



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

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Томск – 2014

Работа выполнена в федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Российский государственный социальный университет», на кафедре гражданского права и процесса

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

Официальные оппоненты:

Эрделевский Александр Маркович, доктор юридических наук, профессор, федеральное государственное научно-исследовательское учреждение «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации», отдел гражданского законодательства и процесса, главный научный сотрудник

Токарева Кристина Григорьевна, кандидат юридических наук, доцент, частное образовательное учреждение высшего профессионального образования Набережно-челнинский филиал «Институт экономики, управления и права (г. Казань)», юридический факультет, декан

Ведущая организация: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Российская школа частного права (институт)»

Защита состоится 18 декабря 2014 г. в 10 часов 00 минут на заседании диссертационного совета Д 212.267.02, созданного на базе федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет», по адресу: 634050, г. Томск, пр. Ленина. 36 (корпус №4, ауд. 111).

С диссертацией можно ознакомиться в Научной библиотеке и на официальном сайте федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Национальный исследовательский Томский государственный университет» www.tsu.ru.

Автореферат разослан «___» ноября 2014 г.

Материалы по защите диссертации размещены на официальном сайте ТГУ: http://www.tsu.ru/content/news/announcement_of_the_dissertations_in_the_tsu.php

Ученый секретарь
диссертационного совета,
доктор юридических наук, профессор



Елисеев
Сергей Александрович

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

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, 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

¹ Финансовые рынки [Электронный ресурс] // Центральный банк Российской Федерации. Электрон. дан. М., 2000-2014. URL: <http://www.cbr.ru/statistics/?Prtid=finr> (дата обращения: 16.06.2014).

² Информация о торгах [Электронный ресурс] // Московская биржа. Электрон. дан. М., 2011-2013. URL: <http://www.rts.ru/a10078> (дата обращения: 10.06.2013).

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 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 риско-

вых 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, Ю.Г. Басин, А.Ф. Волков, Ю.С. Гамбаров, Д.М. Генкин, 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, В.В. Витрянский, 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, П.Г. Соломина, Е.А. Суханов, К.Г. Токарева, Б.Л. Хаскельберг, И.П. Хмелевской, Т.В. Шепель, П.Б.Щербаков, А.Е. Шерстобитов, 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. Дернабург, 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 рисков, 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. Предложено в целях обеспечения единообразия правоприменительной практики по вопросу о соотношении условной сделки и рискового договора 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, едино-

образной 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 (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. 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 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.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДИССЕРТАЦИОННОЙ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность избранной темы исследования, степень научной разработанности темы, определяются цель и задачи, объект и предмет исследования, указывается теоретическая и методологическая основа, научная новизна исследования, формулируются выводы и положения, выносимые на защиту, теоретическая и практическая значимость, приводятся данные об апробации полученных результатов и структуре работы.

Первая глава «Категория риска как сущностное начало рискованных договоров в гражданском законодательстве Российской Федерации и в науке гражданского права» состоит из двух параграфов и посвящена исследованию риска как ключевой, конституирующей категории в правовой квалификации рискованных договоров.

В параграфе 1.1. «Эволюция нормативного определения понятия «риск» в российском законодательстве» рассмотрены правовые подходы к понятию «риск», сформировавшиеся в российском законодательстве. Установлено, что в дореволюционных актах в отношении известных конструкций частного права имела место замена риска термином «страх» - страх случайной гибели имущества, страх случайного повреждения, страх ответственности. В послереволюционных правовых актах употреблялась уже непосредственно категория «риск» (в страховании, в двусторонних соглашениях между советскими республиками, при регулировании договорных отношений, в сфере имущественной ответственности рабочих и служащих). В последующем советском законодательстве термин «риск» встречается значительно реже (например, в ГК РСФСР 1964 года он применялся всего в трех статьях). В то же время исследование ряда нормативных актов, регулировавших в СССР деятельность предприятий, свидетельствует о том, что во внешнеэкономических отношениях риск использовался более широко. Переход Российской Федерации от плановой экономики к рыночной послужил причиной обновления законодательства. Анализ принятых нормативных актов показал активное введение термина «риск» в правовое регулирование. Однако его использование при конструировании правовых норм разнообразно, что свидетельствует о том, что в российском законодательстве не сформировано единого представления о риске. В большинстве нормативно-правовых актов риск рассматривается как возможность наступления отрицательных последствий, выражающихся в причинении вреда, как имуществу, так и жизни и

