

УДК 347.132:347.44

**Марина Великанова,**

канд. юрид. наук, доцент,

доцент кафедри правознавства

Київського національного університету культури і мистецтв

## ПІДХОДИ ДО РОЗПОДІЛУ ДОГОВІРНИХ РИЗИКІВ

Ця стаття присвячена дослідженню підходів до розподілу договірних ризиків. Робиться висновок, що розподіл договірних ризиків як спосіб впливу на ризик може здійснюватися із застосуванням як диспозитивного, так і імперативного прийомів. Це дозволить максимально ефективно врахувати інтереси сторін договірних відносин та досягти пропорційності і розумного балансу між публічним інтересом та охоронюваними законом правами й інтересами приватних осіб.

**Ключові слова:** ризик, вплив на ризик, розподіл ризиків, несення ризику, управління ризиком, договір.

**Постановка проблеми.** Надзвичайно важливим питанням, поряд із проблемою розмежування договорів на ризикові та мінові, є питання несення ризику, тобто визначення підходів до розподілу ризику між сторонами у названих договорах. Нині підходи до розподілу ризиків в алеаторних договірних конструкціях здебільшого є напрацьованими і зрозумілими, оскільки сторони чітко розуміють ризиковий характер такого договору і, більше того, укладають цей договір саме через бажання певним чином розподілити наслідки окремих ризиків. Тому в таких договорах розподіл ризиків не залишається поза увагою його сторін. Що ж стосується неалеаторних (мінових, комутативних) договорів, то «латентність» ризиків, які супроводжують ці договори (ризик випадкової втрати предмета виконання договору, ризик невиконання чи неналежного виконання договору тощо), призводить до того, що сторони дуже часто «забувають» визначити у договорі підходи до розподілу таких ризиків, узгоджуючи насамперед умови щодо предмета, ціни, строків. Зрозуміло, що в такому разі, коли настають негативні наслідки ризику, використовуються загальні правила, що діють за замовчуванням. Але не завжди використання таких загальних правил речового чи зобов'язального права дозволяє справедливо розподілити ті ризики, які виникли у конкретних договірних відносинах. Тому особливої актуальності набуває питання несення договірних ризиків.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблематикою розподілу ризику цікавились економісти Ф. Найт, Г. В. Чернова, А. А. Кудрявцев, Л. І. Донець; правники-цивілісти Д. І. Мейер, Я. М. Магазинер, Р. А. Майданик, Н. І. Майданик, О. Андреева, О. Мельник, Д. А. Архипов, Ф. О. Вячеславов, А. Г. Мартіросян та Р. А. Крючков.

Однак запропоновані підходи до розподілу договірних ризиків ще потребують удосконалення. Тому наукові пошуки у цьому напрямі є актуальними.

У зв'язку з цим **метою** даної публікації є загальнотеоретична характеристика підходів до розподілу договірних ризиків.

**Виклад основного матеріалу.** Сьогодні досить активно дискутується питання визначення єдиного критерію розподілу договірних ризиків. Д. А. Архипов пропонує категорію несення договірних ризиків розуміти як спосіб визначення сторони зобов'язання, яка візьме на себе негативні наслідки випадку або непереборної сили. Такий обов'язок прийняття негативних наслідків може бути здійснений у формі або погіршення власної майнової сфери, або вчинення дій, спрямованих на компенсацію майнової сфери іншої сторони зобов'язання [1, с. 32-33]. Виходячи з того, що укладення договору передбачає узгодження волі обох сторін, то прийняття ризику учасниками договірних відносин здійснюється на компромісній основі. А це означає, що ризики однієї сторони бере на себе інша за умови надання їй відповідної компенсації. При цьому така компенсація має бути меншою за шкоду у разі настання негативних наслідків ризику, інакше потреба в договірному розподілі ризиків відпадає.

