

**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. Карпухин, К).В. Трунцевский,
В.И. Солдатова, А.В. Мелехин, А.В. Остроушко, М.Е. Черемисинова, С.В. Третьяков.
Раздел II - Н.Ф. Попова, Л.А. Обушева, Е.И. Добролюбова, К).В. Стеианенко,
М.А. Лапина, С).В. Меркушова, А.М. Воронов, ГА. Минасян, А.М. Гоголев.
Раздел III - Г.Ф. Ручкина, И.В. Кудряшова, И.В. Башлаков-Николаев,
А.В. Варичев, С.И. Максимова, А.В. Чаплинский, А.А. Плахин, Ю.В. Трунцевский.
Раздел IV - А.К). Кожанков, О.Г. Боброва, Е.В. Машкова, М.А. Рыльская,
ЭЛ. 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
рисковых 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
<И 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 регулирова- ния 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 (Стеианенко 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 ГА.).....	171
2.8. Риски правоприменения в ходе государственного администрирования в области налогов и сборов (Гоголев А.М.).....	179
РАЗДЕЛ III. РИСК В ЧАСТНОПРАВОВОЙ СФЕРЕ	187
3.1. Предпринимательская деятельность и риск: вопросы правового регулирования (Ручкина Г.Ф.).....	187

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.

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 СИ., / Чаплинский Д.15.).....	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 юрисдикции органов международного правосудия (Машкова Е.В.).....	266
4.3. Правовая характеристика риска принятия стратегических решений в условиях потенциальной конфликтности (Рыльская М.Л.).....	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

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

Научное издание

РИСК В СФЕРЕ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА

Коллективная монография

Техническое редактирование Д.В. Лохманов
Компьютерная верстка Л. Вильская
Идея обложки Д.В. Лохманов

Формат 60x90/16. Гарнитура Minion Pro
Подписано в печать 23.06.2014
Усл.п.л. 19,4. Усл.изд.л. 16,3
Тираж 1000 экз. Заказ № 623

Финансовый университет
Ленинградский проспект, 49, Москва, 125993 (ГСП-3)

Издательско-полиграфический комплекс «ОТ и ДО»
614094, г. Пермь, ул. Овчинникова, 19, тел. (342) 224-47-47
e-mail: info@otido.penn.ru

РАЗДЕЛ I. РИСК: ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОДХОД

1.1. Риск в фокусе правового регулирования

*Заслуженный деятель науки РФ,
доктор юридических наук, профессор
Ю.А. Тихомиров*

Меру отражения в праве различных явлений и процессов определить очень сложно. Поэтому путь изучения риска оказался длинным. Долгие годы данная тема была достоянием специалистов в области гражданского права. Теория государства и теория права, отраслевые юридические науки не уделяли внимания исследованию данного явления, что и приводило к упрощенным представлениям о «линейном» развитии права как «текстового» права. Но объем и характер правового регулирования в условиях масштабных экономических, социальных, политических, экологических и технико-технологических процессов усилили факторы, ведущие к отклонениям в правовой сфере. Горькие потери заставляют глубоко изучать природу и динамику рисков.

Риск - сигнал тревоги

Правовое регулирование призвано стабилизировать общество¹. В реальной жизни, однако, возникает немало явлений, влияющих на стратегии и программы, на реальный ход развития экономики и социальной сферы. Их надо предвидеть, анализировать и учитывать. Это - выявившиеся или очевидные угрозы, устойчивость и государственных институтов, и экономических устоев общества, это - опасности, которые могут привести к кризисам и ущербу. Это - риски как вероятное неправоное отклонение от намеченной правовой модели (концепции) и действующих законов². Нетрудно заметить соприкасающиеся грани этих явлений и их связи. Причем мера явного и неочевидного весьма подвижна и служит своего рода сигналом для решений и действий.

1 См. подробно: Тихомиров Ю.А., Шахрай С.М. Право и риск. М.: изд-во Московского университета; Тихомиров Ю.А. Прогнозы и риски в правовой сфере // Журнал российского права. 2011. № 3; Правовые риски в системе публичного управления. М., 2014.

2 См. подробно: Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2010.

Истоки риска заложены в природе и устройстве общества, анализ которого приводит немецкого ученого Готтхарда Бехманна к выводу о риске как ключевой категории современной теории общества и социальной теории, как новой области исследования. Не только техногенные и природные катастрофы и потребности в безопасности побуждают искать спасительных решений. Общество, по его мнению, является обществом опасностей и катастроф и по своим внутренним причинам. И риск выступает как соотношение рисков и потерь по отношению к определенному решению, с помощью которого неизвестное будущее хотят сделать вычислимым¹.

