

РИСКИ В ПУБЛИЧНОМ И ЧАСТНОМ ПРАВЕ ПО МАТЕРИАЛАМ КРУГЛОГО СТОЛА, ПРОВОДИВШЕГОСЯ В НИУ ВШЭ 29 АПРЕЛЯ 2014 г.*

Со вступительным словом выступил *Юрий Александрович Тихомиров* (доктор юридических наук, директор Института правовых исследований НИУ ВШЭ), который отметил, что тема рисков, которая обсуждается на страницах экономической, социологической литературы, которой посвящают свои работы психологи и юристы, сегодня стала ощущаться особенно остро и требует комплексного анализа. Несмотря на отдельные безусловные достижения, тема рисков в юридической литературе, начиная с теории права, теории государства, конституционного, административного, гражданского и других отраслей права, освоена еще не в полной мере. Тема сегодняшнего обсуждения – это риски в сфере публичного и частного права и то, как выглядят риски с юридической точки зрения. Может показаться, сказал Ю.А. Тихомиров, что однолинейная тенденция развития права всегда дает эффекты, на которые мы рассчитываем, но на практике возникает феномен, который можно назвать «отклонение от правовой модели и действующих правовых актов».

С юридической точки зрения риск проявляется в нескольких плоскостях: как элемент законодательной регуляции, иными словами, принятие неправильных, нецелесообразных и ошибочных правовых решений; как плохое определение статуса органов и статуса тех, кто принимает решение, а также низкий уровень квалификации работников; как нарушение принципа системности в праве, соответствия ведомственных актов руслу закона. Причиной риска могут стать коллизионные ситуации, например в конституционном праве, когда федеральный закон входит в действие закона субъекта Федерации, или международном частном праве, а также конфликтные ситуации в международном публичном праве.

В отдельную группу рисков можно выделить риски в социальной среде. Нормальная экономическая ситуация может порождать меньше рисков,

* Материал подготовила *Машкова Екатерина Викторовна*, научный сотрудник Института правовых исследований НИУ ВШЭ. E-mail: emashkova@hse.ru

чем ситуации критические или реформаторские. Социальная среда дает большое поле конфликтов в политической сфере, где, например, нельзя не учитывать динамику межнациональных социальных процессов.

В свете вышеизложенного очень важна позиция бизнеса и граждан. Избирательный характер норм создает поле для рисков в бизнесе, где бизнес может быть активен в негативном смысле слова, а также может нести риски от чрезмерного вмешательства публичной власти. И наоборот, растет число граждан, которые не хотят иметь ничего общего с государством; создается ситуация риска отчуждения граждан от институтов власти и от права. И в том, и в другом случае возникает риск неправомерного поведения.

Риски могут возникать и в отдельных отраслях права и законодательства: конституционном, административном, гражданском, экологическом, корпоративном, трудовом, страховом, бюджетном. Однако проблема рисков давно приобрела характер не столько отраслевой, сколько комплексный. И при решении этой задачи необходимо преодолевать свою отраслевую симпатию. Риск, взорвавшись в одной сфере, тянет за собой и другие, такие образом создается цепная реакция.

Методики предотвращения и диагностики рисков, оценки и анализа юридических рисков нужно использовать в механизме прогнозирования. Страна в чем-то живет вслепую, она действует по ситуации *ad hoc*. Методики нужно использовать в законопроектной деятельности. Никто не просчитывает повторяющийся риск, риск неожиданный, но могущий возникнуть, риск, возникший в ситуации, которой может быть ситуация Ч. Этого нет у законодателей, и, к сожалению, методики законопроектной работы, которую готовит Институт законодательства и Министерство юстиции, этого тоже не предусматривают. У нас используется метод экстраполяции – нужно принять законы, чтобы было лучше.

