

УДК 347.51:65.011.3(477)

Мельник Ольга Олегівна,

здобувач кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ЩОДО ПОХОДЖЕННЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «РИЗИК» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. В умовах формування соціально орієнтованого суспільства з ринковою економікою спостерігається модифікація та ускладнення існуючих, поява нових юридичних ризиків, що вимагає адекватного цивільно-правового регулювання пов'язаних з цим відносин з метою забезпечення збалансованості прав та обов'язків учасників зі ступенем їх правового захисту, іншими умовами їх здійснення.

Стан дослідження теми. В українській цивілістиці недостатньо дослідженими залишаються питання щодо поняття та природи юридичного ризику, його видів та місця в цивільному праві. Категорія ризику не одержала належного вирішення у нормотворчій і правозастосовній практиці, що не сприяє стабільності цивільного обороту і формуванню одноманітної судової практики.

Незважаючи на активне використання зазначеної юридичної категорії, у вітчизняному праві бракує системних монографічних праць, присвячених цивілістичним питанням юридичного ризику.

У деяких дисертаційних працях розглядалися лише окремі питання щодо ризику як умови крайньої необхідності (Ф. Нінідзе, 1974), елементу алеаторних правовідносин (І. В. Миронов, 1998), складової страхування (В. П. Янишен, 1997; О. В. Гринюк, 2004), біржових правочинів (Ю. В. Чижмар, 2000; О. В. Чуркін, 2004), умови венчурного підприємництва (Ю. М. Жорнокуй, 2003), ризикових договорів (І. С. Тімуш, 2004), договорів азартної гри (Н. І. Майданик, 2006), договорів фінансового лізингу (В. С. Різник, 2006), страхуванню кредитних ризиків (Р. Б. Сабодаш, 2007), страхуванню як способу забезпечення виконання зобов'язань у цивільному законодавстві України (А. С. Жила, 2009). Відтак, подальше наукове розроблення загальнотеоретичних проблем ризику як умови чи елементу цивільних правовідносин, окремих їх різновидів є необхідною умовою впровадження досконалішого правового регулювання за-

значеної цивільно-правової конструкції. Наведене обумовлює актуальність цього дослідження.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до обраної теми даної роботи основним поняттям, на якому буде зосереджена увага протягом усього дослідження, є «ризик». Під час побіжного огляду використання цього слова у інших мовах світу була виявлена цікава тенденція: майже у кожному перекладі можна зустріти два, три, а то і п'ять аналогів одного й того самого поняття. На протиставлення українському «ризик» та російському «риск» у англійській мові застосовуються: «risk, hazard, peril, jeopardy, chance, adventure», у французькій: «risque, possibilité, aléa, hasard, péril», у німецькій: «risiko, wagnis, gefahr», які також мають значення небезпеки, загрози, авантюри, можливості, ймовірності, випадку, шансу. Таке невизначене становище ризику у мовній системі та відсутність у ній свого власного неповторного місця створює сприятливі умови для спроби його виокремлення та більш детального вивчення.

Історія формування слова «ризик» насамперед пов'язано з сприйняттям людиною свого майбутнього та її відношенням до власної волі відносно його зміни. Однією із самих зухвалих реформ у свідомості людства стало виникнення уявлення про те, що можна поставити під контроль майбутнє. До того моменту судження про невблаганний плин часу носило характер фатальної приреченості [1, 6]. Так, у Стародавній Греції світогляд, оснований на міфах, був пронизаний ідеєю повної зумовленості майбутнього волею богів, що означало відсутність у людини шансу щось змінити. Єдиною спробою порушити часові рамки була практика дивинації (мистецтво та дар ворожіння), котра звісно не могла дати якоїсь достовірності, проте могла гарантувати, що рішення людей не спричинять гніву богів чи інших сакральних сил. Вже за часів Стародавнього Сходу у морській торгівлі мали місце часткове усвідомлення ризику та створення від-

повідних правових установ. Спочатку вони майже не відрізнялись від програм дивинації, але у правовій сфері вони вочевидь виконували функцію страхування і таким чином набували значної популярності у морській торгівлі та морському страхуванні [2, 140]. Однак ми не можемо стверджувати, що уявлення про ризик на той час було повне та охоплювало всі його сучасні складові.