Вполне оправданы поэтому новые системные подходы к анализу и оценке многообразия явлений, факторов и процессов и их сложных связей между собой. Использование синергетического метода позволяет преодолевать одномерный взгляд на право и однолинейность его развития. Порядок и беспорядок, устойчивость и хаос периодически сменяют друг друга и в правовой сфере². Мы усиливаем данный аспект анализа, вводя понятие «циклы правового развития». С ним связано понятие «неправоное отклонение», а также юридические коллизии и конфликты³.

Риски - сложное социальное явление, корни которого в природе общества, государства и человека. Поэтому можно выделить несколько основных причин рисков. Во-первых, социально-психологические причины, отражающие уровень сознания и деформацию поведения людей, когда их действия подвержены разным мотивам, в т.ч. корыстным, низкой шкале ценностей, неорганизованности и некомпетентности. Во-вторых, юридические причины, когда низкое качество правового регулирования порождает коллизии и пробелы в системе правовых норм и актов, юридические ошибки в определении статусов юридических лиц и граждан. Правовой нигилизм и отчуждение от права неизбежно ведут к рискам внутри правовой системы. В-третьих, риски внешней среды, включающие прежде всего угрозы и вызовы вследствие динамики и противоречий социально-экономических процессов.

1 См.: Бехманн Готтхард. Современное общество. Общество риска, информационное общество, общество знаний. 2-е изд. М.: Логос, 2012. С. 73-98.

2 См.: Мальцев Г.В. Развитие права: к единству с разумом и наукой. М., 2005. С. 86-119.

3 Тихомиров Ю.А. Коллизионное право и отклонения в правовой сфере // Право и политика. 2013. № 3.

Примером служит постановление Правительства Российской Федерации «Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2018 года», в котором определены основные вызовы, влияющие на темпы и характер социально-экономического развития. К внешним вызовам предстоящего периода отнесены стратегическая нестабильность развития мировой экономики, новый этап технологического развития глобальной экономики, изменение мирового энергетического баланса. Внутренние вызовы включают замедление роста или стагнация экспорта энергоносителей, снижение численности населения трудоспособного возраста, замедление роста потребительского спроса населения, адаптация экономики к принятым условиям присоединения к ВТО, необходимость сокращения нефтегазового дефицита федерального бюджета.

В-четвертых, есть «поле рисков» и в международной среде, когда в отношениях государств могут возникать противоречия, грозящие для тех или иных стран потерями и ущербом. Такие риски, в свою очередь, могут иметь политический, экономический, социальный и экологический характер ввиду сложных международных и интеграционных отношений. Не случайно в постановлении Правительства РФ от 14 июля 2012 г. о государственной программе развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия на 2013–2020 годы выделен «Анализ рисков и возможные негативные последствия для агропромышленного комплекса, связанные с членством России в ВТО, а также меры, направленные на поддержку российских сельскохозяйственных товаропроизводителей в условиях ВТО». Такой подход позволяет рассматривать риски в процессе их возникновения, проявления и развития, предвидеть факторы, которые усиливают или ослабляют проявления рисков или ведут к их предотвращению и исчезновению.

Что же представляют собой правовые риски? Они выражаются: а) в возможности прямого или косвенного нарушения правовых норм, б) в отчуждении граждан от законодательства ввиду низкой правовой культуры и юридической компетентности, в) в ошибках в определении статусов субъектов права, в выборе правовых методов регулирования, г) в угрозе увеличения объема юридических колли-

зий, д) в провоцировании конфликта интересов, е) в возникновении разрыва системно-правовых связей в правовой системе, ж) в нарушении корреляции между способом правового регулирования и мерой отражения экономических, социальных и политических процессов.

Итак, риск - вероятное неправомерное отклонение от правовых моделей и законов.

Классификация рисков

Каковы виды рисков? Применительно к нашей теме отметим следующее: риски в сфере публичного права отличаются большей степенью угрозы базовым устоям государства и общества и отчуждения от права и краха институтов и режима законности. Для рисков в сфере частного права характерны более конкретные угрозы в сфере локально-правового регулирования. Таковы возможные административные барьеры для бизнеса, нарушение договорных обязательств, рейдерство. Очевидны и взаимосвязи рисков, когда политические конфликты порождают разрыв экономических отношений и, напротив, недооценка человеческого фактора в сфере экономики и безработица грозят протестами и выступлениями против власти.

После этих пояснений дадим характеристики типичных рисков. Начнем с *конституционного риска*.

Риски в сфере конституционных отношений отражают масштабность конституционного регулирования и в то же время неуверенность в устойчивости принципов и институтов конституционного строя. Налицо явная «абсолютизация» конституционных норм, последствия нарушения которых сказываются на правовой системе.

Наблюдается слабое знание гражданами норм действующей Конституции, что подтверждается социологическими исследованиями, и вследствие этого отчуждение от права не преодолено.

Напомним, что в начале 90-х гг. явно ощущался кризис федерализма, и лозунг центра, обращенный к регионам, - «берите суверенитет, сколько хотите», грозил сепаратизмом и резким ослаблением единства государства. Полезный урок.

