

Отзыв на научные тезисы Н.Б. Щербакова по проблематике алеаторных сделок

Прежде всего, хочу выразить Николаю Борисовичу глубокую благодарность за согласие выдвинуть свои тезисы на публичную защиту. В нашей стране не так часто защищаются стоящие научные работы по частному праву. А, судя по тезисам, автор проделал очень серьезную научную работу, которая, безусловно, заслуживает глубоко анализа и обсуждения.

Формат оппонирования предполагает выдвижение критики, и я не откажу себе в такой возможности.

Во-первых, у меня не вызывает отторжения идея выделения категории алеаторных договоров среди различных видов договорных правоотношений. Вполне логичны мысли автора о том, чем алеаторный договор, предмет которого направлен именно на управление риском, отличается от массы других договоров, в которых проблематика риска носит факультативный или дополнительный характер.

Но каждый раз, когда цивилист пускается в столь полюбившуюся сердцу нашей науке аналитическую работу по индуцированию общих понятий из разрозненных социальных фактов и правовых норм, отшлифовке определений и формированию классификаций, ему следует задаться вопросом о конечных целях этих логических манипуляций. Право должно вводить какие-то классификации, новые понятия и институты только во имя какого-то особого регулятивного отношения к ним. Люди бывают блондинами или брюнетами, компании бывают со звучными и труднопроизносимыми названиями, сделки бывают многостраничные и на одном листке, но эти различия в социальных феноменах не предопределяют внедрение в право соответствующих классификаций и новых понятий. Мы не проводим в праве различия между блондинами и брюнетами, многостраничными и короткими договорами и т.п. В то же время ряд иных различий может носить настолько существенное значение, что это потребует с точки зрения политики права особого регулятивного отношения и соответственно спровоцирует некоторые инновации в догматике. В конечном итоге именно политико-правовые соображения создают заказ на такого рода догматические инновации. Конечно, цивилист-догматик может строить свои классификации и понятия, беря за основу те или иные произвольно выбранные им особенности различных социальных феноменов без оглядки на политику права, и в силу случайности эти догматические построения попадут в унисон с политико-правовым запросом на сегментацию регулирования. Но это скорее случайность, чем некая закономерность. Тысячи и тысячи догматических работ и колоссальные усилия многих цивилистов, направленные на споры о понятиях и классификациях, попросту тонут в небытии из-за невостребованности в реальной жизни.

С учетом этого встает вопрос, в чем политико-правовой смысл выделения алеаторных сделок? Думается, что этот смысл имеется, так как целый ряд особенностей таких сделок может порождать определенную специфику в регулировании, на что автор справедливо указывает. Чем предопределена эта специфика в регулировании? Конечно же, не самой природой таких сделок как таковой, а тем, как эта природа влияет на политико-правовые суждения и оценки, которые в отношении этих сделок имеют законодатели, суды и ученые. Но тогда встает справедливый вопрос о полноте научного исследования феномена алеаторных сделок, избегающего анализ политико-правовых аспектов проблемы.

Как мне представляется, ключевой вопрос доктрины алеаторных сделок это не вопрос о том, можно ли ее отнести к разновидности сделок условных, а вопрос о желательной (наиболее справедливой и экономически эффективной) системе их регулирования (в том числе о необходимости придания таким договорам судебной защиты и др.). Судя по тезисам, автор,

следуя нашей доброй цивилистической традиции, постарался максимально осторожно проскочить эти острые вопросы или минимизировать свое внимание к ним.

Из прочтения тезисов может показаться, что основной научный заряд исследования направлен исключительно на догматическое погружение в проблему определения понятия алеаторного договора и проведение демаркации между этим понятием и категорией условной сделки. Такой акцент сам по себе имеет право на существование, но значительно снижает практическое значение подобного исследования и в некоторой степени оставляет формальную логику, которой следует автор, без ориентиров. С помощью формальной логики в догматике частного права можно обосновать очень много разных вещей, а вот что из них будет являться правильным и достойным поддержки, определяется не самой формальной логикой, а прежде всего политикой права (соображениями о справедливом и целесообразном). Право есть искусство добра и справедливости, а не поле для свободного полета формальной логики и герменевтики исторических источников.

В этой связи думается, работа бы значительно обогатилась, если автор несколько большее внимание уделит политико-правовой составляющей данной научной проблемы. В частности, у меня нет никаких сомнений в том, что основная причина того, что многие страны лишают судебной защиты обязательства из игр и пари, лежит в области политики права (в первую очередь общественной морали и целесообразности).

