



ИНСТИТУТ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ НИУ –
ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ



ФИНАНСОВЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ



РИСК В СФЕРЕ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Коллективная монография

Москва 2014



Институт правовых исследований НИУ –
Высшая школа экономики



Финансовый университет
при Правительстве Российской Федерации

РИСК В СФЕРЕ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Коллективная монография

Москва 2014

УДК 341
ББК 67.412
Р 54

Научные редакторы:

заслуженный деятель науки РФ, д-р юр. наук, проф. Ю.А. Тихомиров;
д-р юр. наук, проф., зав. кафедрой «Административное и информационное право»
Финансового университета при Правительстве Российской Федерации М.А. Лапина

Коллектив авторов:

Раздел I – Ю.А. Тихомиров, М.А. Лапина, Д.В. Карпущин, Ю.В. Трунцевский,
В.И. Солдагова, А.В. Мелехин, А.В. Остроушко, М.Е. Черемисинова, С.В. Третьяков.
Раздел II – Н.Ф. Попова, Л.А. Обушева, Е.И. Добролюбова, Ю.В. Степаненко,
М.А. Лапина, О.В. Меркушова, А.М. Воронов, Г.А. Минасян, А.М. Гоголев.
Раздел III – Г.Ф. Ручкина, Е.В. Кудряшова, И.В. Башлаков-Николаев,
А.В. Варичев, С.И. Максимова, А.В. Чаплинский, А.А. Плахин, Ю.В. Трунцевский.
Раздел IV – А.Ю. Кожанков, О.Г. Боброва, Е.В. Машкова, М.А. Рыльская,
Э.Л. Сидоренко.
Краткие выводы – Ю.А. Тихомиров.

Р 54 Риск в сфере публичного и частного права: коллективная монография / Под
науч. ред. Ю.А. Тихомирова, М.А. Лапиной; Финансовый университет при
Правительстве Российской Федерации. – М.: ОТ и ДО, 2014. – 310 с.
ISBN 978-5-4367-0132-5

В представленном издании исследован феномен риска в сфере публичного и частного права. Научная ценность исследования заключается в том, что авторами предпринят комплексный анализ факторов, обуславливающих возникновение рискованных ситуаций как в отраслях публичного, так и в отраслях частного права. Практическое значение монографии обусловлено возможностью прогнозирования негативных последствий с целью их предупреждения и минимизации.

Книга предназначена для учёных, работников органов государственной власти, практикующих юристов-цивилистов, студентов, обучающихся по направлениям «Юриспруденция», «Государственное и муниципальное управление».

УДК 341
ББК 67.412

ISBN 978-5-4367-0132-5

© Коллектив авторов, 2014
© Финансовый университет, 2014
© Издательство «ОТ и ДО», 2014

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	5
РАЗДЕЛ I. РИСК: ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОДХОД	6
1.1. Риск в фокусе правового регулирования (Тихомиров Ю.А.).....	6
1.2. К вопросу о генезисе правовых рисков в публичном и частном праве (Лапина М.А., Карпухин Д.В.).....	23
1.3. Понятие и виды правовых рисков (Трунцевский Ю.В.).....	34
1.4. Значение понятия «риск» в законодательном процессе (Солдатова В.И.).....	40
1.5. Правовые риски и законность (Мелехин А.В.).....	49
1.6. Предупреждение и минимизация рисков правового регулирования информационных отношений (Остроушко А.В.).....	60
1.7. Правовые риски в сфере регулирования интернет-отношений (Черемисинова М.Е.).....	67
1.8. Критические заметки к тезису «Право распределяет риски» (Третьяков С.В.).....	81
РАЗДЕЛ II. РИСК В ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ	94
2.1. Управление рисками в административном праве (Попова Н.Ф.).....	94
2.2. Риски в ведомственном нормотворчестве (Обушева Л.А.).....	106
2.3. Роль оценки рисков в государственном управлении по результатам (Добролюбова Е.И.).....	120
2.4. Риски в правовом обеспечении транспортной безопасности (Степаненко Ю.В.).....	136
2.5. Правовые средства минимизации рисков в публичном управлении (Лапина М.А.).....	147
2.6. К вопросу о разграничении экологических и эколого-правовых рисков (Меркушова О.В.).....	164
2.7. Риски правового регулирования деятельности негосударственных некоммерческих организаций социально-политической направленности (Воронов А.М., Минасян Г.А.).....	171
2.8. Риски правоприменения в ходе государственного администрирования в области налогов и сборов (Тоголев А.М.).....	179
РАЗДЕЛ III. РИСК В ЧАСТНОПРАВОВОЙ СФЕРЕ	187
3.1. Предпринимательская деятельность и риск: вопросы правового регулирования (Ручкина Г.Ф.).....	187

