

Отзыв на тезисы Н.Б. Щербакова по вопросу об алеаторных сделках

Представленный на публичную защиту научный доклад Н.Б. Щербакова несомненно заслуживает внимания со стороны всех, кому небезразлично гражданское право.

Я не стану повторять те основные замечания, какие уже дали в своих отзывах С.В. Дедиков, А.Г. Карапетов, В.М. Пашин и В.В. Васнев, тем более что мои собственные научные достижения настолько скромны, что вставать в один ряд с известными цивилистами было бы неразумно.

Между тем главный аргумент, выделенный всеми без исключения оппонентами по вопросу о необходимости соотношения алеаторных и условных сделок, хотелось бы несколько развить.

Мне кажется, главный недостаток работы Н.Б. Щербакова в том и состоит, что на одну чашу весов с алеаторными сделками были положены сделки условные. Между тем, по моему разумению, сравнение алеаторных сделок необходимо было проводить по признаку возможности исковой защиты притязаний из этих сделок. Об этом уже высказывались в своих отзывах оппоненты.

Исключая игры и пари из числа сделок алеаторных, автору тезисов необходимо было провести их исследование через призму натуральных обязательств. Тогда вопросов об алеаторности игр и пари было бы меньше, ведь всякое вообще притязание из договора по истечении исковой давности становится натуральным обязательством, принудительное исполнение которого не возможно.

Соответственно это обнаруживает несколько иную плоскость дискуссии, в том числе по вопросу об условности сделки как таковой, т.е. как юридического факта и условий сделки по смыслу создаваемых ею правовых последствий, наступление которых вполне зависит от того либо иного условия.

Получается, что всякое обязательство зависит от риска истечения срока давности для требований о принудительном исполнении, и тем самым становится алеаторным.

Вопросам риска вообще в последнее время уделяется немало внимания, что связано с желанием предусмотреть механизмы защиты гражданского оборота на

случай, когда правовые последствия сделки зависят от внешних по отношению к ней обстоятельств. С учетом изложенного работу Н.Б. Щербакова и сделанные им выводы нужно только приветствовать.

Автор в самом начале доклада указывает, что «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».

Вероятно, это справедливо для времени Денбурга и Потье, когда вопросы гражданского права разрабатывались едва ли не с самого своего начала. Однако прошу обратить внимание и на то, что необходимость эта возникла при изучении сделок, т.е. при изучении, попытке классификации и пр. – юридических фактов.

Соответственно, то, что не укладывалось в привычные для исследователя рамки, надлежало вывести за скобки научного инструментария, побуждало создать новый категориальный аппарат. Но сегодня ситуация совершенно иная.

Алеаторность сделки может составлять определенную характеристику сделки. Но эта характеристика будет лежать не в правовой плоскости, не в вопросе об особенностях правового регулирования, а в вопросе экономической целесообразности, побуждая законодателя определять пределы необходимого баланса интересов участников гражданского оборота за счет снижения рисковой составляющей экономическими же инструментами – например, путем установления страхового тарифа, размер которого не должен быть непосильным бременем для страхователя, но между тем должен снижать и риск убытков страховщика.

Таким образом, самое уже начало доклада не должно пониматься как обоснование *мотивов* выделения алеаторных сделок, а скорее как *история* данной конструкции. Мне кажется, работа Н.Б. Щербакова выглядела бы не менее презентабельно при итоговом выводе о совершенной ненужности конструкции алеаторных сделок в условиях современного оборота.

Несомненной заслугой самой конструкции алеаторных сделок можно было бы признать необходимость придания правового эффекта риску как таковому.

Но развитие современного рынка таково, что несущая потенциальный риск неисполнения сторона обязательства, предусматривает механизм защиты своих

интересов, привлекая механизмы того же страхования, не являясь при этом стороной соответствующего обязательства (вспомним схемы комбинированного ипотечного страхования).

Выходит, что выделение Н.Б. Щербаковым из алеаторных сделок игр и пари может иметь смысл, но только при обосновании тезиса о том, что алеаторными сделками являются не противостоящие меновым либо условным, а те, содержание которых направлено на снижение риска неисполнения *иного* обязательства.

Например, алеаторная сделка страхования может рассматриваться как условие реализации менового договора кредитования, и направленная на обеспечение его исполнения должником.

При таком подходе конструкции алеаторности, условности и меновости, на мой взгляд, выглядят вполне обоснованными. Однако это может поставить еще один вопрос – о соотношении алеаторных и акцессорных сделок вообще, в которых, между прочим, вполне объяснимо различие в правовом регулировании (зависимость от основного обязательства при акцессорности, и независимость – при алеаторности).

Приведенные мною моменты, направлены на пожелание автору дальнейших глубоких исследований теории сделки вообще и квалификации сделок в частности.

С уважением

Е.Н. Киминчижи