Досить поширеним у тому числі і в системі континентального права є підхід покладення ризику на ту сторону договору, для якої несення ризику є найменш витратним. Як правило, це сторона, яка може або ефективно управляти ризиками за рахунок страхування чи самострахування (наприклад, страховик, акумулювавши значні суми коштів, які залучаються від різних страховальників, має можливість значно мінімізувати свої ризики за законом великих чисел), або має більше можливостей при менших за-

трахах вплинути на настання негативних наслідків чи хоча б прорахувати можливість їх настання та визначити стратегію своєї поведінки в умовах ризику. Тому в основі розподілу ризиків у договірних відносинах має лежати принцип економічної доцільності. З цього приводу О. А. Воловик зазначає, що розподіл договірних ризиків між сторонами доцільно вирішувати із застосуванням критерію економічної ефективності. На її думку, правовий аналіз і розвиток концепцій захисту слабкої сторони договору та розподілу договірних ризиків потребує привнесення економічного підходу за рахунок залучення концептуального каркасу економічного аналізу права, нової інституціональної економічної теорії [2, с. 136]. Своєю чергою, означений принцип може бути реалізованим за рахунок диспозитивного та імперативного прийомів розподілу ризиків.

На думку А. Г. Мартиросяна, метод розподілу наслідків ризику зумовлюється відносинами, що регулюються цивільним правом. Якщо розподіл благ здійснюється відповідно до мети, яку мають перед собою учасники цивільного обороту, і це визначає домінування позитивного підходу в цивільно-правовому регулюванні, то негативні наслідки ризику повністю не можуть залишатись у сфері диспозитивного регулювання. Це, за твердженням автора, є природним, оскільки приватний інтерес схильний уникати невідгідних майнових наслідків. Тому поведінка суб'єктів цивільного права у разі розподілу ризику невідгідних майнових наслідків потребує імперативного регулювання [3].

Виправданим є розуміння Д. А. Архиповим призначення диспозитивного способу розподілу договірних ризиків, яке полягає, на його думку, перш за все, в необхідності заповнити відсутню волю сторін зобов'язання. Стимулюючи переговорний процес, законодавець має пропонувати учасникам цивільного обороту оптимальні правила. Закріплення в диспозитивній нормі економічно ефективного критерію розподілу договірних ризиків є для обох сторін найкращим правовим вибором, оскільки це сприяє покращенню їх добробуту [1, с. 63].

Диспозитивний прийом передбачає свободу сторін у покладенні ризиків на одну із них і має домінувати у приватних відносинах. При цьому необхідно досить чітко і однозначно розуміти суть диспозитивності. Не викликає сумнівів диспозитивний підхід у регулюванні відносин, коли у нормі має місце вказівка на можливість зміни закріпленого правила поведінки за домовленістю сторін. Втім якщо таке положення не знайшло свого відображення у нормі праві, то досить

часто можна спостерігати вагання у визнанні її диспозитивного характеру. З цього приводу Р. Бевзенко слушно зазначає, що якщо в нормі зобов'язального права немає вказівки на можливість сторін встановити в договорі інше правило, ніж те, що передбачено в нормі, то сам по собі цей факт не робить норму імперативною: це має бути досить зрозуміло виражено у ній самій. Таке розуміння диспозитивності, за твердженням самого автора, є реалізацією загального принципу «дозволено все, що не заборонено» [4, с. 13-14].

Реалізація принципу диспозитивності здійснюється через дві базові моделі правового регулювання договірних відносин – внутрішнє регулювання (саморегулювання) та зовнішнє регулювання. Перша модель передбачає реалізацію сторонами наданої можливості саморегулювання й обмеження кола умов договору лише ініціативними умовами, якщо законодавством або не встановлено коло обов'язкових умов, або коли вони хоча і передбачаються, проте законодавство не містить прямого застереження про неможливість сторонам відступити від цих вимог. Суть другої моделі полягає в тому, що сторони відмовилися від наданої їм можливості саморегулювання і погодилися із зовнішнім регулюванням договірних відносин актами цивільного законодавства [5, с. 19-20].