3.2. Проблема риска в гражданском праве. Рисковые сделки (Кудряшова Е.В.).....	197
3.3. Защита конкуренции как система снижения рисков в сфере предпринимательства (Башлаков-Николаев И.В.).....	207
3.4. Риск-ориентированный подход в сфере государственного регулирования промышленности (Варичев А.В., Максимова С.И., Чаплинский А.В.).....	218
3.5. Риски в имущественном обороте и предпринимательской деятельности (Плахин А.А.).....	226
3.6. Коррупционные риски в деятельности хозяйствующих субъектов (опыт Великобритании) (Трунцевский Ю.В.).....	247
РАЗДЕЛ IV. РИСК В МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ	255
4.1. Риски в таможенном регулировании (Кожанков А.Ю., Боброва О.Г.).....	255
4.2. Риск неопределенности права и конфликт юрисдикций органов международного правосудия (Машкова Е.В.).....	266
4.3. Правовая характеристика риска принятия стратегических решений в условиях потенциальной конфликтности (Рыльская М.А.).....	272
4.4. Перспективы и риски реализации антикоррупционных стандартов ОЭСР в уголовном законодательстве России (Сидоренко Э.Л.).....	278
КРАТКИЕ ВЫВОДЫ (Тихомиров Ю.А.).....	292
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ	294

ПРЕДИСЛОВИЕ

Масштабы и усложнения социально-экономических процессов и увеличение объема правового регулирования требуют более строгих правил и методик анализа и оценки правовых явлений. Ошибки и отклонения от принятых законов и иных правовых актов, нарушения законности, негативные проявления отражаются в таком явлении, как риск. В рисках проявляются разные аспекты познания реальности. Поэтому «овладеть» рисками очень трудно. Многое тут зависит от усилий разных наук, в т.ч. юридической.

Учитывая это, ученые и преподаватели названных учреждений организовали 29 апреля 2014 г. на факультете права НИУ – Высшая школа экономики круглый стол по проблемам рисков в публичном и частном праве. Проведенная дискуссия убедила в необходимости подготовить книгу, которая и предложена читателю¹. В ней рассмотрены теоретические вопросы, связанные с возникновением и развитием рисков и механизмами их предотвращения. Большое внимание уделено характеристике рисков в публично-правовой, частноправовой и международно-правовой сферах. В главах книги обоснованы рекомендации по совершенствованию правотворчества и правоприменения.

Книга рассчитана на широкий круг читателей – научных работников и преподавателей, аспирантов и студентов, работников государственных и муниципальных органов, бизнес-структур и учреждений.

¹ Для сотрудников НИУ – Высшая школа экономики работа выполнена в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ – Высшая школа экономики.

1.8. Критические заметки к тезису «Право распределяет риски»

*Ведущий научный сотрудник Института
правовых исследований НИУ ВШЭ, к.ю.н.*

С.В. Третьяков

В конце двадцатых годов прошлого столетия известный российский цивилист Я.М. Магазинер выдвинул весьма интересный тезис о том, что право представляет собой ни что иное, как механизм распределения рисков¹. Вероятно, эта еретическая с точки зрения классического цивилиста мысль не вызывала удивления у его современников, живших в эпоху тотального и агрессивного скепсиса в отношении классических форм ортодоксий². Характерно и то обстоятельство, что мысль эта была выражена петербургским цивилистом в курсе хозяйственного права, который фактически заменил традиционные курсы гражданского права в учебных планах советских юридических вузов того периода. Заимствованная из Германии концепция хозяйственного права³ как раз исходила из коллективистских и дирижистских предпосылок, которые неплохо монтировались с идеей о том, что экономический оборот следует активно преобразовывать в направлении, которое государственная бюрократия сочтет прогрессивным.