Джерела виникнення слова «ризик» є невідомими. Дехто вважає, що воно має арабське походження. Зокрема, Г. Браун наголошує на арабському походженні цього слова, яке згодом було запозичене італійцями та іспанцями [2, 140]. М. Клапків, при порівнянні ієрогліфічних знаків китайської та японської мов, підкреслює кореневу подібність слів «ризик», «нещастя», «страхування» [3, 211].

На думку В. А. Ойгензихта у російську мову це слово прийшло з європейських мов, скоріш за все з іспанської, на якій воно означає скалу (*risco*) [4, 5]. В перекладі ж зі староіталійської – «*risicare*» – воно означає «відважитись». В. І. Серебровський уточнює, що слово це португальського походження та означає прямовисну скалу [5, 118]. У лексиконі мореплавців це слово використовувалось для позначення небезпеки, яка загрожувала їх кораблям.

Як видно, тоді це слово сприймалось по більшій мірі саме у сенсі небезпеки, страху, загрози, які пов'язувались з неминучим настанням негативних матеріальних наслідків. Навіть у класичній римській термінології, в якій зазвичай використовувалось слово «*periculum*», воно означає небезпеку, біду.

Як вже вказувалось вище, найважливішими сферами застосування ризику були морська торгівля та морське страхування (до речі, перша сфера контролю ризику). Також із застосуванням поняття «ризик» у окремих інститутах стикались ще римські юристи, згадуючи, зокрема, про «ризик кредитора», про «відстрочку на чийсь ризик» [6, 132]. Окрім цього в договорах, які регулюють, хто у випадку збитків несе ризик, можна також знайти такі формулювання як «*ad riscum et fortunam*» (лат. – зважаючи на ризик та випадковість) або «*pro securitate et risico...*» (лат. – для гарантій та відповідно до ризику), або «*ad omnem riscum, periculum et fortunam Dei...*» (лат. – зважаючи на усякий ризик, загрозу та випадковість, що посиляє Господь).

З наведеного вище видно, що докладні дослідження з питань виникнення поняття «ризик» відсутні, що пояснюється тим, що зазначене поняття зустрічається відносно рідко та в дуже різних предметних галузях.

З моменту запровадження християнської релігії з'являється розуміння того, що можливість

обирати добре чи погане майбутнє, у тому числі й після смерті, напряму залежить від поведінки кожного. Окреслився причинно-наслідковий зв'язок між самою дією людини та відплатою за неї, а тому і з'явилась відповідальність за наслідки власних вчинків. У зв'язку з чим поступово питання ризику все більше віддавалось природничо-науковому осмисленню.

Бажання прорахувати вірогідність майбутніх подій на відносно науковому рівні можна зустріти у стародавніх гравців в азартні ігри. В епоху Ренесанса сприйняття людиною оточуючого її світу кардинально змінилось: людина припустила, що може стати господарем своєї долі. Світ та людство не стояли на місці. Зміна економічного життя (поява найманої праці із отриманням зарплатні, розвиток вільної комерції, виникнення перших банків), географічні відкриття, необмежений товарний обмін, масові міграції, жахливі епідемії та гибель цивілізацій і народів – усе це стало матеріальним підґрунтям для змін у свідомості людини [1, 6]. Одним із тих, хто вперше торкнувся цієї проблеми, був італійський монах, професор математики Лука Начислі, що жив у XV ст. Наступним кроком у вивченні цієї теми знову ж таки стала сфера азартних ігор та пов'язані з ними обчислення. Так, у 1954 р. французький аристократ, відомий гравець у кості, проте не надто відомий математик, Шевальє де Мере, одного разу при бесіді з Блезем Паскалем, запропонував йому вирішити непросту задачу: як розподілити між двома гравцями виграш у перерваній грі у кості, якщо один з гравців має перевагу, тобто виграв. Блез Паскаль звернувся за допомогою до математика П. Ферма та вирішив поставлену перед ним задачу. У результаті цієї співпраці була створена теорія ймовірностей. Завдячуючи Шевальє де Мере та щасливому збігу обставин (як іронічно у контексті даного дослідження це б не звучало), було дано початок подальшим науковим пошукам у сфері прогнозування. З тих пір інструменти прогнозування типу ворожіння, жертвоприношення та марення блаженних почали відходити у минуле [7, 154].

