

Алеаторные сделки

1. Выделению алеаторных сделок в отдельную группу мы в известной степени обязаны очевидной сложности, если не невозможности, с помощью привычного гражданско-правового инструментария не только объяснить, но и описать структуру ряда сделок (например, игры и пари, страхования). Именно отсюда рожденная Потье пара сделок: меновые и алеаторные¹.

Действительно, когда мы говорим о договорах, опосредующих обмен участников имущественного оборота теми или иными благами, являющимися объектами последнего, со времен римского права описание волеизъявления сторон таких сделок не вызывает (во всяком случае в первом приближении) каких-либо трудностей.

Так, в договоре купли-продажи принципиальная структура отношений вроде бы ясна. Одно лицо (продавец) обязуется передать другому лицу (покупателю) ту или иную вещь в собственность, а последнее – уплатить за эту вещь определенную в момент изъявления воли на возникновение обязанности по передаче вещи цену. Отсюда очевидно, что сделка купли-продажи, будучи направленной на возникновение встречных обязательств сторон, является классическим двусторонневзаимообязывающим договором. Мы имеем дело при этом ни с чем иным, как с возмездной консенсуальной сделкой, в которой предоставление каждой из сторон определено в момент волеизъявления, которое строго направлено на возникновение определенных в этот момент правовых последствий сделки. Очевидно, что *по общему правилу* никакие будущие неизвестные события не в состоянии отразиться на последствиях заключения сделки купли-продажи.

Однако уже римская купля-продажа знала две свои разновидности, описание которых по приведенной модели может вызвать определенные затруднения. Речь идет об *emptio spei* и *emptio rei speratae*, которым, по мнению некоторых авторов мы обязаны понятию «алеаторной сделки».²

Emptio rei speratae заключался до возникновения права собственности на вещь у продавца, но вступал в силу (причем, с обратным действием, т.е. с момента заключения договора) только при возникновении вещи и, соответственно, права на нее у продавца; оплата, конечно, осуществлялась также лишь при возникновении будущей вещи («...правильно покупаются будущие плоды и будущие дети рабов; в этом случае, когда родится ребенок, считается, что продажа произведена еще тогда, когда сделка заключена...»)³. Поэтому невозникновение вещи влекло недействительность договора как не

¹ Euvres de Pothier. Nouvelle Edition. Publie par M.Siffrein. Paris, 1824. Tome sixieme. P. 270.

² Ю.Барон. Система римского гражданского права. Выпуск 3. СПб., 1910. С.30 и след.

³ D. 18.1.8// Дигесты Юстинана. М., 2003. Том III. С. 563.

имеющего объекта⁴. Типичными случаями такой продажи являлись будущие плоды (оливки, виноград) и будущие дети рабов. По всей видимости, именно неопределенность в отношении того, возникнет вещь или нет, позволило Ю.Барону найти в *emptio rei speratae* алеаторный элемент – от будущего неизвестного события (в терминологии Барона – «от случая») зависит удовлетворение интересов сторон сделки⁵.

Типичным примером *emptio spei* является договор купли-продажи будущего улова рыбы, в котором изначально определенная цена будущего улова не зависит от результатов последнего. При этом важно, что в отличие от *emptio rei speratae* здесь договор вступал в силу в момент его совершения⁶. Если рыбак не принесет улова, покупатель все равно обязан уплатить установленную цену; то же происходит и в случае, если цена улова будет менее или более цены договора⁷. Примечательно, что в связи с этим возникает вопрос об объекте купли-продажи в случае, если улова вовсе не будет (покупатель, как мы указали все равно должен уплатить покупную цену), а также вопрос о возмездности договора при явном несоответствии изначально определенной цены и стоимости улова.

Данный вопрос разрешен в Дигестах самим Помпонием, указавшем, что при *emptio spei* объектом договора является надежда (шанс, риск). Так, Помпоний пишет применительно к *emptio spei*: «...купля считается совершенной, если ничего не будет получено, т.к. имеется покупка надежды (alea emitur)...»⁸. Именно этому фрагменту мы обязаны, по суждению Д.В.Дождева, появлению «выражения «алеаторная сделка»»⁹.

⁴ (Д.В.Дождев. Римское частное право. М., 2010. С. 583. Именно в таком смысле интерпретирует Дигесты Г.Дернбург (см. Г.Дернбург. Указ соч. С. 244) и Р. Циммерманн. Последний пишет по этому поводу: «Only if it eventually transpired that there was an object, did the contract of sale become effective (ex tunc, i.e. with retroactive effect). If the crop failed, contract of sale failed too». См.: R. Zimmermann. The law of obligation: Roman foundations of the civilian tradition. Cape Town; Deventer; Boston, 1992. P. 246).

⁵ Ю.Барон. Указ соч. С. 30. Позицию Ю.Барона впоследствии горячо поддержал В.В. Ефимов, который прямо ссылается на Барона и вслед за ним выделяет в римском праве алеаторные договоры. Перечень «римских» алеаторных контрактов В.В.Ефимов предлагает тот же, что и Барона с одним исключением: без каких-либо объяснений из него исключен *emptio rei speratae*. См. В.В.Ефимов. Догма римского права. СПб., 1894. С.176 и след., 242. Применительно к *emptio spei* И.Б. Новицкий фактически поддержал Барона и В.В.Ефимова, указав, что данный договор принадлежит скорее к так называемым рисковому или алеаторным договорам». И.Б.Новицкий. Римское частное право. Под ред. И.Б.Новицкого и И.С.Перетерского. М., 2010. С. 434 (автор соответствующей главы – И.Б.Новицкий).

⁶ Циммерманн указывает, что в отличие от условного *emptio rei speratae* *emptio spei* вступал в силу немедленно. См.: R. Zimmermann. Op.cit. P. 248.

⁷ D. 18.1.8// Дигесты Юстинана. М., 2003. Том III. С. 563. См. также комментарии соответствующего фрагмента Ю. Барона, И.Б. Новицкого, Д.В.Дождева. Ю.Барон. Указ соч. С. 30 и след.; Римское частное право. Под ред. И.Б.Новицкого и И.С.Перетерского. М., 2010. С. 434 (автор соответствующей главы – И.Б.Новицкий); Д.В.Дождев. Указ. соч. М., 2010. С. 583.

⁸ D. 18.1.8// Дигесты Юстинана. М., 2003. Том III. С. 563.

⁹ Д.В.Дождев. Римское частное право. М., 2008. С. 583. Примечательно, что ученый не использует термин «понятие» алеаторной сделки. Возможно, это связано с тем, что в римском праве, безусловно, не было такого понятия. Данная особенность *emptio spei* позволила назвать Макеу Казеру данный договор покупкой «чистой надежды на выигрыш» («der Kauf einer blossen Gewinnaussicht»), договором покупки надежды (Hoffnungskauf). Max Kaser. Das romische Privatrecht. Munchen. 1975. Т.II. S. 549.

Еще более наглядно сложности в описании структуры и последствий совершения алеаторной сделки можно наблюдать на примере игры и пари, а также страхования¹⁰.

Отсюда, по нашему мнению, становится ясна причина выделения в литературе алеаторных сделок – очевидно, что сделки игры и пари, страхования, которые все без исключения авторы, выделяющие алеаторные сделки в одну группу, относят к числу таковых, не могут быть препарированы с помощью методик, сконструированных для описания сделок, направленных на обмен имущественными благами. В самом деле, в купле-продаже встречные обязанности продавца и покупателя каузально связаны («плачу, потому что получаю вещь, передаю вещь, потому что получаю плату»). В сделках игры и пари ввиду неясности вопроса о характеристиках обязательственной связи между игроками или спорщиками до разрешения пари или игры говорить о каузальной связанности «обязательств» спорщиков крайне сложно. Равным образом при ненаступлении страхового случая непросто описать цель имущественного предоставления страхователя. Налицо некая неопределенность отношений сторон – неясно за что платит страхователь, если страховой случай не

¹⁰ Когда игроки или спорщики заключают сделку, они не знают, кто окажется обязанным к согласованному ими предоставлению. На первый взгляд, воля сторон в такой сделке вроде бы понятна и ясна: каждый из игроков или спорщиков желает стать управомоченным в обязательстве по выплате выигрыша. Однако последствия изъявления этой воли находятся не внутри, а вне сторон сделки. Ни один из игроков или спорщиков не знает, выиграет ли он или, иначе говоря, будет ли он обязан к соответствующему предоставлению или управомочен к его учинению. Продолжая данную мысль, следует подчеркнуть, что с позиции классической меновой сделки весьма непросто в юридико-техническом и догматическом смысле изобразить обязательно-правовые последствия сделки пари (игровой сделки). В самом деле, какие обязательства возникают в результате соответствующего волеизъявления и возникают ли они вообще. Вот тот вопрос, отсутствие ответа на который, по нашему мнению, явилось одной из причин, заставляющих выносить сделки игр и пари со времен по крайней мере Потье из перечня меновых сделок и, как следствие, присущих этим сделкам подходов.

Примечательной является и страховая сделка. Страхователь, заключая ее, стремится получить страховую защиту своего интереса. В этом смысле именно с данной целью он уплачивает страховщику страховую премию. Страховщик же за полученную страховую премию обязуется в свою очередь выплатить страхователю страховое возмещение. Однако эта обязанность страховщика не абсолютна, равно как и корреспондирующее ей право страхователя. Страхователь вправе потребовать страхового возмещения лишь при наступлении страхового случая. Прежде всего, не вполне ясными видятся обязательно-правовые последствия заключения страховой сделки для страховщика – существует или нет обязанность выплатить страховое возмещение до наступления страхового случая, а если существует, то каков режим соответствующей обязанности с учетом очевидной невозможности потребовать страхового возмещения до наступления страхового случая. Возможные варианты ответа на этот вопрос (обязанность страховщика существует с момента заключения страхового договора или же с момента возникновения страхового события) актуализирует вопрос о том, всегда ли или лишь при наступлении страхового случая договор страхования можно квалифицировать как двустороннеобязывающий (по модели купли-продажи и иных меновых сделок). Полагаем, сказанное остро ставит вопрос о наличии в страховой сделке элемента обмена встречными предоставлениями – страховая премия уплачена, но страховой случай не наступает, в связи с чем страховая выплата не выплачивается. Стало быть, совершение страховой сделки по своему правовому результату может и не привести к обмену теми или иными имущественными благами. И, кроме того, этот правовой результат находится в зависимости от наступления или ненаступления определенного события (страхового случая).