Общественная конвенциональная мораль часто отрицательно относилась к играм и пари, разоряющих молодых и горячих наследников и провоцирующая незаслуженное трудом и усердием (в рамках, например, протестантской трудовой этики) обогащение. Эти истоки осторожного отношения правопорядков к судебной защите обязательств из сделок игр и пари достаточно очевидны и широко освещены. В то же время здесь есть о чем говорить и возможно автору стоит уделить более пристальное внимание этому вопросу, особенно применительно релевантности этой аргументации против судебной защиты таких сделок ситуации, когда речь идет о различных деривативах, заключаемых профессиональными участниками рынка ценных бумаг.

Другой этический аргумент состоит в том, что обменная сделка, как трансакция, опосредующая взаимный выигрыш сторон, продуцирует сотрудничество и кооперацию, противостоит игре (пари), которая, наоборот, создает почву для конфликта (в саму модель такой сделки входит то, что один выигрывает ровно столько, сколько другой проигрывает). Общественная мораль, пытающаяся сформировать условия для «социального капитала», межличностного доверия и кооперации, может отказываться поощрять практику заключения всевозможных сделок игр и пари или, как минимум, не освещать их силой государственного одобрения и судебного признания, именно исходя из этих соображений минимизации поводов для внутригрупповых конфликтов.

Еще более интересны вопросы, связанные с экономическим анализом оснований для такого отношения права к сделкам игр и пари. Придание обещаниям частных лиц судебной защиты означает, что государство направляет дефицитные бюджетные ресурсы на оказание обществу своего рода услугу и одновременно существенно ограничивает личную свободу должников. Такое вмешательство государства и принуждение граждан должны быть чем-то оправданы. Судебная защита обычных обязательств, вытекающих из договоров обменного типа, предопределена комплексом политико-правовых соображений, среди них ключевое значение имеет факт целесообразности обеспечения предсказуемости оборота в части таких сделок и необходимость создания существенных стимулов к взаимовыгодному обмену. Если бы государство не обеспечивало обязательства из договоров купли-продажи, подряда или услуг судебной защитой, то оборот редуцировался бы до тех примитивных форм обмена из рук в руки, которые мы можем наблюдать на ранних этапах развития человечества. В то же время именно сложные договоры, регулирующие пролонгированные взаимоотношения сторон, и

обеспечивают рост экономического благосостояния нации, эффективно перераспределяя ограниченные ресурсы. Добровольная обменная сделка, как правило, является взаимовыгодной, то есть обеспечивает, говоря экономическим языком, улучшение по Парето. Иначе бы стороны ее не заключили. Каждая из сторон сделки что-то выигрывает. Продавец, отдавший свой старый мобильный телефон покупателю за 1000р., в итоге проголосовал за то, что ценит эту сумму выше, чем свой старый телефон, а покупатель, отдавший эти 1000р., просигнализировал, что для него ценность телефона выше. Соответственно, обмен перераспределяет ресурсы (телефон и 1000р.) в пользу тех, кто ценит их выше, что и обеспечивает рост экономического благосостояния. Сам факт производства благ, которые не могут быть эффективно распределены среди нуждающихся в них лиц, общественное благосостояние не увеличивает. Именно взаимовыгодный обмен позволяет всему маховику рыночного обмена и всей экономики крутиться. В этом контексте не удивительно, что достаточно давно один из основных запросов общества и капиталистических элит в особенности в отношении государства состоял и состоит в требовании обеспечить эффективную защиту частных сделок и порожденных ими ожиданий сторон.

Но это вмешательство государства в межличностные отношения индивидуумов оправданы тогда, когда речь идет о сделке обменного типа, то есть сделке, обеспечивающей перераспределение ресурсов и иных благ. Когда же речь идет о сделке игры или пари, мы имеем ситуацию, когда, как уже отмечалось, в саму природу сделки заложена модель «игры с нулевой суммой» (проигрыш одного обеспечивает ровно такой же выигрыш другого). Это значительно отличается от описанной нами выше модели обычной Парето улучшающей обменной сделки, в которой обе стороны выигрывают от кооперации или как минимум планировали выиграть. Социальная полезность стимуляции сделок, способствующих росту экономической эффективности, достаточно очевидна. В то же время наличие какой-либо общественной пользы от сделок игр и пари, обеспечивающих лишь одностороннее перетекание некоего материального блага из одного кармана в другой под условием наступления какого-то, как правило, не контролируемого сторонами обстоятельства, куда более сомнительно. Соответственно, и встает вопрос о целесообразности использования ограниченного государственного бюджетного и бюрократического ресурса на обеспечение принуждения человека человеком и формирование стимулов к дальнейшей эскалации практики заключения таких сделок.

