



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

<b>ПРЕДИСЛОВИЕ</b> .....	5
<b>РАЗДЕЛ I. РИСК: ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОДХОД</b> .....	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
<b>РАЗДЕЛ II. РИСК В ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ</b> .....	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
<b>РАЗДЕЛ III. РИСК В ЧАСТНОПРАВОВОЙ СФЕРЕ</b> .....	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
<b>РАЗДЕЛ IV. РИСК В МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ</b> .....	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
<b>КРАТКИЕ ВЫВОДЫ</b> (Тихомиров Ю.А.).....	292
<b>СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ</b> .....	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 читателю<sup>1</sup>. 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.

---

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

## 4.2. Риск неопределенности права и конфликт юрисдикций органов международного правосудия

*Научный сотрудник Института правовых исследований НИУ ВШЭ*

*Е.В. Машкова*

Современная правовая теория рассматривает феномен неопределенности права в качестве имманентно присущей правовой форме характеристики. Если классические концепции правового позитивизма трактовали неопределенность права как теоретически поддающуюся разрешению проблему, современные теоретические модели правопонимания (как позитивистские, так и непозитивистские) склонны исходить из того, что неопределенность права представляет собой неискоренимый, но в принципе поддающийся контролю феномен.

В связи с этим, как представляется, есть основания рассматривать феномен неопределенности права в качестве разновидности социальных рисков. В самом деле, если рассматривать риск в качестве поддающейся контролю квантифицированной возможности наступления неблагоприятных последствий, то неопределенность права как возможность существования пробелов, противоречий и неясности содержания правовых предписаний в том случае, если это не может быть обнаружено в момент принятия соответствующих правовых предписаний, может рассматриваться в качестве социального риска.

В настоящей работе мы ограничиваемся рассмотрением одного из видов неопределенности права - противоречий не только в содержании взятых на себя обязательств в рамках международных договоров, но и приоритета тех или иных норм при исполнении взятых на себя обязательств - на примере Всемирной торговой организации<sup>1</sup>, и в рамках интеграционных объединений - на примере Европейского Союза<sup>2</sup>.

1 Маррашешское соглашение о создании Всемирной торговой организации (Маррашеш, 15 апреля 1994г.) текст документа доступен по ссылке: <http://base.garant.ru/2541158/> последнее посещение 2 мая 2014г.

2 Лиссабонский договор, изменяющий договор о Европейском Союзе и договор об учреждении Европейского Сообщества (Лиссабон, 13 декабря 2007г.) документ доступен по ссылке: <http://eulaw.ru/treaties/lisbon> последнее посещение 2 мая 2014г.

Этот вопрос становится все более актуальным в свете реализации проекта Евразийского Экономического Союза (далее Союз или ЕАЭС), договор о создании которого был подписан 29 мая 2014 г. (вступит в силу с 1 января 2015 г.) и в состав которого войдут Республика Беларусь, Республика Казахстан и Российская Федерация<sup>1</sup>.

Так же следует заметить, что возрастающую потребность современного международного права в создании и функционировании международных юрисдикционных органов, в частности, в области разрешения международных торговых споров в рамках региональных интеграционных объединений<sup>2</sup>.

Одним из органов Союза Договор о ЕАЭС называет Суд Евразийского экономического союза (ст. 8 п. 1), порядок функционирования и формирования которого определяются Статутом Суда Евразийского экономического союза (ст. 19. п. 2)<sup>3</sup>. И соответственно, одной из актуальных проблем для России является возможный конфликт юрисдикций различных международных судебных органов, представляющих собой механизм защиты Договоров (Конвенций) и Соглашений межгосударственного характера, участником которых является Российская Федерация.

В свете вышеизложенного необходимо обратить внимание на практику функционирования Европейского Союза, с одной стороны, как наиболее успешного европейского интеграционного объединения, с другой, как на интеграционное объединение, в отношении функционирования которого уже создана определенная судебная практика, в частности в рамках Всемирной Торговой организации (Орган по разрешению споров - ОРС), и выработаны доктринальные подходы.

Относительно допустимости прямого действия норм и правил Соглашений ВТО в правопорядке Европейского Союза и его государств-членов говорит довольно четко преамбула решения Совета Европейского Союза об участии Европейского Союза в ВТО: «...по своей природе Соглашение, учреждающее ВТО, включая приложе-

1 Договор о Евразийском экономическом союзе. Текст документа доступен по ссылке: [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31548839](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31548839) последнее посещение 2 мая 2014г.

2 Смбалян А.С. Автореферат дис. д.ю.н. «Решения органов международного права-спудия и их роль в укреплении международного правопорядка». М. 2013. С. 8.

3 Приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе. Статут Суда Евразийского экономического союза. Документ доступен по ссылке: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_163855/?frame=31](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_163855/?frame=31) последнее посещение 2 мая 2014г.