здоровью индивида. Риск представляется категорией вероятной, но не наступившей, привязанной к случайному обстоятельству, не зависящему от воли субъекта. В то же время толкование норм о предпринимательском риске позволило сделать вывод о неразрывной связи риска и поведения субъекта-предпринимателя.

В параграфе 1.2. «Категория риска в российской и зарубежной науке гражданского права» выделены три общих подхода к существу риска, сложившихся в российской цивилистике. Согласно субъективному подходу (В.А. Ойгензихт, С.Н. Братусь и др.) под риском понимается психическое отношение субъекта к результату собственных действий или действий других лиц, выражающееся в осознанном допущении отрицательных имущественных последствий. В рамках объективной концепции (Я.М. Магазинер, О.А. Красавчиков и др.) риск представляется категорией, существующей независимо от ее восприятия субъектом, как опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят они или нет. Представители смешанного подхода (В.А. Копылов, А.Ю. Бушев и др.) рассматривают риск 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.

Сделан вывод, что в изложенных концепциях риск рассматривается в рамках конкретной сферы правового регулирования (гражданско-правовой ответственности, предпринимательской деятельности), что вызывает трудности при использовании разработанных подходов при выявлении существа рискового договора. По мнению диссертанта, категория риска наиболее точно раскрыта в рамках объективной концепции, однако ее положения нуждаются в существенном уточнении, поскольку не позволяют в полной мере отразить двойственность риска. Сделан вывод, что 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, а в зависимости от причины возникновения. 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 присутствуют практически в любом гражданском правоотношении. 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.

Вторая глава «Юридическая характеристика рискованного и алеаторного договоров в российском гражданском праве» состоит из четырех параграфов.

Параграф 2.1 «Основные научные представления о понятии и системе рискованного и алеаторного договоров в зарубежной и российской цивилистической доктрине» посвящен исследованию выработанных позиций в науке гражданского права относительно существования рискованного и алеаторного договоров.

Проведенный анализ зарубежных правовых актов и литературы привел к выводу о том, что концепция рискованных договоров сформировалась в странах романо-германской правовой семьи. В частности, в праве Франции сформулировано определение рискованного договора и обозначено его место в системе договоров. В ст. 1104 Французского гражданского кодекса (ФГК) выделение рискованного договора в группе возмездных договоров осуществлено посредством противопоставления его меновому договору. Согласно ст. 1964 ФГК под рискованным 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 рискованным договорам отнесены: страхование, морской заем, игра и пари, пожизненная рента. Определения рискованного договора, встречающиеся в трудах французских цивилистов (Е. Годэмэ, Ж. Морандьер, Ж. Потье и др.), существенным образом от легального определения не отклоняются. Выделяя группу рискованных договоров, французский законодатель закрепил особенности правового регулирования лишь игр и пари, а впоследствии – некоторых биржевых и внебиржевых договоров. В Германском гражданском уложении положений о рискованном договоре нет. Однако учение о нем широко распространено в трудах немецких ученых (Ю. Барон, Б. Виндшейд и др.) и во многом схоже с положениями французской цивилистики. В странах англо-саксонской правовой семьи самостоятельное учение о рискованных договорах отсутствует. Однако закреплены схожие с романо-германским правом особенности правового регулирования игр, пари, биржевых и внебиржевых договоров.

