

УДК УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2021.1.1>

МІНІМІЗАЦІЯ РИЗИКІВ У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Великанова Марина Миколаївна,

доктор юридичних наук, доцент,
в.о. провідного наукового співробітника відділу
дослідження проблем взаємодії держави та громадянського суспільства
Київського регіонального центру Національної академії правових наук України

У статті розглядаються ризики у договірних зобов'язаннях. Надається їх визначення та окреслюються напрями їх мінімізації.

Наголошується, що намагання «прорахувати» ризики, визначити ймовірність їх реалізації, передбачити наслідки та вплинути на них робилися в різні епохи із застосуванням різних методів. І це породило велику кількість теорій ризику, які так чи інакше намагаються пояснити сутність ризику та способи впливу на нього. Втім, сьогодення вимагає переосмислення вже напрацьованої методології та використання нових підходів в управлінні ризиками. Тому логічно, що одним із засобів мінімізації ризиків став договір, який має юридичну силу та за своєю суттю є волевиявленням сторін щодо несення ризиків. При цьому налагоджена система управління договірними ризиками – найпотужніший інструмент для мінімізації цих ризиків.

Наводяться головні ознаки та суттєві характеристики договірного ризику. Пропонується внести зміни до ст. 623 ЦК України з метою досягнення максимальної ефективності та виконання договором економічної ролі інструмента розподілу ризиків. Наголошено, що, регулюючи за допомогою договору розподіл ризиків (наприклад, ризик невиконання чи неналежного виконання договору), сторони мають узгоджувати принцип свободи договору з іншими засадами цивільного права.

Згадується про принцип свободи договору, закріплений ст. 3 ЦК України, який є певною мірою проявом диспозитивності у договірних відносинах, що передбачає можливість особи вільно, на власний розсуд здійснювати свої цивільні права.

У результаті робиться висновок, що договір має певною мірою подвійний характер. З одного боку, договір є інструментом розподілу ризиків, реалізуючи компенсаційну функцію. З іншого боку, договір сам може стати джерелом ризику. Ризик у такому разі може виявлятися на етапі укладення договору, на рівні умов договору, при виконанні договору чи перетворюватися на фінансовий ризик.

Ключові слова: договірні зобов'язання, договірні ризики, розподіл ризиків, мінімізація ризиків, управління ризиками.

Velykanova Maryna. Minimization of risks in contractual obligations

The article deals with the risks in contractual obligations. The author defines them and clarifies the means of minimization.

It is stressed that attempts "to miscount" risks, determine the probability of their implementation, predict the consequences and influence them were made in different epochs using various methods. This has generated a vast deal of risks theories, which somewhat try to explain the essence of risk and ways to influence it. Thus, the present requires to review the well-established methodology and to use new approaches to risk management. It is logical to assume that a contract has become one of the means of risk minimization, which has legal force and is the will of parties in terms of risk sharing. At the same time, a well-established system of contractual risk management is the most powerful tool for minimizing these risks.

The article provides the main features and essential characteristics of a contractual risk. The author proposes to amend Art. 623 of the Civil Code of Ukraine to achieve a maximum efficiency and execute an economic role of risk sharing tool by an agreement. It is emphasized that the parties shall agree the principle of freedom of contract with other principles of civil law when regulating risks sharing through a contract (for example, the risk of non-performance or improper performance of the contract).

It is mentioned of the principle of freedom of contract enshrined in Art. 3 of the CC of Ukraine, which is a kind of a manifestation of dispositiveness in contractual relations providing for the possibility of a person to exercise his civil rights freely and in his sole discretion.

The author concludes that a contract has a double nature. On the one hand, the contract is a tool for risk sharing, implementing the compensatory function. On the other hand, the contract per se can be a source of risk. In such a case, the risk may be manifested at the stage of concluding the contract, in the context of the terms of the contract, during the performance of the contract or turn into financial risk.

Key words: contractual obligations, contractual risks, risk allocation, risk sharing, risk management.