Із часів започаткування теорії імовірності нею всерйоз зацікавились страхувальники, що дало їм діяльності наукове обґрунтування та поштовх для розвитку. Хвиля прогнозів та забезпечення добробуту на майбутнє у разі виникнення несприятливих обставин накрила світ. У XVIII-XIX сторіччях страхування морських перевезень стало найприбутковішим сектором економіки, а вміння прорахувати усі ризики надання та можливого неповернення кредиту стали прибутковою віхою банкірів, що призвело до покриття всієї Європи розгалуженою мережею банків.

Із подальших значних відкриттів у «ризиковій сфері» можна назвати метод вибірки (вперше використав англієць Дж. Граунт у 1662 р. у своєму аналізі статистичних даних про народжуваність та смертність у Лондоні) та формулу розрахунку вартості страхового відшкодування на основі даних про очікувану тривалість життя та вік страховика (розроблена Е. Галлеєм у 1696 р.). Такими неймовірними темпами до початку XVIII ст. математиками були розроблені майже всі інструменти виміру ризику, якими ми користуємось зараз: статистична вибірка та статистична значимість, нормальне розподілення та середньоквадратичне відхилення, різноманітні ймовірнісні формули та таке інше [1, 7].

На початку XVIII ст. німецький математик Г. Лейбниц висунув ідею, а швейцарський математик Я. Бернуллі (1654-1705) обґрунтував закон великих чисел та розробив процедури статистики. З 1725 р., коли вперше урядом Англії були застосовані таблиці смертності, цей інструмент швидко розповсюдився по всьому світу [8, 15].

У 1733 р. французький математик А. Муавр ввів поняття структури нормального розподілення та міри ризику – стандартне відхилення. У 1738 р. Д. Бернуллі (племінник Я. Бернуллі) визначив очікувану корисність, котра дозволяла розрахувати привабливість, цінність того чи іншого результату події і на котру у кінцевому рахунку спирається сучасна теорія портфельних інвестицій. З 1763 р. завдяки теоремі пресвітеріанського священика Т. Байеса (теоремі гіпотез) світ дізнався про те, як впливає на прийняття рішень ступінь інформованості про об'єкт управління.

У 1885 р. британець та двоюрідний брат Ч. Дарвіна Ф. Гальтон обґрунтував таке явище ризику, як універсальна статистична закономірність – регресія – повернення до середнього значення з плином часу, що дозволило розраховувати розвиток майбутнього.

Протягом XX ст. уявлення про ризик переживає етап активного становлення – його стали застосовувати у багатьох наукових напрямках і у різних контекстах, для пояснення природних, технологічних та суспільних процесів та явищ. У цей час починають формуватися наукові теорії, які використовуються для наукового вивчення цього поняття: дослідження операцій, катастроф, ризику. Ризик із спеціалізованого напрямку досліджень окремих точних наук (математика, статистика, фізика та ін.) переходить у актуальну сферу досліджень гуманітарних наукових дисциплін, зокрема, економіки, психології, біології, медицини, права та ін.

