**О правовом регулировании расчетных форвардных договоров**

Сделки на разницу существуют в коммерческом обороте не одну сотню лет. Тем не менее до недавнего времени возникающие из них требования не подлежали в европейских странах судебной защите. Происходило это потому, что расчетный форвард (сделка на разницу) с формальной точки зрения является не чем иным, как договором пари, требования же из игр и пари европейскими законодательствами традиционно не защищаются.

Сторонники лишения расчетных форвардов судебной защиты всегда утверждали, что социальные мотивы, которыми руководствуется законодатель, лишая судебной защиты требования из игр и собственно пари, полностью обоснованны и в отношении расчетных форвардов. Это позволяло объяснять лишение судебной защиты возникающих из расчетных форвардов требований не просто формально-логическим тождеством расчетных форвардов и пари, но и социальными мотивами, лежащими за пределами догмы гражданского права.

Однако социальное обоснование, в отличие от формально-догматического, подвержено влиянию происходящих в обществе перемен. Эти перемены привели в конце концов к изменению отношения европейских законодателей к расчетным форвардам.

Выводы, к которым приводит социальный анализ расчетных форвардов, сегодня можно выразить уже непосредственно в терминах российского конституционного законодательства. Развитие законодательной формализации социальных отношений позволяет увидеть расчетный форвард под новым углом зрения, ранее недоступным позитивному праву.

Для российских арбитражных судов вопрос о защите требований, возникающих из расчетных форвардов, стал насущным сразу после финансового кризиса августа 1998 года. До этого банки исправно платили друг другу долги по расчетным форвардам, и поэтому проблема судебной защиты расчетных форвардов оставалась чисто академической. После августа 1998 года банки перестали выполнять свои обязательства, возникшие из расчетных форвардов, и проблема из теоретической превратилась в практическую.

Российская судебно-арбитражная практика быстро и однозначно ответила на вызов сложившейся в банковском мире ситуации - расчетные форвардные договоры были признаны разновидностью пари и возникающим из них требованиям было отказано в судебной защите.

Расчетный форвардный договор представляет собой обязательство одной стороны договора заплатить другой стороне разницу между ценой товара в момент заключения договора и в момент его исполнения.

Выгода, приобретаемая стороной расчетного форвардного договора, как и выгода, приобретаемая участником пари, всецело зависит от случайного события. Это характерный признак рисковых договоров, к которым Кодекс Наполеона, объединяющий эти договоры в титул XII главы III, относит, помимо игры и пари, договор страхования, морской заем и договор пожизненной ренты (ст.1964). Термин "рисковый" характеризует договор с точки зрения выраженной в нем воли сторон и не касается существа возникающих у сторон прав и обязанностей, никак не характеризует эти права и обязанности. Поэтому в литературе совершенно справедливо употребляется термин "рисковые сделки", а не "рисковые договоры".

Е.П. Губин и А.Е. Шерстобитов, всесторонне анализирующие межбанковский расчетный форвардный договор, не считают форвардный договор условной, а следовательно, и рисковой сделкой и потому не считают его пари. Они объясняют это тем, что в форвардном договоре, в отличие от условной сделки, событие, с которым стороны связывают возникновение своих прав и обязанностей, наступает неизбежно\*(1). С этим нельзя согласиться. В рисковой сделке существенна невозможность предугадать не обязательно сам факт наступления события, с которым стороны связывают возникновение или прекращение своих прав и обязанностей, но иногда и характер (или время наступления) этого события. Например, в договоре пожизненной ренты рисковым условием является не факт смерти лица, в пользу которого она устанавливается, а время его смерти. Так же и в расчетном форварде - рисковым условием является не факт проведения в будущем торгов и установления на них рыночной цены товара, а сама установленная цена, то есть результат этих торгов. Поэтому то, что стороны, как пишут Е.П. Губин и А.Е. Шерстобитов, точно знают, что "торги состоятся на организованном рынке в точно определенный день", отнюдь не лишает расчетный форвард его рискового характера. Стороны не знают и не могут знать результат этих торгов. Следовательно, разница между зафиксированной в договоре и установленной на торгах рыночной ценой товара - величина совершенно неизвестная в момент заключения договора и не зависящая от воли сторон. Таким образом, признаки риска в расчетном форвардном договоре налицо. В нашем случае дело не в том, является ли расчетный форвард условной сделкой, а в том, что этот договор является рисковым.