Также нужно преодолевать наказательную тенденцию в праве. Если мы не усилим стимулирующую функцию права, то мы не будем побуждать людей искать инициативные решения. Но государственные органы, ориентированные на наказательный аспект, тем самым порождают цепочку рисков. В обществе с более развитой правовой культурой, правосознанием выше и уровень правомерного поведения. У нас этот акцент никак не выдержан. Предпринимаемыми попытками нагнетать активность в наказательной сфере эффект не достигается.

Можно ли предвидеть какие-то тенденции развития рисков в правовой системе? Именно на решение этого вопроса должна быть ориентирована юридическая наука. Тема рисков очень интересна, в ней очень много загадок, но тем более есть смысл этим заниматься.

Марина Афанасьевна Лапина (доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой «Административное и информационное право» Финансового университета при Правительстве РФ) обратила особое внимание на правовые средства минимизации рисков в публичном управлении. По ее мнению, следует учитывать дуалистический характер правовых

рисков. С одной стороны, они несут в себе неблагоприятные последствия, а с другой – предвидение негативных факторов позволяет спрогнозировать пути преодоления рискованных ситуаций и минимизировать их вредные последствия.

Правотворческая деятельность как часть публичного управления и как разновидность управленческого процесса проходит те же стадии, что и управленческий процесс. Это такие стадии, как анализ и оценка ситуации, прогнозирование и моделирование необходимых и возможных действий, разработка предполагаемых правовых актов (мероприятия, обсуждения), организация исполнения принятых решений, контроль выполнения и оперативное информирование, обобщение проведенной правотворческой деятельности, оценка новой (результатирующей) управленческой ситуации.

Таким образом, известный в теории управления цикл любого управленческого процесса можно использовать для выявления и минимизации именно правовых рисков. Первые две стадии – анализ и оценка правовой ситуации – и, далее, прогнозирование и моделирование будут являться ключевыми для минимизации рисков.

Давая краткую характеристику вектора развития законодательства, М.А. Лапина отметила, что в проекте Федерального закона N 143912-6 «О государственном стратегическом планировании» (второй рабочий вариант наименования – «О государственном стратегическом управлении») дается понятие, что такое государственное стратегическое планирование, стратегический прогноз рисков социально-экономического развития Российской Федерации и угроз обеспечения национальной безопасности, что такое государственное прогнозирование и стратегический прогноз рисков социально-экономического развития Российской Федерации и угроз обеспечения национальной безопасности. Этот понятийный аппарат будет полезен для дальнейшей научной разработки именно правовых рисков.

Если мы говорим об экспертной оценке, то мы прогнозируем и выявляем риски на этапе правотворчества, мы их выявляем, когда проводим экспертизу проектов законов и подзаконных нормативных правовых актов, в том числе с помощью общественного обсуждения. Это экспертизы Минюста – на соответствие вышестоящему законодательству, антикоррупционная экспертиза, Минэкономразвития – процедуры оценки регулирующего воздействия (ОРВ) проектов нормативных правовых актов. Ведомства выявляют в том числе и риски. Весьма полезен для анализа минимизации рисков Приказ Минэкономразвития России от 26.03.2014 N 159 «Об утверждении Методических рекомендаций по организации и проведению процедуры оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации».

Минэкономразвития, разработав Методические рекомендации в соответствии с ФЗ от 06.10.1999 N 184-ФЗ (ред. от 12.03.2014) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Феде-

рации» для уровня субъектов Российской Федерации, опережает развитие нормирования оценки рисков правового регулирования на федеральном уровне. По мнению М.А. Лапиной, нужно предусматривать комплексную оценку рисков на федеральном уровне, и в первую очередь это касается проектов федеральных законов.