Кроме того, сохраняются угрозы безопасности страны, как внутренние, так и внешние. Экстремизм, терроризм, национализм, дав-

ление «извне», глобальные кризисы (финансовый, продовольственный, экологический и др.) дают о себе знать.

Конституционный риск выражается подчас и в остром противоборстве властей, и в тенденциях к чрезмерной централизации, ослаблению институтов политической системы и институтов гражданского общества.

Наконец, отметим резкое нарушение и даже отказ от конституционных принципов в условиях острых конфликтов, как это наблюдается в Украине в конце 2013 - начале 2014 гг.

Как видно, конституционные риски представляют опасность для устойчивого развития страны и ее политического и экономического строя. Трудность их выявления заключается в своеобразной производное™ от изменений в разных сферах общественной и государственной жизни. Эти изменения кажутся локальными и ограниченными той или иной сферой, но их суммарное действие может приобрести для государства отрицательный эффект. И тогда его последствия могут быть очень тяжелыми. Можно считать предотвращение конституционных рисков на стадии подготовки конституционных решений задачей не только политических элит и разработчиков, но и социальных сил общества. Важен процесс реализации конституционных положений и всех государственных и общественных институтов.

Предотвращению *рисков в административном праве* во многом способствуют высокий профессионализм кадров и четкая организация управления на основе права. Важен правовой фактор, когда строго регламентированы статусы органов управления всех уровней, процедуры их деятельности, показатели эффективности работы. Административные регламенты и функциональные правовые режимы создают основу для последовательных и строго легальных действий бизнес-структур, учреждений и граждан. Отрадно, что во многих кодексах этому уделено внимание.

Можно выделить три основных категории рисков в сфере управления:

а) ошибки в проведении административных преобразований. Опыт реформирования систем и функций управленческих органов в нашей стране показывает, сколь опасны непродуманные перестройки административных структур;

б) риски, порождаемые противоречиями в процессе подготовки, принятия и выполнения подзаконных правовых актов как общего характера - концепций и стратегий развития отраслей и производств и т.п., целевых программ, так и конкретных актов применительно к отдельным организациям и гражданам, ситуациям. В обоих случаях встречаются факты давления и влияния при выделении средств, объемов заданий, предоставлении льгот и преимуществ. Целесообразность доминирует над законностью;

в) риски, связанные с процессом подбора и использования работников государственных органов, учреждений и организаций, когда допускаются ошибки, порождающие коррупционные проявления.

Наиболее болезненные риски в государственном управлении связаны с существованием коррупциогенных факторов и возможных проявлений коррупции. Их условно можно разделить на две группы. Первая группа охватывает коррупциогенные факторы, обнаруживаемые при подготовке проектов нормативных правовых актов и в ходе реализации нормативных правовых актов. В научной и методической литературе дана подробная характеристика таких факторов. Другая группа коррупционных проявлений включает действия и бездействие, совершаемые фактически государственными служащими и их партнерами.

Административный риск сопутствует любому виду управленческой деятельности, поскольку она осуществляется в ситуациях разной степени неопределенности. Есть повторяющиеся ситуации, например, принятие решений в циклах сельскохозяйственных работ, в циклах подготовки городского хозяйства к зиме. Здесь «привычные» риски типа нарушения графиков мероприятий должны привести к устойчивым способам их предотвращения. В ситуациях новых и неожиданных приходится использовать компенсаторные средства, например, резервы и дополнительные ресурсы, быстрый маневр в действиях исполнительных органов и т.п. В кризисных ситуациях «цена» рисков намного большая, и предвидение таких ситуаций может ее уменьшить¹.

Рассмотрим природу *финансового риска*. Его разновидностью является бюджетный риск. На его появление влияют нарушения

1 См.: Антикризисное управление: учебное пособие. М.: РИОР, 2009.

финансовой дисциплины и законодательства. Очевиден и внешний фактор - колебания и кризисы, происходящие на мировых финансовых рынках.

Налоговые риски могут резко ослабить накопление бюджета.

Речь идет о риске достоверности планирования и обоснованности расчета показателей бюджета (это касается надежности показателей прогноза социально-экономического развития соответствующей территории и реалистичности расчета доходов и расходов бюджета); о риске сбалансированности бюджетов (данный риск связан с необходимостью обеспечения и поддержания в процессе исполнения бюджета соответствующего баланса между расходами бюджета и суммарным объемом доходов бюджета и поступлений источников финансирования его дефицита; он также затрагивает ситуации с осуществлением расходов, не предусмотренных бюджетом; таков риск исполнения бюджетов по доходам и расходам, поскольку дело касается полноты получения запланированных законом (решением) о бюджете доходов и осуществления всех запланированных расходов бюджета); о риске целевого использования бюджетных средств. /

Риски в банковском секторе следует предотвращать системой специальных правовых средств, включая соблюдение международных стандартов.