наступит, не вполне понятно, в связи с чем проигравшая сторона выплачивает сумму выигрыша.

По всей видимости, именно в связи с этим те немногие авторы, которые обращались к понятию алеаторной сделки, строят свои рассуждения на основе противопоставления сделки меновой (коммутативной), которая является основой имущественного оборота благ между его участниками, и сделки алеаторной, являющейся противопоставлением меновой сделки с весьма неопределенным юридическим содержанием.

Указанные затруднения в описании структуры сделок игры и пари, страхования и вызываемых ими последствий в литературе и законодательстве описываются по-разному.

К первой группе ученых можно отнести тех, кто видит сущность алеаторной сделки в риске, присущем ее содержанию. Едва ли не первым, кто выдвинул теорию риска в алеаторной сделке был Потье.

Потье так определял алеаторные договоры: это договоры, в которых то, что одно лицо дает или обязуется дать другому, есть цена риска, который один возложил на другого (*Les contrats aleatoires sont ceux dans lesquels ce que l'un donne, ou s'oblige de donner a l'autre, est le prix d'un risque dont il l'a charge*)¹¹.

К данному наблюдению Потье пришел, противопоставив алеаторные договоры меновым (коммутативным). Эти договоры совпадают с меновыми, по мысли Потье, в том, что, как и последние, они *sont interesses* обе стороны: каждый из контрагентов ставит своей целью только собственные интересы и не имеет никакого намерения уступить свою выгоду другому. Отличие алеаторных сделок от меновых Потье видел в том, что в меновых договорах то, что получает каждый из контрагентов, есть точный эквивалент другой вещи, которую он дает со своей стороны или обязуется дать другому; в алеаторных же договорах "то, что получает каждый из контрагентов, не есть эквивалент другой вещи, которую он дал или обязался дать, но есть эквивалент риска, который он возложил на себя, *suscepti periculi pretium* (ce que l'un des contractants recoit n'est pas l'equivalent d'une chose qu'il ait donnee, ou qu'il se soit oblige de donner; mais c'est l'equivalent du risque dont il s'est charge, *suscepti periculi pretium*)."¹² К мнению Потье в той или иной степени присоединился ряд французских и не только писателей, при этом принципиальны идеи Мазо о том, что в отсутствие риска алеаторная сделка ничтожна и Дернбурга, указывавшего на то, что лишь те алеаторные сделки заслуживают защиты, в которых хотя бы у одной стороны присутствует имущественный интерес¹³.

¹¹ *Euvres de Pothier. Nouvelle Edition. Publie par M.Siffrein. Paris, 1824. Tome sixieme. P. 270.*

¹² *Ibidem.*

¹³ Р. Саватье, противопоставляя меновые договоры алеаторным, следуя Потье, отмечал, что, в первых предоставляют или обещают предоставить вещи, которые существуют или достоверно будут существовать (например, купля-продажа), во вторых же, обещают или предоставляют шанс или вероятность. Эта неизвестная в момент заключения алеаторной сделки вероятность и составляет предмет договора. Саватье Р.

Идеи Потье решительно развил Капитан. В некоторых группах двусторонних договоров, размышляет Капитан, кауза усложняется новым элементом: к обыкновенно преследуемой цели контрагентов добавляется особая цель.¹⁴

В одних (игры, пари) лишь одна сторона будет обязана, если удача повернется против нее; в других (страхование) одна из сторон жестко берет на себя обязательство заплатить определенную сумму с тем, чтобы защитить себя от риска, другая обязуется возместить ущерб в том случае, если этот риск будет реализован; наконец, в-третьих (пожизненная рента за плату, продажа узурфрукта, спорного права и т.д.) каждый контрагент, начиная с момента заключения договора, берет на себя обязанности по определенному предоставлению, но каждый из них рассчитывает на случай (alea).

Тем не менее во всех этих договорах удача или неудача, на которую надеются или которой опасаются договаривающиеся стороны, является одним из структурных элементов их волеизъявления, поскольку стороны подчиняют им либо возникновение, либо погашение, либо размер своих

Теория обязательств. М., 1972. С. 12. Мазо на первое место в алеаторных сделках также ставит категорию риска, что имеет своим следствием, по его мнению, ничтожность алеаторной сделки в случае отсутствия риска. Например, ничтожным является договор пожизненной ренты, если рента была заключена в отношении человека, умершего в день заключения договора. При этом, однако, Мазо придерживается традиционного позитивистского взгляда на природу алеаторного договора, определяя его вслед за ФГК как договор, в котором получаемая сторонами выгода не может быть оценена во время его заключения, а зависит от определенного события, которому стороны решили подчинить свои шансы на выигрыш или проигрыш. Кроме того, Мазо в присущей французским писателям афористичной манере подметил различие между отдельными алеаторными договорами. Последние делятся им "на договоры, в которых цель сторон заключается в том, чтобы испытать судьбу, извлечь из нее определенную выгоду, и договоры, в которых, напротив, целью для его сторон или для одной из них является защита от судьбы". В первом случае Мазо имел в виду игру и пари, в последнем - сделку страхования, которая всегда заключается на случай наступления некоего будущего неизвестного события (страхового случая). Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecons de droit civil*. Paris, Tome troisieme. P. 1202. Дербург, оговорившись, что деление сделок на алеаторные и меновые вовсе не имеет никакого значения, все же информирует своего читателя о том, что первые объединяет одна черта, а именно "риск, так как само существование притязания одной стороны или объем его зависят от неизвестных случайностей, причем эквивалент остается неизменным". Дербург Г. Пандекты. Обязательственное право. М., 1900. С. 343. Виндшейд, в отличие от Дербурга, выделяет в отдельную группу алеаторные сделки, называя последние договорами, основанными на риске. Их особенности он видит в том, что в них стороны ставят в зависимость от случая то, какая из сторон получит выгоду, а какая - убыток. При этом правовую защиту не следует придавать тем алеаторным сделкам, в которых обе стороны рискуют в надежде на выгоду (игра), и напротив, тем алеаторным сделкам, в которых хотя бы одна сторона имеет имущественный интерес (страхование), следует предоставить правовую защиту. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. С. 173 и сл. Признавая, что любой договор содержит в себе некоторое распределение рисков, Г. Райнер подчеркивает, что "в случае так называемого алеаторного договора это распределение заходит столь далеко, что оно распространяется на договорное равновесие как таковое", поскольку не только размер обязательств одной или обеих сторон, но и экономический результат каждой из сторон, складывающийся из принятого встречного и предоставленного ею самой исполнения, зависят от будущего случайного события. Сложившиеся в силу действия случая потери одной стороны всегда означают выгоду другой. Причем алеаторная сделка заключается ради одной неопределенности относительно того, кто выиграет, а кто проиграет, а утрата такой неопределенности делает исполнение одной или обеих сторон лишеными смысла, что и придает алеаторному элементу определяющее значение. Райнер Г. *Деривативы и право*. М., 2005. С. 12, 28 и сл. Здесь также прослеживается придание неопределенности (рisku) важнейшего значения, отсутствие которой лишает сделку смысла, в чем Райнер переключается с Виндшейдом.

¹⁴ Capitant H. De la cause des obligations. Paris, 1927. Tome troisieme. P. 51.

обязанностей. Иными словами, принятие во внимание риска является частью соглашения, заключенного между заинтересованными сторонами.

Из этого следует, заключает Капитан, что "кауза их обязательств сложнее, чем в меновых договорах. Несомненно, эта кауза - всегда встречное предоставление, но также и в первую очередь - "перспектива риска" (alea), из которого сторона надеется извлечь выгоду или от которой она хочет уберечься (la perspective d'un alea dont le contractant espere tirer profit ou contre lequel il veut se prémunir)"¹⁵.

Из сказанного можно сделать ряд выводов.

Прежде всего, все из перечисленных авторов, выдвигая на первый план категорию риска, идут дальше простого описания внешних особенностей сделок, относимых к числу алеаторных. Так, категорию риска Потье не употребляет в ее вульгарном значении как синонима любой неопределенности, но пытается ввести ее в структуру волеизъявления алеаторной сделки. Капитан идет еще дальше и объявляет о наличии связи между риском и каузой алеаторной сделки, по всей видимости, имея под целью алеаторной сделки распределение рисков. Однако ни Потье ни Капитан все же не создали какую-либо общую теорию алеаторных сделок. Действительно, что имеет в виду Капитан под "перспективами риска"? Что такое расчет на случай? Почему Капитан определяет страхование лишь через обязанность страхователя заплатить определенную сумму, чтобы защитить себя от риска? Ответы на эти и ряд других вопросов Капитан не дает. Так же и Потье лишь подал идею главенствующего значения риска в определении природы алеаторного договора, не определив при этом точного места и значения этого риска в алеаторном волеизъявлении.

¹⁵ Ibid. P. 52. Идеи Капитана перекликаются с воззрениями ряда других ученых на природу алеаторной сделки. В.А.Белов, размышляя над природой договоров игры и пари, высказал ряд ценных суждений о природе алеаторных сделок, так же, как и его предшественники, противопоставив алеаторные сделки меновым. Перечислив сделки, традиционно относимые к числу алеаторных (страхование, бодмарейный заем, покупка на счастье, продажа будущего урожая, рента), ученый заметил, что их объединяет то, что они имеют своей целью распределить права и обязанности в отношении блага и бремени собственности: так, в договоре страхования страхователь передает риск случайной гибели имущества страховщику, оставляя благо собственности за собой. На основе такого подхода В.А.Белов причисляет к алеаторным сделкам также внесение имущества в уставный капитал хозяйственного общества – лицо передает профессиональному предпринимателю бремя содержания и производственного использования имущества в обмен на благо получения дохода от такого использования. При этом «сторона, слагающая с себя бремя содержания и производственного использования имущества несет определенные затраты в связи с этим, как то: уплачивает страховые взносы или даже отчуждает имущество другому лицу». Отсюда В.А.Белов делает вывод, что все обозначенные им выше алеаторные сделки подлежат судебной защите, поскольку направлены на распределение риска, возникающего в ходе хозяйственной деятельности. В отличие от этого при играх и пари риск сторон не связан с наступлением случая, негативно влияющего на хозяйственную деятельность игроков или спорщиков, их имущественный интерес носит искусственный характер – в этом обстоятельстве видится, по всей видимости, В.А.Белову настороженное отношение законодательства к играм и пари. См.: В.А.Белов. Игры и пари как институты гражданского права. // Подготовлен для системы КонсультантПлюс. 1999. Прямо сделками, направленными на распределение рисков называет алеаторные сделки Е.А.Пвлодский. См.: Е.А.Павлодский. Расчетный форвардный контракт подлежит судебной защите. // Журнал российского права. 2008 №1. Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс».

