

Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего образования
«Саратовская государственная юридическая академия»

На правах рукописи

ТЮЛЯКОВ Дмитрий Сергеевич

**РИСКИ И МЕРЫ ЗАЩИТЫ В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ: ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ**

12.00.01 – теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Диссертация

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель –
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ
А.В. Малько

Саратов – 2018

Оглавление

Введение	3
Глава 1. Методологические основания исследования феномена риска в механизме правового регулирования.....	19
Глава 2. Общетеоретическая и отраслевая характеристика явления риска в механизме правового регулирования	47
Глава 3. Риск как элемент состава невиновного юридически значимого поведения и дефектного юридического факта.....	74
Глава 4. Механизм защиты права от рисков его невиновного нарушения: отраслевой и структурно-функциональный анализ	.92
Глава 5. Специфика средств защиты от правоприменительных и иных правореализационных рисков	135
Заключение	150
Список использованной литературы и источников	154

Введение

Актуальность темы. В современных условиях проблема риска невиновного нарушения норм права и защиты от него все более актуализируется в силу стремительного научно-технического, информационного и экономического развития общества. В свою очередь, это находит отражение на количественных и качественных параметрах риска в правовой действительности, что требует своевременного совершенствования способов и форм защиты права. В данном случае речь идет о необходимости уточнения общетеоретической модели нормативной регламентации риска в механизме правового регулирования.

Исследование вопроса «риска в праве» имеет, прежде всего, практический, прикладной характер. Однако без разработки и должного научного обоснования не только понятий «риск в праве», «дефектный юридический факт», но и категорий «правотворческий риск», «правоприменительный риск», в более широком значении «риск в механизме правового регулирования» не представляется возможным сформировать полное и системное представление о механизме правовой защиты от рисков.

Актуальность рассмотрения вопросов правового механизма защиты от юридически значимых социальных рисков обусловлено нарастающей напряженностью как на международной арене, так внутренними социально-экономическими проблемами российского общества в последние годы. При этом качество законодательства, устанавливаемых в нем различного рода правовых механизмов зачастую оставляет желать лучшего. Совершенно справедливо Н.А. Власенко отмечает особую значимость проблемы качественного состояния механизмов правового регулирования в современном российском обществе: «Кризис, охвативший мировую систему, несомненно, проявляется в России и ее правовой системе. Эффективность правового регулирования падает, роль законотворчества и закона снижается. К сожалению, проблема качества правовых механизмов пока не стала

объектом комплексного исследования юридической науки. Между тем кризисные тенденции в праве приобретают системный характер, охватывают все новые моменты и грозят стать серьезной девальвацией данного института, без которого цивилизованное общество существовать не может»¹.

В настоящий момент российское право развивается в направлении все большей дифференциации средств защиты от юридически значимых рисков, что следует признать объективной и значимой тенденцией. Однако следует констатировать отсутствие у законодателя общего выверенного и системно проводимого в практику правотворческой деятельности подхода к регламентации понятия риска и способов защиты от его нежелательных последствий, что во многом объясняется и недостаточным вниманием к проблеме представителей науки общей теории права. В последние годы ситуация стала заметно меняться и в теории права были восполнены пробелы в отношении отдельных видов юридически значимого риска, что можно только приветствовать. Единообразного же общего подхода к пониманию природы и сущности риска в праве ни в общей теории права, ни в отраслевых юридических науках не удастся выработать по настоящее время.

Наряду с обозначенными моментами следует учитывать тот факт, что коррупция в современных условиях жизни российского общества предстает в качестве одного из наиболее ощутимых рисков для нормального функционирования механизма правового регулирования. Коррупционные риски весьма негативно отражаются на правоприменительном процессе, фактически в ряде случаев сводят его эффективность на нет. При этом именно на юридическую науку возложена обязанность по выработке научно-практических предложений по снижению коррупционных рисков и минимизации возможных негативных последствий от их реализации. Коррупционные риски представляют собой лишь один из видов

¹ Власенко Н.А. О кризисных тенденциях в праве // Юридическая техника. Ежегодник. № 8. «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника». Н. Новгород, 2014. С. 40.

правоприменительных рисков. Проблема риска в процессе реализации права имеет в целом более широкий характер. К сожалению, несмотря всю масштабность вопросов правоприменительного и иных видов правореализационного риска, они все же не получили всестороннего рассмотрения в отечественном правоведении под углом зрения защиты от их возможных негативных последствий.

Вопрос повышения эффективности механизма правового регулирования в отношении рисков объективного нарушения норм права – это в высшей степени важная общетеоретическая проблема, поскольку юридическая наука до настоящего момента уделяет незначительное внимание формированию общей модели риска в механизме правового регулирования и способам реагирования на объективное нарушение закона. На основании чего разработка общетеоретической концепции риска как основы функционирования механизма защиты права, критериев, условий и форм его определения, представляет очевидный теоретический интерес и практическую значимость.

Степень разработанности темы исследования. Рассматриваемая проблематика не получила комплексной и всесторонней общетеоретической разработки. Специальное монографическое исследование, посвященное рассмотрению именно специфики механизма защиты права от рисков объективного нарушения нормативных правовых предписаний по настоящий момент отсутствует в юридической литературе.

В дореволюционной России социальные риски были рассмотрены такими учёными, как: Н.А. Вигдорчик, В.М. Догадов, Л.В. Забелин, А.М. Нолькен, В.Т. Яроцкий. Работы указанных исследователей заложили основы современных воззрений на проблемы социального риска и способов распределения его негативных последствий в праве.

В целом же общетеоретический фундамент по вопросам риска и защиты в механизме правового регулирования, объективно противоправного

поведения в разное время сформировали в своих работах такие ученые-правоведы, как: С.С. Алексеев, В.М. Баранов, Н.А. Власенко, А.А. Воротников, В.Н. Кудрявцев, О.Э. Лейст, , А.В. Мицкевич, В.В. Муругина, А.Ю. Тихомиров, Р.О. Халфина, А.М. Хужин, Л.С. Явич и др.

Труды вышеуказанных авторов внесли значительный вклад в изучение отдельных аспектов механизма правового регулирования, защиты права и юридически значимого риска, дефектных юридических фактов и невиновного нарушения права. Однако представляется ошибочным считать проблему, связанную с механизмом защиты от правовых рисков, полностью исследованной.

В современных условиях остаются не изученными в полном объеме вопросы: о конструкции риска в качестве элемента состава объективного нарушения; о соотношении категорий «риск» и «неопределенность» в праве; о средствах правового реагирования на различного рода действия субъектов в условиях риска; о месте и роли мер защиты и юридической ответственности в механизме правового регулирования; о объективном нарушении права с элементом риска как особой разновидностью дефектных юридических фактов и др. Не раскрывается в должной мере в общей теории права проблема сопоставления понятий «риск», «вина» и «общественная опасность».

Преимущественно исследователи сосредоточили свое внимание на широкой социально-философской трактовке риска в праве, а также на проблемах риска в отдельных видах юридической деятельности. Одними из немногих работ общетеоретического характера по указанной и смежной тематике являются диссертации: Александров Д.В. Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализующей практике: дисканд. юрид. наук: специальность - 12.00.01. Владимир, 2007; Дятлов Ю.А. Правореализующий риск (проблемы теории и практики): дисканд. юрид. наук: специальность - 12.00.01. Владимир, 2006; Крючков Р.А. Риск в праве:

генезис, понятие и управление: дис. ...канд. юрид. наук: специальность – 12.00.01. Н. Новгород, 2011; Мамчун В.В. Правоприменительный риск: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999.

В рамках отраслевых юридических наук обозначенным вопросам уделили внимание следующие ученые: М.М. Агарков, Д.А. Архипов, В.Д. Ардашкин, В.В. Бабурин, С.Н. Братусь, А.С. Власова, Ф.А. Вячеславов, М.С. Гринберг, А.Н. Ермаков, И.М. Зайцев, Т.И. Илларионова, О.С. Иоффе, О.А. Кабышев, В.М. Кархалев, В.А. Копылов, О.Г. Кораблев, О.А. Красавчиков, Н. С. Малеин, А.Г. Мартиросян, Г.К. Матвеев, В.А. Ойгензихт, Е.А. Павлодский, А.А. Пионтковский, А.Ю. Поваренков, Б.И. Пугинский, А.М. Рабец, В.Т. Смирнов, А.А. Собчак, Г.Я. Стоякин, В.А. Тархов, И.Н. Хмелевской, В.А. Хохлов, М.С. Шаргородский, А.С. Шумкова, А.Г. Юрьева и др.

