

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Российский государственный социальный университет»

На правах рукописи



Мадагаева Татьяна Фёдоровна

АЛЕАТОРНЫЕ ДОГОВОРЫ В СИСТЕМЕ
РИСКОВЫХ ДОГОВОРОВ
В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Диссертация
на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ
Рабец Анна Максимовна

Москва – 2014

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА 1. КАТЕГОРИЯ РИСКА КАК СУЩНОСТНОЕ НАЧАЛО РИСКОВЫХ ДОГОВОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И В НАУКЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА	
1.1. Эволюция нормативного определения понятия «риск» в российском законодательстве.....	16
1.2. Категория риска в российской и зарубежной науке гражданского права.....	29
ГЛАВА 2. ЮРИДИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РИСКОВОГО И АЛЕАТОРНОГО ДОГОВОРОВ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ	
2.1. Основные научные представления о понятии и системе рискового и алеаторного договоров в зарубежной и российской цивилистической доктрине	54
2.2. Соотношение понятий и признаков рисковых и алеаторных договоров и их система в гражданском праве Российской Федерации	65
2.3. Соотношение рискового договора и условной сделки.....	83
2.4. Проблемы изменения, расторжения и признания недействительными рисковых и алеаторных договоров.....	91
ГЛАВА 3. ОСОБЕННОСТИ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ АЛЕАТОРНЫХ ДОГОВОРОВ	
3.1. Обязательства, вытекающие из игр и пари	101
3.2. Рисковые начала в биржевых и внебиржевых договорах.....	110
3.2.1. Общие положения о биржевых и внебиржевых договорах.....	111
3.2.2. Влияние риска на существо правоотношения в отдельных видах деривативов.....	121
3.2.3. Проблемы минимизации риска участников биржевых и внебиржевых договоров	138
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	153
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	162

Введение

Актуальность темы исследования. Существование алеаторных договоров насчитывает не одно столетие, упоминание о них встречается в римском частном праве. Такие договоры получили развитие в законодательстве и доктрине стран континентальной правовой семьи. Алеаторные договоры признаются и отечественной наукой гражданского права. Однако ни в дореволюционный, ни в советский периоды они не выступали предметом специального изучения. Подобная ситуация прежде всего продиктована существом риска, как ключевой категории алеаторных договоров, и его влиянием на общественные отношения. В условиях плановой экономики значение риска и рискованных договоров сводилось к минимуму, а об алеаторных договорах в юридической литературе практически не упоминалось, хотя именно в советской цивилистической науке были разработаны основные теоретические положения о риске, которые стали классикой российского гражданского права.

Риск является неотъемлемым элементом любой экономической деятельности, особенно предпринимательской. Именно поэтому, начиная с 90-х годов XX в., в связи с переходом Российской Федерации к рыночной экономике, значение риска существенно возрастает, о чем свидетельствует, в частности, широкое распространение рискованных договоров, в том числе постепенный, но устойчивый рост количества алеаторных договоров. Возросло заключение договоров известных российскому гражданскому праву (страхование, пожизненная рента, игра, пари) и договоров, которые ранее не получали обширного применения. Речь идет о различных видах срочных сделок, именуемых производными финансовыми инструментами и используемых в банковской деятельности и биржевой торговле (фьючерсы, форварды, опционы, свопы). Так, по данным Банка России, в январе 2002 г. общий средний дневной оборот валют по межбанковским срочным сделкам составил 24 млн. долл. США, а в

январе 2013 г. – 1 миллиард 290 млн. долл. США¹ (увеличение объема произошло более чем в 50 раз). По данным Московской биржи, если на 9 февраля 2003 г. дневной объем торгов опционами в рублях составил 87 млн. 649 000 руб., то на 8 февраля 2013 г. - 16 млрд. 162 млн. 261 917 руб.² (увеличение объема произошло более чем в 180 раз). Более того, имеет место тенденция к появлению совершенно новых, более сложных производных финансовых инструментов.

Российские суды при рассмотрении споров, связанных с подобными сделками, оказались в условиях полного отсутствия законодательного регулирования таких отношений. Правовой вакуум негативно отразился на эффективности и единообразии судебных решений. Так, суды первоначально квалифицировали расчетные форвардные контракты, заключенные вне биржи, как пари и отказывали в предоставлении по ним судебной защиты, что не соответствовало общемировым тенденциям. Подобная практика спровоцировала использование соглашений о рассмотрении споров, вытекающих из производных финансовых инструментов, в юрисдикциях зарубежных государств. Сложившаяся ситуация не способствует повышению привлекательности отечественного срочного финансового рынка для предпринимателей-непрофессиональных участников, хотя его хозяйственное значение огромно. Российская экономика и мировая экономика в целом нестабильны, подвержены колебаниям, влекущим отрицательные имущественные последствия для предпринимателей. Для минимизации таких экономических рисков и существует срочный рынок. Задача государства состоит в совершенствовании его правового регулирования с целью привлечения в данную сферу средних и мелких производителей реального товара. В то же время бесконтрольное совершение рискованных срочных сделок послужило одной из причин мирового финансового кризиса 2008 года, что

¹ <http://www.cbr.ru/statistics/?Prtid=finr>.

² <http://www.rts.ru/a10078>

обуславливает необходимость формирования у предпринимателей разумного подхода к их заключению.

Законодателем были внесены изменения в Налоговый кодекс РФ, нормативные правовые акты о банковской и биржевой деятельности. Ряд актов принят Федеральной службой по финансовым рынкам, Центральным Банком России. В гражданском же законодательстве изменения коснулись лишь ст. 1062 ГК РФ, которая была дополнена случаями судебной защиты срочных сделок, являющихся производными финансовыми инструментами.

Сложившаяся ситуация в значительной степени вызвана отсутствием в науке гражданского права учения об алеаторных договорах. В цивилистической науке нет специальных работ монографического характера, содержащих приемлемые представления о понятии, сущности, особенностях таких договоров, которые бы отвечали специфике правового воздействия на отношения, регулируемые гражданским правом, и служили бы ориентиром для законодателя и правоприменительной практики. Указанные обстоятельства обуславливают актуальность и значимость темы диссертационной работы.

Степень научной разработанности темы исследования.

В отечественной науке гражданского права дореволюционного периода упоминание об алеаторных договорах встречается в работах К.П. Победоносцева применительно к «сделкам на разницу». Среди советских цивилистов внимание алеаторным договорам уделял В.И. Серебровский при исследовании страхования, а также О.С. Иоффе. Необходимо указать на труды В.А. Ойгензихта, О.А. Красавчикова, внесших существенный вклад в развитие науки о риске - ключевой категории для алеаторных договоров. Однако ни в дореволюционной, ни в советской литературе не встречается специального исследования, раскрывающего сущность алеаторных договоров, их характерные признаки, место в системе

гражданско-правовых договоров, круг таких договоров, специфику правовых последствий их совершения.

В новейшее время появляется целый ряд работ, в которых исследуются как хорошо известные договоры, относимые цивилистической доктриной к алеаторным, такие как страхование (О.В. Ли, А.Г. Савин и др.) и пожизненная рента (Е.В. Лазарева, К.Г. Токарева и др.), так и соглашения, в советское время практически не исследовавшиеся, такие, как игра и пари (М.И. Брагинский, А.М. Эрделевский и др.), срочные биржевые и внебиржевые сделки (Е.В. Иванова, Л.А. Меркулова и др.). Однако в указанных работах рассмотрение алеаторных договоров носит фрагментарный характер, поскольку не выступает целью исследования и ограничивается рамками конкретного договора, что не позволяет сформировать представление об алеаторных договорах в целом.

Проблемы алеаторных договоров впервые были поставлены в кандидатских диссертациях И.В. Миронова (1998), в которой проведен общетеоретический анализ проблем алеаторных правоотношений в российском праве, и В.А. Запорощенко (2006), посвященной особенностям регулирования алеаторных сделок. В обеих работах обосновано мнение о самостоятельности рискованных и алеаторных договоров, их соотношении. Однако в диссертации И.В. Миронова критерии разделения рискованных и алеаторных договоров выработаны без учета специфики риска как основного признака таких договоров, в результате чего эти критерии не являются универсальными, применимыми ко всем рискованным договорам. В.А. Запорощенко, выделяя алеаторные договоры как подвид рискованных договоров, не провел исследование рискованных договоров как родового понятия, что не позволило автору в полной мере обосновать выводы о сущности алеаторных договоров. В обеих работах не рассмотрены правовые последствия выделения алеаторных договоров в самостоятельную группу. Проблемам алеаторных сделок посвящено

научное исследование Н.Б. Щербакова (2013), в котором ученый излагает оригинальный подход к определению существа алеаторной сделки посредством сравнения со сделкой условной. Однако автор не формулирует понятия алеаторной сделки, ее признаков, особенностей правового регулирования, что не позволяет выявить собственную позицию исследователя относительно таких сделок.

Таким образом, несмотря на интерес ученых к проблеме алеаторных договоров, она остается недостаточно разработанной. В науке не сложилось целостного представления о таких договорах: отсутствуют единые подходы к их понятию и признакам, не выработано общее направление правового регулирования подобных отношений.

Целью диссертационной работы является разработка теоретической основы учения об алеаторных договорах в системе рискованных договоров, выявление проблем правового регулирования соответствующих общественных отношений, а также выработка практических рекомендаций по совершенствованию гражданского законодательства РФ и правоприменительной практики.

Для достижения указанной цели в работе поставлены и разрешены следующие задачи:

- углубление теоретических положений о сущности риска как цивилистической категории и установление его роли в правовой квалификации алеаторных договоров;
- формулирование юридически значимых признаков рискованного и алеаторного договоров и понятий таких договоров;
- установление соотношения рискованного договора и алеаторного договора;
- определение сущности отдельных разновидностей алеаторных договоров;
- выделение специфики правового регулирования алеаторных договоров;

- выявление тенденций в правоприменительной практике по проблемам алеаторных договоров;

- анализ действующего российского законодательства и выработка конкретных предложений по его совершенствованию.

Объектом исследования выступают общественные отношения, складывающиеся в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, в которых в наибольшей степени проявляется действие фактора риска.

Предметом исследования являются нормы договорного гражданского права, регулирующие указанные отношения, а также комплекс теоретических и практических проблем, возникающих при толковании и применении этих норм.

Методология исследования. Исследование проведено с использованием общенаучных методов: диалектический, формально-логический, анализ и синтез. Диалектический метод позволил сформулировать выводы, предложения, полученные в результате исследования. Применение методов формально-логического, анализа и синтеза способствовало разработке понятийного аппарата по теме исследования. В ходе исследования использовался ряд частнонаучных методов, принятых в юридической науке: формально-юридический, историко-правовой, сравнительно-правовой. Формально-юридический метод способствовал изучению советских, российских, зарубежных нормативно-правовых актов. Историко-правовой метод позволил выявить особенности становления и развития учения об алеаторных договорах в цивилистической доктрине. С помощью сравнительно-правового метода исследовался зарубежный опыт правового регулирования отношений, возникающих на основании алеаторных договоров.

Теоретическая база исследования. Теоретической основой диссертации послужили научные труды дореволюционных и советских ученых (К. Анненков, М.М. Агарков, С.С. Алексеев, С.Н. Братусь, А.Ф.

Волков, Ю.С. Гамбаров, Я.М. Гессен, О.С. Иоффе, О.А. Красавчиков, Я.М. Магазинер, В.А. Ойгензихт, К.П. Победоносцев, В. Радлов, В.К. Райхер, В.И. Серебровский, Р.О. Халфина, Г.Ф. Шершеневич и др.), современных авторов (Ю.В. Багно, В.А. Белов, М.И. Брагинский, Ф.А. Вячеславов, В.А. Запорощенко, Е.В. Иванова, А.Г. Карапетов, В.А. Копылов, П.А. Меньшенин, И.В. Миронов, Е.А. Павлодский, А.М. Рабец, Ю.В. Романец, Л.В. Ситдикова, Н.Г. Соломина, Е.А. Суханов, К.Г. Токарева, Б.Л. Хаскельберг, И.Н. Хмелевской, Т.В. Шепель, Н.Б.Щербаков, А.М. Эрделевский и др.), а также ряда зарубежных исследователей (В. Ансон, Ю. Барон, Д.У. Блэкуэлл, Дж.В. Бэйли, Б.Виндшейд, К. Гавальда, Е. Годэмэ, Г. ДERNбург, Э. Дженкс, П. Жюйар, Р. Иеринг, Д. Карро, Д.С. Кидуэлл, А. Мазо, Ж. Морандьер, Ж. Потье, Г. Райнер, Р. Саватье, Ж. Стуфле, Дж. К. Халл, У.Ф. Шарп и др.)

Нормативную базу исследования составили: Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации, иные федеральные законы и подзаконные нормативные правовые акты Российской Федерации, регулирующие отношения, возникающие из рискованных, в том числе алеаторных договоров.

Эмпирическая база исследования представлена: гражданским законодательством СССР и РСФСР; законодательством ряда зарубежных стран; материалами судебной практики в виде руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, обзоров судебной практики, конкретных судебных решений; проектами федеральных законов.

Научная новизна диссертационной работы. Диссертация представляет собой одно из первых в отечественной науке гражданского права специальных теоретических исследований алеаторных договоров в системе рискованных договоров. В работе получили дальнейшее развитие и более глубокое обоснование теоретические положения, раскрывающие сущность и конкретные механизмы действия в гражданском праве

категории риска, формирование на ее основе конститутивных признаков рискованных договоров в целом и алеаторных договоров в частности. Сформулированы авторские определения рискованного договора и алеаторного договора; определено место алеаторного договора в системе рискованных договоров; аргументирована необходимость закрепления специального правового регулирования алеаторных договоров, отличного от регулирования иных гражданско-правовых договоров; обосновано отнесение ряда биржевых и внебиржевых договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, к алеаторным договорам. На основании проведенного исследования представлены предложения по совершенствованию гражданского законодательства и правоприменительной практики в сфере алеаторных договоров.

Положения, выносимые на защиту.

По результатам исследования на защиту выносятся следующие положения:

1. Обосновано, что риск, как возможность возникновения отрицательных имущественных последствий в силу случайного обстоятельства, следует рассматривать как субъективную и объективную категорию, но не в зависимости от осознания или неосознания его (риска) субъектом, как предлагается сторонниками субъективной и субъективно-объективной концепций, а в зависимости от причины возникновения. Существование объективного риска обусловлено обстоятельствами, на которые субъект не может оказать влияние, в силу чего, вступая в гражданское правоотношение, он вынужден такой риск принять (например, риск случайной гибели вещи). Объективный риск присущ практически всем имущественным отношениям. Субъективный риск является следствием юридически значимых действий субъекта, который сознательно формирует ранее не существовавший риск, выражающийся в возможности неполучения ожидаемого результата (например, риск

игрока). Такой риск не характерен для всех имущественных отношений, а возникает исключительно по воле самого субъекта.

2. Аргументируется, что субъективный риск, выражающийся в возможной неэквивалентности встречного предоставления в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон, является конститутивным признаком рискованных договоров, позволяющим отграничить их от иных возмездных меновых договоров. При заключении менового договора стороны оговаривают объем встречного предоставления, определяя, какая из сторон что передает и что получает взамен. В рискованном договоре объем встречного предоставления поставлен в зависимость от случайного обстоятельства. Стороны, заключая такой договор, создают риск волевыми действиями в связи с невозможностью удовлетворения их интереса иным образом. Признаком рискованного договора также является зависимость экономического результата, а, следовательно, и реализации конкретных прав и обязанностей сторон договора от случайного события. Сформулировано авторское определение рискованного договора как соглашения, в котором объем встречного предоставления поставлен в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

3. Установлено, что в группе рискованных договоров следует выделять алеаторные договоры по признаку особого характера субъективного риска. В алеаторных договорах субъективный риск выражается в возможности неполучения одной из сторон в силу случайного обстоятельства взамен предоставляемого ею имущественного блага встречного предоставления, на которое она рассчитывала при заключении договора. В рискованном договоре обмен благами происходит в любом случае, субъективный риск сводится лишь к возможной неэквивалентности встречного предоставления в силу случайного обстоятельства. Предложено авторское определение алеаторного договора: алеаторным договором, как разновидностью рискованного договора, признается соглашение, в котором встречное предоставление выражается в возможности приобретения

имущественного блага в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон. К алеаторным договорам отнесены: игра, пари, биржевые и внебиржевые договоры, не предусматривающие реальную передачу товара.

4. Доказывается, что субъективный риск, характерный для рисковых, в том числе алеаторных договоров, не позволяет применять к ним в полной мере положения гражданского законодательства и судебных актов, используемые в отношении меновых договоров, в частности об объеме встречного предоставления. Аргументируется необходимость введения в действующее гражданское законодательство положений, раскрывающих юридическое содержание рисковых, в том числе алеаторных договоров и их соотношение с меновыми договорами, в частности, регламентирующих возможность и пределы распространения на рисковые договоры правил о меновых договорах.

5. В целях обеспечения единообразия правоприменительной практики по вопросу о соотношении условной сделки и рискового договора предлагается дополнить Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ №6/8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» пунктом 54.1 следующего содержания: «При рассмотрении дел по спорам, связанным с заключением, исполнением, изменением, расторжением и оспариванием рисковых, в том числе алеаторных договоров, судам следует учитывать невозможность применения к подобным правоотношениям положений законодательства об условных сделках ввиду различий данных категорий. В рисковых, в том числе алеаторных договорах зависимость возникновения или прекращения прав и обязанностей от конкретного события, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит, является существенным признаком указанных договоров, позволяющим отграничить их от иных гражданско-правовых договоров. В условных

сделках, являющихся по сути меновыми, зависимость возникновения или прекращения прав и обязанностей от случайного события выступает в качестве добавочного волеизъявления сторон, не оказывающего влияния на квалификацию сделки».

6. Аргументировано, что несмотря на имеющиеся различия, такие биржевые и внебиржевые договоры, как фьючерс, форвард, опцион, своп относятся к рисковым, в том числе алеаторным договорам. Исключение составляют поставочный фьючерс и поставочный форвард, которые следует рассматривать как договоры купли-продажи со сроком исполнения в будущем, т.е. как меновые договоры. Поставочный опцион - рисковый договор особого рода. Расчетный фьючерс, расчетный форвард, расчетный опцион и своп являются алеаторными договорами особого рода. В целях повышения эффективности правового регулирования указанных договоров, единообразной квалификации их судами и возможности применения к ним изменений законодательства, сформулированных диссертантом, предлагается в Приказ ФСФР «Об утверждении положения о видах производных финансовых инструментов» от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н внести соответствующие изменения.

7. Установлена необходимость законодательного закрепления мер, ограничивающих совершение предпринимателем алеаторных договоров, следствием исполнения которых является банкротство предпринимателя. В качестве одной из таких мер предложено закрепление положения о безвиновной субсидиарной ответственности лица, принявшего решение о заключении алеаторного договора, повлекшего банкротство предпринимателя.

В результате проведенного исследования предлагается внести в действующее законодательство следующие изменения и дополнения:

1. Дополнить ст. 56 ГК РФ пунктом 3 следующего содержания:

«Если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана исполнением алеаторного договора, заключенного учредителями (участни-

ками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, такие лица в случае недостаточности имущества юридического лица солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам независимо от вины».

2. Дополнить главу 27 ГК РФ статьей 423.1 «Меновые и рисковые договоры» следующего содержания:

«1. Меновым договором признается соглашение, при заключении которого стороны согласовывают объем встречного предоставления.

2. Рисковым договором признается соглашение, в котором объем встречного предоставления поставлен в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

Алеаторным договором, как разновидностью рискового договора, признается соглашение, в котором встречное предоставление выражается в возможности приобретения имущественного блага в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

3. Применение к рисковым, в том числе алеаторным договорам норм, регулирующих меновые договоры, возможно постольку, поскольку это не противоречит существу рисковых договоров».

Теоретическая и практическая значимость диссертации.

Выводы, сделанные по результатам исследования, могут быть использованы для дальнейшего развития науки гражданского права, разрешения проблем правового регулирования общественных отношений, связанных с алеаторными договорами. Сформулированные предложения по внесению изменений и дополнений в ГК РФ могут представлять интерес в процессе проведения законопроектных работ по совершенствованию гражданского законодательства, а также в учебном процессе при преподавании гражданского права, предпринимательского

права и специальных учебных курсов, посвященных проблемам алеаторных договоров.

Апробация результатов исследования.

Диссертация выполнена и обсуждена на кафедре гражданского права и процесса ФГБОУ ВПО «Российский государственный социальный университет». Основные положения, выводы и рекомендации, сформулированные автором, отражены в пятнадцати опубликованных работах, шесть из которых опубликовано в ведущих рецензируемых изданиях, рекомендованных ВАК Министерства образования и науки РФ. По результатам исследования издана монография «Рисковые и алеаторные договоры в гражданском праве России» (Томск, 2013).

Результаты диссертации докладывались и обсуждались автором на всероссийских и международных научных конференциях: международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы осуществления правосудия в Российской Федерации» (Улан-Удэ, 2008); всероссийской научно-практической конференции «Актуальные проблемы права и управления» (Улан-Удэ, 2009); международной межвузовской научно-практической конференции молодых ученых «Традиции и новации в системе современного российского права» (Москва, 2010); международной научно-практической конференции «Проблемы и перспективы развития государства и права в XXI веке» (Улан-Удэ, 2010, 2011, 2013, 2014 гг.)

Материалы исследования используются автором в процессе преподавательской деятельности в ФГБОУ ВПО «Восточно-Сибирский государственный университет технологии и управления».

Структура диссертации подчинена цели и задачам исследования и включает в себя: введение, три главы, объединяющие восемь параграфов, заключение и список использованных источников.

ГЛАВА 1. КАТЕГОРИЯ РИСКА КАК СУЩНОСТНОЕ НАЧАЛО РИСКОВЫХ ДОГОВОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И В НАУКЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

1.1. Эволюция нормативного определения понятия «риск» в российском законодательстве

В рамках проводимого исследования существенный интерес представляет формирование и развитие нормативного определения риска, как основополагающей категории для рискованных договоров.

В дореволюционных актах встречается замена риска таким термином как «страх». Например, в ст. 1648 Гражданского Уложения Российской Империи было сказано, что, если имущество, сданное должником на хранение, вполне соответствует предмету обязательства, то должник считается исполнившим обязательство и страх за случайную гибель (уничтожение, похищение или потерю) или случайное повреждение имущества, а также издержки по хранению возлагались на верителя. Далее в ст. 1731 указано, что продавец движимого имущества несет страх за случайную гибель или случайное повреждение проданного им имущества до передачи его покупателю. В силу ст. 1978 страх за гибель или повреждение материала несет подрядчик или подрядивший, смотря, кто из них поставил материал и др.

Из приведенных норм видно, что в дореволюционной России законодатель применял используемые ныне конструкции риска случайной гибели имущества, случайного повреждения, риска ответственности и др. При этом, ввиду замены понятия «риск» другими понятиями, риск воспринимался исключительно с негативной стороны, как возможная угроза, опасность наступления неблагоприятных имущественных последствий.

В послереволюционных правовых актах используется уже непосредственно категория «риск». Данная категория упоминается в сфере страхования, например, в связи с созданием Совета по делам страхования,

к полномочиям которого относилось наблюдение за операциями перестрахования рисков и развитием дел советских страховых компаний за границей¹. Широко используется риск в «Положении о государственном страховании Союза Советских Социалистических Республик»².

Риск употребляется в двусторонних соглашениях между советскими республиками. Например, в Экономическом соглашении между РСФСР и Хорезмийской Советской Народной республикой от 13 сентября 1920 года закреплена норма о переходе риска за порчу, пропажу товара³.

Понятие «риск» использовалось и при регулировании договорных отношений. Например, в «Положении о государственных подрядах и поставках» говорится об обязанности подрядчика на свой риск выполнить определенную работу по заданию государственного учреждения или предприятия (заказчика)⁴.

В Постановлении ЦИК СНК СССР от 12 июня 1929 года «Об имущественной ответственности рабочих и служащих за ущерб, причиненный ими нанимателям» употребляется понятие нормального производственно - хозяйственного риска, как основания для освобождения работника от ответственности⁵.

В последующем советском законодательстве термин «риск» встречается крайне редко. Гражданский кодекс РСФСР 1922 года использовал риск в регулировании отношений купли-продажи (ст.186); подряда (ст.ст. 220, 232, 233); страхования (ст.ст. 370, 380, 382-386)⁶.

В Гражданском кодексе РСФСР 1964 года термин «риск» встречается всего в трех статьях. В ст. 138 говорилось об одновременном переходе

¹ Декрет СНК РСФСР от 23 марта 1918 года "Об утверждении государственного контроля над всеми видами страхования кроме социального" // "СУ РСФСР", 1918, N 30, ст. 397.

² "СЗ СССР", 1925, N 73, ст. 537.

³ "СУ РСФСР", 1921, N 35, ст. 187.

⁴ Утверждено Постановлением ЦИК СССР, СНК СССР от 11 мая 1927 года.

⁵ "СЗ СССР", 1929, N 42, ст. 367.

⁶Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. с постатейно-систематизированными материалами / Под ред. С. Александровского. М., 1925.

риска случайной гибели или случайной порчи имущества на приобретателя при возникновении у него права собственности. По ст. 350 подрядчик был обязан выполнить на свой риск определенную работу по заданию заказчика. В ст. 357 закреплялось положение о риске случайной гибели материалов при исполнении договора подряда. Даже при регулировании страховых отношений использовалось понятие «страховой случай»¹.

Указ Президиума Верховного Совета СССР от 17 сентября 1968 г. «Об утверждении Кодекса торгового мореплавания» предусматривал риск отправителя при отказе или неостребовании груза получателем, а также риск как объект морского страхования². Указ Президиума Верховного Совета СССР от 30 декабря 1976 г. «О внесении изменений и дополнений в КЗоТ РСФСР» закреплял известную норму об исключении ответственности рабочего или служащего за ущерб, причиненный при условии нормального производственно-хозяйственного риска³.

Такая непопулярность термина «риск», пожалуй, вполне объяснима. Достаточно обратиться к особенностям экономического развития советского государства. Тотальное планирование экономической деятельности перекладывало большую часть хозяйственных рисков с организаций на государство. Можно утверждать, что одной из целей плановой экономики являлось сведение возможных рисков к нулю.

Уместно привести высказывание небезызвестного наркома юстиции РСФСР П.И. Стучки о том, что риск неразрывно связан с понятием прибыли; ответственность за риск – это ответственность за счет прибыли. Риск неразрывно связан с понятием свободы воли в буржуазном смысле. Никто не примет ответственности, риска за то или иное действие или событие, если за этот риск не получит какого-либо эквивалента.

¹ ГК РСФСР 1964 года. // "Ведомости ВС РСФСР", 1964, № 24, ст. 407.

² "Ведомости ВС СССР", 1968, N 39, ст. 351.

³ "Ведомости ВС РСФСР", 1977, N 1, ст. 1.

Собственник несет ответственность за риск ввиду того, что собственность дает возможность использовать ее в целях прибыли¹.

Однако по справедливому замечанию М.М. Агаркова идея риска, лежащая в основании гражданских правоотношений, хотя внешне и не выражается, но легко обнаруживается при анализе ряда норм².

В то же время исследование ряда нормативных актов, регулировавших в СССР деятельность предприятий, позволяет говорить о том, что во внешнеэкономических отношениях риск использовался более широко. В качестве примеров можно указать: Основные условия регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций³; Общие условия поставок товаров из стран – членов Совета Экономической Взаимопомощи в Финляндскую Республику и из Финляндской республики в страны – члены Совета Экономической Взаимопомощи⁴; Постановление Совета Министров СССР «О дальнейшем развитии внешнеэкономической деятельности государственных, кооперативных и иных общественных предприятий, объединений и организаций»⁵; Общие условия поставок из Союза ССР в народную республику Албания и из народной республики Албания в Союз ССР⁶ и др.

Кардинальные изменения, произошедшие в нашей стране в 80-90 годах XX века, не могли не отразиться на законодательстве, а особенно не затронуть гражданское законодательство.

В 1990-м году в целях создания системы страхования внешнеэкономических рисков предприятий принимаются «Основные направления стабилизации народного хозяйства и перехода к рыночной

¹ Стучка В.И. Курс советского гражданского права. Т. 3. М., 1931. С. 142.

² Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 64.

³ "Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР", N 11, 1988.

⁴ Розенберг М.Г. Контракт международной купли - продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров.- М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 355 - 389.

⁵ "Свод законов СССР", т. 9, с. 50-35, 1990 г.

⁶ Документ опубликован не был // [Электрон. ресурс] КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

экономике»¹. Следует указать Закон РСФСР от 25 декабря 1990 года «О предприятиях и предпринимательской деятельности», ст. 1 которого гласила, что предпринимательская деятельность осуществляется гражданами на свой риск и под имущественную ответственность в пределах, определяемых организационно-правовой формой предприятия². Закон СССР от 2 апреля 1991 «Об общих началах предпринимательства граждан в СССР» содержал понятие предпринимательства (предпринимательской деятельности) как инициативной, самостоятельной деятельности граждан, направленной на получение прибыли или личного дохода, осуществляемой от своего имени, на свой риск и под свою имущественную ответственность или от имени и под имущественную ответственность юридического лица - предприятия³.

В Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года (далее - Основы) отражены положения ГК РСФСР 1964 года относительно риска собственника (ст.45) и риска в подрядных отношениях (ст. 91)⁴. При регламентации страховых отношений законодатель непосредственно применяет понятие «риск». Например, в соответствии со ст.106 Основ к объекту страхования относится риск гражданской ответственности и риск предпринимательской деятельности.

Помимо Основ, ряд принятых примерно в то же время нормативных актов, использует слово «риск»: Закон РСФСР от 2 февраля 1990 года №395-1 «О банках и банковской деятельности»⁵; Закон РСФСР от 27 ноября 1992 г. №4015-1 «Об организации страхового дела»⁶, Закон РСФСР от 4 июля 1991 года №1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР»⁷ (ныне действующий Федеральный закон от 09 июля 1999 г. №160 ФЗ «Об

¹ "Ведомости СНД и ВС СССР", 1990, N 44, ст. 906.

² "Ведомости СНД и ВС РСФСР", 27.12.1990, N 30, ст. 418.

³ "Ведомости СНД и ВС СССР", 1991, N 16, ст. 442

⁴ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года. // "Ведомости СНД и ВС СССР", 26.06.1991, № 26, ст. 733..

⁵ "Собрание законодательства РФ", 05.02.1996, N 6, ст. 492

⁶ "Ведомости СНД и ВС РФ", 14.01.1993, N 2, ст. 56.

⁷ "Ведомости СНД и ВС РСФСР", 18.07.1991, N 29, ст. 1008.

иностранных инвестициях в Российской Федерации» также оперирует понятием «риск») и др.

Так, согласно ст. 9 Закона РСФСР «Об организации страхового дела» страховым риском является предполагаемое событие, на случай наступления которого проводится страхование. Однако, что примечательно, законодатель, оперируя термином «риск», не приводит его легального определения, и использует данный термин в разных контекстах.

В сравнении с указанными нормативными актами Гражданский кодекс Российской Федерации уверенно использует категорию риска в ряде статей. В.А. Запорощенко предлагает сгруппировать нормы ГК РФ о риске по следующим основаниям:

1. нормы о риске наступления неблагоприятных последствий титульного владельца имущества (риск случайной гибели или случайного повреждения имущества (ст.211 ГК РФ); риск случайной гибели или случайной порчи арендованного имущества по договору лизинга (ст.669 ГК РФ); риск случайной гибели или случайного повреждения результата выполненной работы до ее приемки заказчиком (ст. 705 ГК РФ);
2. нормы о риске наступления неблагоприятных последствий в связи с исполнением обязательств (риск случайной невозможности исполнения договоров на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ (п.3. ст. 769 ГК РФ); риск последствий исполнения обязательства должником ненадлежащему лицу (ст.312 ГК РФ);
3. нормы о риске наступления неблагоприятных последствий при осуществлении деятельности (риск предпринимательской деятельности (ст.2 ГК РФ); риск убытков, связанных с деятельностью общества или товарищества (ст.82, ст.87 ГК РФ);
4. нормы о риске как элементе страховых правоотношений (риск утраты, недостачи или повреждения определенного имущества (ст.929,

ст.930 ГК РФ); риск гражданской ответственности (ст. 929, ст. 931, ст.932 ГК РФ); предпринимательский риск (ст. 929, ст. 933 ГК РФ); риск последствий невыполнения или несвоевременного выполнения обязанностей страхователем (ст. 939 ГК РФ)¹.

Несмотря на широкое использование анализируемого термина, в ГК РФ также не содержится определения риска. Однако, проводя анализ принятых позже и ныне действующих нормативных актов (а их около тысячи), наблюдается не только дальнейшее активное введение термина «риск» в правовое регулирование, но и попытки дать его легальное определение.

Например, в ст.2 Федерального закона от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании» под риском понимается вероятность причинения вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений с учетом тяжести этого вреда. Ст. 8 Федерального закона от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации» гласит, что страховым риском признается утрата застрахованным лицом заработка (выплат, вознаграждений в пользу застрахованного лица) или другого дохода в связи с наступлением страхового случая. В Федеральном законе от 22 июля 2008 г. № 123-ФЗ «Технический регламент о требованиях пожарной безопасности» содержится определение пожарного риска как меры возможности реализации пожарной опасности объекта защиты и ее последствий для людей и материальных ценностей.

Отдельного рассмотрения заслуживает Постановление Правительства РФ от 23.09.2002 № 696 «Об утверждении федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности», в котором понятие «риск»

¹ Запорощенко В.А. Особенности регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации. Дисс... канд. юрид. наук. 12.00.03. Екатеринбург. 2006. С. 23-24.

употребляется неоднократно. Особое значение данного нормативного правового акта связано с тем, что именно этими стандартами обязаны руководствоваться аудиторы при проведении проверок хозяйственной деятельности субъектов предпринимательской деятельности. Так, например, в названном Постановлении указывается, что риск хозяйственной деятельности может возникнуть вследствие изменений или возникших сложностей в деятельности. Неспособность субъекта распознать необходимость внесения изменения в деятельность может также привести к риску. Изменение в деятельности может произойти, например, в результате разработки нового вида продукции, которая может оказаться неудачной, непредсказуемой реакции рынка, даже если разработан удачный вид продукции, а также упущений, которые приведут к возникновению обязательств и риску ухудшения репутации¹.

Однако разнообразные формулировки риска представляются не всегда удачными. Так, в ряде нормативных актов, регулирующих страховую деятельность², как и в специальной литературе по страхованию, риск определяется как предполагаемое событие, на случай наступления которого проводится страхование³. При этом указанное событие должно обладать такими признаками, как вероятность и случайность его наступления. Это позволяет сделать вывод, что речь идет о случае. По мнению диссертанта, установление тождества между риском и случаем неверно, для подтверждения чего необходимо рассмотреть более подробно случай как правовую категорию.

Известно, что в цивилистике понятие «случай» уходит корнями в римское право, где *casus* рассматривался через призму частноправовой ответственности. Случай традиционно противопоставлялся вине. В

¹ Постановление Правительства РФ от 23.09.2002 № 696 «Об утверждении федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности» // Собрание законодательства РФ, 30.09.2002, №39, ст. 3797.

² Закон РФ от 27 ноября 1992 г. №4015-1 «Об организации страхового дела»; Федеральный закон от 16 июля 1999 г. № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования».

³ Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву М.: Статут, 1997. С. 247. Гражданское право. Т. 4: Обязательственное право. Учебник. Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 567.

римском праве случай есть техническое выражение, обозначающее гибель или повреждение вещи, произошедшие без вины должника (например, вред, причиненный силами природы, недееспособным лицом, животными и т.п.). Основными постулатами римского учения о вине и ответственности являлись *casus a nullo praestantur* (за случай никто не отвечает), *casus sentit dominus* (случай остается за тем, кого он поражает). Однако в некоторых ситуациях предусматривалась ответственность и за случай. Единственным основанием освобождения от ответственности тогда предполагалось доказательство того, что вещь утрачена в результате непреодолимой силы (*vis major*). Соответственно римские юристы различали простой случай (*casus major* – необычное событие) и непреодолимую силу (*vis major* – случай непредотвратимый, которому невозможно противостоять).

Понятие о непреодолимой силе, снимающей ответственность с лица, сводилось к физической невозможности субъекта каким-либо образом предотвратить ее – *cui resisti non potest*. К действию непреодолимой силы римские юристы относили кораблекрушение, вызванное штормом, наводнение, землетрясение, извержение вулкана. Встречается такой термин, как «*casus fortuitus*», под которым понимается также случайное событие; событие, вызванное силой, находящейся вне контроля лица; непредвиденный случай¹.

В древних источниках русского права, встречается упоминание «изволения божьего» как основания для освобождения от ответственности. Например, в ст. 225 Соборного Уложения 1649 г. предусматривалось освобождение от ответственности за вред, причиненный пожаром, возникшим из-за внезапно начавшейся бури, поскольку это произошло изволением Божиим, а не ответчиковым умыслом².

¹ Латинский словарь юридических терминов и выражений / сост. В.А. Минасова, И.Ю. Губина. – Ростов/на/Д: Феникс, 2000. С. 30.

² Памятники русского права. Вып.6.: Соборное Уложение Алексея Михайловича 1649 г. – М.: Гос. изд-во юр. лит., 1957. С. 129.

