

О. Мельник,

здобувачка кафедри цивільного права
 Національного університету «Одеська юридична академія»

ПОНЯТТЯ І ЗНАЧЕННЯ РОЗПОДІЛУ РИЗИКІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

На сьогодні все більшої популярності набуває спрямування наукової думки у сферу розподілу ризику. Через незрозумілі причини це питання краще та повніше розкрито в дослідженнях російських колег. Цим зумовлено актуальність аналізу й виявлення практичної значимості розподілу ризиків у галузі цивільного права.

Традиційно цю галузь знань, яку називають «менеджмент», зараховують до сфери економіки та вважають даремним її вивчення у правознавстві. Проте мусимо не погодитись із таким критичним твердженням, адже у вагомій частині Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) слово «ризик» зустрічається саме з метою його розподілу між учасниками правовідношень; особливо добре це видно при переході ризику від однієї сторони договору до іншої в разі випадкового знищення або пошкодження майна. Окрім того, на сьогодні найбільш помітним серед течій «право і ...» є економічний аналіз права та виявлення міри впливу економіки на право, що може породжувати зближення цих двох галузей і взаємопроникнення окремих їхніх інститутів.

Нагадаємо, що видатними вченими з цього питання були Я.М. Магазинер і В.П. Грибанов, на чій визначення ми й будемо опиратись. Так, Я.М. Магазинер розглядав ризик як якусь «можливість зла» [1], а В.П. Грибанов уважав, що термін «ризик» можна з відомою точністю замінити словами «невивідні наслідки» [2].

Важливою категорією для розгляду питання розподілу ризиків, на думку Ф.А. В'ячеславова, є категорія «правовий засіб» [3]. Теорія правових засобів роз-

вивалася такими вченими, як С.С. Алексєєв, А.В. Малько, Б.І. Пугинський. С.С. Алексєєв запропонував визначити правові засоби як об'єктивовані субстанціональні правові явища, що володіють фіксованими властивостями, які дають змогу реалізовувати потенціал права, його силу. Можна помітити, що таке визначення є логічним колом, адже визначає правові засоби через них самих.

Правовий засіб є сполучною ланкою між суб'єктом і об'єктом діяльності, між ідеальною, уявною моделлю й матеріальним результатом, між суб'єктом і кінцевим, бажаним результатом, до досягнення якого особа прагне. Тільки в такому сенсі правовий засіб набуває «серединне», «середнє» значення, тобто значення своєрідного мосту між суб'єктом і бажаним результатом.

При такому визначенні правових засобів розподіл ризиків можна з легкістю зарахувати до правових засобів забезпечення інтересів суб'єктів приватного права, оскільки саме ця категорія відповідає на питання, хто і якою мірою зазнає тих або інших можливих невивідних наслідків, має той чи інший невивідний майновий результат.

Видатний цивіліст Д.І. Мейер указував, що кожне зобов'язання так чи інакше супроводжується ризиком або страхом [4, с. 114], для нього ці терміни – синоніми. Дія, що становить предмет зобов'язання й видається при його укладанні за можливу, може виявитися згодом неможливою. Неможливість же вчинення дії становить збиток у майні. Звідси ризик або страх за зобов'язанням являє собою зобов'язання зазнавати цього збитку тому чи іншому учасникові.



Вочевидь, дія категорії «розподіл ризиків» виявляється на рівні правовідносини. При розгляді цивільно-правових відносин як особливого роду ідеологічних відносин необхідно мати на увазі, що змістом правовідносин є права й обов'язки. Отже, при розподілі ризиків особливим чином конструюються права й обов'язки суб'єктів правовідносин, відбувається перерозподіл прав із кореспондуючими їм обов'язками.

У речовому праві всі пошкодження в майні, що є наслідком нещасного випадку, лягають на «суб'єкт права» (що виражається класичною формулою: «*casum sentit dominus*» – «випадок відчуває себе господарем»). Цей підхід визнається досить логічним, адже кому як не власнику, котрий отримує певну вигоду від майна, зазнавати можливих невідповідних наслідків від його втрати або пошкодження.