Мне неизвестно, как Я. М. Магазинер относился к своему тезису позже, когда гражданское право вернулось в учебные планы юридических факультетов, а проблематика рисков ограничивалась лишь традиционными известными еще со времен римского права ситуациями, которые не давали повода делать вывод о фундаментальной роли распределения рисков в праве вообще и гражданском праве в частности. Со временем, уже в 60-70 годы в проблематику, касающуюся рисков, вошла ставшая хронически неразрешимой дискуссия о соотношении виновной и безвиновной ответственности в гражданском праве.

1 Магазинер Я. М. Советское хозяйственное право. Л.1928.

2 Необходимо отметить, что подобный нигилизм был характерен для периода в целом, не зависимо от географии и политического режима. Но особенно сильным он был в Германии того времени.

3 Впрочем, теоретический гений Е.Б. Пашуканиса позволил придать этой концепции совершенно отличную от германского образца и весьма оригинальную трактовку.

Проблематика риска в частном праве, как справедливо отмечают современные исследователи¹, не подверглась универсализации, оставаясь локализованной в нескольких сферах, очевидной связи между трактовками риска в которых, не наблюдалось.

В то же время, проблематика риска и именно в аспекте моделирования правового (в рассматриваемом мной случае, в первую очередь, частно-правового) механизма распределения социальных рисков приобрела новую актуальность в доктрине развитых правовых порядков. Более того, споры о юридической релевантности понятия риска приобрели неожиданные и очень интересные в методологическом отношении преломления. Именно этим обстоятельством и диктуется характер настоящей работы.

Пристальное внимание к понятию риска стимулировало активное развитие института страхования. Феномен страхования обязан своим появлением разработки методик актуарных расчетов, которые основаны на определении вероятностей наступления тех или иных случайных событий, исходя из статистических корреляций, в основании которых лежит закон больших чисел. Массовое производство порождает регулярные инциденты, в результате которых причиняется вред. Каждое конкретное событие предсказать невозможно, но возможно определить вероятность наступления события в будущем, поскольку количество таких событий носит характер статистической регулярности. Поэтому зная базовые параметры той или иной конкретной ситуации, имея статистику относительно наступления таких событий в прошлом, мы можем определить вероятность наступления соответствующего события в будущем.

Таким образом, путем агрегирования случайных и не связанных между собой событий, опираясь на закон больших чисел, мы можем довольно точно предсказать вероятность наступления соответствующего случайного события в будущем. Риск в техническом смысле слова и является кватифицированной вероятностью наступления соответствующего факта.

Таким образом, риск превращается в основу специфической управленческой технологии.

1 Вячеславов Ф. А. Распределение рисков в договорных обязательствах. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М.2008.

Именно последнюю идею последовательно развил в нескольких своих работах¹ Фр. Эвальд. Особенно интересным его анализ делает то обстоятельство, что одним из главных фокусов своих исследований феномена страхования как управленческой технологии, французский теоретик сделал сравнение его с правом как специфическим способом поведенческой координации. При этом ученый исходил из контрастности обоих механизмов и их взаимной несовместимости.

Риск является категорией, доступной количественному анализу. Необходимо иметь статистические данные о фактах соответствующего класса, которые имели место в прошлом, и применить к этой статистике алгоритмы определения вероятности наступления фактов соответствующего класса. Страхование имеет дело с обезличенными агрегатами, признаками ситуаций, категориями людей. В отличие от этого, правовой механизм основан на индивидуализации. Для юриста первичен конкретный факт неправомерного причинения вреда одному лицу со стороны другого лица.

Второе свойство риска заключается в коллективном характере этого феномена. Все и каждый являются генераторами рисков, поэтому и методика управления рисками должна быть коллективной. Что и реализовано в институте страхования, в котором риски страхуются коллективно формируемым страховым фондом. В отличие от этого, юридический «аналог» страхования институт юридической ответственности, напротив, строго индивидуализирует и персонализирует риски, локализуя ущерб в рамках юридического отношения между деликвентом и лицом, которому причинен ущерб. Деликтное право (как и все другие виды юридической ответственности в узком ретроспективном смысле) направлены не на вероятности наступления неблагоприятных последствий, а имеют дело с уже наступившими в конкретном случае неблагоприятным последствием, то есть реализовавшимся риском. В этом случае ключевой категорией будет являться не понятие риска, а понятие ущерба. Радикальное различие, однако, заключается в том, что юридическая система в своих классических формах (институт юридической ответственности) стремится локализовать ущерб в рамках связи причинитель-потерпевший, а не «разложить» цену деликта на все общество.