Сейчас у нас существует несколько экспертиз на федеральном уровне правотворческой деятельности. Есть ли необходимость сведения экспертиз в одну комплексную, в том числе с привлечением гражданского общества? Приведу пример. На днях, 22 апреля 2014 г. Ассоциация Менеджеров провела заседание Комитета по правовому сопровождению и защите бизнеса на тему «Деофшоризация – что на самом деле происходит?». В ней приняли участие представители бизнеса и представители Минэкономразвития и УФМС России. Был обсужден законопроект по изменению Налогового кодекса РФ, который предусматривает с 1 января 2015 г. для физических лиц – налоговых резидентов и российских компаний ввести обязанность уведомлять российские налоговые органы по специальной форме о своих контролируемых иностранных компаниях («КИК» или «controlled foreign companies» (CFC)). В случае невыполнения предлагаемых норм вводятся довольно обременительные для бизнеса санкции. Необходим в таком виде закон? Или это вид работы налоговых консультантов по составлению рекомендаций для оптимизации налогов? В любом случае, данный законопроект, скорее всего, будет принят, поскольку в его основе программный документ – Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 12.12.2013. На данном характерном примере видно, что одной из основных движущих сил является политическая воля Президента Российской Федерации. Необходим научнообоснованный переход на консолидированное планирование правотворческой деятельности. Определенные предпосылки для перехода к такому планированию созданы.

М.А. Лапина подчеркнула необходимость выработки единой универсальной методики выявления, прогнозирования и минимизации рисков на стадии правотворчества, а также целесообразность принятия федерального закона о нормативных правовых актах, в который следует включить нормы по оценке рисков.

Дмитрий Вячеславович Карпунин (кандидат юридических наук, доцент кафедры «Административное и информационное право» Финансового университета при Правительстве РФ) выделил три категории правовых рисков в зависимости от того сегмента правотворчества, где они генерируются:

- 1) **нормотворческие риски** – следуют из несовершенства конструкций правовых предписаний, принимаемых государственными властными структурами, которые потенциально могут создавать рисковую ситуацию (проблемы правовых коллизий, правовые пробелы, несовершенство ряда предписаний, свобода административного усмотрения);

- 2) правоприменительные риски – обусловлены деятельностью органов исполнительной власти по принятию индивидуальных правовых актов, риски, которые базируются в сфере власти исполнителя и генерируются в процессе рассмотрения конкретных публичных дел и принятия публичных решений;
- 3) интерпретационные риски – риски толкования.

Публично-правовые риски прежде всего уходят в плоскость принятия управленческих решений. Управленческий процесс включает в себя несколько этапов принятия управленческих решений: прогнозирование как начальная фаза управленческого процесса; этап промежуточных решений; этап конечных управленческих решений. Достаточно принять деструктивное решение на каком-то из этапов, чтобы создать потенциально рисковую ситуацию в целом; возникает некая цепная реакция, которая в итоге вызовет развитие потенциально негативной ситуации.

Д.В. Карпухин отметил, что, говоря о проблеме генерации рисков, нужно иметь в виду, что риск – это в каком-то смысле всегда некий дисбаланс между нормативной моделью и реальной действительностью. Это всегда некая диспропорция, когда реальная действительность опережает тот позитивный политический потенциал, который заложен в нормативных управленческих моделях, а это приводит к рисковым ситуациям.

Далее участниками круглого стола было обращено внимание на ряд проблем, существующих в конкретных областях национального и международного права.

Влада Юрьевна Лукьянова (ведущий научный сотрудник отдела административного законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ), говоря об обеспечении безопасности путем управления рисками, отметила, что такой подход реализован в законодательстве о техническом регулировании или о промышленной безопасности. Так, в Закон «О промышленной безопасности» год назад было введено такое обоснование, как промышленная безопасность, опасности при производстве объекта. То есть если эксплуатирующая организация или проектировщик считает, что те требования безопасности, которые установлены правовыми актами федеральных органов исполнительной власти и законодательными актами, по каким-то причинам не могут или не должны применяться на конкретном объекте, то они с учетом риска аварий разрабатывают свои правила безопасности, которые потом проходят некоторые процедуры, и эксплуатирующая организация действует на основании этого документа обоснования безопасности. Однако, считает В.Ю. Лукьянова, при детальном анализе всех этих норм, и в том числе последней позиции, становится ясно, что управление рисками – это все-таки в данном случае больше декларация.