В настоящее время отраслевые науки накопили достаточный объем знаний по вопросам риска и защиты в праве, который может быть подвергнут обобщению в рамках общей теории права в целях ее дальнейшего развития и более полного описания сущности риска в качестве элемента состава невиновного поведения, вызывающего неблагоприятные последствия и требующего применения мер правовой защиты.

Объектом исследования выступает явление риска в праве и правовом регулировании, а также общественные отношения, складывающиеся в сфере формирования и функционирования механизма защиты от рисков объективного нарушения права.

Предмет исследования составляют: понятие, природа и научная классификация рисков в праве и правовом регулировании; наиболее общие закономерности формирования, функционирования и совершенствования механизма защиты от рисков в праве; состав объективного нарушения права и место в нем юридической конструкции риска.

Цель и задачи исследования. В качестве цели работы выступает

формирование комплексных общетеоретических основ риска и мер защиты от него в механизме правового регулирования, а также определение ряда перспективных направлений его совершенствования.

Для достижения данной цели были поставлены следующие основные задачи:

- определение методологических оснований исследования феномена риска в механизме правового регулирования;
- уточнение понятия и научной классификации юридических рисков;
- рассмотрение риска как элемента состава объективно противоправного деяния;
- установление соотношения понятий «риск» и «неопределенность» в праве;
- формирования дефиниции понятия защиты права от его объективного нарушения;
- определение форм и способов защиты права от юридически значимых рисков;
- раскрытие отраслевых особенностей мер защиты от нарушений права на началах риска;
- разграничение мер защиты и средств юридической ответственности в отношении деяний объективного нарушения права с элементами риска;
- изучение процесса дифференциации средств защиты от рисков в частном и публичном праве;
- определение ряда мер по совершенствованию процесса нормативной регламентации категории «риск» в российском законодательстве, а также отдельных способов защиты права;
- рассмотрение актуальных проблем защиты от правоприменительных и иных правореализационных рисков.

Методологическая основа исследования. Комплекс применяемых в работе в единстве и взаимном дополнении методов познания обусловлен в

первую очередь сложностью и полиструктурностью объекта исследования в виде юридических рисков и механизма защиты от их негативных последствий в праве. В качестве философской основы исследования была избрана материалистическая диалектика, согласно которой рассмотрены природа и процесс детерминации юридически значимых рисков и их последствий, а также раскрыт механизм защиты в праве от рисков в качестве целостного, непрерывно развивающегося социально-правового феномена, находящегося в тесном взаимодействии с мерами юридической ответственности и иными правовыми средствами. Особое значение в исследовании выполняют системно-структурный и функциональный подходы, которые позволили системно объяснить необходимость и причинно-следственные связи формирования самой конструкции риска в праве и механизма распределения бремени несения его неблагоприятных последствий. Благодаря системному анализу в работе раскрываются структура и отдельные способы механизма защиты от юридически значимых рисков, уточняются его функции, определяются основополагающие системные связи правовых и организационных средств в процессе функционирования данного механизма. Дополняющий характер имеет исторический подход в работе, посредством которого производится уточнение этапов развития теоретического знания о рисках и мерах защиты в механизме правового регулирования, а также раскрываются отдельные исторические закономерности возникновения и функционирования рассматриваемых феноменов. Сравнительно-правовой подход имел место в ходе анализа и сопоставления отраслевых особенностей риска и способов защиты в праве. В процессе анализа законодательства, затрагивающего вопросы риска в праве, был также использован формально-юридический метод, основанный на правилах юридической техники и понятийном аппарате современной юриспруденции. В ходе рассмотрения проблем совершенствования нормативной регламентации юридически значимых

рисков и средств защиты от их последствий были использованы отдельные элементы метода правового моделирования и прогнозирования.

Нормативно-правовую и эмпирическую базу работы составляют Конституция Российской Федерации, нормативно-правовые акты Российской Федерации, включая законы и подзаконные акты, а также материалы судебной и иной правоприменительной практики.

Научная новизна исследования заключается в том, что оно представляет собой одно из первых комплексных исследований вопросов взаимосвязи категорий «риск» и «защита» в общей теории права. Концепцию защиты права предлагается дополнить общетеоретической моделью риска в механизме правового регулирования, без чего процесс уяснения сущности механизма юридической защиты представляется неполным и неточным. В данном случае сопоставляются две цепочки взаимосвязей в правовой жизни российского общества: «вина — правонарушение — юридическая ответственность» и «риск — объективно противоправное деяние — защита права».

Одной из центральных идей работы является утверждение следующего характера. Объективно противоправное деяние, оцениваемое правом без конструкции «вина» (подача иска без оплаты госпошлины, вынесение необоснованного правоприменительного акта, причинение вреда источником повышенной опасности, издание подзаконного нормативного акта не соответствующего закону, причинение вреда в виду обоснованного риска и др.), должно определяться при помощи категории «риск», а в законодательстве за его совершение должны предусматриваться не меры юридической ответственности, а меры защиты (восстановление нарушенного права, возвращение правового положения лиц в первоначальное состояние, признание правового акта недействительным, приостановление исполнения обязательств и др.).

Новизна работа состоит также в раскрытии и уточнении таких вопросов, как: механизм защиты права; модель риска как основа функционирования механизма правовой защиты; юридическая конструкция риска в составе объективного нарушения права; способы распределения риска в частном и публичном праве; соотношение мер защиты и юридической ответственности; разграничение понятий «вина», «риск», «неопределенность в праве» и др.

В работе производится обобщение основных достижений отраслевых юридических наук по наиболее актуальным проблемам юридически значимого риска и способам распределения его негативных последствий среди участников правоотношений, на основании чего выстраивается общетеоретическая модель механизма защиты права от рисков и выделяются его функции.

Наиболее важные научные результаты исследования, выносимые на защиту:

1. Доказывается необходимость и перспективность узкого понимания категории «риск» в общей теории права. Определяются методологические подходы к исследованию феномена риска в праве и правовом регулировании посредством сопоставления двух основных теоретических моделей риска, сформировавшихся в отечественной юриспруденции – «объективной» и «субъективной». Выдвигаются дополнительные критические замечания в отношении концепции субъективной природы риска в праве. При этом отстаивается идея об объективном характере юридически значимых рисков, что вызывает необходимость разработки теоретико-прикладной модели объективного невиновного деяния, вызывающего негативные последствия, в рамках которой одной из центральных мест занимает юридическая конструкция риска. Объективное невиновное нарушение права рассматривается в качестве

особого вида дефектных юридических фактов, требующих применения мер юридической защиты.

2. Предлагается авторская дефиниция понятия правового риска как закрепленной в законодательстве и применяемой в ходе правовой квалификации информационно-управленческой модели, учитывающей вероятность причинения невиновным поведением субъектов (не являющейся правонарушением) социально вредных последствий, позволяющей наиболее оптимальным способом распределить бременя подобных последствия между участниками правоотношения или третьими лицами.

Выделяются следующие существенные признаки понятия «юридически значимый риск»:

- напрямую связан с человеческой деятельностью и получает юридическую оценку;
- выступает частью функциональной составляющей механизма защиты права;
- представляет собой элемент состава деяния, объективно нарушающего нормы права;
- обеспечивает справедливое и законное распределение бремени несения неблагоприятных последствий субъектами правовых отношений, которые обладают возможностью выбора фактических оснований для распределения имущественных, организационных, личностных и иных утрат;
- невиновное деяние на началах риска вызывает применение мер защиты права в виде восстановительно-компенсационных средств (реституция, возмещение вреда и т.д.), либо в виде использования пресекательно-обеспечительных способов (отказ от дальнейшего исполнения обязательств, удержание вещи);
- в юридической практике используется в рамках отношения «субъект – риск – среда»;

- выполняет аналогичную функцию, что и понятие «вина» в связке «правонарушение – юридическая ответственность», но применительно к оценке дефектных юридически значимых обстоятельств, которые с учетом вероятностного характера могут вызвать негативные последствия, устраняемые посредством уже мер защиты.

3. Уточняется соотношение категорий «риск», «неопределенность», «вероятность» и «общественная опасность». Неопределенность в праве предстает как категория, имеющая преимущественно философские основания формирования, являет собой более широкую понятийную конструкцию. Категория «риск в праве» в узком ее значении носит в основном теоретико-прикладной характер, выступая инструментом юридической квалификации невиновного поведения, вызывающего необходимость в распределении рисков несения бремени его негативных последствий для участников правоотношений. Понятие риска также сопряжено с ситуациями неопределенности, но оно в отличие от категории «неопределенности в праве» выполняет преимущественно не гносеологическую, познавательную, а прикладную функцию, выступая средством законодательной и правоприменительной оценки невиновного нарушения предписаний права.