Але в зобов'язальному праві, заважає Д.І. Мейер, це питання вирішується за іншими правилами. Чинне цивільне законодавство України надає перевагу захисту інтересів кредитора, тому юридичні ризики значно більшою мірою лягають на зобов'язаного учасника правовідносини, ніж на уповноваженого.

При дослідженні правового розподілу ризиків Ф.А. В'ячеславов, окрім правових засобів, також співвідносить його із юридичними фактами [3, с. 80–81].

Так, ч. 1 ст. 512 ЦК України дозволяє кредитору передати право (вимогу), що належить йому на підставі зобов'язання, іншій особі за правочинном (відступлення права вимоги). Також право кредитора може перейти до іншої особи в разі, прямо передбаченому в законі. Отже, законодавець забезпечує інтереси боржника, котрий сумлінно помиляється, виключивши його обов'язок додатково з'ясувати особу кредитора на момент виконання зобов'язання та знижує його транзакційні витрати. Водночас ризик непевності лягає на заінтересовану особу – нового кредитора.

Із цього прикладу видно, що факт здійснення кредитором у письмовій формі певної дії, зокрема повідомлення боржника про перехід прав по договору, є юридичним фактом. А тому можна стверджувати, що юридичний факт впливає на перерозподіл ризиків між кредитором і боржником.

Особа, яка буде нести страх за зобов'язанням, залежить від виду зобов'язань: односторонні або взаємні, так як у тих і в інших обов'язок нести страх визначається по-різному [4].

За загальним правилом, ризик в односторонніх зобов'язаннях лежить на кредиторі. Проте якщо річ визначена родовими ознаками, то ризик несе боржник. У двосторонніх зобов'язаннях питання про обов'язок нести ризик вирішується зважаючи на те, як розглядати дію кредитора, яка становить еквівалент дії боржника. Якщо вважати зобов'язання вірителя еквівалентом зобов'язання боржника, то в разі неможливості здійснення дії, що становить предмет зобов'язання, без вини зобов'язаної особи кредитор усе ж таки повинен надати еквівалент; отже, ризик на боці кредитора. Але якщо вважати зобов'язання вірителя еквівалентом не зобов'язання боржника, а самої дії, що здійснюється на користь кредитора, то, звичайно, якщо вона виявляється неможливою й не звершується, то і кредитор не зобов'язаний виконувати свого зобов'язання – представляти еквівалент. Тобто, ризик за зобов'язанням на боці боржника.

Загальним принципом розподілу ризиків у цивільному праві (і це гарно продемонстровано в наведеному вище прикладі) вважається принцип диспозитивності, відповідно до якого суб'єкти здатні самостійно розподіляти свої ризики залежно від своїх інтересів. Виявом диспозитивності в цивільному праві є договір. Так, на думку Д.І. Мейєра, питання про зобов'язання нести ризик має вирішуватися на підставі угоди.

Згідно із класичним уявленням про договір в англо-американському праві,



функція договору полягає в забезпеченні добровільного розподілу ризиків (як правило, підприємницьких ризиків) у суспільстві, що саморегулюється [5]. Концепція розподілу ризиків використовувалася в середині XIX ст. для боротьби з наявним раніше уявленням про договір як про підпорядкування однієї особи волі іншій, своєрідне «обмежене рабство». Розглядаючи юридичну природу договору, Олівер Холмс писав: «Якщо правові наслідки однакові в усіх випадках, видається правильним, щоб усі договори розглядалися із єдиного юридичного погляду. У випадку із зобов'язанням про те, що піде дощ, неодмінним юридичним наслідком для боржника буде прийняття ризику настання події у відомих, визначених сторонами межах. Аналогічно й у випадку, коли предметом договору є поставка тюка бавовни» [6]. На думку О. Холмса, твердження, що сутність договору полягає у прийнятті ризику майбутньої події, не означає, що повинен існувати інший додатковий обов'язок – обов'язок прийняти цей ризик. Навпаки, прийняття ризику є прямим наслідком дії норми права без сприяння боржника.