1 Ewald Fr. L'Etatprovidence.1986. Insurence and Risk //The Foucault Effect: Studies in Governmentality. Ed. By GBurchell, CGordon, and PMiller.1991.

Указанное обстоятельство определяет один важный с точки зрения дальнейшего анализа параметр юридической ответственности, а именно, то, что юридическая ответственность не выполняет перераспределительных функций. Речь идет о том, что возлагаемая на деликвента обязанность возместить причиненный вред направлена лишь на восстановление нарушенного его деянием положения, на коррекцию имущественных масс, являясь проявлением так называемой корректирующей восстановительной справедливости¹. В отличие от этого феномен распределительной справедливости касается не восстановления нарушенных интересов, а определяет справедливость распределения благ между различными социальными группами. Соответственно, добровольные и особенно недобровольные трансферты благ от одних категорий лиц к другим должны иметь обоснование, что и выполняется при помощи категории распределительной справедливости.

Страхование как институт распределения рисков является перераспределительным механизмом уже потому, что коллектив путем формирования страхового фонда оплачивает ущерб, который возник только у некоторых участников этого коллектива, в то время как для большинства его членов застрахованный риск не реализовался в принципе. В отличие от этого, классический взгляд на деликтное право отрицает элементы перераспределения в рамках деликтной ответственности, поскольку имущественный ущерб локализуется внутри связи деликвента и потерпевшего и не предполагает по общему правилу возложения соответствующих обязанностей на третьих лиц.

Эвальд, напротив, полагает, что именно распределительные механизмы эффективны в отношении и тех сфер жизни общества, которые обнимаются понятием уравнивающей справедливости. Другими словами, существует некоторое стремление построить понятие уравнивающей справедливости по модели распределитель-

1 Это касается прежде всего деликтной ответственности. В случае уголовно-правовой ответственности говорят о воздаянии, ретрибуции (*retributive justice*). Вместе эти формы именуются еще со времен Аристотеля уравнивающей справедливостью. Это указывает на основную функцию воссоздания положения, которое существовало до факта неправомерного вмешательства. Уравнивающая справедливость противопоставляется распределительной.

ной¹. Позиция Эвальда состоит в том, что не существует никакого естественного равновесия между имущественными сферами различных субъектов, который и был разрушен фактом причинения вреда. Естественным этот способ реституции был лишь до тех пор, пока не изменилась социальная реальность и не появилась более прогрессивная, чем деликтное право социальная технология, при помощи которой риск превращается в управленческий ресурс и даже способ регулирования. Да, специфика страхования предполагает активное перераспределение. Но в данном случае оно не носит той негативной коннотации, с которым связано это понятие в обществах, где слишком много государства. Тем более, что никому так и не удалось убедительно доказать, что стихийно складывающиеся с помощью рынка распределения благ в социуме легитимны уже в силу того самого факта, что они стихийно сложились².

Эвальд признает, что в рамках юридического дискурса, ориентированного на индивидуализацию и поиск субъективных оснований возложения юридических обязанностей, возникли определенные трудности при появлении феноменов регулярности числа аварий, ДТП и других проявлений индустриальной и постиндустриальной экономик.

И здесь, бесспорно, французский ученый указал на весьма серьезную проблему классической концепции деликтного права.

1 Здесь важно сделать целый ряд оговорок. Прежде всего, речь идет о современных трактовках распределительной и уравнивающей справедливости с точки зрения господствующего на сегодня мнения. В принципе, можно совершить и обратный маневр и переформатировать господствующее ролзианское понятие распределительной справедливости по модели уравнивающей справедливости. Именно это и сделал Роберт Нозик. Но мы исходим из того, что понятие распределительной справедливости предполагает довольно активные перераспределительные трансферты между различными социальными группами, а наиболее убедительной попыткой обоснования этого распределительного паттерна является Теория справедливости Джона Ролза. В отличие от этого, теория уравнивающей справедливости не претерпела столь радикальных изменений по сравнению с эпохой классического либерализма, а атака на это понятие с позиций коллективизма и солидаризма и представляет собой дискурс Фр. Эвальда.