Расчетный форвардный договор является "сделкой на разницу" потому, что при его исполнении не происходит ни движения товара, ни оказания услуг. Вообще, между сторонами расчетного форварда ничего, кроме однократной уплаты денег, не происходит. Хотя стороны расчетного форварда заключают его с целью получения дохода, тем не менее доход, приобретаемый одной из них, не обусловлен ни ее затратами, ни трудами, ни какими-либо расходами. В результате этой сделки выгодоприобретатель получает доход, как факт, так и размер которого зависят исключительно от колебания цен на рынке.

Получение всецело зависящей от случая выгоды без какого-либо встречного предоставления, без вложений и затрат - вот черта, характеризующая уже не формальный состав сделки, а ее социальную сущность, общую для игры и пари, с одной стороны, и расчетного форвардного договора - с другой.

Именно эта черта расчетного форварда всегда была предметом содержательного социального, а не догматического анализа. Именно это обстоятельство всегда склоняло чашу весов в пользу сторонников лишения расчетных форвардов судебной защиты.

Расчетный форвард является самостоятельным договором. Сведение расчетного форварда к неразрывной комбинации двух взаимообусловленных договоров купли-продажи - форвардной купли-продажи и встречной купли-продажи того же базового актива, но уже по текущему курсу с зачетом встречных однородных требований, как это делают Инструкция ЦБ РФ N 41 "Об установлении лимитов открытой валютной позиции и контроле за их соблюдением уполномоченными банками Российской Федерации" в редакции Письма ЦБ РФ N 382 от 23 декабря 1996 года и основывающиеся на ней исследователи\*(2), - с нашей точки зрения, неверно.

**Расчетный форвард** - особый договор (обязательство) потому, что зачет встречных однородных требований является его существенным условием, а не просто способом прекращения обязательств сторон. Это означает, что содержанием расчетного форварда является требование одной стороны об уплате денег и соответствующее ему обязательство другой стороны, а отнюдь не взаимные требования и обязательства сторон по передаче товара и уплате покупной цены. Соответственно, к расчетному форварду с самого начала применимы все нормы права, регулирующие денежные обязательства. Кроме того, замена кредитора в расчетном форвардном договоре возможна в порядке уступки требования, в то время как замена стороны в договоре купли-продажи - при отсутствии исполнения с обеих сторон - требует, естественно, согласия обеих сторон.

Можно с определенностью сказать, что две встречные сделки купли-продажи являются не более чем притворными сделками, прикрывающими третью сделку - расчетный форвард. Конструирование расчетного форварда при помощи двух неразрывно связанных и обусловливающих друг друга сделок купли-продажи имеет только одно следствие - некоторое вуалирование рискового характера расчетного форварда. Впрочем, это вуалирование вряд ли можно считать успешным. Во всяком случае, европейский законодатель, запрещавший сделки на разницу, одновременно запрещал, как мы увидим ниже, и любые срочные сделки купли-продажи ценных бумаг, считая их притворными, прикрывающими сделки на разницу.

На самостоятельность сделки на разницу, ее отличие от купли-продажи, но уже под экономическим углом зрения, прямо указывает Г. Ф. Шершеневич: "Последняя (сделка на разность) представляет то преимущество для малосостоятельного, что она требует меньше капитала. Чтобы купить 100 акций по 280 р., нужно иметь наготове 28 000 р., а чтобы сыграть на разность, достаточно иметь несколько тысяч для покрытия разности в десятках рублей по каждой акции"\*(3).

Исторически расчетный форвардный договор возник из поставочного форвардного договора (срочной сделки), который предусматривает поставку товара с отсрочкой исполнения, однако по цене, согласованной в момент заключения договора.

Заключая срочную сделку, стороны не просто гарантируют себе приобретение или сбыт товара в будущем, но и рассчитывают получить выигрыш от колебания рыночной цены на этот товар. Этот выигрыш никак не связан ни с вложением капитала, ни с какой-либо производительной деятельностью сторон. В некоторых случаях желание сыграть на изменении цены является не главным, а побочным. Но, если сторона срочной сделки не нуждается в гарантиях будущего сбыта или приобретения товара, то единственным мотивом сделки остается желание получить доход, вызванный колебанием цены на товар.