В проекте Гражданского уложения Российской Империи случайным признавалось обстоятельство непредвиденное и непредотвратимое при применении обязательной для должника внимательности, хотя бы оно могло быть предвидено и предотвращено, если бы должник отнесся к своему обязательству с большей внимательностью, чем та, к которой он обязан. Случай определялся как событие, произошедшее без умысла или неосторожности со стороны лица. При этом указание на событие, которое само по себе было отвратимо, но не отвращено только потому, что оно не могло быть предвидено (простой случай), не всегда устраняло сомнения, а потому могло извинять неисправного контрагента лишь тогда, когда он не обязан, в силу договора или закона, к несению более строгой ответственности.

В энциклопедии Брокгауза и Эфрона случай рассматривается с точки зрения уголовного права, как такое стечение обстоятельств, при котором лицо не сознавало и не могло сознавать свойств совершаемого или не предвидело и не могло предвидеть его последствий¹. Практически идентичное определение встречается в Российской юридической энциклопедии, где указано, что о случае можно говорить, когда преступное деяние совершено в результате того, что лицо не осознавало и не могло сознавать общественную опасность совершаемого деяния².

По мнению современного ученого Н.Д. Егорова, случай – это то, что заранее предвидеть никто не может³. Случай характеризуется субъективной непредотвратимостью, поскольку, если бы лицо знало о предстоящем событии, оно могло бы его избежать. Напротив, для непреодолимой силы характерна объективная непредотвратимость. Даже если лицо знало бы о наступлении непреодолимой силы, предотвратить ее

¹ Энциклопедический словарь. Том XXX. Издатели Брокгауз Ф.А., Эфрон И.А. – СПб.: Типография Акц. общ. «Издательское дело», 1900. С.454.

² Российская юридическая энциклопедия / гл. ред. А.Я. Сухарев. – М.: Инфра-М, 2006. С.410.

³ Гражданское право. Учебник / под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. С. 562.

воздействие любыми средствами невозможно. В связи с этим некоторые ученые именуют непреодолимую силу квалифицированным случаем¹.

Весьма спорное определение случая предложил В.А. Ойгензихт. Ученый под субъективным случаем понимал психическое отношение субъекта к своим действиям (бездействию) и их результатам, выражающееся в неосознании, в непредвидении и в невозможности предвидения их противоправных последствий².

По мнению диссертанта, под случаем следует понимать обстоятельство, предвидеть наступление которого при нормальных условиях невозможно. Реализованный случай, как юридический факт, влечет за собой движение гражданского правоотношения. Несмотря на то, что случай – непредвиденное обстоятельство, изначально он сам по себе негативного содержания не имеет. В свете гражданско-правовой ответственности случай, безусловно, представляет интерес только при наступлении негативных последствий. Однако при соотнесении случая и риска приобретает значение весь спектр последствий (положительных, нулевых, отрицательных). Риск связан с отрицательными последствиями, которые могут наступить или не наступить, причем заранее предвидеть тот или иной исход невозможно. Другими словами, именно вероятность наступления случая порождает риск. В то же время реализованный случай, определяющий исход ситуации, риск уничтожает. Таким образом, риск и случай – явления неразрывно связанные (поскольку случай, как предполагаемое обстоятельство, является детерминантой риска, а наступивший случай риск прекращает), но не тождественны.

Соответственно в страховании предполагаемое событие выступает потенциальной причиной возникновения отрицательных имущественных последствий. Однако ни событие, ни последствия сами по себе риском не являются. Риск представляет собой скорее вероятность наступления

¹ Там же. С. 562.

² Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. – Душанбе: Ирфон, 1972. С.67.

имущественных потерь вследствие определенного события, т.е. предполагаемое событие и риск следует рассматривать как причину и следствие. По высказыванию В.И. Серебровского, «риск, опасность и возможность наступления известного события – все есть понятия равнозначные»¹. Анализ норм ГК РСФСР 1922 г. также свидетельствует, что ранее законодатель разделял понятия «страховой риск» и «страховой случай». Так, в п. 3. ст. 380 определялось, что в полисе должен быть указан тот риск, от которого заключается страхование, или событие, при наступлении которого страховщик обязан уплатить страховую сумму. Ст. 382 возлагала на страхователя обязанность при заключении договора сообщить страховщику все обстоятельства, имеющие существенное значение для определения опасности или вероятности наступления страхового случая или размеров возможных убытков от его наступления (страховой риск). В ст. 385 и ст. 386 устанавливались последствия увеличения страхового риска.

Некорректность использования понятия «страховой риск» в отношении предполагаемого события также подтверждается буквальным толкованием норм главы 48 ГК РФ. Например, в абзаце первом пункта первого ст. 952 ГК РФ указано, что имущество и предпринимательский риск могут быть застрахованы от разных страховых рисков. Подобная формулировка представляется нелогичной: как риск может быть застрахован от риска? В данной норме уместнее говорить о событии, при наступлении которого возможны потери, поскольку по смыслу именно о нем и говорит законодатель. По мнению диссертанта, название и абзац первый пункта первого ст. 952 ГК РФ соответствует существу риска как цивилистической категории в следующей редакции:

«Статья 952. Имущественное страхование от разных страховых случаев.»

¹ Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву М.: Статут, 1997. С. 390.

1. Имущество и предпринимательский риск могут быть застрахованы от разных страховых случаев как по одному, так и по отдельным договорам страхования, в том числе по договорам с разными страховщиками».

Соответственно более корректной представляется следующая редакция ст. 9 Федерального закона 27 ноября 1992 года № 4015-1 «Об организации страхового дела»:

«Страховым риском является возможность возникновения отрицательных имущественных последствий в силу события (страхового случая), относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит.

Страховым случаем является событие, при наступлении которого возникает обязанность страховщика произвести страховую выплату страхователю, застрахованному лицу, выгодоприобретателю или иным третьим лицам».

Таким образом, разнообразное использование законодателем категории «риск» при конструировании правовых норм, свидетельствует о том, что в настоящее время в российском законодательстве не сформировано единого представления о риске. В рассмотренных нормативно-правовых актах трактовка риска различна, но отношение к нему в целом негативное. Риск рассматривается как возможность наступления отрицательных последствий, выражающихся в причинении вреда, как имуществу, так и жизни и здоровью индивида, т.е. как категория объективная. При этом риск представляется категорией вероятной, но не наступившей, привязанной к случайному обстоятельству, не зависящему от воли субъекта.

В приведенных нормативных актах практически не встречается рассмотрение риска как действия, грозящего субъекту потерей, либо ситуации выбора между возможными вариантами действия, т.е. как субъективного понятия. Пожалуй, исключение составляют нормы о

предпринимательском риске, законодательное регулирование которого заслуживает отдельного внимания. В отношении риска предпринимателя справедливо утверждение, что он может быть как объективным, так и субъективным. Однако, в отличие от рисков, присущих гражданским правоотношениям с участием других лиц, аналогичные риски предпринимателя, безусловно, обладают ярко выраженной спецификой. По мнению диссертанта, риск, как возможность наступления отрицательных имущественных последствий, характеризуется разной степенью. Деятельность предпринимателя связана с повышенным риском по сравнению с обычным риском других субъектов, поскольку зависит сразу от нескольких обстоятельств, неподвластных воле предпринимателя.

Однако это не основание для признания всех сделок предпринимателя рисковыми. По меньшей мере, странно предполагать, что договор купли-продажи, заключенный между гражданами, не является рисковым, но тот же самый договор с участием предпринимателя меняет свою природу. Тем не менее, в силу того, что предприниматель как профессионал действует в условиях повышенного риска, регулирование предпринимательской деятельности не может не отличаться от регулирования иных отношений. Как известно, ярким примером служит норма п.3 ст. 401 ГК РФ, закрепляющая особый характер ответственности предпринимателя. Представляется, что именно риск, присущий предпринимательской деятельности, является одной из причин установления более жестких механизмов ее правового регулирования.

1.2. Категория риска в российской и зарубежной науке гражданского права

Риск является междисциплинарной категорией, обозначающей сложное явление. Толкования термина «риск», даваемые авторами, различны. По мнению В.И. Серебровского, само слово «риск» произошло от «risico», что в переводе с португальского означает «скала». В свою

очередь оно пришло в португальский из греческого языка («*risicon*») и означало «утес»¹.

В энциклопедическом словаре Ф.А. Брокгауза и И.А. Эфрона риск отнесен к категории страховой техники, под которой подразумевается опасность, угрожающая страховому объекту каким-либо вредом, за который страховое учреждение обязано вознаградить страхователя². В словаре В.И. Даля приведено толкование глагола «рисковать» - пускаться наудачу, на неверное дело, идти на авось, делать что-либо без верного расчета, подвергаться случайности. Сам же риск определяется как смелость, решимость, предприимчивость, действие на авось, наудачу³. С.И. Ожегов толкует риск в двух значениях: риск как возможная опасность и риск как действие наудачу в надежде на счастливый исход⁴.

В частном праве риск является категорией с глубокими историческими корнями. Он известен еще римскому частному праву, в котором встречается термин «*periculum*», перевод которого двояк: «опасность», «риск»⁵. *Periculum* широко использовался в договорных отношениях: при морском займе, купле-продаже, хранении, поручении. В трудах римских юристов встречается упоминание о «риске кредита», об «отсрочке на чей-то риск», о «моменте перехода риска»⁶.

Внимание отечественных правоведов к категории риска не всегда было пристальным. В дореволюционной литературе встречается довольно обширное употребление термина «риск», например, в контексте «договоров о неверном и случайном», он выступает как необходимый элемент страхования, как неотъемлемая составляющая биржевой

¹ Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. М, 1926. С.118. Психологический лексикон. Энциклопедический словарь в шести томах. / Ред.-сост. Л.А. Карпенко. Под общ. ред. А.В. Петровского. М.: ПЕР СЭ, 2008. С.76.

² Энциклопедический словарь. Том 26. Издатели Брокгауз Ф.А., Эфрон И.А. – СПб.: Типография Акц. Общ. «Издательское дело», 1899. С.96.

³ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Том 4. – М.: Издательство «Русский язык», 1998. С.434.

⁴ Ожегов С.И. Словарь русского языка / под общ. ред. проф. Л.И. Скворцова. – 24 изд., испр. – М.: ООО «Издательство Оникс», 2007. С.479.

⁵ Латинско-русский и русско-латинский словарь / под общ. ред. А.В. Подосинова. М., 2007. С. 240.

⁶ Барон Ю. Система римского гражданского права. Кн. IV. – СПб., Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 563.

торговли¹. Однако известного фундаментального исследования риска как самостоятельной категории права не обнаружено.

Контекстное изучение риска продолжается в 20-30 гг. XX в.² Затем, судя по проанализированным источникам, интерес правовой науки к риску постепенно угасает. Риск объявляется буржуазным понятием, чуждым праву советского государства, и несколько десятилетий эта категория находится в вынужденном забвении.

Исследование понятия «риск» возобновляется с 50-60-х гг. XX в. и продолжается в настоящее время. От «робкого» изучения прикладных понятий риска (творческий риск, хозяйственный риск)³ научная мысль шагнула к осмыслению риска в глобальном, общесоциальном значении. Так, В.М. Танаев риск рассматривает как одну из характеристик существования вообще, основу развития материальной основы цивилизации⁴.

В отечественной литературе наиболее разноплановые определения риска встречаются в трудах по страховому праву В.И. Серебровского. Можно выделить следующие толкования: риск - предметы и обстоятельства, угрожающие кораблю в море; опасность, от последствий наступления которой заключается страхование; имущество или лицо, которые оказываются объектами страхового правоотношения; событие, от наступления которого находится в зависимости выполнение страховщиком

¹ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч.3. Договоры и обязательства. СПб.: Синодальная типография, 1890 - 640 с. Нисселович Л.Н. О биржах и биржевых установлениях и мерах ограничения биржевой игры. Обзорение важнейших законодательств сравнительно с русским правом. СПб. Типо-Литография А.Е. Ландау, 1879. - 188 с. Синайский В.И. Русское гражданское право. Выпуск II. Обязательственное, семейное и наследственное право / В. И. Синайский; 2-ое изд., испр. и доп. Киев: Прогресс, 1918. - 568 с.

² Стучка В.И. Курс советского гражданского права. М., 1931. - 206 с. Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право: С приложением "Очерка важнейших сделок советского хозяйственного права / В. К.

Райхер. - Л.: Издание Кассы взаимопомощи студентов Ленигр. Инст. Нар. хозяйства им. Фр. Энгельса, 1928. - 489 с. Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. . - М. – Л.: Госиздат, 1926. - 184 с.

³ Омельченко А.И. Творческий риск, его государственно-правовая охрана. М.: Изд-во МГУ. 1955. - 55 с. Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1966. - 200 с.

⁴ Танаев В.М. Понятие «риск» в Гражданском кодексе Российской Федерации / Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С.С. Алексеева. М.: Статут, 2000. С. 203.

своей основной обязанности; представление об опасности, которая еще только угрожает, и еще только может наступить; необходимость нести невыгодные последствия возможного события¹. Ученый считал, что риск, опасность и возможность наступления того или иного события – понятия равнозначные, при этом под опасностью понималась возможность наступления события, которое может угрожать лицу или имуществу. К признакам риска В.И. Серебровский относил: возможность наступления события; неизвестность (наступит событие или нет); само событие должно относиться к будущему (при этом не исключалась возможность страхования на прошлое время, например, при нахождении товара в пути); правомерность риска (неправомерные риски не защищаются законом)².

Исследование трудов по проблемам риска в российской цивилистике приводит к выводу, что в гражданском праве выделяются три общих подхода к определению риска: субъективный, объективный и смешанный (субъективно-объективный). Ф.А. Вячеславов выделяет четвертую группу подходов к определению риска как категории частного права, лишенную общего критерия для своего выделения. К ней ученый относит так называемые «маргинальные подходы, отличные от существующих не только по своим результатам, но и по методологии исследования»³.

К сторонникам объективного подхода можно отнести таких советских ученых, как Я.М. Магазинер, А.Г. Зейц, А.А. Собчак, А.И. Омельченко, О.А. Красавчиков и др. Среди современных сторонников можно назвать Ф. А. Вячеславова, И.В. Миронова, А.С. Власову и др.⁴ В рамках данной концепции риск посредством психологического аспекта не

¹ Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. С.389-395. Очерки советского страхового права. С.93.

² Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. С.497.

³ Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 26.

⁴ Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М. 2008. 214 с. Миронов И.В. Проблемы алеаторных правоотношений в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. - 163 с. Власова А.С. Риск как признак предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. М. 2009. - 209 с.

рассматривается, а представляется категорией, существующей независимо от восприятия данной категории субъектом.

Можно выделить следующие определения: риск - угроза благам, возможность ущерба, всякая угрожающая возможность зла¹; договорный риск - договорное обременение одной стороны хозяйственно-невыгодными последствиями в случае изменения существующих при заключении договора обстоятельств²; риск – опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят они или нет³; риск как возможность наступления известного события и само событие, наступление которого обуславливает имущественный ущерб⁴.

Исследуя договор купли-продажи, Б.Л. Хаскельберг под риском случайной гибели или ухудшения проданной вещи понимал опасность гибели, ухудшения вещи, возникновения в связи с этим материального ущерба вследствие влияния на вещь внешних сил. Риск исполнения ученый рассматривал как опасность наступления невозможности исполнения обязательств⁵.

Отдельно следует рассмотреть определение О.А. Красавчикова (в его трудах указывается на значимость риска как цивилистической категории и на его несправедливое забвение), который под риском случайной гибели, случайной невозможности исполнения обязательств понимал невыгодные имущественные последствия, наступающие в связи с обстоятельствами, возникшими без вины лиц, участвовавших в правоотношении⁶.

¹ Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право: С приложением "Очерка важнейших сделок советского хозяйственного права /В. К. Райхер. - Л.: Издание Кассы взаимопомощи студентов Ленингр. Инст. Нар. хозяйства им. Фр. Энгельса, 1928. С. 376.

² Зейц А.Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров. Иркутск, 1928. С. 36.

³ Собчак А.А. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности // Правоведение. №1. 1968. С.55.

⁴ Омельченко А.И. Творческий риск, его государственно-правовая охрана. М.: Изд-во МГУ. 1955. С. 7-12.

⁵ Хаскельберг Б.Л. Риск случайной гибели проданной вещи. // Ученые записки Томского государственного университета им. В.В. Куйбышева. – Томск: Издательство Томского университета, 1954, №23. С. 41, 44.

⁶ Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1966. С.144.

О.А. Красавчиков предложил деление риска на два вида: общий и специальный. Под общим риском ученый понимал возложенную в силу закона или договора обязанность принять невыгодные последствия при любых случайных обстоятельствах. Под специальным риском подразумевалось несение возложенной в силу закона обязанности принятия невыгодных имущественных последствий, наступивших в результате только субъективно-случайных (невиновных) обстоятельств.

Субъективная концепция рассматривает риск с психологической точки зрения. Риск определяется как осознанное допущение субъектом неблагоприятных последствий своей деятельности. Соответственно, если субъект не совершает действий, с которыми закон связывает возможное наступление отрицательных последствий, он не рискует.

К представителям субъективной концепции следует отнести таких советских ученых, как С.Н. Братусь, В.А. Ойгензихт, исследовавших риск в рамках проблем безвиновной ответственности. Из современных ученых, обращавшихся в своих трудах к проблеме риска, можно назвать И.В. Хмелевского¹, Т.В. Шепель, В.А. Запорощенко. Последний определяет риск как психический процесс, сводящийся к осознанию конкретным субъектом возможности наступления неблагоприятных последствий как следствия совершенного правомерного поступка, не исключающего возможности выбора варианта поведения в соответствующей ситуации.²

Т.В. Шепель рассматривает риск как разновидность субъективного случая, отличающуюся от других его видов тем, что рискующий не осознавал противоправность своего поведения, но сознательно допускал возможность совершения и наступления вредных последствий такого поведения³.

¹ Хмелевской И.Н. Указ. соч. С. 57.

² Запорощенко В.А. Особенности регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2006. С. 37.

³ Шепель Т.В. Деликт и психическое расстройство: цивилистический аспект: дисс.... д-ра. юрид. наук. Кемерово. 2006. С. 148.

С.Н. Братусь предполагал, что риск есть допущение случайных обстоятельств, влекущих отрицательные последствия для других лиц. Ученый рассматривал риск как правомерную и поощряемую деятельность, использующую достижения науки и техники, хотя и связанную с повышенной опасностью для окружающих. Опасность выражается в неустранимых, непредвиденных, но допускаемые деятелем случайностях, причиняющих вред другим и с этой точки зрения являющихся противоправными¹. Другими словами, С.Н. Братусь под риском одновременно понимал и отношение субъекта к случаю, и непосредственно само действие.

В.А. Ойгензихт определял риск как субъективную категорию, как психическое отношение субъектов к результату собственных действий или действий других лиц, а также к результату объективно-случайных либо случайно-невозможных действий (событий), выражающееся в осознанном допущении отрицательных, в том числе невозместимых имущественных последствий. Как видно, автор придавал решающее значение субъективному, психическому моменту. Согласно его рассуждениям, право призвано регулировать поведение человека, поэтому ему далеко не безразлична психическая оценка совершаемых поступков. Поскольку правовые нормы придают юридическое значение понятию риска, в нем должны быть отражены субъективные свойства.

По мнению В.А. Ойгензихта, риск наряду с виной является субъективным основанием ответственности. В связи с этим ученый различал два вида риска. Во-первых, риск как основание ответственности при случайных, но противоправных обстоятельствах, связанных с действиями причинителя вреда, в отношении которого презюмируется допущение им возможности таких последствий. Во-вторых, риск как основание возложения (принятия, распределения) убытков в том случае,

¹ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). – М.: Городец-издат, 2001. С. 168-171.

когда нет противоправности при объективно случайных или объективно невозможных обстоятельствах или когда убыток допущен правомерными действиями субъектов¹.

О.А. Пастухин, критикуя суждения В.А. Ойгензихта, приводил следующие доводы. Во-первых, при определении риска как «осознанного допущения субъектом вредоносного результата собственных действий или действий других лиц, при отсутствии вины и противоправности» речь идет о несении субъектом последствий нормального производственного, творческого, новаторского риска, а следовательно, возложение в таком случае ответственности на лицо идет вразрез с законодательством.

Во-вторых, при подходе к риску как «психическому отношению субъектов к возможному результату объективного случая» не учитывается то обстоятельство, что в названной связи психическое отношение субъекта интересует законодателя в плоскости его виновных действий, воздействие непреодолимой силы не освобождает причинителя от ответственности, если он виновен².

По мнению диссертанта, данная критика аргументирована. Рассмотрение риска посредством субъективного восприятия и отнесение его к основанию ответственности противоречиво, не соответствует позиции законодателя, традициям цивилистики. Следует согласиться с мнением О.С. Иоффе, что такая концепция риска «выдвинутая для субъективизации ответственности, превращается в прямую свою противоположность, теоретически оправдывая какое угодно ее обоснование»³. Скорее всего, такая трактовка риска сформировалась под влиянием науки уголовного права, где психическое отношение лица к результату своих действий чрезвычайно важно, но, как очевидно, малоприменимо к гражданским правоотношениям.

¹ Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 63, 216.

² Пастухин О.А. Категория риска в советском гражданском праве // Гражданское право и способы его защиты: сб. науч. тр. Свердловск. 1974. С.53.

³ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права": М.: Статут, 2000. С. 475.

Встречаются также сторонники смешанной концепции, исходящей из единого понимания риска как объективно-субъективного явления¹. В рамках концепции субъективное восприятие возможности наступления неблагоприятных последствий без наличия объективных причин наступления последних не имеет какого-либо значения. Также не имеет значения (применительно к понятию риска) и наличие объективной возможности наступления неблагоприятных последствий без субъективного восприятия такой возможности.

В частности, буквальное толкование абз.3 п.1 ст. 2 ГК РФ, в котором предпринимательской признается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, может дать основание для рассмотрения риска как субъективной категории. В то же время по смыслу ст. 929 ГК РФ предпринимательский риск - это риск убытков от предпринимательской деятельности вследствие нарушений своих обязательств контрагентами или изменения условий этой деятельности по обстоятельствам, не зависящим от воли предпринимателя, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов.

Подобная регламентация позволяет ученым сделать вывод о двойственной (субъективно-объективной) природе такого риска². Например, В.А. Копылов, исследуя правовую природу предпринимательского риска, предлагает рассматривать его в объективном смысле как существующую возможность наступления вредных последствий, а в субъективном – как осознание возможности наступления неблагоприятных последствий в результате выбора одного из вариантов поведения. По мнению ученого, риск всегда связан с опасностью наступления неблагоприятных последствий, причем только с предполагаемой. В обычной жизни под опасностью понимается

¹ Копылов В.А. Риск в предпринимательской деятельности: дис.... канд. юрид. наук. Волгоград. 2003. - 176 с. Бушев А.Ю. Основы управления рисками в праве // Арбитражные споры. 2008. №3. С. 79 -104.

² Кораблев О.Г. Риск в предпринимательской деятельности: дис.... канд. юрид. наук. М. 2010. - 152 с. Копылов В.А. Риск в предпринимательской деятельности: дис.... канд. юрид. наук. Волгоград. 2003. - 186 с. Бушев А.Ю. Основы управления рисками в праве // Арбитражные споры. 2008. №3 С. 79 -104.

возможность причинения какого-либо вреда, наступление несчастья, поэтому оценка риска всегда субъективна. Без субъекта, который знает, что можно считать вредом, а что – нет, представления о риске невозможны¹.

По мнению диссертанта, риск действительно двойственен и рассмотрение его только как объективной или субъективной категории не позволяет полностью раскрыть его существо. Однако само обоснование риска как субъективной или субъективно-объективной категории представителями соответствующих концепций представляется неверным по следующим соображениям.

Если предположить, что риск – субъективная категория, суть которой заключается в психическом отношении субъекта к результатам собственного действия или действия другого лица, а также к результатам случайных событий, выражающихся в осознанном допущении отрицательных последствий, то применить это определение к ряду классических теоретических и законодательных конструкций будет невозможно (например, к риску случайной гибели или повреждения вещи собственника). Предполагать, что собственник добровольно допускает и принимает наступление отрицательных последствий при гибели вещи неразумно. Осознание или неосознание собственником факта умаления принадлежащего ему имущества для права значения не имеет. Как верно замечает Ф.А. Вячеславов, подобные рассуждения приводят к выводу, что недееспособный собственник не несет риска от случая, поскольку не способен осознавать невыгодные последствия своих действий или наступление случайных обстоятельств².

Гражданское право не регулирует человеческое сознание, его внутреннюю мотивацию, психическое отношение лица к возможным негативным имущественным последствиям. Соответственно рассмотрение

¹ Копылов В.А. Указ. соч. С. 43.

² Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М. 2008. С. 53.

риска как субъективной или субъективно-объективной категории, с позиций рассмотренных концепций, в рамках цивилистической науки необоснованно.

В зарубежной литературе толкование риска также обширно. Например, в англоязычном юридическом словаре Black's law dictionary выделяются следующие основные понятия:

- риск как неопределенность результата, события или убытков;
- риск как вероятность причинения вреда, убытков, потерь или вероятность возможности причинения вреда;
- риск как ответственность за вред, ущерб или убыток в случае их причинения;
- риск как процедура или системы, используемые для минимизации случайных потерь, в частности, в предпринимательской деятельности¹.

Как и в отечественной литературе, в ряде зарубежных источников риск, наряду с виной, рассматривается через призму ответственности. Общеизвестно, что особое распространение в XX в. получила так называемая теория объективной ответственности, ответственности за причинение, согласно которой основанием привлечения к ответственности лица, причинившего вред, является сам факт причинения. В силу собственного поведения, повлекшего отрицательные последствия, лицо несет риск, порождаемый такими действиями.

Среди концепций, разработанных в рамках теории объективной ответственности, интересно выделить концепцию «интегрального риска», разработанную французским юристом Мазо. Данная концепция основана на принципе объективной ответственности за причинение ущерба, согласно которому нет никаких обстоятельств, отягчающих или смягчающих вину причинителя, – сам факт причинения обязывает к восстановлению ущерба, независимо от поведения субъекта.

¹ Black's law dictionary. // <http://blackslawdictionaryonline.com/>. Вячеславов Ф.А. Указ. соч. С.11-12.

Психологическая сторона в расчет не принимается¹. Сторонник концепции «принятия риска» или «добровольного риска» Ландон утверждал, что лицо, которое, зная об опасности работы на предприятии, согласилось на такую работу, добровольно пошло на риск и не может требовать возмещения ущерба при отсутствии вины работодателя.

В рамках теории производственного риска интерес представляет теория сфер, согласно которой риск распределяется между несколькими участниками, в частности, между работодателями-предпринимателями и работниками. К сфере риска предпринимателя относятся производственные потери и затруднения (гибель или порча материалов, оборудования, недобросовестность контрагентов, бюрократические препоны и т.п.). К сфере риска работника относятся действия, влекущие невыплату заработной платы, например, забастовки.

Несколько теорий риска изложил французский ученый Годэмэ. В частности, он приводил теорию Виндшейда о законной ответственности, согласно которой недействительность договора – это принятый риск возможных последствий, так называемый принцип преддоговорной ответственности. Теория риска в работе Годэмэ связана с неисполнением, за которое должник не отвечает. Ученый, рассматривая такие классические конструкции римского права, как *perit domino* (вещь погибает за счет собственника) и *res perit creditori* (риск лежит на кредиторе), ставил вопрос о месте и значении риска в обязательствах, возникающих из синаллагматических договоров². Этим же вопросам посвящена теория риска в труде Морандьера³.

Таким образом, в отечественной и зарубежной цивилистике отсутствует единый подход к существу риска. Очевидно, что во всех

¹ Н. Mazeand. *Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle*. 1938. Цит. по: Агарков М.М. *Избранные труды по гражданскому праву*. Т.2. *Общее учение об обязательствах и его отдельных видах*. М.: Статут, 2012. С.112.

² Годэмэ Е. *Общая теория обязательств* / пер. Н.Б. Новицкого. М.: Госюриздат, 1948. С. 208, 380-387.

³ Морандьер Ж. *Гражданское право Франции* / пер. с франц. Т. 3. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1961. С. 324-327.

изложенных концепциях риск рассматривается в рамках конкретной сферы правового регулирования (гражданско-правовой ответственности, предпринимательской деятельности), исследование риска носит выраженную прикладную направленность. По мнению диссертанта, категория риска требует нового осмысления не только с учетом достижений цивилистической науки, но и с использованием данных других гуманитарных наук. Представления о категории риска в гражданском праве сложились позднее, чем в других науках, поэтому вполне естественно, что цивилистическая доктрина испытывала на себе влияние представлений о риске, сложившихся в иных как неправовых, так и правовых науках. Как верно подмечено А. Г. Мартиросяном, подобное взаимодействие отразилось на научном понимании категории риска как позитивно, так и негативно¹. Достижения таких наук как философия, психология, социология, экономика, несомненно, оказали и продолжают оказывать влияние на цивилистическую науку, которая, в свою очередь, питает своими достижениями нормотворческую деятельность и способствует, таким образом, выработке риска как правовой категории и ее законодательному закреплению. Однако особое значение имеют достижения иных юридических наук, использующих категорию риска.

Так, вызывает интерес категория «обоснованный риск», рассматриваемая в уголовном праве как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Согласно ст. 41 УК РФ «Обоснованный риск», причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам для достижения общественно полезной цели при обоснованном риске не является преступлением². Риск считается обоснованным, если соблюдены следующие условия: во-первых, достижение цели было невозможно

¹ Мартиросян А.Г. Категория риска в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дисс.... канд. юрид. наук М. 2014. С. 7, 15.

² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ // "Собрание законодательства РФ", 17.06.1996, N 25, ст. 2954.

иными, не связанными с риском, действиями; во-вторых, лицом, допустившим риск, предприняты достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым законом интересам. Риск существует в любых сферах деятельности (производственная, научно-техническая, врачебно-медицинская, правоохранительная и др.), а также в экстремальных ситуациях, возникающих в бытовых сферах. В трудах по уголовному праву риск определяется как сознательное пренебрежение опасностью во имя достижения важной (общественно полезной) цели, которая не может быть достигнута иными средствами¹.

Несмотря на то, что категория риска получила законодательное закрепление в УК РФ, ученые в области уголовного права давно относили производственный риск к числу обстоятельств, исключающих противоправность либо общественную опасность деяния².

Иной подход к проблеме риска содержится в работах специалистов, рассматривавших производственный или хозяйственный риск при исполнении служебных или профессиональных обязанностей. По мнению ученых, именно выполнение служебных или профессиональных обязанностей входит в число обстоятельств, исключающих ответственность, а риск является частным случаем общего понятия осуществления профессиональных обязанностей³.

В юридической литературе встречается отождествление обоснованного риска с риском профессиональным⁴, что, по мнению И.Н. Хмелевского, неверно. Как считает ученый, сфера профессионального риска преобладающая, но не единственная, так как к обоснованному риску следует отнести научно-исследовательский риск, риск при проведении испытаний техники, отработке новых методов и технологий производств и

¹ Гринберг М.С. Проблемы производственного риска в уголовном праве. М. 1963. С. 32; Овчинникова Г.В. Виды профессионально-хозяйственного риска // Правоведение. 1990. №4. С. 60.

² Курс советского уголовного права. Под ред. Беляева Н.А. и Шаргородского М.Д. Изд. ЛГУ, 1969. Ч.1. С. 524.

³ Слуцкий И.И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Изд. ЛГУ, 1956. С. 11.

⁴ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Отв. ред. Радченко В.И. Науч. ред. Михлин А.С., Шмаров И.В., 1996. С. 68.

т.п.¹ Деятельность, сопряженная с профессиональным риском (транспорт, энергетика, обеспечение общественной безопасности, военная служба и т.д.), связана с причинением вреда здоровью и жизни людей, потерями в природной среде, уничтожением или повреждением имущества. И.Н. Хмелевской в качестве самостоятельных видов профессионального риска выделяет хозяйственный и коммерческий риски. Хозяйственный риск связан с принятием решения, руководством, управлением и выражается в причинении имущественного ущерба или вреда окружающей среде. Коммерческий риск присущ предпринимательству и может повлечь имущественный ущерб².

С категорией риска в уголовном праве тесно связан экологический риск, понятие которого встречается в трудах исследователей экологического права. Экологический риск возникает в связи с хозяйственной деятельностью человека и выражается в возможности причинения вреда окружающей среде.

В.В. Петров выделяет следующие условия правомерности экологического риска: во-первых, неизбежность потерь в природной среде; во-вторых, минимальность потерь в природной среде; в-третьих, соразмерность экологического вреда и экономического эффекта; в-четвертых, возможность восстановления потерь в природной среде; в-пятых, отсутствие вреда здоровью человека и необратимых изменений в природной среде³. Если эти условия не соблюдены, то экологический риск признается неправомерным и лицо, допустившее такой риск, должно быть привлечено к ответственности, в том числе уголовной.

Таким образом, в уголовном и экологическом праве риск рассматривается как неотъемлемый элемент человеческой деятельности, выражающийся в возможности причинения вреда жизни или здоровью

¹ Хмелевской И.Н. Проблемы риска в гражданском законодательстве: дисс.... канд. юрид. наук. М. 2001. С. 155.

² Там же. С. 156.

³ Петров В.В. Экологическое право России. М., БЕК. 1995. С. 338.

человека, имуществу, окружающей среде. Риск неразрывно связан с действием субъекта, поскольку именно оно (действие) рассматривается в качестве источника, порождающего опасность причинения вреда охраняемым интересам. Риск представляется негативным явлением, в силу чего условия его допустимости (правомерности) строго регламентированы законом и продиктованы целесообразностью и разумностью (например, Э.Ф. Побегайло употребляет словосочетание «разумный риск»¹). В случае несоблюдения этих условий лицо привлекается к ответственности.

Анализ литературы по философии позволяет сделать вывод, что наиболее широко риск рассматривается в социальной философии, в рамках которой можно выделить два основных научных направления осмысления риска.

Согласно первому направлению, риск представляется негативным явлением, отрицательно сказывающимся на существовании социума. В этом смысле риск тесно переплетается с понятием «опасность». Основной концепцией в указанном направлении можно назвать концепцию «общества риска», выработанную немецкими учеными У. Бэком, Э. Гидденсом². Под обществом риска понимается общество, которое само генерирует риски³. У. Бэк определяет риск как постоянное столкновение общества с угрозами и опасностями, которые производятся модернизацией⁴. Становление такого общества не приветствуется, поскольку оно ориентировано не на перспективное развитие, а на защиту и избежание отрицательных последствий рискованных ситуаций.

В рамках второго направления риск рассматривается как положительное явление, благотворно сказывающееся на деятельности человека. Известный испанский философ Х.А. Ливрага, рассматривает

¹ Уголовное право России / под ред. Игнатова А.Н., Красикова Ю.А. Учебник для вузов. В 2-х томах. Том 1. Общая часть. М.: Норма, 2000. 639 с.

² Бек У. Общество риска на пути к другому модерну. М.: Прогресс-традиция, 2000. - 384 с. Гидденс Э. Ускользящий мир: как глобализация меняет нашу жизнь. СПб.: Весь мир, 2004. - 112 с.

³ Бек У. Указ.соч. С. 14.

⁴ Там же.

риск в рамках теории «общества комфорта»¹. В обществе комфорта поведение человека обусловлено, прежде всего, его стремлением к стабильности, удобству, покою, что вынуждает большинство людей совершать «проверенные», «надежные» действия. Соответственно, если человек выбирает «непроверенное» действие, он рискует, т.к. принимает на себя вероятность неудачного результата. Риск в теории «общества комфорта» – благо, противопоставляющееся комфорту. Именно риску Х.А. Ливрага отводит роль средства, способного возродить новый тип личности – человека, который не боится встретиться с трудностями и искать новые решения. В праве такие риски расцениваются как производственные, творческие, новаторские².

Обе концепции, несмотря на противоположные идеи, дают общее представление о риске, как о состоянии неопределенности конечного результата. Рискующий субъект не знает и не может знать в момент совершения действия (бездействия), каковы будут последствия его поведения. При этом риск воспринимается с позиций вероятности наступления именно отрицательного результата, поскольку отсутствие такой вероятности уничтожает риск.

Подтверждение указанной мысли мы находим в словаре по социологии, где риск определяется как ситуативная характеристика деятельности, состоящая в неопределенности ее исхода и возможных неблагоприятных последствиях в случае неуспеха³.

В социологии следует выделить два направления учения о риске: культурно-символическое (М.Дуглас), и критическое, основоположником которого можно назвать Н. Лумана⁴.

¹Ливрага Х.А. Общество комфорта и философия риска. // http://www.livraga.ru/ststji/obshestvo_komforta.htm

² Пастухин О.А. Категория риска в советском гражданском праве. // Гражданское право и способы его защиты. Сб. науч. тр. Свердловск. 1974. С.53.

³ Социологический энциклопедический словарь. / под ред. Г.В. Осипова. – М.: Инфра-М, 1998. С. 305.

⁴ Дуглас М. Чистота и опасность: анализ представлений об оскверненности и табу. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. Луман Н. Понятие риска. // THESIS. 1994. Вып. 5. С.135-160.