Варто погодитися із Роем Крейтером, що договір являє собою «проект (проекцію) обміну на майбутнє», а оскільки майбутнє завжди невизначено, договори являють собою механізм розподілу ризиків [7].

Диспозитивний метод приватного права втілено у приватноправовому принципі свободи договору (ст. 3 та ст. 627 ЦК України). Це означає, що сторони мають право самостійно, виходячи зі своїх інтересів, установлювати на основі договору свої цивільні права й обов'язки, розподіляти між собою ті чи інші ризики. При цьому сторони мають право укладати не тільки ті договори, які безпосередньо передбачені законодавчими актами, а й ті, що ними безпосередньо не передбачені.

Частина 1 ст. 626 ЦК України закріплює поняття договору: «Договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або

припинення цивільних прав та обов'язків». Сутність договору полягає в тому, що сторони так фіксують взаємні інтереси, самі визначають шляхи їх здійснення. Перевага договору як засобу задоволення інтересів полягає ще й у тому, що ніхто не може знати інтереси сторін краще, ніж самі сторони.

Вітчизняне цивільне право визнає значимість інтересів слабших сторін, тому принцип свободи договору обмежений низкою положень. Так, відповідно до ч. 3 ст. 203 ЦК України, не допускається примушування до укладення договору, за винятком випадків, прямо передбачених законом.

Ст. 633 ЦК України закріплює правила про публічний договір; відповідно до ч. 1 ст. 633 ЦК України, публічним є договір, у якому одна сторона – підприємець – узяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Норми про публічний договір спрямовані насамперед на забезпечення інтересів найбільш слабких суб'єктів цивільного обороту – громадян-споживачів.

Правила про договір приєднання, закріплені в ст. 634 ЦК України, також спрямовані на забезпечення інтересів споживачів. Частина 2 ст. 634 ЦК України надає слабшій стороні право вимагати розірвання або зміни договору приєднання, якщо вона позбавляється прав, які зазвичай мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася.

Отже, розподіл ризиків і їх обмеження виконують забезпечувальну функцію в цивільно-правовому регулюванні.

М.М. Агарков запропонував провести в законі чітке розмежування між ризиками сторін за договором, щоб



кожна сторона враховувала лише ті ризики, які властиві її зобов'язанням. Чи можливо це й чи існує в цьому практична необхідність? Відповідь на це питання має складатися із двох складових: чи є потреба в чіткому розмежуванні договірних ризиків між сторонами й чи необхідно такий поділ провести законодавчо?

Договір, як указувалося, сам по собі становить взаємне розмежування ризиків. Достатньо лише уважно поставитися до його прочитання або складання, і ризики стануть очевидними. Але чи так важливо саме законодавче розмежування ризиків сторін за договором? Видається, що теза про законодавче закріплення всіх ризиків є частиною більш широкого бажання окремих сучасних учених помістити все приватне право в «прокрустове ложе» норм законодавства. Зрозуміло, найбільш важливі для сторін ризики повинні бути закріплені й/або обмежені законодавчо, що має місце на сьогодні. ЦК України й низка інших законів установлюють істотні умови договорів, закріплюють основні права й обов'язки сторін, межі взаємних вимог сторін.

Виконання договірної зобов'язання також пов'язане для сторін із певними ризиками. Ст. 526 ЦК України формулює загальні вимоги, які висувуються до всіх сторін у цивільно-правовому зобов'язанні: зобов'язання має виконуватися належним чином. Виконання зобов'язання полягає в учиненні кредитором і боржником дій, що становлять зміст їхніх прав і обов'язків. Виконання належним чином означає виконання згідно з умовами договору, ЦК України, інших актів цивільного законодавства. А за відсутності таких положень і умов – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що зазвичай висувуються. Зрозуміло, що боржник повинен виконувати зобов'язання перед кредитором. Частина 2 ст. 527 ЦК України надає кожній зі сторін у зобов'язанні право вимагати доказів того, що обов'язок виконується належним боржником або виконання прийма-