Весьма ощутимы *предпринимательские и иные риски в гражданско-правовых отношениях*. Именно в сфере гражданского и трудового права зародился институт риска, получивший широкое распространение в этой сфере. Объяснение этому - в природе производственных, торговых, имущественных отношений, где предмет сделки, договора подвержен изменениям прежде всего в силу субъективных и объективных причин. В гражданском праве институт риска постепенно охватывает многие стороны жизни и здоровья людей, их имущественных и иных отношений. И сейчас страхование и другие способы защиты прав и законных интересов людей развиты весьма хорошо как в российском, так и в иностранном гражданском праве, в сфере международного частного права.

Есть немало статей Гражданского кодекса РФ, которые специально посвящены риску в договорных отношениях. Знание и правильное применение их имеет важнейшее значение как для граждан,

так и для юридических лиц. Такова, например, ст. 459 о переходе риска случайной гибели товара. Отметим также нормы об обязательствах вследствие причинения вреда (ст.ст. 1065, 1066, 1067).

Большая группа рисков отражает широкий круг договорных отношений (купли-продажи, залога, кредитов и т.п.) и разное отношение к ним обеих сторон. Принципы добропорядочности и следования обычаям делового оборота не всегда нормализуют поведение сторон. И допускаются ошибки и просчеты, злоупотребления, невыполнение обязательств.

Можно сделать вывод, что риск в гражданско-правовых отношениях урегулирован с достаточной полнотой, хотя и остаются поводы для совершенствования правового регулирования. Важно освоить и правильно применять нормы и инструменты, противодействующие риску. Это будет способствовать устойчивости договорных отношений в экономической и социальной сферах.

Риски в сфере действия трудового права опасны, поскольку в трудовые отношения вступают миллионы людей, выполняющих в соответствии с законодательством многообразные функции. Нетрудно представить, сколь сложно организовать трудовой процесс как в отдельных организациях, так и в отраслях, регионах и масштабе всей страны. Тут приходится сочетать способы обеспечения стабильности трудовых отношений и одновременно их гибкого регулирования в меняющихся ситуациях. Риски и возникают на пересечении этих координат.

Если оценивать риски в государственном масштабе, то неизбежно *придется* анализировать действие норм Трудового кодекса РФ, Закона РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» и другие законы, регулирующие смежные процессы. Это и законодательство об образовании, и миграционное законодательство, и пенсионное законодательство. Анализ динамики трудовых отношений показывает, насколько опасны риски неполной или непрофессиональной занятости, разрыва между системой получения образования и системой трудоустройства. Рост безработицы в последние годы усугубляет это противоречие, и государственным органам приходится вводить специальный мониторинг, а бизнесу - гибко реагировать на динамику ситуаций на рынках труда. Пока не удастся вовремя и с наибольшей точностью «уловить»

динамику трудовых отношений, что порождает недовольство людей и массовые трудовые конфликты. В предкризисных и кризисных ситуациях опасность трудовых рисков возрастает и нужны перспективные меры по их предотвращению.

Другой аспект проблем в трудовом праве отражает социальные риски, имеющие не только частный, но и публичный характер. Возникают риски в разных сферах экономики и социальных отношений.

Специалисты выделяют работодательские риски. Чтобы быть работодателем - субъектом трудового права, необходимо отвечать следующим основным признакам: необходимость в привлечении рабочей силы для осуществления уставных и иных целей деятельности; способность предоставить работникам работу и способность организовать труд работников; способность оплатить труд работников; способность нести ответственность по обязательствам, вытекающим из факта заключения трудового договора.

Реализация каждого из названных признаков содержит в себе возможность возникновения социальных рисков.

Каковы риски работников? Как сторона трудового правоотношения работник также несет определенные социальные риски: риск потери работы (безработицы), риск бедности, профессиональные риски (работа во вредных и тяжелых условиях). Работник в соответствии со ст. 239 Трудового кодекса РФ имеет право на нормальный производственно-хозяйственный риск, наличие которого исключает материальную ответственность работника перед работодателем.

Выделяются риски, вытекающие из права социального обеспечения. Это - риск повреждения здоровья (временная нетрудоспособность), риск утраты трудоспособности, риск причинения вреда здоровью, риск потери кормильца и пр.

Острота трудовых отношений в условиях кризиса потребовала изменений трудового законодательства. 2 ноября 2011 г. Государственной Думой был принят Федеральный закон «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части совершенствования порядка рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров». Установлено, что требования профессиональных союзов и их объединений (общероссийских и межрегиональных профессиональных союзов, их территориальных организаций,

объединений профессиональных союзов и объединений территориальных организаций профессиональных союзов) выдвигаются их выборными коллегиальными органами, уполномоченными на это уставами профессиональных союзов и уставами их объединений, и направляются указанными органами соответствующим сторонам социального партнерства.