У науковій літературі висловлюється теза, що договір є найбільш досконалим засобом розподілу ризиків [6, с. 98]. Загалом погоджуючись із такою роллю договору, Н. І. Красноярова вказує на те, що ця теза має бути комплексно досліджена, оскільки сама по собі вона не дає нового знання. На думку вченої, теоретично розподіл ризику у договорі є результатом правової самопомоги зі створення превалюючих над установками диспозитивних норм права конкретно-правових рішень корегування та/або ініціативного встановлення ризику за конкретним договором. Тобто договором змінюються диспозитивні положення закону про розподіл ризиків на весь час існування договірних зобов'язання. Таке договірне коригування розподілу ризиків є переважаючим стандартом для конкретних контрагентів індивідуального договору, на противагу їх розподілу диспозитивною нормою, що дає лише середній найкращий стандарт для будь-якого учасника ділового обороту [7, с. 77].

На диспозитивному підході до розподілу ризиків наполягає й Ф. О. Вячеславов. Зокрема, автор зазначає, що правовою основою розподілу ризиків у приватному (цивільному) праві є диспозитивний метод та індивідуалізм приватного права, погоджуючись із М. М. Агарковим у тому, що під індивідуа-

лізмом необхідно розуміти надання самому суб'єкту можливості визначення тих цілей, яких він бажає досягти шляхом здійснення свого права [8, с. 86]. У межах самостійної цілеспрямованої вольової діяльності суб'єкти цивільного обороту отримують можливість вирішення питання несення можливих невідгідних наслідків певної обставини, а також характеру і змісту таких невідгідних наслідків. Взаємний характер діяльності суб'єктів при розподілі ризиків дозволяє, на думку вченого, врахувати інтереси як боржника, так і кредитора [9, с. 13].

Як видно, провідну роль при диспозитивному розподілі ризиків відіграє свобода договору як базова засада договірних відносин. Принцип свободи договору, закріплений ст. 3 ЦК України, є певною мірою проявом диспозитивності у договірних відносинах, що передбачає можливість особи вільно, на власний розсуд здійснювати свої цивільні права. Цей принцип деталізовано у ст. 627 ЦК України, відповідно до якої сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Втім, слушно видається думка, що зміст договірної свободи сторін є значно ширшим і включає також: вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; свободу вибору сторонами форми договору; право сторін укладати як договори, передбачені законом (поіменовані), так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать (не поіменовані); право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати чинність укладеного ними договору; визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; можливість установлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [10, с. 146].

Сторони договірного зобов'язання, використовуючи надану їм можливість самостійно розподілити ризики, можуть використовувати різноманітні способи (методи) договірного впливу на ризики. У наукових публікаціях, присвячених правовому управлінню ризиками, можна прочитати розмаїття рекомендацій щодо способів розподілу означених ризиків. Так, наприклад, К. А. Возняковська виділяє такі три основні способи: 1) розподіл ризику самими сторонами зобов'язання на основі договору; 2) покладання ризику на третю особу, яка бере на себе цей ризик за плату (страхування); 3) покладання ризику на конкретну особу на підставі імперативної вказівки закону, в тому числі й на особу, яка не є учасником зобов'язання (обов'язкове страхування) [11, с. 79-80]. Така позиція вченої видається дещо спірною. Не зовсім зрозуміло, чим відрізняється перший спосіб роз-

поділу договірного ризику від другого. Адже і в першому, і в другому випадках ризик розподіляється, за висловом самої авторки, «на основі договору». Скоріше за все, дослідниця мала на увазі не підставу розподілу ризику, а визначення суб'єктів його несення (сторони договору чи треті особи). У цьому значенні вдалішим є поділ способів розподілу ризику в договірних зобов'язаннях, запропонований О. Андреевою, яка веде мову про: 1) розподіл ризиків між учасниками договірного правовідношення; 2) покладення ризиків на третю особу; 3) використання інших способів управління ризиками [12, с. 8]. Щодо третього способу, названого К. А. Возняковською, то не доцільно відносити його до способів договірного розподілу ризиків, оскільки він має явно позадоговірну природу. Думается, що автор хотіла вказати саме на два підходи у розподілі договірних ризиків – диспозитивний та імперативний.