Во-вторых, приведенные фрагменты свидетельствуют, что присущий алеаторным сделкам риск влияет на возмездность таких сделок (именно так, а не наоборот). Тем самым вопрос о возмездности и, шире эквивалентности, алеаторных сделок поставлен не в вульгарном, экономическом значении этого слова¹⁶.

Вторая группа ученых отождествляет алеаторные и условные сделки. Одним из первых в отечественной литературе вопрос о соотношении этих сделок поставил К.П.Победоносцев.¹⁷ Иначе говоря, ученый поставил на научную основу вопрос о гражданско-правовом значении будущего неизвестного события, с которым многие связывают, начиная с Потье, выгоду и убыток для одной или обеих сторон алеаторной сделки. В этом смысле подход К.П.Победоносцева можно оценить как весьма содержательный, нашедший своих последователей.

В связи с изучением договоров об играх и пари М.И.Брагинский предпринял попытку изучения природы алеаторных сделок. С одной стороны, ученый определяет алеаторные договоры как договоры, «для которых распределение риска между сторонами составляет их цель»¹⁸. В

¹⁶ К уже приведенным можно добавить и следующие подходы. Так, О.С.Иоффе алеаторными называл договоры, «которые, будучи возмездными, конструируются так, что объем встречного удовлетворения, причитающегося от одной из сторон, остается неизвестным, пока не наступит обстоятельство, призванное его окончательно определить». С этим обстоятельством О.С.Иоффе связывал то, что в алеаторных договорах «на первый план ... выступает известный элемент риска, принимаемого на себя каждой из сторон, так как вполне вероятно, что либо один, либо другой контрагент фактически получит встречное удовлетворение меньшего объема, чем им самим представлено». Отсюда видно, что особенности возмездности алеаторных договоров автор связывал с принятием сторонами на себя определенного риска, значение которого, между тем, в сделке не было им определено. См.: О.С.Иоффе. Избранные труды. Т.3 СПб., 2004. С.313. В последующем с О.С.Иоффе солидаризировался и С.А.Хохлов. См.: С.А. Хохлов. Рента и пожизненное содержание с иждивением // Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 321. В своих идеях О.С.Иоффе, С.А.Хохлов близки и к авторам проекта нашего Гражданского Уложения. Авторы объяснения к проекту указывают на то, что рисковые договоры отличаются от иных «присущим им элементом риска, так как исход их поставляется в зависимость от условленного случайного обстоятельства». Более подр. см. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. С объяснениями. Кн.5. СПб., 1899. С. 231. Данная позиция содержится и в более поздней редакции объяснений к проекту. См. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Т. 2 / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 1163 и след. При этом важно, что о обыкновенному (меновому) договору, продолжают авторы, обе стороны принимают на себя обязательства так, что каждая становится и должником, и кредитором. При рисковом же договоре внешне стороны также обмениваются эквивалентами, поскольку дают друг другу обещание что-либо дать или сделать. Но возникновение этих обязательств не уравнивает друг друга: в рисковом договоре одна сторона может сделаться только должником, другая – только кредитором, а если даже обе стороны являются и должником, и кредитором, размер обязанностей одной из сторон является неопределенным до наступления обусловленного сторонами будущего случайного обстоятельства. От этого будущего случайного обстоятельства и зависит то, как распределяются права и обязанности сторон рисковом договоре. Там же.

¹⁷ К.П.Победоносцев. Курс гражданского права. Т.3. М., 2003. С. 25 и след. Примечательно, однако, что ученый лишь указывает на возможную связь условных сделок с алеаторными (как он их называл «договорами о неверном и случайном»), окончательно не отождествляя их. При этом ученый сами эти договоры называл исключительно основанными на риске, правда не определяя место риска в структуре волеизъявления сторон. Там же. По существу с позицией К.П.Победоносцева солидаризировался в свое время Н.Анненков. См. Н.Анненков. Система русского гражданского права. СПб., 1904. Т.4. С.40.

¹⁸ М.И.Брагинский. Договоры об играх и пари. Понятие, виды, правовое регулирование. М., 2004. С.4.

этом, как кажется на первый взгляд, М.И.Брагинский является продолжателем Потье, Капитана, а также других авторов, которые пытались элемент риска употребить в специальном значении, включив в структуру алеаторного волеизъявления. Однако дальнейшее изложение оставляет отказаться от этого вывода, поскольку М.И.Брагинский отождествляет алеаторные сделки с условными, указывая, что «по своей конструкции алеаторные договоры – разновидность условных сделок. Как и иные условные сделки их отличает то, что возникновение прав и обязанностей поставлено в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит ли оно. При этом к алеаторным договорам, как и к другим условным сделкам, должен применяться п.3 ст.157 ГК РФ».¹⁹

Выявленные в литературе подходы к алеаторным сделкам подлежат детальному рассмотрению. Поскольку отождествление алеаторных сделок с условными снимает проблему определения природы алеаторных сделок рассмотрим сперва данный подход.

2. Соотношение условных и алеаторных сделок в значительной части зависит от подходов к условным сделкам, определяющих объем данного понятия.

В соответствии с первым из них условие не может касаться законного состава сделки, определяющего тип последней: оно как бы прибавляется к уже совершившемуся волеизъявлению. Так, в сделке купли-продажи законный состав сделки определяет направленность воли ее участников на возникновение обязанности продавца передать вещь покупателю и

¹⁹ М.И.Брагинский. Указ.соч. С.5. Подход, направленный на сопоставление алеаторных и условных сделок, является весьма распространенным в отечественной специальной литературе последнего времени. Так, рассуждая об играх и пари, О.Н.Садиков утверждает, что к алеаторным сделкам «применимы общие правила ГК об условных сделках, согласно которым, если наступлению условия недобросовестно способствовала или препятствовала одна из сторон, которой это выгодно, такое условие считается, соответственно, ненаступившим или наступившим (ст. 157 ГК)».См.: Гражданское право Российской Федерации. Учебник. Под редакцией проф. О.Н.Садикова. М., 2007 (автор соответствующей главы – О.Н.Садиков) // Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс». Т.Г.Жданович и О.А.Шевченко без какого либо обоснования категорически утверждают, что «алеаторные сделки представляют собой рискованные сделки, рассчитанные на удачу, где конечный результат и материальная ценность данных сделок поставлены в зависимости от события, совершенно не известного или случайного, или только вероятного, так, что при заключении такого договора совершенно не известно, какая сторона в конечном результате выиграет и получит выгоду». См.: Комментарий к Федеральному закону от 11 ноября 2003 года № 138-ФЗ «О лотереях». Материал подготовлен с использованием правовых актов по состоянию на 1 апреля 2007 года Т.Г.Жданович, О.А.Шевченко. // Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс». М.Б.Смирнова, анализируя страховое правоотношение, также указывает, что алеаторный характер страхования обусловлен тем, что обязанность страховщика, равно как и страхователя, уплатить сумму денег, равную нанесенному ущербу, стоит в зависимости от наступления предусмотренного страхового события. См.: М.Б.Смирнова. Страхование. Учебное пособие. М., 2007 // Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс». Приблизительно в том же духе рассуждает и И.А.Кузнецова. рискованный характер договора учена видит в том, «что возникновение, прекращение тех или иных прав или обязанности зависит от наступления случайных для сторон обстоятельств. Обязанность страховщика по уплате страховой выплаты реализуется только с момента наступления страхового случая, поэтому страховщик в одной ситуации получает доход, а в момент наступления страхового случая он обязан сделать страховую выплату в размере, превышающем размер вознаграждения».См.: И.А.Кузнецова. Страхование жизни и имущества граждан. Практическое пособие. М.. 2008 // Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс».

обязанности покупателя уплатить продавцу обусловленную цену. Эти два условия сделки купли-продажи являются ее конституирующими признаками, отсутствие которых не позволяет говорить о заключении сделки. В этом смысле условная сделка всегда предполагает наличие законного состава сделки (волеизъявления), к которому и прибавляется волеизъявление условное. Отсюда и появляется сделка купли-продажи, займа и т.д. под условием (отлагательным или отменительным). Поэтому бесспорным в рамках данного подхода представляется вывод: нет законного состава волеизъявления, нет и не может быть условной сделки, поскольку поставить под условие можно лишь совершившееся волеизъявление сторон в конкретной сделке, определяющее последнюю как признанный законом тип волеизъявления.²⁰

Совершенно очевидно поэтому, что сделки пари, игры, страхования не могут быть сами по себе отнесены к условным сделкам в приведенном понимании. Указание на значение определенного события в будущем (страхового случая, например) является частью волеизъявления, определяющего тип сделки, т.е. делающего страхование собственно страхованием, пари - собственно пари и т.д. В самом деле, если страхование производится не на случай наступления определенного события в будущем, отсутствует само страхование, которое и является охранением интереса страхователя от строго определенных опасностей. Таким образом, значение данного события в волеизъявлении относится к существенной части сделки и не является прибавочным определением воли. То, что многие авторы считают условием в условной (алеаторной) сделке, на самом деле оказывается не добавочным изъяснением воли, а относится к законному составу сделки.