Если мы говорим об управлении риском, то нужно разрабатывать такие методики, чтобы они были прозрачными, воспроизводимыми и чтобы не создавали дополнительных рисков возникновения коррупции.

Ю.А. Тихомиров заметил, что технико-юридические нормы – это предмет специального и серьезного анализа, так как наука теории права вообще плохо разработала природу технико-юридических норм.

М.А. Лапина: Правила предписывают разное регулирование, и в этом случае правоприменитель не может выполнить все правила, которые предписаны, – это самая страшная коллизия.

Тему управления рисками продолжила Наталья Федоровна Попова (доктор юридических наук, профессор кафедры «Административное и информационное право» Финансового университета при Правительстве Российской Федерации). Термин «управление риском», по ее мнению, можно применить и к государственной деятельности, в частности к правоохранительной деятельности. Особое внимание было обращено на влияние негативной информации на физическое развитие и здоровье детей. Эта информация полностью определена в Законе «О защите прав ребенка» и в специальных законах защиты детей от негативной информации. В Законе содержится определение «информационная безопасность детей», и тут тоже присутствует элемент риска, поскольку отсутствует определение риска влияния этой информации на нравственное, физическое или психическое развитие детей.

Вера Ивановна Солдатова (сотрудник аппарата Государственной Думы РФ) обратила особое внимание на нормотворческие риски. В частности, речь шла о таком внутреннем локальном акте Государственной Думы, как методические рекомендации по оформлению законопроектов, утвержденном в 2004 г. Аппаратом Государственной Думы, Аппаратом Совета Федерации, Аппаратом Правительства и согласованном с Администрацией Президента. В соответствии с этими рекомендациями проводится правовая экспертиза законопроекта к первому чтению (концептуальная), а ко второму чтению в соответствии с этими рекомендациями проводится экспертиза юридической техники, которая к юристам не имеет вообще никакого отношения. У нас до сих пор некоторые законы принимаются в первом чтении (регламентом это допускается), поэтому оценка риска в методических рекомендациях была бы очень полезной.

Возникает вопрос: кто может просчитывать риск? Это касается вопроса субъекта законодательной инициативы. Если это Правительство, то можно возложить на профильные министерства, так же как ОРВ, так как профильные министерства понимают, как будет происходить правоприменение и его специфику. Но когда субъектом законодательной инициативы являются депутаты? Хорошо бы этот аспект также отразить в методических рекомендациях.

Александр Алексеевич Плахин (директор Центра третейского регулирования и правовой экспертизы, государственный советник РФ) отметил, что наиболее тяжкий груз ошибок несет закон. Альтернативой всякого

рода конфликтных ситуаций в глобальном обществе являются стабильное экономическое развитие, благоприятный социальный климат и развитие демократических институтов в той мере, в которой это позволяет законодательство, развитие таких средств, как защита права на третейское разбирательство. Тема достаточно актуальная сегодня, поскольку готовится проект федерального закона. Однако авторы закона пытаются смешать две функции: функцию арбитражного управления и функцию непосредственного рассмотрения спора, – вводя понятие конфликта интересов между этими параллельно существующими, но совершенно разными функциями. По убеждению А.А. Плахина, здесь должен быть запрет на то, что мешает записать в законе, что третейский суд независим от учредителей, от сторон, от участников процесса и от третьих лиц. Однако вводится надуманное понятие конфликта интересов, тем самым провоцируется, по существу, неправомерная модель поведения.