Поряд із диспозитивним не остання роль у розподілі договірних ризиків належить й імперативному підходу. Як слушно зазначається у спеціальній літературі, у ряді випадків держава (законодавець) втручається у такий розподіл, керуючись публічним інтересом чи надаючи пріоритет визначеним приватним інтересам [6, с. 98]. Ці два підходи, на думку С. С. Алексєєва, є найпростішими прийомами регулювання суспільних відносин. Вчений підкреслював, що регулювання державою поведінки учасників суспільних відносин може здійснюватись безпосередньо, зверху (імперативне регулювання) або опосередковано, надаючи суб'єктам можливість самостійно визначати умови своєї поведінки (диспозитивне регулювання) [13, с. 178]. Правда, автор вказував на дозованість можливості самостійного встановлення правил поведінки. Варто зазначити, що це було домінуючою ідеєю радянської правової доктрини, якою диспозитивність розумілась як можливість суб'єкта на свій розсуд визначати поведінку тільки у випадках, прямо встановлених в законі. Сьогодні у зміст диспозитивності вкладається значно ширше коло повноважень, про що йшлося вище.

Імперативний спосіб, за твердженням Д. А. Архіпова, передбачає покладання імперативною нормою ризику, прямо поіменованого в законі, на ту чи іншу сторону договору, метою якого є обмеження обсягу ризиків, що можуть бути покладені на одну зі сторін договору. На його думку, у сферу застосування такого способу мають входити відносини, для яких притаманна економічна нерівність сторін, що провокує економічно сильнішу сторону переносити всі свої ризики на слабку сторону договору [1, с. 63].

Підтримує таку позицію й О. Андреева, яка зазначає, що законодавець з метою обмеження обсягу ризиків, які можуть покладатись на одну зі сторін договору, імперативно визначає сторону, яка бере на себе ймовірність реалізації таких ризиків. Це характерно для відносин, в яких існує нерівність сторін [12, с. 9].

Загалом, суть імперативного способу регулювання цивільних відносин зводиться до регулювання таких відносин згори вниз, що ґрунтується на владно-імперативних засадах [14, с. 155]. Це створює можливість для уповноваженої особи в односторонньому порядку безпосередньо визначати поведінку інших осіб, а всі інші особи мають підкорятися [15, с. 120-122]. Імперативний метод є таким способом правового регулювання, за якого учасникам правовідносин надається лише один, суворо визначений варіант поведінки. При цьому нормами точно визначається порядок виникнення і припинення, характер, обсяг і зміст прав та обов'язків учасників суспільних відносин [16, с. 444]. На думку Т. С. Кивалової, характерними рисами імперативного елемента цивільно-правового методу правового регулювання є: 1) юридична рівність сторін; 2) виникнення правовідносин незалежно від бажання учасників цивільних відносин внаслідок безпосереднього припису закону; 3) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанта поведінки лише у межах, визначених актами цивільного законодавства [14, с. 157].

Виходячи із зазначеного, застосування імперативного підходу позбавляє сторони договору можливості змінити передбачений законом розподіл договірних ризиків або взагалі від нього відмовитись, встановивши власне правило несення таких ризиків.