Аргументируется необходимость разграничения понятия риска и общественной опасности. Последняя есть важнейшая характеристика правонарушения, что позволяет за его совершение устанавливать меры юридической ответственности. Риск же выполняет аналогичную функцию, но применительно к оценке дефектных юридически значимых обстоятельств, которые с учетом вероятностного характера могут вызвать негативные последствия, устраняемые посредством уже мер защиты. Категория вероятности имеет количественную оценку объекта изучения, а понятие риска, в первую очередь, направлено на отражение в теории и практике

качественного влияния вероятностных последствий того или иного действия (бездействия) или события на общественные отношения.

4. Концепция защиты права дополняется общетеоретической моделью риска в механизме правового регулирования с опорой на уже имеющиеся достижения по изучению проблемы в отраслевых науках, без чего процесс уяснения сущности механизма юридической защиты представляется неполным и неточным. В данном случае предлагается аналогичный общетеоретической схеме «вина – правонарушение – юридическая ответственность» понятийный ряд взаимосвязанных категорий «риск – объективно противоправное деяние – защита права». Обосновывается, что объективно противоправное деяние, оцениваемое правом без конструкции «вина» (подача иска без оплаты госпошлины, вынесение необоснованного правоприменительного акта, причинение вреда источником повышенной опасности, издание подзаконного нормативного акта не соответствующего закону, причинение вреда в виду обоснованного риска и др.), должно определяться при помощи категории «риск», а в законодательстве за его совершение должны предусматриваться не меры юридической ответственности, а меры защиты (восстановление нарушенного права, возвращение правового положения лиц в первоначальное состояние, признание правового акта недействительным и др.).

5. Уточняется классификация средств правовой защиты от последствий невиновного нарушения права на началах риска. В качестве наиболее значимых критериев классификации обозначаются: защищаемые правом интересы, в соответствии с которыми способы защиты делятся на частноправовые и публично-правовые; форма установления средства защиты, позволяющая их градировать на договорные и внедоговорные.

6. В качестве основных способов частноправовой подсистемы механизма защиты права от рисков выделяются:

- конструкция юридического лица;

- установление принципа вины при применении мер юридической ответственности при преобладании в частном праве мер защиты, реализуемых на началах риска;
- ограничение размера восстановления права от негативных последствий риска реальным ущербом;
- установление очередности исполнения обязанностей в правоотношении;
- возложение убытков на третьих лиц, не являющихся сторонами данного правоотношения, включая добровольное страхование рисков;
- государственная компенсация и защита социально значимых интересов лиц, пострадавших от юридических рисков (например, в ходе банкротства банка выплачивается гарантированная часть вклада при участии государства);
- распределение последствий риска среди участников правоотношения с учетом наличия или отсутствия слабой стороны в нем;
- процедурные средства, гарантирующие дополнительную защиту от рисков (например, государственная регистрация прав, нотариальная удостоверение сделки, обязательная письменная форма сделки и т.д.).

7. На основе детального рассмотрения публично-правовых отраслей российского права раскрывается специфика публичных средств защиты от рисков, к числу которых относятся:

- государственные льготы, компенсации, выплаты и иные гарантии;
- система обязательного страхования рисков (государственные социальные фонды и др.);
- исключение юридической ответственности в виду обоснованного риска в уголовном и административном праве;
- преимущественное возложение бремени несения рисков на государство и его органы в качестве сильной стороны правоотношения в ряде социальных сфер и в области государственного управления.

8. Делается общетеоретический вывод о наличии у механизма защиты права от рисков следующих основополагающих функций:

- организационно-распределительной;
- правосстановительной;
- компенсационной;
- превентивной;
- процедурно-гарантирующей.

9. Отстаивается позиция, согласно которой правотворческие, правоинтерпретационные, правореализационные риски наиболее концентрированно в итоговом виде прямо или косвенно отражаются на процессе правоприменения, детерминируя в нем в качестве рисков второго уровня правоприменительные риски в виде вынесения незаконных и необоснованных решений (актов), неправомерного ущемления прав граждан, затягивания разбирательств и т.д. Категория правоприменительного риска лежит в основе построения специфического механизма защиты от невиновного нарушения права в ходе соответствующего процесса.

Уточняется определение правоприменительного риска, под которым предлагается понимать закрепленную в законодательстве и применяемую в ходе правовой квалификации информационно-управленческую модель, учитывающую вероятность причинения невиновным поведением субъектов правоприменения или его участниками социально вредных последствий, позволяющую наиболее оптимальным способом распределить бременя подобных последствий между государством, его органом или должностным лицом, применяющим право, и иными участниками процесса. Подчеркивается публичный характер средств защиты от правоприменительных рисков.

10. В качестве основных средств защиты от правореализационных рисков определяются институт обжалования и санкция недействительности правоприменительного акта в виде его отмены. Вспомогательными

средствами правовой защиты выступают: государственные компенсации; процессуальные средства обеспечения законности и обоснованности вынесения правоприменительного решения; коллегиальность рассмотрения наиболее сложных дел; повышенные законодательные требования к определенным субъектам правоприменения и др. Отмечается недостаточная эффективность установленных и реализуемых на практике в России инструментов защиты от правоприменительных и иных правореализационных рисков, их зачастую декларативный характер.

Научное и практическое значение исследования обусловлено рядом новых идей и положений, содержащихся в нем в отношении таких понятий, как: «риск в праве», «неопределенность в праве», «невиновное нарушение права», «состав деяния, объективно нарушающего норму права», «дефектный юридический факт», «механизм защиты права» и др. Научное значение работы также выражается в общетеоретическом моделировании структуры механизма защиты права от невиновного нарушения и распределения риска несения неблагоприятных последствий, в уточнении вопроса соотношения мер защиты и средств юридической ответственности, в общетеоретическом обобщении новейших отраслевых знаний о феномене риска в праве. Исследование диалектической связи понятия риска с мерами защиты в праве позволит в перспективе восполнить ряд пробелов в решении вопросов об отграничении категорий «юридическая ответственность» и «защита права», «правонарушение» и «объективно противоправное деяние», а также будет содействовать более глубокому пониманию механизма правового регулирования в целом.

Практическая значимость работы заключается в возможностях использования содержащихся в ней идей и выводов и положений в процессе дальнейшей нормативно-правовой регламентации понятия риска, ряда способов защиты от последствий невиновного нарушения права. Прикладное значение имеют авторские предложения о необходимости внедрения

конструкции состава невинного нарушения права, с обязательным выделением у него в качестве важнейшего самостоятельного элемента – риска. В рамках указанной проблематики предложен ряд идей, которые могут быть положены в основу совершенствования процесса юридической квалификации невинного нарушения права на началах риска. Возможно использование материалов работы в дальнейшей научной разработке общетеоретических вопросов рисков и мер защиты в механизме правового регулирования. Основные выводы и положения работы могут быть использованы в правовой и организационной деятельности правотворческих, правоприменительных органов и в частноправовой практике, а также в учебном процессе.

Апробация результатов исследования. Отдельные положения и выводы работы обсуждались на кафедре теории государства и права ФГБОУ ВО «Саратовская государственная юридическая академия», докладывались на методологических семинарах Саратовского филиала ФГБУН «Институт государства и права РАН».

Основные теоретические выводы исследования отражены в авторских научных публикациях, пять из которых опубликованы в ведущих рецензируемых периодических изданиях, включенных в перечень ВАК Министерства науки и высшего образования РФ.

ГЛАВА 1. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ ФЕНОМЕНА РИСКА В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Риск выступает неизбежным спутником человеческой деятельности. Его величина существенно возрастает с усложнением общества, социальных связей, что становится все более ощутимым в современных условиях ускоряющегося социально-технологического прогресса, в эпоху информационного общества и мировой глобализации. Риск сопровождает экономическую, политическую, юридическую, медицинскую и иные виды деятельности, что позволяет выделять соответствующие разновидности риска. Несмотря на общие черты, каждый из них обладает собственной спецификой, обусловленной особенностями и назначением соответствующего рода деятельности человека.

Вопрос юридически значимого риска сопряжен в первую очередь с уяснением тех характерных черт, которые отличают его от других видов социальных рисков, особенно в плане вызываемых им последствий. При ближайшем рассмотрении правовых рисков можно отметить, что к таковым следует относить те социальные риски, которые подвергаются юридической оценке и влекут применение специальных средств правового реагирования на них. В противном случае с высокой степенью вероятности возможно отождествление собственно рисков в праве с иными вариантами социальной неопределенности поведения участников общественных отношений. Однако сущность юридического риска не может быть раскрыта путем простого отграничения от социального риска в целом, ее познание представляется возможным лишь благодаря четко выверенному набору методов исследования и соответствующих им методологических установок.