Подальший розвиток проблем ризику, окрім стрімкого зростання актуальності та розширення сфери досліджень, пов'язаний із інституалізацією

ризиком. Вивченням ризику починають займатись науково-дослідні центри та лабораторії, проблеми ризику висвітлюються у періодичних виданнях, формуються відповідні загальнодержавні інституціональні структури.

Новий етап активізації розвитку ризикології розпочався на зламі XX-XXI сторіч і зумовлений особливостями переходу сучасного індустріального суспільства у нову фазу свого розвитку, названу окремими науковцями «пізньою (високою)» сучасністю. До характерних особливостей цього періоду можна віднести не лише кількісне збільшення числа техногенних аварій та небезпек, які проявилися у цей час, але й модифікацію їх масштабів, характеру, прямих та опосередкованих наслідків.

У вітчизняній науці систематичні дослідження ризиків розпочалися приблизно 30 років тому і на початкових етапах свого розвитку використовувались при вивченні природних і техногенних аномалій (катастроф).

Як зазначає І. Євдокімова, у радянській науці теорія ризику практично не розвивалась [9, 23-70]. У 20-х рр. XX ст. поняття «ризик» було нормативно закріплено окремими законодавчими документами в економічній сфері, які стосувались виробничої та раціоналізаторської діяльності. Але з середини 30-х рр. згаданий термін фактично виключається із наукового обігу, оскільки особливості радянської ідеології не передбачали дослідження ризику як елемента невизначеності, присутнього у житті тогочасного суспільства.

Особливості останніх досліджень згаданої проблематики полягають у тому, що ризики трактуються не лише як негативні результати впливу природних і техногенних факторів, але і як обов'язковий елемент суспільного життя, як показник його поступального розвитку. Після отримання загальних відомостей з історії сконцентруймося на формуванні інституту ризику у правовій доктрині.

Як вже згадувалось вище, вперше на складність прийняття рішень в альтернативній ситуації звернули увагу римські юристи. Для позначення спроби прийняття рішення у складній ситуації при виконанні своїх договірних та позадоговірних зобов'язань вони використовували термін «periculum». Особливо популярним цей термін став у майнових, фінансових та спадкових відносинах (ризик неповернення кредиту, ризик загибелі або пошкодження майна, ризик майнового тагяра) [10, 64-70].

Цікавим є погляд на слово «ризик» з боку лінгвістичної науки. Розглянемо декілька прикладів тлумачення цього слова у російських та вітчизняних тлумачних словниках. У сучасній українській мові термін «ризик» трактують як усвідомлену можли-

вість небезпеки, а також як можливість збитків або неуспіху у якійсь справі [11, 1108].

Проте, найбільш повне висвітлення мовного багатства відтінків цього слова (як і похідних від нього) дає В. Даль у своєму тлумачному словнику. Наводячи основні значення дієслова «ризикувати», він охоплює практично всі основні мовні сфери, в яких знайшов своє відображення ризик. Тут є ризик як «возможная опасность чего-либо»: «рисковать (что или чем), подвергаться чему, известной опасности, превратности, неудаче» (но «не рискуя, не добудешь»). Ризик як «действие на удачу» представлений найширше: «отвага, смелость, решимость, предприимчивость, действие на авось, на удачу» («риск-фельдмаршал», «нет дела без риска», «он принял на свой риск» (на свой страх), «риск пополам» (барыши и убытки) [12, 96].

Словник під редакцією Д. Ушакова виділяє вже три значення слова «ризык»: 1) можлива небезпека з відтінком значення «действие на удачу в надежде на счастливую случайность»; 2) можливий збиток або невдача в комерційній справі, обумовлена мінливістю ринкової кон'юнктури (як торгове значення); 3) небезпека, від якої здійснюється страхування майна (як спеціальне значення).

А самий розповсюджений вираз діяти «на свой страх и риск» означає діяти, «принимая на себя могущие произойти убытки или другие неблагоприятные последствия» [13, 456].