Если предметом срочной сделки являются вещи, обладающие для сторон только меновой ценностью, например ценные бумаги, то с экономической точки зрения такая сделка ничем не отличается от сделки на разницу. Стороне по такой сделке безразлично, получит ли она ценные бумаги для последующей их продажи или непосредственно денежную разницу. Происходит, по выражению Г.Ф. Шершеневича, "незаметный переход от срочной сделки к сделке на разность"\*(4). Поставочный и расчетный форварды становятся взаимозаменяемыми, а их отличие друг от друга - сугубо формальным. Это-то и давало европейскому законодателю основания подозревать каждый поставочный форвард, предметом которого были ценные бумаги, в том, что он всего лишь прикрывает сделку на разницу.

Отрицательное отношение к сделкам на разницу в ХVIII - ХIХ вв. было характерно для законодательства европейских стран, поскольку эти сделки, как уже было сказано, приравнивались европейскими законодателями к пари.

Игра и пари еще с римских времен вызывали к себе чрезвычайно осторожное отношение. Требования, возникающие из игр и пари, так называемые алеаторные (alea - игральная кость, игра в кости) требования, по римскому праву, как правило, не получали исковой защиты. Правом защищались только требования, возникшие из пари, заключенных во время "состязаний ради доблести", к которым относились состязания в метании копья или дротика, беге, прыжках, борьбе и кулачном бою. В остальных случаях пари были прямо запрещены сенатусконсультом\*(5).

Ограничения пари и азартных игр вызывались, как следует из текста титула V Дигест "Об игроках в азартные игры", опасением возможных бесчинств и насилия игроков по отношению друг к другу. Вероятность таких бесчинств вытекала из эмоциональной атмосферы игры и состава играющих.

Теми же соображениями объясняется то, что Кодекс Наполеона в ст.1965 лишает требования из игры и пари судебной защиты. Однако, следуя римскому образцу, в ст.1966 Кодекс делал исключение для "игр, состоящих в упражнении оружием, бега, скачек и бегов, игры в мяч, и других игр такого же рода, требующих ловкости и физических упражнений". Мотивом ст.1966 является, по-видимому, то, что перечисленные в ней игры составляли предмет увлечения публики, от которой не приходилось ожидать каких-либо непристойностей. Во всяком случае, ничем другим игры, перечисленные в ст.1966 Кодекса, не отличаются от всех прочих игр.

Параграф 762 Германского гражданского уложения содержит норму: "из игры или на основании пари не возникает обязательства". Параграф 763 гласит: "Договор о лотерее или договор о проведении розыгрыша обязательны к исполнению, если лотерея или розыгрыш разрешены государством. В противном случае применяются предписания параграфа 762".

Ст. 2014 т. Х ч.I Свода законов Российской империи содержала правило о том, что "заем почитается ничтожным, если по судебному рассмотрению найдено будет..., что он произошел по игре или произведен для игры с ведома о том заимодавца". Проведение лотерей в Российской империи требовало специального разрешения властей.

Проект Гражданского уложения, который был подготовлен в России к концу XIX века, содержал ст.1000, согласно которой "из игры и пари (битья об заклад) не возникает обязательств, подлежащих охране суда". Статья 1004 проекта Гражданского уложения определяла, что между предпринимателем лотереи и лицами, принимающими участие в ее розыгрыше, только в таком случае возникают обязательственные отношения, если лотерея разрешена надлежащей правительственной властью.

Хотя в российском проекте, в отличие от Германского гражданского уложения, нормы о лотерее помещены в отдельную главу, тем не менее очевидно, что в нем лотерея рассматривается как договор, чрезвычайно близкий к пари.

Важно то, что и французское, и германское, и российское законодательство, обеспечивая, в порядке исключения, судебной защитой некоторые игры и пари (лотереи), руководствуется для выделения защищаемых законом игр и пари из числа всех прочих одним и тем же критерием - степенью безопасности этих договоров для общества, малой вероятностью возникновения чрезвычайных ситуаций. Для французского законодателя это гарантирует состав участников игр, для германского и российского - контроль за проведением лотерей со стороны государства. Следовательно, законодатель обращал внимание не на абстрактную характеристику договора, а на другое - на особенности конкретного договора в конкретных обстоятельствах.

Обоснования лишения в целом требований из игр и пари судебной защиты исчерпывающе приведены в объяснениях к российскому проекту Гражданского уложения. По мнению авторов объяснений, мотивами этого являются необдуманность и легкомыслие, с которыми стороны вступают в такие отношения, высокая вероятность нечестных приемов игры, развращающее влияние зарабатывания денег без какого-либо труда и усилий, самым "праздным", по выражению Д. И. Мейера, способом\*(6) и, наконец, полная бесполезность этих отношений для государства и общества, отсутствие удовлетворения каких-либо общественно значимых интересов\*(7).