Согласно культурно-символической теории М. Дуглас, формирование риска осуществляется индивидом самостоятельно в зависимости от его целей, ценностей и интересов. Ситуация риска означает, что индивид выходит за установленные общественные рамки и оказывается в состоянии непосредственного соприкосновения с опасностью, под воздействием которой возможно изменение социального статуса данного индивида¹. М. Дуглас замечает, что в сознании человека закреплено непринятие риска, поскольку рискованное поведение воспринимается как иррациональная модель поведения. Соответственно рациональной моделью поведения является избегание риска. По мнению диссертанта, эта закономерность является надежной гарантией реализации требований добросовестности и разумности поведения участников гражданских правоотношений.

Автор критической теории анализа риска Н. Луман проводил изучение риска посредством сравнения с понятиями «надежность» и «опасность». Ученый пришел к выводу, что свободного от риска поведения не существует. При сравнении «риск/надежность» правильно утверждение, что не существует абсолютной надежности. Какие бы расчеты, вычисления не производились, при принятии решения риск неизбежен. По мнению Н. Лумана, риск и опасность связаны с неуверенностью относительно будущего ущерба². Возможные последствия, с одной стороны, следует рассматривать как следствие принятого индивидом решения. С другой стороны, причины последствий находятся в окружающей среде, и тогда речь идет не о риске, а об опасности.

Таким образом, в социологии и в философии восприятие риска сходно, однако, социологи проводят более четкую зависимость между риском и поведением индивида, т.е. немаловажное значение приобретает волевой элемент. Риск обусловлен принятием субъективного решения в условиях неопределенности, порожденной неполнотой информации. В гражданском

¹ Дуглас М. Указ. соч. С. 47.

² Луман Н. Указ. соч. С. 29.

праве эти положения отчетливо проявляются в правовом регулировании предпринимательской деятельности.

В психологии для правовой науки наибольший интерес представляет теория мотивации достижения успеха, согласно которой риск означает ситуацию неизбежного выбора между несколькими вариантами: менее привлекательным, но более надежным и более привлекательным, но менее надежным. Большинство людей склонно избегать риска. Под избеганием риска в психологии понимается общая тенденция опасаться идти на риск, даже когда он сулит реальную потенциальную выгоду. Люди могут принимать рискованные предложения, но только при попытке избежать гарантированной потери¹. Подобное положение коррелирует рассмотренным выше социологическим исследованиям, а также представлениям об обоснованном риске, закрепленном в уголовном законодательстве, и критериям заботливости и осмотрительности - в гражданском законодательстве.

В то же время психологическими исследованиями выявлено наличие тенденций к так называемому бескорыстному риску, когда предпочтение опасных вариантов поведения безопасным выглядит бесполезным с точки зрения стоящих перед субъектом задач. Подобная спонтанная активность иногда переживается субъектом как влечение к опасности. Исходя из этого, психологи выделяют группу субъектов с повышенной склонностью к риску. По оценкам ученых в современном обществе распределение между так называемыми рискофобами и рискофилами варьируется в пределах 95-97% и 3-5% соответственно².

В целом анализ литературы по психологии свидетельствует о восприятии риска одновременно как объективной и субъективной категории. Риск как субъективное понятие делится на два вида:

¹ Большой толковый психологический словарь. Том 2; пер. с англ. / Артур Вебер. – ООО «Издательство АСТ», 2001. С. 203. Психологический лексикон. Энциклопедический словарь в шести томах / Ред.-сост. Л.А. Карпенко. Под общ. ред. А.В. Петровского. — М.: ПЕР СЭ, 2005. С. 168.

² Веретнов В. Философия риска: от рискофобии, рискофилии к рискофобии // <http://www.klubok.net/article/2333.html>

мотивированный и немотивированный. Степень риска принимаемого решения изменяется в зависимости от лица, участвующего в выборе рискованного поведения.

Рассмотрев некоторые философские, психологические и социологические аспекты риска, целесообразно исследовать его и как экономическую категорию, поскольку все экономические рыночные отношения, основанные на юридическом равенстве субъектов, в частности, если один из них рискует, регулируются гражданским правом.

В работах отечественных экономистов встречается многообразие определений термина «риск». В ряде источников риск авторами рассматривается как объективная категория. Так, по мнению Л.Н. Тэпмана, риск – это опасность возможных потерь ресурсов или недополучения доходов по сравнению с вариантом, рассчитанным на рациональное использование ресурсов в данной сфере предпринимательской деятельности¹. Некоторые ученые делают акцент на субъективной составляющей риска. Например, А.П. Альгин считает, что риск – это деятельность субъектов хозяйственной жизни, связанная с преодолением неопределенности в ситуации неизбежного выбора, в рамках которой имеется возможность оценить вероятности достижения желаемого результата, неудачи, отклонения от цели, содержащиеся в выбираемых альтернативах². Есть сторонники и субъективно-объективного подхода³.

Риск занимает в экономической науке важное место и исследуется в основном в связи с финансовой, банковской, инвестиционной, страховой и биржевой деятельностью, т.е. предметом изучения выступает риск предпринимателя⁴. Отсюда сразу вытекают особенности риска как экономической категории. Если в социологии и психологии риск

¹ Тэпман Л.Н. Риски в экономике. М., 2002. С. 11.

² Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни. М.: Мысль, 1984. С. 84.

³ Шапкин А.С. Шапкин В.А. Теория риска и моделирование рискованных ситуаций. - М.: Дашков и К, 2005.- 880 с.

⁴ Балдин К.В. Риск-менеджмент. – М.: Гардарики, 2005. - 368 с. Тихомиров Н.П., Тихомирова Т.М. Риск-анализ в экономике. - М.: Экономика, 2010. - 320 с.

представляется негативным явлением, которого участники отношений в подавляющем большинстве случаев стараются избегать, то в предпринимательской деятельности риск – неотъемлемый элемент. Предприниматель вынужден постоянно принимать решения в условиях неполной информации, надеясь на удачный результат. Отдельные виды предпринимательства основаны именно на использовании ситуаций повышенного риска: операции на фондовых рынках, спекуляции ценными бумагами, венчурные инвестиции и т.п.

Характеризуя риск, экономисты выделяют такие его черты как альтернативность и противоречивость¹.

Альтернативность предполагает наличие двух или нескольких возможных вариантов решений. При этом, отсутствие возможности выбора говорит и об отсутствии рискованной ситуации: где нет выбора, нет и риска.

Противоречивость заключается в том, что с одной стороны риск имеет важные экономические, политические, нравственные последствия, ускоряя общественный технический прогресс, положительно сказывается на развитии общества в целом. С другой стороны, риск ведет к авантюризму, торможению социального прогресса, возникновению экономических и моральных издержек, если альтернативная рискованная ситуация выбирается без учета объективных закономерностей развития. Иными словами, существует «парадокс риска», выражающийся одновременно в его положительном и отрицательном значении.

Парадоксальность риска привела к появлению экономической концепции приемлемого риска, суть которой состоит в ориентировании предпринимателя на сознательное, рациональное, а не авантюристское, безответственное отношение к риску². Принимаемые решения должны

¹ Тэпман Л.Н. Риски в экономике. М., 2002. С. 35.

² Лапуста М.Г., Шаршукова Л. Риски в предпринимательской деятельности. — М.: ИНФРА-М, 2005. С. 185.

быть основаны на анализе риска и сопровождаться комплексом мер по предотвращению или нейтрализации возможных негативных последствий.

Риск является неотъемлемым элементом экономических отношений и соответственно предпринимательской деятельности. Роль риска двояка: с одной стороны, он является катализатором товарно-денежного оборота, стимулируя хозяйствующего субъекта к получению прибыли искать оригинальные, отличные от конкурентов решения, с другой стороны, необоснованный риск может повлечь крайне неблагоприятные последствия, в том числе и несостоятельность предпринимателя.

Таким образом, риск присутствует практически во всех сферах жизнедеятельности, вне зависимости от его осознания и восприятия субъектом. Исследование категории «риск» в разных отраслях науки, позволяет выявить ряд характеристик, отражающих суть данного понятия. Среди них можно назвать: неопределенность исхода ситуации, зависимость конечного результата от случайного события, необходимость выбора определенного варианта поведения, опасность наступления неблагоприятных последствий и пр.

В целом, в гуманитарных областях знаний присутствует двойственное толкование риска – как субъективной и объективной категории, хотя встречается и смешанный (субъективно-объективный) подход. С объективной стороны под риском понимается возможность наступления негативных последствий, ситуация неопределенности конечного результата деятельности, предполагаемая опасность материальных, физических, психологических, социальных, духовных потерь. В то же время ситуация риска предполагает вероятность наступления положительных последствий. В этом смысле риск биполярен – рискованное действие совершается в надежде на положительный результат, обремененный большой вероятностью его недостижения, т.е. субъект добровольно принимает как благоприятный, так и неблагоприятный исход ситуации.

С субъективной стороны риск - это осознанный выбор человеком того или иного варианта поведения в определенной ситуации. Субъективный риск связан с деятельностью - лицо, желая наступления положительного результата, осознает возможные отрицательные последствия своих действий (бездействия). При подобном восприятии риска особое значение приобретают присущие человеку психологические особенности, например, стремление к стабильности, удобству, покою. Отсюда вытекает склонность субъекта избегать рискованных ситуаций, даже при возможном особо выгодном результате.

Важно отметить, что, если объективный риск - категория, наполненная отрицательным содержанием, и соответственно, не приветствуемая обществом, то субъективный риск в ряде наук (например, в философии, экономике) рассматривается как позитивное явление, влекущее за собой положительный эффект (стимулирование творчества, инновации, поиск новых хозяйственных решений).

Полученные результаты позволяют уточнить существо риска как цивилистической категории. Возвращаясь к обозначенной проблеме несовершенства существующих в гражданском праве подходов к риску, представляется возможным сделать следующие выводы. Существо риска наиболее точно раскрыто в рамках объективной концепции, как возможности возникновения отрицательных имущественных последствий в силу обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. Однако подобная трактовка нуждается в существенном уточнении, поскольку не позволяет в полной мере отразить очевидную двойственность риска. По мнению диссертанта, риск следует рассматривать как субъективную и объективную категорию, но не в зависимости от осознания или неосознания его (риска) субъектом, как предлагается сторонниками субъективной и субъективно-объективной концепций. Ошибочность указанных концепций заключается в смешении двух разных понятий: риск и субъективное решение. Риск, как

потенциальная возможность угрозы будущих материальных, физических, психологических потерь (ущерб здоровью, жизни, имуществу), обусловлена субъективным решением. В свою очередь опасность также может вызвать потери и ущерб, однако в отличие от риска, эти потери обусловлены неперсонифицированной (бессубъектной) средой¹. Соответственно, опасность не является риском до тех пор, пока отсутствует решение к действию.

Другими словами, субъективное решение и риск следует рассматривать как причину и следствие. Решение действовать тем или иным образом может породить риск, как возможность отрицательного имущественного результата, в чем проявляется субъективность риска, но психический процесс при этом на саму категорию риска влияние не оказывает. Риск как случайное умаление блага существует независимо от воли лица, которое не может предвидеть, предугадать наступление именно отрицательного результата.

Таким образом, риск как цивилистическая категория представляет собой возможность возникновения отрицательных имущественных последствий (гибель или повреждение имущества, неполучение встречного предоставления, недостижение желаемого хозяйственного результата) в силу обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. Однако, в зависимости от причины возникновения может быть как объективным (например, риски, проистекающие из сил природы), так и субъективным (риски, являющиеся следствием юридически значимых действий субъекта).

Объективный риск возникает в имущественной сфере субъекта вне зависимости от его действий. Например, риск случайной гибели вещи: при заключении договора купли-продажи и получении вещи покупатель, совершая юридически значимые действия, этот риск не создает, а принимает. Объективные риски присущи практически любым

¹ Мозговая А.В. Социология риска. М., 2001. С.25.

гражданским правоотношениям. В качестве примера субъективного риска следует привести риск игрока, выражающийся в возможности неполучения выигрыша. Такой риск не характерен для всех имущественных отношений, а формируется исключительно по воле самого субъекта. Именно субъективный риск характерен для рискованных договоров.

ГЛАВА 2. ЮРИДИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РИСКОВОГО И АЛЕАТОРНОГО ДОГОВОРОВ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

2.1. Основные научные представления о понятии и системе рискованного и алеаторного договоров в зарубежной и российской цивилистической доктрине

Первое упоминание об алеаторных договорах встречается в римском частном праве. Этимологически термин «алеаторный» происходит от латинского слова «alea» – жребий, игральная кость. Встречается термин «aleator», в переводе означающий «азартный игрок»¹. Соответственно к алеаторным договорам римские юристы относили в первую очередь игры и пари². Отношение к играм и пари было негативным – подобные соглашения признавались безнравственными, и споры, возникающие из алеаторных договоров, не подлежали исковой защите. В качестве исключения рассматривались игры, связанные с проведением спортивных состязаний (бег, метание копья или дротика, борьба, прыжки, кулачный бой), поскольку «это делается ради доблести»³.

Целесообразно начать исследование природы алеаторного договора с анализа законодательства и цивилистической доктрины зарубежных государств, откуда во многом заимствованы представления об алеаторных договорах, существующие в отечественной науке гражданского права.

Легальное определение алеаторного договора закреплено в ст. 1964 Французского гражданского кодекса (ФГК): Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont: le contrat d'assurance; - le prêt à grosse aventure; le jeu et le pari; - le contrat de rente viagère⁴. В известном

¹ Бартошек М. Римское право: понятие, термины, определения. М.: Юридическая литература, 1989. С. 45.

² Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 546-547.

³ Дернбург Г. Пандекты. Обязательственное право. М., 1900. С. 341; Дигесты Юстиниана. Кн. II, титул V. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. – М.: Наука, 1984. С. 197.

⁴ http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/L3_T12_contrats_aleatoires.pdf

авторитетном источнике приведен перевод этой статьи: под рисковым договором понимается двустороннее соглашение, последствия которого, как в отношении выгод, так и потерь, зависят для всех сторон или для одной, или для нескольких сторон, от неизвестного события. К рисковым ФГК относит договор страхования, морской заем, игру и пари, а также договор пожизненной ренты¹.

В изложенном переводе понятия «алеаторный договор» и «рисковый договор» рассмотрены как синонимы, что широко распространено в российском гражданском праве. Подобное отождествление вызывает ряд возражений, которые будут обоснованы далее по мере исследования. В рамках же данного параграфа термины «алеаторный договор» и «рисковый договор» также использованы как синонимы.

Мнения французских ученых относительно содержания понятия «рисковый договор» существенным образом от законодательного определения не отклоняются. Например, Е. Годэмэ отмечал, что договор является рисковым, если существование или размер предоставления одной из сторон, зависит, от события, неизвестность которого не позволяет при заключении договора определить шансы выигрыша или потери². От легального определения не отступал и Ж. Морандьер, хотя и расширял перечень рисковых договоров, указанный в ФГК, договорами продажи состоящих в споре прав, узуфрукта, «голового» права собственности³. Ж. Потье определял рисковые договоры как 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*)⁴.

¹ Морандьер Ж. Гражданское право Франции. Т. 3. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1961. С. 330.

² Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Перевод с французского / пер.: И. Б. Новицкий. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР М., 1948. С. 324.

³ Морандьер Ж. Указ. соч. С. 331.

⁴ Цит. по: Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 70.

Таким образом, во французском праве круг рискованных договоров, обозначенный в римском частном праве, расширен. Помимо собственно игр и пари, морского займа, к таким договорам отнесены страхование и пожизненная рента. Тем не менее, выделяя группу рискованных договоров, французский законодатель закрепляет особенности правового регулирования лишь некоторых из них. Так, под игрой понимается договор, согласно которому его участники обещают одному или нескольким из них получение выигрыша из общего банка, в зависимости от степени сноровки, ловкости, комбинационных способностей участников, и от случая. Пари - это соглашение, по которому одно лицо утверждает, а другое - отрицает наличие определенного обстоятельства. Выигрыш получает то лицо, которое окажется правым.

В отношении игры и пари ст.1965 ФГК закрепляет известное правило, согласно которому ни из игры, ни из пари не возникает права на иск. Однако в соответствии со ст.1967 ФГК проигравший не может требовать возвращения ему добровольно им уплаченного, кроме случаев допущения обмана, подлога или мошенничества со стороны выигравшего¹. Договор пари в связи с его безнравственностью в судебной практике считается недействительным, однако уплаченное не может быть истребовано обратно. Данное правило о возращении об игре носит императивный характер, поэтому суд может применить его по своей инициативе, а сторона вправе ссылаться на него в любой стадии процесса.

Правила ст. 1965 ФГК не распространяются на игры, предусмотренные ст.1966 ФГК: игры, состоящие в упражнении оружием, бег, игра в мяч и иные игры, требующие ловкости и физических упражнений. Пари между лицами, не участвующими в таких играх, хотя и связанные с ними, подпадают под действие ст.1965 ФГК (изъятия устанавливаются специальными нормами, допускающими пари в связи со скачками).

¹ Морандьер Ж. Указ. соч. С. 334.

Называя в ряду рискованных договоров договор страхования, подразумевался, прежде всего, договор морского страхования. В отношении страхования французский законодатель специального регулирования, обусловленного алеаторной природой договора, не устанавливает¹.

Представления о рискованных договорах широко распространены в трудах немецких цивилистов, хотя положений о таких договорах непосредственно в Германском гражданском уложении нет. Так, Ю. Барон указывал, что в рискованных договорах, согласно намерению сторон, зависит от случая, для кого обязательство принесет выгоду, а для кого убыток². Ученый отмечал, что к рискованным договорам римское право относило договор, в котором предметом выступала надежда (*Emtio spei*), к примеру, покупка будущего улова рыбы; договор, где предметом является вещь, возникновение которой возможно в будущем (*Emtio rei speratae*), например, сто четвертей пшеницы будущей жатвы, а также морской заем (*Foenus nauticum*)³. Б. Виндшейд считал, что договоры, основанные на счастье или на риске, являются особым видом договоров. В таких договорах стороны ставят в зависимость от случая то обстоятельство, которая из них получит от договора выгоду или убыток⁴. К ним ученый относил игру, пари, страхование, *Foenus nauticum* и *Emtio spei*.

В ст. 1382 Гражданского кодекса Квебека закреплено определение менового и алеаторного договоров: «Договор является меновым, если в момент его заключения объем обязательств сторон и предоставления, приобретаемые ими взамен, конкретны и определены. Если же объем обязательств или предоставлений не определен, договор является алеаторным»⁵.

¹ Морандьер Ж. Указ. соч. С. 338.

² Барон Ю. Указ. соч. С. 546-547.

³ Барон Ю. Указ. соч. С. 546-547.

⁴ Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. С. 184.

⁵ Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. С. 774.

В гражданском праве стран англосаксонской правовой семьи термины «рисковый договор» или «алеаторный договор» не встречаются.

Так, английское право не оперирует понятием «рисковые договоры», это понятие не распространено и в правовой доктрине. Однако по аналогии с французским правом английское законодательство (акты об игре 1845 г., 1892 г.) устанавливает правило, согласно которому договоры игры или пари недействительны. Требования о взыскании денежной суммы или иных ценностей, выигранных по игре или пари, либо ранее депонированных у третьего лица до наступления события, являющегося предметом пари, не подлежат исковой защите. В качестве исключения из указанного правила лицо, заключившее пари и депонировавшее деньги или вещи у хранителя ставки (stakeholder), в ожидании наступления события, служащего предметом пари, вправе потребовать их возвращения, за исключением случая, когда они уже были выплачены лицу, выигравшему пари. Если деньги были депонированы в качестве ставки одной стороной у другой стороны в ожидании события, служащего предметом пари, то депонент может требовать их возврата в любое время до наступления оговоренного события¹.

Также в исключительном порядке в Акте об игре 1892 г. предусмотрено, что если лицо заключает пари в качестве агента другого лица и выигрывает, то принципал вправе предъявить иск агенту об истребовании суммы, выигранной им на основании пари².

Почти аналогичная позиция обнаруживается и в праве США. Здесь, как и в Англии, рискованные договоры не выделяются в самостоятельную группу. Однако правоотношения по игре и пари регулируются уголовным, а не гражданским законодательством.

В США установлен запрет на азартные игры. Однако допускаются договоры, направленные на принятие риска, и заключенные в соответствии

¹ Дженкс Э. Свод английского права. Ч. 2. Обязательства, возникающие из отдельных видов договоров. С. 208-209.

² Там же. С. 209.

с законом. Различие между этими соглашениями состоит в следующем. Если стороны создают ранее не существовавший риск с целью принятия его на себя, то такая сделка признается пари, что запрещено нормами об азартных играх. Сделки, связанные с принятием на себя уже существующего риска, признаются правомерными. К ним относятся договоры страхования. Другими словами, различие между страхованием (правомерной сделкой) и пари (неправомерной сделкой) заключается в том, что в страховании принимаемый риск может причинить убытки, а в пари вновь создаваемый риск не причинил бы сторонам имущественного вреда.

Согласно уголовному законодательству США, договор страхования рассматривается как азартная игра и признается противоправной сделкой, если у страхователя отсутствует законный интерес к страхуемому имуществу. Интерес проявляется в том, что при наступлении страхового случая страхователь должен понести денежный ущерб.

В американском праве, как и английском, на сделки на фондовой и товарной биржах могут распространять свое действие нормы об играх и пари. Покупка и продажа, совершенная *bona fide* на бирже, считается законной сделкой, а притворная покупка и продажа признается по правовой природе пари.

Согласно биржевому правилу, продавец обязан передать покупателю ценные бумаги или товар, а покупатель обязан их принять и уплатить оговоренную цену. В сделках, не предусматривающих передачу товара, покупатель оплачивает только часть покупной цены, а товар закладывается в обеспечение остальной части цены. В случае понижения цены товара покупатель обязан уплатить залогодержателю дополнительную сумму для возмещения стоимости заложенного имущества. Если покупатель не уплачивает обусловленную сумму, то залогодержатель вправе продать заложенный товар, удержать сумму аванса и отдать покупателю оставшуюся часть денег.

В случае повышения цены товара покупатель вправе требовать разницу между ценой товара в момент покупки и ценой в момент передачи его покупателю. При наступлении срока передачи товара каждая из сторон вправе отказаться от его передачи, уплатив разницу в цене. Такие сделки признаются противоправной игрой на колебании цен, т.к. ни одна из сторон ставила цель передать товар покупателю.

Важно отметить, что в последнее время, учитывая большую популярность биржевых и сходных внебиржевых сделок, право Англии, США, Франции, Германии и других развитых стран, проводит различия между игрой, пари и вышеуказанными сделками и признает некоторые из них, что более подробно рассмотрено п. 3.2.1. настоящей работы.

Таким образом, законодательство и доктрина зарубежных стран трактуют вопрос о рискованных договорах различно. Благодаря французской правовой мысли, отраженной в законодательстве, ученые, собственно говоря, и оперируют понятиями «рисковые договоры», «алеаторные договоры». Как правило, к ним относят договор страхования, морской заем, игру и пари, договор пожизненной ренты, биржевые сделки. При этом общего регулирования данной группы договоров не закреплено, в то же время имеется специальное регулирование игр, пари, биржевых сделок. Английская и американская правовые системы напротив, не рассматривают рискованные договоры как самостоятельную группу. Однако особенности правового регулирования, в отношении игр и пари, биржевых сделок также присутствуют. Таким образом, отчетливо прослеживается обособление игр, пари, биржевых сделок внутри группы рискованных договоров, продиктованное спецификой их правовой природы.

Обратимся к отечественным цивилистическим воззрениям на категорию «рисковый договор», «алеаторный договор». Анализ рискованных договоров проводился дореволюционными юристами в Комментариях к Проекту Гражданского уложения Российской Империи. В пояснениях к Главе XXII Проекта «Игры и пари» указано, что рискованные или зависящие от

случая договоры отличаются от других договоров присущим им элементом риска, так как исход их поставлен в зависимость от случайного обстоятельства. В противоположность таким договорам в других, меновых договорах обе стороны принимают на себя обязательства относительно друг друга, и каждая является одновременно должником и кредитором (верителем). Заключая договор, зависящий от случая, стороны также обязуются что-либо передать или сделать друг другу, но при этом правам и обязанностям одной стороны не корреспондируют права и обязанности другой стороны. В рисковом договоре одна сторона может стать исключительно кредитором (верителем), другая - исключительно должником, при этом на каждую из сторон могут быть возложены как права, так и обязанности. Однако даже в этой ситуации распределение между сторонами рискового договора как прав, так и обязанностей, зависит не от соглашения сторон, как в меновых договорах, а от случайного обстоятельства.

Изучив зарубежное законодательство, составители Проекта Гражданского уложения Российской империи отнесли к рисковым договорам игру, пари, лотерею, пожизненную ренту и страхование.

К.П. Победоносцев в отношении договоров «о неверном и случайном», отмечал, что по цели и намерению сторон конечный результат договора поставлен в зависимость от события неизвестного или случайного. При заключении такого договора неизвестно, которая сторона в конечном результате выиграет, получит большую выгоду¹. К таким договорам ученый относил игру, пари, договор о передаче имени при жизни с обязательством производить пожизненный доход, страхование, продажу будущей жатвы, а также сделки на разницу.

А. Яновский употреблял термин «рисковые сделки», понимая под ними договоры, исполнение которых контрагентами или одним из них, ставится в зависимость от события, о котором совсем неизвестно, случится ли оно

¹ Победоносцев К. Указ. соч. С. 28.

или не случится, или же от неизбежного события, но момент наступления которого не может быть определен¹. К рисковым сделкам ученый относил: игру, пари, лотерею, покупку на счастье, страхование, продажу будущего урожая, бодмерейные займы, продажу открывшегося наследства, срочные сделки о поставке товара и биржевых бумаг.

В отличие от дореволюционных цивилистов советские ученые-цивилисты, хотя и выделяли рисковые договоры из ряда других, не занимались их изучением как самостоятельных гражданско-правовых договоров. В.И. Серебровский рассматривал рисковые договоры применительно к договору страхования², а О.С. Иоффе - в рамках обязательственных правоотношений. Так, по мнению О.С. Иоффе, алеаторные договоры, будучи возмездными, конструируются таким образом, что объем встречного удовлетворения, причитающегося одной из сторон, остается неизвестным, пока не наступит обстоятельство, призванное его определить³.

В настоящее время рисковые договоры признаются как доктриной⁴, так и судебной практикой. Например, в Постановлении ФАС Московского округа от 16 марта 1999 г., дело № КГ-А40/571-99, указывается, что расчетные форвардные контракты представляют собой разновидность алеаторных сделок типа пари, судебная защита которых возможна только в случаях, установленных законом⁵. В апелляционном определении Московского городского суда от 14.01.2014 по делу № 33-604 сказано, что совершенные истцом сделки с валютой на финансовом рынке относятся по гражданскому законодательству к рисковым (алеаторным) сделкам, а

¹ Яновский А. Рисковые сделки // Энциклопедический словарь Брокгауза и Эфрона. СПб., 1992. Т. 52. С. 804.

² Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут, 1997. - 567 с.

³ Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. С. 295.

⁴ Щербачев Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 70-87. Щуплецова Е.В. Методологические предпосылки к выявлению юридической природы алеаторного договора // Юридический мир. 2008. № 6. С. 54-60. Гражданское право. Учебник. В 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008. - 800 с.; Брагинский М.И. Правовое регулирование игр и пари. М.: Статут, 2004 - 77 с..

⁵ Постановление ФАС Московского округа от 16 марта 1999 г., дело № КГ-А40/571-99 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

потому истец может оспаривать спорные сделки только по тем основаниям, что они совершены под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения сторон¹.

Современный исследователь И.В. Миронов предлагает под алеаторным договором понимать договор, по которому одна сторона (игрок) обязана внести определенное имущество в общий фонд, а другая сторона (организатор игры) обязуется передать в случае выигрыша игрока часть или все имущество общего фонда².

В.А. Запорощенко, используя термин «алеаторная сделка», определяет ее как двух- или многостороннюю срочную сделку, порождающую двусторонне обязывающее, возмездное отношение, при котором возникновение отдельных (наиболее значимых) прав и обязанностей, касающихся наличия и/или направленности, а также количества основного предоставления, поставлено в зависимость от обстоятельств, имеющих неподвластный участникам характер³.

Проведенный обзор мнений зарубежных и отечественных цивилистов свидетельствует о том, что в науке гражданского права в настоящее время отсутствует единое представление о рисковом договоре, выраженное в целостной и бесспорной их концепции. Разрозненные попытки цивилистов сформулировать их определения являются недостаточными для формирования представления о сущности рисковом договоре.

Научное исследование рисковом договора, как правило, не носит комплексного характера и ограничивается рамками конкретного договора (игры, пари, страхования и др.)⁴. В отечественной цивилистике отсутствует единая терминология для их обозначения. Как указывалось, К.П.

¹ Апелляционное определение Московского городского суда от 14.01.2014 по делу № 33-604 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

² Миронов И.В. Проблемы алеаторных правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 89.

³ Запорощенко В.А. Особенности регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 53.

⁴ Багно Ю.В. Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих из игр и пари: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2004. – 184 с.; Брагинский М.И. Правовое регулирование игр и пари. Хозяйство и право. 2004. №11. С. 22-37; Джурович Р. Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. Гражданское право. Учебник. В 4 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008 - 346 с.

Победоносцев называл такие договоры «договорами о неверном и случайном». В комментариях к Проекту Гражданского уложения Российской империи подобные договоры именуется «рисковыми» и «зависящими от случая».

Таким образом, в отечественной цивилистической доктрине не только не сформирована система рисковых договоров, но не закреплены даже соответствующие термины, хотя правовое регулирование соответствующих отношений по мере повышения их значимости расширяется. Тем не менее, возможность для систематизации указанных договоров имеется, так как рисковые и алеаторные договоры хотя и сходны ввиду наличия в них в качестве общего начала категории риска, но все же существенно различаются. Как показал проведенный анализ положений зарубежного и российского гражданского права, в группе рисковых договоров еще со времен римского права обособлялись собственно алеаторные договоры – игры и пари, а позднее – срочные биржевые и внебиржевые сделки. Однако в первую очередь необходимо определить место рисковых договоров, включая алеаторные договоры, в общей системе гражданско-правовых договоров, путем их сравнения с так называемыми меновыми договорами. В следующем параграфе вопросы о сходстве и различиях меновых и рисковых договоров, с одной стороны, и рисковых и алеаторных договорах – с другой, будут рассмотрены более детально, на базе общефилософских категорий «общего», «особенного» и «отдельного». Критерии систематизации – конституирующие признаки рисковых договоров в общей системе гражданско-правовых договоров, и алеаторных договоров в системе рисковых договоров.

2.2. Соотношение понятий и признаков рисковых и алеаторных договоров и их система в гражданском праве Российской Федерации

Общеизвестно, что договорное право представляет собой систему, в которой существует соподчиненность между системными признаками, основанными на этих признаках классификациях, и, соответственно, между обусловленными ими правовыми нормами. Такое построение системы договоров именуется многоступенчатым¹. При данном подходе договоры, объединенные в группы, на каждой последующей ступени обладают собственной спецификой, но при этом отражают особенности предшествующих.

Как правило, основой для выделения конкретного вида договора является специфика обязательств, требующая особого правового регулирования. По мнению Ю.В. Романца, необходимо проводить различие между системным признаком, лежащим в основе выделения того или иного вида договора, и особенностью правового регулирования договорных отношений. Системный признак предопределяет направленность правового регулирования, а элементы правового регулирования сами определяются системным признаком².

В зависимости от наличия или отсутствия встречного удовлетворения все договоры принято делить на возмездные и безвозмездные. Согласно ст. 1104 Французского гражданского кодекса возмездные договоры делятся на рисковые (алеаторные) договоры и меновые (коммутативные)³.

В российском гражданском законодательстве подобной нормы не содержится. Как верно отмечает Ю.В. Романец, для договоров, направленных на возмездную передачу имущества в собственность, следующим системным уровнем является классификация по признаку характера встречного предоставления на эквивалентно-определенные

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М.: Статут, 1997. С. 320.

² Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России: дис. ... д-ра. юрид. наук. М. 2001. С. 36.

³ Морандьер Ж. Гражданское право Франции. Т. 3. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1961. С. 209.

(купля-продажа, мена) и алеаторные (рента и пожизненное содержание с иждивением)¹.

К меновым (коммутативным) договорам относятся договоры, в момент заключения которых известен объем и отношение взаимных обязательств сторон². В таком договоре конкретно определено, какая из сторон что отдает и что получает взамен, и каждая из сторон является и кредитором, и должником. Обязательство, возникающее при заключении менового договора, порождает взаимное право требования. Благо, полученное одной стороной менового договора, может быть значительнее блага, которую получает другая, или равно ему, но, в любом случае, заключая договор, стороны знают, что они приобретут при его исполнении и могут сравнить ценность отчуждаемого и приобретаемого.

Какова же ситуация в рисковом договоре? Согласно исследованию правовых подходов к сущности рискового договора, проведенному в § 2.1 настоящей работы, можно выделить следующие его особые черты:

1. экономический результат (наличие и объем встречного предоставления) договора зависит от случая, т.е. события, в отношении которого неизвестно, наступит оно или нет;

2. в момент заключения договора неизвестно, какая сторона в конечном результате получит большую выгоду, а какая - понесет потери.

Для того чтобы утверждать, что рисковый договор является самостоятельной цивилистической категорией, необходимо вычленить особые признаки, присущие исключительно таким договорам. При этом будем придерживаться идеи О.С. Иоффе, согласно которой только та особенность общественных отношений, которая находит отражение в норме права, влияет на элементы правового механизма (права и обязанности сторон, субъектный состав участников, объекты

¹ Романец Ю.В. Указ.соч. С. 56.

²Это весьма распространенное мнение, встречающееся даже в литературе практического характера. См. напр.: Джурович Р. Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. М.: Юридическая литература, 1992. С. 59-60.

обязательства, ответственность сторон) может рассматриваться в качестве системного признака¹.

При выявлении признака, выделяющего рискованные договоры, необходимо иметь в виду, что он должен объединять данную группу правоотношений и одновременно отграничивать их от обязательств, не наделенных этим признаком. Благодаря квалифицирующему признаку должно быть возможным отнесение к группе рискованных договоров не только уже существующих, но и вновь появляющихся договоров.

Следует отметить, что и меновый, и рискованный договоры заключаются сторонами с целью приобретения имущественного блага. Однако конструкция менового договора позволяет сторонам однозначно установить итоговый экономический результат сделки. Рискованный же договор специально смоделирован таким образом, чтобы с момента его заключения возникла неопределенность относительно конечного экономического результата для обеих сторон. Возможно, в момент заключения рискованного договора существует вероятность установить объем имущественного блага, но определить, у какой стороны возникнет право на его получение, и у какой стороны - обязанность по его выплате, позволяет только случай. Другими словами, стороны по собственной воле создают для себя возможность уменьшения имущественного блага, то есть субъективный риск, который и составляет характерную черту рискованного договора.

Обоснование этого утверждения содержится в работах как зарубежных, так и отечественных ученых, исследовавших отдельные виды договоров, традиционно относимых к рискованным, - страхование, рента, игра и пари.

В.И. Серебровский замечал, что страхователь, уплачивая страховую премию, не знает, получит ли он или выгодоприобретатель страховую выплату, а если получит, то покроет ли она внесенные им премии.

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. - М.: Юридическая литература, 1975. С. 201.

Страховщику в свою очередь, неизвестно, придется ли ему выплачивать страховое вознаграждение и каков будет размер этого вознаграждения¹.

По мнению А.А. Иванова, договор страхования - это рисковый договор, поскольку возникновение, изменение или прекращение тех или иных прав и обязанностей зависит от наступления объективно случайных обстоятельств (событий). Обязанность страховщика произвести страховую выплату исполняется не во всяком договоре страхования, а лишь при наступлении страхового случая. С одной стороны, страховщик получает прибыль, а с другой - должен произвести выплату, возможно существенно превышающую полученное им вознаграждение².

По мнению Т.С. Мартыановой, рисковый характер страхового договора для страховщика состоит в неопределенности предстоящей страховой выплаты или, по крайней мере, неизвестности времени и объема такой выплаты; для страхователя – в возможности неполучения страховой выплаты, а в случае ее получения – эквивалентности уплаченных в период действия страхования премий выплаченной сумме³.

Относя договоры пожизненной ренты и пожизненного содержания к рисковым, составители Проекта Гражданского уложения Российской Империи указали, что одно лицо - рентополучатель - передает в собственность другому лицу - рентодателю - имущество в обмен на право получения пожизненной ренты или пожизненного содержания. Для какой из сторон этот договор будет выгодным, зависит от времени смерти рентополучателя или третьего лица, т.е. от события, момент наступления которого при заключении сделки, определить невозможно.

По мнению О.С. Иоффе, элемент риска, принимаемого на себя каждой из сторон рентного правоотношения, заключается в вероятности того, что

¹ Серебровский В.И. Указ. соч. С. 347.

² Гражданское право. Учебник. Ч. II / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М, 1997. С. 501.

³ Гражданское право. Т. 4: Обязательственное право. Учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 346.

либо один, либо другой контрагент фактически получит встречное удовлетворение меньшего объема, чем им самим предоставленное¹.

Поддерживает мнение о рисковом характере договора пожизненной ренты Е.В. Лазарева, замечая при этом, что, по статистическим данным, плательщик ренты может установить среднюю продолжительность жизни граждан и в соответствии с этим установить размер рентных платежей. В этом случае плательщик ренты может оградить себя от риска².