ється належним кредитором чи уповноваженою на це особою. Якщо сторона не скористається своїм правом, то вона понесе ризик наслідків невиконання такої вимоги. Ризик у цьому випадку знову означає можливий позитивний або негативний результат. Як приклад можна навести договір купівлі-продажу. За цим договором продавець зобов'язується передати річ у власність покупцеві, а покупець – прийняти цей товар і сплатити за нього певну грошову суму. Покупець товар прийняв і повинен був оплатити товар, але помилково заплатив не продавцеві, а зовсім сторонній особі. Продавець може й не згадати про обов'язок покупця сплатити за отриманий товар, що для покупця означає безумовну радість. Але такий варіант, зрозуміло, малоймовірний, хоча іноді й зустрічається на практиці. А ось протилежний результат для покупця набагато ймовірніший. Відповідно до ч. 3 ст. 629 ЦК України, у разі прострочення оплати товару продавець має право вимагати оплати товару та сплати процентів за користування чужими коштами. Це й будуть наслідки невиконання такої вимоги.

Особливого ризикового наповнення набуває зміна обставин під час виконання договору, що може призвести до дисбалансу зобов'язань сторін договору. Може існувати безліч обставин, які знаходяться поза їхнім контролем і здатні зробити марною початкову угоду: страйк, війна, заборона, зміна правових норм (законодавства). Ця обставина має особливе значення для довгострокових договорів. Сторони не завжди можуть передбачити такі обставини й передбачити в договорі правові механізми їх урахування.

Правове регулювання правових наслідків зміни обставин, які існують при укладенні договору, як правило, будується на основі одного із двох ключових принципів договірної права: принципу, згідно з яким договори мають виконуватись (*pacta sunt servanda*), або застереження про незмінність обставин (*clausula rebus sic stantibus*). Правові

системи більшості країн містять норми, що дозволяють змінити договори, якщо зовнішні обставини вносять зміни, вищі за прийнятний рівень. Основних способів зміни договорів два: власне зміна договору, тобто зміна умов договору (і як наслідок – зобов'язань між сторонами) при збереженні самого договору в силі; розірвання договору.

Так, у США використовується доктрина «нездійсненності» виконання. Для встановлення факту ненастання певних подій як основної передумови укладення договору необхідно з'ясувати, яка зі сторін договору прийняла на себе ризик цієї події. При укладанні договорів про виготовлення та поставку товару за заздалегідь фіксованими цінами продавець, наприклад, приймає на себе ризик підвищення виробничих витрат у нормальних межах. Однак, якщо в ході надзвичайних подій різко, у десятки разів, підвищується вартість товару для продавця, суд може визначити, що продавець не брав на себе такий ризик, ґрунтуючись на тому, що ненастання надзвичайної події було «основною передумовою» укладення договору [8, с. 65]. У розглянутій ситуації можна говорити або про те, що боржник не приймав на себе такого ризику, або про те, що суд має право зняти з нього цей ризик через його надзвичайну обтяжливість.

У Великобританії застосовується доктрина «фрустрації» (втрати договором свого сенсу). Ця доктрина застосовується тільки у випадках, коли виконання договору виявилось неможливим унаслідок загибелі (знищення) об'єкта договірної зобов'язання без вини сторін. У таких випадках суд приймає щодо сторін справедливе й розумне (just and reasonable) рішення, якого вимагає нова ситуація. Таке рішення суд може прийняти тільки в тому випадку, якщо зміна обставин не підпадає під визначення «разумно приймаемого во внимание» (normally considered) ризику. Інших засобів правового захисту в ситуації зміни обставин, крім зазначеного, англійське право не надає.

Французьке право, за загальним правилом, неохоче йде на зміну умов договору, навіть якщо обставини змінилися. Принцип виконання зобов'язань має пріоритет перед позовами *ex post modify* за кількома винятками. Так, публічні договори можуть бути змінені або розірвані судом; договір може бути змінений, якщо обставину, що стоїть на шляху виконання зобов'язання, не можна було передбачити, наприклад, після Першої та Другої світових війн парламент дозволив судам зупиняти договори, які були укладені до початку будь-якої з цих війн.