Доцільність такого обмеження договірної свободи при розподілі ризиків може бути зумовлена різними обставинами. Як слушно зазначає Н. С. Кузнецова: «...На відміну від галузей публічного права у цивільному праві, яке містить у концентрованому вигляді приватноправовий «код», пріоритет у виборі моделі поведінки зазвичай має належати самим суб'єктам. І тільки у виняткових випадках, з мотивів необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, у цивільно-правових нормах з'являється імператив» [17, с. 11]. Тут виникає логічне питання: коли (за яких умов) держава має втрутитись у договірні відносини з приводу розподілу ризику та встановити обов'язкове правило, що не може бути змінене домовленістю сторін. Тобто коли виникає необхід-

ність реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку.

В. П. Грибанов писав, що будь-яке суб'єктивне право має соціальну цінність лише за умови наявності можливості його реалізувати. Надаючи учасникам відносин суб'єктивні права, цивільне законодавство надає уповноваженому суб'єкту також і необхідну свободу поведінки, яка забезпечує перетворення можливостей в реальність, встановлює правові гарантії здійснення цих прав. Втім, як саме суб'єктивне право за змістом, так і та свобода, що гарантується законом, не можуть бути безмежні. Будь-яке суб'єктивне право має певні межі як за змістом, так і за характером його здійснення. Межі є невід'ємною властивістю суб'єктивного права, оскільки за відсутності таких меж право перетворюється у свою протилежність – свавілля – і тим самим взагалі перестає бути правом [18, с. 11]. Власне, необхідність встановлення меж суб'єктивного права і може бути причиною застосування імперативного підходу розподілу договірних ризиків.

У природі людини закладено прагнення до задоволення насамперед власного інтересу з найменшими витратами, що доведено економічною та психологічною науками. Це здебільшого і зумовлює поведінку людей в тому числі й у майнових відносинах. Звідси і бажання перекладення всього або хоча б значної частини ризику на іншу сторону. Зрозуміло, що при фактичній рівності сторін у договірних відносинах такий розподіл ризику неможливий, оскільки цей дисбаланс навряд чи сприятиме досягненню згоди між ними. Скоріше за все, такий договір взагалі не буде укладено. Інша річ, коли йдеться про договірні відносини, де відсутня фактична рівність сторін, де одна сторона має сильніші позиції, а тому може домінувати у встановленні правил поведінки. Зокрема, це стосується публічних договорів, страхових, кредитних відносин, надання житлово-комунальних послуг, перевезення. Як відомо, дуже часто споживач таких продуктів чи послуг перебуває у не вигідному становищі, коли змушений укласти договір на запропонованих умовах. Тому в літературі висловлюється думка, що застосування імперативного способу розподілу договірних ризиків зумовлюється необхідністю: 1) врахувати характер договірних відносин; 2) забезпечити баланс майнових інтересів сторін; 3) обмежити стимули до недобросовісної поведінки однієї зі сторін [1, с. 63].

Слушною є висловлена Д. А. Архиповим думка, що імперативне обмеження ри-



зиків здійснюється через: 1) визначення у договорі сторони, на яку покладається несення конкретного ризику; 2) встановлення відповідальності на засадах ризику (без урахування вини); 3) пом'якшення відповідальності осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність, до меж відповідальності за наявності вини; 4) встановлення спеціальних підстав припинення договірних зобов'язань або спеціальних обов'язків сторін на випадок настання тих чи інших непередбачених обставин [1, с. 64]. Зазначені засоби розподілу ризиків дозволяють ефективно та раціонально вирішити питання несення ризиків у договірних відносинах.

Отже, імперативний спосіб має застосовуватися тоді, коли це виправдано захистом економічно слабшої сторони договору чи зумовлено економічною ефективністю. У такому разі законодавець встановлює правила розподілу ризиків, які є обов'язковими для сторін договору і не можуть бути ними змінені.

#### Висновки і перспективи подальших розвідок.

Застосування диспозитивного та імперативного підходів у розподілі договірних ризиків дозволить оптимально та максимально ефективно врахувати інтереси сторін договірних відносин та досягти пропорційності і розумного балансу між публічним інтересом та охоронюваними законом правами і інтересами приватних осіб.