2 Как уже отмечалось, Р. Нозик предпринял блестящую попытку доказать именно этот тезис о легитимности стихийно складывающегося распределительного паттерна. В ходе его исследования оказалось возможным сделать несколько совершенно выдающихся открытий (критика «калиброванных» распределительных паттернов, понятие фоновых условий, в рамках которых реализуется каждый свободный выбор). Однако легитимность основных способов приобретения и передачи благ оказалась недостаточно фундированной, по мнению многих исследователей.

Классическая деликтная теория предполагает, что деликт - явление чрезвычайное и редкое, а также отрицательное с моральной точки зрения. Не случайно, принцип виновного причинения цементировал всю эту модель, обеспечивая и редкость, моральную неполноценность. Но в ситуации индустриального и постиндустриального общества, когда речь идет о стабильной статистической регулярности некоторых категорий деликтов, а современные технологии обеспечили появление таких видов рисков, которые трудно устранить при любой мере заботливости. Это несколько ослабило влияние принципа виновного причинения. Этого момента цивилистическая доктрина оказывается занятой довольно безнадежным делом: непротиворечиво и убедительно обосновать сосуществование принципа виновного причинения с случаями безвиновной ответственности, оставаясь при этом в рамках классической деликтной теории¹. Одновременно понятие вины тоже подверглось трансформации в направлении ее объективации и формализации, что в итоге получило отражение в формуле «принятие всех мер, которые разумно было бы принять при сравнимых обстоятельствах».

Между тем, ослабление принципа виновного причинения весьма не безобидно для самой конструкции деликтного права, как это может показаться. Думаю, что есть основания полагать, что принцип вины играл весьма важную роль в обосновании локализации имущественных последствий правонарушения только в рамках относительной связи деликвента и лица, которому был причинен вред. Возложение ответственности на невиновного причинителя вызывает гораздо больше вопросов, а грань между причинителем и третьими лицами теряет прежнюю очевидность. Сам факт невиновного причинения, а особенно случаи ответственности владельцев источников повышенной опасности, больше напоминают ответственность за риск, а следовательно неизбежно должны трактоваться как случаи распределения рисков. А это в свою очередь лишает принципиальности и безусловности тезис о локализации имущественных последствий деликта рамками относительного правоотношения между деликвентом и лицом, которому причинен ущерб. Это почув-

¹ В результате в одних случаях теория ответственности строится по модели виновного причинения, а «безвиновные» составы маргинализируются как «исключения», а в других случаях за основу берется факт причинения, но тогда приходится маргинализировать составы, содержащие реkvизит виновного характера причинения. При этом, как представляется, именно вторая модель более популярна.

ствовавали наиболее глубокие современные сторонники классической концепции деликтного права, основные усилия которых были направлены как раз на дополнительное обосновании ответственности причинителя.

В этой связи заслуживает внимания точка зрения А. Рипштейна, который попытался обосновать принцип локализации. Прежде всего, Рипштейн признает распределительную функцию деликтного права, ограничивая при этом распределение все теми же сторонами деликтного правоотношения. Это очень изящная конструкция, которая решила сразу несколько проблем. Во-первых, рано или поздно нужно было признать, что решая вопрос об основаниях ответственности в деликтном праве права распределяет тем или иным образом риски между сторонами. С этой точки зрения, например, принцип виновного причинения означает, что большинство рисков несет собственник вещи. В то время как принцип объективной ответственности переносит большую часть рисков на эвентуального причинителя¹.

На эту важную деталь, до поры укрытую от внимания цивилистической доктрины, обратил внимание еще Р. Салейль. Салейль прямо переформулировал традиционное понятие юридической ответственности как специальной обязанности возместить ущерб, сделав основой понятия юридической ответственности несение риска. Однако, эта трактовка не стала господствующей на континенте, хотя, как уже указывалось, определенная эволюция в указанном направлении обнаруживается. В любом случае, аргументы Салейля весьма убедительны, по крайней мере в отношении того факта, что принцип виновной ответственности причинителя обратной своей стороной имеет принцип ответственности за риск лица, которому причинен ущерб.

Во-вторых, признав категорию риска, Рипштейн чрезвычайно удачно ее воспользовался для обоснования принципа ответственности причинителя².