У Швеції можливість зміни договору у зв'язку зі зміною обставин регулюється ст. 36 Закону про договори (Act of contracts). Указаною нормою суду надано право змінювати договір на випадок, коли зобов'язання для однієї зі сторін стає невинновано обтяжливим, наприклад, коли обставини змінилися уже після того, як договір набув сили, суд вправі змінити договір як повністю, так і окремі його положення.

Італійське право надає стороні в договірному зобов'язанні можливість розірвати договір у тому разі, якщо його виконання стає надмірно обтяжливим (скрутним) унаслідок непередбачених обставин [3].

Відповідно до ст. 652 ЦК України, істотна зміна обставин, із яких сторони виходили при укладенні договору, є підставою для його зміни або розірвання, якщо інше не передбачено договором або не впливає з її суті. При цьому зміна обставин визнається істотною, коли вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це розумно передбачити, договір узагалі не був би ними укладений або був би укладений на умовах, що значно відрізняються. Отже, договір може бути розірваний або змінений, оскільки сторони не могли розумно передбачити відповідні ризики при його укладенні або прийнятій боржником на себе ризик виявився надзвичайно обтяжливим і в будь-якому випадку суттєво порушує майнові інтереси однієї зі сторін.



Невиконання юридичного обов'язку, порушення договірної зобов'язання завдає удару по майновій сфері уповноваженої особи. Отже, ризики невиконання або неналежного виконання зобов'язання несе кредитор, хоча б тому, що саме він має інтерес у виконанні обов'язку боржником. Разом із тим цивільне право здатне певною мірою перерозподілити не вигідні наслідки правопорушення: правовим засобом перерозподілу не вигідних майнових наслідків правопорушення в інтересах слабкої сторони (кредитора) є цивільно-правова відповідальність.

З метою забезпечення інтересів кредитора чинне цивільне законодавство України закріпило принцип захисту прав кредитора, що виражається у презумпції вини боржника та нормах про підприємницький ризик. Частина 2 ст. 614 ЦК України встановлює презумпцію вини боржника: відсутність вини доказується особою, котра порушила зобов'язання. В інтересах вірителя ст. 549 ЦК України встановлена неустойка (штраф, пеня), яка може визначатися як договором, так і законом: для сплати неустойки кредитор не має доводити завдані збитки (ч. 1 ст. 550 ЦК України), що також гарантує інтереси уповноваженої особи; треба довести лише порушення зобов'язання.

Використовуючи різні види цивільно-правової відповідальності (солідарну, субсидіарну, часткову, за дії третіх осіб), законодавець по-різному упорядковує інтереси суб'єктів і по-різному розподіляє ризики правопорушника.

Ученими називаються й інші способи розподілу ризику, які не будуть детально вивчені в цьому дослідженні, лише поіменовані, а саме: з'ясування правового становища учасників право-відносин у частині визначення майна, за яке вони відповідають; установлення черговості у виконанні зобов'язання; державна реєстрація права (права власності і прав на результати інтелектуальної власності й засоби індивідуалізації); вимоги до форми правочинів, що опосередковують перехід права, і

їхня державна реєстрація (письмова форма, нотаріальне завірення).