В умовах європейської інтеграції надзвичайно важливим є усунення невідповідностей між національними законодавствами країн, зокрема і в сфері регулювання договірних відносин. Вступаючи у договірні відносини, сторони покладають на договір певні «очікування», добровільно зв'язуючи себе зобов'язаннями. Втім, покладаючи певні сподівання на договір, сторони через неоднаковість норм договірного права можуть мати різне сприйняття мети договору, його змісту, виконання тощо. Це породжує інформаційну асиметрію, яка своєю чергою зумовлює договірні ризики, здатні призвести до невиконання або неналежного виконання договору, виникнення спору між договірними сторонами і, як результат, накладення штрафних санкцій. Такі штрафні санкції не тільки збільшують фактичні витрати договірних сторін, а й можуть створити неможливість виконання стороною інших своїх зобов'язань, втрату довіри від інших контрагентів, що взагалі може бути передумовою припинення діяльності такої сторони.

Сьогодні людство живе в суспільстві ризиків, де ризик стає «способом життя». Як слушно зазначає М. Веймер, ризик тепер сприймається як соціальне явище, виконуючи роль багатства в класових суспільствах: якщо в класовому суспільстві переважали дефіцит і розподіл багатства, то у суспільстві ризиків переважає занепокоєння щодо безпеки та розподілу ризиків [1, с. 10–11]. Відповідно, перед суспільством стоїть завдання напрацювання найефективніших підходів до мінімізації ризиків задля уникнення конфліктів між його членами, зокрема й за допомогою дого-

вору. Встановлення таких підходів мінімізації ризиків і є метою цієї публікації.

Варто зазначити, що намагання «прорахувати» ризики, визначити ймовірність їх реалізації, передбачити наслідки та вплинути на них робилися в різні епохи із застосуванням різних методів. І це породило велику кількість теорій ризику, які так чи інакше намагаються пояснити сутність ризику та способи впливу на нього [2, с. 7–44]. Втім, сьогодення вимагає переосмислення вже напрацьованої методології та використання нових підходів в управлінні ризиками.

Тому логічно, що одним із засобів мінімізації ризиків став договір, який має юридичну силу та за своєю суттю є волевиявленням сторін щодо несення ризиків. При цьому налагоджена система управління договірними ризиками – найпотужніший інструмент для мінімізації цих ризиків [3]. Варто відмітити, що така позиція підтримується і сучасними як зарубіжними, так і вітчизняними ученими. Зокрема, Р. Крейтнер розуміє договір як проекцію обміну на майбутнє, а оскільки майбутнє завжди невизначене, то договір виконує роль механізму розподілу ризиків (цит. за О.О. Мельник [4, с. 269]). К.А. Возняковська наголошує, що право не здатне повністю усунути можливі ризики, які виникають під час ведення підприємницької діяльності, але можливим є розподіл цих ризиків між учасниками – сторонами договірних зобов'язань [5, с. 78]. С. Шавелл однією з причин укладення договорів називає взаємовигідний перерозподіл або розподіл ризиків [6].

Д.А. Архипов, досліджуючи розподіл договірних ризиків у цивільному праві,

наводить визначення поняття «договірний ризик», під яким розуміє засновану на договорі ймовірність виникнення в однієї із сторін збитків та (або) інших негативних майнових наслідків, що не можуть бути попереджені при виявленні того ступеня турботливості й обачності, який вимагається від обох сторін характером договору та умовами обороту. На підставі цього визначення автор робить висновок, що договірному ризику притаманні такі ознаки: 1) покладання несприятливих наслідків на конкретну особу здійснюється на підставі договору (ознака зв'язку з договором); 2) щодо несприятливих наслідків невідомо, настануть вони чи ні (імовірнісна ознака); 3) несприятливі наслідки носять майновий характер (майнова ознака); 4) настання несприятливих наслідків не могло бути попереджено при прояві тієї міри турботливості й обачності, яка вимагається від обох сторін за характером договору та умовами обороту (ознака відсутності провини) [7, с. 32].

Схожою є позиція щодо ознак договірного ризику Д.А. Горячкіної, яка вказує на такі суттєві характеристики ризику в договірному зобов'язанні: 1) негативні наслідки мають майновий характер; 2) виникнення несприятливих майнових наслідків є можливим (невідомо чи вони настануть); 3) в основі розподілу ризику лежить закон або договір [8, с. 90–99].

Певним чином солідарна з попередніми авторами й О. Андрєєва, яка зазначає, що договірний ризик означає обтяження сторони господарсько невиконаними наслідками при зміні обставин. Якщо ризик припадає на одну із сторін, то вона має виконати умови договору, навіть якщо це для неї збитково [9, с. 99].