Эти рассуждения представляются вполне справедливыми и сегодня. Однако правовая оценка первых трех мотивов, с одной стороны, и четвертого мотива, с другой стороны, должна быть - в свете действующего российского конституционного законодательства - совершенно различной.

Одни европейские законодательства первоначально ограничивались тем, что не делали никакого различия между собственно пари и сделками на разницу, другие специально оговаривали их тождество.

В Англии согласно законам об играх 1845 и 1892 гг. все соглашения, в основе которых лежит игра или пари, признаются недействительными, соответственно суды не вправе защищать вытекающие из них требования. Это правило давало судам основания отказывать в защите любых сделок на разницу.

Кодекс Наполеона ничего специально не говорит о сделках на разницу. Исходя из этого суды безусловно отказывали в защите требований, вытекающих из таких сделок.

Параграф 764 Германского гражданского уложения применяет правила, относящиеся к игре и пари, к сделкам на разницу.

Статья 1001 российского проекта Гражданского уложения распространяет действие ст.1000, касающейся игр и пари, на сделки на разницу.

Более того, законодатели европейских стран лишали, как было уже сказано, судебной защиты даже обычные срочные сделки с ценными бумагами, рассматривая их как прикрывающие сделки на разницу.

Так, согласно п.2 ст.2167 т. Х ч.I Свода законов Российской империи признавались недействительными любые сделки купли-продажи акций, заключенные "не за наличные деньги, а с поставкой к известному сроку и по известной цене". В 1893 г. это правило было отменено, и в т. Х ч.I была введена ст.1401-1, которой запрещались сделки "по покупке и продаже на срок золотой валюты, тратт и тому подобных ценностей, писанных на золотую валюту, совершаемых исключительно с целью получения разницы между курсом валюты, условленным сторонами, и действительным на какой-либо назначенный ими срок". Законодатель, как видим, был уверен в том, что купля-продажа "золотой валюты, тратт и тому подобных ценностей, писанных на золотую валюту", не может совершаться с иной целью, нежели получение курсовой разницы. Законодатель считал такого рода срочные сделки a priori притворными, прикрывающими сделки на разницу. Впрочем, с остальных срочных сделок с ценными бумагами российский законодатель все-таки снял обвинение в подобной притворности.

Так же расценивало срочные сделки с ценными бумагами и французское законодательство. Срочные биржевые сделки с ценными бумагами были впервые фактически запрещены во Франции постановлением королевского совета от 24 сентября 1724 года. Впоследствии это правило, правда в несколько смягченном виде, многократно возобновлялось. В течение некоторого периода в ХIХ веке срочные сделки купли-продажи государственных ценных бумаг при определенных условиях даже были уголовно наказуемы\*(8).

Со временем отношение европейских законодателей к расчетным форвардным договорам стало меняться.

Во Франции закон от 28 марта 1885 года окончательно легализовал все срочные сделки купли-продажи товаров и ценных бумаг, включая государственные. В 1898 г. Кассационный суд даже запретил участникам срочных сделок ссылаться в своих возражениях на то, что эти сделки якобы прикрывают сделки на разницу, судам же, в свою очередь, было запрещено устанавливать действительные намерения сторон\*(9). Закон от 28 марта 1885 года трижды менялся в течение последних десяти лет своего существования до своей замены законом от 2 июля 1996 года. Сначала, в 1985 году, были признаны законными срочные сделки по процентным ставкам, потом, в 1991 году, были узаконены срочные сделки по индексам и валюте, наконец, 31 декабря 1993 года из текста закона была устранена ссылка на поставку.

В настоящее время во Франции действует закон от 2 июля 1996 года, предоставляющий защиту требованиям, возникающим из расчетных форвардных договоров, если по меньшей мере одна из сторон договора является производителем инвестиционных услуг, финансовым учреждением или нерезидентом, имеющим сходный статус.