Исследование российских правовых актов и цивилистической литературы показало, что теория рискованных договоров нашла отражение еще в дореволюционном праве. В пояснениях к Главе XXII «Игры и пари» Проекта Гражданского уложения Российской Империи указано, что рискованные или зависящие от случая договоры отли-

чаются от других договоров присущим им элементом риска, так как исход их поставлен в зависимость от случайного обстоятельства (схожие определения встречаются в работах ученых данного периода - К.Н. Анненкова, К.П. Победоносцева). К рискованным договорам составители Проекта отнесли игру, пари, лотерею, пожизненную ренту и страхование, однако специальное регулирование распространялось лишь на игры и пари. Исследователи советского периода (О.С. Иоффе, В.И. Серебровский и др.) также выделяли рискованные договоры из ряда других. В настоящее время ввиду широкого распространения рискованные договоры признаются не только доктриной, но и судебно-арбитражной практикой. Однако действующее российское законодательство не использует термин «рискованный договор», но при этом также содержит специальные положения об играх, пари, срочных биржевых и внебиржевых договорах.

Таким образом, проведенный анализ положений зарубежного и российского гражданского права позволил сделать вывод о существовании очевидных предпосылок систематизации рискованных договоров. В первую очередь рискованные договоры обособляются в общей системе возмездных гражданско-правовых договоров посредством их сравнения с меновыми договорами. Во вторую очередь в группе рискованных договоров очевидно выделение собственно алеаторных договоров – игр и пари, биржевых и внебиржевых договоров, регулирование которых исторически отличалось от регулирования иных рискованных договоров.

В параграфе 2.2. «Соотношение понятий и признаков рискованных и алеаторных договоров и их система в гражданском праве Российской Федерации», обобщая достижения зарубежных и отечественных цивилистов, диссертант приходит к выводу, что объединяющим началом рискованных договоров (договоров страхования, пожизненной ренты, игры, пари, срочных биржевых и внебиржевых договоров), позволяющим отграничить их от иных возмездных меновых договоров, выступает субъективный риск, выражающийся в возможной неэквивалентности встречного предоставления в зависимости от обстоятельства, не подвластного воле сторон. 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. К числу иных признаков рискового договора отнесена зависимость экономического результата, а, следовательно, и реализации конкретных прав и обязанностей сторон договора от случайного события. На основании указанных признаков сформулировано определение рискового договора.

В работе предложено авторское обоснование соотношения понятий «рисковый договор» и «алеаторный договор» как рода и вида. Существенным признаком алеаторного договора является особый характер субъективного риска, выражающийся 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 алеаторном договоре в обязательном порядке одна из сторон не получит ожидаемого встречного предоставления и даже может понести имущественные потери. Какая сторона – определяет случай. В рисковом договоре обмен благами происходит всегда, субъективный риск сводится лишь к возможной неэквивалентности встречного предоставления в силу случайного обстоятельства. На основании указанного отличия сформулировано авторское определение алеаторного договора. К таким договорам отнесены: игра, пари, срочные биржевые и внебиржевые договоры, не предусматривающие реальную передачу товара.

В параграфе 2.3. «Соотношение рискового договора и условной сделки» сделан вывод о том, что 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: если убрать из договора страхования, игры, пари указание на определенное событие, сама сделка утрачивает смысл. Указание на будущее событие в рисковом договоре является так же, как и риск, конститутивным признаком, определяющим вид договора, в отличие от условных сделок, в которых условие выступает как добавочный элемент, не оказывающий влияние на квалификацию договорного вида. В целях обеспечения единообразия правоприменительной практики изложенные различия предложено закрепить в п. 54.1 Постановления 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».