К этому можно добавить те почти непреодолимые дополнительные сложности, с которыми можно столкнуться в рамках данного подхода при описании структуры конкретных сделок, относимых к числу алеаторных, как условных. Так, нельзя о страховании сказать как о полностью условной сделке. Помимо уже сказанного стоит добавить, что ряд обязательств возникают уже в момент заключения сделки страхования (например, это обязанность внесения страховой премии (в отдельных правопорядках),

²⁰ Такому подходу мы, возможно, обязаны Виндшейду, горячо отстаивавшему условие как добавочное изъяснение воли. См. Б.Виндшейд. Учебник пандектного права. Т. 1: Общая часть. СПб., 1874. С. 201 и след. Он же оказал существенное влияние на представления о условии. Так, у Гудсмита находим такое определение рассматриваемого концепта: условие как прибавочное определение воли не может касаться существа волеизъявления, поставленного под условие. См. Ж.Е.Гудсмит. Курс пандектов. Общая часть. Москва, 1881. С. 159, сноска 1. В нашей литературе указанные идеи поддержали П.П.Цитович, Ю.С.Гамбаров. П.П.Цитович прямо пишет, что при наличии условия «законченность сделки устанавливается иначе, чем это было бы без особой оговорки...без такой оговорки сделка была бы немедленной». П.П.Цитович. Русское гражданское право. Общая часть. Киев. 1894. С. 47. Отсюда очевидно, что условие прикрепляется к волеизъявлению, достаточному для определения типа сделки и, следовательно, условие не может касаться законного его состава. Но наиболее полно по нашему поводу высказался Ю.С.Гамбаров: «условие...есть только добавочное и чуждое само по себе законному составу сделки определение частной воли». Ю.С.Гамбаров. Гражданское право. Общая часть. Москва, 2001. С.773.

обязанность страхователя сообщить о размере страхового риска, право страховщика проверить объект страхования и т.д., сама мысль о возникновении которых лишь с наступлением страхового случая абсурдна).

Имеется и другой подход к определению объема понятия «условная сделка». В самое последнее время он был поддержан А.Г.Карапетовым, предложившим отойти вслед за отдельными правопорядками от понятия условной сделки в пользу понятия условного обязательства. При этом А.Г.Карапетов не видит препятствий для постановки под условие лишь отдельных обязательств синналагматического договора, т.е. для частично условной сделки (например, обязательство продавца безусловно, обязательство покупателя условно)²¹. Этот взгляд как будто может открыть дорогу для описания алеторной сделки как условной. На такую возможность в свое время обратил внимание еще Г.Ф.Шершеневич, квалифицировавший в страховании лишь обязательство страховщика по выплате возмещение как условное.²²

Однако на этом пути нас могут подстерегать некоторые затруднения.

Несмотря на то, что на первый взгляд описание страхования как условной сделки по модели Г.Ф.Шершеневича можно признать удовлетворительной, возможно выдвинуть определенные возражения.

Признание страхования условной сделкой в части условно-отлагательной обязанности страховщика распространяет на нее общий режим условных сделок (поскольку он существует не сам по себе, но следует из характеристик волеизъявления), заключающийся в том, что если наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, условие признается наступившим, и наоборот, если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, для которой наступление условия выгодно, условие признается ненаступившим. Применение данного режима возможно в двух вариантах. Первый вариант. Наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно. Совершенно очевидно, что страхователь не может недобросовестно воспрепятствовать наступлению гибели своего имущества. Интерес страхователя как раз и заключается в

²¹ Обосновывается это принципом свободы договора и ссылками на зарубежный опыт. См. А.Г.Карапетов. Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права. //Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 42 и след. Надо сказать, что такой подход и ранее встречался в литературе. Так, на возможность существования частично условной сделки указывали Пухта, который писал, что «от условия всегда находится в зависимости существование всей сделки или какой-нибудь составной ее части». Г.Ф.Пухта. Курс римского гражданского права. Москва. 1874. С.169, а в нашей литературе - К.Балашов. Конспект по догме римского права. СПб. 1902. С.21. Число сносок можно без труда умножить.

²² «Страхование имущества содержит всегда условное обязательство: страховщик обязывается к возмещению убытков, если произойдет предусмотренное договором несчастье. Условность не относится к силе самого страхования, потому что сделка действительна с самого начала, хотя бы несчастье не наступило вовсе. Условность обнаруживается только на стороне страховщика, потому что обязанность страхователя уплатить премию носит безусловный характер». Г.Ф.Шершеневич. Курс торгового права. Том 2. Москва. 2003. С. 323-324.

сохранении своего имущества, где страхование - лишь способ закрепления усилий по обеспечению своего интереса в отношении такого имущества. Воспрепятствование наступлению страхового случая, совершенное страховщиком (возможность которого с практической точки зрения сведена к нулю), не может свидетельствовать об упречности его действий, поскольку не может привести к умалению имущественного интереса страхователя. Второй вариант. Наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно. У страхователя в принципе можно отыскать возможность наличия интереса в таком содействии, что связано в большинстве случаев с проблемой страхового мошенничества. Однако такая возможность полностью учтена законодателем, который сформулировал специальные правила, в соответствии с которыми по общему правилу наличие умысла в действиях страхователя в отношении наступления страхового случая исключает обязанность страховщика выплатить ему страховое возмещение (например, ст. 963 ГК РФ). Применительно же к страховщику наступление страхового случая означает то, что страховщик обязан выплатить страховое возмещение страхователю. В связи с этим признание наличия у страховщика интереса в недобросовестном содействии в наступлении страхового случая выходит за рамки разумного обоснования. Таким образом, можно сделать вывод, что режим условной сделки не применим к страховой сделке, понимаемой как частично условной, что остро ставит вопрос о целесообразности такого понимания.

Но так ли обстоит дело с другой сделкой, также как и страхование относимой всеми исследователями к числу алеторных, – речь идет, конечно, об играх и пари.

Для примера возьмем сделку пари двух видов, где первый вид – «двусторонняя» (когда оба спорщика делают противоположные утверждения) сделки пари, второй – «односторонняя» (когда лишь один из спорщиков делает утверждение). Соответственно, в первом случае обязательство по выплате выигрыша непременно возникнет, во втором оно может и не возникнуть.

Относительно просто дело может обстоять с односторонним пари. В результате описания такого пари терминами условной сделки, его заключение влечет возникновение условного отлагательного обязательства по выплате выигрыша, в котором сторона, сделавшее соответствующее утверждение, является управомоченной. Разрешение пари в пользу утверждающего делает обязательство безусловным.

Сложнее описать двустороннее пари как условную сделку. Спорщики делают противоположные утверждения²³, в большинстве случаев не зная, какое из утверждений является верным. Следовательно, до разрешения пари

²³ Для примера представим, что противоположны утверждения делаются в отношении следующего обстоятельства: займет ли команда России первое место на чемпионате по керлингу (соответственно, одна сторона утверждает, что займет, другая, - что не займет).

неизвестно (во всяком случае субъективно), кто выиграет и будет обязан заплатить выигрыш. Потенциально (условно) в такой позиции может оказаться каждый из спорщиков. Поэтому из такого пари неминуемо должно возникнуть два условных обязательства, при этом ключевой вопрос состоит в том, какие это обязательства: отлагательные или отменительные.

Если рассматривать будущее неизвестное событие (в данном случае место команды на чемпионате) как одно событие в структуре сделки, логически возможно только одно решение: из такого пари возникнет два условных обязательства - одно отменительное, другое отлагательное.²⁴ Отсюда можно сделать вывод, что обязательство одного из спорщиков и до разрешения пари, будучи отменительным, существует в полном объеме, что ставит вопрос о догматическом обосновании отсутствия возможности у управомоченного в таком обязательстве требовать выигрыша до разрешения пари. Отсутствие такого обоснования делает конструкцию абсурдной.

Найти решение вопроса можно попытаться, раздвоив будущее неизвестное событие, с которым связывается разрешение условия. Двустороннее пари тогда можно описать как два условно-отлагательные обязательства. Для одного из них в качестве будущего события будет выступать победа команды, для другой – проигрыш, из первой возникнет условно-отлагательное обязательство, где должником будет выступать спорщик, утверждавший о проигрыше, из второй такое же обязательство, где в качестве должника будет выступать спорщик, утверждавший о выигрыше. Такая постановка вопроса позволяет уйти от абсурдности условно-отменительного обязательства, кроме того, очевидно и то, что разрешение пари строго юридически приведет к ненаступлению отлагательного условия в отношении права требования выигрыша проигравшей стороной и наоборот.

Однако и против этого, кажущегося приемлемым решения вопроса, можно найти серьезные контраргументы.

Прежде всего, литература, посвященная условным сделкам, свидетельствует, что, какой бы точки зрения на эти сделки не придерживались соответствующие авторы, практически все они соглашаются в том, что условие в условной сделке есть продукт свободного волеизъявления. Это не позволяет квалифицировать как условные «сделки, которые зависят от неизвестного обстоятельства по характеру своему или своего объекта... Такие неизвестные обстоятельства... вовсе не условия»²⁵.

²⁴ Спорщик, утверждавший, что наша команда займет первое место, станет управомоченным в условно-отлагательном обязательстве по выплате выигрыша. Но, одновременно, он должен являться и должником в условно-отменительном обязательстве по выплате выигрыша в случае, если команда не займет первого места. При таком подходе победа команды будет означать, что условно-отлагательное обязательство стало безусловным, а условно-отменительное (по выплате выигрыша спорщиком, утверждавшем о победе команды при ее поражении) прекратилось, итогом чего может стать выплата выигрыша. Неудача команды, в свою очередь приведет к ненаступлению события в условно-отлагательном обязательстве, и трансформация условно-отменительного обязательства в безусловное, что также влечет выплату выигрыша. Иное решение не в состоянии привести к желаемым сторонами пари последствиям.

²⁵ Ю.Барон. Указ соч. С. 119.