Виконання договором функції розподілу ризиків є класичним розумінням договору в англо-американському праві, де така його функція забезпечує добровільний розподіл ризиків у саморегульованому суспільстві [10, с. 5–7]. Більше того, англійське договірне право явно базується на ліберальному ідеалі автономії особистості. Визнання сторонами власних інтересів та їх

наслідків підтримується правовою системою, навіть якщо це суперечить принципам справедливості чи добросовісності. Загальне договірне право ґрунтується на принципах визначеності та передбачуваності. Вважається, що сторони зможуть оцінити ризики, пов'язані з договором, і забезпечити належне регулювання відносин та розподіл ризику. Тобто, договір є достатнім для регулювання відносин між сторонами. Такі поняття, як добросовісність та справедливість, не є необхідними для застосування регулювання, узгодженого між сторонами; вони навіть уважаються небажаними, оскільки вносять елемент невизначеності, що є неприйнятним у бізнесі та комерції. До прикладу, якщо сторони досить чітко визначили в договорі правові наслідки невиконання зобов'язань і якщо це не порушує обов'язкових законів, то такі наслідки будуть застосовані, навіть якщо це може бути несправедливим [11].

Утім, останнім часом така позиція досить активно критикується як правознавцями, так і економістами. Зокрема, зазначається, що коли передбачені договором правові наслідки невиконання зобов'язань перевищують фактичні збитки, то вони, безумовно, є неефективними, оскільки змушують зобов'язану сторону виконувати умови договору навіть тоді, коли вартість виконання перевищує чисті вигоди для всіх учасників. А це слугує лише для збільшення очікуваного надлишку в управленій стороні, що не збільшує загального очікуваного надлишку і не сприяє загальному добробуту [12].

З іншого боку, надання можливості сторонам через суд завжди обмежувати обсяг своїх зобов'язань у разі невиконання чи неналежного виконання договору реальною шкодою та упущеною вигодою також суперечить ефективності. І хоча такий підхід дозволяє позбутися каральності, втім він не повною мірою реалізує й компенсаційну функцію. З огляду на те, що договір за своєю суттю є домовленістю сторін про розподіл ризиків, то сторони, намагаючись досягти повної компенсації ризиків, вмотивовані до такого розподілу

ризик майбутніх змін обставин (компенсаційні ризики), який хоча і є недостатнім або понадкомпенсаційним, але відображає суб'єктивну оцінку предмета договору і може включати так звану «страхову премію» за ризик.

З огляду на зазначене для досягнення максимальної ефективності та виконання договором економічної ролі інструмента розподілу ризиків видається доцільним закріпити положення, що при розподілі ризику домінуючою є воля сторін, виражена в договорі. У разі якщо розмір відшкодування, передбачений договором, є надмірним, то його зменшення до розумного розміру можливе у судовому порядку за ініціативою сторони, яка має здійснити таке відшкодування. Суд за власною ініціативою зменшити розмір відшкодування не може. Таке правило базується на позиціях економічної ефективності (як і в доктрині загального права), втім не нівелює справедливості. До того ж така норма відповідає й положенням Статті 9:509 Принципів Європейського договірної права, яка визначає, що погоджений платіж у випадку невиконання зобов'язання має бути зазвичай отриманий потерпілою стороною незалежно від фактично понесених збитків, але може бути зменшений до розумного розміру, якщо такий платіж надмірно перевищує збитки, понесені у результаті невиконання зобов'язання або у зв'язку з іншими обставинами. А відповідно до Статті 8:109 Принципів Європейського договірної права застосування засобів захисту порушених прав у разі невиконання може бути виключене або обмежене, якщо таке виключення чи обмеження не суперечить принципам сумлінності та чесній діловій практиці [13].

Крім того, для сторін особливе значення можуть мати й інші погоджені ними умови, наприклад «страхова премія» за ризик, яка може бути різною (більшою чи меншою) залежно від того, наскільки «ризиковими» є зобов'язання чи репутація (або її відсутність) сторони. На перший погляд, такі міри відповідальності можуть здаватися надмірними, хоча за своєю суттю

вони є економічно ефективними й розумними.

Тому в цивільному законодавстві України варто закріпити ці положення, внівши зміни до ст. 623 ЦК України та виклавши її у такій редакції:

«Стаття 623. Відшкодування збитків та моральної (немайнової) шкоди, завданих порушенням зобов'язання

1. Боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторowi завдані збитки та моральну (немайнову) шкоду.