В данном случае, мы встречаемся с интересным феноменом, как понятие, исходно возникшее в рамках одной теоретической традиции, воспринимается сторонниками конкурирующей теории, при-

1 Coleman Jules Risksand Wrongs.2002

2 Saleilles R. Les accidents de travail et la responsabilité civile : (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle).1897.

чем для обоснования тезиса, прямо противоречащего тем базовым постулатам, обоснованность которых понятие риска изначально обеспечивало.

Итак, как полагает Рипстейн, деликтное право распределяет риски между причинителем и лицом, которому причинен вред¹. Соответственно, необходимо определить некоторый принцип распределения рисков в данном случае. С точки зрения Рипстейна, риск должен лежать на лице, которое своими действиями этот риск создало. Идея проста: риск должен быть распределен и лучше, если он будет возложен на его «собственника», при условии, разумеется, что этот риск был «неразумным». Другими словами, логично, что тот, кто создал опасную ситуацию, и должен нести риски, связанные с этой ситуацией.

Проблема состоит в том, что «создание» этой опасной ситуации - это уже не виновное правонарушение, а очень часто правомерная и весьма полезная в принципе экономическая деятельность. Кроме того, мы утонем в спорах относительно того, что считать разумным или неразумным риском.

Иными словами, одного факта причинения для обоснования распределения рисков не достаточно. Конечно, если ограничиваться выбором между сторонами деликтного правоотношения, у идеи несколько больше шансов, хотя и это спорно. Вот тут-то как раз и приходит в голову мысль, что страховая схема не так уж плоха в целом ряде контекстов.

Прежде всего, уже мало кто спорит, что деликтное право выполняет функцию распределения рисков. Однако, как показано выше, в некоторых случаях, распределение рисков между сторонами не обеспечивает полноценного решения вопроса. Это как раз те случаи, в которых риски создаются правомерной деятельностью и часто эти риски в недостаточной степени подконтрольны его «собственнику». Именно такие случаи и предполагает институт страхования. Напомним, что базовая идея состоит в том, что риски социальные, а не индивидуальные по своей природе. Применение рискованных

¹ Вообще говоря, канадский автор пошел еще дальше, заявив, что аналогичным образом складывается положение и в рамках уголовного права. Этот вполне революционный тезис о том, что и уголовное право выполняет распределительную функцию (правда, только между сторонами соответствующего правоотношения), не рискнули сделать ни Эвальд, ни Коулмэн. Лишь весьма радикальная группа теоретиков на основе взглядов позднего М. Фуко, решила на это теоретическое приключение.

технологий приносит выгоды всему обществу, а создание риска в данном случае не просто правомерное, но и общественно полезное дело. В таком случае, риск лучше распределить среди более широкого круга лиц, нежели стороны деликтного правоотношения.

Признание значения понятия распределения рисков в рамках деликтного права стимулировало попытки интегрировать в него некоторые элементы страховых институтов. Это противоречило базовой интуиции Эвальда о взаимной несовместимости двух методологий.

Весьма интересную попытку синтеза предпринял Д. Прист¹. Он сформулировал два основных принципа, которые с его точки зрения выражают существо современного деликтного права: принцип контроля рисков и принцип лучшего страхователя.

Первый принцип предполагает, что деликтное право должно стимулировать участников экономического оборота предпринимать разумные меры для контроля за рисками, к созданию которых они имеют отношение. При этом разумными и достаточными указанные меры могут считаться в том случае, когда затраты, связанные с такой превентивной деятельностью, меньше того ущерба, который может иметь место вследствие реализации соответствующего риска. Это по сути парафраза знаменитой «формулы Хэнда», в соответствии с которой имущественную ответственность как следствие реализации риска следует возложить на ту сторону, которая могла с наименьшими затратами предотвратить его реализацию. Здесь важно отметить, что смысл рассматриваемой модели регулирования заключается в том, чтобы побудить того субъекта, который оказывался в состоянии наиболее эффективно предотвратить реализацию риска, сделать именно это.