Как видно, риски в трудовых отношениях порождаются как экономическими, так и социальными факторами, и их надо предотвращать.

Актуальны *риски в сфере экологического права*. Мы выделяем эту группу рисков ввиду их повышенной опасности для людей и общества в целом. Потери вследствие рисков нередко почти невозможны. И поэтому в законодательстве довольно тщательно урегулированы понятия риска, возмещения ущерба и вреда, обязанности государственных органов и хозяйствующих субъектов. Приведем подробно ряд положений законодательных актов, действующих в данной сфере.

В Законе РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах» установлено, что размеры регулярных платежей за пользование недрами определяются в зависимости от экономико-географических условий, размера участка недр, вида полезного ископаемого, продолжительности работ, степени геологической изученности территории и степени риска. В Земельном кодексе РФ закреплены основные принципы земельного законодательства.

Важны положения Федерального закона от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера». Предупреждение чрезвычайных ситуаций - это комплекс мероприятий, проводимых заблаговременно и направленных на максимально возможное уменьшение риска возникновения чрезвычайных ситуаций, а также на сохранение здоровья людей, снижение размеров ущерба окружающей среде и материальных потерь в случае их возникновения.

Граждане имеют право: на защиту жизни, здоровья и личного имущества в случае возникновения чрезвычайных ситуаций; в соответствии с планами ликвидации чрезвычайных ситуаций использовать средства коллективной и индивидуальной защиты и другое имущество органов исполнительной власти субъектов РФ, органов

местного самоуправления и организаций, предназначенное для защиты населения от чрезвычайных ситуаций; быть информированными о риске, которому они могут подвергнуться в определенных местах пребывания на территории страны, и о мерах необходимой безопасности.

Нормативно-правовые средства предупреждения и устранения экологических рисков разработаны достаточно полно. Однако правоприменение по-прежнему остается слабым местом правового регулирования, что выражается в плохом знании правовых норм, невыполнении госслужащими и работниками хозяйственных организаций своих обязанностей, неприменение мер ответственности к лицам, виновным в нанесении экологического ущерба. Вызывает огорчение слабый учет экологических рисков при принятии крупных промышленных, строительных и иных решений и неумение и нежелание разработчиков и лиц, принимающих решение, видеть здесь различные последствия. Эти проблемы нужно решать быстро и масштабно, иначе последствия рисков - климатические изменения, исчезновение лесов, загрязнение водоемов будут трагическими.

Расширение сфер международного сотрудничества и углубление интеграционных процессов предъявляют высокие требования к международным обязательствам государств. Основные документы международного права, в частности Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, Соглашение о зоне свободной торговли в СНГ, проект Договора о Евразийском экономическом союзе регулируют порядок рассмотрения разногласий и споров в ходе подготовки, подписания и выполнения международных договоров и соглашений. В этом отражается процесс нарастающего взаимодействия национального и международного права. И все же беспокоят многочисленные случаи нарушения международных обязательств.

Отметим главное - важность системного анализа правовых рисков в отраслях законодательства. Речь идет о комплексных рисках, отражающих угрозы для смежных отраслей и институтов, о «переходных рисках», через традиционные границы.

По характеру и объему риски могут быть постепенно возникающими и временными, предвидимыми и ожидаемыми, повторяющимися и неожиданными, рисками по формуле форс-мажор. Еще одна

классификация - риски в нормальном процессе социально-экономического развития и риски в кризисных и критических ситуациях, вероятность которых многократно увеличивается.

Диагностика и механизм предупреждения рисков

Риски как теневое явление будущего возникают вопреки желанию субъектов правового регулирования и столь неожиданно, что кажутся своего рода «демоническим явлением». Не без этих системных представлений отношение к превентивной «анти-рисковой» деятельности пока не сформировалась. По-прежнему мешают поспешные правотворческие действия и слабость прогнозно-аналитической деятельности. И риски не отступают...

Между тем нужно решительно сформировать такой механизм. В нем можно выделить ряд стадий и элементов:

- а) формирование высокого уровня правосознания и правовой компетентности участников правотворчества;
- б) обеспечение системной и эффективной правовой регуляции статусов и этапов правотворчества;
- в) постоянное накопление и использование статистической, аналитической, прогнозной и контрольной информации, включая институт правового мониторинга;
- г) формирование и использование системного методического и организационного инструментария, позволяющего «измерять» и устранять риски;
- д) придание «анти-рисковым» действиям характер постоянного элемента правотворческой и правоприменительной деятельности;
- е) правовое, в т.ч. законодательное, закрепление нормативных характеристик рисков и действий по их анализу, оценки, минимизации и устранению в общих и отраслевых законах, постановлениях, положениях и т.п.