ния к нему, не подлежит прямому применению в судах Союза или государств-членов Союза»<sup>1</sup>. Иными словами, Соглашения ВТО не могут применяться напрямую ни на пространстве ЕС, ни на пространстве государств-членов ЕС.

Право ЕС представляет собой автономную и самостоятельную правовую систему, и не может идентифицироваться ни с национальными правовыми системами государств-членов ЕС, ни с системой международного публичного<sup>2</sup>. При этом следует заметить, что судебная система ЕС играет особую роль в формировании права этого интеграционного объединения, выступая как самостоятельный наднациональный институт неполитического характера, и как своего рода гарант единообразного понимания и применения учредительных договоров и правовых актов ЕС. Роль Суда ЕС в этом процессе сложно переоценить. В этой связи следует обратить внимание на решение Суда ЕС по делу *Flaminio Costa v E.N.E.L.* (1964)<sup>3</sup>, к которому была сделана отсылка в Декларации № 17 к Заключительному акту о принятии Лиссабонского договора<sup>4</sup>.

Более того, решения Суда ЕС раскрывают и уточняют содержание правовых норм, определяют вектор эволюции права ЕС в целом. Так, относительно прямого действия норм и правил ВТО в правовопорядке ЕС Суд ЕС в Деле *NV International Fruit Company and others v Commission of the European Communities*<sup>5</sup> и Деле *Portuguese Republic*

1 Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986—1994). Документ доступен по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31994D0800> последнее посещение 10 мая 2014г.

2 См.: Решение по Делу *VanGendandLoos* «Сообщество представляет собой новый правовопорядок для целей которого государства ограничили свои суверенные права ...» Judgment of the Court of 5 February 1963. Решение доступно по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61962CJ0026> последнее посещение 10 мая 2014г.

3 *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, Judgment of the Court of 15 July 1964. «... Договор ЕЭС создал свою собственную самостоятельную правовую систему...». С материалами дела можно ознакомиться по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61964CJ0006> последнее посещение 10 мая 2014г.

4 П.- К. Мюллер-Графф «Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского союза». Статья доступна по ссылке: <http://ecsocman.hse.ru/data/2011/11/02/1270172473/1-2008-9.pdf> последнее посещение 11 мая 2014г. «...Договоры и право, создаваемые Союзом на основании Договоров, обладают приматом над правом государств-членов на условиях, определенных упомянутой судебной практикой ...». Европейский союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2008. С.666.

5 *Cases 21-24/72 NV International Fruit Company and others v Commission of the European Communities*. Judgment of the Court of 13 May 1971. С материалами дела можно ознакомиться

v Council of the European Union<sup>1</sup> выразил позицию, согласно которой нормы и правила ВТО не имеют такой силы. И далее относительно прямого действия решений ОРС ВТО в решении по Делу FIAMM and Fedon v Council and Commission<sup>2</sup> Суд ЕС установил не только запрет на признание акта ЕС недействительным, на основании его противоречия нормам и правилам ВТО, но и аналогичное правило действует и в отношении решений ОРС ВТО, в случае их неисполнения Европейским Союзом.

Исходя из анализа положений решения Совета Европейского Союза об участии Европейского Союза в ВТО и последовавшей судебной практики, можно прийти к выводу, что нормы и правила ВТО не имеют приоритета в правопорядке ЕС и не применяются напрямую. Соглашение ВТО, как пишет А.С. Исполинов, могут быть основанием для обжалования какого-либо акта ЕС, если Европейский союз в этом акте хотел бы имплементировать определенное положение Соглашений ВТО, и, если нормативный акт отсылает непосредственно к положениям Соглашений ВТО<sup>3</sup>.

Такая практика могла бы быть полезной для функционирования создаваемого Россией, Беларуссией и Казахстаном Евразийского экономического союза. Однако, на сегодняшний момент для Российской Федерации ответ на вопрос о соотношении правил и норм ВТО и национального законодательства, основываясь на положениях п. 151 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации<sup>4</sup>. И более того,

---

по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0041#SM> последнее посещение 12 мая 2014г.

1 Case C-149/96 Portuguese Republic v Council of the European Union. Judgment of the Court of 23 November 1999. С материалами дела можно ознакомиться по ссылке: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100966&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=276592> последнее посещение 12 мая 2014г.

2 Joined cases C-120/06 P and C-121/06 P. *Fabbricaitalianaaccumulatorimotocarri Montecchio SpA (FIAMM) and Fabbricaitalianaaccumulatorimotocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon&Figli SpA and Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v Council of the European Union and Commission of the European Communities*. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 9 September 2008. С материалами дела можно ознакомиться по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62006CJ0120> последнее посещение 12 мая 2014г.

3 Исполинов А.С. Вопросы прямого применения права ВТО в правопорядке России. // Законодательство №2 февраль 2014г. С.75

4 «...в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации и положениями статей 12 и 13 Федерального закона от 15 июля 1995 года № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» международные договоры Российской Федерации заключаются от имени Российской Федерации (межгосударственные договоры), либо от имени

представители российской стороны так же оговорили, что органы судебной власти Российской Федерации будут толковать и применять положения Протокола «О присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации»<sup>1</sup>.