Рассматриваемое решение исходит из того, что именно вопрос о распределении рисков между сторонами является ключевой проблемой деликтного права. От классических подходов решение отличается полным отказом от рассмотрения вины и причинности². Глав-

1 G Priest, 'The New Legal Structure of Risk Control' (1990) 119 (4) *Daedalus* 207–27.

2 Отказ от анализа причинных связей связан с двумя обстоятельствами. Во-первых, признание принципа причинения в его классическом одностороннем (ущерб причинен действием причинителя) варианте блокировало бы возможность возложить риск на того, кому вред причинен. Во-вторых, еще Р. Коуз показал, что причинение вреда в значительном количестве случаев не является однопольным. Речь по сути идет о конфликте альтернативных способов использования одного и того же блага. И конфликт этот должен разрешаться не на основе интуитивно кажущегося правильным принципа временного или иного приоритета одного вида использования над другим, а исходя из того, какой из альтернативных видов деятельности является наиболее эффективным использованием экономически редкого блага.

ный вопрос заключается в том, чтобы стимулировать эффективное распределение экономически редких благ. С другой стороны, метод воздействия на стимулы рациональных агентов рынка хорошо согласуется с правовым механизмом социальной координации.

Второй принцип касается ситуаций, в которых предотвратить реализацию рисков не удалось. В этом случае, по мнению Приста, необходимо возложить ответственность на ту сторону, которая легче всего может переложить издержки на какой-либо коллективный пул ресурсов. Речь идет не только о страховании, но и о перенесении соответствующих убытков на цену товаров и услуг и т.п. Причина этого решения проста - перенести схему страхования как распределения рисков среди относительно большой группы лиц. В данном случае мы несомненно имеем дело с очевидным влиянием страховой методологии на моделирование деликтного права. При этом дело уже не ограничивается распределением рисков между сторонами деликтного правоотношения *strictosensu*.

Теоретическая реконструкция Приста интересна прежде всего тем, что в ней оказываются интегрированными два разнородных элемента, которые, в принципе, слабо поддаются интеграции.

С одной стороны, формула Хэнда, которая ориентируется на создание правильных стимулов для рациональных участников рынка, с тем чтобы последние стремились интернализировать экстерналии. В данном случае риск деликтной ответственности стимулирует субъекта принять все разумные меры предосторожности, чтобы минимизировать указанный риск. При этом разумность подлежащих принятию мер, степень заботливости субъекта определяется сравнением цены деликта с ценой мер предосторожности: последняя должна превышать первую. Таким образом, создается достаточно надежный стимул принимать меры к минимизации риска.

Второй собственно «страховой» элемент конструкции Приста предполагает совершенно иную логику. В этом случае речь идет о распределении рисков вне связи с созданием стимулов к интернализации экстерналий. Риск ущерба возлагается на сторону, которая скорее имела возможность его застраховать, даже в том случае, если она не имела возможности разумно предполагать, что такой риск возникнет, но располагает возможностью «распределить» этот риск в рамках социума. Другими словами, важна не оценка степени

упречности поведения деликвента (классическая деликтная ответственность, предполагающая виновное причинение) и не степень рациональности поведения субъекта (понимаемая в русле принципа экономической эффективности и интернализации экстерналий), а лучшая способность «распределить» ущерб через повышение цен и т.п. механизмы.

В последнем случае проблема перемещается из традиционной для правового дискурса плоскости создания для субъектов права стимулов к социально одобряемому поведению в плоскость поиска лучшей технологии распределения убытков. В некотором смысле, действительно, можно вместе с Эвальдом сказать, что технология распределения рисков представляет собой нечто совершенно отличное от того, как право обычно обеспечивает поведенческую координацию.

Моя гипотеза состоит в следующем. Нельзя сказать, что право вообще не может распределять риски¹. Но правовой механизм всегда предполагает регулирование поведения посредством создания позитивных и негативных стимулов. Метод «актуарной юстиции»² такой ориентации на сознание и рациональную сферу субъектов права не предполагает. Напротив, как справедливо отмечают исследователи, - предполагает пассивного и доступного к различного рода субъекта «манипуляциям» субъекта³. В известной мере, с точки зрения актуарной юстиции понятие субъекта права лишается смысла и заменяется различными характеристиками рискозависимости (riskprofiles) соответствующей группы индивидов. Ведь именно в зависимости от характера и степени подверженности тем или иным категориям рисков и определяется характер их распределения. При этом учет субъективных моментов (вина), даже индивидуализация (возможно, данный конкретный индивид, относящийся к определенной социальной или профессиональной группе), не обладает, тем не менее, характерными для ее представителей профилями риска) не является релевантным.