Поясним последние два элемента и особенно научно-методические средства анализа и динамики рисков. Как показывает изучение практики деятельности органов исполнительной власти, госкорпораций и бизнес-структур, чаще всего создаются рекомендации и методики трех видов. Во-первых, отраслевые нормативно-методические документы. Таковы, например, «Предложения по минимизации системных рисков финансово-кредитной сферы», подготовленное в 2008 г. Институтом системного анализа Счетной палаты РФ

(методология и индикаторы Макроэкономического мониторинга, системных рисков, прогноз динамики рисков, использование международного опыта).

Во-вторых, включение способов предотвращения рисков в рамки отраслевых и комплексных стратегий и программ развития. Так, в приказе Министерства промышленности торговли РФ от 22 декабря 2011 г. «Об утверждении стратегии развития сельскохозяйственного машиностроения России на период до 2020 года» есть пункт 10 «Риски реализации Стратегии» (риски глобальные, макроэкономические, законодательные, техногенные, экологические, социальные).

В-третьих, следует выделить большой массив рекомендаций министерств и ведомств по предотвращению и устранению коррупционных рисков¹).

Вообще тенденция создания методологии и разных методик управления рисками весьма оправдана, хотя в них не хватает единой теоретико-методической основы анализа и оценки собственно правовых рисков как проявлений отклонения от правовых моделей и актов.

В законопроектной деятельности получает распространение метод рисковно-ориентированных оценок. Так, при обсуждении 13 мая 2013 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения «Концепции проекта федерального Закона «О государственном и муниципальном контроле (надзоре) Российской Федерации», подготовленной Министерством экономического развития РФ, автор обратил внимание на следующие положения. В них отмечено, что внедрение системы управления рисками при осуществлении государственного и муниципального контроля (надзора) означает управление рисками ее осуществления. Новый подход к организации контрольно-надзорной деятельности в Российской Федерации будет способствовать сокращению избыточной нагрузки на бизнес, перераспределению ограниченных временных, материальных и кадровых ресурсов на объекты повышенной опасности, переориентации контрольно-надзорной деятельности на превентивные меры и общественно полезные результаты проверок. Общая схема организации системы управления рисками, предусматриваемая законопроектом, предусматривает нормативное закрепление в

¹ См.: Проблемы совершенствования законодательства Российской Федерации о противодействии коррупции и практики его применения. М., 2014.

качестве главного основания для проведения плановых и внеплановых контрольно-надзорных мероприятий наличие высокого уровня риска наступления потенциальной угрозы; уход от верхнего ограничения количества плановых проверок и применение различных режимов регулирования в зависимости от класса опасности того или иного объектов надзора (дифференцированная периодичность проведения плановых проверок, отсутствие проведения плановых проверок в отношении наименее опасных объектов надзора и т.д.); утверждение нового порядка определения объектов, направлений и интенсивности контрольно-надзорных мероприятий на основе анализа профиля объекта надзора, учета статистики выявленных ранее нарушений, учета статистики жалоб населения, отраслевых особенностей и т.д.; определение уровня приоритетности проверок исходя из степени вероятности появления риска.

Система управления рисками при осуществлении государственного и муниципального контроля (надзора) предполагает законодательное развитие таких направлений правового регулирования, как: ориентация на общественно значимый результат при определении целей проведения контрольно-надзорных мероприятий; оценка обоснованности присвоения категорий рисков, а также иных ключевых параметров реализации рискового подхода при осуществлении государственного и муниципального контроля (надзора); формирование контрольно-надзорными органами планов проверок; информационное обеспечение системы управления рисками при осуществлении государственного и муниципального контроля (надзора).

Предлагается для указанных целей необходимо обеспечить создание и функционирование Единой системы учета случаев причинения вреда предпринимательской и профессиональной деятельности (учет случаев причинения вреда). Такая система позволит эффективно управлять ситуацией, усиливая контроль (установление новых обязательных требований, санкций за их неисполнение, увеличение штата органа государственного контроля (надзора) там, где число случаев значительно.

Особо выделим Федеральный закон «О промышленной безопасности опасных производственных объектов». Там есть статья 2. Опасные производственные объекты. Опасными производственными объектами в соответствии с настоящим Федеральным законом

являются предприятия или их цехи, участки, площадки, а также иные производственные объекты, указанные в Приложении 1 к настоящему Федеральному закону. Опасные производственные объекты подлежат регистрации в государственном реестре в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации (в ред. Федеральных законов от 27.07.2010 № 226-ФЗ, от 04.03.2013 № 22-ФЗ). Опасные производственные объекты в зависимости от уровня потенциальной опасности аварий на них для жизненно важных интересов личности и общества подразделяются в соответствии с критериями, указанными в приложении 2 к настоящему Федеральному закону, на четыре класса опасности: I класс опасности - опасные производственные объекты чрезвычайно высокой опасности; II класс опасности - опасные производственные объекты высокой опасности; III класс опасности - опасные производственные объекты средней опасности; IV класс опасности - опасные производственные объекты низкой опасности (п. 3 введен Федеральным законом от 04.03.2013 № 22-ФЗ).