В Англии суды, отказывая на протяжении более ста лет в защите требований, возникших из расчетных форвардов, пытались тем не менее сформулировать конкретные условия, при которых сделки на разницу подлежали все-таки бы защите в судах. Однако только в 1986 г. в Англии был принят закон о финансовых услугах, предоставляющий сделкам на разницу судебную защиту при условии, что обе или хотя бы одна из сторон совершает эту сделку в качестве предпринимателя с целью "обеспечения дохода или избежания потерь". В известном деле "City Index ltd. v. Leslie" (1991 г.) судья лорд Дональдсон особо подчеркнул, что термин "обеспечение дохода" следует понимать не как защиту дохода, приобретаемого по какому-либо другому договору путем его хеджирования (страхования), а просто как обычное получение дохода. Судья Маккоуан в этом же деле указал, что "обеспечение дохода" в смысле закона 1986 г. о финансовых услугах - это не более чем простое получение дохода любой из сторон. Собственно говоря, предпринимательская деятельность вообще состоит в получении дохода и ни в чем более (см., например, п.1 ст.2 ГК РФ), поэтому очевидно, что с точки зрения предпринимательской деятельности различные законные способы получения или сохранения дохода ничем друг от друга не отличаются. Следовательно, у законодателя нет и не может быть необходимости ставить правовую защиту предпринимательских договоров в зависимость от того или иного законного способа извлечения предпринимателем своего дохода.

Интересно, что Палата лордов в 1991 г. пришла к выводу, что муниципальные образования не могут заключать расчетные форвардные договоры, поскольку распоряжаются общественными средствами и поэтому не должны брать на себя повышенные риски.

В Германии закон о фондовых биржах 1896 г. был дополнен в 1994 г. и теперь предоставляет судебную защиту срочным сделкам с ценными бумагами, включая сделки на разницу, если эти сделки заключаются предпринимателями под контролем биржевого комитета. Если же предпринимателем является только одна сторона сделки, то сделка защищается законом, если предприниматель подчинен специальному банковскому или биржевому контролю и, кроме того, заранее письменно предупредил другую сторону, не являющуюся предпринимателем, об особых рисках, связанных с форвардными сделками.

Как видим, европейский законодатель обусловливает защиту требований, возникающих из расчетных форвардов, специальным статусом их участников, во-первых, предполагающим их профессиональную подготовленность к заключению такого рода сделок, во-вторых, исключающим возможное нанесение ущерба публичным интересам, и, в-третьих, обеспечивающим особый контроль за их деятельностью со стороны властей, а при наличии "слабой" стороны, еще и особые гарантии ее прав.

Это означает, что при решении вопроса о предоставлении судебной защиты расчетным форвардам, как и в случае предоставления судебной защиты некоторым видам игр и собственно пари, существенным для законодателя является не формально-догматическая и даже не общая социальная характеристика договора, а та роль, которую этот договор играет в конкретных обстоятельствах.

Согласно ст.1062 действующего Гражданского кодекса Российской Федерации требования из игр и пари не подлежат судебной защите. Согласно ст.1063 правила ст.1062 не распространяются на лотереи, тотализаторы (взаимные пари) и другие основанные на риске игры, проводимые Российской Федерацией, субъектами Российской Федерации, муниципальными образованиями или лицами, получившими соответствующие лицензии от уполномоченного государственного или муниципального органа.

О расчетных форвардных договорах Гражданский кодекс РФ ничего специально не говорит, поскольку расчетный форвардный договор содержит в себе все признаки пари как "основанного на риске и заключенного между двумя или несколькими лицами, как физическими, так и юридическими, соглашения о выигрыше, исход которого зависит от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет", сформулированные российским законодательством (ст.2 Федерального закона "О налоге на игорный бизнес"). Не упоминая расчетный форвардный договор в ст.1062 ГК РФ, российский законодатель тем самым не делает для расчетного форварда никаких исключений из общего правила ст.1062 ГК РФ.

Российский законодатель, в отличие от западноевропейского, не придает значения субъектному составу расчетного форвардного договора. Он оставляет без внимания возможность дифференцированного правового регулирования сделок на разницу в зависимости от выполняемых этими сделками социальных функций.

Это упущение, однако, восполняется российским конституционным законодательством.

Право на судебную защиту (право на иск в материальном смысле) является неотъемлемым свойством гражданского субъективного права\*(10). Это означает, что без возможности судебной защиты субъективное право просто не существует. Лишение субъективного права, как вещного, так и обязательственного, судебной защиты влечет за собой уничтожение самого субъективного права.