В современной отечественной юриспруденции не сложился единообразный подход к изучению феномена риска в праве и правовом

регулировании, в том числе и благодаря отсутствию единства в выборе методов его познания, что требует более пристального внимания к данной проблеме.

Особое внимание риск в обществе привлек в конце XIX – первой половине XX веков в науках философии и социологии, что объясняется во многом бурным развитием мировой экономики в тот период, повышающим вероятность различного рода трудно предсказуемых социальных катаклизмов и потрясений. Сам же термин «риск» получил распространение значительно раньше и происходит от латинского слова «*risicare*», что означает «решиться». На заре Нового времени люди стали связывать происходящие с ними события не только с «высшими силами», но и с собственным разумным выбором и ему соответствующими поступкам¹. В данном случае провидение стало вытесняться осознанием собственной причастности человека к постигающим его удачам и неудачам в виду ряда условий жизнедеятельности. Уже в то время риск связывали с определенной величиной вероятности возникновения неблагоприятных или напротив выгодных, ценных последствий того или иного варианта поведения.

Согласно этимологии глагол «рисковать» несет в себе смысловую нагрузку двоякого содержания: первое значение - пускаться на удачу, отважиться, идти на авось, делать что-либо без верного расчета, отдаться на волю случая, действовать предприимчиво, надеясь на удачу и везение, второе - действовать в условиях некоей опасности, в условиях неопределенности, что может повлечь неудачу, вызвать какие-либо негативные последствия.

В юриспруденции наибольшее внимание привлекло последнее смысловое значение понятия риска, что следует признать вполне оправданным ввиду присущей праву охранительной функции, обеспечивающей в том числе и защиту участников общественных отношений

¹ См., например: *Панфилова Э.А.* Понятие риска: многообразие подходов и определений // Теория и практика общественного развития. 2010. № 4. С. 30 -34.

от наиболее значимых негативных последствий поведения индивидов или их коллективов. Однако праву не чужда и функция стимулирования социально полезного поведения на началах разумного, оправданного риска, сопровождающего предпринимательскую, медицинскую, профессионально-трудовую, спасательную и иную человеческую деятельность, что находит отражение в уголовном, гражданском, трудовом, медицинском праве.

Несмотря на это, в обоих отмеченных вариантах существует вероятность наступления нежелательных последствий, что одномоментно детерминирует потребность в установлении особых средств защиты и реагирования на них в целях их недопущения или минимизации вредного воздействия. Таким образом, следует констатировать наличие неразрывной диалектической связи между социально значимым риском и специальными инструментами защиты от сопровождающих его нежелательных последствий. Учет данной диалектической связи представляется важнейшей отправной методологической установкой в исследовании обозначенной в работе проблематики.

В различных науках о природе и обществе риску отводится особое место и делается акцент на специфике объекта в рамках, которого он возникает. Так, в экономической теории под риском понимается потенциальная, численно измеримая возможность потери прибыли, возникновения финансовых и иных материальных убытков, не получение дохода, определенная степень вероятности иных негативных последствий экономической деятельности. В инженерно-физических науках понятие риска имеет больше математическое выражение вероятности, умноженной на последствия.

В экономических науках категория «риск» имеет достаточно широкое применение и это несмотря на отсутствие единого. Унифицированного подхода к ее определению. В данной отрасли гуманитарного знания преобладает привязка понимания риска к тому или иному виду

экономической деятельности. К примеру, ученые-экономисты, анализируя финансовый риск, определяют его как определенную вероятность наступления ущерба в ходе каких-либо операций в биржевой торговле, на финансовом рынке в целом. Речь идет о риске как неотъемлемом атрибуте финансовой деятельности. Наряду с ним выделяют также кредитные, валютные, процентные, ипотечные и иные риски¹. Представители экономической теории отмечают весьма значимую закономерность, в соответствии с которой риски различной природы обладают потенциальной способностью вызывать усиление последствий друг друга либо их нейтрализации².

В медицине понятие риска используется в отношении определенных групп населения, которые отличаются рискованными вариантами избираемых моделей поведения. По мнению ученых, данные группы «риска» являются наиболее уязвимыми в плане медицинских рисков и (или) неблагоприятного воздействия окружающей среды³. В медицинских науках раскрывается проблема высокой степени вероятности возникновения в таких группах лиц ряда заболеваний, вызываемых рискованным поведением в области здоровья. Следуя подобной методологической установке, в медицине выделяются отдельные группы: риска заражения заболеваниями ВИЧ-инфекцией; риска развития алкоголизма или наркомании и т.д. Данный подход нашел официально закрепление и в практике международного права. Так, Декларация о приверженности делу борьбы с ВИЧ/СПИДом, принятая резолюцией S-26/2 специальной сессии Генеральной Ассамблеи ООН от 27

¹ См.: Экономика предприятия / Под ред. Н.А. Сафронова. М.: Юристъ, 1998. С. 537.

² См.: Бутяев А.Г. Макроэкономические детерминанты государственной политики России по минимизации интеграционных экономических рисков. Монография. - Ростов-на-Дону: Ростиздат, 2007. С. 18 – 19.

³ См., например: Глазунов И.С., Демин А.К., Евстифеева Г.Ю. и др. Укрепление здоровья детей школьного возраста: план действий по разработке региональных программ в России. Часть 1 // Профилактика заболеваний и укрепление здоровья. 2004. № 1. С. 14–29; Лисицин Ю.П. Теории медицины XX века. М.: Медицина, 1999. (176 с.); Потемкина Р.А., Глазунов И.С. Разработка системы мониторингирования поведенческих факторов риска неинфекционных заболеваний // Профилактика заболеваний и укрепление здоровья. 2007. № 2. С. 7–12 и др.

июня 2001 года "Глобальный кризис - глобальные действия", устанавливает, что группа подростков и молодежи в возрасте от 15 до 24 лет является группой «риска» и требует профилактического вмешательства в целях превенции ВИЧ-инфекции.

Политология также использует в своем понятийном аппарате конструкцию риска. Изначально термин «политический риск» приобрел категориальный статус в виду деятельности ряда зарубежных транснациональных компаний и финансовых банковских групп, которые понесли существенные экономические потери в результате политической нестабильности в странах с так называемой «переходной» экономикой. Данная категория применялась в ходе изучения и оценки социально-экономической и политической обстановки в странах потенциального вложения инвестиций со стороны крупных компаний. Фактически политология позаимствовала конструкцию риска из арсенала экономических наук, но провела при этом его адаптацию для нужд исследования собственного предмета. Под политическим риском преимущественно понимается риск осложнения деятельности экономических субъектов в рамках определенного государства в силу нестабильности политической системы, наличествующих внутренних политических конфликтов, роста национализма и других политических факторов¹. Выделяется также и категория «глобальный политический риск», «риск утраты национального суверенитета государства», «риск дисбаланса политической системы» и др.² К факторам риска в политике исследователи относят геополитическую

¹ См., например: *Латицкий В.Ф.* Политический риск в управлении социальными конфликтами : автореф. дис. ... канд. филос. наук. М., 1992. С. 8.

² См.: *Джус И.В.* Теория политических рисков: проблемы дефиниции // Вестник МГУ. Сер. 12. Политические науки. 2002. № 4. С. 30—38; *Макаренко В.П.* Риск при принятии решения в научной политике. М., 1977; *Подколзина И.А.* Проблемы дефиниции и оценки политического риска в зарубежных исследованиях // Вестник МГУ. Сер. 12. Политические науки. 1996. № 5. С. 19—33; Политический риск. Анализ, оценка, прогнозирование, управление. М., 1992 и др.

обстановку, международные тенденции движения капиталов, кризисы в финансовой мировой системе, экологические катастрофы и иные.

В политологической теории риски классифицируются по ряду оснований:

- по масштабу распространения – на макро- (в масштабах всего государства) и микро-риски (затрагивают отдельные сегменты или субъектов политической жизни);

- в зависимости от легитимности действий – на экстра-легальные (выходящие за рамки закона - революция, террор, военный переворот) и правительственно-легальные (основаны на легитимных действиях органов государственной власти и направлены в отношении деятельности иностранных компаний – смена правительства, изменение нормативно-правовых предписаний)¹.

Психологические науки трактуют риск в качестве некоей функции психики по субъективному восприятию ситуаций жизнедеятельности в условиях неопределенности, недостаточности знания и сознательному отношению к возможным выгодным или неблагоприятным последствиям.