Рисковый характер игры и пари почти аксиоматичен. Отчетливо видна ситуация риска – одна из сторон обязательно лишится имущества, не удовлетворив свой имущественный интерес. Риск порождается в результате действий лица: субъект сам искусственно создает неопределенность результата (риск), ставя исход игры в зависимость от произвольно выбранных факторов – результатов скачек, спортивных матчей, прогноза погоды и т.п.

В противовес изложенным позициям в пользу выделения в особую группу рискованных договоров обратимся к теории распределения рисков. Я.М. Магазинер утверждал, что любое действие в обязательстве сопровождается как приобретением какого-либо блага, так и возможностью зла, т.е. риска. «Во всяком праве, как юридически защищенной силе, заключается юридически-парализованный или ослабленный риск, связанный с ее применением». Право призвано охранять управомоченное лицо от подобных рисков. Исходя из этого, Я.М. Магазинер рассматривал право как систему распределения рисков в интересах господствующего класса, своего рода социальной поправки, в интересах господствующих классов, к тому стихийному распределению рисков, которое является следствием действия социально-экономических сил³. По мнению ученого, всякий договор, в котором стороны принимают на себя взаимные обязательства, есть не что иное, как взаимная гарантия от

¹ Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юридическая литература, 1975. С. 295.

² Лазарева Е.В. Пожизненная рента в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005. С. 75.

³ Магазинер Я.М. Указ. соч. С. 290-293.

рисков, т.е. взаимное принятие на себя рисков. Другими словами, всякое право есть гарантия от рисков, возникающих при осуществлении лицом своих интересов, а обязанность есть несение рисков, возникающих при осуществлении лицом своих обязанностей.

Теория распределения рисков получила поддержку и в современной цивилистической литературе. Так, по мнению Ф.А. Вячеславова распределение рисков – это волевая деятельность субъектов гражданского оборота по определению лица, несущего возможные невыгодные последствия конкретного обстоятельства, а также характер таких последствий. Исследователь рассматривает распределение рисков как самостоятельное средство обеспечения имущественных интересов участников гражданских отношений¹.

Д.А. Архипов предлагает в качестве критерия распределения договорного риска использовать принцип экономической эффективности, согласно которому риск должна нести сторона договора, которая может предотвратить наступление неблагоприятных последствий. В случае, если риск неустраним, то его следует возлагать на сторону, которая способна компенсировать неблагоприятные последствия с меньшими издержками².

Некоторое отражение теории распределения рисков встречается и в социологии. По мнению А.В. Мозговой, одной из центральных исследуемых проблем в социологической парадигме риска является проблема социального размещения (распределения, трансформирования) риска и неравных условий опасности для различных сегментов общества. Проблема состоит в том, что риски в обществе распределены неравномерно и рискам зачастую подвергаются те люди, которые в наименьшей степени способны с ними справиться³.

¹ Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в гражданском праве: дисс. канд. юрид. наук. М. 2008. С. 6.

² Архипов Д.А. . Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве : дисс.... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 10-11.

³ Мозговая А.В. Социология риска. М., 2001. С.27.

Необходимо признать, что любой консенсуальный гражданско-правовой договор, направленный на будущие последствия, содержит в себе некоторую неопределенность конечного результата и, следовательно, риск. Однако в этом случае риск представляется в его объективном понимании. В меновом договоре определенность юридических последствий презюмируется, исходя из того, что регулирование отношений, составляющих предмет гражданского права, основывается на признании поведения участников добросовестным и разумным. Вероятность неисполнения обязательства и, соответственно, неблагоприятных имущественных последствий максимально ограничена правовыми механизмами, стимулирующими должника к надлежащему исполнению и гарантирующими кредитору право на удовлетворение требований.

В рисковом же договоре стороны изначально связывают свои обязательства с риском, вероятностью. Следует согласиться с Р. Саватье, который считал, что предметом рискового договора является неизвестная заранее возможность реализации какой-либо вероятности. Если в меновых договорах предоставляют те вещи, которые существуют или достоверно будут существовать, то в рисковых договорах предоставляют шанс, вероятность¹.

Признавая, что любой договор содержит в себе некоторое распределение рисков, Г. Райнер подчеркивает, что в случае 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 события².

¹ Саватье Р. Теория обязательств / пер. с франц. Р.О. Халфиной. М.: Прогресс, 1972. С. 276.

² Райнер Г. Деривативы и право. М., 2005. С. 12.

Таким образом, поскольку суть менового договора состоит в обмене имущественными благами, риск как возможность неполучения встречного предоставления является категорией неприемлемой, стороны принимают всевозможные меры по его устранению (минимизации), используя предоставленные законом правовые механизмы. В меновых договорах риск объективен и воспринимается сторонами правоотношения как явление иррациональное, препятствующее достижению правовой цели.

В рисковом договоре риск, выражающийся в возможности неэквивалентности встречного предоставления в зависимости от случайного обстоятельства, является неотъемлемым элементом, опосредующим достижение договорной цели. Стороны, заключая такой договор, по собственной воле создают риск, однако удовлетворение их интереса иным образом не представляется возможным. Риск сторон как бы удваивается: к объективному риску, характерному для всякого обязательственного правоотношения, добавляется субъективный риск несоразмерности встречного предоставления, что не может не являться основанием для обособления подобных договоров.

Выделяя рисковый договор в особую группу по признаку субъективного риска, необходимо рассмотреть вопрос о понятиях, применяемых учеными для обозначения данного договора, поскольку на первое место должна быть поставлена однозначность используемой терминологии.

Как отмечалось, в отечественной цивилистике понятия «рисковый договор» и «алеаторный договор» считаются синонимами. Используя такие термины, как «рисковый договор», «алеаторный договор», «договор «о неверном и случайном» и ряд других, российские ученые подразумевают договоры, результат которых поставлен в зависимость от случайного непредвиденного обстоятельства, а не от заранее достигнутой сторонами договоренности.

Вместе с тем, по мнению И.В. Миронова, алеаторные и рисковые договоры отличаются друг от друга. Он считает, что риск как объективную категорию можно разделить по волевому признаку на несколько видов: риск предпринимательский, риск случая (например, риск подрядчика), риск игровой (обязательно возникающий у игроков; создаваемый игрой, искусственный риск)¹. Исходя из этого, договоры, называемые рисковыми, ученый предлагает разделить на две группы: договоры, в которых риск носит только предпринимательский характер, и договоры, в которых имеется риск, вытекающий из игры, т.е. алеаторные. Следуя логике высказанной им позиции, И.В. Миронов отмечает, что к алеаторным договорам относятся игра, пари и страхование, а договор ренты следует отнести к группе рисковых договоров.

Такой подход не может не вызвать ряд возражений.

Во-первых, по мнению диссертанта, интерпретация предпринимательского риска как «риска, вытекающего из деятельности людей», не совсем точна, поскольку действующее законодательство хотя прямо и не закрепляет понятия «предпринимательский риск», но позволяет посредством системного толкования рассматривать его как неотъемлемый элемент деятельности именно предпринимателя. Поэтому представляется неверным утверждение И.В. Миронова, что для ренты характерен предпринимательский риск. Тем более, что автор сам себе противоречит, соглашаясь с тем, что страховщику, как предпринимателю, присущ именно профессиональный, предпринимательский риск, в то же время, относя страхование к алеаторным договорам.

Во-вторых, риск игровой рассматривается как создаваемый намеренно самим человеком для удовлетворения чувства азарта и страсти к быстрому обогащению. Такой риск присущ равно как страхованию, так и играм, пари. По мнению ученого, страхователь, в отличие страховщика (риск которого предпринимательский), рискует как игрок, поскольку, заключая

¹ Миронов И.В. Указ. соч. С. 77.

договор со страхователем, он понимает, что может проиграть, если страховой случай не произойдет, но сознательно идет на риск¹.

Такое высказывание вызывает недоумение: разве страхователь вступает в договорные отношения с целью что-то выиграть и в связи с этим обременяет себя риском? Естественно, это не так, к побуждениям страхователя неприменима подобная логика. Целью страхователя является переложение на страховщика бремени риска.

По мнению диссертанта, ложность выделения игрового риска вызвана необоснованным принятием за основу такого понятия, как мотив. Азарт, страсть и прочие внутренние психологические состояния субъекта представляют собой «осознанные потребности, осознанное побуждение – фундамент, на котором возникает цель»². Они лишь побуждают субъектов к совершению сделки и не служат ее правовым компонентом, за исключением случаев, предусмотренных законом. Так, ошибочный мотив, который побудил предпринять сделку, не влияет на нее – *falsa causa non poset* (хотя из этого правила, безусловно, есть исключения)³. Попытка дать правовую квалификацию рисковому договору через понятие мотива неверно, в том числе по той причине, что учет мотивов подрывал бы устойчивость гражданского оборота.

Указанные аргументы свидетельствуют о неприемлемости подхода, предложенного И.В. Мироновым.

В.А. Запорощенко предлагает рассматривать понятия «алеаторный» и «рисковый» не в качестве синонимов, а как, соответственно, видовое и родовое. По мнению ученого, проведение параллелей между понятиями «алеаторная сделка» и «рисковая сделка»⁴ является неоправданным, поскольку в условиях развития российского гражданского

¹ Там же. С. 78-81.

² Гражданское право. Учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. М. 2008. С. 444.

³ Барон Ю. Указ. соч. С. 161.

⁴ Термин "рисковая сделка" используется В.А. Запорощенко. См.: Запорощенко В.А. Особенности регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 46, 47.

законодательства риск перестает быть элементом только алеаторных договоров. В.А. Запорощенко указывает, что риск налагает определенную специфику на правовую квалификацию алеаторных сделок. При этом ученый замечает, что риск в алеаторных сделках как психический процесс ничем не отличается от иных рисков.

Подобная аргументация вызывает ряд замечаний. Из высказываний автора неясно, какие договоры по смыслу предложенного деления следует относить к рисковым. Ученый указывает, что риск – безусловный признак алеаторных сделок, но также он присутствует и в других гражданско-правовых образованиях: при наступлении неблагоприятных последствий титульного владельца имущества, неблагоприятных последствий, связанных с исполнением обязательств, а также последствий при осуществлении деятельности, в том числе предпринимательской. Следуя логике В.А. Запорощенко, под понятие рисковой сделки можно подвести любое соглашение, содержащее риск, т.е. почти каждый гражданско-правовой договор, что, вне всякого сомнения, неверно.

По мнению диссертанта, рисковый договор и алеаторный договор следует соотносить как родовое и видовое понятия в силу следующих обстоятельств.

Субъективный риск является признаком, позволяющим объединить в одну группу страхование, ренту, игру, пари. На сходство между игрой и страхованием указывают некоторые ученые-цивилисты. Так, по мнению В.И. Миронова, страхование представляет собой игру и является единственным алеаторным правоотношением, которое полностью воспринято правом и защищается им.¹ В.И. Серебровский полагал, что страхование в ряде случаев сложно отличить от пари². Однако существенные различия в конструкциях указанных договоров обуславливают необходимость дальнейшего деления их на группы. Можно

¹ Миронов И.В. Указ. соч. С. 20, с. 108.

² Серебровский В.И. Указ. соч. С. 450.

выделить следующие критерии, которые позволяют разграничить, с одной стороны, страхование и ренту, с другой – игру и пари.

Первый признак – особый характер субъективного риска в договоре.

В страховании страхователь вступает в правоотношение с единственной целью – переложить бремя несения возможных отрицательных имущественных последствий, т.е. бремя риска, например, гибели имущества, на страховщика, а целью страховщика является получение прибыли в виде страховых взносов. Интерес страхователя заключается не в наступлении страхового случая и получении страхового возмещения, превышающего сумму уплаченных страховых взносов, наоборот, страхователь надеется на ненаступление случая. Страховщик же, принимая решение о заключении договора, всегда руководствуется данными актуарных расчетов, сводящих вероятность убытков к минимуму. Присущий договору страхования риск, с одной стороны, напрямую связан с предпринимательской деятельностью страховщика, а с другой – с жизнедеятельностью страхователя или указанного им лица, поскольку страховой случай может наступить независимо от того, заключит он договор страхования или нет. В связи с этим договор страхования рассматривается как способ перенесения риска наступления неблагоприятных последствий на страховщика, осуществляющего свою деятельность на профессиональной основе.

Важно отметить, что в страховании субъективный риск присутствует как конститутивный признак, свидетельствующий о рисковом характере договора, а объективный риск - как предмет договора. Возмездность страхования выражается в уплате страховых платежей как цены риска, перекладываемого на страховщика, поскольку риск как потенциальная возможность наступления отрицательных имущественных последствий подлежит экономической оценке. При ненаступлении страхового случая сумму уплаченных страховых взносов следует рассматривать как плату за переложение бремени риска.

В страховании цели страхователя и страховщика реализуются добросовестными действиями сторон, а случайное событие является фактом, позволяющим определить соразмерность встречного денежного предоставления.

Принятие сторонами договора страхования риска, выражающегося в неэквивалентности суммы страховых взносов и суммы страхового возмещения, носит необходимый, «вынужденный» характер. В большей степени, конечно, это утверждение относится к страхователю, но применимо и к страховщику. Желание страхователя (например, собственника имущества) избавиться себя от бремени объективных рисков (например, гибели имущества) не может быть осуществлено другим путем, иначе как посредством принятия субъективного риска, вытекающего из договора страхования. Легко представить, что при наличии альтернативных средств переложения бремени объективных рисков, не сопряженных с субъективным риском, мало кто из здравомыслящих людей продолжал бы использовать конструкцию страхования.

Подобное различие встречаем и в ренте. Цель получателя ренты состоит в систематическом получении ренты в виде определенной денежной суммы, либо предоставлении средств на содержание в иной форме, цель плательщика ренты – в приобретении имущества на праве собственности. Можно сказать, что рентный договор максимально приближен к коммутативному договору, но в силу невозможности соотнести эквивалентность встречного предоставления в момент заключения соглашения к таковым не относится.

Цели сторон рентного правоотношения достигаются при условии надлежащего исполнения договорных обязательств, а действие случая отражается только на соотношении суммы рентных платежей и стоимости переданного имущества, в чем и выражается субъективный риск сторон.

Как и в страховании, принятие риска сторонами договора ренты носит необходимый, «вынужденный» характер. Трудно представить, что лица,

обладающие средним или высоким уровнем дохода, уровнем жизни в целом, вступают в рентные правоотношения, особенно в качестве плательщика ренты. Недоступность других, нерискованных способов приобретения имущества в собственность (например, купли-продажи) обуславливает в большинстве случаев заключение рискованных договоров ренты.

Можно сказать, что в страховании и ренте риск, выражающийся в возможной неэквивалентности встречного предоставления сторон, является обязательным условием достижения цели договора. Однако вне зависимости от того наступят или не наступят отрицательные имущественные последствия цель сторон договора должна быть достигнута.

В игре и пари цель стороны – получение выигрыша. Интерес сторон в игре и пари состоит в «нетрудовом» обогащении. Как отмечает В.А. Белов, права и обязанности в игре и пари ставятся в зависимость от случая исключительно для обогащения без достаточного на то экономического основания. Стремление это не направлено на оптимизацию распределения хозяйственных рисков¹. О.В. Ли, сравнивая игру со страхованием, отмечает, что в отличие от страхования игра не вносит в общественную жизнь какого-либо улучшения и не увеличивает общей массы народного богатства².

Важно отметить, что субъект вступает в игру или пари не от безысходности. Доход можно получать и «честным», трудовым путем, прилагая собственные усилия. Игроком же движет желание легкой наживы, быстрых денег. Некоторые могут возразить, что в ряде случаев игроком движет потребность в азарте. Однако, во-первых, проведенный в п. 1.2. настоящей работы анализ литературы по психологии и социологии позволяет утверждать, что количество таких субъектов ничтожно мало для

¹ Белов В. А. Игра и пари как институты гражданского права // Законодательство. 1999. №9. С.18

² Ли О.В. Договор страхования: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 83.

установления общего правила. Во-вторых, потребность в азарте следует рассматривать как мотив, а не цель, направленную на правовой результат. Заключая соглашение об игре, игроки в обмен на ставку приобретают лишь шанс на выигрыш. Само же достижение цели не зависит от действий сторон, а определяется по воле случая. Игрок, вступая в договор, не знает, будет ли удовлетворен его интерес в получении суммы выигрыша или нет. Другими словами, риск игрока заключается не только в неэквивалентности встречного предоставления, а в недостижении цели договора в целом.

По мнению диссертанта, в данном случае уместно говорить о степени риска, как величине потенциальных отрицательных имущественных последствий. Этот термин не нов для российского законодательства. Так, в ст. 7 Федерального закона «О техническом регулировании» от 27 декабря 2002 года № 184-ФЗ устанавливаются требования к содержанию технических регламентов в зависимости от степени риска причинения вреда. В этой же статье указывается, что при оценке степени риска могут приниматься во внимание положения международных стандартов, рекомендации международных организаций, участником которых является Российская Федерация.

В алеаторном договоре степень риска является повышенной, поскольку одна из сторон такого договора, предоставляя имущественное благо, в силу случайного обстоятельства может не получить ничего взамен. Одна из сторон алеаторного договора в обязательном порядке не получит ожидаемое встречное предоставление и даже может понести имущественные потери, а какая сторона – определяет случай. В рисковом же договоре обмен благами происходит во всяком случае, а риск сводится лишь к возможности неэквивалентности такого обмена.

В качестве второго признака, отграничивающего рисковые и алеаторные договоры, следует указать неравномерное распределение прав и обязанностей.

В Проекте Гражданского уложения Российской Империи указано, что наступление случая влияет на исход рискованных договоров неодинаково. В игре или пари выигравший получает прибыль, не неся никаких обязанностей по отношению к проигравшему, который только обязан удовлетворить требование выигравшей стороны. В страховании каждая сторона приобретает права и несет обязанности, а наступление случая лишь распределяет эти права и обязанности между сторонами.

Договор страхования, без сомнения, имеет более серьезное экономическое и юридическое значение по сравнению с игрой. Из фонда, формируемого за счет полученных премий, страховщик выплачивает страхователям страховые выплаты и получает прибыль от своей деятельности. Вследствие чего, как отмечает В.А. Белов, случай является фактором, который заставляет войти в расходы второго участника, делая эти отношения взаимными и заставляя второго участника использовать полученные взносы или иное имущество в качестве резерва для покрытия возможных расходов¹. На страхователе также лежит ряд обязанностей, установленных как законом, так и договором.

Таким образом, в договоре страхования, независимо от того, кто окажется в более выгодном имущественном положении, обе стороны связаны комплексом взаимных прав и обязанностей. В договоре игры, напротив, в случае выигрыша сторона не обременена обязанностями по отношению к другой стороне договора.

Данное утверждение применимо и к ренте, поскольку в этом договоре всегда присутствует встречное удовлетворение, что уже свидетельствует о различии в распределении прав и обязанностей участников ренты и игры. Правоотношение сторон договора ренты не исчерпывается получением выигрыша или выплатой проигрыша. Участники связаны комплексом обязательств, обусловленным длящимся характером договора и неопределенностью его результата.

¹ Белов В.А. Указ. соч. С. 19.

Таким образом, объединяющим началом договоров страхования, ренты, игры, пари выступает субъективный риск, выражающийся в возможной неэквивалентности встречного предоставления сторон в зависимости от случайного обстоятельства. Невозможность установить в момент заключения договора объем взаимного предоставления сторон является одним из основных признаков, отграничивающих группу рискованных договоров от иных возмездных меновых договоров. В момент заключения договора стороны не имеют представления о конечном объеме взаимного предоставления. Реализация и/или прекращение прав и обязанностей, определяющих итоговый имущественный результат, связаны с моментом наступления оговоренного сторонами случайного события.

Продолжая исследование природы рискованного договора в целом и алеаторного договора в частности, необходимо выделить их другие характерные признаки.

Так, в свете презумпции возмездности договора, закрепленной в п.3 ст.423 ГК РФ, представляется, что возмездность как признак рискованного договора очевидна. Хотя ее особенностью и является невозможность установить эквивалентность встречного предоставления сторон в момент заключения такого договора. При этом возникает вопрос о возмездности алеаторных договоров, поскольку, как известно, гражданский договор признается возмездным, если сторона получает плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей. Если предоставление свойственно любому договору, то встречное предоставление присутствует только в возмездных договорах и представляет собой взаимное действие лица, обусловленное соответствующим действием контрагента (передача товаров, уплата денег, выполнение работ и др.)¹.

¹ Виниченко С.И. Цена как условие гражданско-правового (предпринимательского) договора: дис.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С.27-28.

В игре и пари возмездность, на первый взгляд, отсутствует. При наступлении обстоятельства, разрешающего спор между сторонами, заключившими пари (например, счет спортивного мероприятия), проигравшая сторона передает другой стороне оговоренное предоставление, при этом не получая ничего взамен. Лицо, приобретающее лотерейный билет, в случае проигрыша также не получает ничего (понятно, что сам лотерейный билет как встречное предоставление не рассматривается).

Обратимся к мнениям ученых на этот счет. Обоснование возмездности алеаторных договоров Ж. Потье видел в том, что целью каждой из сторон такой сделки является удовлетворение только собственных интересов, без намерения принести выгоду контрагенту. Поддерживая Ж. Потье, Р. Саватье замечал, что если в коммутативных договорах предоставляются вещи, то в алеаторных предоставляются шанс или вероятность, которые и составляют предмет договора¹.

Действительно, анализ природы алеаторного договора через призму каузы подтверждает правильность суждения Ж. Потье относительно интересов контрагентов. Вступая в сделку, каждая сторона желает удовлетворить исключительно собственный интерес, надеясь получить встречное предоставление. Отсутствие такой надежды, предположения лишает смысла само заключение алеаторного договора. Имущественное приращение одной стороны в результате исполнения сделки не только не затрагивает, но прямо противоположно интересам другой стороны.

Таким образом, в качестве встречного предоставления в алеаторном договоре следует рассматривать шанс на выигрыш, вероятность выгоды, что обусловлено рискованной природой подобных сделок. По мнению И.В. Елисеева, в пари имущественное предоставление одной стороны (ставка игрока) осуществляется в обмен такого встречного предоставления как шанс на выигрыш. Поскольку подобный шанс (вероятность выигрыша)

¹ Саватье Р. Указ. соч. С.12.

может быть математически исчислен, он обладает определенной ценностью и носит имущественный характер¹.

Другими словами возмездность в рисковом, в том числе алеаторном договоре выражается в предоставлении либо имущественного блага (в страховании, ренте), либо возможности приобретения имущественного блага (в игре и пари, биржевых и внебиржевых договорах, не предусматривающих реальную передачу товара).

Помимо субъективного риска и возмездности в качестве признака рискового договора, а равно и алеаторного, также следует выделить зависимость экономического результата, а, следовательно, и реализации конкретных прав и обязанностей сторон договора от случайного обстоятельства. Обозначение данного признака обусловлено неразрывной связью категорий «риск» и «случай», рассмотренной в п. 1.1 настоящей работы.

Суммируя все признаки, можно сформулировать определения рискового и алеаторного договоров. Рисковым договором признается соглашение, в котором объем встречного предоставления поставлен в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

Алеаторным договором, как разновидностью рискового договора, признается соглашение, в котором встречное предоставление выражается в возможности приобретения имущественного блага в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

2.3. Соотношение рискового договора и условной сделки

Говоря о зависимости экономического результата рискового договора от случая, невозможно обойти стороной дискуссию по поводу соотношения такого договора и условной сделки, имеющую важное практическое значение. Признание сходства указанных категорий может

¹ Гражданское право. Учебник. Т.2. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 2003. С. 708.

послужить основанием для применения к ним в порядке аналогии закона соответствующих норм и наоборот. Разрешение этого вопроса важно как в отношении существующих рискованных договоров, так и в отношении договоров, появление которых возможно в будущем.

Следует указать, что в рамках данного параграфа под условной сделкой понимается именно двусторонняя сделка, т.е. договор, совершенный под условием. Тем более, что и по смыслу ст. 157 ГК РФ условная сделка рассматривается как договор, поскольку применяется термин «стороны». Понятие «условная сделка» используется по причине его устоявшегося употребления.

По мнению ряда ученых, зависимость возникновения, изменения и прекращения прав от наступления или ненаступления события дает основание относить рискованный договор к сделке условной. Так, Ж. Морандьер считал, что рискованный характер может быть придан любому возмездному договору. Для этого достаточно, чтобы предусмотренное исполнение или объем его были поставлены в зависимость от недостоверного обстоятельства¹.

М.И. Брагинский пришел к выводу, что игра является условной сделкой, поскольку для возникновения права одной стороны и обязанности другой, связанные с выплатой выигрыша, помимо заключения договора, необходимо еще и наступление указанного в договоре обстоятельства². Другими словами, в алеаторной сделке возникновение прав и обязанностей поставлено в зависимость от обстоятельства, в отношении которого неизвестно, наступит ли оно³. В связи с этим любая алеаторная сделка, по утверждению М.И. Брагинского, по своей природе есть сделка условная.

Указание на сходство условных и алеаторных сделок обнаруживается и в правоприменительной практике. Так, в постановлении ФАС МО от 11 мая 2006 г. по делу № КГ-А40/3650-06 указано, что элемент риска,

¹ Морандьер Ж. Указ. соч. С. 331

² Брагинский М.И. Правовое регулирование игр и пари // Хозяйство и право. 2004. №11. С. 23.

³ Брагинский М.И. Договоры об играх и пари. М.: Статут, 2004. С. 3.

характерный для сделок с отлагательным условием по смыслу п.1. ст.157 ГК РФ, а также алеаторных сделок (игры, пари), по которым встречное удовлетворение одной из сторон ставится в зависимость от обстоятельств, не зависящих от действий сторон по договору, противоречит существу договора возмездного оказания услуг¹. В определении ВАС РФ от 6 марта 2012 г. № ВАС-1790/12 указано, что если под условие ставится только встречная обязанность оплаты, договоры оказания автотранспортных услуг приобретают алеаторный характер, что противоречит принципу возмездности договоров данного типа².

Сторонники противоположной точки зрения критически относятся к отождествлению рискового договора и условной сделки.

Так, проводя анализ договора страхования, В.И. Серебровский отмечал, договор приобретает свойство алеаторности только в том случае, если предоставления, в силу соглашения, находятся явно или скрыто в зависимости от неизвестного события³. При этом событие должно быть возможным: либо это событие, о котором совсем неизвестно, наступит оно или не наступит, или это событие неизбежное, но момент его наступления не может быть точно определен. В противном случае утрачивается смысл сделки.

Указывая на неотъемлемость случая в структуре рискового договора, В.И. Серебровский пришел к выводу о различиях в природе рисковых и условных сделок. Рассматривая всю совокупность условий (частей) договора, он разделил их на три группы: существенные, обыкновенные и случайные. К существенным относятся те части, без которых не может быть сделки. Обыкновенные части присущи данной сделке, если между сторонами нет иного соглашения. Случайные части сделки устанавливаются сторонами по их усмотрению, причем наличие подобных

¹ Постановление ФАС МО от 11 мая 2006 г. по делу № КГ-А40/3650-06 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. Консультант Плюс: Справочно-правовая система.

² Определение ВАС РФ от 06.03.2012 N ВАС-1790/12 по делу N А19-23741/10-13// <http://www.arbitr.ru>

³ Серебровский В.И. Указ. соч. С. 335.

частей не вытекает из существа сделки. Как раз к случайным частям сделки В.И. Серебровский относил «присоединенные сторонами к основной сделке оговорки, в силу которых стороны ставят последствия сделки в зависимость от будущего неизвестного обстоятельства»¹. В страховании же, по его мнению, наступление предусмотренного в договоре страхового случая является существенной, а не случайной частью договора. Следовательно, являясь сделкой алеаторной, договор страхования к условным сделкам не относится.

Схожей логики придерживается и И.В. Миронов, отмечающий, что обстоятельство в условной сделке является дополнительным элементом сделки. Совершение такой возможно сделки и без такого условия. В игре и пари от обстоятельства, которое может наступить или не наступить в будущем, зависит наступление конечного правового результата, т.е. без такого обстоятельства существование алеаторного договора невозможно².

По мнению В.С. Белых и И.В. Кривошеева, в условных договорах само условие относимо ко всем встречным обязательствам сторон, при этом возмездность и компенсационный характер сделки сохраняется. В алеаторных же договорах случайное обстоятельство ставит под сомнение возможность и объем наступления основного обязательства, не отражаясь при этом на существовании и обязанности исполнения встречного к нему обязательства по уплате определенной денежной суммы³.

В.А. Запорощенко, поддерживая точку зрения В.С. Белых и И.В. Кривошеева, предлагает рассматривать алеаторные и условные сделки как разновидности единой группы так называемых сделок с условием⁴.

Каково же соотношение рискового договора и условной сделки?

Как уже отмечалось, основанием для отождествления рисковых и условных сделок служит зависимость возникновения отдельных прав и

¹ Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут, 1997. С. 338-339.

² Миронов И.В. Указ. соч. С. 144.

³ Белых В.С., Кривошеев И.В. Страхование. М.: Норма, 2001. С. 152.

⁴ Запорощенко В.А. Указ. соч. С.71.

обязанностей сторон от будущего случайного события. По В.М. Хвостову, условными сделками называются сделки, юридический эффект которых поставлен сторонами в зависимость от наступления или ненаступления в будущем события, относительно которого неизвестно, наступит ли оно или нет¹.

Говоря о сделках с отлагательным условием, О.А. Красавчиков замечал, что «в момент заключения сделки никаких прав и обязанностей не возникает; их появление отодвинуто до наступления условия»². Возникает довольно специфическая ситуация – договор заключен, но при этом никаких прав и обязанностей у сторон не возникает. Причем, если оговоренное обстоятельство так и не наступит, сделка прекращает свое действие, так и не породив между ее участниками обязательства.

По поводу такой связи между будущим событием и последствиями сделки Р. Иеринг писал: «Оно (условие) только и дает полное и практическое выражение идее юридического господства над будущим... условие эмансипирует нас от рамок настоящего и подчиняет нам будущее, без подчинения нас этому будущему»³.

Действительно, на первый взгляд, наступление страхового случая, выигрыш можно рассматривать как отлагательное условие, с которым стороны связали возникновение прав и обязанностей (обязанности страховщика по выплате страхового возмещения и корреспондирующего права требования страхователя в договоре страхования, и аналогичные право и обязанность сторон по сделке игры).

Рассуждая подобным образом, можно прийти к следующим выводам. В конструкцию большинства гражданских договоров можно внести отлагательное условие. Если предположить тождество рискового договора и условной сделки, то почти любой договор можно признать рисковым.

¹ Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996. С.160.

² Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. О.А. Красавчикова. М.: Высшая школа, 1985. С. 221.

³ Цит. по: Гамбаров, Ю.С. Гражданское право. Общая часть / под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. С. 774-775.

Подобное утверждение обезличивает рисковые договоры и ставит под сомнение само их выделение в самостоятельную группу, что противоречит традициям римского права, зарубежной и отечественной цивилистики. В данном исследовании такое суждение противоречило бы и ранее сделанным выводам.

В условной сделке и в рисковом договоре имеет место зависимость экономического результата, а, следовательно, и реализации конкретных прав и обязанностей сторон сделки от случайного обстоятельства. Однако влияние такой зависимости на договорную конструкцию различно.

Конститутивным признаком рискового договора служит риск как возможность наступления отрицательных имущественных последствий, в силу обстоятельства, неподвластного воле лица, на имущественные интересы которого оно влияет. Следовательно, в рисковом договоре указание на случайное обстоятельство присутствует всегда, независимо от желания сторон, что позволяет говорить о таком договоре как об особом виде. В условной же сделке стороны вводят условие искусственно по своей воле, хотя оно и не свойственно сделкам подобного вида. Другими словами, условие в условной сделке является факультативным элементом, не оказывающим влияния на саму договорную конструкцию. Например, включение в договор купли-продажи отлагательного условия не означает, что данный договор перестает быть коммутативным договором и становится рисковым.

Подтверждение этим умозаключениям находим в трудах ученых. Известный цивилист XX в. Ю.С. Гамбаров, и современный исследователь Н.Б. Щербаков полагают, что условное волеизъявление никогда не может выражаться в существенных частях сделки, определяющих тот или иной ее законный состав. Так, в той же купле-продаже воля сторон направлена на возникновение прав и обязанностей по передаче товара и соответственно уплате покупной цены. Собственно два этих условия и определяют законный состав купли-продажи как сделки. В случае прибавления к

основному волеизъявлению условия купля-продажа как сделка сохраняется, но считается совершенной под условием. Соответственно если исключить условие, сделка возвратится к первоначальному виду, поскольку договорная конструкция не повреждена. Другими словами, условная сделка всегда предполагает наличие законного состава, без которого сделки нет как таковой, а условие является «добавочным определением воли»¹.

На невозможность отождествления рискового договора и условной сделки также указывает тот факт, что применение правового регулирования условных сделок к рисковым договорам порождает весьма интересные ситуации. Речь идет о п.3 ст. 157 ГК РФ, согласно которому если наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, то условие признается наступившим. Наоборот, если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно, то условие признается ненаступившим.

Интересно рассмотреть рассуждение по этому поводу Н.Б. Щербакова². Применяя правовое регулирование условных сделок к такому рисковому договору, как страхование, ученый делает следующие выводы. Рассматривая первый вариант, когда наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, очевидно, что страхователь не может недобросовестно воспрепятствовать наступлению гибели своего имущества, поскольку его интерес и заключается в сохранении своего имущества. Воспрепятствование наступлению страхового случая со стороны страховщика, во-первых, физически маловероятно, во-вторых, может только поощряться, поскольку защищается имущественный интерес страхователя.

¹ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 772.

² Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 76.

При втором варианте, когда наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно, мошеннические действия со стороны страхователя пресекаются законодателем (например, в соответствии со ст. 963 ГК РФ страховщик освобождается от выплаты страхового возмещения или страховой суммы, если страховой случай наступил вследствие умысла страхователя). Применительно же к страховщику, предположение о недобросовестном содействии наступлению условия в силу возникающей в результате обязанности по выплате страхового возмещения, противоречит здравому смыслу.

Таким образом, отождествление условной сделки и рискового договора противоречит существу последнего. В рисковом договоре установление зависимости возникновения прав и обязанностей от будущего события является частью основного волеизъявления сторон. Очевидно, что невозможно убрать из договора страхования, игры, пари указание на определенное событие, сохранив при этом сам договор. Указание на будущее событие в рисковом договоре является, так же как и риск, признаком, определяющим вид договора. В условных же сделках указание на будущее событие определяется как добавочное волеизъявление сторон, не оказывающее влияние на квалификацию сделки.

С учетом вышеизложенного отметим, что использование в правоприменительной практике в порядке аналогии закона правовых норм об условных сделках в отношении рисковых и алеаторных договоров невозможно, поскольку, несмотря на некоторое сходство, между условной сделкой и рисковым договором имеются существенные различия. По мнению диссертанта, Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» следует дополнить пунктом 54.1 следующего содержания:

«При рассмотрении дел по спорам, связанным с заключением, исполнением, изменением, расторжением и оспариванием рисковых, в том числе алеаторных, договоров, судам следует учитывать невозможность применения к подобным правоотношениям положений законодательства об условных сделках ввиду различий данных категорий. В рисковых, в том числе алеаторных договорах зависимость возникновения или прекращения прав и обязанностей от конкретного события, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит, является существенным признаком указанных договоров, позволяющим отграничить их от иных гражданско-правовых договоров. В условных сделках, являющихся по сути меновыми, зависимость возникновения или прекращения прав и обязанностей от случайного события выступает в качестве добавочного волеизъявления сторон, не оказывающего влияние на квалификацию сделки».

2.4. Проблемы изменения, расторжения и признания недействительными рисковых и алеаторных договоров

Выделение какого-либо договорного вида преследует цель сформулировать юридические последствия, характерные для соответствующего обязательственного правоотношения. Тем не менее, анализ отечественного и зарубежного законодательства приводит к выводу, что законодатель прямо не устанавливает специального регулирования, обусловленного особой природой рисковых и алеаторных договоров. Только в отношении игр и пари закрепляется традиционное правило, выражающееся в лишении требований, вытекающих из них, исковой защиты.

По мнению диссертанта, в первую очередь специфика рискового договора проявляется при разрешении вопроса о его действительности в свете так называемой «убыточности» (*laesio enormis*), т.е. в тех случаях, когда в законодательстве предусмотрено «разрушение договора вследствие

ошибки в побудительной причине к нему, ошибке в предмете действия, влекущей за собой значительную невыгоду для одной из сторон»¹. Рассмотрим концепцию *laesio enormis* более подробно.

Считается, что категория «убыточность» заимствована из римского права, хотя в период поздней Республики и расцвета Империи регулирование отношений строилось на началах невмешательства (*laissez-faire*) и обходилось без широкого применения ценовых ограничений. Частное право считало согласованную сторонами цену неприкосновенной от судебного контроля.