По мнению М.М. Агаркова, обязательство, исполнение которого невозможно требовать в принудительном порядке (натуральное обязательство), не является обязательством в собственном смысле этого слова. Невозможность требовать обратно переданное во исполнение "натурального обязательства" означает лишь то, что в данном случае имеется законное основание для перехода имущества от одного лица к другому\*(11). Утверждение М.М. Агаркова полностью соответствует норме параграфа 762 Германского гражданского уложения: "из игры или пари обязательств не возникает". Германский закон не говорит о лишении требований из игр и пари судебной защиты - он прямо говорит об отсутствии самого обязательства.

Таким образом, отсутствие у требований из игр и пари судебной защиты означает, что соглашения об игре и пари не влекут за собой возникновения у их сторон каких-либо обязательств по отношению друг к другу\*(12), то есть что такие соглашения не являются гражданско-правовыми договорами.

Отказывая в правовых последствиях играм и пари, норма ст.1062 ГК РФ ограничивает тем самым право сторон свободно выражать свою волю и порождать своим согласованным волеизъявлением правовые последствия, то есть ограничивает свободу договора, состоящую в праве "заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами" (п.2 ст.421 ГК РФ).

Конституционный Суд РФ своим постановлением от 23 февраля 1999 года N 4-П по делу о проверке конституционности положения ч.2 ст.29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года "О банках и банковской деятельности" отнес свободу договора, как непосредственно вытекающую из конституционной свободы экономической деятельности, гарантированной ст.8, 34 и 35 Конституции России, к числу конституционных свобод.

Если же говорить о расчетных форвардных договорах, заключаемых юридическими лицами, то Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 24 октября 1996 года N 17-П по делу о проверке конституционности ч.1 ст.2 Федерального закона от 7 марта 1996 года "О внесении изменений в закон Российской Федерации "Об акцизах" сформулировал правовую позицию, согласно которой в случае, если конституционные права граждан реализуются в деятельности юридического лица, созданного для этой цели, соответствующие права и свободы самого юридического лица приобретают статус конституционных.

Лишение судебной защиты требований, возникающих из расчетных форвардных договоров, заключаемых банками в процессе своей предпринимательской деятельности, представляет собой также ограничение конституционной свободы предпринимательской деятельности, гарантированной ч.1 ст.34 Конституции России.

Для разрешения этой конституционной коллизии необходимо обратиться к мотивам, по которым законодатель лишает требования из игр и пари судебной защиты.

Часть 3 ст.55 Конституции России допускает ограничение конституционных прав и свобод "в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства".

Следовательно, условием допустимого ограничения федеральным законом конституционных прав и свобод должно обязательно быть обеспечение перечисленных в ч.3 ст.55 Конституции России целей. Только в этом случае ограничение не может считаться антиконституционным.

Для того чтобы установить, не противоречит ли Конституции России лишение судебной защиты расчетных форвардов, заключаемых банками между собой, необходимо выяснить, можно ли в отношении расчетных форвардов руководствоваться теми же мотивами, какими руководствуется законодатель, лишая судебной защиты требования, возникающие из игр и пари.

Первый мотив лишения требований из игр и пари судебной защиты - это азарт, лишающий участников игр и пари способности трезво и спокойно взвешивать последствия своих действий и отдавать себе отчет в их серьезности, а также возможность одних игроков злоупотреблять слабостью и легкомыслием других. Однако банками, заключающими расчетные форвардные договоры, не движут ни азарт, ни легкомыслие. Они заключают расчетные форвардные договоры на основании анализа рынка, отчетливо представляя себе существующие на этом рынке риски. При этом банки принимают все необходимые меры для страхования своих рисков.

Второй мотив - высокая вероятность злоупотреблений и недобросовестного поведения участников при заключении и исполнении этих договоров - также несостоятелен. Недобросовестность банков, подлежащих специальному банковскому контролю, значительно менее вероятна, чем недобросовестность любых других участников гражданского оборота при заключении ими каких-либо сделок.

Третий мотив - безнравственность зарабатывания денег лицом без всяких усилий со своей стороны, исключительно по воле случая. Такой мотив вряд ли оправдан по отношению к банкам, которым законодательно предписано зарабатывать деньги в интересах своих клиентов, а также вкладывать их в экономику. С таким же успехом можно было бы считать безнравственной выдачу банками кредитов под проценты.

Эти мотивы вполне оправданны по отношению к играм и собственно пари. Лишение требований, вытекающих из игр и собственно пари, судебной защиты по этим мотивам, то есть с целью защиты, во-первых, прав и законных интересов их участников и, во-вторых, общественной нравственности, если и является ограничением проявления человеческой индивидуальности, как справедливо считает В.А. Белов\*(13), то ограничением, вполне допускаемым ч.3 ст.55 Конституции России.