Якщо розмір збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності визначено в договорі, такий розмір підлягає відшкодуванню незалежно від фактичних втрат. У разі якщо розмір збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності надмірно перевищує фактичні втрати, суд може задовольнити вимогу про зменшення розміру збитків, моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності до розумної суми, яка має бути більшою, ніж фактичні втрати.

2. Розмір збитків та моральної (немайнової) шкоди, інших мір відповідальності, завданих порушенням зобов'язання, доказується кредитором.

3. Збитки можуть визначатися з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога кредитора не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлене договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення.

4. При визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання.»

Така редакція цієї статті поєднає економічну ефективність та справедливості, оскільки, з одного боку, залишає за сторонами можливість самостійно розподілити ризики в договорі, що сприятиме ефективному використанню обмежених ресурсів та досягненню загального добробуту.

З іншого боку, зазначені правила перешкоджатимуть свавіллю економічно сильнішої сторони через можливість судового втручання у випадках великої невідповідності між фактичними втратами та розміром відшкодування, встановленого договором, коли суд, як правило, встановлюватиме розмір відшкодування десь посередині між розміром фактичних втрат та розміром, встановленим договором.

Таким чином, вступаючи у договірні відносини, сторони покладають на договір певні «очікування», добровільно зв'язуючи себе зобов'язаннями. Звичайно, що ці «очікування» можуть виражатися в отриманні певного прибутку. Невиконання (неналежне виконання) сторонами (чи однією зі сторін) умов договору матиме наслідком, як мінімум, неотримання очікуваного прибутку. Але вирішальне значення з точки зору еквівалентності дій сторін у договірних відносинах все ж буде мати відсутність збитків. Тобто вигода сторін договору має бути більшою, ніж витрати на виконання зобов'язань. У такому разі можна говорити про виконання договором функції розподілу ризику.

Разом з тим, будучи засобом розподілу ризику, договір одночасно може бути і джерелом ризиків. У договірних відносинах завжди має місце певна невизначеність. Такі відносини ґрунтуються на ризику та випадковості, і жодна сторона не може повністю контролювати ці ризики. Також неможливо цілком інтегрувати ці ризики в договір або ліквідувати їх [14]. Договір має певний життєвий цикл – від ініціювання укладення до виконання. На кожному етапі є одна або більше зацікавлених сторін, які переглядають, затверджують або виконують умови договору. Втім, досить часто поза увагою може залишитись певний ризик, притаманний кожному етапу циклу. Це зумовлено тим, що ризики важко ідентифікувати і ще важче кількісно оцінювати, а найтяжче – усунути. У зв'язку з цим виділяють чотири джерела договірного ризику: ризик укладення договору, ризик на рівні умов договору, ризик виконання договору та фінансовий ризик [15].

На етапі виникнення договірних відносин ризик може бути зумовлений проблемами стимулювання сторін до укладення договору та інформаційною асиметрією.

Інформаційна асиметрія має місце, коли певні фактори, що стосуються договору, або залишаються поза увагою сторін чи однієї з них (не передбачаються у договорі), або не перевіряються сторонами чи однією із них. Інформаційна асиметрія також може виникати як під час укладення договору, так і під час його виконання. На думку С. Бег, така асиметрія може бути зумовлена недосконалим моніторингом, у тому числі й щодо стимулів протилежної сторони до вступу в договірні відносини, що може обернутися невиконанням чи неналежним виконанням договору через зміну поведінки сторони або неспроможністю сторони осмислити всю відповідну інформацію чи недоступністю тієї чи іншої інформації через її спеціальний режим (державна таємниця, комерційна таємниця, конфіденційна інформація тощо) [16].

На рівні умов договору можна говорити про два види ризику: алеаторний (коли ризик виступає юридичним елементом, умовою договору, без якої, власне, такий договір не може існувати) і неалеаторний (ризик є наслідком вже існуючих договірних відносин). Таким чином, договори за ознакою особливостей змісту зустрічного надання можна поділити на дві групи: 1) мінові або комутативні договори (їх ще називають неалеаторними) – спрямовані на вчинення надання, яке чітко визначене самою підставою; 2) алеаторні договори – зобов'язання з нечітко визначеним зустрічним наданням на момент виникнення зобов'язання.