Представители психологических наук рассматривают прежде всего вопросы выяснения условий и факторов, способствующих проявлению риска определенного поведения личности или социальной группы, а также самих форм индивидуального или коллективного рискованного поведения. При этом психология стремится выработать научно-практические предложения по разработке и внедрению профилактических мер в деле предупреждения рискованного поведения и минимизации возможных его негативных последствий. Особое внимание категории «риск» и предотвращения соответствующего поведения человека делено в целом ряде разделов науки

¹ См.: Джус И.В. Теория политических рисков: проблемы дефиниции // Вестник МГУ. Сер. 12. Политические науки. 2002. № 4. С. 30—38.

психологии: психологии личности, психологии труда, социальной психологии, инженерной психологии и др.

Таким образом, в психологических исследованиях доминируют два основных методологических подхода в понимании и раскрытии как самого риска, факторов его вызывающих факторов, так иных феноменов психики человека и социальной группы. Речь идет о личностном и ситуативном подходах. В истории психологии изначально активно применялся личностный подход. Суть которого сводится к поиску достаточно устойчивых индивидуальных особенностей, качеств человека, определяющих специфику его внутренних психических переживаний. Однако в последние годы все большую популярность набирает ситуативный методологический подход, ориентирующий исследователя на раскрытие, в первую очередь, внешних ситуативных факторов, определяющих специфические особенности определенного типа поведения человека, сопряженного с риском.

Личностный подход в изучении риска и рискованного поведения наиболее полно раскрыт в рамках учения о психологии личности, содержащего идею о рискованности как некоем свойстве личности или социальной группы¹. На основе отмеченной методологической установки в 60-е годы XX в. благодаря трудам европейских ученых-психологов в научный оборот вводится категория «готовность к риску». Термином «индивидуальная готовность к риску» исследователи стали обозначать качества, необходимые для выполнения отдельных видов деятельности или личностные психологические особенности, обуславливающие поведение с риском для здоровья человека².

В зарубежной психологической литературе достаточно детально рассматривается проблема личностных характеристик, сопряженных со

¹ См., например: *Корнилова Т.В.* Диагностика личностных факторов принятия решений // Вопросы психологии. 1994. № 6. С. 99–109; *Она же.* Психологическая регуляция принятия интеллектуальных решений: дис. ...докт. психол. наук. М., 1999. (466 с.)

² См.: Котик М. А. Психология и безопасность. Талинн: Валгус, 1989. (447 с.).

склонностью к риску в поиска сильных ощущений. Авторы для описания отмеченных свойств индивидуальной психики оперируют английским термином «sensation seeking». Впервые рассматриваемый подход был применен М. Цукерманом, который определял поиск сильных ощущений в виде некоего стремления личности к новому, неизведанным ранее ощущениям и переживаниям, а также к достижению максимальной степени психологического возбуждения¹.

Как отмечает А.В. Шаболтас, в отечественной психологии категория «риск» чаще всего отражает ситуативные характеристики человеческой деятельности, выражающиеся в неопределенности ее исхода и возможных неблагоприятных социальных последствиях в случае неудачи². В.А. Петровский, изучавший активность личности в аспекте ее склонности к рискованному поведению, подчеркивал, что термину «риск» придается в психологии три взаимосвязанных значения:

- как меры возможного наступления негативных последствий или неудачи в деятельности, что позволяет определить вероятность неуспеха и соотнести ее со степенью возможных его неблагоприятных последствий;
- как действия, которые могут приводить к той или иной потере для субъектов в виде проигрыша, травмы, ущерба и т.д.;
- как ситуации выбора между двумя альтернативными вариантами поведения - между менее привлекательным, но более надежным и более

¹ См.: *Zuckerman M. Dimensions of sensation seeking // Journal of Consulting and Clinical Psychology. 1971. Vol. 36. P. 45–52; Его же. Sensation seeking and risky behavior. N. Y.: APA, 2006. P. 309; Zuckerman M., Kolin E. A., Price L., Zoob I. Development of a sensation seeking scale // Journal of Consulting and Clinical Psychology. 1964. Vol. 28. P. 477–482.*

² См.: *Шаболтас А.В. Риск и рискованное поведение как предмет психологических исследований // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2014. Сер. 12 Вып. 3. С. 5 – 16.*

привлекательным, но менее надежным в виду высокой вероятности наступления неблагоприятных последствий¹.

При этом исследователь предложил классификацию рисков по ряду оснований:

- по мотивации – на мотивированный, рассчитанный, исходя из ситуативных преимуществ, и немотивированный;
- в зависимости от ожидаемой удачи или неудачи действий - оправданный и неоправданный.

В рамках ситуативного методологического подхода предлагается рассматривать специфику принятия личностью или социальной группой решений в условиях субъективной неопределенности, сознательно допускаемого риска. В итоге последний определяется в качестве «ситуативной характеристики действий (деятельности) субъекта, выражающей неопределенность их результата для действующего субъекта и возможность неблагоприятных последствий в случае неуспеха»².

Нам наиболее предпочтительным в методологическом плане представляется именно ситуативный подход, поскольку он ориентирует исследователя на применение категориальной конструкции риска в целях оценки поведения субъектов в условиях неопределенности их знания в отношении возможной вероятности наступления для них негативных последствий выбранного варианта действия или бездействия. Так, ряд авторов используют понятие риска в отношении особой формы отклоняющегося поведения, называемой «делинквентной». Последняя отграничивается от поведения, признаваемого в обществе правонарушением³. Данная позиция, на наш взгляд, вызывает особый

¹ См.: Петровский В. А. Активность субъекта в условиях риска: автореф. дис. ... канд. психол. наук. М., 1977. (23 с.).

² Корнилова Т.В. Диагностика мотивации и готовности к риску. М.: Институт психологии РАН, 1997. С. 65 – 68.

³ См. подробнее об этом: Корнилова Т.В., Григоренко Е.Л., Смирнова С.Д. Подростки группы риска. СПб: Питер, 2005. (336 с.).

интерес и может быть использована с определенными оговорками и в государственно-правовых исследованиях, что получит надлежащее раскрытие в последующих главах настоящей работы. Отметим пока лишь тот факт, что конструкцию риска в механизме правового регулирования наиболее целесообразно использовать именно в ходе юридической квалификации определенных вариантов поведения субъектов, которые ведут к нарушению предписаний права, но не могут быть оценены по ряду причин в качестве правонарушения и вероятность, причинения ими вредных последствий достаточно высока.

Полагаем небезынтесным отметить вслед за М.В. Мархгейм и Е.А. Новиковой тот факт, что в современной системе гуманитарного знания наблюдается тенденция придания категории «риск» междисциплинарного значения¹. На стыке экономических, политических и юридических наук активно прорабатывается проблема геополитического риска, сдерживающего экономический прогресс государств-участников Содружества Независимых Государств, Евразийского экономического союза. Геополитический риск определяется как потенциальная возможность ухудшения положения государства на международной арене, снижения его самостоятельности, увеличения экономической и политической зависимости от других государств². Данный вид рисков характеризуется в качестве стратегических и глобальных по характеру, вызываемых им угроз и последствий.

В социологии вопросы риска также выступают существенной частью предмета ее исследования. Общесоциологические исследования направлены на разрешение актуальных проблем понятия, детерминации, природы и динамики социальных рисков, а также сознательного отношения к ним в обществе.

¹ Мархгейм М.В., Новикова Е.А. Роль межотраслевой конвергенции в развитии категории «риск» // Научные ведомости БелГУ. Серия Философия. Социология. Право. 2013. №8(151). Выпуск 24. С. 89 – 102.

² См.: Глущенко В.В. Геополитический риск как экономическая категория в условиях глобализации // Вестник университета ГУУ. 2007. № 2(20). С. 211 – 217.

По мнению С.А. Красикова, родоначальником изучения в социологии феноменов риска был П.А. Сорокин. Последний заложил методологические основы рассмотрения общих закономерностей возникновения и динамики социального риска¹. Основателем же современной концепции «общества риска» признается немецкий социолог У. Бек, который одним из первых раскрыл сущность и значение риска в жизни общества модерна, продемонстрировав их глобальный характер и предложив новый нелинейный методологический подход в анализе ситуаций риска². Одновременно М. Дуглас обосновал альтернативную так называемую «культурную теорию риска», в рамках которой подчеркнул значимость интегральной функции коллективных представлений о рисках в обществе в увязке с вопросом о социальной солидарности³.

