

Отзыв на тезисы Н.Б. Щербакова по алеаторным сделкам

Весьма плодотворные тезисы Н.Б. Щербакова оставили поле для некоторых замечаний и предложений.

1. В научном дискурсе всегда важно иметь договоренности о значении понятий. Автор доклада справедливо исходит из того, что в настоящее время отсутствует однозначное и общепризнанное определение понятия «алеаторные сделки». С другой стороны, при первом, самом грубом, приближении можно сказать, что практически все исследователи (не берём в расчёт явно маргинальные позиции) исходят из того, что при алеаторных сделках, в отличие от обычных меновых, объем предоставления хотя бы одной из сторон заранее не известен и зависит от неких вероятностных (больше нуля, но меньше единицы) обстоятельств (для целей настоящего отзыва назову такое понятие «алеаторными сделками в широком смысле»).

Кроме того, отсутствие общепризнанного определения понятия не препятствует тому, что, как отмечает сам Н.Б. Щербаков, «сделки игры и пари, страхования <...> все без исключения авторы (подчёркнуто мной – В.П.), выделяющие алеаторные сделки в одну группу, относят к числу таковых...» Другим словами, существует некий интуитивный консенсус относить страхование, игры и пари к алеаторным сделкам.

В то же время в заключительной части доклада его автор предложил свое определение обсуждаемого понятия (для целей настоящего отзыва назову такое понятие «алеаторными сделками в узком смысле»). И на основании своего определения (волеизъявление, имеющее целью распределение рисков) автор доклада исключил игры и пари из класса алеаторных сделок.

Не оспаривая принципиальную правомерность такого подхода, хотелось бы обсудить его целесообразность (в плане терминологии). Ведь «все без исключения авторы», относящие сделки игр и пари к алеаторным, исходят из того, что ключевым элементом игр и пари является неопределенность (риск проиграть). Само по себе то обстоятельство, что в играх и пари до заключения договора у сторон нет риска¹, не исключает принципиальную связь этих сделок с понятием «риска» (хотя и появляющегося уже после заключения договора). Таким образом, предложенное автором доклада сужение понятия алеаторных сделок вовсе не предпрешено ни сложившимся словоупотреблением, ни существом обсуждаемых отношений. Вполне можно оставаться в рамках алеаторных сделок в широком смысле, а для тех из них, которые вписываются в предложенное Н.Б. Щербаковым определение, придумать иное понятие (например, «защищаемые алеаторные сделки» или «сделки управления рисками»²).

Чем представляется неудобным предложенное Н.Б. Щербаковым определение? Если цивилисты придут к общему консенсусу понимать алеаторные сделки именно в соответствии с определением автора доклада, то в будущем каждый раз обсуждая (цитируя) всех тех авторов, которые ранее относили игры и пари к алеаторным сделкам, придется делать оговорки, что это не по причине неверного понимания авторами правовой природы игр и пари, а по причине того, что на момент написания ими своих работ новое определение алеаторных сделок еще не было признано. Даже в официальных судебных актах игры и пари прямо называют алеаторными сделками. Опять же придётся делать оговорку, что дело не в ошибке судей или незнании ими научных понятий, а в более ранней дате судебных актов.

¹ Это обстоятельство, абсолютно справедливо отмеченное Н.Б. Щербаковым, действительно крайне важно, но об этом позднее.

² Примеры чисто умозрительные, придуманные «на ходу», просьба не рассматривать их как претендующие на научную обоснованность.

2. На мой взгляд, из доклада не очевидно, в чем практическая потребность различать алеаторные и меновые сделки, каков особый правовой режим алеаторных сделок. (Возникает соблазн согласиться с приведенной самим же Н.Б. Щербаковым позицией Дернбурга: «деление сделок на алеаторные и меновые вовсе не имеет никакого значения».)

Так, особенности режима алеаторных сделок, по мнению автора доклада, могут обусловить отличное от меновых сделок применение «положений об оспаривании сделки по мотиву заблуждения, о расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, о возможности применении доктрины *laesio enormis*». Представляется, что ни одно из вышеуказанных положений не будет иметь какой-то специфики применительно к алеаторным сделкам (в предложенном автором понимании). Ведь в том же страховании, несмотря на его алеаторный характер, как правило существуют рыночные ставки страховых премий в отношении типизированных рисков. И ставки эти связаны, помимо чисто рыночных факторов, со статистически определенной (в этом смысле объективной) вероятностью наступления страхового случая. Соответственно, нет оснований отказывать, например, страхователю в праве ставить вопрос о расторжении (изменении) договора в случае если некие непредвиденные обстоятельства резко снижают вероятность наступления страхового случая, делая страховую премию неадекватной риску. Также, если вдруг у нас будет признана доктрина *laesio enormis*, то наравне с меновыми договорами ее можно будет применять и к страхованию (если страховая премия кратно выше рыночного уровня).

Что же касается вытекающей, по мнению автора доклада, из понятия алеаторных сделок «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», то тут, на мой взгляд, допущена определенная методологическая ошибка. Применимость к алеаторным сделкам общих положений обязательственного права обсуждать разумно (поскольку обязательственное право является общим по отношению к алеаторным сделкам понятием, допустимо обсуждать исключения из общих правил применительно к специфике более узкого понятия). Но специальные нормы, установленные конкретно для страхования, вряд ли правильно обсуждать исходя из специфики обобщающего по отношению к страхованию понятия. Все указанные автором доклада правовые нормы, относящиеся к страхованию, появились исходя из специфики непосредственно самого страхования. Индуцировав общее понятие из частных, нельзя затем опровергать особенности частного на основании индуцированного общего³.