Эти проблемы политики права требуют серьезного научного изучения. При этом они, на мой взгляд, на порядок важнее, чем вопрос о том, является ли алеаторная сделка разновидностью сделки условной или нет. Как минимум, в реальной жизни научная работа по теме алеаторных сделок имеет шансы быть востребованной законодателем и судами (то есть послужить нашей стране) именно и преимущественно в силу этого политико-правового ее заряда. Законодатель и суды нуждаются прежде всего в серьезном объективном анализе политико-правовых ставок данного вопроса, и нет серьезных причин, почему научное исследование должно сводить анализ этих центральных вопросов к минимуму.

При этом проблема значительно обостряется в связи с повсеместным распространением в обороте деривативов и настойчивым стремлением ряда игроков этого рынка убедить правотворцев в необходимости обеспечения большей судебной защиты таких обязательств. Именно эта проблема, как представляется, является ключевой. Каковы политико-правовые ставки у этой развилки? Применительно каких деривативов и почему право может и должно отступать от принципа беззащитности прав по таким обязательствам? Автор в тезисах, выдвинутых на защиту, эти вопросы затрагивает вскользь, хотя и оставляет некоторые, на наш взгляд, разумные намеки (например, о необходимости судебного признания тех алеаторных сделок, которые обеспечивают возмещение понесенных потерь для хотя бы одной из сторон). Именно правовой режим деривативов, как представляется, является одним из основных

вопросов, применительно которого в рамках современного исследования, посвященного алеаторным сделкам, все сделанные автором выводы о политико-правовых основаниях защиты обязательств из игр и пари должны тестироваться.

Кроме того, требует серьезного анализа ситуация, когда законодатель отказывает в судебной защите обязательствам из игр и пари, но при этом допускает такую защиту в отношении деривативов, заключенных гражданами на бирже, или в отношении деривативов, имеющих в качестве одной из сторон профучастника рынка ценных бумаг, и при этом придает судебную защиту обязательствам, возникающим из лотерей и тотализаторов (ст.1062-1063 ГК). Есть ли какая-то политико-правовая логика в такой дифференциации регулирования? Без наличия серьезной научно обоснованной теории политики регулирования алеаторных сделок все эти нормы законодательства могут казаться несколько бессистемными и телеологически ущербными и на самом деле таковыми и являться.

Во-вторых, автор достаточно большое внимание уделяет проблеме разграничения алеаторных сделок и условных сделок. Я, не будучи большим поклонником сугубо догматического анализа, все же позволю себе некоторые критические замечания на сделанные автором выводы.

Сделки не бывают условными, что бы там ни было написано в ст.157 ГК. Под условие ставится правовой эффект сделки (то есть права и обязанности сторон). Автор справедливо соглашается с тем, что из этого вытекает, что одна и та же сделка как юридический факт может порождать как условные права, так и безусловные права. Современные зарубежные источники предпочитают в кодексах упоминать условные обязательства, условные правоотношения или условные права (DCFR, PECL, Unidroit Principles). Этот подход абсолютно верен. Соответственно под условной сделкой можно понимать сделку, весь правовой эффект которой ставится под условие. А под частично условной сделкой – ту, в которой под условие ставится лишь часть предусмотренных ей прав и обязанностей.

Что такое условность права? Это просто характеристика природы его динамики. Отлагательно обусловленное право актуализируется (или возникает, если придерживаться теории ожидания и не считать его возникшим до наступления отлагательного условия), когда происходит некое заранее не предопределенное обстоятельство. Равным образом отменительно обусловленное право прекращается, если оговоренное обстоятельство наступает. Традиционно эта неопределенность в отношении того, наступит ли данное «обстоятельство-триггер» или нет, отличает право, поставленное под условие, от права, поставленного под срок. В принципе, третьего не дано: либо срок, либо условие. Если мы не можем в силу ст.190 ГК и сложившихся в догматике воззрений признать срок согласованным, когда он привязан к обстоятельству, которое может и не наступить, то остается фиксировать наличие условия и условного права.