В параграфе 2.4. «Проблемы изменения, расторжения и признания недействительными рискованных и алеаторных договоров» исследование зарубежного и отечественного законодательства, цивилистической доктрины приводит автора к выводу, что правовое значение разделения договоров на меновые и рискованные проявляется при разрешении вопроса о так называемой «убыточности» (*laesio enormis*). Установлено, что применение ряда норм гражданского законодательства, отражающих положения *laesio enormis*, противоречит существу рискованных договоров. Так, обращено внимание на невозможность применения ст. 179 ГК РФ в части признания недействительными кабальных сделок и ст. 451 ГК РФ о изменении и расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, поскольку при заключении рискованного, в том числе алеаторного договора установить объем встречного предоставления невозможно. Указано на невозможность применения ст. 61.2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», закрепляющей положение о признании недействительными сделок с неравноценным встречным предоставлением. Также не могут быть использованы в отношении рискованного, в том числе алеаторного договора отдельные положения Постановления 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 частности, о признании недобросовестными действий (бездействия) директора при заключении сделки на заведомо невыгодных для юридического лица условиях. По мнению диссертанта, рассмотренные нормативные правовые акты и акты правоприменения свидетельствуют о направленности правового регулирования на меновые договоры, в то время как рискованные, в том числе алеаторные договоры остаются без должного внимания законодателя. В свою очередь рискованные, в том числе алеаторные договоры обладают особыми признаками, не позволяющими распространять на них регулирование меновых договоров в полной мере. Значительное увеличение доли рискованных, и прежде всего алеаторных договоров, совершаемых на финансовых рынках, обуславливает необходимость закрепления в законодательстве специфики таких договоров посредством внесения в ГК РФ статьи 423.1 «Меновые и рискованные договоры».

В третьей главе «Особенности отдельных видов алеаторных договоров» на основании полученных ранее выводов рассмотрены такие алеаторные договоры как игры и пари, биржевые и внебиржевые договоры.

В параграфе 3.1. «Обязательства, вытекающие из игр и пари» проведен анализ существа обязательств, вытекающих из игр и пари, в свете исторических и современных российских и зарубежных воззрений. Сделан вывод о признании обязательств из игр и пари 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.

Параграф 3.2. «Рисковые начала в биржевых и внебиржевых договорах» посвящен исследованию особенностей договоров, являющихся производными финансовыми инструментами.

В подп. 3.2.1. «Общие положения о биржевых и внебиржевых договорах» исследование новейшего российского и зарубежного законодательства, доктрины выявило общемировую тенденцию к изменению правового регулирования договоров, являющихся производными финансовыми инструментами. Первоначальное отношение к таким договорам было негативным, на них распространялись нормы об играх и пари - требования, вытекающие из них, не подлежали исковой защите. Однако важная роль производных финансовых инструментов для экономики привела к изменению, как законодательства, так и судебной практики. В праве развитых государств (США, Франции, Германии, Великобритании и др.) были выработаны сходные критерии отнесения подобных договоров к защищаемым в судебном порядке. По мнению диссертанта, несмотря на предпринятые нововведения, российское законодательство находится на уровне, не соответствующем мировому, что негативно сказывается на правоприменительной практике.

В подп. 3.2.2. «Влияние риска на существо правоотношения в отдельных видах деривативов» рассмотрение существа таких договоров как фьючерс, форвард, опцион и своп сквозь призму разработанных положений о рисковых, в том числе алеаторных договорах, позволило обосновать отнесение ряда из них не просто к рисковому, а именно к алеаторным договорам. Высказана позиция относительно дискуссии о соотношении расчетного форвардного контракта и пари. Исследование

показало, что поставочный фьючерс и поставочный форвард следует рассматривать как договоры купли-продажи со сроком исполнения в будущем, т.е. как меновые договоры. Поставочный опцион - это рискованный договор особого рода. Расчетный фьючерс и расчетный форвард, расчетный опцион и своп являются алеаторными договорами особого рода. В целях эффективного правового регулирования указанных биржевых и внебиржевых договоров, единообразной квалификации их судами и возможности применения разработанных диссертантом изменений законодательства предложено в Положении о видах производных финансовых инструментов, утвержденном Приказом ФСФР от 4 марта 2010 г. № 10-13/пз-н, закрепить указанные характеристики рассмотренных договоров.