Наконец, иногда меновые сделки по своей экономической направленности и этическим характеристикам существенно не отличаются от алеаторных. Например, большинство договоров купли-продажи акций на фондовой бирже по указанным параметрам мало чем отличаются от алеаторных деривативов⁴.

³ По сути ту же мысль, но более «приземленным» языком выразил в своем отзыве на доклад С.В. Дедиков.

⁴ Покупая акции на фондовой бирже, спекулянт не имеет намерения реально осуществлять предоставляемые акцией права; более того, он покупает акции не потому, что для него они субъективно стоят выше, чем предложенная продавцом цена, а только потому, что НАДЕЕТСЯ на более высокую цену в будущем (он может даже считать цену акций завышенной относительно ценности удостоверенных акцией прав, но по каким-то причинам (включая т.н. «технический анализ»: «волны Эллиота», числа Фибоначчи, уровни поддержек и сопротивлений, трендовые и контртрендовые стратегии и т.д.) ожидать более высокой цены в будущем). Точно также и продавец-спекулянт продаёт не потому, что предложенную денежную сумму ценит выше акций, а потому, что надеется на скорое снижение цены. Если взять самый простой

3. Не вполне убедителен тот тезис автора доклада, что предложенное им понятие алеаторных сделок позволяет логически обосновать недопустимость порождения обязательств играми и пари и чисто догматически подтверждает правомерность отказа в исках из игр и пари.

Так, Н.Б. Щербаков справедливо указал, что в играх и пари у сторон до заключения договора нет никаких рисков, в отличие от алеаторных сделок в узком смысле. Автор доклада прав, утверждая, что «невозможно передать (распределить) то, чего не существует». Но из этой посылки совсем не обязательно следует предложенный вывод: «а значит и сделки об играх и пари не должны вовсе порождать обязательств». Чисто логически из посылки о невозможности передать (распределить) то, чего не существует, следует лишь тот вывод, что игры и пари не являются сделками по передаче (распределению) риска. Но почему они не могут порождать иных обязательств? Ни из какой догмы частного права не следует, что круг возможных обязательств ограничен меновыми обязательствами и обязательствами из распределения риска.

Также я ни вижу никаких «непреодолимых сложностей в описании структуры обязательств в этих сделках»; «поражение» здесь терпит только тот исследователь, который пытается втиснуть игровые обязательства в прокрустово ложе обмена товарами (работами, услугами). По моему убеждению, **путем формально-логического анализа догматических конструкций частного права невозможно доказать, что игры и пари не могут порождать обязательств или, что они являются недействительными сделками.**

Так, например, Федотов А.Г., на которого ссылается автор доклада, пытается обосновать заведомую недействительность сделок пари тем, что якобы, «пари по своей природе связаны с таким пороком воли, как заблуждение, заблуждение составляет их неизбежный и конституирующий атрибут, без заблуждения участников пари оно попросту не может состояться». Формат отзыва не позволяет слишком подробно анализировать, но не могу не отметить, что, с моей точки зрения, такое понимание пари может предложить только тот, кто вообще не понимает, что такое «вероятность». В отношении того, кто проиграл пари, невозможно утверждать, что он заблуждался (за исключением случаев, когда результат события не был вероятностным, например при договорных матчах). **Отказ в судебной защите играм и пари может быть оправдан исключительно политико-правовыми мотивами.** И поражение потерпел как раз Федотов А.Г., попытавшийся низвергнуть традиционные этические доводы путем попыток найти якобы неизбежные пороки воли у сторон пари.

4. Наиболее плодотворной идеей Н.Б. Щербакова мне представляется различение сделок по распределению риска от «игровых». Практический смысл предложенного автором доклада определения алеаторных сделок становится очевиден, если противопоставлять алеаторные сделки в узком смысле не меновым, а «игровым» (которые в широком смысле также являются алеаторными).

Во-первых, такой подход дает критерии для различения подлежащих и не подлежащих защите требований. Особенно это актуально для деривативов, которые

пример - когда обе стороны являются краткосрочными спекулянтами, при этом покупатель занимает «длинную позицию», а продавец «короткую» - то становится очевидной самая обычная «игра с нулевой суммой». Уже через 1 минуту или даже секунду цена акций изменилась и одна из сторон выиграла, а другая ровно такую же сумму проиграла. Через 1 час или день цена может вернуться к первоначальной, но деньги в карманах биржевых игроков перераспределились. Причем обе стороны ЗАРАНЕЕ именно так к своей сделке и относятся – как к игре, при которой выигрыш одной равен проигрышу другой.

можно будет четко делить на алеаторные в узком смысле (когда у стороны есть риск, который она намерена захеджировать) и игровые (когда риска нет, базисный актив никак не влияет на хозяйственную деятельность стороны, а целью обеих сторон является обогащение, а не хеджирование рисков), предоставляя защиту первым и лишая таковой вторые.

Во-вторых, такой подход дает и более четкое этическое обоснование отказа в защите игровым сделкам. В самом деле, если риск у сторон игры (пари) изначально отсутствовал, но был создан искусственно, то обществу, возможно, нет резона уважать интересы, связанные с такими искусственными рисками.

С другой стороны, этические оценки игр и пари с течением времени меняются.

В далеком уже 1999 г. В.А. Белов⁵ привел достаточно интересные аргументы в пользу того, что игры и пари следует признать нормальными сделками и дать им полноценную судебную защиту. Я не готов во всем согласиться с В.А. Беловым, но его аргументы было бы полезно обсудить.

31.01.2013

В.М. Пашин

⁵ Статья «Игра и пари как институты гражданского права», в докладе на неё также есть ссылка.