Риски: устранение или конфликт

Отметим еще раз необходимость учета познавательных аспектов риска в условиях неопределенности, с одной стороны, и целесообразность использования конкретных юридических средств их уменьшения и недопущения. Речь идет, во-первых, о нормативных дефинициях риска в той или иной отрасли, сфере правового регулирования. Таково определение природы риска в Федеральном законе от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды». Во-вторых, определение риска в конкретных статьях закона (например, Гражданского кодекса) как ориентации субъектов права для их предотвращения. В-третьих, об установлении рисков в договорах сторон как в их обязательствах по недопущению риска и возмещению ущерба (вреда) в случае, если допускаемое событие станет реальным. Кроме того, возникает вопрос о позитивной ответственности сторон правоотношения, если ими не приняты соответствующие предупредительные меры. Может ли непредотвращение риска служить основанием для ответственности тех, кто должен был реагировать на «сигнальные» ситуации? Думается, виновность будет очевидной в силу служебных обращений лиц.

Особо выделим способы страхования. Ввиду очевидной повторяемости определенной категории рисков используются специальные гарантийные средства против их неблагоприятных последствий. Видное место среди них занимает страхование как институт права, получивший наиболее широкое распространение в гражданско-правовых отношениях. Речь идет об установлении гарантий возмещения вреда (ущерба) в обстоятельствах, которые предположительно можно предвидеть и предусмотреть. Примерная оценка риска позволяет определять сумму страховых компенсаций при наступлении страхового случая.

Данный институт основательно разработан в юридической науке и регламентирован в законодательстве. В этой связи уместно кратко напомнить о законодательных актах в этой сфере, например, о Федеральном законе от 27 июля 2010 г. № 225-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте».

От института страхования, формируемого на договорной основе, отличается режим так называемых резервных фондов - финансовых, материальных, продовольственных и иных. Такие фонды создаются с целью покрытия возможного ущерба для страны, ее экономики и безопасности. Решение о создании таких фондов и порядке их использования принадлежит верхним уровням исполнительной власти, которые и определяют соответствующие обстоятельства. Тут возможны два варианта - использование фондов постепенно или одномоментно в случаях чрезвычайных ситуаций (природные катастрофы, эпидемии).

Назовем, к примеру, Резервный фонд, который представляет собой часть средств федерального бюджета, подлежащих обособленному учету и управлению в целях осуществления нефтегазового транспорта в случае недостаточности нефтегазовых доходов для финансового обеспечения указанного трансферта. Есть и Фонд национального благосостояния. Управление средствами Резервного фонда и Фонда национального благосостояния осуществляется Министерством финансов РФ в порядке, установленном Правительством РФ. Отдельные полномочия по управлению средствами Резервного фонда могут осуществляться Центральным банком РФ,

Фонда национального благосостояния - Центральным банком РФ и специализированными финансовыми организациями в соответствии с договорами, заключаемыми Министерством финансов РФ в порядке, установленном Правительством РФ. Есть и другие резервные фонды.

Но риск слишком сложное и загадочное явление, чтобы можно было его легко обнаружить. К тому же еще не сложилась эффективная система их выявления, оценки и предотвращения. Проявление риска в виде ущерба и вреда, реальной опасности, ослабления публичных институтов и правопорядка пока довольно часты. Порождаются и конфликтные ситуации, когда столкновение интересов приводит к противоборству решений, действия и норм. Однако конфликтология, а также универсальный механизм коллизионного права еще не сложились в полной мере.

Более оптимистичен второй путь развития рисков, когда либо исчезают и изменяются условия их возникновения либо удается с помощью вышеназванного механизма минимизировать риски и даже устранить их. К этому, и надо стремиться и в теории и в практической деятельности.

Есть еще один важный вывод - уроки рисков. Отсутствие расчетов, предвидение и желание анализировать плюсы и минусы предшествующего опыта - своего и чужого - приводят к неудаче. Показателен в этом в плане урок компании 1812 г., о которых писал в конце жизни Наполеон. Среди 15 уроков и военно-тактические, и поведение союзников, и упорство русских, и неумение использовать благоприятный случай (ситуацию)¹. Есть жесткие уроки войны 1914-1918, Отечественной войны 1941-1945, провалов ряда экономических проектов.

Поэтому риск в любом деле - и малом и большом - должен рассматриваться как серьезный противник, к победе над которым надо готовиться заранее и тщательно. В научном плане нужен отличный аналитико-методический инструментарий, в практическом плане - систематическая «анти-рисковая» деятельность.