В социологии одной из центральных выступила проблема природы социального риска. В ходе дискуссии были выработаны два противоположных методологических подхода, на основе которых сформировались концепции «объективного» и «субъективного» риска. В дальнейшем исследователи стали высказывать ряд суждений о необходимости некоего синтезированного понимания рисков в обществе. С.А. Красиков приводит позицию Британского Королевского Общества (аналога Российской академии наук) по данному вопросу, которая с течением времени претерпела изменение. Так, в 1983 года отмеченная организация предлагала понимать под социальным риском «вероятность того, что определенное внешнее событие произойдет в течение установленного промежутка времени или в результате определенного вызова». Позднее уже в 1992 году в своем отчете Британское Королевское общество предлагает иную дефиницию анализируемой категории. В обоснование смены позиции оно

¹ См.: Красиков С.А. Риски как социальный феномен: автореф. дис. ...канд. соц. наук. М., 2002.

² См.: Бек У. Общество риска. На пути к другому модерну. М.: Прогресс-традиция, 2000.

³ См.: Douglas M. Risk and Blame: Essays in Cultural Theory. London: Routledge, 1992.

отмечает, что сохранение различия между «объективным» риском и «субъективным» или осознанным риском, подверглась таким серьезным нападкам, что больше не может считаться позицией основного течения в науке». Авторитетная организация в итоге пришла к выводу, согласно которому физические последствия социальных угроз (например, в виде смерти, вред окружающей природной среде) есть объективные факты социальной действительности. Однако любые оценки риска в той или иной мере опираются на субъективное отношение индивида или на более широкое общественное сознание в рамках конкретной культуры, или основываются на моделях математической оценки социального риска, что в конечном счете подтверждает зависимость от человеческих суждений¹.

Таким образом, в современной зарубежной социологии доминирует некое смешанное понимание сложной природы социального риска, включая в ее трактовку субъективные и объективные составляющие. Обобщая вышеизложенное, можно констатировать, что категория риска имеет междисциплинарный научный характер и разрабатывается в целом ряде наук, включая математическую теорию вероятности, статистику, общую историю, экономическую теорию, психологию, политологию и др. Каждая отрасль научного знания раскрывает проблему социального риска под своим собственным углом зрения с учетом специфики своего предмета. Современная социология предпринимает попытки обобщить полученные данные о рисках всеми иными гуманитарными и даже естественными науками, претендуя одновременно на интегративный характер производимого обобщения.

Обобщая ряд методологических установок, излагаемых и апробированных в рамках вышеназванных гуманитарных наук, можно

¹ Цит. по: Красиков С.А. Риски как социальный феномен: автореф. дис. ...канд. соц. наук. М., 2002. Royal Society. Risk: Analysis, Perception and Management. London: Royal Society, 1992. - Р. 89-90.

вывести следующие исходные положения в изучении социальных рисков, имеющих юридическое значение:

- риск представляет собой потенциальную возможность наступления неблагоприятных последствий для социума в целом, его отдельных подсистем или элементов, которые могут иметь имущественный, организационный, личностный, природный и иной характер;

- социальный риск имеет сложную многоаспектную природу, сочетая в себе объективные и субъективные моменты;

- современный этап развития науки и техники продуцирует увеличение числа и изменение качества социальных рисков (традиционные риски отодвигаются на второй план, уступая место техногенными, информационным, управленческим, глобализационным и иным рискам);

- перед обществом стоит вызов в виде необходимости формирования особой системы средств управления рисками, а также формирования особой культуры «жизни с рисками»;

- основными инструментами профилактики и минимизации негативных последствий от наиболее значимых социальных рисков выступает право и государственное управление;

- научное знание о социальных риска в своем поступательном развитии прошло ряд стадий – от абсолютизации значения случая в общественной жизни до математического описания степени вероятности наступлений той или иной ситуации риска и разработки научно-обоснованных механизмов деятельности в случае их возникновения в рамках теории управления рисками.

Далее полагаем необходимым остановиться еще на одном немаловажном методологическом аспекте междисциплинарного понимания социального риска в современной науке. В литературе справедливо

подчеркивается связь таких понятийных конструкций, как «риск», «вероятность» и «неопределенность»¹.

Категория вероятности имеет преимущественно математическое применение в целом ряде наук, что выражается и в существовании целой теории вероятности. Основное предназначение данной категории – это установление количественной характеристики степени возможности наступления того или иного события, возникновения, изменения и прекращения определенного процесса или явления. В отличие от вероятности понятие риска используется преимущественно в оценке человеческой деятельности, в связи с чем и получило наибольшее хождение в гуманитарном знании. Кроме того, общественные науки по-прежнему в ограниченном числе случаев обращаются к математическому аппарату в процессе познания собственного объекта, что сводится, как правило, к обработке статистических данных. Как следствие, категория вероятности наиболее применима в увязке с математическим аппаратом, что востребовано отчасти в экономических науках, но малопродуктивно в настоящий момент в рамках правовых исследований, что и объясняет оперирование учеными-правоведами категорией риска в оценке определенных видов юридически значимого поведения. Высчитать математически вероятность случайной гибели вещи теоретически возможно, но в практике правового регулирования не является востребованной операцией в отличие от применения инструментов законного, договорного или иного правового способа распределения бремени несения возможных в результате этого убытков между участниками правоотношений.

Можно констатировать, что математическая вероятностная модель риска в юриспруденции заменяется практически-прикладной правовой конструкцией риска, которая выступает инструментом оценки невиновного поведения субъектов права на предмет защиты от его негативных

¹ См.: Панфилова Э.А. Указ. соч. С. 31.

последствий. При этом количественно подсчитанная степень вероятности подачи иска без оплаты госпошлины, случайной гибели вещи, наступления страхового случая не имеет собственно юридического значения. Для механизма правового регулирования важна сама возможность наступления нежелательных последствий, определение их качественного характера в целях выбора наиболее оптимального средства правовой защиты частного или публичного интереса. Категория вероятности имеет количественную оценку объекта изучения, а понятие риска, в первую очередь, направлено на отражение в теории и практике качественного влияния вероятностных последствий того или иного действия (бездействия) или события на общественные отношения.

Следует обратить внимание и на *проблему соотношения понятий «риск» и «неопределенность» в механизме правового регулирования*. Частичное наложение данных понятий также достаточно очевидно, но все же они выполняют различную гносеологическую и праксеологическую нагрузку. Обосновывается утверждение, согласно которому категория неопределенности отражает преимущественно степень недостаточности знания о тех или иных явлениях, событиях и процессах в ходе определенной деятельности. В рамках механизма правового регулирования степень знания или незнания субъектом права в условиях деятельности на началах риска и возникновения в результате ее нежелательных последствий практически не подвергается оценке. К примеру, в ситуации подачи заявителем иска без оплаты госпошлины влечет приостановление его движения до момента устранения данного нарушения вне зависимости от того знал ли он о необходимости уплаты пошлины или не знал. Категория неопределенности востребована именно в оценке полноты знания, в рамках, например, теоретического исследования права, правовой системы или иного государственно-правового явления, т.е. выполняет преимущественно гносеологическую функцию. Понятие же риска связано не столько с оценкой

степени знания или незнания, сколько с самой потенциальной вероятностью наступления определенных юридически значимых последствий, что свидетельствует, по нашему мнению, о выполнении рассматриваемой понятийной конструкцией практической функции оценки в ходе правовой квалификации действия или события с учетом возможной реакции на них со стороны права в виде защиты частного или публичного интереса.

Суть понятия неопределенности по отношению к праву может быть раскрыта достаточно широко. Неопределенность может возникать как недостаточность информации об объекте деятельности в ходе теоретического познания права, в рамках правоприменения у его субъектов и участников, в правотворческом процессе у законодателя в отношении обстоятельств принятия той или иной нормы, в ходе толкования права у интерпретатора в силу его недостаточной квалификации, пробела в законе и иных причин, у лица, заключающего договор о различных обстоятельствах сделки, ее предмета и т.д. Неопределенностью может характеризоваться сама система права или ее элементы. В данном случае становится видимой разница между понятиями «неопределенность» и «риск». Первая категория сопоставляет степень наличия или отсутствия у субъектов деятельности определенной информации или дает оценку информационной полноте, качеству системы права, его норм, правосознания и т.д. Неопределенность в праве и правовом регулировании сопряжена с качеством информации, которой располагает субъект при принятии решения – неизвестность (незнание), недостоверность (неполнота), неоднозначность (неадекватность). Следует подчеркнуть, различную функциональную нагрузку анализируемых категорий по отношению к механизму правового регулирования.

