

Секция «Юриспруденция»

**Договор как средство распределения рисков в гражданском праве**

**Андреева Елена Викторовна**

*Аспирант*

*Киевский Национальный Университет имени Тараса Шевченко, Юридический*

*факультет, Киев, Украина*

*E-mail: l\_shem@mail.ru*

В гражданском законодательстве (как Украины, так и России) термин «риск» используется во многих нормах права, которые вкладывают в него разный смысл. Отсутствие единого однозначного подхода к определению данного понятия - не способствует его распространению в правоприменении. Мнения отдельных ученых о том, что каждая отдельная отрасль, подотрасль права, правовой институт должны рассматривать риск по-своему, учитывая особенности его применения в конкретной сфере, противоречат принципу единства правовой системы государства. [1, с. 21]

К проблемам исследования понятия «риск» в договорном праве обращались следующие ученые: Н.Н. Агарков, Д.И. Мейер, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Ф.А. Вячеславов, В.П. Грибанов, Р.А. Майданик, Н.И. Майданик, И.С. Тимуш, В.И. Серебровский и другие. Однако понятие обязательственного риска в гражданском праве до настоящего времени совершенно не разработано.

В настоящее время в гражданском праве превалирующим является нормативистское представление о договоре, как о договоренности («соглашении» – в ч. 1 ст. 420 ГК РФ) лиц, направленной на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (Ст. 626 ГК Украины). В доктрине гражданского права неоднократно подчеркивалось, что вышеприведенное законодательное определение сужает понятие договора, а отдельные ученые даже утверждают, что такая дефиниция может применяться только для консенсуальных договоров, поскольку термин "договоренность" признать конклюдентными действиями или действиями по передаче имущества в реальных договорах невозможно. [2, 5] Несмотря на то, что изменения в ГК Украины относительно расширения толкования понятия «договор» внесено не было, а выход был найден путем трактовки понятия «договоренность» в более широком смысле (согласование воли сторон (двух или нескольких), направленной на достижение определенного правового результата). Наука гражданского права оперирует множеством подходов к классификации договорных конструкций, используя при этом какой-то обобщающий критерий. Одним из таких критериев классификации является условие возмездности или безвозмездности договорного обязательства. В течение достаточно долгого времени данная классификация была завершена и отечественные ученые не предлагали ее расширить. Однако в некоторых зарубежных странах законодательством и доктриной такой тип договоров как возмездные, делился на еще более мелкие виды - меновые (коммутативные) и рискованные (алеаторные). Так, во Французском гражданском кодексе содержится отдельный титул, посвященный «рисковым» договорам. Согласно ст. 1964 Французского гражданского кодекса: рискованным договором является «двустороннее соглашение, последствия которого как в отношении выгоды, так и в отношении потерь, зависят для всех сторон или для одной из них от неизвестных событий», ст. 1104 относит договор к числу рискованных в случае, если «эквивалент (того, что каждая сторона от-

даст или получит) содержится в шансах на выигрыш или потери для каждой из сторон и ставится в зависимость от случайных обстоятельств. Таким образом, риск в алеаторных договорах входит в структуру договорного правоотношения, и в зависимости от его реализации (нереализации), стоит говорить о размере встречного исполнения по таким договорным конструкциям. Рисковый характер может быть придан любому возмездному договору в случае, если предусмотренное договором исполнение или его объем были поставлены в зависимость от случайного обстоятельства.

Дореволюционным цивилистом Д.И. Мейером было высказано мнение о том, что каждое обязательство сопровождается риском или страхом, он утверждал, что обязанность несения убытков, если действие, которое является предметом обязательства и представляющееся при заключении его возможным, может оказаться впоследствии невозможным. Невозможность же совершения действия составляет ущерб в имуществе. Отсюда риск или страх по обязательству есть обязательство нести этот ущерб тому или иному участнику. [4, 151] При этом следует подчеркнуть, что Д.И. Мейером не было осуществлено разграничение виновного или невинного поведения личности, которое привело к невозможности выполнить действия, составляющие предмет обязательства.