Більш пізній словник С. М. Ожегова виводить за рамки власне літературної російської мови два останніх спеціальних значення слова «ризык», залишаючи перше, причому ділить його не за «відтіненою» ознакою, а виділяючи як повноцінне значення «действие наудачу»: 1) можливість небезпеки, невдачі; 2) дія навмання в надії на щасливий результат (що відрізняє цю дію від «надежды на счастливую случайность») [14, 678].

Подібна ж трансформація відбулася зі словом «ризык» в основних, базових, академічних словниках російської мови. У «Словнику сучасної російської літературної мови» (1961 р.) «ризык» описується в трьох значеннях (два з яких – спеціальні): 1) можлива небезпека; 2) небезпека, від якої здійснюється страхування; можливість настання обставини, що заподіює матеріальний збиток; 3) можливий збиток або невдача в якій-небудь справі. Причому знову ж в якості смислового відтінку дається поняття ризику як «действия наудачу, требующего смелости, бесстрашия, в надежде на счастливый исход дела» [15, 213].

Звертаючись до іноземних словників, знаходимо наступне. В енциклопедичному словнику Брокгауза та Ефрона ризик розглядається тільки як страховий термін: «Під цим словом у страховій

техніці мається на увазі небезпека, яка загрожує страховому об'єкту якою-небудь шкодою, за яку страхова організація зобов'язана винагородити страхувальника» [16, 804]. Окремо розглядаються «ризикові правочини» як вид правочинів з умовою, котра розуміється як «подія, про яку зовсім не відомо, чи відбудеться вона чи не відбудеться», або ж подія неминуча, «але момент настання якої не може бути з точністю визначений», тобто «випадок або невизначена подія». Мотивом цих правочинів є або страх дійсної небезпеки, або надія на дію випадку. Причому під перший мотив підпадають страхові договори, а під другий – договори, в яких сторони створюють для себе у справі штучний інтерес, надаючи випадковим, іноді зовсім незначним або нікчемним подіям особливе, за умовою, значення. У цьому уривку дається класичний по точності опис так званого ігрового ризику, пов'язаного з іграми, парі, лотереєю. Окремою групою виділяються договори, «в яких переважає розрахунок на випадковість, поєднаний з ризиком» [16, 805]. Таким чином, в цих коротких статтях дається абсолютно чітке визначення трьох різновидів юридичного ризику: страховий ризик, ігровий ризик і ризик підприємництва.

В енциклопедичному словнику братів Гранат ризик розуміється як «будь-яка можливість збитку ... будь-яка загроза благам ... ширше – будь-яка загрозна можливість зла, на протипагу інтересу як можливості блага» [17, 578]. Окремо виділяються елементи ризику (у цивільному праві) «як загрожуючої можливості збитку» (з його детальною характеристикою). Проводиться поділ ризику на страховий ризик, зобов'язальний ризик («ризикові правочини») і «професійний ризик». Особливо підкреслюється значення фікцій і презумпцій як «засобів попередньо встановити відоме розподілення ризику від недоведеності фактів або їх недовідності». Враховуючи те, що даний том словника був виданий у 1933 р., стає зрозумілим підкреслення «буржуазності» ризику взагалі і тенденції до «відмирання» ризику як наслідку «планового характеру соціалістичної системи». Місце ризику знаходиться тільки в умовах «госпрозрахункового принципу». Цікаві міркування автора про правомірний виробничий ризик, відповідно до яких знімається відповідальність з працівника за відсутності його «посадового упущення», а «при недостатніх шансах на успіх» передбачається відповідальність за необережність (за відсутності умислу або недбалості).

Загальним підсумком розгляду слова «ризык» у дореволюційних і перших післяреволюційних енциклопедіях є виділення з багатьох його значень (наприклад, словник В. І. Даля) ризику як конкретного юридичного поняття з поступовою юридико-