Тем не менее, в позднем римском праве эпохи упадка появляется доктрина, которую впоследствии глоссаторы именовали *laesio enormis*. Согласно данной доктрине, если недвижимость была продана менее чем за половину ее действительной стоимости, продавец мог расторгнуть договор и потребовать свою вещь назад. Покупатель же мог избежать таких последствий, уплатив разницу в цене. Данный институт был упомянут в Кодексе Юстиниана (4.44.2) в *Corpus Juris Civilis* как относящийся к эпохе Диоклетиана (конец III – начало IV века н.э.), но некоторые историки считают, что указанная норма является поздней интерполяцией и появилась именно во времена Юстиниана. Таким образом, доктрина *laesio enormis* была неизвестна классическому римскому праву. В Дигестах Юстиниана содержалось положение, согласно которому каждая из сторон вправе продать подороже и купить подешевле (D.19.2.22.3 и D.4.4.16.4). Как отмечается в литературе, попавшая в *Corpus Juris Civilis* норма о праве расторжения договора продажи недвижимости по явно заниженной цене, была одним из первых исключений из общего правила, которое игнорировало справедливость размера встречного предоставления².

¹Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 28; Сергеев В.И. Предупреждение обмана в гражданско-правовых отношениях. (Теоретические аспекты и практика). // Право и экономика. 2001. № 9. С. 52-60.

² Карапетов А.Г. К вопросу о целесообразности включения в российское законодательство нормы о презумпции кабалности сделок с несоразмерным встречным предоставлением // Материалы Научного круглого стола «Контроль соразмерности встречного удовлетворения и доктрина *Laesio Enormis* в свете реформы гражданского законодательства». <http://www.privlaw.ru/>

Обратимся к современному зарубежному законодательству. Категория «убыточность», заимствованная из римского права, используется во французском законодательстве в качестве фактора, в определенных случаях ведущего к недействительности соглашения. Под убыточностью понимается такое соотношение имущественных предоставлений в меновом договоре, при котором приобретение одной стороны необоснованно и непропорционально меньше в сопоставлении с приобретением контрагента. Однако «убыточность» не является универсальным основанием недействительности договора, а является таковым лишь в случае указания закона. Так, в соответствии со ст. 1118 ФГК «убыточность опорочивает соглашения, содержащиеся лишь в некоторых договорах или заключенные некоторыми лицами». В качестве примера можно привести ст. 1674 ФГК: «Если продавец потерпел ущерб в размере более семи двенадцатых цены недвижимости, то он может потребовать признания продажи ничтожной, хотя бы по договору прямо отказался от права требовать признания договора ничтожным и заявил, что он подарил часть стоимости, не оплаченную покупной ценой»¹.

Существует два подхода к обоснованию права требовать уничтожения договора в силу убыточности. Согласно первому, основание является субъективным. В данном случае имеет место порок согласия: потерпевший вправе требовать признания договора недействительным, опираясь либо на допущенное им заблуждение в стоимости вещи, либо на принуждение его другой стороной к вступлению в договор².

Второй подход, более современный и сближающий правило об убыточности с учением о предмете и основании обязательства, исходит из объективного критерия: обязанность, подлежащая исполнению стороной,

¹ Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. С. 273.

² Морандьер Ж. Указ. соч. С. 246.

потерпевшей от убыточности договора, лишена основания¹, а сам договор противен публичному порядку².

Категория «убыточность» встречается и в германском законодательстве. В качестве общего правила, устанавливающего ничтожность волеизъявления (сделки), устанавливается нарушение общественной нравственности, а в качестве специального – принципы «справедливой цены» (*pretium iustum*) и «чрезмерной убыточности» (*laesio enormis*)³.

§ 138 Германского гражданского уложения гласит:

(1) Сделка, нарушающая добрые нравы, ничтожна.

(2) Недействительной является, в частности, сделка, по которой одно лицо, пользуясь стесненным положением, неопытностью, легкомыслием или слабостью другого, в обмен на какое-либо предоставление со своей стороны заставляет его пообещать либо предоставить себе или третьему лицу имущественные выгоды, явно несоразмерные указанному предоставлению.

Для применения § 138 ГГУ необходимо установление истинной, объективной стоимости предоставлений и сравнение их друг с другом. При этом несоответствие стоимости одного предоставления стоимости другого должно оцениваться именно в момент совершения сделки. Все последующие изменения соотношения стоимостей предоставлений, как правило, не имеют значения для применения данного положения кодекса.

§ 138 ГГУ применяется только в том случае, если выполняются объективные и субъективные условия. Под объективным условием применения § 138 ГГУ понимается явное несоответствие предоставления встречному предоставлению. Под субъективными условиями понимается

¹ Церковников М.А. Оспаривание сделок по убыточности во французском праве// Материалы Научного круглого стола «Контроль соразмерности встречного удовлетворения и доктрина *Laesio Enormis* в свете реформы гражданского законодательства». <http://www.privlaw.ru/>

² Морандьер Ж. Указ. соч. С. 246.

³ Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. С. 278.

использование затруднительного положения потерпевшего, а также его неопытности, легкомыслия или слабоволия.

Очевидно, что условия применения § 138 ГГУ развивались судами в основном в спорах между частными лицами. В то же время § 138 ГГУ применяется также к отношениям между предпринимателями. Это имеет особое значение применительно, например, к размеру процентов по заемным обязательствам¹.

Общее право, как уже было рассмотрено, не выделяет рисковые договоры и не придерживается доктрины «чрезмерной убыточности».

Так, в английском праве одним из главных правил действительности простых договоров, помимо необходимости встречного удовлетворения, является то, что само встречное удовлетворение не обязательно должно быть эквивалентным. Суды считают, что встречное удовлетворение и обязательство не обязательно должны быть равноценны, поэтому, если лицо получает то, ради чего вступало в договор, нет оснований проверять эквивалентность предоставлений². В то же время право справедливости рассматривает неэквивалентное встречное удовлетворение как доказательство обмана или злоупотребления влиянием, что является основанием возражения против иска об исполнении в натуре или требования об аннулировании обязательства³.

Термин «убыточность» широкого распространения в российском праве не получил. Частичное отражение концепции «чрезмерной убыточности» обнаруживается в ст. 179 ГК РФ, где закреплена норма о кабальной сделке.

Следует заметить, что в проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные

¹ Панов А. Ростовщические сделки по немецкому гражданскому праву (§ 138 II BGB) // Материалы Научного круглого стола «Контроль соразмерности встречного удовлетворения и доктрина *Laesio Enormis* в свете реформы гражданского законодательства». <http://www.privlaw.ru/>

² Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. С. 282.

³ Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 75.

акты Российской Федерации» предлагалось статью 179 ГК РФ дополнить пунктом 3 следующего содержания:

«3. Сделка на крайне невыгодных условиях, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего.

Предполагается, поскольку не доказано иное, что сделка во всяком случае является кабальной, если цена, процентная ставка или иное предоставление, передаваемое потерпевшим, в два раза или более превосходит то, что предоставляет по сделке другая сторона.

Правила о кабальных сделках соответственно применяются к сделкам, совершенным гражданином на крайне невыгодных условиях вследствие неопытности в делах, легкомыслия или слабоволия».

Несмотря на то, что пункт в указанной редакции не был включен в ГК РФ, отражение презумпции кабальности сделки, закрепленная в абз.2 данного пункта, встречается и в законодательстве и в правоприменительной практике. Так, в ст. 61.2 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» указано, что сделка, совершенная должником в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления, может быть признана арбитражным судом недействительной при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки, в том числе в случае, если цена этой сделки и (или) иные условия существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (подозрительная сделка). Согласно этому же Закону неравноценным встречным исполнением обязательств признается, в частности, любая передача имущества или иное исполнение обязательств, если рыночная стоимость переданного должником имущества или осуществленного им иного исполнения обязательств существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств,

определенную с учетом условий и обстоятельств такого встречного исполнения обязательств¹.

В Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 62 от 30 июля 2013 г. «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» в качестве примера недобросовестных действий (бездействия) директора рассматривается заключение сделки на заведомо невыгодных для юридического лица условиях. Под такой сделкой понимается сделка, цена и (или) иные условия которой существенно в худшую для юридического лица сторону отличаются от цены и (или) иных условий, на которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (например, если предоставление, полученное по сделке юридическим лицом, в два или более раза ниже стоимости предоставления, совершенного юридическим лицом в пользу контрагента)².

По мнению диссертанта, презумпция кабальности сделки может послужить для недобросовестных лиц основанием для предъявления требования о признании недействительными рискованных, в том числе алеаторных, договоров.

Рассмотрим ситуацию на примере договора пожизненной ренты. Представим, что получатель ренты из корыстных побуждений желает расторгнуть договор и получить недвижимость обратно, однако плательщик ренты добросовестно исполняет свои обязанности. При желании (при предварительном просчете) получатель ренты может представить обоснование для признания заключенной сделки кабальной (например, сослаться на пожилой возраст, отсутствие средств к существованию в момент заключения договора, недостаточный размер рентного платежа для комфортного проживания и т.п.). Перед судом

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" // "Собрание законодательства РФ", 28.10.2002, N 43, ст. 4190.

² Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №62 от 30 июля 2013 г. "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица" // <http://www.arbitr.ru>

встанет вопрос о возможности применения презумпция кабальности сделки в данном случае.

Разумно предполагать, что предъявление требования о чрезмерной убыточности при соблюдении указанных в законе условий возможно только в отношении меновых договоров. В отношении рисковых и алеаторных договоров концепция *laesio enormis* неприменима, поскольку это противоречит существу таких договоров, объем встречного предоставления в которых не может быть определен. Стороны, заключая подобный договор, сознательно формируют рисковую ситуацию, выражающуюся в возможной неэквивалентности обмениваемых имущественных благ. Заключение рискового договора требует от сторон особой осмотрительности, поскольку впоследствии оспорить такой договор по причине кабальности невозможно.

Этот вывод подтверждается ст. 61.4 Федерального закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», согласно которой сделки, совершаемые на организованных торгах на основании хотя бы одной заявки, адресованной неограниченному кругу участников торгов, а также действия, направленные на исполнение обязательств и обязанностей, возникающих из таких сделок, не могут быть оспорены на основании рассмотренной выше статьи 61.2 этого же закона.

При этом следует учитывать, что иные основания, порождающие недействительность договора, применимы к рисковым договорам в полной мере.

В действующем законодательстве закреплен ряд особых механизмов для минимизации риска в рисковых договорах. Например, право плательщика ренты на выкуп постоянной ренты (ст. 592 ГК РФ), нотариальное удостоверение договора ренты (ст. 584 ГК РФ), право страхователя на отказ от договора страхования в любое время, если к моменту отказа возможность наступления страхового случая не отпала (ст. 958 ГК РФ) и др. Указанные нормы свидетельствуют, что законодатель

признает рисковую природу таких договоров и предоставляет сторонам средства для уменьшения возможных отрицательных имущественных последствий.

Говоря о невозможности распространения концепции *laesio enormis* на рисковые договоры, особо следует также обратить внимание на невозможность применения к ним ст. 451 ГК РФ, предусматривающей возможность изменения и расторжения договора по требованию заинтересованной стороны в связи с существенным изменением обстоятельств. Одним из условий изменения или расторжения договора является такое нарушение соотношения имущественных интересов сторон, при котором заинтересованная сторона в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. При этом согласно этой же статье, изменение и расторжение договора по требованию заинтересованной стороны в связи с существенным изменением обстоятельств допускается только, если в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет, и из обычаев делового оборота или существа договора не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона. Последнее правило еще раз подтверждает, что законодатель признает рисковые договоры и закрепляет специальные нормы для их изменения и расторжения. Поскольку риск является конститутивным признаком рисковых договоров, применение к таким договорам ст. 451 ГК РФ невозможно.

Таким образом, формирование сторонами рискового и алеаторного договоров субъективного риска по собственной воле делает неприменимым к таким договорам большинства конструкций относительно эквивалентности встречного предоставления. По мнению автора, это правило универсально и должно действовать не только в отношении существующих поименованных рисковых договоров, но и договоров, появление которых возможно в будущем.

Можно сделать вывод, что рисковый и алеаторный договоры обладают спецификой, не позволяющей применять к ним правовое регулирование меновых договоров в полной мере. В целях отражения в законодательстве специфики рисковых и алеаторных договоров предлагается внести в ГК РФ 423.1 «Меновые и рисковые договоры» следующего содержания:

«1. Меновым договором признается соглашение, при заключении которого стороны согласовывают объем встречного предоставления.

2. Рисковым договором признается соглашение, в котором объем встречного предоставления поставлен в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

Алеаторным договором, как разновидностью рискового договора, признается соглашение, в котором встречное предоставление выражается в возможности приобретения имущественного блага в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

3. Применение к рисковым, в том числе алеаторным договорам норм, регулирующих меновые договоры, возможно постольку, поскольку это не противоречит существу рисковых договоров».

ГЛАВА 3. ОСОБЕННОСТИ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ АЛЕАТОРНЫХ ДОГОВОРОВ

3.1. Обязательства, вытекающие из игр и пари

Анализируя особенности алеаторных договоров, невозможно обойти стороной вопрос о защите требований, вытекающих из них, в частности об отсутствии судебной защиты требований из игр и пари. Насколько обоснована такая позиция законодателя, и можно ли утверждать, что такое регулирование следует распространять на все договоры, подпадающие под признаки алеаторных? Ответ на этот вопрос имеет важное практическое значение, поскольку согласно одной из позиций, существующей в доктрине и судебной практике, к группе алеаторных договоров, наряду с играми и пари, относятся некоторые срочные сделки, в частности, так называемые сделки на разницу. Обратимся к анализу игры и пари как алеаторных договоров.

Исторически к играм и пари сложилось в целом негативное отношение законодателя. Игры и пари рассматривались как источник незаконного получения денег одними за счет разорения других. В одних странах происходило полное запрещение игр и пари, в других - законодатель устанавливал ограничения на их совершение. Современное регулирование существенных изменений не претерпело.

В российском законодательстве играм и пари посвящена гл. 58 ГК РФ, которая включает в себя лишь две статьи, ни в одной из которых не дается определение этих понятий. В ст.4 Федерального закона от 29.12.2006 № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» указано, что под азартной игрой понимается основанное на риске соглашение о выигрыше, заключенное двумя или несколькими участниками такого соглашения между собой либо с организатором азартной игры по правилам, установленным организатором азартной игры. Пари

рассматривается как разновидность азартной игры, при которой исход основанного на риске соглашения о выигрыше, заключаемого двумя или несколькими участниками пари между собой, либо с организатором данного вида азартной игры, зависит от события, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Схожие определения азартной игры и пари ранее содержались в ст. 364 Налогового кодекса РФ. Однако эти дефиниции не способны в полной мере отразить специфику рассматриваемых категорий и выявить их различия.

Определение игр и пари можно встретить в дореволюционной литературе. Согласно решению Гражданского кассационного департамента Правительственного Сената № 57 за 1883 г. пари – это соглашение, которое, обладая внешними признаками договора, вызывается не действительными или серьезными потребностями жизни, а прихотью или страстью. В пари стремление достигнуть известного результата лишь путем риска является единственным мотивом соглашения¹.

Современные ученые видят основное отличие игры от пари в наличии возможности влиять на их исход. Как отмечает Е.И. Спектор, при игре у сторон имеется возможность повлиять на ее результат, тогда как при пари такой возможности нет, поскольку предполагается, что одна сторона утверждает, а другая отрицает наличие определенного события, наступление которого не зависит от них².

Особенностью правового регулирования игр и пари является то, что, обязательства, вытекающие из них, лишены судебной защиты. Согласно ст. 1062 ГК РФ, требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите. Исключение составляют требования лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари. Причем, если

¹ Свод кассационных положений по вопросам русского гражданского материального права за 1866-1905 годы / Сост. В.Л. Исаченко. СПб., 1906. С. 308.

² Спектор Е.И. Правовое регулирование алеаторных сделок // Право и экономика. 2005. № 8.

должник добровольно исполнит свое обязательство по уплате долга, впоследствии требовать возврата уплаченного он уже не вправе.

Подобные обязательства были известны еще римскому праву, где они обозначались как «натуральные обязательства» (*obligatio naturalis*). Основное последствие натурального (неискового) обязательства выражается в том, что оно может привести к удовлетворению в том случае, когда по фактическим обстоятельствам можно обойтись без иска об исполнении¹. К натуральным обязательствам относились обязательства раба, подвластного, взявшего займы вопреки *Senatusconsultum Macedonianum*; обязательства между лицами, подчиненными одной и той же отцовской власти; обязательство из неформального соглашения, *ex nudo pacto* и др.

Натуральные обязательства, хотя и были лишены исковой защиты, тем не менее, не были совсем лишены правового эффекта. Уплаченное по такому обязательству не могло быть истребовано обратно как неосновательное обогащение: *solvendo non repetunt quia naturalis obligatio manet*.

Можно выделить два квалифицирующих признака натуральных обязательств, обозначенных в римском праве: во-первых, несмотря на то, что кредитор лишен права требовать, должник, не может требовать обратно исполненное; во-вторых, натуральные обязательства - это отношения, лишенные исковой защиты, но вызывающие иные последствия².

В римском праве роль натуральных обязательств была велика. Объем гражданских обязательств был незначителен, однако при помощи именно развития натуральных обязательств санкционировались отношения, которые строгим гражданским правом не признавались, тем самым позволяя

¹ Савиньи Ф.К. Обязательственное право. СПб., Юридический центр Пресс, 2004. С. 73.

² Хвостов В.М. Натуральные обязательства по римскому праву. М., 1898. С. 1.

развивать обязательственное право. Другими словами, натуральные обязательства служили «средством юридического прогресса»¹.

Натуральное обязательство обладает всеми элементами, необходимыми для существования обычного обязательства, но само его основание дефектно, и поэтому желаемые правовые последствия не наступают. Подробное рассмотрение натуральных обязательств встречается в трудах французских цивилистов.

Ж. Потье отмечал, что натуральные обязательства по своей природе являются гражданско-правовыми обязательствами, однако являются долгом совести, поскольку кредитору не предоставлено право требовать от должника исполнения перед судом².

По мнению Е. Годэмэ, натуральные обязательства являются таковыми по двум причинам: во-первых, в случае порока обязательства, который влечет его недействительность, но не делает его несуществующим; во-вторых, если законная презумпция парализует гражданское обязательство. Соответственно, натуральные обязательства можно назвать недоразвившимися или выродившимися гражданскими обязательствами. К первым возможно причислить обязательство недееспособного лица, обладающего однако сознательной волей, например, несовершеннолетнего либо психически больного в момент прояснения сознания. Ко вторым же относятся обязательства, изначально имевшие юридическую силу, но, впоследствии лишившись одного из существенных элементов, потерявшие статус гражданского обязательства. Таковы, например, обязательства, по которым истекла исковая давность.

В целом во французской цивилистике сложилось два подхода к существу натурального обязательства.

¹ Годэмэ Е. Теория обязательств. С. 496.

² Pothier. Traite des obligations. Цит. по: Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. Т.2. Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012. С. 77.

Сторонники первого подхода признают натуральное обязательство гражданским правоотношением в силу произведенного платежа. Данное утверждение отражается в следующих случаях:

1. в случае обязательства, основание которого с точки зрения закона не порождает права на иск;
2. в случае обязательства, возникшего из договора, который совершен лицом, не обладающим необходимым объемом дееспособности;
3. в случае обязательства, по которому иск не может быть предъявлен вследствие *exceptio peremptoria* (законная сила судебного решения, истечение давности и т.п.).

Сторонники второго подхода полагают, что натуральные обязательства не относятся к области гражданского законодательства. Законодатель снабжает исковой защитой лишь гражданские обязательства. Натуральное обязательство порождено справедливостью, тогда как гражданское обязательство основано на предписаниях права¹.

Среди отечественных ученых, высказывавших мнение относительно природы натуральных обязательств, следует отметить В.И. Синайского, в трудах которого обнаруживаются весьма интересные суждения. Под натуральными обязательствами он понимал обязательства действительные, которые, однако, не могут быть защищены путем иска в случае нежелания должника исполнить их добровольно². Натуральные обязательства порождены общественным правосознанием, но не достигли еще своего полного признания в гражданском праве. Юридическая сила подобных обязательств, по мнению ученого, несмотря на невозможность защиты иском, выражается во многих других правовых последствиях.

По мнению известного отечественного цивилиста М.М. Агаркова, выделение натуральных обязательств вообще не обоснованно, поскольку подобные отношения обязательствами как таковыми не являются.

¹ Агарков М.М. Указ. соч. С. 83

² Синайский В.И. Русское гражданское право (обязательственное, семейное и наследственное право). 2-ое изд., испр. и доп. Киев: Прогресс, 1918. С. 445.

Обязательство есть правоотношение, в силу которого одна сторона (кредитор) вправе требовать от другой стороны (должника) определенного действия (воздержания от действия), а поскольку в натуральном обязательстве ни одна из сторон ничего не вправе требовать, соответственно и обязательством назвать данное правоотношение нельзя.

Противоположной точки зрения придерживался И.Б. Новицкий, считая, что, если натуральное обязательство не признавалось бы обязательством в юридическом смысле, то оно не могло бы служить основанием для платежа. По мнению ученого, по общему правилу в гражданском праве санкция выражается в форме исковой защиты, однако в натуральном обязательстве присутствует более слабая форма санкции – признание юридической силы за произведенным по данному долгу исполнением¹.

Применительно к настоящему времени, немаловажную роль в определении существа и значения натурального обязательства для российского гражданского права послужила ст. 308³ «Натуральное обязательство», содержащаяся в проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Согласно этой статье натуральным признается обязательство, по которому требование кредитора не подлежит судебной защите, а должник, исполнивший натуральное обязательство, не вправе требовать возврата исполненного. Разработчики проекта предложили весьма интересное правило, согласно которому в случаях, предусмотренных законом или договором, исполнение которого связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, требование кредитора по натуральному обязательству может быть признано подлежащим судебной защите.

¹ Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. Курс советского гражданского права. М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1954. С. 227.

Обратимся к природе обязательств, вытекающих из алеаторного договора. В алеаторном договоре одна из сторон в момент наступления оговоренного события всегда оказывается в невыгодном, проигрышном имущественном положении. Как отмечает В.А. Белов, риск в играх и пари не связан с наступлением случая, негативно влияющего на предпринимательскую деятельность ее участников. Сам проигрыш отрицательно сказывается на имущественном состоянии игрока, но он является следствием участия в игре, а не в предпринимательской деятельности. В других алеаторных сделках, напротив, случай подстерегает их участников независимо от того, заключат они эту сделку или нет¹.

Как отмечалось, социально-психологические исследования свидетельствуют о склонности субъектов к избеганию риска. Можно сделать вывод, что участниками игр и пари выступает лишь незначительная часть субъектов гражданского оборота, склонных к риску, так называемых рискофилов. При заключении договора интерес рискофила направлен не на достижение договорной имущественной цели, а на удовлетворение личных потребностей в риске.

С точки зрения гражданского права, целью стороны, вступающей в игру или пари, является получение выгоды или «легкое» обогащение по воле случая. Удовлетворение патологических психологических потребностей выступает здесь в качестве мотива. Участники игр и пари осознанно подвергают распределение своих прав и обязанностей влиянию случая. Между тем «юридическую обязанность, возникшую из игры или пари, нельзя признать безосновательной, поскольку ее основанием был равный риск приобретения идентичной или аналогичной обязанности контрагентом»². Поэтому отказ в защите требований из игр и пари не обусловлен недействительностью таких обязательств.

¹ Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права // Законодательство. 1999. № 9. С. 14.

² Белов В.А. Указ.соч. С.17.

Добровольное принятие игроком риска в виде возможных материальных убытков осуществляется в обмен на возможность получения «нетрудовой» выгоды и не несет в себе никакого положительного нравственного эффекта. В силу того, что риск в игре и пари не имеет существенного общественного обоснования, требования, вытекающие из этих договоров, не подлежат судебной защите. В свое время Правительствующий Сенат следующим образом разъяснил причину, по которой обязательства из игр и пари не подлежат судебной защите: «Здесь выразилось нежелание законодателя покровительствовать сделкам пари вследствие отсутствия серьезности в их содержании и ничтожности интереса, представляемого ими для гражданской жизни общества»¹.

В настоящее время судебная практика не отличается единообразием применения гражданского законодательства об играх и пари. В подтверждение следует привести дело, явившееся предметом рассмотрения Верховного суда Российской Федерации и Конституционного суда Российской Федерации.

Маргиев Т.Ю., Федосеева З.А. обратились в суд с иском к букмекерской конторе ЗАО о взыскании суммы выигрыша.

Решением Центрального районного суда г. Сочи от 22 сентября 2011 г. исковые требования удовлетворены.

Определением Судебной коллегии по гражданским делам Краснодарского краевого суда от 3 ноября 2011 г. решение суда первой инстанции отменено, постановлено новое решение, которым в удовлетворении исковых требований отказано.

24 июня 2013 г. кассационная жалоба Маргиева Т.Ю. с делом передана для рассмотрения в Судебную коллегию по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации.

Судом установлено, что 4 июля 2011 г. в филиале букмекерской конторы ЗАО Маргиев Т.Ю., Федосеева З.А. сделали ставки в виде денежных средств на спортивное мероприятие - матч 1/32 Кубка России по футболу между командами «Алания»

¹ Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга четвертая. С. 546.

(Владикавказ) – «Волгарь-Газпром» (Астрахань). После выигрыша истцы пришли за получением выигранной суммы, однако работники букмекерской конторы отказали в выплате выигрыша, мотивируя тем, что ставки сделаны неоднократно на одно событие несколькими лицами с целью обойти максимальные размеры ставки, в связи с чем букмекерская контора признала данные ставки недействительными.

Разрешая спор, суд первой инстанции исходил из того, что ЗАО имеет право организовывать и проводить азартные игры, в связи с чем сами по себе требования истцов о выплате выигрыша подлежат судебной защите. Заключение договоров о проведении пари между истцами и ответчиком подтверждается соответствующими квитанциями, что соответствует требованиям п.2 ст. 1063 ГК РФ. Суд нашел доводы представителя ответчика о том, что истцами были нарушены Правила организации деятельности букмекерской конторы несостоятельными.

Судебная коллегия по гражданским делам Краснодарского краевого суда с выводами суда первой инстанции не согласилась, указав, что поскольку истцы приняли участие в азартных играх добровольно, то оснований для взыскания сумм выигрыша, заявленных истцами, законом не предусмотрено, ответчик не является стороной игровой сделки, заключаемой Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями или лицом, действующим по их разрешению.

Определением Верховного суда Российской Федерации от 16 июля 2013 г. определение Судебной коллегии по гражданским делам Краснодарского краевого суда от 3 ноября 2011 г. отменено, дело передано на новое рассмотрение по следующим основаниям. В ст. 1063 ГК РФ предоставление исковой защиты находится в корреляции с тем, получено ли от уполномоченного органа разрешение (лицензия) на проведение игр, кто проводит соответствующие игры. Лицензией №4 от 26 июня 2009 г., выданной Федеральной налоговой службой, ЗАО предоставлено право осуществлять деятельность по организации и проведению азартных игр в букмекерских конторах и тотализаторах. Таким образом, права Маргиева Т.Ю. как участника правоотношения, второй стороной которых является юридическое лицо, получившее от государства разрешение на заключение с другими лицами игровых сделок, подлежат защите путем предъявления исковых требований о взыскании суммы выигрыша¹.

¹ Документ опубликован не был. <http://www.supcourt.ru>

Указанная правовая позиция изложена в определении Конституционного суда Российской Федерации от 22 марта 2012 г. № 500-0-0¹.

Таким образом, обязательства игр и пари должны признаваться действительными, независимо от того, обладают ли они судебной защитой или нет. Однако ввиду сложившихся в обществе моральных норм, основанных на осуждаемом стремлении человека к легкой наживе и удовлетворению азарта, страсти, право как регулятор общественных отношений обязано реагировать на подобные правоотношения адекватно. В связи с этим придание обязательствам, вытекающим из игр и пари, режима натурального обязательства представляется оптимальным компромиссом, традиционно сложившимся в праве, однако не свидетельствует о распространении этого правила на все иные алеаторные договоры.

3.2. Рисковые начала в биржевых и внебиржевых договорах

Еще в дореволюционной юридической литературе существовало мнение об отнесении ряда биржевых и внебиржевых договоров к рисковым². По мнению диссертанта, эту группу договоров следует отнести именно к алеаторным договорам, что подтверждается, в частности, анализом судебной-арбитражной практики и изменений законодательства (прежде всего, имеется в виду ст. 1062 ГК РФ). Для обоснования данного предположения обратимся к подробному анализу биржевых и внебиржевых договоров в свете выявленных особенностей рисковых и алеаторных договоров.

¹ Документ опубликован не был. <http://www.ksrf.ru>

² Волков А.Ф. Биржевое право: Биржевой суд и правила биржевой торговли хлебными товарами. Т. 1: Материалы Калашниковской хлебной биржи г. С.-Петербурга в связи с практикой западноевропейских бирж. – С.-Пб.: Тип. т-ва "Обществ. польза", 1905. Гессен Я.М. Биржевые сделки по русскому праву // Банковская энциклопедия. Т. 2. Киев, 1917. - 390 с. Нисселович Л.Н. О биржах и биржевых установлениях и мерах ограничения биржевой игры. Обзорение важнейших законодательств сравнительно с русским правом. СПб. Типо-Литография А.Е. Ландау, 1879. - 188 с. Студентский М.С. Биржа, спекуляция и игра. СПб. Типография А.М. Менделевича. 1842. Тигранов А.О. Биржа, биржевая спекуляция и положительные законодательства. СПб. Типография М.М. Стасюлевича. 1879.

Необходимо уточнить, что в данном параграфе понятия «сделка» и «договор» использованы в качестве синонимов. Это обусловлено тем, что ранее в законодательстве о биржевой торговле в отношении биржевых и внебиржевых соглашений, являющихся по своей природе именно договорами, использовался термин «сделка». Например, в ст. 7 Закона РФ от 20 февраля 1992 года № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле» закреплялось понятие биржевой сделки как зарегистрированного биржей договора (соглашения), заключаемого участниками биржевой торговли в отношении биржевого товара в ходе биржевых торгов. Согласно ст. 6 этого же Закона в случаях и порядке, которые установлены Правительством Российской Федерации, товарная биржа осуществляла регистрацию внебиржевых сделок с биржевым товаром¹. Подобная терминология получила широкое распространение в юридической и экономической литературе. В то же время с 1 января 2014 г. Закон «О товарных биржах и биржевой торговле» утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах», который применительно к биржевым и внебиржевым соглашениям использует термин «договор».

3.2.1. Общие положения о биржевых и внебиржевых договорах

В настоящее время договоры, совершаемые на биржевых и внебиржевых торгах, являются объектом пристального внимания со стороны, как законодателя, так и ученых. Объединяющим началом биржевого и внебиржевого рынков выступает то, что на них совершаются одинаковые по существу сделки. В основном заключаются так называемые срочные сделки, природа которых и вызывает интерес в рамках проводимого исследования.

¹ Закон РФ от 20 февраля 1992 года N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле" // "Ведомости СНД и ВС РФ", 07.05.1992, N 18, ст. 961 (утратил силу).

Известно, что особенностью срочных сделок является отложенный срок исполнения. Стороны оговаривают предмет сделки (товар), его стоимость на определенную дату или через указанный в договоре срок, а фактическое исполнение осуществляется через некоторое время. В качестве товара по срочной сделке могут выступать ценные бумаги, валюта, биржевые или погодные индексы и др. Однако биржевым товар становится только после включения в котировочный список данной биржи.

В экономической литературе объекты срочного финансового рынка называются производными финансовыми инструментами, или деривативами, под которыми понимают финансовые инструменты, ценность которых проистекает из колебания цен на соответствующие активы (underlying asset)¹.

Подобная терминология воспринята и юристами. Так, говоря о понятии «производный финансовый инструмент», подразумевают документ, который удостоверяет факт заключения разовой гражданско-правовой сделки на условиях, определенных в рамочном договоре, и определяет конкретные количественные параметры заключенной сделки (т.е. определяет условия данного разового правоотношения)². Цели использования производных финансовых инструментов различны: хеджирование рисков, управление активами, спекуляция, финансовое посредничество и т.д.

Единообразное определение того, что представляют собой деривативы, сформировалось лишь в отношении некоторых производных финансовых инструментов. Так, по мнению немецкого исследователя Г. Райнера, «к ним относят покупку/продажу на срок и опционы (на акции, облигации, процентные ставки, валюту, сырье и индексы), которые предусматривают исполнение в денежной форме путем уплаты ценовой

¹ Кидуэлл Д.С. Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Финансовые институты, рынки и деньги / пер. с англ. СПб., М., Харьков, Минск, 2000. С. 284.

² Отдельные виды обязательств в международном частном праве / под ред. В.П. Звекова. М.: Статут, 2008. С. 278.

разницы, а также свопы - в последнем случае, как правило, не делается различий относительно того, имеет место выплата разницы или обмен номинальными суммами. К подвидам покупки/продажи на срок относят внебиржевой форвардный контракт и биржевой фьючерс»¹.

Согласно Приказу ФСФР России от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н «Об утверждении Положения о видах производных финансовых инструментов» к производным финансовым инструментам отнесены следующие виды договоров (контрактов):

- опционный договор;
- фьючерсный договор;
- биржевой форвардный договор;
- внебиржевой форвардный договор;
- своп-договор².

Приказ содержит понятия таких договоров, а также закрепляет, какие производные финансовые инструменты являются поставочными или беспоставочными.

Не вдаваясь в тонкости экономической терминологии, которая, судя по проанализированной литературе, не отличается единообразием, представляется целесообразным рассматривать термины «производный финансовый инструмент», «дериватив» и «срочная сделка» как синонимы и относить к таковым договоры, закрепленные рассмотренным выше Приказом.

Срочные сделки, заключаемые на организованных торгах, являются разновидностью гражданско-правовых сделок, поскольку направлены на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. По мнению ряда ученых, по правовой природе большинство из них являются куплей-продажей³. Однако в настоящее время широко

¹ Райнер Г. Указ. соч. С. 10. См. также: Халл Дж. К. Опционы, фьючерсы и другие производные финансовые инструменты / пер. с англ. М.; СПб.; Киев, 2007. С. 39.

² Приказ ФСФР России от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н «Об утверждении Положения о видах производных финансовых инструментов» // "Российская газета", N 87, 23.04.2010.

³ Волков А.В. Указ. соч. С. 92. Гессен Я.М. Указ. соч. С. 348.

используются сделки, обладающие существенными отличиями от традиционной купли-продажи (например, сделки РЕПО, сделки своп и др.). Согласно верному замечанию дореволюционного юриста В. Судейкина, «они (биржевые сделки) до такой степени осложняются, подвергаясь разного рода изменениям, что кажутся потерявшими свой первоначальный характер»¹.

В современной юридической литературе предпринимаются попытки рассматривать производные финансовые инструменты как совокупность нескольких более простых инструментов, таких как купля-продажа, кредит, обмен, перекрестная ссуда. Однако «было бы искусственным различно квалифицировать операции, глубинный механизм которых подобен»².

Большинство срочных сделок направлены не на приобретение реального товара, а на получение разницы между рыночной (биржевой) и договорной ценой. Такие сделки были известны отечественной дореволюционной цивилистике как «сделки на разницу».

Еще в дореволюционной литературе имела место дискуссия относительно существа подобных сделок. Так, Г.Ф. Шершеневич считал, что такие сделки по своей природе являются сделками пари, которое выигрывается теми, кто лучше осведомлен о положении рынка и обстоятельствах, оказывающих на него влияние³. По противоположному мнению П.П. Цитович на бирже не играют, а спекулируют, т.е. покупают и продают. Схожей позиции придерживался и В.Радлов, утверждая, что «сделки на разность, т.е. спекуляцию на выгоду, без действительного обмена товаров, не следует противопоставлять действительной купле-продаже товаров»⁴.

¹ Судейкин В. Указ. соч. С. 66.

² Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право / пер. с франц. М., 1996. С. 537.

³ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М. 2005. С. 488.

⁴ Радлов В. Сделки на разность // Закон. 2007. №2. С. 211.

На основании обзора юридической литературы можно сделать вывод об отсутствии единых подходов к определению правовой природы срочных сделок, но анализ существа наиболее распространенных из них позволяет выделить ряд общих черт.

Так, Г. Райнер указывает следующие особенности деривативов¹:

1) договор заключается по поводу базового актива - валюты, акций, процентных ставок;

2) момент исполнения договора относится к будущему времени (договор является срочным);

3) цена договора (размер исполнения) зависит от изменения стоимости базового актива (колебания курса валюты, ценных бумаг);

4) зависимый (производный) характер таких договоров заключается в том, что права, приобретаемые по нему, не влекут одновременного предоставления прав на базовый актив: последние могут возникнуть только при наступлении срока исполнения обязательств;

5) исполнение обязательств в большинстве случаев прекращается зачетом, соответственно происходит не предоставление базового актива, а передача денег (курсовой разницы);

6) сторона, которая будет обязана совершить исполнение (выплатить деньги), не всегда известна заранее, а определяется только в момент исполнения договора в зависимости от положительного или отрицательного изменения цены базового актива.

Отсутствие единого понимания и должного правового регулирования деривативов и в настоящее время приводит на практике к их негативной юридической оценке и необоснованным судебным решениям.

Уместно привести пример из судебно-арбитражной практики.

Определением Арбитражного суда г. Москвы от 29.05.2001 г. компании отказано в удовлетворении жалобы в части проведения зачета встречных однородных требований. Между банком и компанией в 1997-1998 гг. было заключено семь

¹ Райнер Г. Указ. соч. С. 12.

расчетных опционных и форвардных контрактов. По этим сделкам долг банка перед компанией составил 44 234 871,9 долл. США без учета штрафных санкций, а долг компании перед банком составляет 22 202 342,22 долл. США. Все контракты были подчинены материальному праву Англии, по которому подобные сделки рассматриваются как инвестиции в соответствии с Актом о финансовых услугах 1986 г. и подлежат судебной защите.