Третейский суд не признается институтом судебной власти – это способ защиты гражданских прав, но чем дальше мы будем идти по такому пути развития, тем больше мы будем соответствовать экономическим реалиям, потребности предпринимательского сообщества. Но излишний контроль государства – это также определенный риск. Другое дело, что арбитражные судьи говорят о том, что очень много принимается неквалифицированных решений в третейских судах, но это не должно компрометировать третейское сообщество в целом. Есть необходимость обратить внимание на стадии дальнейшей экспертизы данного законопроекта.

Рамиля Галимовна Газизова (научный сотрудник отдела восточноазиатских правовых исследований ИЗиСП при Правительстве РФ) обратила внимание на диаметрально противоположную исламскую правовую систему с ее специфическим подходом к рискам, в частности в финансовой сфере. Финансовые отношения урегулированы в таких источниках права как Коран и сунны пророка Мухаммеда. Правовые риски обретают особое значение, так как одним из методов правового воздействия в финансовой сфере выступает наистрожайший запрет на совершение сделок, содержащих неточности и неопределенности: купля-продажа товара, который не находится в собственности продавца на момент заключения сделки; продажа товаров при отсутствии осведомленности каждой стороны; запрещается ненадежность и неопределенность в юридических действиях. В контексте исламской доктрины риск приводит к потерям в финансовой сфере, в первую очередь из-за неспособности выполнить требование основополагающих источников права. На современном этапе особенно ярко это выражается в банковской сфере, сфере страхования, так как законодательство многих современных исламских государств в качестве основного источника права признают Коран.

Марина Александровна Рыльская (доктор юридических наук, доцент, заместитель директора Института проблем эффективного государства и гражданского общества Финансового университета при Правитель-

стве РФ) затронула проблематику чрезвычайной ситуации, подчеркнув, что это уже не просто риск, ее можно оценить как интеграл риска. Эти чрезвычайные ситуации не развиваются спонтанно. В их основе действия, способные усилить возможность их возникновения. Конфликтные ситуации не развиваются спонтанно, существует какой-то определенный толчок. И все, кто принимают стратегические решения, – государственные деятели, заинтересованные лица, которые борются за однополярный мир и единую мировую систему, – должны в полной мере нести за них ответственность.

Алексей Михайлович Воронов (доктор юридических наук, профессор, директор Центра правовых основ развития государственного управления и гражданского общества Института проблем эффективного государства и гражданского общества ФГБОУ ВПО «Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации») полагает, что причины любых правовых рисков заключаются прежде всего в несовершенстве правового регулирования общественных отношений в той или иной сфере государственного администрирования. Обращаясь непосредственно к заявленной проблематике, он счел нужным отметить, что для минимизации возникновения указанных рисков 20 июля 2012 г. Президент РФ В.В. Путин подписал Федеральный закон № 121-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента».

За океаном сложилась довольно обширная и хорошо организованная сеть неправительственных организаций, фондов и иных общественных организаций, финансирующих под благовидным предлогом деятельность неправительственных организаций (далее: НПО), которая порой, направляется ими совершенно не на благотворительные, а иные цели, в частности, на подрыв и свержение действующего политического режима. Уместно отметить, что практически все страны Содружества независимых государств (далее: Содружество) столкнулись с процессами коммерциализации и политизации неправительственных организаций.

На постсоветском пространстве имели место «цветные» революции: «оранжевая» 2004 г. и «коричневая» 2014 г. в Украине; «революция роз» 2003 г. в Грузии; «революция тюльпанов в Кыргызстане» в 2005 г., а также действия оппозиции в Азербайджане (осень 2005 г.), Белоруссии («васильковая революция», весна 2006 г.), Армении (весна 2008 г.) и Молдавии (весна 2009 г.).

Необходима разработка мер по противодействию дестабилизирующей активности международных НПО, что предполагает вовлечение всех звеньев государственной и общественной архитектуры. Безусловно, современное российское законодательство создает все условия для прозрачной, свободной деятельности негосударственных общественных организаций, однако, по нашему мнению, нельзя допускать, чтобы они использовались для деструктивных целей. Так, как это произошло в Украине, когда во мно-

гом именно по каналам неправительственных организаций из-за рубежа финансировались националистические, неонацистские структуры, боевики правого сектора, ставшие главной ударной силой государственного антиконституционного переворота.