Схожее суждение находим у К. Сальковского: «условное волеизъявление всегда требует согласия другой стороны... условия, в силу которых данная юридическая сделка ставится в зависимость от будущего неизвестного обстоятельства, представляющего само собою предполагаемой фактическое предположение ее действия, не представляют условий в истинном смысле»²⁶. Не трудно заметить, что сказанное не находится в зависимости от определения условия как добавочного изъявления воли, т.е. носит самостоятельный характер. И, кроме того, очевидно, что данный взгляд применим и для сделок игр и пари и страхования – определять ли условие как добавочное определение воли или нет, им не может быть признано условие, определяющее волеизъявление как конкретный договорный тип. В противном случае и обязательства в таком классическом безусловном договоре как купля-продажа окажутся условными. Как известно из этого договора возникают обязательства, в большинстве случаев носящий встречный характер (заплати, если передашь вещь). Отвергая рассматриваемое понимание условия, эти обязательства также можно описать как условные – обязанность по оплате поставлена в зависимость от будущего неизвестного обстоятельства, а именно: передачи вещи. Такое расширение условной сделки не находит своего оправдания и обоснования в литературе.

Следует отметить и еще одну особенность обязательственного взгляда на условные сделки. Как было сказано, отдельные его сторонники не находят препятствий к постановке под условие лишь одного из обязательств, порожденных двусторонневзаимообязывающим договором (например, куплей-продажей). Пример тоже уже приводился – обязательство продавца безусловное, покупателя – условное. Какие последствия имеет для квалификации заключенной сделки такая обусловленность – вопрос, который требует изучения.

Наличие безусловного обязательства продавца предполагает, что его обязанность должна быть исполнена безотносительно к тому, наступит ли отлагательное обязательство покупателя по уплате покупной цены. Тем самым каузальная связь двух предоставлений, характеризующая договор как куплю-продажу, разрывается (исполнение обязательства продавцом не связано с обязательством покупателя). В дальнейшем ситуация может развиваться двояко – отлагательное условие может наступить, а может и нет. В последнем случае условное обязательство покупателя прекращается. Отсюда следует, что за переданную в собственность покупателя вещь

²⁶ К.Сальковский. Указ соч. С.80. Д.Азаревич указывает, что «если в качестве условия будет выставлено обстоятельство, которое и без того составляет необходимое предположение действительности данного акта, то нельзя говорить об условном акте». Д. Азаревич. Система римского права. СПб. Том 1. 1887. С.186. При этом, ссылаясь на источники Д. Азаревич приводит пример подобного мнимого условия – распоряжение о легате под условием принятия наследником наследства. Там же. Grimm по этому же поводу писал, что не являются условиями будущие обстоятельства, которые являются само собой разумеющимися для данной сделки, без которых сделка не может быть совершена. См.: Д.Д.Гримм. Лекции по догме римского права. Киев. 1919. С. 69. Число подобных ссылок можно без труда умножить.

продавец не получает никакого имущественного предоставления, т.е. в итоге ненаступления условия последствия заключенного договора выглядят как последствия дарения. Одновременно при наступлении отлагательного условия налицо будут последствия купли-продажи (обязательства и продавца и покупателя возникли). Таким образом, можно предположить, что до разрешения условия заключенной по указанной модели договор не может найти однозначной квалификации – стороны поставили под условие сам тип договора, его каузу. При наступлении отлагательного условия мы имеем куплю-продажу, при ненаступлении – дарение.

Вопрос о возможности такой квалификации зависит от понятия безвозмездности. Условно можно выделить два подхода к данному вопросу. В соответствии с первым из них к безвозмездным относятся сделки, в которых лишь одна сторона обязывается к предоставлению²⁷. Из второго понимания следует, что к безвозмездным относятся сделки, в которых некоторое предоставление осуществляется без имущественного интереса, с целью одарить другую сторону²⁸.

Следуя первой позиции, ответ на поставленный вопрос кажется очевидным: поскольку отлагательное условие не наступило, не наступила и обязанность передать покупную цену за уже переданный товар, следовательно, последний передан безвозмездно, подарен. Здесь разрешение условия делает договор с условной каузой в безусловное дарение.

Сложнее дело обстоит с преломлением второй позиции в отношении безвозмездности к нашей ситуации. Ненаступление отлагательного условия в обязательстве покупателя делает обязательство односторонним, но влечет ли это квалификацию совершенной сделки как безвозмездной, было ли у продавца намерение одарить покупателя? Однозначного ответа на этот вопрос дать невозможно. Так, если мы скажем да или нет, то мы игнорируем изначально содержащееся в волеизъявлении допущение ненаступления (наступления) будущего события. Полагаем, что в рамках второго взгляда на безвозмездность следует говорить лишь о наличии условного намерения продавца одарить покупателя. Важно лишь, что отсутствие намерения продавца одарить контрагента не может содержаться в некоей надежде на то, что будущее событие наступит (что сделает обязательство покупателя безусловным), во-первых, потому, что он, делая волеизъявление, безусловно, допускал возможность ненаступления события, во-вторых, потому, что

²⁷ Так, З.И.Шкундин видит безвозмездность дарения в том, что «за передаваемое имущество даритель не получает от одаряемого никакого эквивалента». Гражданское право. Учебник. П/р.С.Н.Братуся. Москва, 1944. С. 151 (автор соответствующей главы – З.И.Шкундин).

²⁸ Наиболее наглядно эта позиция представлена у Виндшейда, который писал, что дарение увеличивает имущество одаряемого и уменьшает имущество дарителя, оно «есть обогащение для обогащения». См.: Б.Виндшейд. Об обязательствах по римскому праву. СПб. 1975. С. 277, сноска 4. Вместе с тем Виндшейд предостерегал от того, чтобы понимать намерение одарить как чуждое любому имущественному мотиву, приводя в пример истинного дарения передачу имущества одаряемому в надежде получить впоследствии какую-либо выгоду, заключив, тем ни менее, что «дарение есть намерение произвести обогащение». Там же. (тем самым все же позиция Виндшейда промежуточна).

надежды покупателя прямо противоположны, из чего следовало бы сделать вывод, что «продавец» выражал волю на куплю-продажу, а «покупатель» - на дарение, в связи с чем не очевидным становился бы вывод о заключенности договора.

Поэтому следует повторить ранее высказанное утверждение: договор, в котором обязанность по передаче вещи безусловна, а уплата покупной цены условна является договором, в котором сам его тип поставлен под условие – ненаступление условия разрешает неопределенность в пользу дарения²⁹, наступление – в пользу купли-продажи³⁰.

Осталось наложить добытое на сделки страхования и игры и пари.

Описывая страховую сделку через условное обязательство страховщика, мы несем риск превращения ее при ненаступлении страхового случая по выше разобранным модели в договор дарения страховой премии. В самом деле, страховая премия уплачена, появляется условноотлагательное обязательство страховщика выплатить страховое возмещение, которое при нереализации страхового риска прекращается. Опять же, если понимать под дарением отсутствие встречного предоставления, при ненаступлении страхового случая, разрыве синаллагмы сомнений в квалификации сделки как дарения как будто не возникает.

Решением вопроса мог бы стать вывод о том, что страховая премия вносится за сам факт возникновения на стороне страховщика условноотлагательного обязательства, в этом может крыться существо имущественного интереса страхователя, свидетельствующего об отсутствии у него намерения одарить страховщика. Между тем нереализация страхового риска фактически лишает этот возможный имущественный интерес своего основания. В страховании обе стороны надеются на ненаступление страхового случая, т.е. на то, что страховая премия будет выплачена без

²⁹ Данный вывод спрягается с позицией А.А.Симолина, который для придания отношению возмездного характера считал необходимым, «чтобы действие одного лица находилось в синаллагматической связи...зависимости от действия другого контрагента». А.А.Симолин. Возмездность. Безвозмездность. Смешанные договоры. Москва. 2005.С.115. Как мы видели, при указанной условности синаллагматическая связь может быть разорвана. При этом саму синаллагму в таких сделках можно было бы описать как условную.

³⁰ На этот счет в нашей новой литературе было высказано и другое мнение. Так, С.А.Громов полагает, что поскольку при ненаступлении или отпадении условия исчезает возмездность (с чем мы полностью согласны), «предоставление, осуществленное ранее по безусловному обязательству, возникшему из каузальной сделки, утрачивает предусмотренное основание (цель – получить причитающееся) и становится неосновательным, порождая уже внедоговорное кондиционное обязательство». С.А.Громов. Спорные аспекты учения об условных сделках.//Сделки: проблемы теории и практики. П/р М.А.Рожковой. Москва. 2008. С.264. Здесь С.А.Громов, по нашему мнению, ошибается, поскольку стороны, заключив подобную сделку, изначально выразили волю на возможность «отпадения» встречного предоставления. Тем самым возможность одностороннего, безвозмездного предоставления изначально охватывается волей сторон. Поэтому С.А. Громов смешивает этот случай со случаем, когда обязанность по встречному предоставлению отпадает впоследствии без изначального волеизъявления. Последнюю ситуацию мы наблюдаем при расторжении договора, исполненного одной из сторон, когда в соглашении о расторжении при презумпции возмездности любых соглашений не усматривается воля на дарение, т.е. на оставление полученного до расторжения договора одной из его сторон имущества. Эта ситуация описана в пункте 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 № 49.

встречного предоставления, тем самым допуская безвозмездность своих отношений. Поэтому по нашему мнению, эта идея требует дополнительного обоснования, без которого она ничего не объясняет. Действительно, при таком взгляде на проблему мы неминуемо срываемся в пропасть описания страховой сделки как некоего соглашения, которое порождает обязательство страховщика при наступлении страхового случая за обусловленную премию выплатить страхователю страховое возмещение при наступлении определенного будущего неизвестного обстоятельства, принесшего убытки страхователю. Уместно привести в связи с этим меткую оценку В.П.Крюкова такого рода подходов: определять страховой договор приведенным выше образом - "это все равно, что покупать в лавочке какой-либо товар и развивать на эту тему словоохотливую теорию такими ничего не значащими словами: что покупка есть особого рода факт, по которому одна сторона - покупатель платит другому - торговцу известную сумму взамен товара и т.д.....кто только имел дело с фактами процесса страхования, тот знает общую "обывательскую истину", что страхование есть договор, по которому страховщик за условленную плату принимает от страхователя известное имущество и т.д., и т.д."³¹

Схожим образом обстоит дело и с пари. При одностороннем пари к терминам условной сделки у спорщика, не делавшего утверждение, возникает условнотлагательное, одностороннее обязательство по выплате выигрыша. Правильность сделанного утверждения превращает это обязательство в безусловное, что влечет одностороннее предоставление, выплату выигрыша. Выигравшая сторона не учиняет никакого встречного предоставления, что опять же, по крайней мере внешне, превращает сделку в безвозмездную. Исходя из сказанного, такую сделку можно описать как дарение под отлагательным условием, где разрешение пари будет будущим неизвестным событием. В самом деле, при условности алеаторной сделки одностороннего пари провести различие между ним и дарением под условием крайне сложно.³²

При двустороннем пари дело усложняется. Напомним, следуя уже указанной логике, такое пари может быть представлено как два условно отлагательных обязательства (с противоположными будущими событиями). Препарируем его с точки зрения момента возмездности.