Однако эти мотивы совершенно не годятся для обоснования лишения судебной защиты расчетных форвардных договоров, заключаемых банками между собою, поскольку все они предполагают совсем другой круг участников правоотношений и другие социальные условия заключения и исполнения этих договоров.

Четвертый мотив - отсутствие в расчетном форварде какой-либо пользы для общества, ее бессмысленность с точки зрения потребностей гражданского оборота, незаинтересованность в нем государства и общества - уже не связан ни с составом участников сделки, ни с конкретными условиями ее заключения и исполнения. Именно этот мотив приводят авторы объяснений к российскому проекту Гражданского уложения применительно не только к играм и собственно пари, но и к любым сделкам на разницу. Его же приводит в отношении расчетных форвардов и современная российская судебно-арбитражная практика, формулируя его иногда как "отсутствие интереса государства и общества" к расчетным форвардам, а иногда как "отсутствие хозяйственной цели" у участников расчетных форвардов.

Говоря об отсутствии хозяйственной цели у участников расчетных форвардных договоров, арбитражные суды имеют в виду, конечно же, не хозяйственную цель, преследуемую стороной, заключающей расчетный форвард. Хозяйственная цель любой сделки, совершаемой хозяйственным обществом в процессе предпринимательской деятельности, очевидна и прямо названа в законе - это извлечение прибыли.

Ссылаясь на отсутствие хозяйственной цели у участников расчетного форварда, российские арбитражные суды имеют в виду совершенно другое - они имеют в виду не бесполезность расчетного форварда для самих его участников, а отсутствие у его участников такой цели, достижение которой было бы существенно для общества в целом, для успешного функционирования общественного хозяйства, для развития хозяйственного оборота. То есть речь идет об общественной пользе, значении расчетного форварда для удовлетворения потребностей экономики всего общества, а не только для экономического благополучия самих участников сделки.

В свое время отсутствие общественной пользы сделок на разницу было веским мотивом для обоснования лишения требований, возникающих из них, судебной защиты. Хотя и тогда существовали серьезные возражения против этого. Г.Ф. Шершеневич писал, что практически невозможно отличить чистую биржевую спекуляцию от сделки на разницу, вызванной необходимостью страхования рисков\*(14).

Конечно, можно было бы попытаться доказать пользу расчетных форвардов для экономики в целом и попробовать сформулировать, в чем именно эта польза состоит. Однако нам представляется гораздо более плодотворным подойти в настоящей статье к расчетным форвардным договорам с другой стороны - не их общеэкономической, а их социальной и, как следствие этого, правовой ценности.

Сегодня мы можем оценить мотив отсутствия общественной пользы как основание лишения расчетных форвардов судебной защиты не с точки зрения его обоснованности или целесообразности следования ему, а с формально-юридической точки зрения - соответствия его Конституции России.

Глава 2 Конституции России, содержащая перечень прав человека и гражданина, открывается ст.17, ч.2 которой провозглашает, что "основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения". Смысл этой нормы состоит в том, что осуществление человеком его основных прав и свобод является выражением его индивидуальности, утверждением ценности его личности. Осуществление человеком его конституционных прав и свобод не обусловлено пользой, которую оно может приносить или не приносить при тех или иных обстоятельствах обществу и государству. Основанием приобретения человеком конституционных прав и свобод является только факт его рождения и ничто иное.

Интересно, что Конституция СССР 1936 г. стояла на диаметрально противоположных позициях - ст.125 предоставляла гражданам СССР свободу слова, печати, собраний и митингов, уличных шествий и демонстраций исключительно "в целях укрепления социалистического строя", а ст.126 обеспечивала гражданам СССР право объединения в общественные организации "в целях развития организационной самодеятельности и политической активности народных масс". Это означало, что конституционные права не обладали в глазах тогдашнего законодателя самостоятельной ценностью, а были всего лишь средством достижения каких-то внешних по отношению к человеческой индивидуальности целей.

Это принципиальное различие показывает, что ч.3 ст.55 Конституции России не может содержать такого мотива ограничения прав и свобод человека и гражданина, как отсутствие общественной значимости, отсутствие интереса общества и государства к осуществлению лицом своего конституционного права. Интерес государства или общества принципиально не может быть условием осуществления гражданином его конституционного права, наоборот, основные права и свободы человека и гражданина гарантируются независимо и несмотря на возможное отсутствие интереса государства или общества к осуществлению этих прав.