Цікавим є також питання виведення єдиного критерію розподілу ризиків. Задля цього вчені зосереджують увагу на цілях у праві. Основною метою, звичайно, виділяють справедливість, зміст якої зумовлює сенс багатьох правових інститутів, а також інших цілей, що стоять рангом нижче. Однак справедливість є надмірно абстрактним правовим принципом, що дає змогу лише грубо поділити всі можливі правові рішення однієї проблеми на справедливі й несправедливі. На практиці цього виявляється недостатньо, оскільки часто вибір доводиться робити між кількома ргіта facie справедливими, що не суперечать законодавству, рішеннями. Тому спектр «цілей у праві» не може вичерпуватися тільки однією справедливістю. Серед них існують і більш-менш автономні підлеглі цінності, такі як економічна ефективність, чіткі послідовне втілення в життя сприяє збільшенню добробуту кожного з нас. Спроби знайти універсальний критерій розподілу ризику увінчалися симбіозом справедливості й економічної ефективності, полягають у такому: ризик має покладатися на ту сторону договору, для якої витрати його несення становлять мінімальне значення, порівняно з витратами контрагента. Ця умова виконується у двох випадках: 1) сторона має можливість самостійно запобігти настанню несприятливих наслідків, у тому числі за рахунок вияву підвищених заходів обачливості й обачності, порівняно з тим рівнем, який вимагається від неї за характером зобов'язання та умовам обороту, при тому що інша сторона такої можливості позбавлена або для неї це буде пов'язано з великими витратами, 2) сторона має можливість управляти ризиком із порівняно меншими витратами на укладення договору страхування або на «самострахування» за рахунок утворення резервного фонду для покриття збитків по окремих договірних зв'язках [9, с. 96].



Отже, розподіл ризиків і їх обмеження виконують забезпечувальну функцію в цивільно-правовому регулюванні. Зрозуміло, що найбільш важливі для сторін ризику повинні бути закріплені й/або обмежені законодавчо, проте цей процес не має набувати всеосяжних масштабів.

Ключові слова: цивільне право, договірні відносини, поняття ризику, розподіл ризику, кредитор, суб'єкти зобов'язань, порівняльний аналіз, правова система, виконання зобов'язань, правові наслідки.

У статті розглядаються основні положення й критерії розподілу ризику в договірних відносинах, визначаються правові засоби розподілу ризиків між суб'єктами зобов'язань. Наводяться погляди провідних учених стосовно розподілу ризику в зобов'язальних відносинах. Подаються приклади цих правовідносин у правових системах США, Великобританії, Франції, Швеції та Італії. Аналізується категорія ризику при невиконанні або неналежному виконанні зобов'язання за цивільним законодавством України.

В статье рассматриваются основные положения и критерии распределения рисков в договорных отношениях, определяются правовые средства распределения рисков между субъектами обязательств. Приводятся взгляды ведущих ученых относительно распределения рисков в обязательственных отношениях. Приводятся примеры данных правоотношений в правовых системах США, Великобритании, Франции, Швеции и Италии. Анализируется категория риска при невыполнении или ненадлежащем выполнении обязательства в гражданском законодательстве Украины.

In the article the basic provisions and criteria for the distribution of risk in contractual relations, legal means defined distribution of risks between entities obligations. We present the views of leading scientists concerning the allocation of risk in the binding relationship. Examples relationships defined in the legal systems of the United States, Britain, France, Sweden and Italy. Category analyzed in the risk of failure or improper performance of obligations under the civil legislation of Ukraine.

Література

1. Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права / Я.М. Магазинер. – СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 382 с.
2. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / В.П. Грибанов. – 2-е изд., стереотип. – М. : Статут, 2001. – 411 с.
3. Вячеславов Ф.А. Распределение рисков: понятие и значение в гражданском праве / Ф.А. Вячеславов // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». – 2007. – № 4. – С. 78.
4. Мейер Д.И. Русское гражданское право : в 2 ч. / Д.И. Мейер. – 8-е изд., исправленное и дополненное в 1902. – М., 1997. – Ч. 2. – 1997. – С. 151.
5. Fleming J. The Law of Torts / J. Fleming. – 9-th edition. – North Ryde NSW: LBC, 1998. – P. 3–5.
6. Oliver Wendell Holmes, Jr. The Common Law. 1881. – P. 300.
7. Roy Kreitner, Essay “Speculations of Contract, or How Contract Law Stopped Worrying and Learned to Love Risk”, in Columbia Law Review, Volume 100, 2000. – P. 1134.
8. Комаров А.С. Відповідальність у комерційному обороті / А.С. Комаров. – М., 1991. – 208 с. – С. 65.
9. Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование / Д.А. Архипов. – М. : Статут, 2012. – 112 с.