Ю.А. Тихомиров обратил внимание, что эти революции – свидетельство того, что прогностическая функция революции не развита либо очень вяло выявлена и что прогноз в таких сферах позволял бы увидеть и риски тоже. «Цветную» революцию нельзя себе представить в тех странах, где работают демократические институты, которые отличают открытость, гласность, низкий уровень коррупции, а национальные элиты являются двигателем демократии.

Екатерина Викторовна Машкова (научный сотрудник Института правовых исследований НИУ ВШЭ), говоря о сфере международных отношений, выделила потенциальных риски, связанные с практикой реализации принятых на себя государством обязательств в свете региональной и универсальной интеграции. В частности, было обращено внимание на позицию Европейского Союза по вопросу прямого действия норм и правил ВТО на пространстве Европейского Союза (ЕС) и в государствах – членах ЕС, рассмотрена практика решения данного вопроса Судом ЕС, а также подчеркнута роль судебных и арбитражных механизмов в вопросах толкования и применения конвенционных и обычных норм международного права.

Антон Юрьевич Кожанков (кандидат юридических наук, эксперт Российского союза промышленников и предпринимателей, доцент кафедры таможенных операций и таможенного контроля Российской таможенной академии) говорил о перспективе создания в 2015 г. Единого Евразийского экономического Союза (ЕЭС) как следующей формы интеграции Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации. В этой связи сегодня разрабатывается Таможенный Кодекс (ТК) ЕЭС. Однако перспективы вступления в него на сегодняшний день не определены и эффект для развития интеграционных процессов на площадке будущего Союза не понятен. Здесь можно говорить о риске адекватности правового регулирования в таможенных правоотношениях в условиях функционирования ЕЭС. В 2009 г. создание ТК ТС было обусловлено созданием единой таможенной территории и, как следствие, ликвидацией таможенных границ между государствами – членами будущего ТС, отменой таможенного контроля на государственных границах между этими государствами и прекращением совершения таможенных операций на этих границах. Сегодня же социального заказа на создание ТК ЕЭС нет, а написание Кодекса преследует три задачи: сокращение отсылочных норм; кодификацию международных договоров, принятых в рамках ТС; приведение его в соответствие с международными таможенными стандартами. Также А.Ю. Кожанков отметил, что Договор о ЕЭС пишется

параллельно ТК и все фундаментальные вещи, определяющие вопросы таможенного регулирования, таможенного законодательства закрепляются в Договоре о ЕЭС.

Серьезность же ситуации, по мнению А.Ю. Кожанкова, обуславливается участием или присоединением РФ к ВТО. В 2011 г. было принято решение Комиссии ТС, суть которого состоит в том, что нормы ВТО имеют превалирующий характер над законодательством ТС. Ранее в рамках ВТО вводили документ, который регулировал таможенные правоотношения, но на Балийской Конференции 3–6 декабря 2013 г. было принято Соглашение об упрощении торговли, напрямую регулирующее отношения, связанные с перемещением товаров через таможенную границу. Поэтому Кодекс пишется с точки зрения формальности выполнения поставленных задач о создании правовой базы, необходимой для начала функционирования ЕЭС, но не учитывает нерешенные вопросы экономической интеграции, вопросы присоединения РФ к ВТО и возможного участия в этой организации Белоруссии и Казахстана. Таким образом, сделал вывод А.Ю. Кожанков, едва ли можно ожидать каких-либо эффектов от таможенного регулирования, таможенного законодательства в рамках СТ, а можно лишь говорить о прогнозировании некоего юридического хаоса и, как следствие, прогнозировать некие центробежные силы интеграционных процессов в рамках ЕЭС.