Правова природа ризикових (алеаторних) договорів як правочинів зі зниженням ступенем ймовірності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання зумовлена тим, що існування зустрічного надання або його розмір залежить від ризику – випадкової обставини, включеної до умов договору. Іншими словами, в самому договорі міститься умова, яка унеможливорює точне визначення на момент укладення такого

договору вигоди і збитків. А тому, укладаючи алеаторні договори, сторони певною мірою діють на вдачу.

Німецький учений Г. Райнер зазначає, що алеаторний договір укладається якраз заради самої невизначеності, що відрізняє його від мінових правочинів, яким притаманні правила про так званий розподіл ризику неможливості виконання зобов'язання. При цьому, на думку автора, втрата невизначеності в алеаторному правочині означає, що взаємне виконання втрачає сенс щонайменше для однієї зі сторін. Та обставина, що сенс взаємних обіцянок сторін надати виконання повністю нівелюється із втратою невизначеності, надає ризиковому елементу в алеаторних договорах визначального характеру.

Як зазначає І.В. Волосенко, термін «ризикові правочини» охоплює чотири види ризиків: 1) страховий ризик (страхова премія виплачується після настання страхового випадку, тобто ймовірної невизначеної події або невідвортної події з невизначеним моментом її виникнення); 2) алеаторний ігровий ризик (право на виграш зумовлене задоволенням егоїстичних почуттів – азарту тощо і настанням штучно відтвореної випадкової ситуації за умов азарту); кожен з цих ризиків входить до юридичного змісту (структури) відповідного ризикового зобов'язання; 3) алеаторний спекулятивний ризик (право на виграш, зумовлене спекулятивними мотивами за рахунок гри на зміні курсів фінансових активів (акцій тощо) і настанням об'єктивно існуючої випадкової ситуації внаслідок коливання ринкових цін (біржових і позабіржових) на товар); 4) алеаторний неігровий ризик (вчинення рентних платежів протягом життя отримувача ренти; виникнення запланованого науково-технічного результату залежить від випадку – творчої вдачі (шансу) вченого) [17, с. 75].

У зв'язку з цим традиційно ризиковими зобов'язаннями визнаються договори ренти, страхування, довічного утримання, договори гри, парі, лотереї, окремі зобов'язання з розпорядження майновими

правами інтелектуальної власності, біржові угоди тощо. До алеаторних також можна віднести договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

Наявність у змісті алеаторного договору елемента невизначеності становить інтерес принаймні для однієї сторони, що і спонукає її вступити в такі договірні відносини. І звичайно, особливістю переважної більшості таких договорів є неможливість їх припинення з підстав збитковості. Зокрема, як зазначав О.С. Іоффе, алеаторними звуться договори, які, будучи оплатними, конструюються так, що обсяг зустрічного задоволення, належного від однієї зі сторін, залишається невідомим доти, доки не настане обставина, що остаточно його визначить [18].

З цього приводу слушною видається думка І.С. Лі, який, здійснюючи дослідження застосування алеаторних механізмів у цивільному праві, зазначає, що в структурі алеаторного механізму наявні два елементи: 1) надання сторонами правового значення ризику (перікулярність); 2) відсутність правового захисту зобов'язання (натуралізація). Отже, резюмує автор, реалізація алеаторного механізму зумовлена наявністю елементів перікулярності і натуралізації в сукупності [19].

Неалеаторні (мінові, комутативні) договори, на відміну від алеаторних, у своєму змісті мають міновий елемент, під яким розуміється обмін реальними виконаннями. Саме цей елемент допомагає відмежовувати міновий (неалеаторний) договір від ризикового (алеаторного) [20, с. 29]. Разом з тим Г. Райнер вказує на дихотомний характер поділу договорів на алеаторні та неалеаторні, зазначаючи, що поняття мінового та алеаторного договору є взаємовиключними. Лише у випадку, коли зміст договору залежить від наявності невизначеності, припустимо називати ризик предметом договору, якщо хочеться вказати на алеаторність такого договору. В протилежному випадку

неможливо буде зрозуміти, породжується ризик самим договором чи зовнішніми обставинами. Адже, як зазначає автор, будь-який договірний ризик, притаманний як алеаторним, так і міновим договорам, є, з одного боку, породженням договору, оскільки впливає із домовленості і реалізується при виконанні зобов'язань, а з іншого – приходить зовні, якщо за волею сторін доля зобов'язань за договором ставиться в залежність від певної зовнішньої події чи обставини [20, с. 31].