³¹ В.П. Крюков. Страхование. Саратов. 1925. С. 7.

³² Сравним два волеизъявления: «если наша команда по керлигу выиграет, я отдам тебе мой телефон» и «если, как ты утверждаешь, наша команда по керлигу выиграет, я отдам тебе мой телефон» (согласие другой стороны на подобное волеизъявление предполагается). Очевидно, что с житейской точки зрения в первом случае мы имеем дарение под отлагательным условием, а во втором – пари. Разница, возможно, кроется в том, что при дарении под отлагательным условием волеизъявление дарителя жестко не содержит в себе надежду на ненаступление события, а в пари, напротив, жестко содержит. Однако этот нюанс в волеизъявлении не может быть объяснен условностью последнего. В волеизъявлении спорщиков содержится нечто, что должно подвергнуться иному догматическому описанию, иначе граница между пари и дарением под условием вопреки здравому смыслу стирается.

Прежде всего, можно разложить эту сделку на две сделки дарения под отлагательным условием. К такому выводу подталкивает, в частности, то, что при рассматриваемом описании пари, отсутствует единое будущее неизвестное событие (в нашем примере, им могло бы являться место команды по керлингу на чемпионате).

С другой стороны, не исключено и представление о двустороннем пари как о единой сделке, порождающей два условных обязательства. Аргументом в пользу именно такой конструкции является очевидная связанность противоположных утверждений единым волеизъявлением. Как и в первом случае, результаты разрешения пари (наступление соответствующего события) заключаются в одностороннем предоставлении, что структурно опять же приводит к безвозмездному характеру отношений спорщиков.

Найти возмездность (имущественный интерес) можно попытаться, предположив, что каждая из сторон надеется на то, что ее утверждение окажется верным, что обязательство, где в качестве кредитора был спорщик, сделавший, как оказалось, верное утверждение, станет безусловным. Однако в виду противоположно направленных волей сторон, подобные надежды испытывают оба спорщика. Квалифицируя двустороннее пари как единую сделку, отсюда, можно, однако, заключить, что она собственно не заключена, поскольку воли каждого из спорщиков не едины, а противоположны – два противоположно направленных условных обязательства как бы поглощают друг друга, юридически лишая сделку ее предмета³³. Однако несомненно и то, что каждый из спорщиков допускает, что может наступить событие противоположное тому, о котором он утверждал, т.е. что ему придется выплатить выигрыш. До разрешения пари он надеется на выигрыш, но допускает проигрыш, он условный и должник и кредитор, все его положение как стороны сделки условно. Такая неопределенность, могущая придать иллюзию возмездности, однако длится до разрешения спора, т.е. и она условна. Наступление будущего события лишает отношения указанной «иллюзии», делает его безусловным безвозмездным обязательством (надежда не оправдалась, не осталось места и имущественному интересу).

Таким образом, описание структуры алеаторной сделки через сделку условную, само по себе спорно и, кроме того, приводит к выводу об условной безвозмездности таких сделок традиционно относимых к числу алеаторных как игры и пари, страхования (при ненаступлении страхового случая).

³³ При обычном договоре имеется согласованное волеизъявление на строго определенные обязательственные последствия с определенным кредитором и должником – каждый согласен занимать отведенное ему общей волей место. При условной сделке мы наблюдаем то же самое, но соответствующие последствия произойдут только при наступлении оговоренного условия. Здесь же порождаются обязательства, в которых каждый хочет стать только кредитором, но не должником при наступлении будущего события, т.е. нет воли каждого из спорщиков на определение своего положения как должниковского.

3. Между тем приведенный выше вывод сам сомнителен. Здравый смысл противится признанию рассмотренных алеаторных сделок дарением под условием. Имеющаяся заинтересованность, отсутствие намерения одарить у игроков (спорщиков), страховщика, страхователя кажутся очевидными, а вывод об условной безвозмездности этих сделок появился лишь как следствие применения конструкции условных сделок. Имущественный интерес сторон указанных сделок, возможно, в самом деле, находится в самой неопределенности, заключающейся в волеизъявлении – не зря отдельные зарубежные писатели называли алеаторные сделки «покупкой надежды», порождающими «обязанность по предоставлению, являющемуся ценой риска, принятой стороной сделки».

В связи с этим следует подойти к проблеме безвозмездности и, шире, эквивалентности алеаторных сделок со стороны присущего этим сделкам элементам неопределенности (риска).

Как было показано ранее, практически все авторы связывают природу алеаторной сделки с ее соотношением с безвозмездными сделками, проблемой эквивалентности отношений сторон. Однако при этом не редко вопрос возмездности и риска присутствуют в неопределенности экономического результата алеаторной сделки. Так, Ю.П.Свит утверждает, что рисковый характер страхования выражается «в неопределенности в отношении результата сделки: страховой случай может наступить, а может и не наступить. Также неизвестно, какой будет размер ущерба от страхового случая. Соответственно определенный риск есть и на стороне страхователя, и на стороне страховщика»³⁴. В.Н.Уруков (правда вслед за Саватье, на которого не ссылается) к алеаторным предлагает относить и сделку уступки будущего денежного требования, поскольку, неизвестно, возникнет ли требование, являющееся предметом уступки, нисколько не анализируя гражданско-правовые последствия для цессионария и cedenta невозникновения права (требования), являвшегося предметом купли-продажи.³⁵ Еще более радикальным и необоснованным видится подход Ю.А.Метелевой, объявившей любые предпринимательские договоры разновидностью алеаторных обязательств. Одни из них «прямо квалифицируются как алеаторные (например, договор страхования, постоянной ренты), другие являются таковыми по существу. К примеру, любой договор поставки может быть не исполнен в силу недобросовестности контрагента или действия непреодолимой силы, что повлечет убытки для одной из сторон».³⁶ Справедливости ради надо сказать, что нечто подобное мы уже встречали в работах более ранних писателей. Речь идет о Бароне и

³⁴ Гражданское право. Учебник. Часть 2. Отв.редактор проф.В.П.Мозолин. М., 2004 (автор соответствующей главы – Ю.П.Свит). // Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс».

³⁵ В.Н.Уруков. Факторинг: отдельные вопросы правоприменительной практики. // Право и экономика. 2007, №5. Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс».

³⁶ Ю.А.Метелева. Товарный оборот. Право. Практика. Тенденции регулирования. М., 2008. Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс».

Саватье. Первый автор признавал алеаторными сделками *emptio spei* и *emptio rei speratae*, последний - уступку спорного права (требования).

Для избегания выводов, которые были объявлены Ю.А.Метелевой, рассмотрим особенности указанных сделок.

Прежде всего, обе римские конструкции являются формой вовлечения в имущественный оборот будущих вещей, который в те времена не допускал простую продажу последних³⁷. Однако вовлечение будущих вещей в римский оборот по модели *emptio spei* и по модели *emptio rei speratae* различны.

Напомним, что *emptio rei speratae* - это договор продажи будущих вещей (например, плодов), который вступал в силу с обратным действием при возникновении вещи; цена уплачивалась только при возникновении вещи. В этом данная конструкция близка к условной купле-продаже, где возникновение прав и обязанностей сторон поставлено в зависимость от будущего неизвестного события (в данном случае – появления плодов)³⁸. Однако никаких специфических рисков, особой неопределенности сторон, влияющей на возмездность их отношений в данной модели обнаружить нельзя. Поскольку покупная цена уплачивается только тогда, когда возникнет вещь, продавец в имущественном плане ничем не рискует. Больше того, юридически он ничем не рискует и при современном безусловном договоре купли-продажи будущей вещи (и, шире, объекта). Примером такого договора как раз и является названная Саватье алеаторной сделкой уступка права, находящегося в споре. Дело в том, что оборот имущественных прав осуществляется на основе универсальных договорных моделей, в данном случае купли-продажи. Данный договор порождает встречные обязательства сторон, в том числе и обязательство по передаче имущественного права. Передать имущественное право возможно только при его наличии. Разрешение спора не пользу передающей стороны (продавца права) приводит к неисполнению им своего обязательства и в данном случае возмещению убытков покупателю. Таким образом, юридически возможность разрешения спора о праве не в пользу cedentа компенсируется правом цессионария на возмещение убытков. В связи с этим данный договор не отличается от любого другого и никакого специфического риска, никакой алеаторности в себе не содержит.

³⁷ На это обстоятельство прямо указывает Виндшейд и с некоторыми, пока не принципиальными для нас оговорками Дернбург. Б.Виндшейд. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1902. С. 324, см. особ. сноску 5; Г.Дернбург. Пандекты. М., 1911. Т.2. С. 244, см. особ. сноски 12-14. Именно в контексте объекта договора купли-продажи – будущей вещи – рассматривает конструкции *emptio rei speratae* и *emptio spei* и Р.Циммерман, рассуждая о них в контексте интерпретации римскими юристами, прежде всего Помпонием, римского правила о невозможности существования договора купли-продажи в отсутствии объекта («no valid sale without a thing to be sold:that was a rule»). R. Zimmermann. The law of obligation:Roman foundations of the civilian tradition. Cape Town; Deventer; Boston, 1992. P. 245. Данное правило восходит к фрагменту из Помпония – «нельзя представить себе ни купли, ни продажи без вещи, которая продается». : D. 18.1.8// Дигесты Юстинана. М., 2003. Том III. С. 563.