В противовес алеаторному риску, который характерен для отдельных видов договоров, наукой гражданского права выделяют неалеаторный (обязательственный) риск, который является «внешним» риском исполнения обязательства, способного самостоятельно существовать и при его отсутствии. [5, 108]

Алеаторный и неалеаторный (обязательственный) риск является разновидностью риска в гражданском праве и поэтому на них распространяются общие признаки риска (неопределенность, альтернативность, возможность оценить результат проведенного выбора). Как довольно метко отмечает В.Н. Танаев, риск является базовой категорией частного права; фундаментальной, стержневой экономической категорией либерального общества, основным условием существования которого является свободный рыночный механизм. [6, 9] Однако, стоит заметить, что автор вышеприведенной позицией, пытается объединить две сферы жизни общества: экономическую и правовую. И хотя можно выделить основные точки соприкосновения данных понятий, однако ставить между экономическими и правовыми основами риска знак равенства не стоит. Учитывая взаимосвязь и взаимовлияние правового и экономического знания, с целью системного анализа понятия «риск», выявление его признаков, необходимо обратиться к анализу особенностей экономических и правовых дефиниций этого понятия.

Риск в экономическом смысле - это потери, убытки (негативное проявление риска) или прибыль (положительное проявление риска), которые возникают в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, или отклонения полученного результата от ожидаемого, что, как в первом, так и во втором случаях, возникает вследствие проявления неопределенности (недостаточной информации, влияния факторов внешней среды и т.д.). С экономической точки зрения действия субъекта предпринимательства в условиях риска рассматриваются как возможность (вероятность) получения прибыли от осуществления деятельности такого рода или убытков. Понятие «риск», которым оперирует экономическая отрасль знаний: его определение, признаки, основные элементы, нельзя безоговорочно переносить на правовую сферу. При анализе норм ГК Украины и Гражданского кодекса РФ (ГК РФ), которые регулируют договорные отношения, не было найдено никаких упоминаний о прибыльности того или иного до-

говора, более того, если в результате заключения договора участники гражданских правоотношений действуют в условиях риска и получают эквивалентную выгоду, тем самым в полной мере, удовлетворяя свои интересы, между ними не возникает споров, а все полученное по договору распределяется между его сторонами согласно условиям последнего. Более того, ГК Украины, как и ГК РФ, выделяется ряд поименованных договоров, которые являются безвозмездными (например, договор беспроцентного займа, дарения и т.п.). По утверждению М.И. Брагинского «возмездность [договора] не означает и даже не предполагает по общему правилу непременно эквивалентного предоставления обеими сторонами». [8, 93] Поддерживает такую позицию И.В. Елисеев, который отметил, что «рыночная экономика обеспечивает эквивалентность товарного оборота лишь на макроуровне, что не исключает неравенства встречного предоставления по отдельным договорам». [9, 100] Стоит отметить, что в ч. 5 ст. 626 ГК Украины установлено, что по общему правилу гражданско-правовой договор является возмездным, такое же положение можно найти в ч. 3 ст. 423 ГК РФ. По мнению В.И. Сергеева, которое находит поддержку у многих ученых, при заключении возмездных договоров соблюдение определенной эквивалентности является необходимым условием равноправия сторон. Иначе говоря, взаимное предоставление сторон при заключении возмездных договоров должно находиться в определенной пропорциональности. [10, 54] Итак, гражданское право в первую очередь призвано обеспечить стабильность гражданско-правового оборота и не связывает факт получения (неполучения) прибыли по договору с наступлением определенных правовых последствий. Исключением из этого общего правила является прежде п.2 ч.2 ст. 22 ГК Украины, ст. 223 ГК Украины, ст. 652 ГК Украины. В п. 2 ч. 2 ст. 22 ГК Украины законодателем установлено правило о возмещении упущенной выгоды как проявление компенсационной функции гражданско-правовой ответственности. В ст. 223 ГК Украины устанавливается правило о признании сделки, совершенной под влиянием тяжелого обстоятельства, недействительной. В основу такого признания положено не отсутствие прибыли у потерпевшей стороны, а наличие несоответствия в имущественной сфере по выполнению обязательства. Согласно ст. 652 ГК Украины договор может быть изменен или расторгнут по согласию сторон в случае существенного изменения обстоятельств, которыми стороны руководствовались при его заключении. Для изменения или расторжения договора по этому основанию должны выполняться одновременно все четыре условия, предусмотренные ч. 2 ст. 652 ГК Украины. Заслуживает внимания п. 3 ч. 2 ст. 652 ГК Украины, которым предусмотрено, что выполнение такого договора нарушило бы соотношение имущественных интересов сторон и лишило бы заинтересованную сторону того, на что она рассчитывала при его заключении. В данном случае законодателем делается попытка привязать «соотношение имущественных интересов» и «лишение того, на что она рассчитывала при заключении договора» к имущественным последствиям, но говорить о невозможности получения прибыли по договору в контексте этой части статьи нецелесообразно.