В подп. 3.2.3. «Проблемы минимизации риска участников биржевых и внебиржевых договоров» на основании анализа тенденций экономического развития, правоприменительной практики выявлено двойственное значение биржевых и внебиржевых договоров, являющихся по своей природе алеаторными договорами. Изначально созданные как инструменты минимизации хозяйственных рисков такие договоры в случае неразумного использования влекут значительные отрицательные имущественные последствия. В частности, согласно экономическим исследованиям, одной из причин мирового финансового кризиса 2008 года послужило бесконтрольное совершение подобных договоров. Сделан вывод о том, что указанная ситуация свидетельствует о необходимости специального законодательного регулирования алеаторных договоров в целом, разновидностью которых являются биржевые и внебиржевые соглашения. В качестве основы такого регулирования предложена концепция приемлемого риска, согласно которой предприниматель обязан придерживаться разумного отношения к риску. В рамках данной концепции выделены два вида риска: допустимый и катастрофический. Допустимый риск – это возможность не получения прибыли от реализации того или иного решения, но при возмещении за счет имущества предпринимателя понесенных затрат. Под катастрофическим понимается риск, при котором возможные потери равны или превышают стоимость имущества предпринимателя, следствием чего является банкротство. Сделан вывод о том, что в целях обеспечения стабильности гражданского оборота и защиты интересов кредиторов предпринимателя требуется установление мер, ограничивающих алеаторные договоры с катастрофическим риском, ведущим к банкротству. В качестве одной из таких мер предложено установление субсидиарной ответственности лица, принявшего решение о заключении алеаторного договора, повлекшего банк-

ротство юридического лица. В то же время выявлено, что критерии добросовестности и разумности, разработанные в науке и практике, и используемые для квалификации действий лица как виновных при привлечении его к ответственности, применимы только к меновым договорам. Использование указанных критериев в отношении алеаторных договоров существенно затруднено ввиду их особых признаков, таких как: особый характер риска, выражающийся в возможности неполучения одной из сторон в силу случайного обстоятельства взамен предоставляемого ею имущественного блага встречного предоставления, на которое она рассчитывала при заключении договора; зависимость экономического результата договора от случайного обстоятельства. По мнению диссертанта, в ситуации банкротства, вызванного исполнением алеаторного договора, эффективнее установление правила о безвиновной субсидиарной ответственности лиц, принявших решение о заключении такого договора, сформулированного в качестве п.3. ст. 56 ГК РФ.

В заключении подводятся итоги исследования, формулируются теоретические выводы и практические рекомендации по дальнейшему совершенствованию законодательства и практики его применения.

**Основные положения диссертационного исследования опубликованы
в следующих работах автора:**

Монография:

1. Мадагаева Т.Ф. Рисковые и алеаторные договоры в гражданском праве России : монография / Т.Ф. Мадагаева. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 2013. – 136 с. – 7,6 п.л.

Статьи в научных журналах, которые включены в Перечень рецензируемых научных изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве образования и науки Российской Федерации для опубликования основных научных результатов диссертаций:

2. Мадагаева Т.Ф. Правовые подходы к понятию «риск» применительно к алеаторным договорам / Т.Ф. Мадагаева // Право и образование. – 2011. – № 2. – С. 95–101. – 0,7 п.л.

3. Мадагаева Т.Ф. Правовая природа рискового (алеаторного) договора / Т.Ф. Мадагаева // Вестник Вост.-Сиб. гос. ун-та техн. и управл. – 2011. – № 3. – С. 208–213. – 0,7 п.л.

4. Мадагаева Т.Ф. Проблема соотношения категорий «рисковый договор» и «условная сделка» / Т.Ф. Мадагаева // Вестник Вост.-Сиб. гос. ун-та техн. и управл. – 2011. – № 4. – С. 234–237. – 0,5 п.л.