³⁸ На условный характер данной сделки обращал внимание еще Казер. Max Kaser. Op. cit.S. 549.

Иначе видится ситуация с *emptio spei*, где, как было показано ранее, возникают специфические риски. Напомним, по данному договору также покупается будущая вещь (например, будущий улов), однако правовые последствия его возникают сразу, при этом изначально определенная цена не зависит от результата улова, т.е. уплачивается, если улов будет меньше, больше цены, а также при его отсутствии. Отсюда видно, что данный договор позволяет рыбаку ограничить риск неудачи, а покупателю – приобрести товар, цена которого более цены, изначально определенной. Оба (и продавец, и покупатель) рискуют – продавец заплатить, не получив товара вовсе или получить на сумму, меньшую уплаченной цены, а покупатель – передать товар на сумму, большую этой цены; но оба и надеются получить выгоду – продавец уплатить цену, меньшую, нежели стоимость товара, покупатель – передать товар на сумму, меньшую, чем цена договора, или же при неудачном улове получить цену в отсутствии улова.

Здесь явно можно поставить два вопроса. Первый – об эквивалентности отношений сторон, когда размер улова не соответствует изначально определенной цене. Второй вопрос касается возмездности сделки при отсутствии улова (цена уплачивается и тут). Первый случай особых затруднений не вызывает – предмет договора не определен, но определим, в связи с чем возможная неэквивалентность принципиально не повлияет на равновесие обязательств сторон (обмен встречными исполнениями все равно состоится, квалификация договора как классической купли-продажи нерушим).

Интереснее случай отсутствия улова при необходимости, несмотря на это, уплаты покупной цены. На первый взгляд это похоже на уже упоминавшийся случай – условность лишь одного обязательства в синаллагматическом договоре: обязательство покупателя безусловно, продавца – условноотлагательно («буду обязан передать определенное количество рыбы, если ее поймаю»). Помимо уже высказанных соображений по поводу возможности подобной квалификации, обратим внимание на важные различия между *emptio spei* и куплей-продажей с условной синаллагмой.

Волеизъявление, ставящее под условие одно из обязательств, входящих в синаллагму, чуждо существу обязательства, т.е. наступление будущего неизвестного события, разрешающего условие, никак не влияет на характер, предмет, содержание соответствующего обязательства³⁹. Здесь уместно сравнить безусловную куплю-продажу и условную, где обязанность продавца условна. В первом случае продавец безусловно обязуется передать

³⁹ См. об этом хотя бы Гудсмита, который определяет условие в условной сделке как внешнее по отношению к ставящемуся под условие волеизъявлению обстоятельства. Это обстоятельство поэтому не должно смешиваться с условием в широком смысле, которое «употребляется для обозначения всякого обязательства, которое служит для точного определения содержания юридического акта». Ж.Е.Гудмит. Указ соч. С. 158-160. Такое различие между условием в широком и специальном смысле характерно практически для всех авторов.

покупателю вещь на согласованных условиях (в соответствующем месте, к определенному времени, при наличии установленных сторонами мерах ответственности и основаниях освобождения от нее и т.д.). Если же это обязательство ставится под условие, то он обязывается к предоставлению тому, что было бы, если бы сделка не была условной. Разница заключается в том, что обязательство возникнет с момента разрешения условия, а не заключения договора, содержание же обязательства будет одинакового и при условной и при безусловной обязанности продавца.

В *emptio spei* кажется, что будущее событие (результат улова) выходит за допустимые границы условности и посягает на содержание самого обязательства. Поясним свою позицию. При безусловной купле-продаже (скажем, того же будущего улова), продавец обязуется⁴⁰ передать в определенный срок будущую вещь (в терминологии ГК РФ – вещь, которую продавец приобретет в будущем). Отсутствие этой вещи у продавца при наступлении срока исполнения очевидно повлечет неисполнение обязательства и, как следствие, ответственность. Иными словами, продавец несет риск того, что будущая вещь, являющаяся предметом купли-продажи, не возникнет и он будет обязан возместить убытки. В случае *emptio spei* отсутствие улова (вещи у продавца к обозначенному сроку) ответственность продавца, несмотря на изначально существующее обязательство, не наступает (покупная цена все равно будет уплачена). Такую особенность можно интерпретировать как специальное условие обязательства об основании освобождения продавца от ответственности за его неисполнение. Однако такое освобождение не может быть абсолютным. Стороны договора по модели *emptio spei* выражают волю не только на отсутствие неблагоприятных последствий отсутствия улова на стороне продавца, но и на передачу улова покупателю при его наличии. Отсюда следует (на чем и настаивает уже цитировавшийся Циммерманн), что обязательство продавца передать улов возникает сразу, что предполагает, как нам кажется, необходимость совершения продавцом действий, направленных на вылов рыбы (иначе не объяснить волю сторон на передачу улова при его наличии). Кроме того, в противном случае и при несовершении продавцом этих действий (рыбак не захотел выйти в море) покупная цена должна быть уплачена. И хотя в литературе (как, видимо, и в источниках) не находится суждения о том, что бездействие рыбака может породить и ответственность продавца, предположение обратного не может не быть абсурдным. Следовательно, то что можно было принять за условие в специальном значении, является условием в широком смысле слова, условием определяющим основания ответственности продавца за неисполнение

⁴⁰ В таком описании купли-продажи будущей вещи мы, безусловно, оперируем конструкцией, отсутствующей в римском праве, что считаем, однако, в данном случае методологически оправданным.

обязательства⁴¹. При этом ответственность продавца ограничена и возникает только, если неисполнение возникнет по обстоятельствам, за которые отвечает продавец (продавец будет отвечать, если не предпримет ожидаемых действий по вылову рыбы)⁴². Ограничение ответственности ведет к тому, что снижается риск ответственности покупателя за неисполнение обязательства. Возможно, именно это позволило ряду авторов найти в данной конструкции алеаторный элемент.

Таким образом, в *emptio spei* мы увидели не условную, но особую куплю-продажу, куплю-продажу со специальным условием, определяющим основание ответственности продавца за неисполнение обязательства. Такое специальное условие может быть «прикреплено» и к другим договорным конструкциям. Возьмем к примеру упоминавшийся договор купли-продажи права, находящегося в споре. По общему правилу, спорность права, как было уже сказано, не влияет на обязанность продавца передать право после разрешения спора; возможный вывод суда о его несуществовании не повлияет на ответственность продавца. Однако, как видится, нет препятствий к тому, чтобы перенести в договоре купли-продажи риск несуществования права на покупателя. Волеизъявление сторон будет тогда учитывать специфику объекта – неопределенность в его существовании. В этом случае заключение суда о несуществовании права не повлечет ответственности продавца, поскольку этот риск лежит на покупателе⁴³.

Примечательно, что подобного рода конструкции знает и законодательство, в том числе отечественное. Речь идет, прежде всего, о договоре на выполнение научно-исследовательских работ. Несмотря на то, что данный договор является договором подрядного типа,⁴⁴ в силу норм статьи 775 ГК РФ, если в ходе научно-исследовательских работ обнаруживается невозможность достижения результатов вследствие обстоятельств, не зависящих от исполнителя, заказчик обязан оплатить стоимость работ, проведенных до выявления невозможности получить

⁴¹ Именно как о безусловной форме купли-продажи будущих вещей говорится об *emptio spei* в отличие от *emptio rei speratae* в одном из самых авторитетных обобщений гражданского права европейский стран. См. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Sellier. Full Edition. 2008. V.II. S. 1233-1235. Здесь прямо указывается, что договор купли-продажи будущей вещи может быть заключен не только как простой обязательственный, но как договор купли-продажи под условием возникновения вещи (*emptio rei speratae*) или как безусловный договор купли-продажи, с той лишь особенностью, что уплата цены не зависит от того, появится ли будущая вещь или нет. Первая модель закреплена в законодательствах Германии, Австрии, Франции и Бельгии, Польши и нек. др. стран, вторая прямо предусмотрена также в Германии, Австрии, Польши и, кроме того, Чехии. Следует подчеркнуть, что отличие между этими вариантами авторам DCFR видятся в особенности обязательства покупателя. По сути, как можем мы заключить, речь идет именно об условиях обязательства одной стороны в *emptio spei*, а не об его условности, т.е. об условии в широком смысле.

⁴² Возможно, это имел в виду Казер, когда категорически высказывался о *emptio spei* в сравнении с *emptio rei speratae* как о безусловной купле-продаже (ein unbedingter Kauf). Ibid .

⁴³ При этом мы полагаем, выбор модели купли-продажи права в споре зависит в силу принципа свободы договора от воли самих сторон. К подобным же конструкциям можно отнести и договор уступки права на получение неустойки, совершенный до наступления должником срока исполнения обязательства.

⁴⁴ См. В.В.Витрянский, М.И.Брагинский. Договорное право. Книга 5. Москва. 2003. С. 199 и след. (автор соответствующей главы – М.И.Брагинский).

предусмотренные договором на выполнение научно-исследовательских работ результаты, но не свыше соответствующей части цены работ, указанной в договоре⁴⁵. В литературе данное правило предлагается толковать расширительно, при доказанности невозможности исполнения «по завершению всего комплекса предусмотренных договором работ выплате подлежит указанная в нем их общая стоимость. Тем самым последствия невозможности исполнения целиком падают на заказчика»⁴⁶.

Известны схожие конструкции и современным зарубежным правопорядкам. Это, в частности, известный австрийскому праву и даже закону договор купли-продажи надежды (с надеждой)⁴⁷ (*Hoffnungskauf*). Суть данной конструкции (параграф 1276 ABGB), по утверждению Карнера, восходит к римской *emptio spei*, однако специально отмечается, что различие между *Hoffnungskauf* и простой куплей-продажей заключается не в природе объекта купли-продажи (будущая, ожидаемая вещь), а воле сторон на специфические правовые последствия сделки: цена всегда выплачивается до возникновения вещи, риск неоправдавшейся надежды на ее возникновение всегда лежит на покупателе. Этим *Hoffnungskauf* отличается от купли-продажи будущей, ожидаемой вещи (*Der Kauf einen erhofften Sache*), где цена уплачивается лишь в случае возникновения вещи, а риск невозникновения вещи несет продавец.⁴⁸ Поскольку оба этих договора являются видами купли-продажи, очевидно, что разница между ними, по нашему мнению, заключается в по-разному распределенных рисках невозникновения объекта (отсюда замечания Карнера о том, что различие между обычной куплей-продажей и куплей продажей с надеждой заключается не в свойствах продаваемой вещи, а в волеизъявлении сторон).