Таким образом, риск в гражданско-правовой сфере, в отличие от экономической, не связывается с наличием (отсутствием) прибыли у конкретной стороны по договору. По нашему мнению, договорное обязательство (речь не идет об алеаторном обязательстве, куда риск включается в состав обязательственного правоотношения) сопровождается риском на всех этапах его существования. И это связано не только с общим

существованием неопределенности социального бытия, но и с наличием законодательной неопределенности. В частности, по мнению Назаренко Т.М., неопределенность в праве в широком смысле - это явление несовершенства правового регулирования, обусловленное объективными и субъективными факторами. Оно служит для обозначения неточного, неполного и непоследовательного закрепления и реализации в праве нормативной правовой свободы. Неопределенность обосновывается как положительное явление в праве, поскольку этот феномен является средством правового регулирования и проявляется в абстрактном способе формулировки норм права, диспозитивных и относительно определенных нормах права, использовании законодателем оценочных понятий и т.д. [11] Договор в праве является основным средством преодоления законодательной неопределенности, которая включает в себя не только такие частноправовые принципы как свобода договора, свобода предпринимательской деятельности, но и общую методологическую базу гражданского права, оперирующую диспозитивным методом правового регулирования, который предусматривает предоставление сторонам права самостоятельно урегулировать свои отношения и определять содержание договорного обязательства. С целью минимизации потерь от наступления неблагоприятных последствий, участники гражданских отношений пользуются такой законодательной возможностью как распределение рисков, что предусматривает собой один из способов управления ими. Несмотря на широкое применение на практике, правовая природа категории «распределение рисков» является малоисследованной. Распределение рисков является самостоятельным гражданско-правовым средством обеспечения имущественных интересов участников гражданского оборота и представляет собой их волевое целенаправленное действие по определению лица, на которого возлагаются возможные невыгодные последствия, а также характер таких последствий. Распределение рисков не может быть отнесено к традиционным мероприятиям регулятивного и правоохранительного характера, в частности к способам обеспечения исполнения обязательств, гражданско-правовой ответственности, мерам оперативного воздействия и самозащиты. Теория распределения рисков (особенно если речь идет о распределении рисков при наступлении ряда форс-мажорных обстоятельств, в том числе случае и непреодолимой силы) в большей степени может использоваться в договорных обязательствах, поскольку в вещных - в общем императивно устанавливается и лицо, на которое будут возложены неблагоприятные последствия. [7, 3-4] Наиболее совершенным средством диспозитивного распределения рисков является договор. Однако в ряде случаев государство (законодатель) вмешивается в диспозитивный порядок распределения рисков участниками частноправовых отношений, руководствуясь публичным интересом, или, отдавая приоритет, определенным частным интересам. Это можно объяснить тем, что на практике часто можно встретить такую ситуацию, когда одна из сторон вынуждена заключить договор на условиях, которые не в полной мере отвечают ее интересам, а также принять на себя такие риски, которые она при других обычных условиях никогда не приняла, поэтому государство должно устанавливать основные принципы осуществления регулирования договорных правоотношений, которые бы помогали сторонам поддерживать разумный баланс прав и обязанностей, при заключении и выполнении отдельных видов договоров. Например, принцип свободы договора, закрепленный в ст. 627 ГК Украины (ст. 421 ГК РФ) не является абсолютным, а содержит ряд ограничений в т.ч. и с целью защиты интересов одной из сторон

по договору («слабой стороны»). В момент заключения договора стороны не знают как будут меняться обстоятельства в период его существования. Правовые системы большинства государств содержат нормы, позволяющие изменять договора, если внешние обстоятельства вносят изменения, которые превышают допустимый уровень. Существует два основных способа изменения договора: изменение условий договора при сохранении самого договора, и расторжения договора. Так, в США - используется доктрина «невозможности исполнения», а в Великобритании - доктрина «фрустрации»; особые условия, порядок изменения и расторжения договоров предусмотрены правом Франции, Италии, Швеции, России и других государств. Доктрина «невозможности выполнения» договора допускает следующее. Для установления факта наступления определенных событий как главной предпосылки заключения договора, надо установить, какая из сторон договора возложила на себя риск ненаступления такого события. В Великобритании доктрина «фрустрации» (потери договором своего смысла) применяется только в случаях, когда выполнение договора стало невозможным вследствие гибели объекта договорного обязательства без вины сторон. В таких случаях суд принимает в отношении сторон справедливое и разумное решение (just and reasonable), которое будет соответствовать новой ситуации. Такое решение суд может принять только в том случае, когда изменение обстоятельств не подпадает под определение допустимого риска (normally considered). Других мер правовой защиты в ситуации изменения обстоятельств, кроме указанного, английское право не знает. [13, 82-85]