¹ См. Мемориал 1812 года. Война глазами Наполеона. Публикации и комментарии Владимира Димова. Издательский центр «Классика», 2012. С. 142-153.

1.2. К вопросу о генезисе правовых рисков в публичном и частном праве

Заведующий кафедрой «Административное и информационное право» Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, д.ю.н., профессор

М.А. Лапина

Доцент кафедры «Административное и информационное право» Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, к.и.н., доцент

Д.В. Карпухин

Одним из принципиально новых направлений развития теории права и публичных отраслей российского законодательства является изучение проблемы правовых рисков в публичном праве.

Следует отметить, что приоритет в научном изучении правовых рисков принадлежит учёным-цивилям. Теория гражданско-правовых рисков активно разрабатывается в отечественной цивилистике с конца 60-х гг. XX в. по настоящее время. Обзор основных теорий рисков в гражданском праве изложен в статье А.Г. Мартиросяна «К вопросу о риске в гражданском праве Российской Федерации»¹.

Автор выделяет три теории гражданско-правовых рисков, сложившихся в отечественной цивилистике: субъективную (В.А. Ойгензихт, С.Н. Братусь, В.А. Плотников и др.); объективную (А.И. Омельченко, Б.Л. Хаскельберг, О.А. Красавчиков, А.А. Собчак); смешанную (Б.Н. Мезрин, В.А. Копылов)².

Субъективная теория риска рассматривает риск с психологических, субъективных позиций. Субъект правоотношений допускает возможность наступления неблагоприятных последствий в результате своей деятельности. Однако если он не предпринимает действий

¹ Мартиросян А.Г. К вопросу о риске в гражданском праве Российской Федерации // Современное право. 2009. № 9. С. 60 - 64. (Текст статьи в электронном виде изложен в СПС «Консультант»),

² См.: там же.

КРАТКИЕ ВЫВОДЫ

1. Масштабные и противоречивые социально-экономические процессы нередко порождают трудности в правовом регулировании. Отсюда неизбежны пробелы, ошибки, коллизии и т.п., которые снижают качество правового воздействия. Предвидение таких негативных явлений позволяет вести речь о риске в правовой сфере как вероятном неправомерном отклонении от правовых моделей, законов и иных правовых актов.

2. Существует несколько основных причин возникновения правовых рисков. Во-первых, уровень правосознания, компетентности и исполнительности людей; во-вторых, недостатки внутри правовой системы и механизма публичной власти; в-третьих, негативное влияние внешней социальной среды (включая сферу международных отношений); в-четвертых, объективные и природные, техногенные и иные явления и процессы.

3. Правовые риски могут иметь общесистемный характер для всей правовой системы, либо возникать преимущественно в публично-правовой сфере и частноправовой сфере. Проведенный анализ свидетельствует о возможных рисках в отдельных отраслях законодательства и их связях и взаимных «переходах».

4. Актуальное значение имеет создание системного механизма диагностики и предупреждения рисков в правовой сфере. Имеются в виду: а) определение типологии ситуаций, предопределяющих возникновение рисков, и регламентов действий; б) разработка методологии анализа, выявления и устранения рисков и на этой основе подготовка отраслевых методик; в) четкая регламентация всех этапов подготовки и принятия решений, проведение экспертизы и правовых экспериментов; г) создание компенсаторных механизмов для возмещения ущерба (вреда) вследствие рисков; д) придание «анти-рисковым» действиям характера постоянного элемента всех видов деятельности.

5. В механизме выявления рисков следует эффективно использовать специальные юридико-структурные институты. Речь идет, во-первых, о «рисковой ориентации» института правового мониторинга в части использования оперативной и аналитической инфор-

мации о процессах в правовой и иных сферах; во-вторых, о функционировании контрольно-надзорных органов и процедур.

6. Следует продолжить исследование механизмов корреляции между правовыми рисками и рисками в экономических, технологических, техногенных, природных процессах, когда они могут выступать то в виде причины, то в виде следствия различных явлений. В некоторых ситуациях такая зависимость может быть не выявлена.

7. Необходимо практически вводить в действие «анти-рисковые» методики и приемы:

а) в процессе прогнозирования и подготовки стратегий правового развития и концепций законодательства,

б) в процессе подготовки и реализации планов (программ) законопроектной деятельности,

в) в механизмах государственного и муниципального управления (на разных уровнях),

г) в отраслях, подотраслях экономики и социальной сферы, в сфере экологии,

д) на пересечении взаимодействия норм национального и международного права.

8. Актуальное значение приобретает повышение квалификации кадров в «анти-рисковой» сфере. Имеется в виду подготовка и введение спецкурсов либо специальных разделов в рамках учебных программ вузов, в программах повышения квалификации институтов и курсов для работников бизнес-структур, государственных и муниципальных служащих.

*Заслуженный деятель науки РФ,
доктор юридических наук, профессор
Ю.А. Тихомиров*