Відповідно, на етапі виконання договору можна вести мову про ризик штрафних санкцій, який може спровокувати фінансовий ризик, та ризик розірвання договору.

Штрафні санкції, на думку Даніеля А. Фарбе, є потенційно корисним засобом захисту сторін, які мають незвичайні збитки, що не можуть бути доведені в суді або які не можна легко виявити. Проте, з іншого боку, штрафні санкції можуть спровокувати декілька потенційних зовнішніх ефектів. По-перше, вони можуть стати стимулом для відкриття судових процесів, оскільки позивачі звертатимуться до суду з вимогою про відшкодування штрафних санкцій тому і у такому випадку очікуване отримання буде більшим, ніж це було б, якби були відшкодовані тільки фактичні збитки. По-друге, штрафні санкції можуть збільшити ймовірність невдач у бізнесі, спричинивши ефект «доміно», коли сторона, до якої застосовуються такі санкції, будучи залученою до низки довгострокових ділових відносин з іншими, не зможе належно виконувати свої зобов'язання через необхідність сплати таких штрафних санкцій. Нарешті, по-третє, якщо застосування штрафних санкцій буде поширеним, хвиля невдач у бізнесі, які виникли внаслідок рецесії штрафних санкцій, може мати серйозний вплив на довіру інвесторів, що, у свою чергу, може призвести до відтоку капіталу [21]. А це вже є фінансовими ризиками.

Для мінімізації договірних ризиків вдаються до таких прийомів. По-перше, перевагу віддають письмовій формі дого-

вору з метою належної поінформованості сторін про їх обов'язки задля правильного і належного їх виконання. По-друге, у договорі має бути вказано «призначення» ризику, тобто випадки, коли сторони покладають ризики один на одного і кожна сторона визначає рівень ризику, який вона може нести, зважаючи на низку факторів, у тому числі ймовірність, вплив, ресурси пом'якшення наслідків, необхідність тощо. По-третє, активне використання аудиту: регулярне проведення договірних перевірок може допомогти прискорити виконання внутрішнього та зовнішнього договорів, сприяти зменшенню витрат та збільшенню заощаджень. По-четверте, договірний аудит також може допомогти забезпечити підзвітність сторін та підвищити рівень відповідності договору. По-п'яте, внесення до договору умови про форс-мажор. Це може врятувати сторони від економічного занепаду, а невиконання цього може призвести до непередбачених зобов'язань та порушень обов'язків, які завдадуть значної (а можливо й катастрофічної) шкоди стороні. І хоча зазначені прийоми більшістю сприймаються як рутинні, втім, більш детальний огляд показує, що вони можуть відігравати дуже важливу роль в управлінні ризиками підприємства [22].

Наостанок хотілося б звернути увагу на свободу договору як базову засаду договірних відносин, що відіграє провідну роль при диспозитивному розподілі ризиків. 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, слушною 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 [23].

На думку О.А. Воловик, для подолання договірних та інформаційних диспропорцій сучасна цивільно-правова доктрина використовує так зване застереження про добросовісність. Вимога дотримуватись правил суб'єктивної добросовісності означає вимогу до більш професійно підготовленої сторони договору враховувати обмежену раціональність, меншу поінформованість іншої сторони договору. Хоча, як зазначає автор, добросовісність є тією вимогою, яка може зіштовхнути правомірні економічні цілі однієї зі сторін договору з іншою, які є часто протилежними [24]. Втім, на думку В.Д. Примака, визнання добросовісності принципом цивільного права вимагає встановлення такого правового порядку, за якого юрисдикційний орган зважатиме на очевидну добросовісність або недобро-

совісність особи щоразу, коли врахування цього чинника з огляду на суть конкретних правовідносин матиме істотне значення для визначення справедливого балансу інтересів їх учасників [25, с. 128].

Таким чином, регулюючи за допомогою договору розподіл ризиків (наприклад, ризик невиконання чи неналежного виконання договору), сторони мають узгоджувати принцип свободи договору з іншими засадами цивільного права.