5. Мадагаева Т.Ф. Правовой режим срочных сделок, совершаемых на финансовых рынках / Т.Ф. Мадагаева // Вестник Бурят. гос. ун-та. – 2012. – № 2. – С. 207–210. – 0,8 н.л.

6. Мадагаева Т.Ф. Правовые подходы к определению понятия «рисковый (алеаторный) договор» в науке гражданского права / Т.Ф. Мадагаева // Сибирский юридический вестник. – 2012. – № 3. – С. 42–47. – 0,6 н.л.

7. Мадагаева Т.Ф. Правовая природа рискового договора / Т.Ф. Мадагаева // Юрист. – 2012. – № 18. – С. 11–13. – 0,3 н.л.

Публикации в других научных изданиях:

8. Мадагаева Т.Ф. Особенности алеаторных договоров / Т.Ф. Мадагаева // Актуальные проблемы осуществления правосудия в Российской Федерации : сборник научных статей по материалам международной научно-практической конференции. – Улан-Удэ : Изд-во Вост.-Сиб. гос. ун-та техн. и управл., 2008. – С. 98–102. – 0,6 н.л.

9. Мадагаева Т.Ф. К вопросу о юридической природе алеаторных договоров / Т.Ф. Мадагаева, Д.А. Матанцев // Актуальные проблемы права и управления : сборник научных статей по материалам всероссийской научно-практической конференции. – Улан-Удэ : Изд-во Вост.-Сиб. гос. ун-та техн. и управл., 2009. – С. 106–109. – 0,2/0,1 п.л.

10. Мадагаева Т.Ф. Соотношение риска с некоторыми смежными правовыми категориями / Т.Ф. Мадагаева // Традиции и новации в системе современного российского права : сборник тезисов по материалам международной межвузовской научно-практической конференции молодых ученых. – М. : Моск. гос. юрид. академия, 2010. – С. 220–221. – 0,2 п.л.

11. Мадагаева Т.Ф. Особенности правового регулирования алеаторных правоотношений в англо-саксонской и континентальной правовых системах / Т.Ф. Мадагаева // Проблемы и перспективы развития государства и права в XXI веке : сборник научных статей по материалам международной научно-практической конференции. – Улан-Удэ : Изд-во Вост.-Сиб. гос. ун-та техн. и управл., 2010. – С. 69–72. – 0,5 п.л.

12. Мадагаева Т.Ф. К вопросу о понятии и признаках рискового договора / Т.Ф. Мадагаева // Проблемы и перспективы развития государства и права в XXI веке :

сборник научных статей по материалам международной научно-практической конференции. – Улан-Удэ : Изд-во Вост.–Сиб. гос. ун–та техн. и управл., 2011. – С. 40–47. – 0,5 п.л.

13. Мадагаева Т.Ф. Правовая природа рискового договора / Т.Ф. Мадагаева // Юридический советник генерального директора. – 2012. – № 4. – С. 10–12. – 0,3 п.л.

14. Мадагаева Т.Ф. Проблемы минимизации риска участников срочных биржевых и внебиржевых сделок / Т.Ф. Мадагаева // Проблемы и перспективы развития государства и права в XXI веке : сборник научных статей по материалам международной научно-практической конференции. – Улан-Удэ : Изд-во Вост.–Сиб. гос. ун–та техн. и управл., 2013. – С. 103–107. – 0,5 п.л.

15. Мадагаева Т.Ф. Особенности правового регулирования рисковых договоров / Т.Ф. Мадагаева // Проблемы и перспективы развития государства и права в XXI веке : сборник научных статей по материалам международной научно-практической конференции. – Улан-Удэ : Изд-во Вост.–Сиб. гос. ун–та техн. и управл., 2014. – С. 39–45. – 0,5 п.л.

Подписано в печать 09.10.2014 г.
Формат А4/2. Ризография
Печ. л. 1,25. Тираж 100 экз. Заказ № 09/09-14
Отпечатано в ООО «Позитив-НБ»
634050 г. Томск, пр. Ленина 34а