Как мы имели возможность убедиться выше, в некоторых случаях добиться распределения рисков возможно и через воздействие на стимулы субъектов. В этом случае правовой характер поведенческой координации вряд ли может быть поставлен под сомнение.

1 Вячеславов, Указ.соч.

2 Feeley, M., &Simon, J. (1994).Actuarial justice: The emerging new criminal law. In D. Nelken (Ed), The futures of criminology.

3 Steele Jenny Risks and Legal Theory. 2004. P.42.

Интересен как раз противоположный случай, в котором риски распределяются вне всякой связи с актуальным поведением субъектов. Именно в таком случае могут возникнуть сомнения в том, что подобное регулирование основано на действии юридического механизма регулирования, по крайней мере в его традиционном понимании. Более того, методология актуарной юстиции предполагает не только отказ от стимулирования субъектов к определенному поведению, но и вообще не ставит задачу какой-либо социальной трансформации, а лишь фиксации и учета наличных статистически значимых черт рискового профиля в целях последующего принятия решения о характере распределения рисков на его основе.

В свете вышеизложенного можно попытаться предложить ответ на вопрос о том, можно ли считать функцией правовой системы распределение рисков. В тех случаях, когда риски действительно распределяются при помощи правового механизма через воздействие на стимулы, не обнаруживается ничего специфического по сравнению с нормальным функционированием правового механизма социальной координации. В тех же случаях, в которых применение актуарных методик, действительно, трансформирует характер социального регулирования, возникает сомнение, можно ли считать подобное регулирование правовым в строгом смысле слова.

Вопрос о том, можно ли говорить о том, что право выполняет функцию распределения рисков, сводится к тому, как и что понимать под термином «распределение рисков». Как уже отмечалось, сам термин риск использовался в правоведении довольно давно. В этом смысле можно говорить о том, что частное право распределяет риски, если, например, тем или иным образом решается вопрос о переходе риска случайной гибели или повреждения вещи с продавца на покупателя или существует нормативное регулирование института страхования, в той или иной его ипостаси.

Мыслима и иная стратегия. Возможно, например, считать страховыми *parexcellence* лишь практики и институты, основанные на применении актуарных методик. Необходимо признать, что в этом есть определенная логика, ибо термин риск в этом случае приобретает специфический технический смысл, а соответствующая практика качественную определенность. В этом случае альтернативность правового механизма и модели регулирования, которая основана на

актуарных расчетах, зависит от того, как понимается правовой механизм социальной координации.

Если полагать, что право лишь придает «общеобязательность» произвольно формулируемым «законодателем» требованием любого содержания, то, разумеется, никаких проблем с квалификацией в качестве правовой актуарной модели, в том случае, если она выражена в форме правового акта, не существует. Впрочем, после травматического опыта тоталитаризма 20 века, столь прямолинейно такую позицию поддерживают только маргинальные автократы из стран третьего мира.

Двусмысленна позиция Ф. Эвальда. С одной стороны, автор исходит из альтернативности двух методов социальной координации. С другой стороны, автор подробно анализирует эволюцию института деликтной ответственности во французском праве именно в направлении использования актуарных методик¹.

С другой стороны, Саймон и Фили прямо исходят из того, что актуарные методики не могут рассматриваться в качестве правовых и прямо ссылаются на идею Е.Б. Пашуканиса относительно постепенного замещения правового регулирования техническим². С точки зрения Пашуканиса, техническое регулирование основано на принципе целесообразности и этим категорически отличается от правового метода координации, который предполагает автономию субъекта права и рассчитан на контексты, в которых «целесообразность» интерсубъективно не поддается определению³.

Таким образом, на интуитивном уровне существует некоторое ощущение о том, что специфическая «актуарная» методика распределения рисков не вполне укладывается в тот ряд феноменов, которые конвенционально принято относить к числу правовых. Однако превращение этого «слабого» тезиса в «сильный» требует четкого и недвусмысленного определения феномена права, что наталкивается на вполне понятные трудности. В любом случае, очевидно и то, что тезис, в соответствии с которым «право распределяет риски» должен немедленно сопровождаться определением понятий риска и права. Вне подобной контекстуализации пропозиция «право распределяет риски» является семантически неразрешимой.

1 Ewald F. Op. Cit.

2 Feeley, M., & Simon, J. (1992). The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, 30(4), P. 457.

3 Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. 1981.