Отже, договір має певною мірою подвійний характер. З одного боку, договір є інструментом розподілу ризиків, реалізуючи компенсаційну функцію. При цьому, виходячи із позицій економічної ефективності та справедливості, при договірному розподілі ризику домінуючою має бути воля сторін. У разі, якщо розмір відшкодування, встановлений договором, є надмірним, то його зменшення до розумного розміру можливе у судовому порядку за ініціативою сторони, яка має здійснити таке відшкодування. З другого боку, договір сам може стати джерелом ризику. Ризик у такому разі може виявлятися на етапі укладення договору, на рівні умов договору, при виконанні договору чи перетворюватися на фінансовий ризик.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Weimer M. The Origins of "Risk" as an Idea and the Future of Risk Regulation. *European Journal of Risk Regulation*. 2017. Vol. 8. Issue 1. P. 10–17.
2. Великанова М.М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 378 с.
3. Newstead Ryan. Top 4 contracts risks and how to avoid them. URL: <https://www.openwindows.com.au/resources/top-4-contracts-risks-avoid/> (дата звернення: 29.05.2018).
4. Мельник О. Поняття і значення розподілу ризиків у цивільному праві. *Юридичний вісник*. 2015. №2. С. 267–273.
5. Возняковська К.А. Ризик у господарському договірному праві. *Право та державне управління*. 2015. №2(19). С. 77–81.
6. Shavell Steven. Economic Analysis of Contract Law. National Bureau of Economic Research. Massachusetts Avenue Cambridge. May 2003. URL: <http://www.nber.org/papers/w9696> (дата звернення: 19.11.2018).
7. Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. Москва : Статут, 2012. 112 с.
8. Горячкина Д.А. К вопросу о категории «риск» в теории гражданского права. *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2011. Вып. 3(13). С. 90–99.
9. Андреева О. Особливості прояву ризику у договірному праві. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. № 95. С. 96–99.

10. Fleming John G. The Law of Torts. 9-th edition. Sydney : LBC Information Services, 1998. 807 p.
11. Giuditta Cordero Moss. "International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith. Global Jurist. 2007. Vol. 7. Iss. 1 (Advances). Art. 3. URL: http://folk.uio.no/giudittm/Non-state%20Law_Good%20Faith.pdf (дата звернення: 29.03.2018).
12. Hatzis Aristides N. Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair? URL: <http://www3.unisi.it/sisle/Hatzis.pdf> (дата звернення: 11.12.2018).
13. Принципи Європейського договірного права. Коментарі та рекомендації / [пер. з англійської ТОВ «Асоціація експортерів і імпортерів «ЗЕД»]. Київ : Асоціація «ЗЕД», 2013. 304 с. URL: https://zed.ua/images/files/PECL_short.pdf (дата звернення: 04.11.2019).
14. Mühlbacher Axel C., Amelung Volker E., Juhnke Christin. Contract Design: Risk Management and Evaluation. URL: <https://www.ijic.org/articles/10.5334/ijic.3616/> (дата звернення: 29.04.2018).
15. Yoon Hie Jung. 4 Common Sources of Contract Risk and How to Eliminate Them. URL: <https://www.business2community.com/sales-management/4-common-sources-contract-risk-eliminate-01278811> (дата звернення: 29.05.2018).
16. Bag Sugata. Contract law an economic analysis of incomplete contracts and the legal remedies for breach of contract under some specific contracts. Jawaharlal Nehru University. 2009. 193 p. URL: <http://hdl.handle.net/10603/18706> (дата звернення: 17.01.2019).
17. Волосенко І. В. Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 204 с.
18. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / отв. ред.: А. К. Юрченко Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. 310 с.
19. Ли И.С. Применение алеаторных механизмов в гражданском праве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2015. 200 с.
20. Райнер Г. Деривативы и право / пер. с нем. Ю.М. Алексеева, О.М. Иванова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 496 с.
21. Farbe Daniel A. Contract Law and Modern Economic Theory. Berkeley Law Scholarship Repository.1983.URL:<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2535&context=facpubs;Contract> (дата звернення: 16.01.2019).
22. York Matthew. Five Ways to Manage Procurement Risk with Contract Management. URL: <http://cporising.com/2016/07/01/five-ways-to-manage-procurement-risk-with-contract-management/> (дата звернення: 12.03.2018).
23. 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. Київ : Юрінком Інтер, 2010. Т. II. 1048 с.
24. Воловик О.А. Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції). *Вісник Вищої ради юстиції*. 2013. № 2(14). С. 125–138.
25. Примак В.Д. Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. 475 с.