#### Список використаних джерел:

1. Архипов Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование / Д. А. Архипов. – М.: Статут, 2012. – 112 с.
2. Воловик О. А. Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції) / О. А. Воловик // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 2 (14). – С. 125-138.
3. Мартиросян А. Г. Теория риска в гражданском праве РФ : монография / А. Г. Мартиросян. – Режим доступа : <https://books.google.com.ua/books?id=ry7TCgAAQBAJ&pg=PT15&lpg=PT15&dq=%D1%8F.%D0%BC.+%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80+%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&source=bl&ots=cy7dQoqGVE&sig=RfTz5GDhp1O0FHuMJfIweuR1MIQ&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwjJrMvt09PUAhW0NJoKHctgApQQ6AEITAA#v=onepage&q=%D1%8F.%D0%BC.%20%D0%BC%D0%B0%D0%B3>

%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80%20%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&f=false.

4. Бевзенко Р. Свобода договора и пределы диспозитивности в гражданском праве / Р. Бевзенко // Закон. – 2013. – № 11. – С. 13-14.

5. Сібільов М. Базові моделі регулювання договірних відносин за новим Цивільним кодексом України / М. Сібільов // Українське комерційне право. – 2003. – № 4. – С. 17-20.

6. Андреева О. Особенности проявления риска в договорному праву / О. Андреева // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Серія: Юридичні науки. – 2013. – № 95. – С. 96-99.

7. Красноярова Н. И. Правовое управление рисками по международным коммерческим контрактам / Н. И. Красноярова // Евразийский юридический журнал. – 2015. – № 5 (85). – С. 76-82.

8. Агарков М. М. Ценность частного права / М. М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву. – 2002. – Т. 1. – С. 42-105.

9. Вячеславов Ф. А. Распределение рисков в договорных обязательствах : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право, семейное право, гражданский процесс, международное частное право» / Ф. А. Вячеславов ; Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. – М., 2008. – 30 с.

10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : [у 2 т.] / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – 4-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – Т. II. – 1056 с.

11. Возняковська К. А. Ризик у господарському договірному праві / К. А. Вознякова // Право та державне управління. – 2015. – № 2 (19). – С. 77-81.

12. Андреева Е. Понятие и способы управления рисками в договорных обязательствах в гражданском праве / Е. Андреева // Legea si viata. – 2014. – № 1/2 (265). – С. 7-10.

13. Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1975. – 260 с.

14. Ківалова Т. С. Особенности правового регулирования гражданских отношений возмещения вреда / Т. С. Ківалова // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 37. – С. 154-159.

15. Харитоновна О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії) : монографія / О. І. Харитоновна. – О.: Юрид. л-ра, 2004. – 328 с.

16. Марченко М. Н. Теория государства и права : учеб.-метод. пособ / М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 2001. – 640 с.

17. Кузнецова Н. Принципы современного договорного права Украины / Н. Кузнецова // Українське комерційне право. – 2003. – № 4. – С. 9-16.

18. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов. – М.: «Российское право», 1992. – 207 с.

*Эта статья посвящена исследованию подходов к распределению договорного риска. Делается вывод, что распределение договорных рисков как способ воздействия на риск может осуществляться с применением как диспозитивного, так и императивного приемов. Это позволит максимально эффективно учесть интересы сторон договорных отношений и достичь пропорциональности и разумного баланса между общественным интересом и охраняемыми законом правами и интересами частных лиц.*

**Ключевые слова:** риск, распределение рисков, несение риска, управление риском, договор.

*This article is devoted to the study methods of treat the contractual risk. The conclusion is made that the distribution of contractual risks, as a way of treat the risk, can be carried out with the use of both dispositive and imperative methods. This will allow the best interests of the parties to the contractual relations to be taken into account as much as possible and achieve the proportionality and reasonable balance between the public interest and the rights protected by the law and the interests of individuals.*

**Key words:** risk, risk distribution, risk taking, risk management, contract.