Следовательно, отсутствие заинтересованности государства и общества в расчетных форвардных договорах ни в коем случае не может служить в современной России основанием для лишения расчетных форвардных договоров судебной защиты.

В заключение можно сказать, что, хотя расчетные форвардные договоры, заключаемые банками друг с другом, представляют собой договоры пари, однако возникающие из них требования не могут быть лишены судебной защиты, поскольку лишение этих требований судебной защиты представляет собой ограничение конституционной свободы предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также вытекающей из нее конституционной свободы договора, при этом ограничение, не вызываемое необходимостью "защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства" (ч.3 ст.55 Конституции России).

Таким образом, норма ст.1062 ГК РФ, лишающая судебной защиты требования, возникающие из всех без исключения игр и пари, оказывается сформулированной слишком широко. В той мере, в какой норма ст.1062 ГК РФ дает возможность судам отказывать в судебной защите требований, возникающих из расчетных форвардных договоров, заключаемых банками друг с другом, она противоречит Конституции России.

В западноевропейских странах защита требований, возникающих из расчетных форвардов, осуществляется специальными законами, принимая которые законодатель исходил из субъектного состава и социальной роли расчетных форвардов в конкретных обстоятельствах, а не из формально-догматического и абстрактного определения их как пари. Впрочем, предоставляя судебную защиту некоторым видам собственно пари (лотереям), и западноевропейский, и российский законодатель в угоду жизненным реалиям также пренебрегает их отвлеченной характеристикой.

Регулирование в России расчетных форвардных договоров специальным законом (lex specialis) невозможно, поскольку ни один гражданский закон в Российской Федерации не может противоречить Гражданскому кодексу (п.1 ст.3 ГК РФ).

Однако в России существует специальная конституционная процедура приведения действующего законодательства в соответствие с Конституцией России. Для изменения содержания нормы ст.1062 ГК РФ и устранения ее противоречия Конституции России достаточно соответствующего постановления Конституционного Суда РФ.

Конституционный Суд РФ может устранить противоречие ст.1062 ГК РФ Конституции России, признав содержание ст.1062 ГК РФ необоснованно широким. Сузив содержание ст.1062 ГК РФ, Конституционный Суд РФ предоставит тем самым судебную защиту требованиям, возникающим из расчетных форвардных договоров, заключаемых банками друг с другом. Таким образом будет устранено противоречащее Конституции России ограничение основных прав и свобод граждан.

А.В. Рахмилович,

член Московской городской

коллегии адвокатов

Э.Э. Сергеева,

член Московской городской

коллегии адвокатов

"Журнал российского права", 2001, N 2

—————————————————————————————————————————————————————————————————————————

\*(1) См.: Губин Е.П., Шерстобитов А.Е. Расчетный форвардный контракт: теория и практика // Законодательство. 1998. N 10. С. 10-16.

\*(2) См.: Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права // Законодательство. 1999. N 9. С. 13-21.

\*(3) Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М.: Спарк, 1994. С. 239.

\*(4) Там же.

\*(5) См.: Памятники римского права. Дигесты Юстиниана. Книга 11, титул V "Об игроках в азартные игры". М.: Зерцало, 1997. С. 343. См. также: Бартошек М. Римское право, понятия, термины, определения. М.: Юридическая литература, 1989. С. 45, 125.

\*(6) Мейер Д.И. Русское гражданское право. Часть 2. М.: Статут, 1997. С. 254.

\*(7) Гражданское Уложение. Книга пятая. Обязательства, проект. СПб., 1899. С. 231 и сл.

\*(8) См.: Vauplanne H. de. Droit des marches financiers. P.: Litec, 1998. Р. 535.

\*(9) Ibid. P. 537.

\*(10) См.: Гурвич М.А. Право на иск. М. - Л.: Изд-во Академии наук СССР, 1949. С. 142.

\*(11) См.: Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. Ученые записки Всесоюзного института юридических наук НКЮ СССР. Вып.III. М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. С. 50 и сл.

\*(12) См.: Эрделевский А. Игры и пари // Российская юстиция. 1999. N 8. С. 13-14.

\*(13) См.: Белов В.А. Игра и пари как институты гражданского права // Законодательство. 1999. N 10. С. 5-15.

\*(14) См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.