В таком контексте условные права и обязанности повсюду. Практически в любом договоре некоторые права или обязанности с точки зрения своей динамики являются условными (например, право на отказ от договора при таком-то его нарушении, право на взыскание неустойки при просрочке, изменение цены в связи с ростом ставки рефинансирования и т.п.). Разница лишь в том, что некоторые такие условия предписаны позитивным правом и могут быть отнесены к категории «условий права», а другие представляют лишь инициативное волеизъявление. Некоторые условия входят в сам предмет некоторых поименованных договоров (например, обязательство по выплате страхового возмещения в рамках договора страхования), а некоторые представляют собой лишь добавочное к некоторому договору волеизъявление сторон. Несмотря на все эти отличия, во всех этих случаях мы имеем дело с одним и тем же феноменом – привязкой правовой динамики права к обстоятельству, наступление которого в будущем не предопределено.

Тот факт, что такой взгляд приводит к тому, что условность, как оказывается, пронизывает все договорное право, никак нас пугать не должен. Это просто факт. Означает ли сказанное, что почти все сделки условны? Я бы ответил так: почти во всех договорах можно встретить условные права и обязанности.

Условное право есть просто нейтральный правовой инструмент, который не является элементом того же порядка, что и алеаторный договор как особый тип договора. Поэтому, на мой взгляд, нет особого смысла тратить значительные усилия на то, чтобы доказать, что алеаторные сделки не есть разновидность условных сделок. Алеаторный договор конституируется своим особым предметом и целевой направленностью, а характерное для такого договора (как и для многих других сделок) использование условных прав и обязанностей просто инструмент по реализации этого волеизъявления. Так что вопрос о таксономическом соотношении понятий алеаторного договора и условной сделки просто неправилен. Правильно спросить, не используется ли при структурировании алеаторного договора условные права и обязанности? Ответ, как мне кажется, очевиден и он положителен. Если считать, что из алеаторного договора в принципе могут вытекать обязательства и права и их актуализация не может быть признана привязанной к наступлению срока (то есть обстоятельства, которое неизбежно наступит), то остается признать, что соответствующие права и обязанности поставлены под условие. Это просто вопрос имманентно присущей алеаторному договору техники структурированию правоотношения.

При этом такой подход имеет очевидные преимущества.

А) Не нужно создавать какую-то *sui generis* доктрину, описывающую динамику существования права из алеаторного договора до наступления «обстоятельства-триггера». Если это состояние права нельзя выразить через посредство доктрины срочного права в контексте ст.190 ГК, и при этом мы отвергаем концепцию условности, то создается ненужный вакуум.

Б) Есть веские основания считать норму о фикции наступления (ненаступления) условия из п.3 ст.157 ГК вполне удачно применимой ко многим алеаторным договорам. Правила о страховании, направленные на борьбу со страховым мошенничеством, как справедливо указывает автор, решает эту задачу за счет введения специальных норм, но из этого как раз и вытекает, что эти правила уточняют то, что в отсутствии специальных норм можно было бы обеспечить ссылкой на п.3 ст.157 ГК. Применительно же игр и пари таких специальных норм нет. И здесь норма п.3 ст.157 ГК оказывается в ряде случаев вполне применимой. Например, допустим, что человек поспорил с тотализатором на тот или иной исход футбольного поединка или профучастники рынка заключили дериватив, привязанный к стоимости некоего базисного актива, определяемой по некому биржевому индексу, но одна из сторон недобросовестно вмешалась в естественный ход событий и к своей выгоде «склонила случай» (например, подкупила арбитра матча или обрушила рынок за счет своевременного запуска «утки» и введения участников биржи в заблуждение). Неужели право не должно лишать «жулика» выгоды от такого развития событий за счет признания бесплодности его недобросовестных усилий и отказа считать соответствующее условие к его выгоде наступившим (ненаступившим)? Думается, что должно. А зачем нам придумывать заново этот механизм, если в п.3 ст.157 ГК он уже закреплен применительно условного права.

Так что, думается, есть все основания считать, что в алеаторном договоре актуализация обязательства одной из сторон, действительно, связана с наступлением условия.

Но этот вывод не имеет для меня принципиального значения. В принципе, при большом желании нужных ответов можно добиться, и не считая, что алеаторный договор использует конструкцию условного права (например, при наличии политико-правовой необходимости – обосновать применение нормы о фикции из п.3 ст.157 ГК по аналогии закона). Как я уже говорил, догматика носит достаточно гибкий и абсолютно вторичный по отношению к базовым политико-правовым вопросам характер. Не удивлюсь, что в одних странах алеаторные сделки

могут считаться содержащими условие, а в других – нет. Прагматическая цена вопроса в рамках этой развилки не столь существенна. Повторюсь, что вся «соль» доктрины алеаторного договора – в области политики права.

Карпетов А.Г.

д.ю.н.,

29.01.2013