Сказанное позволяет сделать ряд выводов.

Emptio rei speratae и *emptio spei* являются договорами купли-продажи, при этом первый описывается как условная сделка, второй как безусловная со специфическим условием об основаниях ответственности продавца за неисполнение обязательства. Здесь же подчеркнем, что данное условие направлено на распределение риска неисполнения обязательства между продавцом и покупателем. В отличие от *emptio rei speratae*, других

⁴⁵ Такое правило связано с особым, творческим предметом данного договора.

⁴⁶ В.В.Витрянский, М.И.Брагинский. Указ. соч. С. 200 и след.

⁴⁷ Мы сознательно приводим два возможных варианта перевода. Первый (покупка надежды) явно восходит к Помпонию, определившему *emptio spei* как договор «покупки надежды». Отсюда создается впечатление, что мы имеем дело с «покупкой» особого объекта - надежды, шанса. Второй (покупка с надеждой), как видно, исходит из того, что *emptio spei* представляет собой куплю-продажу классического объекта (вещи, права) с присоединенной неопределенностью, описываемой нами как дополнительное волеизъявление, распределяющее риск неисполнения обязательства (покупатель, будучи не снабженным иском о возмещении убытков при отсутствии вещи, как бы надеется, что она возникнет). Мы можем предполагать, что историческое исследование может показать, что определение Помпония является лишь приемом, позволяющим вопреки запрету на продажу будущих вещей, все же допустить ее, подменив объект продажи. Именно поскольку такое исследование нами не проводилось, приводится два варианта перевода.

⁴⁸ К сожалению, автор не идет дальше описания и не объясняет место риска и надежды в сделке. См.: Kurzkomentar zum ABGB. SpringerWienNewYork. 2007. S. 1412-1413.

классических договоров в *emptio spei* риск неисполнения, возникшего вследствие большего числа обстоятельств несет не покупатель, а продавец.

Кроме того, нельзя не заметить, что вопрос о распределении риска между продавцом и покупателем – это всегда вопрос о прекращении обязанности или возникновении обязанности. Поясним свою позицию на примере более привычного риска случайно гибели или повреждения товара в договоре купли-продажи. В литературе вообще распределение этого риска традиционно связывается со структурой обязательства⁴⁹. Как известно по общему правилу риск случайной гибели несет продавец. Практически это означает, что если товар погибнет, продавец все равно обязан передать товар того же рода и качества, а если это невозможно, возместить убытки при этом в случае, если к моменту гибели цена не была уплачена, обязательство по ее уплате прекращается. Если же риск случайной гибели несет покупатель, случайная гибель товара, прекратит обязательство продавца по его предоставлению (в случае реализации риска до передачи товара) и в любом случае не прекратит обязательства по уплате покупной цены⁵⁰. Отсюда очевидными становятся две вещи: во-первых, понятие «риск случайной гибели товара» можно смело заменить описанием последствий случайной гибели терминами обязательства, во-вторых, различие между риском случайной гибели товара в договоре купли-продажи и риском в *emptio spei* заключается в том, что в первом случае речь идет о гибели уже существующей вещи, во втором – о риске невозникновения вещи будущей. Концептуальной разницы в этих рисках мы усмотреть не можем.

Теперь следует задать вопрос, является ли договор *emptio spei* алеаторной сделкой. Как нам кажется, ответ очевиден – нет. Он ничем не отличается от обычной купли-продажи. В последнем реализация риска случайной гибели, который несет продавец, также ведет к уплате покупной цены (погиб ли товар до или после передачи значение не имеет, поскольку предоставление все равно окажется односторонним). Иначе говоря, *emptio spei* является простой куплей-продажей с условием о несении риска невозникновения вещи покупателем; сейчас уже очевидно, что такая сделка является возмездной, а не условным дарением. Отсюда ясно, что данное условие направлено на распределение рисков в этом договоре и является добавочным (необязательным) волеизъявлением. Как было показано, схожее условие распределение рисков может быть добавлено к большому количеству договоров (купля-продажа спорного права, договор на

⁴⁹ См. напр.: Комментарий к Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров. Москва. 1994. С.156-160, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Sellier. Full Edition. 2008. V.II. S. 1367-1371.

⁵⁰ Нельзя в связи с этим не заметить, насколько вульгарно описание *emptio spei*, страхования, пари в терминах условной сделки. Идти этим путем – все равно, что описывать обязанность продавца в любой сделке купли-продажи как «обязуюсь передать товар, если он случайно не погибнет», где возможная случайная гибель является отлагательным условием.

выполнение научно-исследовательских работ и др.). Но все же наличие алеаторного элемента в этих сделках исключать нельзя.

Что же тогда алеаторная сделка? По нашему мнению, алеаторная сделка – волеизъявление, имеющее единственную цель, а именно: распределение риска (переход его от одного лица к другому). Алеаторное волеизъявление является основным, оно определяет сделку как признанный, самостоятельный договорный тип. При этом для такого понимания совершенно не требуется признавать риск объектом гражданских прав, которым он не является. Выше было показано, что распределение риска (его несение или переход) всего лишь прием, позволяющий кратко объяснить структуру обязательства. Стало быть, переход риска, его распределение имеет обязательственные последствия.

Какие же сделки можно отнести к числу алеаторных?

Прежде всего, это страхование. Очевидно, что страховой интерес, без которого страховая сделка является недействительной, можно описать как наличие у страхователя риска причинения ему имущественного вреда вследствие различных обстоятельств, в отношении которых неизвестно, наступят ли они или нет (например, угон автомобиля, неполучение доходов от предпринимательской деятельности и проч.). И именно этот риск передается страховщику, у которого возникает безусловная обязанность при наступлении страхового случая выплатить страховое возмещение. Объясним сказанное, соотнеся договор страхования автомобиля от угона с условием о риске случайной гибели товара в договоре купли-продажи. В последнем случае при несении риска случайной гибели индивидуально-определенной вещи продавцом, его реализация приведет к возмещению продавцом покупателю убытков в связи с неисполнением обязательства. И, напротив, стороны могут переложить риск случайной гибели на покупателя, который еще не стал собственником (здесь при реализации риска, покупатель все равно обязан выплатить покупную цену товара, экономически возмещая продавцу его убытки, связанные со случайной гибелью). Угон автомобиля (реализация риска его угона) приведет к выплате страховщиком страхового возмещения. При этом обязательство страховщика не условно, как не условно и обязательство по возмещению убытков. Принципиальная разница между этими двумя случаями, кроется только в том, что для купли-продажи условие о распределении риска случайно, для страхования необходимо, ради него и заключается сделка. Следует добавить, что следуя, указанной логике, к алеаторным следует причислить и договоры поручительства⁵¹.

⁵¹ И, напротив, лишь содержит алеаторный элемент, поскольку прикреплен к основному договору, предусмотренный проектом ГК РФ институт заверения (статья 431.2). Фактически условие о заверении есть перенесение риска наличия (отсутствия) определенного обстоятельства, существенного для одной стороны, на другую. Примечательно, что по проекту недостоверность заверений влечет возмещение убытков даже при незаключенности или недействительности договора, частью которого является заверение. Здесь распределение (передача) риска также выражается в наличии обязательства по возмещению убытков.

К алеаторным можно было бы причислить и сделки игр и пари. Они тоже заключаются ради самой неопределенности, можно было бы сказать ради распределения рисков. Однако, по нашему мнению, это не так. Различие между играми и пари и алеаторной сделкой заключается в том, что в алеаторной сделке распределяются (передаются) уже имеющиеся риски. В договорах об играх и пари у сторон до заключения договора нет никаких рисков, риски, неопределенность порождается самим договором об играх и пари. Очевидно при этом, что невозможно передать (распределить) то, чего не существует, а значит и сделки об играх и пари не должны вовсе порождать обязательств. Именно поэтому имеются почти непреодолимые сложности в описании структуры обязательств в этих сделках (все они приводят к поражению исследователя).⁵² В этом смысле политико-правовые, этические мотивы отказа в иске из игр и пари идут в унисон с догматическими.

Исходя из формирующегося критерия защиты алеаторных сделок (наличия риска, подлежащего распределению до заключения сделки) могут строиться выводы о допустимости защиты деривативных сделок, представленных в мировой финансовой практике к большому многообразию видов. Возможно, защищаться должны лишь те из них, которые заключены с хозяйственной целью хеджирования рисков (например, валютных). Сам по себе этот подход не нов⁵³, однако указанное выше понимание алеаторных сделок дает ему дополнительное догматическое оправдание.

Возможны выводы о режиме алеаторных сделок. Так, поскольку риск является предметом риска, следует рассмотреть вопрос об условиях допустимости применения к алеаторным сделкам положений об оспаривании сделки по мотиву заблуждения, о расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, о возможности применении доктрины *laesio enormis*⁵⁴. Применительно к страхованию приведенное понимание алеаторной сделки остро ставит вопрос о необходимости дополнительного обоснования права страховщика на суброгацию и абандон, недопустимости страхования вещи разными лицами, имеющими свой интерес, в целом сверх страховой стоимости, оправданности системы первого риска при неполном имущественном страховании, а также принципа неделимости страховой премии.

⁵² См. об этом очень хорошую статью А.Г.Федотова, который содержит среди прочего обзор подобных попыток. А.Г.Федотов. Игры и пари в гражданском праве.// Вестник гражданского права. 2011. № 2. Том 11.

⁵³ См.: известное дело ВАС РФ (постановление от 8 июня 1999 №. 5347/98)// Использован текст, содержащийся в ПБД «КонсультантПлюс».

⁵⁴ О последнем см.: *Kurzkomentar zum ABGB*. SpringerWienNewYork. 2007. S. 1411.