Постановлением апелляционной инстанции того же арбитражного суда от 17.08.2001 г. определение от 29.05.2001 г. оставлено без изменения.

В постановлении кассационной инстанции указано, что по смыслу ч. 1 ст. 12 АПК РФ арбитражный суд при применении иностранного права устанавливает существование и содержание его норм согласно их толкованию и практике применения, сложившихся в соответствующем иностранном государстве. Законодательство Англии о сделках на разницу, об играх и пари представлено фрагментарно. В пределах этих фрагментов имеется юридическое заключение и дополнение к нему Ч. Марквинда, принятое арбитражным судом относительно зачета требований частично, без указания мотивов.

В силу ч. 2 ст. 12 АПК РФ в целях установления существования и содержания норм иностранного права арбитражный суд может в установленном порядке обратиться за содействием и разъяснениями в компетентные органы и организации в Российской Федерации и за границей либо привлечь специалистов. Однако эту возможность суд не использовал. В результате обжалуемые судебные акты были отменены, а дело передано на новое рассмотрение¹.

Российские суды неоднократно квалифицировали расчетные форвардные договоры, заключенные вне биржевых площадок, как пари и отказывали в предоставлении по ним судебной защиты, ссылаясь на отсутствие хозяйственной цели заключения и на то, что стороны изначально не собирались производить реальную поставку валют или ценных бумаг, а прекращали обязательство зачетом².

Негативное отношение к подобным договорам было характерно и для зарубежных стран - США, Франции, Великобритании и др. Однако важная

¹ Постановление ФАС Московского округа от 14.11.2001 N КГ-А40/6297-01 // Документ опубликован не был. // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 1999 г. № 5347/98, Постановление ФАС МО от 29 ноября 2001 г. по делу № КГ-А40/6884-01, решение МКАС от 21 февраля 2001 г. по делу № 37/2000 // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

роль деривативов в развитии экономики привела к изменению, как законодательства, так и судебной практики.

Так, федеральное законодательство США, в частности Акт об обращении ценных бумаг (Securities Exchange Act, 1934)¹, Закон о модернизации финансовых услуг (Financial Services Modernization Act, 1999) не только признает, но и защищает различные виды сделок на финансовых рынках. Законодательство об играх, пари и так называемых беспоставочных договорах «не должно приводить к признанию недействительными операций «put», «call» опционов, преимущественных прав по отношению к ценным бумагам или любую иную деятельность, связанную с предложением, покупкой, продажей, исполнением, зачетом в отношении ценных бумаг, если торговля такими бумагами осуществляется в соответствии с правилами саморегулируемых организаций»².

Важно указать, что в судебной практике Нью-Йорка выработаны критерии, по которым инвестиционная сделка может быть отграничена от игр и пари. Например, в решении по делу *Liss V. Manuel* указано: «Различие заключается в том, что участник инвестиционного процесса делает или старается делать что-либо, способствующее благоприятному исходу событий для его предприятия, в то время как игрок пассивно ожидает (должен ожидать), когда произойдет случайное событие. Отсутствие инвестируемых средств и передача денег лишь после произошедшего события может быть одним из признаков незаконной игры»³.

Анализ законодательства стран ЕС также свидетельствует о тенденции изменения позиций законодателя к регулированию деривативов. Следует рассмотреть это утверждение на примере Франции и Германии.

¹ Securities Exchange Act 1934. <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>.

² Отдельные виды обязательств в международном частном праве / под ред. В.П. Звекова. Статут, 2008. С. 302.

³ Там же.

Так, во Франции действует специальный Финансовый кодекс 2000 г., ст. L211.1 и L321.1 которого закрепляют, что осуществление инвестиционных услуг основывается на применении финансовых инструментов, включающих срочные и производные контракты¹. В то же время Гражданский кодекс Франции не признает никакой силы за обязательствами, вытекающими из игры, или пари, следовательно, соглашение об обмене обязательствами с целью изменения кредитных условий (своп) могло бы оказаться юридически недействительным. Решение, вынесенное по этому вопросу в 1992 г. Коммерческим судом Парижа, признало «взаимообязывающий характер соглашений об обмене обязательствами с целью изменения иностранной валюты, что позволяет сделать вывод о невозможности... расторгнуть соглашения, вопреки возражениям неплатежеспособной стороны»². Судебная защита предоставляется требованиям, вытекающим из срочных сделок, если хотя бы одна из сторон является производителем инвестиционных услуг, либо финансовым учреждением или нерезидентом, оказывающим аналогичные услуги.

В Германии с 1994 г. в связи с отменой нормы § 764 ГГУ сделки на разницу также получили судебную защиту. Закон «О торговле ценными бумагами» в редакции от 21 июня 2002 г. уточнил, что все финансовые срочные сделки не могут быть приравнены к сделкам типа игр и пари, если «по меньшей мере одна сторона договора является предприятием, которое на профессиональной основе или в объеме, предполагающем коммерческий характер такой деятельности, заключает финансовые срочные сделки или приобретает, отчуждает либо оказывает посреднические услуги»³.

В России в последнее время по вопросам правового регулирования рынка производных финансовых инструментов также велась

¹ Там же.

² Жюйар П., Карро Д. Международное экономическое право. 4-е изд. / пер. с франц. М., 2002. С. 573.

³ Райнер Г. Указ. соч. С. 393, 430.

законодательная работа. Поворотным моментом можно признать внесение изменения в ст. 1062 ГК РФ, согласно которому сделки с производными финансовыми инструментами подлежат защите в следующих случаях. Во-первых, если в качестве хотя бы одной из сторон сделки выступает юридическое лицо, получившее лицензию на осуществление банковских операций или лицензию на осуществление профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг. Во-вторых, если хотя бы одной из сторон сделки, заключенной на бирже, является юридическое лицо, получившее лицензию, на основании которой возможно заключение сделок на бирже.

Следующим важным нормативно-правовым актом является Федеральный закон от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее - Закон № 281-ФЗ). Основные изменения касаются уточнения порядка налогообложения финансовых инструментов срочных сделок. Однако особый интерес представляют изменения Закона о рынке ценных бумаг, ст. 2 которого дополнилась развернутым определением производного финансового инструмента.

Закон № 281-ФЗ определил ряд особенностей заключения договоров, являющихся производными финансовыми инструментами:

- при заключении участниками торгов на торгах фондовой биржи договоров, являющихся производными финансовыми инструментами необходимо участие клиринговой организации;
- участники обязаны использовать генеральное соглашение и примерные условия;
- на основании соглашения со сторонами договора возможно указание в договоре лица, которое определяет сумму денежных средств (иное имущество), подлежащих передаче по договору, являющемуся производным финансовым инструментом, предъявляет сторонам

требования, предусмотренные таким договором, совершает иные действия, необходимые для осуществления прав и исполнения обязанностей каждой из сторон по указанному договору. В качестве такого лица могут выступать клиринговые организации, кредитные организации, брокеры или депозитарии.

Долгое время обсуждались проекты специального закона о производных финансовых документах. Так, на рассмотрение ГД ФС РФ вносились: проект Федерального закона № 147313-3 «О срочном рынке» (2001), проект Федерального закона № 340630-3 «О производных финансовых инструментах» (2003), проект Федерального закона № 309366-3 «О производных финансовых инструментах» (2003), проект Федерального закона № 385142-3 «О внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (о деривативах)» (2003), проект Федерального закона № 498603-4 «О биржах и организованных торгах» (2008).

Наконец, с 1 января 2012 года вступил в силу Федеральный закон от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах», регулирующий отношения, возникающие на организованных торгах на товарном и (или) финансовом рынках, устанавливающий требования к организаторам и участникам таких торгов, определяющий основы государственного регулирования указанной деятельности и контроля за ее осуществлением. Согласно ст. 2 данного Закона организованные торги – это проводимые на регулярной основе торги по установленным правилам, предусматривающим порядок допуска лиц к участию в торгах для заключения ими договоров купли-продажи товаров, ценных бумаг, иностранной валюты, договоров репо и договоров, являющихся производными финансовыми инструментами. В качестве организатора торговли выступают биржа или торговая система. В соответствии со ст. 9 данного Закона оказание услуг по проведению организованных торгов, на которых заключаются договоры, являющиеся производными финансовыми

инструментами, осуществляется биржами. Однако нормативными актами Банка России могут быть предусмотрены случаи, когда услуги по проведению организованных торгов, на которых заключаются отдельные виды договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, могут оказываться торговой системой.

Таким образом, тенденции развития новейшего законодательства отчетливо демонстрируют постепенное признание и допущение риска в гражданских правоотношениях, при этом внедрение рискованных инструментов происходит осторожно и поступательно. Высказанные выше суждения диссертанта о природе рискованного и алеаторного договоров приводят к выводу об отнесении большинства деривативов к алеаторным договорам¹. Следовательно, правовое регулирование деривативов требует нового осмысления именно с точки зрения алеаторной природы большинства из них.

3.2.2. Влияние риска на существо правоотношения в отдельных видах деривативов

Фьючерсы

Согласно Положению о видах производных финансовых инструментов, утвержденном Приказом ФСФР от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н (далее - Положение), под фьючерсным договором понимается договор, заключаемый на биржевых торгах, и устанавливающий обязанность каждой из сторон периодически уплачивать денежные суммы в зависимости от изменения цены и (или) значения базисного актива и (или) наступления обстоятельства, являющегося базисным активом. Этот же акт закрепляет два вида фьючерсов: поставочный и беспоставочный.

¹ Схожее мнение встречается в трудах ряда авторов и судебно-арбитражной практике. См. Витрянский В.В. Срочные сделки в сфере биржевой торговли и на финансовых рынках // Хозяйство и право. 2007. №10. С. 34-48. Запорощенко В.А. Особенности регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2006. - 159 с. Меньшенин П.А. Опционный договор. // «Право и экономика». № 5. 2008. Постановление ФАС Московского округа от 16 марта 1999г. № КГ-А40/571-99// [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

Фьючерсы, по которым предусматривается передача товаров, по поводу которых они заключены, являются поставочными. В литературе существует мнение о том, что поставочный фьючерс является договором купли-продажи со сроком исполнения в будущем¹. Такой договор является классической срочной сделкой, но к рисковому договору, согласно выводам, сделанным ранее в настоящем исследовании, он не относится. Напомним, что рисковым договором следует считать соглашение, в котором эквивалентность встречного предоставления поставлена в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон. В поставочном фьючерсе предмет и цена исполнения согласуются изначально. Возможное колебание цены товара на момент реального обмена и, как следствие, вероятность потерь, не позволяют квалифицировать такое соглашение как рисковое, так как в этом случае риск представляется неотъемлемым элементом торгового оборота, а не конституирующим признаком договора.

Тем не менее, подавляющее большинство (более 90%) фьючерсных договоров завершается не поставкой ценных бумаг, валюты, других реальных товаров, а заключением обратной (офсетной) сделки². Офсетная сделка является видом срочной сделки, которая влечет прекращение прав и обязанностей по ранее открытой позиции в связи с возникновением противоположной позиции по одному и тому же срочному контракту (ст. 1 Правил совершения срочных сделок ОАО «Фондовая биржа РТС»)³.

Возможность заключения офсетной сделки как способа прекращения первоначального обязательства рассматривается в литературе как особое правило фьючерсной торговли, предусмотренное биржевыми правилами, и соответствующее норме п. 1 ст. 407 ГК РФ, в соответствии с которым обязательство прекращается полностью или частично по основаниям,

¹ Толстухин М.Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка: Сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007.

² Шарп У.Ф., Александер Г.Дж., Бэйли Дж.В. Инвестиции / пер. с англ. М., 2006. С. 698.

³ Правила совершения срочных сделок ОАО «Фондовая биржа РТС» // fs.rts.ru/files/2892/3888

предусмотренным ГК, другими законами, иными правовыми актами или договором¹.

В связи с этим особого внимания заслуживает именно беспоставочный (расчетный) фьючерс, сущность которого состоит в том, что уже при заключении договора закрепляется условие, согласно которому никакой передачи товара не предполагается, а в качестве предмета выступает разница между ценой биржевого товара или значением иного показателя (например, биржевого индекса) на момент заключения договора и на определенный момент в будущем.

Рассмотрим данный договор с точки зрения его алеаторной природы. Несмотря на то, что в момент заключения соглашения оговариваются и биржевой товар, и его цена, конструкция договора смоделирована таким образом, что реальный размер предоставления зависит от случайного обстоятельства – колебания цены товара.

Более того, расчетный фьючерс является не только рисковым договором, но именно алеаторным, так как представляет собой соглашение сторон, в котором встречное предоставление выражается в той или иной степени вероятной возможности приобретения имущественного блага, поскольку возникновение соответствующих прав и обязанностей сторон поставлено в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон (реального обмена благами не происходит, управомоченная или обязанная сторона определяется по факту изменения цены).

Приведем в качестве примера Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 10 ноября 2002 г. по делу № КГ-А40/6531-02, подтверждающее вышесказанное.

ООО НПП «Контраст» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском к ОАО «М и К» о возмещении ущерба в размере 388342 руб., причиненного ненадлежащим исполнением ответчиком договора об обслуживании на рынке ценных бумаг от 5 января 1998 года.

¹ Павлодский Е.А. Фьючерсные и форвардные сделки на организованном рынке // Актуальные вопросы российского частного права Сб. статей. Сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост. М. Статут, 2008. С. 115.

Решением от 31 октября 2001 года, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции от 28 декабря 2001 года, в удовлетворении исковых требований было отказано. Кассационная инстанция не нашла оснований для его изменений или отмены в связи со следующим.

Для осуществления операции с ценными бумагами и денежными средствами истца по условиям спорного договора последнему были открыты лицевые счета в АБ «ТОРИБАНК»: счет № 1, предназначенный для покупки акций и обслуживания их на ММВЦ и счет № 2, предназначенный для использования перечисленного на него гарантийного взноса для обеспечения фьючерсных позиций на МЦФБ. По условиям спорной сделки истец (инвестор) доверил ответчику (оператору) управление денежными средствами в размере 600000 руб., из которых 400000 руб. были направлены на счет № 1 для покупки 3500 акций НК «Лукойл» и 200000 руб. были направлены на счет № 2 для обеспечения осуществления операций с фьючерсными контрактами, а именно - для продажи, согласно указаниям доверителя 35 фьючерсных контрактов НК «Лукойл».

Мотивируя заявленные требования, истец указал, что истребуемые им к возмещению убытки были вызваны ненадлежащим исполнением ответчиком своих обязательств по спорному договору. По мнению истца, ответчик, управляя его денежными средствами, осуществлял операции с фьючерсными контрактами от имени и за счет истца заведомо в убыток для него.

Данный довод признан судом несостоятельным.

Согласно представленной в деле переписке, несмотря на констатацию в письме от 13 мая 1998 года о причинении ему значительных убытков в результате деятельности ответчика (оператора), истец (инвестор), тем не менее, уже 14 мая 1998 года дал очередное поручение оператору о выполнении от своего имени и за свой счет операций с фьючерсными контрактами.

Оценивая данные обстоятельства, суд указал на необходимость учитывать и характер спорных правоотношений - действующее законодательство прямо говорит о наличии рисков и потерь при биржевых торгах. Заключая вышеуказанный договор в целях получения прибыли от игры с фьючерсными контрактами, истец, и ранее участвовавший в указанных отношениях, понимал или должен был понимать, что такие операции с ценными бумагами несут рискованный, спекулятивный характер.

В этой связи убыточный характер деятельности оператора по спорной сделке не мог однозначно свидетельствовать о том, что эта деятельность была неправомерной.

Рассмотренное постановление также подтверждает вывод о невозможности применения концепции *laesio enormis* к алеаторным договорам, сформулированный в п. 2.4. настоящей работы.

Тем не менее, анализ судебно-арбитражной практики показал, что число споров, вытекающих из фьючерсов, незначительно по сравнению с другими срочными сделками, что обусловлено устоявшимся за столетия механизмом фьючерсной торговли. В качестве гаранта защиты прав заинтересованных лиц в данном случае выступает весь «организм» биржи.

Форварды

В литературе встречается целый ряд в принципе схожих определений форвардных контрактов. Так, А. Буркова считает, что форвард - это соглашение, в котором стороны договариваются обменяться активами в определенную дату в будущем по цене, согласованной на дату заключения сделки (*trade date*)¹.

На первый взгляд, фьючерсы и форварды, как срочные сделки с исполнением в будущем, схожи по своему механизму. Однако, несмотря на закрепление в Положении как биржевых, так и внебиржевых форвардных контрактов, на практике они совершаются вне биржи, что в первую очередь отличает форвардные сделки от фьючерсных². Вторым отличием является реальное исполнение договора: «Обязанности, вытекающие из форвардных договоров, как правило, прекращаются не путем зачета взаимных однородных требований, а путем осуществления исполнения обязательств. В сфере внебиржевой торговли отсутствует Clearing House как отдел, производящий расчеты и предоставляющий гарантию...»³.

¹ Буркова А. Виды производных финансовых инструментов и их защита в России // Законодательство и экономика, 2010, № 6. С. 21.

² Кидуэлл Д.С., Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Указ. соч. С. 284; Буренин А.Н. Указ. соч. С. 18; Шевченко Г.Н. Биржевые сделки с ценными бумагами // Право и экономика. 2005. № 7. С. 32.

³ Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 156.

Субъектами форвардных сделок являются продавцы и покупатели валюты, ценных бумаг, другого товара, которые в обычном порядке заключают друг с другом сделки непосредственно, а не с помощью сотрудников биржи¹.

Внебиржевой рынок имеет свои достоинства. Так, он позволяет приобрести или реализовать товар в любом желаемом количестве, а не лотами, как при заключении фьючерсных контрактов. Объектом форвардного договора могут быть ценные бумаги разных эмитентов.

Форвардный рынок не дает права на офсетную сделку, т.е. условия форвардного договора в одностороннем порядке нельзя менять (контрагент не вправе путем обратной заявки закрыть сделку). Форвардный договор в отличие от фьючерсного может быть изменен или прекращен только в общем порядке по соглашению сторон.

Так, Г. Райнер указывает, что «биржевые фьючерсы отличаются от внебиржевых форвардов тем, что заключаются не в целях исполнения обязательства, предусмотренного договором: участники рынка, как правило, стремятся к прекращению своих обязательств путем совершения обратной сделки до наступления момента исполнения обязательств по фьючерсу. Возможность в любой момент времени провести так называемую ликвидацию обеспечивается механизмом централизованной торговли, существующим на срочной бирже»².

По аналогии с фьючерсами также выделяются два вида форвардов: поставочный и беспоставочный (расчетный). По мнению ученых, природа поставочного форварда, как и поставочного фьючерса - купля-продажа с отсроченным моментом исполнения, что, по мнению диссертанта, не вызывает сомнения³.

Юридическая же природа расчетного форвардного контракта является одним из дискуссионных вопросов в науке и практике.

¹ Кидуэлл Д.С., Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Указ. соч. С. 284; Буренин А.Н. Указ. соч. С. 18.

² Райнер Г. Указ. соч. С. 98.

³ Павлодский Е.А. Указ. соч. С. 156.

Пристальное внимание к расчетному форвардному контракту возникло в связи с тем, что длительное время судебная-арбитражная практика признавала расчетные форвардные контракты разновидностью игровых договоров, что служило основанием для отказа в защите требований, вытекающих из них.

Так, в постановлении ФАС Московского округа от 10.08.1999 г. № ГК-А40/2424-99 по делу, вытекающему из расчетного форвардного контракта, отмечалось, что стороны заключили «не что иное, как сделку «пари», т.е. игровую сделку», обязательства по которой, взятые каждой из сторон по настоящему делу, не подлежат судебной защите по действующему российскому гражданскому законодательству, в том числе по статье 1062 ГК РФ, тем более, что обе эти конверсионные сделки были заключены истцом и ответчиком на добровольных началах»¹.

Судебная практика была унифицирована постановлением Президиума ВАС РФ от 08.06.1999 № 5347/98, согласно которому расчетные форварды признавались пари, однако при этом рекомендовано учитывать непосредственную цель сделки - хеджирование или спекуляцию.

Позиция Президиума ВАС РФ аргументирована следующим образом: во-первых, у сторон сделки отсутствует какая-либо хозяйственная цель; во-вторых, в действующем законодательстве отсутствуют положения, регулирующие указанные сделки и не содержатся указания на предоставление подобным сделкам судебной защиты².

Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) при Торгово-промышленной палате России, ссылаясь на статью 1062 ГК РФ, отказал в удовлетворении иска, указав на отсутствие доказательств совершения спорных сделок хотя бы одной из сторон с какой-либо хозяйственной целью. По мнению МКАС, эти сделки следует отнести к одному из видов игровых сделок»³.

Согласно известному Определению от 16.12.2002 «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток» Конституционный суд Российской Федерации отказал в

¹ Постановление ФАС Московского округа от 10.08.1999 г. № ГК-А40/2424-99 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс] КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 08.06.1999 г. // Вестник ВАС РФ. 1999. № 9.

³ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001-2002 гг. // Составитель М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 66.

судебной защите сделок, основанных на расчетном форвардном контракте, по мотивам отсутствия доказательств, подтверждающих наличие у сторон хозяйственного интереса, такого как страхование риска, обеспечение исполнения заключенных контрактов и др.¹

Подобная судебно-арбитражная практика не могла не вызвать возражения в научной среде.

По мнению Е.П. Губина и А.Е. Шерстобитова, расчетные форвардные контракты не являются пари, поскольку их нельзя отнести к условным и рисковым сделкам. В данных правоотношениях подлежит уточнению размер обязательства, а не факт его наступления или ненаступления².

Как отмечает С.Р. Амбарцумян, в основании игры лежит иной риск, нежели в основании расчетного форвардного контракта. Расчетные форвардные контракты - это рисковые сделки, однако риск изменения цены на актив - это предпринимательский риск, присущий хозяйственному обороту и деятельности участников рынка, а риск при игре искусственно создается игроками, спорщиками³.

Г. Гаджиев и В. Иванов проводят различия между играми, пари и расчетными форвардными контрактами через призму каузы. По их мнению, в игре и в пари риск, продиктованный чувствами (азартом, страстью, прихотью, упрямством), - основная кауза, неотъемлемый, обязательный элемент таких сделок. Расчетные же форвардные контракты ученые называют квазиалеаторными договорами, поскольку они отличаются от пари тем, что основаны не только на риске. Расчетные форвардные контракты являются формой предпринимательской деятельности на финансовом рынке, на котором получение прибыли выступает в качестве основной цели деятельности, но для ее реализации

¹ Определение Конституционного суда РФ от 16.12.2002 «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток» // СЗ РФ. 2002. № 52.

² Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Расчетный форвардный контракт: теория и практика // Законодательство. 1998. № 10. С. 11.

³ Амбарцумян С.Р. К вопросу о правовой квалификации расчетных форвардных контрактов // Юрист, 2007, № 10. С. 38.

используются сделки, выработанные банковской и биржевой практикой. Таким образом, ученые считают, что каузой расчетных форвардных контрактов является извлечение предпринимательской прибыли с помощью особых рискованных договоров, распространенных исключительно в банковской и биржевой деятельности¹.

Относительно вышеизложенного следует сделать некоторое уточнение. В рамках проведенного исследования установлено, что целью алеаторного договора выступает извлечение выгоды, а повышенный субъективный риск представляется его неотъемлемым элементом. Азарт, страсть и прочие внутренние психологические состояния субъекта представляют собой мотивы. Они лишь побуждают субъектов к совершению сделки и не служат ее правовым компонентом. Иногда практически невозможно выяснить, что движет спекулянтom – стремление к прибыли (как предпринимателя) или патологическая азартная страсть (как игрока), равно как по этому признаку проводить различия между соответствующими договорами.

Под влиянием зарубежного опыта российский законодатель внес изменения в ст. 1062 ГК РФ, придав подобным соглашениям исковую защиту при условии соответствия рассмотренным требованиям, а также принял ряд необходимых нормативно-правовых актов.

По мнению диссертанта, расчетный форвардный контракт следует отнести к самостоятельному виду договоров, поскольку структура такого соглашения не позволяет отнести его к купле-продаже, а специфический субъектный состав - к играм и пари. Однако сходство игр, пари и расчетного форвардного контракта свидетельствует о возможности объединения их в общую группу. Следует признать расчетный форвардный контракт не просто рискованным договором, а именно алеаторным договором, поскольку в нем колебания цен порождает

¹ Гаджиев Г., Иванов В. Квазиалеаторные договоры (проблема доктрины, судебной защиты и правового регулирования) // Хозяйство и право. 2003. № 5. С. 101.

ситуацию, от которой зависит, какая из сторон получит выгоду, а какая – понесет потерю. Особенностью этого договора, как и в расчетном фьючерсе, является характер самого риска, который и выступает квалифицирующим признаком. Разграничение таких алеаторных договоров, как игры/пари и расчетные форвардные контракты (как, впрочем, и иных срочных биржевых и внебиржевых сделок), обусловлено присущим предпринимательской деятельности особым правовым регулированием.

Опцион

По мнению Г. Райнера, опционы являются двусторонне обязывающими договорами, по которым исполнение обязательства одной из сторон отсрочено, а также поставлено в зависимость от стохастического и потестативного условий¹. Стохастическим (случайным) условием признается условие, которое зависит от случая и не зависит от воли сторон договора. Потестативным условием является условие, наступление которого или воспрепятствование наступлению которого находится во власти одной из сторон договора².

Вопрос о правовой квалификации опционного контракта как гражданско-правового договора является, пожалуй, одним из самых дискуссионных.

В юридической литературе можно выделить несколько подходов:

1. опционный договор как предварительный договор купли-продажи³;
2. опционный договор как договор купли-продажи имущественного права⁴;

¹ Райнер Г. Указ. соч. С. 32.

² Морандьер Ж. Указ. соч. С.614.

³ Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: экономическая сущность и правовая природа // Хозяйство и право. 1999. №6. С. 30.

⁴ Сойфер Т.В. Сделки в биржевой торговле: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 122.

3. опционный договор как договор купли-продажи с особой квалификацией премии (как отступного, как платы за право отказа от исполнения, как неустойки)¹;
4. опционный договор как договор купли-продажи с отлагательным условием²;
5. опционный договор как договор особого рода, состоящий из двух этапов³.

В рамках проводимого исследования нецелесообразно углубляться в данную дискуссию. Однако, по мнению диссертанта, анализ различных подходов свидетельствует о квалификации опционного договора как договора особого рода (*sui generis*).

По мнению П.А. Меньшенина, понятие «опционный договор» включает в себя три вида договоров: поставочный опционный договор, расчетный опционный договор и опционный договор на заключение срочной сделки⁴.

Рассмотрим по аналогии с фьючерсом и форвардом сущность поставочного и расчетного опционных договоров, закрепленных Положением. Поставочный опционный договор предусматривает реальный переход товара. Обязанность надписателя по такому договору сводится к передаче или принятию определенного товара по требованию держателя опциона. В качестве товара по опционному договору выступают движимые вещи, ценные бумаги, валютные ценности.

Расчетный опционный договор не предусматривает реальный переход товара. Интерес сторон заключается в получении разницы цен на заранее определенный базисный актив. Обязанностью надписателя опциона является уплата разницы между ценой, указанной в договоре, и

¹ Судейкин В.С. Указ. соч. С. 80. Васильев А.А. Биржевая спекуляция. Теория и практика. СПб., 1912. С. 46; Безобразов В. Биржевые операции. М., 1856. С. 20.

² Райнер Г. Указ. соч. С. 15.

³ Толстухин М.Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка.// Объекты гражданского оборота: Сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. См. у этого же автора подробный анализ указанных подходов к правовой сущности опциона.

⁴ Меньшенин П.А. Указ соч. С. 34.

фактической рыночной ценой, сложившейся к определенной дате (опцион на продажу), или разницы между ценой, фактически сложившейся на рынке на определенную дату, и ценой, определенной в договоре (опцион на покупку).

П.А. Меньшенин отмечает алеаторный характер опционного договора, поскольку он направлен на распределение между его сторонами экономического риска, возникающего из-за недостаточной информации о будущей рыночной конъюнктуре. По мнению диссертанта, конструкция опционного договора свидетельствует о его рисковом природе. В отличие от форварда и фьючерса каждый вид опциона является рисковом договором, поскольку даже в поставочном опционе объем встречного предоставления сторон в момент заключения соглашения неизвестен.

Держатель опциона не может заранее предвидеть, реализует он или не реализует свое право, полученное в обмен на уже уплаченную премию, поскольку целесообразность этого действия обусловлена случайным колебанием рыночной цены базового актива. Целью держателя поставочного опциона является защита своих имущественных интересов. Таким образом, природа поставочного опционного договора схожа со страхованием, а опционную премию можно рассматривать как своеобразную плату за переложение бремени риска неблагоприятного изменения конъюнктуры рынка.

В отличие от поставочного опциона в расчетном опционе по аналогии с расчетными фьючерсами и форвардами характерно проявляется «игровой», алеаторный элемент.

Расчетный опционный договор направлен на предоставление держателю опциона возможности получения от надписателя опциона денежной суммы, рассчитываемой в зависимости от изменения определенного рыночного показателя, в случае его благоприятного для держателя опциона изменения к установленному сроку. Размер денежного обязательства надписателя опциона точно не определен в момент его

заклучения и может оказаться значительно больше, чем полученная им опционная премия. С другой стороны, держатель опциона рискует «потерять» опционную премию, ничего не получив от подписателя. Таким образом, после надлежащего исполнения обязательств сторонами расчетного опционного договора одну из них можно условно назвать выигравшей, а другую - проигравшей. Другими словами, расчетный опционный договор - именно алеаторный договор.

Далее особое внимание следует обратить на Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 мая 2009 г. № КГ-А40/4026-09-П, в котором по аналогии с рассмотренной выше практикой по фьючерсам отражена позиция суда о невозможности применения к рисковым, а именно алеаторным договорам концепции «убыточности» в рамках ст. 451 ГК РФ¹.

ИП Б. обратился с иском в Арбитражный суд г. Москвы о взыскании с Банка ВТБ 24 (ЗАО), ООО «ЮФК» 3 234 953 руб. 00 коп. убытков, возникших в связи с осуществлением ответчиками за счет денежных средств истца сделок по покупке опционов через систему Онлайн-брокер ВТБ 24 (ЗАО) в отсутствие распоряжения истца на совершение данных операций.

09.02.07 г. по принадлежащему истцу лицевому счету в системе бронирования Онлайн-брокер ВТБ 24 (ЗАО) без распоряжения и согласия истца ответчики совершили сделки по купле-продаже опционов на общую сумму 3 498 580 руб.

В исковом заявлении истец указал на то, что сделки по продаже опционов осуществлены по цене более чем в три тысячи раз ниже их рыночной стоимости, что привело к возникновению у истца убытков в заявленном размере.

Решением от 12.02.08 г. Арбитражного суда г. Москвы, оставленным без изменения постановлением от 14.04.08 г. Девятого арбитражного апелляционного суда, иск был удовлетворен за счет второго ответчика - ВТБ 24 (ЗАО), с которого было взыскано в пользу истца 3 234 953 руб. 00 коп., в иске к ООО «ЮФК» отказано.

Постановлением от 03.07.08 г. Федерального арбитражного суда Московского округа решение и постановление отменены, дело направлено на новое рассмотрение в

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 мая 2009 г. N КГ-А40/4026-09-П; Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 3 июля 2008 г. N КГ-А40/5442-08 // Документы опубликованы не были. [Электрон. ресурс] КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

Арбитражный суд г. Москвы.

При новом рассмотрении дела решением от 07.11.08 г. Арбитражного суда города Москвы, оставленным без изменения постановлением от 27.01.09 г. Девятого арбитражного апелляционного суда, в удовлетворении иска отказано по следующим мотивам.

Суды установили, что Б. 01.06.06 г. заключил договор присоединения к условиям «Регламента оказания услуг на рынке ценных бумаг и срочном рынке» ЗАО «Внешторгбанк Розничные услуги» (после переименования - ВТБ 24 (ЗАО), и ему был открыт счет в системе срочного рынка РТС.

01.06.06 г. Б. направил в ЗАО «Внешторгбанк Розничные услуги» заявление с просьбой учитывать денежные средства по операциям с ценными бумагами, осуществляемые от имени истца ООО «ЮФК», на лицевом счете ООО «ЮФК».

09.02.07 г. по принадлежащему истцу счету через систему удаленного доступа Онлайн-брокер ВТБ 24 (ЗАО) были совершены сделки по покупке опционов на сумму 3 489 580 руб., которые в тот же день были проданы на общую сумму 86 427 руб.

Все названные сделки были совершены банком на основании заявок ООО «ЮФК», поданных в ВТБ 24 (ЗАО) с использованием имени пользователя и пароля, присвоенных ООО «ЮФК».

В соответствии с положениями главы 10 ГК РФ и Федерального закона «О рынке ценных бумаг» указанные в доверенности полномочия ООО «ЮФК» охватывали сферу рискованной, предпринимательской деятельности, связанной с осуществлением операций на рынке ценных бумаг.

Риск, сопутствующий предпринимательской деятельности, не исключает возможность возникновения негативных имущественных последствий в результате совершения ее субъектами, в том числе и сделок.

Отметим, по условиям дела видно, что потери истца (продажа осуществлена в три тысячи раз ниже их рыночной стоимости) действительно очень существенны, что при заключении коммутативного договора тем же предпринимателем в предпринимательских целях могло бы послужить основанием для применения ст. 451 ГК РФ. Однако в данном случае заключен расчетный опционный договор, который является по своей природе алеаторным, поскольку реального движения ценных бумаг не происходило. Поэтому более логичным обоснованием позиции

суда будет ее объяснение именно сквозь призму применения специальных норм о рискованных и алеаторных договорах.

Своп

Свопы также являются разновидностью финансовых инструментов, относящихся к производным. В отличие от фьючерса и форварда, исполнение по которым осуществляется одним платежом, исполнение по свопу включает в себя совершение ряда платежей. Своп можно охарактеризовать как определенное число форвардных контрактов, последовательно заключенных в течение определенного времени. Другими словами, своп – это соглашение, по которому стороны обмениваются денежными потоками в соответствующие даты в течение срока действия свопа¹. Наиболее популярны на фондовом рынке процентный (interest rate swap) и валютный (cross currency swap) свопы.

По своей правовой природе своп как разновидность дериватива представляет собой взаимные обязательства сторон, предусматривающие будущие денежные выплаты, возникновение и размер которых зависят от изменения размера базисного актива и изменения курсов валют свопа. Платежи зависят от случайного обстоятельства, в силу чего их размер до момента расчета неизвестен².

Таким образом, своп представляется договором особого рода, заключая который стороны обмениваются активами и/или связанными с ними выплатами (денежными потоками) в течение фиксированного периода³. Своп заключается между определенными субъектами, отвечающими установленным требованиям (размер капитала, цели сделки и т.п.), а условия соглашения всегда отдельно согласовываются сторонами в индивидуальном порядке. Свопы, как правило, заключаются вне биржи и без участия специализированной организации.

¹Буркова А. Указ. соч. С. 23.

² Райнер Г. Указ. соч. С. 7, 19.

³ Мурзин В. К вопросу о налогообложении деривативов // Мнение эксперта. 2007. № 7 (45). С. 16.

Стороны при заключении сделки свопа в экономическом смысле преследует три основные цели:

- 1) получение прибыли за счет разницы в курсах валют или стоимости ценных бумаг, товаров и иных активов;
- 2) хеджирование различных рисков, имеющих у сторон сделки;
- 3) обмен активами, имеющимися у сторон до заключения свопа¹.

По мнению диссертанта, вне зависимости от вида и экономической цели заключения своп является алеаторным договором, поскольку соглашением сторон предусмотрено, что наличие встречного предоставления зависит от колебания рыночных цен на базовый актив, т.е. встречное предоставление выражается лишь в вероятной возможности приобретения имущественного блага.

Подводя итог, можно утверждать, что правовая природа срочных сделок, заключаемых на организованных торгах, разнообразна. Поставочный фьючерс и поставочный форвард следует рассматривать как договоры купли-продажи со сроком исполнения в будущем, т.е. как меновые договоры. Поставочный опцион - это рисковый договор. Расчетный фьючерс и расчетный форвард, расчетный опцион и своп являются договорами особого рода и относятся к группе алеаторных договоров. В целях эффективного правового регулирования указанных срочных сделок и единообразной квалификации их судами предлагается в Положении о видах производных финансовых инструментов, утвержденном Приказом ФСФР от 4 марта 2010 г. N 10-13/пз-н внести изменения:

1. Пункт 5 изложить в следующей редакции:

«Опционный договор (контракт), предусматривающий обязанность, установленную подпунктом 2 пункта 3 настоящего Положения, за исключением обязанности заключить договор, являющийся производным

¹ Меркулова Л.А. Правовая природа и особенности налогообложения свопа как производного финансового инструмента // Финансовое право. 2010. № 2. С. 32.

финансовым инструментом, который не предусматривает обязанности передать, купить (продать) или поставить ценные бумаги, валюту или товар, является поставочным, рисковым договором. Иные опционные договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

2. Пункт 8 изложить в следующей редакции:

«Фьючерсный договор (контракт), предусматривающий обязанность, установленную пунктом 7 настоящего Положения, за исключением обязанности заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом, который не предусматривает обязанности передать, купить (продать) или поставить ценные бумаги, валюту или товар, является поставочным, меновым договором. Иные фьючерсные договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

3. Абзац четвертый пункта 9 изложить в следующей редакции:

«Биржевой форвардный договор (контракт) является поставочным, меновым договором».