Одним из видов обязательственного риска считается риск изменения обстоятельств договора или договорной риск. Указанный риск означает обременения стороны хозяйственно-невыгодными последствиями при изменении обстоятельств, причем, если риск приходится на одну из сторон, то она должна выполнить условия договора, даже если это для нее и убыточно. Юрико-техническое содержание этого риска заключается в вероятности возникновения существенных изменений обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, и наступление которых является основанием для его изменения или расторжения, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из его сущности. Понятие «существенного изменения обстоятельств» является оценочной категорией, и решение того действительно изменение обстоятельств является существенным для сторон относится на усмотрение суда. В п.2 ч.1 ст. 652 ГК Украины устанавливается определение понятия «существенного изменения обстоятельств», а именно изменение обстоятельств является существенным, если они изменились настолько, что, если бы стороны могли это предусмотреть, они не заключили бы договор или заключили его на других условиях. Нельзя относить к существенному изменению обстоятельств так называемое «допустимое изменение», которое при заключении договора стороны предполагали, или такое изменение вытекает из сути отношений между сторонами.

Разновидностью обязательственного риска является риск случайного уничтожения или повреждения имущества. Нормативное определение указанного риска законодательство не содержит. В доктрине под этим видом риска обычно понимают невыгодные имущественные последствия, возникшие без вины лиц, участвовавших в правоотношении [12, 144-145] или экономико-правовые последствия потери материального блага, принадлежащего владельцу, при отсутствии вины владельца или другого лица.

На основании вышеизложенного, следует сделать вывод, что риск присущ любым

договорным обязательствам (неалеаторный риск), и может распределяться сторонами по своему усмотрению или может полагаться на ту или иную сторону в договоре нормой закона

### Литература

1. 1. Арямов А.А. Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ: монография- 2- е изд., перераб. и доп. – М.: РАП; Волтер Клувер, 2010. –с. 208.
2. 2. Олюха В.Г. «Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система»: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». – К., 2003.– 15 с.
3. 3. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 томах / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – Київ : Юрінком Інтер. –Т.1. – 2005. – 832с.
4. 4. Мейер Д.И. Русское гражданское право: в 2 ч. по справ. и дополн. изд. 1902. - М.- Статут (в серии «Классика русской цивилистики»).- 1997. - ч.2. – 455 с.
5. 5. Майданик Р.А. Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. посібник – К.: Юстініан, 2007. – 912 с.
6. 6. Танаев В.М. Понятие риск в гражданском кодексе Российской Федерации / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. под ред. чл.-кор. РАН проф. Алексеева С.С.-М.: Статут.- 2000. – с. 8-33.
7. 7. Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в договорных обязательствах: автореф. на соис. уч. степ. канд. юр. наук по спец: 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право - М.: 2008. –30 с.
8. 8. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Книга 1— М., 2001. – 682 с.
9. 9. Елисеев И.В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров. — СПб., 2002. – 100 с.
10. 10.Сергеев В.И. Предупреждение обмана в гражданско-правовых отношениях. - Право и экономика. - 2001. № 9. – с. 52-60.
11. 11. Назаренко Т.Н. «Неопределенность в российском праве»: автореф дис. на соис. уч. степ. канд. юр. наук [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://lawtheses.com/neoprav-v-rossiyskom-prave>. – (Дата запроса 12.02.2013)
12. 12. Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М.: Госюриздат, 1996. – 200 с.

13. Вячеслав Ф.А. Распределение рисков: понятие и значение в гражданском праве // Вестник Московского университета им. М. В. Ломоносова. Серия 11 / Московский университет им. М. В. Ломоносова. – Москва, 2007. – С. 74-91. – (Право ; № 4).

#### **Слова благодарности**

Огромное спасибо за предоставление возможности поучаствовать в отборе тезисов такого важного научного мероприятия, как Ломоносов 2013. Это мой первый опыт участия в конференции вашего университета, но я надеюсь, что пройду отбор и смогу представить свой доклад непосредственно на конференции. С уважением, Елена Андреева.