARR.20080605.5.
668. Hof van Cassatie van België. Vonnis/arrest van 21 april 2016. C.15.0286.N.

**Карнаух** Богдан

# ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК У ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ

Монографія

Редактор *Ілларіон Спасибо*
Коректор *Л. Я. Шутова*
Комп'ютерна верстка: *О. С. Парфенюк*

Підписано до друку з оригінал-макета 20.08.2025.
Формат 60×90/16. Папір офсетний. Гарнітура *Lora*.
Ум. друк. арк. 29,00. Вид. № 013/08.

Видавництво «ЕКУС» Україна,
61057, Харків, вул. Дарвіна, 19.
Тел. +38(067) 928-22-09
E-mail: ecusgroup@gmail.com

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції —
серія ДК № 6841 від 11.07.2019 р.

Надруковано у ПП «Юнісофт»,
61036, м. Харків, вул. Морозова, 13 б.
Свідоцтво ДК №5747 від 06.11.2017 р.
www.digital.unisoft.ua