В целях представления более полной методологической картины исследования риска в праве необходимо кратко раскрыть и ряд иных социально-философских подходов к пониманию социального риска в целом. В западной философской мысли можно выделить следующие основные

позиции по рассматриваемому вопросу. Так, Н. Луман раскрывает природу риска через указание не «отклонение от нормы, неудачу или непредвиденную случайность». Важнейшей особенностью современного общества, по мнению Н. Лумана, выступает повышенный интерес к исключительным, почти невероятным альтернативам реализации социальных процессов, в ходе чего подвергаются сломам и разрушению сами основы жизнедеятельности общества¹. При этом исследователь выражает достаточно интересную для юриспруденции позицию о необходимости разграничения категорий «риск» и «опасность». В данном отношении в теории права следует не допускать отождествления риска в качестве характеристики невиновного юридически значимого поведения субъекта и общественной опасности в качестве важнейшей характеристики понятия правонарушения.

В рамках концепции Э. Гидденса основной причиной риска для общества выступают происходящие в нем процессы модернизации. По мнению ученого, социальные риски детерминированы глобализацией, увеличением взаимосвязи явлений и процессов в обществе, расширением потенциальных сфер рискованной жизнедеятельности (например, финансовых рынков), а также ростом самого человеческого знания о рисках².

В работах У. Бека центральной идеей служит утверждение о «нормальности» и постоянности риска для существования общества. Риски имманентно присущи обществу, проявляются во всех его сферах и неизбежны в виду природы принятия решений. У. Бек определяет риск как «систематическое столкновение общества с различного рода опасностями и угрозами, детерминированными социальной модернизацией»³. Современное общество автор именует «обществом риска», с чем трудно не согласится.

¹ См.: Луман Н. Понятие риска // THESIS. 1994. № 5. С. 142 – 143.

² См.: Гидденс Э. Судьба, риск и безопасность // THESIS. 1994. № 5.

³ См.: Бек У. От индустриального общества к обществу риска // THESIS. 1994. № 5. С. 45.

Ф. Найт одним из первых предложил провести смысловую границу между терминами «риск» и «неопределенность» в социологии. Для этого ученый выделил следующие три типа вероятности: априорную или теоретическую; эмпирико-статистическую и оценочную. Первый тип вероятности связан с наступлением событий идентичными друг другу по всем основным параметрам, т.е. вероятность их наступления можно установить исходя из общих принципов. Второй тип вероятности устанавливается в связи с градацией всех вариантов возможных событий на ряд однородных групп в ходе их статистического исследования. Наконец, оценочный тип вероятности предполагает отсутствие реальной основы для нахождения общих черт у отдельных случаев в силу их уникальности. Согласно концепции Ф. Найта, теоретическая и эмпирико-статистическая вероятность и составляют собственно понятие риска в виду возможности их измерения и теоретического описания. Последний же тип вероятности не подлежит какому-либо измерению, а, следовательно, представляет собой не ситуацию риска, а состояние неопределенности в научном познании¹. В итоге исследователь пришел к выводу: «Оказывается измеримая неопределенность, или собственно «риск», настолько отличается от неизмеримой, что по существу вообще не является неопределенностью. Соответственно мы ограничим употребление термина «неопределенность» случаями неколичественного рода»².

Оценивая имеющиеся в социологии и философии походы к соотношению риска и неопределенности, следует согласиться с М.В. Маргхейм и Е.А. Новиковой о необходимости их четкого разграничения по тому основанию, что «риск - это конструктивная стадия неопределенности,

¹ См.: *Найт Ф.Х.* Риск, неопределенность и прибыль. М., 2003. С. 225-226.

² Там же.

которая понята, в известной мере просчитана и служит основанием для какого-то действия»¹.

Ввиду отмеченного обстоятельства становятся понятными достаточно широко распространенные определения риска через категории неопределенности и вероятности:

- риск есть потенциальная и численно измеримая вероятность потерь;
- риск представляет собой шанс неблагоприятного развития той или иной социальной ситуации;

- риск – это некоторая степень вероятности утраты ценностей в ходе человеческой деятельности в случае непредвиденного изменения условий ее осуществления².

Общефилософские и социологические установки отчасти восприняты в юридической науке в деле познания причин и природы риска в праве. Так, например, обстоятельному рассмотрению подверг проблему соотношения риска и вероятности в своей работе И.П. Корякин. Проанализировав множество позиций исследователей, автор объединил их и составил обобщенный перечень основных вариантов видения, рассматриваемого соотношения категорий:

- риск выступает как любая вероятность наступления события, вызывающего отрицательные последствия, что вызывает критику в силу отсутствия в предложенной дефиниции оценки вероятности происхождения самого события;

- риск подлежит определению посредством одновременного учета вероятности и частоты, возникновения предполагаемой угрозы общественным отношениям, что также можно подвергнуть сомнению ввиду того, что понятие «вероятность» является родовым по отношению к

¹ Мархгейм М.В., Новикова Е.А. Роль межотраслевой конвергенции в развитии категории «риск» // Научные ведомости БелГУ. Серия Философия. Социология. Право. 2013. №8(151). Выпуск 24. С. 97.

² См.: Полежаева С.А. К вопросу о системе рисков и угроз миграционной безопасности // Юридический мир. 2011. № 5. С. 32-34.

абстракции «частота», а порой последняя и вовсе используется в качестве инструмента по определению степени вероятности того или иного события;

- риск являет собой вероятность наступления определенных событий, вызывающих ту или иную угрозу развитию общества или отдельных общественных отношений;

- риск есть вероятность возникновения опасности, подлежащей измерению и реагированию со стороны общества, что представляет нам наиболее близким определением к проблемам понимания риска в юриспруденции;

- риск есть социальный феномен, включающий в себя потенциальную возможность наступления только негативных событий, а вероятность предстает и как возможное наступление положительных событий.

Последняя точка зрения, как полагает И.П. Корякин, выступает предпочтительной и позволяет отразить в категории риска ряд важных обстоятельств: включение в вероятностную трактовку риска необходимость измерения социальной опасности; учет элемента полезности в вероятностной оценки любого события; конструкция риска необходима для оценки не любого факта, а того, что влечет за собой возможность причинения ущерба, вреда здоровью и т.п. Таким образом, риск есть частный случай вероятности, но исключительно со знаком «минус». И.П. Корякин под риском понимает всякую поддающуюся измерению вероятность возникновения отрицательных событий или совершения социально вредных действий. При этом критерием разграничения риска и вероятности выступают оценочные категории полезности и вредности события или действия.

Необходимо упомянуть еще об одном методологическом подходе в трактовке категории «социальный риск» - деятельностном. В отечественной социологии его разработчиками и приверженцами были В.А. Абчук и А.П. Альгин.

Согласно концепции В.А. Абчука, риск предстает как особая форма или образ действия человека ввиду неопределенности начальных условий его реализации. Ключевым в понимании становится термин «рисковать», «действовать в условиях риска». При этом ученый предложил учитывать три основных момента: риск действия возможен лишь в ситуации неопределенности; риск допустим лишь при наличии вероятности достижения успешного результата в ходе рискованной деятельности; ожидаемый субъектом риска положительный результат должен иметь закономерный характер¹. Однако для исследования механизма правового регулирования подобная трактовка представляется малоперспективной ввиду того обстоятельства, что юридическая конструкция риска предполагает учет, в первую очередь, вероятности наступления негативных последствий определенного варианта поведения. Социально-полезные действия с точки зрения права не подлежат квалификации с привлечением понятия риска.

А.П. Альгин напрямую определял риск в качестве деятельности, непосредственно сопряженной с преодолением неопределенности в ситуациях необходимости выбора определенной модели поведения. При этом у субъекта должна иметься возможность количественной и качественной оценки вероятности достижения запланированного результата или же, напротив, его не достижения².

В юридической литературе деятельностный подход также был принят на вооружение и получил свое применение в ходе разработки конструкции риска в гражданском праве. Например, В.В. Абрамов следующим образом связывает конструкцию риска с юридически значимой деятельностью: «Риск всегда связан с "рисковыми ситуациями", которые, в свою очередь, сопряжены со стохастическими процессами и возникают при наличии объективно существующей неопределенности, необходимости выбора

¹ См.: См.: Абчук В.А. Теория риска. Л., 1983. С. 20 – 25 и др.

² См.: Альгин А.П. Риск и его роль в общественной жизни. М., 1989. С. 19-20.

альтернативы, возможности оценить вероятность осуществления избранных альтернатив. Такое понимание "рисковой ситуации" позволяет определить риск как деятельность субъектов гражданского права в условиях неопределенности и ситуации неизбежного выбора, в ходе которой существует возможность оценить вероятности достижения желаемого результата, неудачи и отклонения от поставленной цели»¹. Поддержим идею автора о том, что деятельность и риск – понятия взаимосвязанные в юриспруденции.