В рамках Таможенного союза (ТС) и Единого экономического пространства (ЕЭП) вопрос о соотношении правовых норм универсального и регионального уровней решили следующим образом: ст. 1 Договора «О функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы» говорит о том, что «обязательства, зафиксированные в протоколе о присоединении России к ВТО и относящиеся к правоотношениям, полномочия по регулированию которых в рамках Таможенного союза делегированы Россией органам Евразийской экономической комиссии (Комиссия), и правоотношениям, урегулированным международными соглашениями, составляющими договорно-правовую базу Таможенного союза», становятся частью правовой системы Таможенного союза<sup>2</sup>, а Комиссия проводит работу по обеспечению и реализации обязательств России перед ВТО<sup>3</sup>. Иными словами, по логике данного Договора, международные договоры и акты Таможенного союза не могут про-

---

Правительства Российской Федерации (межправительственные договоры), либо от имени федеральных органов исполнительной власти (договоры меж-ведомственного характера)», действуют с момента вступления международного договора в силу, и в «... случае возникновения противоречия между положениями международного договора и федерального закона, принятого как до, так и после вступления в силу международного договора, действуют положения международного договора». Текст Доклада доступен по ссылке: [https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.economy.gov.ru%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2F3016b5004983a9eb879ba75f9eae86bc%2Fneoficial\\_perevod\\_doklada.doc%3FMOD%3DAJPERES%26CACHEID%3D3016b5004983a9eb879ba75f9eae86bc&ei=TC2hU83wOonU4QTr8oCwAw&usq=AFQjCNE38OQoJQ2yvFVGXXqRcokDhhYFQ&sig2=prlloViAHeBERqEjZOBZ5A&bv=69137298,d.bGE&cad=rjt](https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.economy.gov.ru%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2F3016b5004983a9eb879ba75f9eae86bc%2Fneoficial_perevod_doklada.doc%3FMOD%3DAJPERES%26CACHEID%3D3016b5004983a9eb879ba75f9eae86bc&ei=TC2hU83wOonU4QTr8oCwAw&usq=AFQjCNE38OQoJQ2yvFVGXXqRcokDhhYFQ&sig2=prlloViAHeBERqEjZOBZ5A&bv=69137298,d.bGE&cad=rjt) последнее посещение 19.05.2014г.

1 Протокол от 16.12.2011 «О присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г.» Текст документа доступен по ссылке [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_132721/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_132721/) последнее посещение 10.05.2014г.

2 Договор о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы. Ст. 1. С документом можно ознакомиться по ссылке: <http://sudevrazes.org/main.aspx?guid=19441> последнее посещение 15 мая 2014г.

3 Решение Коллегии Комиссии от 31 мая 2012 года № 54 об утверждении «Плана мероприятий по адаптации договорно-правовой базы Таможенного союза и Единого экономического пространства к условиям функционирования в рамках многосторонней торговой системы». С документом можно ознакомиться по ссылке: [http://www.tsouz.ru/eek/RSEEK/RKEEK/12Z/Pages/R\\_54.aspx](http://www.tsouz.ru/eek/RSEEK/RKEEK/12Z/Pages/R_54.aspx) последнее посещение 28 мая 2014г.

тиворечить принципам и нормам права ВТО. Более того, в соответствии со ст. 2 Договора государства-члены ТС принимают меры для приведения правовой системы Таможенного союза и решений его органов в соответствие с Соглашением ВТО, права и обязанности государства-члена ТС, вытекающие из принятых на себя обязательств в рамках Соглашений ВТО, становятся частью правовой системы Таможенного союза и не подлежат отмене или ограничению по решению органов Таможенного союза, включая Суд ЕврАзЭС.

Показательными в этом вопросе являются выводы Суда, изложенные в решении по делу «Новокаматорский машиностроительный завод в. Комиссии Таможенного союза»<sup>1</sup>. Из вышесказанного можно сделать вывод, что на настоящий момент, в рамках Таможенного союза не существует четкой формулы, которая определяла бы соотношение норм универсально и регионального правопорядков.

Изложенное дает основание поставить следующий вопрос. Насколько такие условия функционирования Таможенного союза явились результатом сознательного «выбора» отечественного законодателя, а насколько они могут быть объяснимы несовершенством нормотворческих процедур? В любом случае мы имеем дело с весьма своеобразным положением, когда риски противоречий были очевидны уже в момент принятия соответствующих международно-правовых обязательств, и это не повлекло попытки эти риск устранить.

---

<sup>1</sup> Решение Суда Евразийского экономического сообщества от 21.10.2013 «Об оставлении без изменения Решения Суда Евразийского экономического сообщества от 24.06.2013». С материалами дела можно ознакомиться по ссылке: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_153561/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_153561/) последнее посещение 28 мая 2014г.