4. Пункт 11 изложить в следующей редакции:

«Внебиржевой форвардный договор (контракт), предусматривающий обязанность, установленную подпунктом 1 или 2 пункта 10 настоящего Положения, является поставочным, меновым договором. Иные внебиржевые форвардные договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

5. Пункт 14 изложить в следующей редакции:

«Своп договор (контракт), предусматривающий обязанности, установленные подпунктом 2 пункта 12 или пунктом 13 настоящего Положения, за исключением обязанности заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом, который не предусматривает обязанности передать, купить (продать) или поставить ценные бумаги, валюту или товар, является поставочным, меновым договором. Иные своп договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

3.2.3. Проблемы минимизации риска участников биржевых и внебиржевых договоров

Изучение отдельных видов производных финансовых инструментов с очевидностью свидетельствует, что срочный рынок тесно связан с риском. В Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 г. (утверждена Распоряжением Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р) указано, что рынок производных финансовых инструментов способствует снижению рисков при совершении сделок с базисными активами¹.

Анализ истории свидетельствует, что возникновение рынка производных финансовых инструментов продиктовано не только поиском способов увеличения прибыли, но и минимизирования различные рисков. Однако развитие деривативов породило парадокс: рынок, созданный для минимизации рисков, при увеличении объема совершаемых на нем сделок сам становится высокорисковым, а операции, проводимые на нем, имеют высокую степень риска.

Современное состояние мирового и российского финансовых рынков выдвигает на первый план вопрос о влиянии риска на стабильность гражданского оборота и микро-, макроэкономики в целом.

Деривативы – это сложные финансовые инструменты, что рождает опасность увеличения системного риска. Как отмечает Г. Райнер, системный риск, присущий современной международной финансовой системе, значительно вырос за последние годы. Еще в 1993 г. Бундесбанк указал, что большой объем сделок с производными финансовыми инструментами вызывает тревогу. Все большее использование деривативов при осуществлении финансовых стратегий, затрагивающих

¹ Распоряжение Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 20 43-р об утверждении Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года // Собрание законодательства РФ, 19.01.2009. № 3. Ст. 423.

разнообразные рыночные сегменты, усилило интеграцию финансовых рынков и ослабило их способность противостоять кризисам¹.

Однако увеличению рисков способствует не только сложность деривативов, но и увеличение количества спекулятивных сделок, совершаемых на срочном рынке, базисным активом которых являются высокорисковые инструменты. Экономисты именуют деривативы «суррогатом денег», «рычаговыми деньгами», что можно пояснить на следующем примере. Представим, что активы предприятия оцениваются в сто миллионов рублей. В целях привлечения финансовых средств, например для расширения производства, возможен выпуск деривативов, оборот которых на финансовых рынках при реальной стоимости активов в сто миллионов рублей может принести прибыль в несколько раз больше. При этом далеко не факт, что активы предприятия действительно увеличатся. Так, в 2007 - 2008 гг. стоимость реального капитала колебалась около 50 трлн. долл. США, а объем спекулятивного капитала равнялся 560 трлн. долл. США². По данным Московской биржи, если на 9 февраля 2003 г. дневной объем торгов опционами в рублях составил 87 млн. 649 000 руб., то на 8 февраля 2013 г. - 16 млрд. 162 млн. 261 917 руб.³ Около 40 - 50% роста финансового рынка носит спекулятивный характер⁴.

По мнению ряда ученых, именно деривативы, связанные с американскими ипотечными облигациями, послужили одной из причин мирового финансового кризиса 2008 г.⁵ В качестве базисного актива производных ценных бумаг, выпущенных банками США, выступили ипотечные кредиты, выдаваемые под низкие процентные ставки заемщикам с неустойчивым финансовым положением. Значительное количество невозвратов заемных средств спровоцировало разрушение всей

¹ Райнер Г. Указ. соч. С. 50 - 51.

² Борисов Ю. Буш должен позвонить Медведеву. 25.09.2008 // URL: www.dv-news.ru.

³ <http://www.rts.ru/a10078>

⁴ Эскиндаров М., Миркин Я. Финансовая инфекция // Российская газета. 13.03.2008.

⁵ Лаутс Е.Б. Правовые вопросы обеспечения стабильности деятельности банков на рынке производных финансовых инструментов. // «Предпринимательское право», 2009, № 4. С. 28

«пирамиды». Так называемый «мыльный пузырь» лопнул, запустив цепную реакцию на мировом финансовом рынке. «Рычаговые деньги» сократились до реальной стоимости, что привело к глубокому кризису ликвидности и кризису доверия властям. Отрицательные последствия коснулись не только спекулянтов, но и производителей реального товара, сильно зависящих от банковского кредитования, существенно сократившегося в период финансового кризиса.

По мнению И.Ю. Юргенса, никому неизвестно, где может возникнуть новая проблема неплатежей и какие это вызовет последствия, поскольку помимо упомянутых ипотечных ценных бумаг существует еще множество иных видов производных финансовых инструментов. Банкротство нескольких крупнейших финансовых институтов, по мнению ученого, еще не предел негативных последствий бесконтрольного применения производных финансовых инструментов¹. Уместно вспомнить в качестве примера крах одного из старейших английских банков Barings с безупречной репутацией и 230-летней историей. Сотрудник сингапурского отделения Barings Ник Лисон спекулировал с помощью производных финансовых инструментов на основе индекса Nikkei, что привело к банкротству банка. Этот случай наглядно показывает, насколько сильно мировые финансовые рынки зависимы от настроения игроков². Известный инвестор Уоррен Баффет еще в 2002 г. весьма точно называл деривативы «финансовым оружием массового поражения».

Для предпринимателя характерно функционирование в высокорисковой среде, однако применительно к срочному рынку вышеизложенное очевидно свидетельствует о негативном влиянии производных финансовых инструментов на устойчивость и эффективность функционирования гражданского оборота как микро-, так и макроэкономики в целом. Поскольку исследование, проведенное в

¹ Юргенс И.Ю. Деньги массового поражения. // Российская газета. 27.10.2008.

² Кудряшова Е. Производные финансовые инструменты: «казнить нельзя помиловать» // Хозяйство и право. 2003. №12. С.63.

предыдущем параграфе, показало, что большинство производных финансовых инструментов, закрепленных в российском законодательстве, являются алеаторными договорами, налицо необходимость совершенствования их правового регулирования с учетом полученных ранее выводов.

В Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 г. в качестве одного из направлений указано развитие производных финансовых инструментов. В данной Стратегии поставлены следующие задачи: 1) необходимость обеспечения учета прав на финансовые инструменты, не являющиеся ценными бумагами; 2) обращение финансовых инструментов по правилам учета и обращения ценных бумаг; 3) распределение рисков, связанных с деятельностью посредников на рынке финансовых инструментов; 4) обеспечение защиты прав владельцев финансовых инструментов. Решение указанных задач способствует не только развитию срочного рынка, но и обеспечивает его стабильность¹.

По мнению диссертанта, применительно к производным финансовым инструментам как алеаторным договорам наиболее остро стоит вопрос о пределах целесообразности заключения таких договоров. В настоящее время в некоторых случаях законодательство, защищая интересы кредиторов, устанавливает ограничения при совершении алеаторных договоров. Например, в ч.2 ст. 40 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. №156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» указано, что управляющая компания, действующая в качестве доверительного управляющего активами акционерного инвестиционного фонда или паевого инвестиционного фонда либо осуществляющая функции единоличного исполнительного органа акционерного инвестиционного фонда, вправе заключать договоры, являющиеся производными финансовыми

¹ Распоряжение Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р «Об утверждении Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года» // Собрание законодательства РФ. 19.01.2009. № 3. Ст. 423.

инструментами, при условии соблюдения установленных нормативными правовыми актами федерального органа, исполнительной власти по рынку ценных бумаг требований, направленных на ограничение рисков. В качестве примера такого акта можно указать Приказ ФСФР России от 10.11.2009 № 09-45/пз-н «Об утверждении Положения о снижении (ограничении) рисков, связанных с доверительным управлением активами инвестиционных фондов, размещением средств пенсионных резервов, инвестированием средств пенсионных накоплений и накоплений для жилищного обеспечения военнослужащих, а также об утверждении изменений в некоторые нормативные правовые акты Федеральной службы по финансовым рынкам»¹. П.3.1. данного Приказа предусматривает, что в случае, если при управлении (доверительном управлении) активами (активы инвестиционных фондов, средства пенсионных резервов, средства пенсионных накоплений и накоплений для жилищного обеспечения военнослужащих) заключаются срочные контракты, управляющая компания обязана организовать систему управления рисками, в частности установить лимиты стоимости финансовых инструментов по срочным контрактам, которые могут составлять активы.

В правоприменительной практике также встречаются решения, иллюстрирующие мнение судов о необходимости защиты интересов кредиторов и ограничения риска при заключении алеаторных договоров. В качестве примера рассмотрим следующее известное дело.

НПФ «Социальная защита старости» обратился в Арбитражный суд города Москвы с иском к ЗАО «УК «Тройка Диалог» о взыскании суммы невозвращенных средств пенсионных резервов в размере 147 297 189 руб. 92 коп. и процентов за пользование чужими денежными средствами в размере 3 746 872 руб. 27 коп.

¹ Приказ ФСФР России от 10.11.2009 № 09-45/пз-н "Об утверждении Положения о снижении (ограничении) рисков, связанных с доверительным управлением активами инвестиционных фондов, размещением средств пенсионных резервов, инвестированием средств пенсионных накоплений и накоплений для жилищного обеспечения военнослужащих, а также об утверждении изменений в некоторые нормативные правовые акты Федеральной службы по финансовым рынкам" // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, № 10, 08.03.2010.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 20.07.2011 по делу № А40-33903/11-91-145, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2011 и постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 07.02.2012 по тому же делу, иски требования фонда удовлетворены. Определением ВАС РФ от 28 мая 2012 г. в передаче дела в Президиум ВАС РФ отказано.

Судами установлено следующее. 07 августа 2007 года между НПФ «Социальная защита старости» (учредитель управления) и ЗАО «УК «Тройка Диалог» (доверительный управляющий) был заключен договор доверительного управления пенсионными резервами негосударственного пенсионного фонда (далее - договор). В течение срока действия договора НПФ «Социальная защита старости» передал ЗАО «УК «Тройка Диалог» пенсионные резервы на общую сумму 489 832 678 руб. 39 коп.

В соответствии с п. 13.1 договора, срок его действия был определен сторонами до 31 декабря 2008 года. Согласно подп. «б» п. 4.1 договора ЗАО «УК «Тройка Диалог» обязалось обеспечить возврат пенсионных резервов НПФ «Социальная защита старости» в соответствии с условиями п. 9.1 договора, предусматривающего реализацию принципов надежности, сохранности, ликвидности и диверсификации активов.

Размер возвращенных ответчиком - ЗАО «УК «Тройка Диалог» истцу - НПФ «Социальная защита старости» пенсионных резервов составил 342 535 488 руб. 47 коп. Из них денежные средства - 176 492 247 руб. 33 коп., ценные бумаги на сумму 1 66 043 241 руб. 14 коп. Разница между переданными и возвращенными пенсионными резервами составляет 147 297 189 руб. 92 коп.

Руководствуясь положениями действующего законодательства, в том числе ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона «О негосударственных пенсионных фондах» принимая во внимание, буквальное значение слов и, выражений содержащихся в договоре, суды пришли к выводу о том, что надлежащим может быть признано только такое исполнение управляющей компанией своих обязательств по договору доверительного управления, которое обеспечивает достижение целей сохранности и прироста пенсионных резервов, для чего деятельность компании при размещении средств пенсионных резервов должна осуществляться на принципах надежности, ликвидности, доходности и диверсификации.

Такая позиция по данному вопросу соответствует судебной-арбитражной практике. Как указал Высший арбитражный суд Российской Федерации по

аналогичному делу (определение от 29.07.2010 г. № ВАС-9541/10) «правовое значение имеет именно достижение цели сохранности и прироста пенсионных резервов, а не само по себе совершение действий независимо от того, привели ли они к указанной цели или нет. В противном случае теряется смысл передачи пенсионных резервов в доверительное управление».

Управляющая компания, являясь профессиональным управляющим по договору доверительного управления средствами пенсионных резервов, самостоятельно определяет инвестиционную стратегию и в силу пункта 4 статьи 25 ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» несет ответственность перед фондом по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации. Исходя из этого, приобретение управляющей компанией в процессе исполнения обязательств по договору доверительного управления неликвидных ценных бумаг не может быть признано надлежащим исполнением ею обязательств по договору. Следовательно, приобретение ответчиком за счет пенсионных резервов неликвидных ценных бумаг не может являться основанием отказа в удовлетворении иска¹.

Указанная правовая позиция изложена в определении Конституционного суда Российской Федерации от 17 июля 2012 г. № 1479-О².

Говоря о риске в предпринимательской деятельности, напомним о связи риска и субъективного решения. Заключению любой срочной сделки предшествует экономическое обоснование, но принятие решения о вступлении в высокорисковую сделку зависит от субъекта.

Анализ экономической литературы о риске в предпринимательской деятельности, проведенный в п.1.2. настоящей работы, позволил обнаружить «парадокс риска», выражающийся в одновременно положительном и отрицательном значениях риска. Данное явление как нельзя точно отражает сложившуюся в настоящее время ситуацию на мировом финансовом рынке. Двойственная природа риска проявила себя уже не раз в виде сокрушительных финансовых кризисов.

Парадоксальность риска послужила основой для выработки концепции приемлемого риска, согласно которой предприниматель должен придерживаться рационального, а не авантюрного отношения к риску. По

¹ Документ опубликован не был. <http://www.kad.arbitr.ru>

² Документ опубликован не был. <http://www.ksrf.ru>

мнению диссертанта, именно данная концепция должна лечь в основу правового регулирования алеаторных договоров предпринимателя.

В отличие от трех уровней риска (допустимый, критический, катастрофический) в экономической концепции приемлемого риска, в праве практически возможно применение только двух уровней: допустимого и катастрофического.

Допустимый (приемлемый) уровень риска – это возможность потери части прибыли от реализации того или иного решения; либо получения нулевой прибыли, но при возмещении предпринимателем понесенных затрат; либо неполучение прибыли и возмещение всех затрат за свой счет. Алеаторные договоры с допустимым уровнем риска представляют собой распространенный и эффективный инструмент предпринимательской деятельности, как правило, направленный на минимизацию риска. В качестве примера можно привести срочные сделки, заключаемые с целью хеджирования.

Под катастрофическим понимается такой уровень риска, при котором возможные потери равны или превышают стоимость имущества предпринимателя. Таким образом, в случае исполнения алеаторного договора с катастрофическим риском в качестве отрицательного последствия выступают не просто убытки, а банкротство лица. Данный риск является авантюрным, сходным с игровым риском и никакого положительного хозяйственного эффекта не несет. К таким договорам следует отнести внебиржевые деривативы, а также биржевые спекулятивные сделки.

По мнению диссертанта, в интересах контрагентов владельцев финансовых инструментов требуется установление мер, ограничивающих алеаторные договоры с катастрофическим риском, поскольку практика применения производных финансовых инструментов показывает, что субъективный фактор приобретает важнейшее значение в связи с возможными злоупотреблениями со стороны руководителя коммерческой

организации. При этом следует иметь в виду, что ужесточение требований к рискованной деятельности на срочном финансовом рынке не должно отрицательно сказываться на развитии и расширении деятельности иных его участников.

В качестве одной из таких мер предлагается закрепление положения о субсидиарной ответственности лица, принявшего решение о заключении алеаторного договора, исполнение которого повлекло банкротство юридического лица. Это положение позволит эффективно ограничить заключение указанных договоров, при этом обеспечив интересы контрагентов владельцев финансовых инструментов.

Введение подобного правила послужит развитием положений действующего российского законодательства. Так, согласно ст. 10 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (в ред. Федерального закона от 28.06.2013 №134-ФЗ), если должник признан несостоятельным (банкротом) вследствие действий и (или) бездействия контролирующих должника лиц, такие лица в случае недостаточности имущества должника несут субсидиарную ответственность по его обязательствам. Пока не доказано иное, предполагается, что должник признан несостоятельным (банкротом) вследствие действий и (или) бездействия контролирующих должника лиц, в том числе, если вред причинен имущественным правам кредиторов в результате совершения этим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких сделок должника, включая сделки, указанные, в частности, в статье 61.2 рассматриваемого закона. Напомним, что к таким относятся сделки с неравноценным встречным исполнением обязательств другой стороной сделки, в том числе, если цена сделки и (или) иные условия существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (например, если рыночная стоимость переданного должником имущества или

осуществленного им иного исполнения обязательств существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств).

Также ст. 14 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. №40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» содержит правило о том, что субсидиарная ответственность по обязательствам кредитной организации применяется судебными органами к учредителям (участникам), членам совета директоров (наблюдательного совета), руководителям кредитной организации при наличии следующих условий:

- если указанные лица имеют право давать обязательные для данной кредитной организации указания или имеют возможность иным образом определять ее действия;

- если банкротство кредитной организации произошло по вине данных лиц.

Однако, как считает А. Курбатов практика применения ст. 14 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. №40-ФЗ, показала потребность в модернизации правила о субсидиарной ответственности. Во-первых, риск, присущий предпринимательской деятельности и выражающийся в неполучении запланированного результата, блокирует любые попытки квалификации действий ответственных лиц в качестве виновных. Во-вторых, сложность вызывает применение правила о субсидиарной ответственности к коллегиальному органу (собрание акционеров, совет директоров), поскольку определить степень вины каждого из участников (членов) этих органов за принятое решение невозможно. Всегда есть лица, не принимавшие участия в заседании по разным причинам, воздержавшиеся при голосовании, голосовавшие против, но оставшиеся в меньшинстве и т.п.¹

По мнению диссертанта, применение принципа виновной ответственности лиц, совершивших алеаторный договор, исполнение

¹ Курбатов А. Субсидиарная ответственность учредителей (участников) кредитной организации при ее банкротстве // Хозяйство и право. 2007. №2. С. 30.

которого повлекло банкротство юридического лица, малоэффективно по следующим соображениям. В ст. 14 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. №40-ФЗ указано, что лица, признаются виновными, если их решения или действия (в том числе превышение полномочий), повлекшие за собой возникновение признаков банкротства, не соответствовали принципам добросовестности и разумности, соответствующим нормативным правовым актам Российской Федерации, банковским правилам, уставу кредитной организации или обычаям делового оборота.

В соответствии со ст. 53.1 ГК РФ лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, обязано возместить по требованию юридического лица, его учредителей (участников), выступающих в интересах юридического лица, убытки, причиненные по его вине юридическому лицу. Такое лицо несет ответственность, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей оно действовало недобросовестно или неразумно, в том числе, если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску.

Согласно вышерассмотренному Постановлению Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 62 от 30 июля 2013 г. «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» лицо, входящее в состав органов юридического лица, (единоличный исполнительный орган, члены коллегиального органа юридического лица и т. п., далее - директор) обязано действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно. В случае нарушения этой обязанности директор по требованию юридического лица и (или) его учредителей (участников), которым законом предоставлено право на предъявление соответствующего требования, должен возместить убытки, причиненные юридическому лицу

таким нарушением. В качестве критериев виновности или невиновности лица в обоих актах названы добросовестность и разумность.

В юридической литературе понятие добросовестности рассматривается с объективной и субъективной позиции. По мнению Г.А. Гаджиева, добросовестность как объективная категория представляет собой такое осуществление субъективных прав лицом, при котором не причиняется вред и не создается угроза причинения вреда иным лицам¹. По высказыванию А.А. Малиновского, добросовестность - это внутренний предел осуществления права, представляющий стремление субъекта отказаться от зловредного осуществления права, исходя из своих внутренних убеждений².

В качестве примера недобросовестности действий (бездействия) директора в рассмотренном выше Постановлении Пленума ВАС РФ указано совершение сделки (голосование за ее одобрение) на заведомо невыгодных для юридического лица условиях. Как отмечалось, под сделкой на невыгодных условиях понимается сделка, цена и (или) иные условия которой существенно в худшую для юридического лица сторону отличаются от цены и (или) иных условий, на которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (например, если предоставление, полученное по сделке юридическим лицом, в два или более раза ниже стоимости предоставления, совершенного юридическим лицом в пользу контрагента). Невыгодность сделки определяется на момент ее совершения.

Сделанные ранее выводы о сущности алеаторного договора свидетельствуют о невозможности применения к ним указанных критериев добросовестности. Иначе, любой алеаторный договор следует признать заключенным недобросовестно, т.к. ключевым признаком алеаторного договора является особый характер субъективного риска, выражающийся в

¹ Интервью с Г.А. Гаджиевым, заслуженным юристом России, доктором юридических наук, судьей Конституционного Суда РФ // Юридический справочник руководителя. № 11. 2004. С. 23.

² Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М., 2002. С. 34.

возможности неполучения одной из сторон в силу случайного обстоятельства взамен предоставляемого ею имущественного блага встречного предоставления, на которое она рассчитывала при заключении договора. При заключении алеаторного договора стороны не знают, каким будет его конечный экономический результат, будет ли причинен имущественный вред самому юридическому лицу или третьим лицам. В момент заключения сделки определить ее выгодность или невыгодность нельзя, это представляется возможным лишь впоследствии при наступлении оговоренного случайного события.

Обратимся к существу категории «разумность». В.С. Ем под разумностью понимает осмысленность (рациональность), логичность и целесообразность поведения субъекта. Разумным следует считать поведение субъекта, если оно является результатом осмысления социально-экономической обстановки, в которой он находится, логически вытекает из нее и целесообразно для него¹. Соглашаясь с данным утверждением, С.А. Иванова полагает, что разумность в гражданском праве означает проявление субъектами чувства меры, рационального понимания объективной реальности².

В рассматриваемом Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 62 от 30 июля 2013 г. неразумность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, когда директор принял решение без учета известной ему информации, имеющей значение в данной ситуации, либо до принятия решения не предпринял действий, направленных на получение необходимой и достаточной для его принятия информации, которые обычны для деловой практики при сходных обстоятельствах, в частности, если доказано, что

¹ Ем В.С. Осуществление и защита гражданских прав // Гражданское право: Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2004. Т. 1. С. 531.

² Иванова С.А. Принцип справедливости в гражданском праве России: Автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Владимир, 2006. С. 18.

при имеющихся обстоятельствах разумный директор отложил бы принятие решения до получения дополнительной информации.

В алеаторном договоре экономический результат поставлен сторонами в зависимость от случайного обстоятельства. Получение прибыли контрагентами такого договора напрямую связано с колебанием непостоянной величины (курса валюты, цены товара, погодных условий и т.п.). Алеаторный договор всегда заключается в условиях неполноты информации относительно наступления или ненаступления оговоренного события, что и выделяет его из числа иных гражданско-правовых договоров.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что критерии недобросовестности и неразумности, разработанные в науке и практике и используемые для квалификации действий лица как виновных, применимы к меновым договорам. В отношении алеаторных договоров их применение затруднено ввиду особой конструкции таких договоров. По мнению диссертанта, в ситуации банкротства, вызванного исполнением алеаторного договора, эффективнее установление правила о безвиновной ответственности лиц, принявших решение о заключении такого договора¹.

На основании вышеизложенного предлагается ст. 56 ГК РФ дополнить пунктом третьим следующего содержания:

«Если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана исполнением алеаторного договора, заключенного учредителями (участниками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, такие лица в случае недостаточности имущества юридического лица солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам независимо от вины».

¹ Курбатов А. Указ. соч. С. 33.

В заключение необходимо отметить, что законодатель многие десятилетия предпринимает действия по контролю биржевой и внебиржевой торговли, ограничению рисков спекулятивных сделок, защите прав заинтересованных лиц, однако законодательное регулирование, как верно подмечено в литературе, находится в постоянно догоняющем состоянии по отношению к развитию финансового рынка. Тем не менее, своевременное и эффективное правовое реагирование на новые отношения должно оставаться неизменным ориентиром, как для законодателя, так и для правоприменителя.

Заключение

Подводя итог проведенному исследованию, отметим, что в работе проведено системное осмысление особенностей алеаторных договоров в системе рискованных договоров в комплексе взаимосвязанных проблем и особенностей правового регулирования.

Изучение специфики рискованных, в том числе алеаторных договоров как самостоятельных гражданско-правовых договоров было необходимо для дальнейшего совершенствования гражданского законодательства и правоприменительной практики. От создания эффективного инструментария правового регулирования указанных договоров зависят не только стабильность гражданского оборота, но и перспективы развития экономических отношений.

Сформулированная в работе цель исследования – разработка теоретической основы учения об алеаторных договорах в системе рискованных договоров, выявление проблем правового регулирования соответствующих общественных отношений, а также выработка практических рекомендаций по совершенствованию гражданского законодательства РФ и правоприменительной практики – в основном достигнута, поставленные для ее достижения задачи решены. Определение рамок исследования, его объекта, предмета, а также выработка методологии исследования, опора на достижения науки гражданского права в области алеаторных договоров, использование достаточно обширной эмпирической базы – все это позволило получить результаты, которые отражены в ряде теоретических выводов и практических рекомендаций.

1. Ключевой категорией, лежащей в основе рискованных, в том числе алеаторных договоров, является риск. Несмотря на обширное применение термина «риск», в российском законодательстве отсутствуют единые подходы к его определению, а отдельные правовые нормы противоречат существу этого явления. В целом, в науке и практике сформировалось

традиционно негативное отношение к риску. Риск представляет собой возможность наступления отрицательных последствий, выражающихся в причинении вреда, как имуществу, так и жизни и здоровью индивида. При этом риск представляется категорией вероятной, но не наступившей. Реализация риска привязана к случайному обстоятельству, не зависящему от воли субъекта.

Риск в зависимости от причины возникновения следует рассматривать в качестве как объективного, так и субъективного явления. Объективный риск возникает в имущественной сфере субъекта вне зависимости от его действий (например, риск случайной гибели вещи). Субъективный риск формируется в имущественной сфере субъекта по его воле (например, риск игрока).

2. Сравнение менового и рискового договоров свидетельствует о том, что и тот, и другой заключаются сторонами с целью приобретения имущественного блага. Однако конструкция менового договора позволяет его сторонам при заключении установить итоговый экономический результат сделки. Рисковый же договор специально смоделирован таким образом, чтобы с момента его заключения возникла неопределенность относительно конечного экономического результата для обеих сторон. Возможно, при заключении рискового договора существует вероятность установить объем имущественного блага, но определить, у какой стороны возникнет право на его получение, и у какой стороны - обязанность по его выплате, позволяет только случай. Субъективный риск является конститутивным признаком рисковых договоров, позволяющим отграничить их от меновых договоров. В рисковом договоре риск, выражающийся в возможной неэквивалентности встречного предоставления, является неотъемлемым элементом, опосредующим достижение договорной цели. Стороны, заключая такой договор, по собственной воле создают риск, поскольку удовлетворение их интереса иным образом не представляется возможным.

Помимо субъективного риска к признакам рискового договоров следует отнести зависимость экономического результата, а, следовательно, и реализации конкретных прав и обязанностей сторон сделки от случайного события, и возмездность, выражающуюся в предоставлении либо имущественного блага (в страховании, ренте), либо возможности приобретения имущественного блага (в игре и пари, биржевых и внебиржевых договорах, не предусматривающих реальную передачу товара).

3. Исследование показало, что, несмотря на выделение в группе возмездных договоров рисковых договоров страхования, ренты, игры, пари, биржевых и внебиржевых договоров, существенные различия в конструкциях указанных договоров обуславливают необходимость дальнейшего их деления. Представляется целесообразным выделение отдельного подвида договоров, именуемых алеаторными, к которым следует отнести игру, пари, биржевые и внебиржевые договоры. В отличие от рисковых договоров в целом, алеаторные договоры характеризуются особым характером субъективного риска, выражающимся в возможности неполучения одной из сторон в силу случайного обстоятельства взамен предоставляемого ею имущественного блага встречного предоставления, на которое она рассчитывала при заключении договора. Например, в страховании и ренте предполагается получение обеими сторонами имущественного блага, риск же выражается в его неэквивалентности в зависимости от случайного обстоятельства. Риск игрока или стороны срочного биржевого и внебиржевого договоров заключается в неполучении желаемого имущественного блага в целом.

4. Выделение рисковых, в том числе алеаторных договоров в самостоятельную группу обусловлено не только теоретической, но и практической значимостью. Такие договоры обладают спецификой, не позволяющей применять к ним правовое регулирование меновых договоров в полной мере. В частности, формирование сторонами рискового

и алеаторного договоров субъективного риска по собственной воле делает неприменимым к таким договорам большинство конструкций относительно эквивалентности встречного предоставления. Так, в отношении указанных договоров невозможно использование положений о так называемой «убыточности» (*laesio enormis*). Эта концепция, в частности, проявляется в ст. 179, ст. 451 ГК РФ, ст. 61.2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 62 от 30 июля 2013 г. «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица», действие которых на рисковые, в том числе алеаторные договоры распространить невозможно, что требует закрепления в гражданском законодательстве.

5. Зависимость экономического результата рискового договора и реализации конкретных прав и обязанностей сторон договора от случайного события позволила ряду ученых отнести рисковые договоры к условным сделкам. По мнению диссертанта, отождествление условной сделки и рискового договора противоречит существу последнего. В рисковом договоре установление зависимости возникновения прав и обязанностей от будущего события является частью основного волеизъявления сторон. Очевидно, что невозможно исключить из договора страхования, игры, пари указание на определенное событие, сохранив при этом сам договор. Указание на будущее событие в рисковом договоре является, так же как и риск, признаком, определяющим вид договора. В условных же сделках указание на будущее событие определяется как добавочное волеизъявление сторон, не оказывающее влияние на квалификацию сделки. Таким образом, использование в правоприменительной практике в порядке аналогии закона правовых норм об условных сделках в отношении рисковых договоров невозможно, поскольку между ними имеются существенные различия.

6. В настоящее время среди алеаторных договоров практически неурегулированными являются договоры, совершаемые на биржевых и внебиржевых торгах, именуемые производными финансовыми инструментами. Эти сделки служат эффективным инструментом для минимизации экономических рисков предпринимателя. Анализ цивилистической доктрины и практики совершения таких договоров, как фьючерс, форвард, опцион, своп, показал, что их правовая природа различна. Поставочный фьючерс и поставочный форвард следует рассматривать как договоры купли-продажи со сроком исполнения в будущем, т.е. меновые договоры. Поставочный опцион - это рискованный договор особого рода. Расчетный фьючерс, расчетный форвард, расчетный опцион и своп являются договорами особого рода и относятся к группе алеаторных договоров. Указанные различия правовой квалификации должны быть учтены в законодательстве и правоприменительной практике, что будет способствовать качественному рассмотрению споров, вытекающих из таких договоров, и повышению их привлекательности для широких слоев предпринимателей.

7. Несмотря на высокую значимость биржевых и внебиржевых договоров, практика их применения свидетельствует о негативном влиянии некоторых из них на устойчивость и эффективность функционирования гражданского оборота, а также микро- и макроэкономики в целом. Речь идет об алеаторных договорах с катастрофическим риском, то есть таких договоров, возможным следствием исполнения которых является банкротство предпринимателя. Задачей государства является формирование у предпринимателя разумного подхода к заключению алеаторных договоров. Несмотря на предпринимаемые попытки законодательного регулирования, ни в действующих нормативных актах, ни в законопроектах нет прямого указания на ограничение заключения подобных сделок. По мнению диссертанта, одной из мер, ограничивающих предпринимателя от

заключения алеаторных договоров с катастрофическим риском, является закрепление положения о субсидиарной ответственности лица, принявшего решение о заключении подобного договора, в случае если его исполнение повлекло банкротство юридического лица.

Изложенные выше и другие теоретические выводы позволили в качестве практических результатов исследования разработать ряд конкретных рекомендаций по совершенствованию законодательства Российской Федерации и правоприменительной практики.

1. Для ограничения заключения предпринимателями алеаторных договоров с катастрофическим риском, рекомендуется ст. 56 ГК РФ дополнить пунктом третьим следующего содержания:

«Если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана исполнением алеаторного договора, заключенного учредителями (участниками), собственником имущества юридического лица или другими лицами, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, такие лица в случае недостаточности имущества юридического лица солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам независимо от вины».

2. В целях закрепления в законодательстве специфики рискованных и алеаторных договоров предлагается дополнить главу 27 ГК РФ статьей 423.1 «Меновые и рискованные договоры» следующего содержания:

«1. Меновым договором признается соглашение, при заключении которого стороны согласовывают объем встречного предоставления.

2. Рисковым договором признается соглашение, в котором объем встречного предоставления поставлен в зависимость от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

Алеаторным договором, как разновидностью рискованного договора, признается соглашение, в котором встречное предоставление

выражается в возможности приобретения имущественного блага в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон.

3. Применение к рисковым, в том числе алеаторным договорам норм, регулирующих меновые договоры, возможно постольку, поскольку это не противоречит существу рисковых договоров».

3. В целях эффективного правового регулирования биржевых и внебиржевых договоров и единообразной квалификации их судами предлагается в Приказ ФСФР «Об утверждении положения о видах производных финансовых инструментов» от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н внести изменения:

1. Пункт 5 изложить в следующей редакции:

«Опционный договор (контракт), предусматривающий обязанность, установленную подпунктом 2 пункта 3 настоящего Положения, за исключением обязанности заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом, который не предусматривает обязанности передать, купить (продать) или поставить ценные бумаги, валюту или товар, является поставочным, рисковым договором. Иные опционные договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

2. Пункт 8 изложить в следующей редакции:

«Фьючерсный договор (контракт), предусматривающий обязанность, установленную пунктом 7 настоящего Положения, за исключением обязанности заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом, который не предусматривает обязанности передать, купить (продать) или поставить ценные бумаги, валюту или товар, является поставочным, меновым договором. Иные фьючерсные договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

3. Абзац четвертый пункта 9 изложить в следующей редакции:

«Биржевой форвардный договор (контракт) является поставочным, меновым договором».

4. Пункт 11 изложить в следующей редакции:

«Внебиржевой форвардный договор (контракт), предусматривающий обязанность, установленную подпунктом 1 или 2 пункта 10 настоящего Положения, является поставочным, меновым договором. Иные внебиржевые форвардные договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

5. Пункт 14 изложить в следующей редакции:

"Своп договор (контракт), предусматривающий обязанности, установленные подпунктом 2 пункта 12 или пунктом 13 настоящего Положения, за исключением обязанности заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом, который не предусматривает обязанности передать, купить (продать) или поставить ценные бумаги, валюту или товар, является поставочным, меновым договором. Иные своп договоры (контракты) являются расчетными, алеаторными договорами».

4. Предлагается Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» дополнить п. 54.1 следующего содержания:

«При рассмотрении дел по спорам, связанным с заключением, исполнением, изменением, расторжением и оспариванием рискованных, в том числе алеаторных, договоров, судам следует учитывать невозможность применения к подобным правоотношениям положений законодательства об условных сделках ввиду различий данных категорий. В рискованных, в том числе алеаторных, договорах зависимость возникновения или прекращения прав и обязанностей от конкретного события, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит, является существенным признаком указанных договоров, позволяющим отграничить их от иных гражданско-правовых договоров. В условных сделках, являющихся по сути меновыми, зависимость возникновения или прекращения прав и обязанностей от случайного события выступает в качестве добавочного

волеизъявления сторон, не оказывающего влияние на квалификацию сделки».

В настоящей работе, прежде всего, в силу недостаточной разработанности и сложности исследуемых проблем, не ставилась задача исчерпывающим образом исследовать все проблемы, возникающие в процессе правового регулирования рисков, в том числе алеаторных договоров и практического применения соответствующего законодательства. Однако она может послужить базой для дальнейших научных изысканий в данной области.

Список использованных источников информации

1. Действующие нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации. (Принята всенародным голосованием 12.12.1993) // Российская газета, № 7, 21.01.2009.
2. Общие условия поставок товаров из стран – членов Совета Экономической Взаимопомощи в Финляндскую Республику и из Финляндской республики в страны – члены Совета Экономической Взаимопомощи (ОУП СЭВ - Финляндия) (Приняты в ноябре 1978 г.).
3. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1. // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 2. // Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, № 5, ст. 410.
5. Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть 1. // Собрание законодательства РФ, 03.08.1998, № 31, ст. 3824.
6. Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть 2. // Собрание законодательства РФ, 07.08.2000, № 32, ст. 3340.
7. Закон РФ «О банках и банковской деятельности» от 2 февраля 1990 года №395-1. // Собрание законодательства РФ, 05.02.1996, № 6, ст. 492.
8. Закон РФ от 27.11.1992 № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации». // Ведомости СНД и ВС РФ, 14.01.1993, № 2, ст. 56.
9. Федеральный закон № 39 – ФЗ от 22 апреля 1996 года «О рынке ценных бумаг». // Собрание законодательства РФ, № 17, 22.04.1996, ст. 1918.
10. Федеральный закон от 25 февраля 1999 года №40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций». // Собрание законодательства РФ, 01.03.1999, № 9, ст. 1097.

11. Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 06.12.2011) «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // «Собрание законодательства РФ», 12.07.1999, N 28, ст. 3493
12. Федеральный закон от 16 июля 1999 г. № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования». // Собрание законодательства РФ, 19.07.1999, № 29, ст. 3686.
13. Федеральный закон от 29 ноября 2001 года №156-ФЗ «Об инвестиционных фондах». // Собрание законодательства РФ, 03.12.2001, № 49, ст. 4562.
14. Федеральный закон от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации». // Собрание законодательства РФ, 17.12.2001, № 51, ст. 4832.
15. Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». // Собрание законодательства РФ, 15.07.2002, № 28, ст. 2790.
16. Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании». // Собрание законодательства РФ, 30.12.2002, № 52 (ч. 1), ст. 5140.
17. Федеральный закон от 11 ноября 2003 года № 152 – ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах». // Собрание законодательства РФ, 17.11.2003, № 46 (ч. 2), ст. 4448.
18. Федеральный закон от 29 декабря 2006 года № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации». // «Собрание законодательства РФ», 01.01.2007, N 1 (1 ч.), ст. 7.
19. Федеральный закон от 22 июля 2008 г. № 123-ФЗ «Технический регламент о требованиях пожарной безопасности». // Собрание законодательства РФ, 28.07.2008, № 30 (ч. 1), ст. 3579.

20. Федеральный закон от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации». // Собрание законодательства РФ, 30.11.2009, № 48, ст. 5731.
21. Федеральный закон от 21.11.2011 N 325-ФЗ «Об организованных торгах» // «Собрание законодательства РФ», 28.11.2011, № 48, ст. 6726.
22. Постановление Правительства РФ от 23.09.2002 № 696 «Об утверждении федеральных правил (стандартов) аудиторской деятельности» // Собрание законодательства РФ, 30.09.2002, №39, ст. 3797.
23. Постановление Правительства РФ от 2 марта 2010г. №111 «Об утверждении положения о лицензировании деятельности биржевых посредников и биржевых брокеров, заключающих в биржевой торговле договоры, являющиеся производными финансовыми документами, базисным активом которых является биржевой товар». // Собрание законодательства РФ, 08.03.2010, № 10, ст. 1096.
24. Распоряжение Правительства РФ от 01 июня 2006 № 793-р «Стратегия развития финансового рынка на 2006 - 2008 годы» // Собрание законодательства РФ, 09.06.2006, № 24, ст. 2620.
25. Распоряжение Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р «Об утверждении Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года» // Собрание законодательства РФ, 19.01.2009, № 3, ст. 423.
26. Приказ ФСФР России от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н «Об утверждении Положения о видах производных финансовых инструментов». // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, № 17, 26.04.2010.
27. Приказ ФСФР России от 10.11.2009 № 09-45/пз-н «Об утверждении Положения о снижении (ограничении) рисков, связанных с доверительным управлением активами инвестиционных фондов, размещением средств пенсионных резервов, инвестированием средств пенсионных накоплений и

накоплений для жилищного обеспечения военнослужащих, а также об утверждении изменений в некоторые нормативные правовые акты Федеральной службы по финансовым рынкам» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, № 10, 08.03.2010.

28. Положение Банка России от 20 марта 2006 г. № 283-П «О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери». // Вестник Банка России, № 26, 04.05.2006.

Нормативные правовые акты, утратившие силу.

1. Гражданский кодекс РСФСР 1922 года// «СУ РСФСР», 1922, N 71, ст. 904.
2. Гражданский кодекс РСФСР 1964 года. // Ведомости ВС РСФСР, 1964, № 24, ст. 407.
3. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года. // Ведомости СНД и ВС СССР, 26.06.1991, № 26, ст. 733.
4. Закон РФ «Об иностранных инвестициях в РСФСР» от 4 июля 1991 года №1545-1. // Ведомости СНД и ВС РСФСР, 18.07.1991, № 29, ст. 1008.
5. Закон РФ № 2383 – 1 от 20 февраля 1992 года «О товарных биржах и биржевой торговле». // Ведомости СНД и ВС РФ, 07.05.1992, № 18, ст. 961.
6. Постановление Совмина СССР от 25.07.1988 № 888 «Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций» // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР, № 11, 1988.

Проекты федеральных законов

1. Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации" // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

2. Проект Федерального закона № 498603-4 «О биржах и организованных торгах» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 13.02.2008) // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
3. Проект Федерального закона № 147313-3 «О срочном рынке» (ред., внесенная в ГД ФС РФ) // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
4. Проект Федерального закона № 340630-3 «О производных финансовых инструментах» (ред., внесенная в ГД ФС РФ) // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
5. Проект Федерального закона № 309366-3 «О производных финансовых инструментах» (ред., внесенная в ГД ФС РФ) // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
6. Проект Федерального закона № 385142-3 «О внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (о деривативах)» (ред., внесенная в ГД ФС РФ) // [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

Материалы практики

1. Определение Конституционного Суда РФ от 22.03.2012 N 500-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Маргиева Тамерлана Юрьевича на нарушение его конституционных прав статьями 1062 и 1063 Гражданского кодекса Российской Федерации»// <http://www.ksrf.ru/>
2. Определение Конституционного Суда РФ от 17.07.2012 N 1479-О // <http://www.ksrf.ru/>
3. Определение Конституционного суда РФ от 16.12.2002 «О прекращении производства по делу о проверке конституционности статьи 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой коммерческого акционерного банка «Банк Сосьете Женераль Восток» // СЗ РФ. 2002. № 52.

4. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации №6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // "Российская газета", N 152, 13.08.1996
5. Определение Верховного Суда РФ от 16.07.2013 N 18-КГ13-54// <http://www.vsrp.ru/>
6. Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 N 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»// <http://www.arbitr.ru>
7. Постановление Президиума ВАС РФ от 08.06.1999 № 5347/98 // «Вестник ВАС РФ», 1999, N 9
8. Определение ВАС РФ от 28.05.2012 N ВАС-6031/12 по делу N А40-33903/11-91-145 // <http://www.arbitr.ru>
9. Определение ВАС РФ от 06.03.2012 N ВАС-1790/12 по делу N А19-23741/10-13// <http://www.arbitr.ru>
10. Определение Президиума ВАС РФ от 3.11.2009 №ВАС-12888/09 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
11. Апелляционное определение Московского городского суда от 14.01.2014 по делу № 33-604 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
12. Апелляционное определение Псковского областного суда от 05.08.2014 по делу № 33-1206 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
13. Апелляционное определение Рязанского областного суда от 23.04.2014 N 33-749// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

14. Определение Ивановского областного суда от 21.04.2014 по делу N 33-588// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
15. Постановление ФАС Московского округа от 29 мая 1998 г. № КГ-А40/1074-98 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
16. Постановление ФАС Московского округа от 21 июля 1998 г. Дело № КГ-А40/1550-98// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
17. Постановление ФАС Московского округа от 29 сентября 1998 г. Дело № КГ-А40/2272-98// [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
18. Постановление ФАС Московского округа от 16 марта 1999г. № КГ-А40/571-99// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
19. Постановление ФАС Московского округа от 10.08.1999 № ГК-А40/2424-99 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
20. Постановление ФАС Московского округа от 14.11.2001 № КГ-А40/6297-01 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
21. Постановление ФАС Московского округа от 10.11 2002 г. по делу № КГ-А40/6531-02// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
Консультант Плюс: Справочно-правовая система.
22. Постановление ФАС Московского округа от 20. 01.2005 № КГ-А40/12820-04 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
23. Постановление ФАС Московского округа от 10 августа 2005 г. № КГ-А40/7048-05// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс].
Консультант Плюс: Справочно-правовая система.

24. Постановление ФАС Московского округа от 11 мая 2006 г. № КГ-А40/3650-06// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
25. Постановление ФАС Московского округа от 3.07. 2008 № КГ-А40/5442-08 // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
26. Постановление ФАС Московского округа от 14 июля 2008 г. № КГ-А40/6011-08// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
27. Постановление ФАС Московского округа от 22 апреля 2009 г. № КГ-А40/2985-09// Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.
28. Постановление ФАС Московского округа от 19.05.2009 № КГ-А40/4026-09-П // Документ опубликован не был. [Электрон. ресурс]. КонсультантПлюс: Справочно-правовая система.

Монографии, научные статьи, учебная литература

1. Абдулкадыров С.С. Законодательное обеспечение производных ценных бумаг в современной России // Российский судья. 2012. N 2. С. 20 - 24.
2. Абрамов В.Ю. Страховой риск: понятие и оценка. Правовые аспекты. – М.: Анкил, 2006. - 128 с.
3. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. Т.2. Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012. - 535 с.
4. Александрова О.А. Риск - не всегда дело благородное // [http:// samlib.ru /a / aleksandrowa_o_a/risk-newsegdablagorodnoedelo.shtml](http://samlib.ru/a/aleksandrowa_o_a/risk-newsegdablagorodnoedelo.shtml)
5. Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни. М.: Мысль, 1984. - 192 с.
6. Амбарцумян С.Р. К вопросу о правовой квалификации расчетных форвардных контрактов // Юрист, 2007, № 10. С. 38-42.
7. Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3. Права обязательственные. СПб. 1901. - 491 с.

8. Ансон В. Договорное право. М., 1984. - 463 с.
9. Аapresова Н.Г. Риск в предпринимательской деятельности // Предпринимательское право. Приложение "Бизнес и право в России и за рубежом". 2012. N 2. С. 29 - 35.
10. Архипов Д.А. Опыт теории риска в договорном обязательстве. // Актуальные проблемы гражданского права. М. 2005. Вып. 9. С. 358 - 406.
11. Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. М.: Статут, 2012. 112 с.
12. Балдин К.В. Риск-менеджмент. – М.: Гардарики, 2005. - 368 с.
13. Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. - 1100 с.
14. Бартошек М. Римское право: понятие, термины, определения. М.: Юридическая литература, 1989. - 448 с.
15. Безобразов В. Биржевые операции. М., 1856. - 80 с.
16. Бек У. Общество риска на пути к другому модерну. М.: Прогресс-традиция, 2000. - 384 с.
17. Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права. // Законодательство. 1999. №9. С. 13 - 22.
18. Белых В.С., Кривошеев И.В. Страхование право. М.: Норма, 2001. - 224 с.
19. Большой толковый психологический словарь. Том 2; пер. с англ. / Артур Вебер. – ООО «Издательство АСТ», 2001 - 560с.
20. Борисов А.Б. Большой экономический словарь. – М.: Книжный мир, 2006. - 895 с.
21. Борисов А.Н., Краев Н.А. Комментарий к Федеральному закону от 21 ноября 2011 г. N 325-ФЗ "Об организованных торгах" (постатейный) // СПС КонсультантПлюс. 2012.
22. Борисов Ю. Буш должен позвонить Медведеву. 25.09.2008 // URL: www.dv-news.ru.
23. Боровкова В. Управление рисками в торговле. – М.: Питер. 2004. - 288 с.

24. Брагинский М.И. Правовое регулирование игр и пари // Хозяйство и право. 2004. №11. С. 22-37
25. Брагинский М.И. Правовое регулирование игр и пари. – М.: Статут, 2004. - 77 с.
26. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М.: Статут, 1997.
27. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). – М., Юрид. лит., 1976. - 215 с.
28. Буренин А.Н. Фьючерсные, форвардные и опционные рынки. М: Научно - техническое общество имени академика С.И. Вавилова, 2003. - 338 с.
29. Буркова А. Виды производных финансовых инструментов и их защита в России. // Законодательство и экономика, 2010, № 6. С. 21-24
30. Бушев А.Ю. Основы управления рисками в праве // Арбитражные споры. 2008. №3. С. 79 -104.
31. Васильев А.А. Биржевая спекуляция: теория и практика. СПб., 1912. - 168 с.
32. Веретнов В. Философия риска: от рискофобии, рискофилии к рискософии. <http://www.proza.ru/2009/10/21/911>
33. Вечканов Г.С., Вечканова Г.Р. Современная экономическая энциклопедия. – СПб.: Издательство «Лань», 2002. - 800 с.
34. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. - СПб: Типография Д. Думашевского, 1875. - 602 с.
35. Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть. / пер. с нем. под ред. С.В. Пахмана. Издания А. Гиероглифова и И. Никофорова. СПб. 1874. - 358 с.
36. Витрянский В.В. Срочные сделки в сфере биржевой торговли и на финансовых рынках // Хозяйство и право. 2007. №10. С. 34-48.
37. Власова А.С. Предпринимательский риск в спорах об изменении или расторжении договоров // Юрист. 2011. N 4. С. 12 - 18.

38. Власова А.С. Риск, ответственность и вина в предпринимательских отношениях // Безопасность бизнеса. 2012. N 1. С. 36 - 40.
39. Волков А.Ф. Биржа. // Словарь юридических и государственных наук. Т.1. СПб. 1900.
40. Волков А.Ф. Биржевое право: Биржевой суд и правила биржевой торговли хлебными товарами. Т. 1: Материалы Калашниковской хлебной биржи г. С.-Петербурга в связи с практикой западно-европейских бирж. – С.-Пб.: Тип. т-ва «Обществ. польза», 1905.
41. Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право / Пер. с фр. М., 1996. - 580 с.
42. Гаджиев Г., Иванов В. Квазиалеаторные договоры (проблема доктрины, судебной защиты и правового регулирования) // Хозяйство и право. 2003. № 5. С. 97-105.
43. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2003. - 816 с.
44. Гарбатович Д. Проблемы применения нормы об обоснованном риске // Уголовное право. 2013. N 2. С. 10 - 15.
45. Гессен Я.М. Биржевые сделки по русскому праву // Банковская энциклопедия. Т. 2. Киев, 1917. - 390 с.
46. Гидденс Э. Ускользящий мир: как глобализация меняет нашу жизнь. СПб.: Весь мир, 2004. - 112 с.
47. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Перевод с французского / пер.: И. Б. Новицкий. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР М., 1948. - 511 с.
48. Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве. // Ученые записки Харьковского юрид. института им. Л.М. Кагановича. Харьков. Изд-во Харьковского гос. университета им. А.М. Горького. 1954. С. 65
49. Граве К.А., Лунц Л.А. Страхование. Государственное издательство юридической литературы. М. 1960. - 67 с.
50. Граве К.А., Минц С.В. Сборник материалов по биржевому праву и практике. Издание неофициальное. М. 1924. - 256 с.

51. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1, 2, 3 / Б.М. Гонгало, А.В. Коновалов, П.В. Крашенинников и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2013. 336 с.
52. Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. с постатейно-систематизированными материалами / Под ред. С. Александровского. М., 1925. – 1200с.
53. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. - 896 с.
54. Гражданское право. Т. 4: Обязательственное право. Учебник. Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2008. - 800 с.
55. Гражданское право. Учебник. Т.2. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. - 784 с.
56. Гражданское право./ под ред. М.М. Агаркова, Д.М. Генкина. Т. 2. – Юрид. издательство НКЮ СССР. М, 1944. - 419 с.
57. Гражданское уложение Германской империи. СПб. Типография Правительствующего сената, 1898. - 374 с.
58. Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов редакционной комиссии) / Сост. А.А. Саатчиан /Под ред. И.М. Тютрюмова. Кн. V. Т. III . Обязательственное право. СПб, 1905.
59. Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Расчетный форвардный контракт: теория и практика // Законодательство. 1998. № 10.
60. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Том 4. – М.: Издательство «Русский язык», 1998. - 864 с.
61. Дернбург Г. Пандекты. Т. 3. Обязательственное право. М., 1900. - 320 с.

62. Дженкс Э. Свод английского права. Часть 2. Обязательства, возникающие из отдельных видов договоров. Пер. Л.А. Лунц. Юридическое издательство НКЮ СССР. М., 1941. - 303 с.
63. Джурович Р. Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. М., 1992. - 346 с.
64. Дигесты Юстиниана. Кн. II, титул V. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. – М.: Наука, 1984. - 456 с.
65. Договоры в предпринимательской деятельности. Отв. ред. Е.А. Павлодский, Т.Л. Левшина. Статут, 2008 - 507 с.
66. Дуглас М. Чистота и опасность: анализ представлений об оскверненности и табу. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000.
67. Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: экономическая сущность и правовая природа // Хозяйство и право. 1999. № 6. С. 26 - 38.
68. Зейц А.Г. Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров. Иркутск, 1928 - 65 с.
69. Иванова Е.В. Деривативы. Форвард, фьючерс, опцион, своп: Экономико-правовая квалификация М.: Ось-89, 2007. - 304 с.
- 70.** Иванова Е.В. Договорные формы деривативов: некоторые аспекты правового регулирования.// Закон, 2007, № 2. С. 125 - 134.
71. Иеринг Р. Интерес и право. Ярославль. Типография губернской земской управы. 1880 - 268 с.
72. Иеринг Р. Цель в праве / Пер. с нем. В. Р. Лицкого, Н. В. Муравьева, Н. Ф. Дерюжинского; под ред. В. Р. Лицкого. Т.1. СПб.: Изд. Н. В. Муравьева, 1881. - 412 с.
73. Интервью с Г.А. Гаджиевым, заслуженным юристом России, доктором юридических наук, судьей Конституционного Суда РФ // Юридический справочник руководителя. № 11. 2004.
74. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юридическая литература, 1975. - 880 с.

75. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права»: М.: Статут, 2000. - 777 с.
76. Карапетов А.Г. К вопросу о целесообразности включения в российское законодательство нормы о презумпции кабальности сделок с несоразмерным встречным предоставлением. // Материалы Научного круглого стола «Контроль соразмерности встречного удовлетворения и доктрина Laesio Enormis в свете реформы гражданского законодательства». <http://www.privlaw.ru/>
77. Карро Д. Международное экономическое право: учебник / Д. Карро, П. Жюйар; Пер. с фр. В. П. Серебренникова, В. М. Шумилова; науч. ред. В. М. Шумилов. – М. : Междун. отношения, 2002. – 580 с.
78. Картвелишвили В.М., Колоскова Л.М., Митин А.Ю. Аспекты современного восприятия риска. // Экономический анализ: теория и практика. №8. Март. 2009. С. 20-24.
79. Кидуэлл Д.С. Петерсон Р.Л., Блэкуэлл Д.У. Финансовые институты, рынки и деньги. Пер. с англ. СПб., М., Харьков, Минск, 2000 - 725 с.
80. Киракосян С.А. Об опасностях договора ренты // Семейное и жилищное право. 2013. № 1. С. 41 - 43.
81. Колб Р. Финансовые деривативы. Учебник / пер. с англ. – М.: Филинь, 1997 - 360 с.
82. Комраков К. Исполнение управляющей компанией обязательств по фьючерсному контракту за счет имущества, составляющего паевой инвестиционный фонд // Хозяйство и право. 2006. №4. С. 84-87.
83. Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Госюриздат, 1966. - 200 с.
84. Красников Н. О концепции опционного соглашения как предварительного договора по российскому праву // Юрист. 2009. № 12. С.25-30.

85. Кудряшова Е. Производные финансовые инструменты: «казнить нельзя помиловать» // Хозяйство и право. 2003. №12. С. 62-76.
86. Курбатов А. Субсидиарная ответственность учредителей (участников) кредитной организации при ее банкротстве // Хозяйство и право. 2007. №2. С.29-33.
87. Лапушта М.Г., Шаршукова Л.Г. Риски в предпринимательской деятельности. - М.: ИНФРА-М, 2005. - 224с.
88. Ласк Г. Гражданское право США (право торгового оборота) / под ред. Е.А. Флейшиц. М.: Изд-во иностранной литературы. 1961. - 773 с.
89. Латинский словарь юридических терминов и выражений. / Сост. В.А. Минасова, И.Ю. Губина. – Ростов – на – Дону: Феникс, 2000. - 320 с.
90. Лаутс Е.Б. Правовые вопросы обеспечения стабильности деятельности банков на рынке производных финансовых инструментов. // Предпринимательское право, 2009, № 4. С.26-30
91. Ливрага Х.А. Общество комфорта и философия риска. // http://www.livraga.ru./ststji/obshestvo_komforta.htm
92. Луман Н. Понятие риска // THESIS, 1994. Вып. 5. С. 135 - 160.
93. Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право: С приложением "Очерка важнейших сделок советского хозяйственного права /В. К. Райхер. - Л.: Издание Кассы взаимопомощи студентов Ленигр. Инст. Нар. хозяйства им. Фр. Энгельса,1928. - 489 с.
94. Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. Внешторгиздат. М., 1953. - 220 с.
95. Максоцкий Р.А. Возмездность и безвозмездность в современном гражданском праве. Учебное пособие./ науч. ред. М.В. Кротов. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. - 176 с.
96. Малер Герхард. Производные финансовые инструменты: прибыли и убытки / Пер. с нем. – М. : АО "Интерэксперт" : ИНФРА-М, 1996. - 158 с.
97. Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М., 2002. 352 с.

98. Мартиросян А.Г. Способы распределения риска в гражданском праве Российской Федерации // Современное право. 2012. N 4. С. 81 - 85.
99. Мартюченко О.Ю. Характер предпринимательского риска в условиях социальной трансформации. Саратов. СГТУ, 2000. - 29 с.
100. Меньшенин П.А. Опционный договор. // Право и экономика. № 5. 2008. С.19-25.
101. Меркулова Л.А. Правовая природа и особенности налогообложения свопа как производного финансового инструмента. // Финансовое право. 2010. № 2. С.27-33.
102. Метелева Ю. Биржевая торговля товарами и срочными контрактами. // Хозяйство и право. 2007. №8. С. 79 -85.
103. Мозговая А.В. Социология риска: возможности синтеза теории и эмпирического знания // Риск в социальном пространстве / Под ред. А.В. Мозговой. М.: Изд-во Института социологии РАН, 2001. С. 9-37.
104. Морандьер Ж. Гражданское право Франции. Пер. с франц. Том 3. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1961. - 390 с.
105. Моторин О.А. О некоторых направлениях развития концепции управления риском в современной России. // <http://oad.rags.ru/vestnikrags/issues/issue0308/030807.htm/>
106. Найт Ф. Понятие риска и неопределенности. / Теория и история экономических и социальных институтов и систем: THESIS. М., 1994. Т. 1. Вып. 5. С. 12 -28.
107. Нисселович Л.Н. О биржах и биржевых установлениях и мерах ограничения биржевой игры. Обзорение важнейших законодательств сравнительно с русским правом. СПб. Типо-Литография А.Е. Ландау, 1879. - 188 с.
108. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. Курс советского гражданского права. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954. - 247 с.

109. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М. Госуд. изд-во юрид. литературы. 1950. - 416 с.
110. Общая психология. Словарь / под ред. А.В. Петровского // Психологический лексикон. Энциклопедический словарь в шести томах / Ред.- сост. Л.А. Карпенко. Под общ. ред. А.В. Петровского. — М.: ПЕР СЭ, 2005. - 250 с.
111. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под общ. ред. проф. Л.И. Скворцова. – 24 изд., испр. – М.: ООО «Издательство Оникс», 2007. - 976 с.
112. Ойгензихт В.А. Категория «риска» в советском гражданском праве. // Правоведение. – 1971. - №5. С. 64-70.
113. Ойгензихт В.А. Мораль и право. Взаимодействие. Регулирование. Поступок. – Душанбе, Ирфон, 1987. - 160 с.
114. Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. – Душанбе: Ирфон, 1972. - 224 с.
115. Омельченко А.И. Творческий риск, его государственно-правовая охрана // Изд-во МГУ. 1955. - 55 с.
116. Основные определения видов срочных сделок (деривативов), заключаемых без участия бирж и организаторов торговли (внебиржевых срочных сделок). Проект 07.08.2005. Стандарт Ассоциации российских банков. <http://www.arb.ru/site/docs/docs.php?doc=147>
117. Отдельные виды обязательств в международном частном праве. / под ред. В.П. Звекова. М.: Статут, 2008. - 603 с.
118. Павлодский Е.А. Фьючерсные и форвардные сделки на организованном рынке. // Актуальные вопросы российского частного права 6 Сб. статей. Сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост. М. Статут, 2008. С. 114-163.
119. Памятники русского права. Вып.6.: Соборное Уложение Алексея Михайловича 1649 г. – М.: Гос. изд-во юр. лит., 1957. - 503 с.
120. Панов А. Ростовщические сделки по немецкому гражданскому праву (§ 138 II BGB) //Материалы Научного круглого стола «Контроль

соразмерности встречного удовлетворения и доктрина *Laesio Enormis* в свете реформы гражданского законодательства» <http://www.privlaw.ru/>.

121. Пастухин О.А. Категория риска в советском гражданском праве. // Гражданское право и способы его защиты. Сб. науч. тр. Свердловск. 1974. С. 51-58.

122. Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Ч. 1. Теория об обязательствах / пер. с фр. В.Ю. Гартмана. Выпуск 1,2. Издания типографии С. Панского. Петроковъ. 1911 - 672 с.

123. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч.3. Договоры и обязательства. СПб.: Синодальная типография, 1890 - 640 с.

124. Подкорытова Н. Правовая природа опциона. // Хозяйство и право. 2007. №8. С 103 - 107.

125. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998 - 353 с.

126. Порфирьев Б.Н. Риск и безопасность: определение понятий / Риск в социальном пространстве. Сборник статей / Под ред. А.В. Мозговой. 2001. — С. 9-37.

127. Права потребителей услуг в здравоохранении / А.М. Рабец и др. М., 2010. С. 69-79.

128. Психологический словарь./ под ред. В.П. Зинченко, Б.Г. Мещерякова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Педагогика – Пресс, 1996 - 440 с.

129. Психология. Словарь / Под общ. ред. А.В. Петровского, М.Г. Ярошевского - М.: Политиздат, 1990. - 494с.

130. Радлов В. Сделки на разность. // Закон. 2007. №2 - С. 210 - 223.

131. Райзберг Г.А. Предпринимательство и риск. М.: Знание, 1992 - 611 с.

132. Райнер Г. Деривативы и право. М.: Волтерс Клувер, 2005 - 496 с.

133. Римское частное право. Учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М. 2008 - 448 с.

134. Российская юридическая энциклопедия / гл. ред. А.Я. Сухарев. – М.: Инфра-М, 2006.
135. Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В.В. Витрянский, В.С. Ем, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. Т. 2: Обязательственное право. 1208 с.
136. Ротко С.В., Тимошенко Д.А. Эволюционное развитие рынка производных финансовых инструментов: проблемы законодательного регулирования. // Журнал российского права, 2008, № 9. С. 14 - 20.
137. Саватье Р. Теория обязательств. Пер. с фр. Р.О. Халфиной. Изд-во Прогресс. М., 1972 - 440 с.
138. Савиньи Ф.К. Обязательственное право. СПб., Юридический центр Пресс, 2004 - 576 с.
139. Свод кассационных положений по вопросам русского гражданского материального права за 1866-1905 годы / Сост. В.Л. Исаченко. СПб., 1906. - 974 с.
140. Селивановский А. Некоторые соображения о «русской ISDA» // Хозяйство и право. 2009. №10. С. 67 - 76.
141. Сенчищев В.И. Объект гражданского правоотношения. Общее понятие. «Актуальные вопросы гражданского права» / под ред. М.И. Брагинского. Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 1998. С. 109- 160.
142. Сергеев В.И. Предупреждение обмана в гражданско-правовых отношениях. (Теоретические аспекты и практика). // Право и экономика. 2001. № 9. С. 52-60.
143. Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут, 1997 - 567 с.
144. Серебровский В.И. Очерки советского страхового права. - М. – Л.: Госиздат, 1926. - 184 с.
145. Серебровский В.И. Страхование. М.: Финиздат НКФ СССР, 1927. – 144 с.

146. Ситдикова Л.Б., Токарева К.Г. Алеаторный характер договора ренты // Юрист. 2009. № 10. С. 30 - 34.
147. Синайский В.И. Русское гражданское право. Выпуск II. Обязательственное, семейное и наследственное право / В. И. Синайский; 2-ое изд., испр. и доп. Киев: Прогресс, 1918. - 568 с
148. Собчак А.А. О некоторых спорных вопросах общей теории правовой ответственности. // Правоведение. №1. 1968. С.49-57.
149. Советское гражданское право. Том 1. / под ред. О.А. Красавчикова. М.: Высшая школа, 1985 - 544с.
150. Сойфер Т.В. Сделки в биржевой торговле. Дисс. ... к.ю.н. М., 1996.
151. Соломина Н.Г. К вопросу о недостатках правовой конструкции договора ренты // Право и экономика. 2013. № 2. С. 17 - 22.
152. Социологический энциклопедический словарь. / под ред. Г.В. Осипова. – М.: Инфра-М, 1998 - 488 с.
153. Спектор Е.И. Правовое регулирование алеаторных сделок // Право и экономика. 2005. № 8.
154. Стрельников В.В. Научная рецензия на диссертацию А.С. Власовой на тему «Риск как признак предпринимательской деятельности» (дисс... к.ю.н. 12.00.03. М., 2009). <http://nalogoved.ru/art/920>.
155. Студентский М.С. Биржа, спекуляция и игра. СПб. Типография А.М. Менделевича. 1842.
156. Стучка В.И. Курс советского гражданского права. Т. 3. М., 1931 - 206 с.
157. Судейкин В. Биржа и биржевые операции. СПб., 1892.
158. Султонова Т.И. Отличия азартных игр от иных алеаторных конструкций // Вестник Пермского университета. 2013. № 2. С. 154 - 159.
159. Султонова Т.И. Категория случая в гражданском праве // Вестник Пермского университета. 2014. №2 (24). С. 131-140.
160. Султонова Т.И. Регулятивное значение случая в алеаторных договорах // Политематический сетевой электронный научный журнал

Кубанского государственного аграрного университета (Научный журнал КубГАУ) [Электронный ресурс]. – Краснодар: КубГАУ, 2014. – №06 (100).
Режим доступа: <http://ej.kubagro.ru/2014/06/pdf/06.pdf>.

161. Танаев В.М. Понятие «риск» в Гражданском кодексе Российской Федерации. / Актуальные проблемы гражданского права. / под ред. С.С. Алексеева. М.: Статут, 2000 - 318 с.

162. Тигранов А.О. Биржа, биржевая спекуляция и положительные законодательства. СПб. Типография М.М. Стасюлевича. 1879.

163. Тимохов Ю.А. Иностранное право в судебной практике. М.: Волтерс Клувер. 2004 - 157с.

164. Тихомиров Н.П., Тихомирова Т.М. Риск-анализ в экономике. - М.: Экономика. 2010. - 320 с.

165. Толстухин М.Е. Фьючерс и опцион как объекты фондового рынка.// Объекты гражданского оборота: Сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007.

166. Тэпман Л.Н. Риски в экономике. М., 2002 - 380 с.

167. Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга четвертая.

168. Уткин Э.А. Риск-менеджмент, М. Экмос, 1998 - 342 с.

169. Фогельсон Ю. Государственный надзор на рынках финансовых услуг. Российское законодательство и международные стандарты. // Хозяйство и право. 2009. №1.

170. Халл Дж. К. Опционы, фьючерсы и другие производные финансовые инструменты: пер. с англ. М., СПб., Киев, 2007 - 1051 с.

171. Хаскельберг Б.Л. Риск случайной гибели проданной вещи. // Ученые записки Томского государственного университета им. В.В. Куйбышева. – Томск: Издательство Томского университета, 1954, №23. С. 39-52.

172. Хвостов В.М. Натуральные обязательства по римскому праву. М., 1898.

173. Хвостов В.М. Система римского права. М., 1996 - 522с.
174. Церковников М.А. Оспаривание сделок по убыточности во французском праве// Материалы Научного круглого стола «Контроль соразмерности встречного удовлетворения и доктрина Laesio Enormis в свете реформы гражданского законодательства». <http://www.privlaw.ru/>
175. Шапкин А.С. Шапкин В.А. Теория риска и моделирование рискованных ситуаций - М.: Дашков и К, 2005.- 880 с.
176. Шапп Ян. Система германского гражданского права. Учебник. / пер с нем. С.В. Королева. – М.: Международные отношения, 2006 -360 с.
177. Шарп У.Ф., Александер Г.Дж., Бэйли Дж.В. Инвестиции. Пер. с англ. М., 2006 - 1028 с.
178. Шахунян М. Срочный рынок: жизнь после кризиса. // ЭЖ-Юрист. 2010. №43.
179. Шевченко Г.Н. Биржевые сделки с ценными бумагами // Право и экономика. 2005. № 7.
180. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М. 2005 - 544 с.
181. Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 70-87.
182. Щербаков Н.Б. Алеаторные сделки: правовая природа и допустимость судебной защиты. Тезисы научного исследования (4 февраля 2013 г.) // http://m-logos.ru/img/Nauchny_doklad_aleatornie_sdelki.pdf.
183. Щуплецова Е.В. Методологические предпосылки к выявлению юридической природы алеаторного договора // Юридический мир. 2008. № 6. С. 54-60.
184. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. / под ред. Д.М. Генкина, И.Б. Новицкого. Изд-во иностранной литературы. М. 1950 - 484 с.

185. Энциклопедический словарь. Том 26. Издатели Брокгауз Ф.А., Эфрон И.А. – СПб.: Типография Акц. Общ. «Издательское дело», 1899 - 480 с.
186. Энциклопедический словарь. Том 30. Издатели Брокгауз Ф.А., Эфрон И.А. – СПб.: Типография Акц. Общ. «Издательское дело», 1900 - 468 с.
187. Эрделевский А.М. Новое в законодательстве об играх и пари // Хозяйство и право. 2007. №6. С. 14-18.
188. Эскиндаров М., Миркин Я. Финансовая инфекция. // Российская газета. 13.03.2008.
189. Юргенс И.Ю. Деньги массового поражения. // Российская газета. 27.10.2008.
190. Яницкий О.Н. Социология риска: ключевые идеи // Мир России. 2003. Т. 12, №1 – 192 с.

Зарубежные источники

1. Black's law dictionary. // <http://blackslawdictionaryonline.com/>.
2. Securities Exchange Act 1934 // [http://www.sec.gov/about/laws/ sea 34.pdf](http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf)
3. Code civil des français. // [http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes /code_civil](http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil)

Авторефераты и диссертации

1. Апаликов Н.С. Форвардный договор в гражданском обороте и практике правоохранительных органов. Дисс.... канд. юрид. наук. М. 2009. - 217 с.
2. Архипов Д.А. Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве : дисс.... канд. юрид. наук. М., 2011. - 181 с.
3. Багно Ю.В. Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих из игр и пари: Дисс.... канд. юрид. наук. Пермь, 2004. - 184 с.
4. Виниченко С.И. Цена как условие гражданско-правового (предпринимательского) договора. Дисс.... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. - 172 с.

5. Власова А.С. Риск как признак предпринимательской деятельности. Дисс... канд. юрид. наук. М. 2009. - 209 с.
6. Вячеславов Ф.А. Распределение рисков в договорных обязательствах. Дисс... канд. юрид. наук. М. 2008. - 214 с.
7. Запорощенко В.А. Особенности регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации. Дисс... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2006 - 159с.
8. Иванова С.А. Принцип справедливости в гражданском праве России: Автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Владимир, 2006. 45 с.
9. Копылов В.А. Риск в предпринимательской деятельности. Дисс.... канд. юрид. наук. Волгоград. 2003 - 178 с.
10. Кораблев О.Г. Риск в предпринимательской деятельности: дис.... канд. юрид. наук. М. 2010. - 152 с.
11. Лазарева Е.В. Пожизненная рента в гражданском праве России. Дис. ... к. ю. н.: Томск, 2005 - 198 с.
12. Ли О.В. Договор страхования: Дисс.... канд. юрид. наук. СПб., 2001. - 220 с.
13. Меркулова Л.А. Финансово-правовые аспекты операций с производными финансовыми инструментами (деривативами) : дис. ... канд. юрид. наук. М. 2011. .
14. Мартиросян А.Г. Категория риска в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дисс.... канд. юрид. наук. М., 2014. – 24 с.
15. Миронов И.В. Проблемы алеаторных правоотношений в российском праве: Дисс... канд. юрид. наук. М., 1998 - 163 с.
16. Назаренко А.М. Правовое регулирование маргинальных сделок в Российской Федерации. Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. М. 2005. - 24 с.
17. Недорезов В.С. Гражданско-правовое регулирование рентных отношений: дисс.... канд. юрид. наук. М., 2009. - 166 с.
18. Павленко П.В. Гражданско-правовое регулирование игр, пари и производных финансовых инструментов. Дисс.... канд. юрид. наук. М., 2010. - 194 с.

19. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. Дисс.... д-ра. юрид. наук. М., 2001. - 254 с.
20. Савин А.Г. Страхование рисков предпринимательской деятельности: гражданско-правовое регулирование. Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. Волгоград, 2012. - 27 с.
21. Султонова Т.И. Теоретические проблемы алеаторных договоров в гражданском праве Таджикистана. Дисс.... д-ра. юрид. наук. Душанбе, 2014. - 42 с.
22. Токарева К.Г. Договор ренты: проблемы теории и практики. Дисс.... канд. юрид. наук. 12.00.03. Казань. 2006. - 183 с.
23. Толчинский М.А. Правовое регулирование биржевых сделок на фондовом рынке. Дисс.... канд. юрид. наук. 12.00.03. М. 2007. - 162 с.
24. Хмелевской И.Н. Проблемы риска в гражданском законодательстве. Дисс.... канд. юрид. наук. М. 2001 - 184 с.
25. Шепель Т.В. Деликт и психическое расстройство: цивилистический аспект. Дисс.... д-ра. юрид. наук. Кемерово. 2006 - 349 с.