Однако приравнивать риск к самой деятельности вряд ли оправданно. Категория «риск» призвана содействовать правильной юридической квалификации того или иного действия, но никак не оно само. Кроме того, в своих рассуждениях далее В.В. Абрамов совершенно верно отмечает функциональное назначение юридической конструкции риска по наиболее сбалансированному распределению неблагоприятных последствий между участниками общественных отношений: «... основная задача гражданского права в вопросах риска - это не определение его границ, а выявление и правильное регулирование его последствий в целях установления надлежащего баланса частноправовых и социально значимых интересов в имущественном обороте для создания благоприятных условий осуществления экономической деятельности и поддержания стабильности гражданского оборота в целом»².

Следовательно, полагаем более точным перенести акцент с понимания риска как деятельности, на его трактовку в качестве инструмента оценки определенных видов юридически значимой деятельности в целях перераспределения бремени несения ее негативных последствий. Речь идет о такой деятельности, которая не подлежит квалификации в праве посредством категории «вина», о чем более детально предлагаем поговорить позднее.

¹ Абрамов В.В. Категория "риск" в гражданском праве // Гражданское право. 2013. № 6. С. 31. (С. 30 – 34).

² Там же. С. 31 – 32.

Поэтому считаем более точным утверждать, что риск – не есть элемент деятельности, а есть элемент состава дефектного юридического факта, который позволяет произвести юридическую квалификацию подобной деятельности в условиях риска наступления с точки зрения права неблагоприятных последствий.

Несмотря на определенную стройность и привлекательность деятельностного подхода, его критика со стороны М.В. Мархгейм и Е.А. Новиковой выглядит достаточно убедительной, на наш взгляд. По их обоснованному мнению, риск определенно связан с деятельностью человека, но сама оценка степени вероятности возможных ее негативных последствий осуществляется за рамками такой деятельности на этапе принятия решения. Таким образом, преодоление неопределенности в ситуации риска есть еще не сам риск, а деятельность по его снижению¹.

Как и в общей социологии, наиболее значимыми и распространенными в настоящий момент в отечественном правоведении являются два диаметрально противоположных методологических подхода в раскрытии сущности риска в праве, на основе которых сформировались «объективная» и «субъективная» концепции риска.

Согласно концепции «объективного» риска, он предстает в виде потенциальной возможности наступления неблагоприятных последствий (или в виде самих социально-вредных последствий, или в виде определенной степени вероятности их возникновения), вызываемых определенным видом юридически значимых действий (и в ряде случаев событий), которые не относятся ни к группе правонарушений, ни к правомерным деяниям, занимая своеобразное промежуточное положение. «Субъективная» модель риска в праве ориентирована на его понимание в качестве психического процесса, содержанием которого выступает личностная оценка ситуации выбора,

¹ См.: Мархгейм М.В., Новикова Е.А. Роль межотраслевой конвергенции в развитии категории «риск» // Научные ведомости БелГУ. Серия Философия. Социология. Право. 2013. №8(151). Выпуск 24. С. 99 – 100.

существующая наравне с виной. Речь идет о сознательном допущении субъектом возможного наступления вредных последствий от определенного варианта поведения с элементом случайности (внезапного фактора, повышенного риска в определенных сферах человеческой деятельности, использования средств, орудий и устройств с повышенной опасностью).

Сопоставление двух обозначенных концепций риска в юриспруденции позволяет согласиться с точкой зрения Т.И. Илларионовой о предпочтительности модели объективного риска в механизме правового регулирования. Основным недостатком субъективного подхода является упущение того обстоятельства, что «основная масса мер защиты строится вообще без учета субъективного состояния лица...»¹. Предложенная В.А. Ойгензихтом трактовка риска² как формы мотивации юридически значимого поведения и оценки его возможных последствий самим деятелем, субъектом приводит фактически к отождествлению понятий «риск» и «вина», их частичному смешению, что вряд ли оправданно. Получается ситуация, при которой, риск может быть виновным или невиновным, что несколько запутывает ситуацию и не позволяет увидеть сущностного различия между категориальными парами «вина – правонарушение» и «риск – объективное нарушение права вне зависимости от психического отношения лица к деянию».

В данном случае методологически отправным началом использования категории «риск» в юридической практике выступает отношение «субъект – риск – среда». Психическая сознательная составляющая в подобных ситуациях с началами риска, безусловно, присутствует, но она не имеет того юридического значения, что придается конструкции вины в составе правонарушения. Ввиду сказанного от психических моментов в

¹ Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томского университета, 1982. С. 123.

² См.: Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1972. С. 68 – 77.

рассмотрении мер защиты, применяемых на началах риска к объективно противоправному поведению, следует отвлекаться. Юридическая оценка в виде «виновное – невиновное» не находит своего практического воплощения в реальном механизме защиты права. Категория «риск» может быть определена применительно к механизму правового регулирования как объективная информация о степени вероятности реализации на практике от определенной юридически значимой модели поведения (не правонарушения) неких социально-вредных последствий, позволяющая наиболее оптимальным способом распределить риск несения бремени по исправлению подобной ситуации между сторонами правоотношения. Объективные параметры (свойства) подобных пограничных деяний, находящихся условно между правомерным и виновным противоправным поведением (например, оспоримые сделки, подача иска без оплаты госпошлины), юридически квалифицируются судом или иным правоприменителем (а в законодательстве правотворческим органом) без учета психического отношения субъекта к содеянному.

Учитывая рассмотренные методологические установки исследования риска в механизме правового регулирования, весьма отчетливо проявляет себя теоретико-методологическая проблема следующего характера: может ли признаваться деятельность субъектов общественных отношений, оцениваемая правом с позиций риска и вызывающая ряд неблагоприятных последствий, в качестве виновной? Думается, что разрешая данную проблему, можно предположить, что ряд действий субъектов права, имеющих юридическое значение, нарушающих право, все же не являются виновным поведением и подлежит оценки с использованием иной категории. В теории права отмеченному вопросу не уделяется должного внимания, за исключением работы А.М. Хужина, в которой автор предлагает весьма обстоятельный анализ категориальной пары «виновное поведение – невинное

поведение»¹. На наш взгляд, концепция юридически значимого невиновного поведения, нарушающего предписания права и вызывающего определенные правовые последствия, заслуживает особого внимания в свете рассматриваемых нами вопросов риска. Забегая вперед отметим, что юридическая конструкция риска есть элемент состава так называемого «невиновного» нарушения правовых предписаний, за совершение которого и применяются меры защиты в механизме правового регулирования. Более детальное общетеоретическое рассмотрение риска в таком качестве станет предметом следующей главы настоящей работы.

Пока же следует чуть более детально проанализировать методологические основания выделения категории «невиновное поведение». Исходные установки формирования последней А.М. Хужин обнаруживает в философском и общесоциологическом знании. В своих рассуждениях автор приходит к следующему выводу: «С развитием и обоснованием идеи о дуализме категория «виновность» находит свою прочную связь непосредственно с оценочным суждением о человеческом поступке как поведенческом акте, выраженном в расхождении субъективной воли и намерения с общеустановленными целями (интересами), а категория вины - с внутренним состоянием человека в отношении к данному поступку и общеустановленным целям (интересам)»². Обратим внимание на то обстоятельство, что понятие «вина» вполне точно позиционируется в качестве конструкции оценки в ходе юридической квалификации деяния. Можно предположить, что некоторую аналогичную конструкцию оценки должно иметь и «невиновное поведение», нарушающее нормы права и вызывающее применение мер защиты.

Наше предположение базируется на том, что «виновное – невиновное» поведение в праве образуют диалектически противоположные стороны

¹ См.: Хужин А.М. Невиновное поведение в праве (общетеоретический аспект): автореф. дис. ...докт. юрид. наук. Н. Новгород, 2013. (54 с.).

² Там же. С. 19 – 20.

единого целого – юридически значимого поведения. К такому выводу приходит и А.М. Хужин, опираясь на философские и общесоциологические мировоззренческие установки: «Категории «виновное/невиновное», проявляя диалектические свойства, находятся в единстве и борьбе противоположностей. Единство заключается в раскрытии сущностного отношения лица к поступку и отражает как единые внутренние установки самого лица, так и единые внешние нормы оценки совершенного поступка. Вместе с тем, «виновное» и «невиновное» находятся в борьбе, взаимоисключают и вытесняют друг друга»¹.

В обосновании своей концепции А.М. Хужин также опирается и на теорию социального конфликта, что позволило автору рассмотреть невиновное поведение с элементами риска причинения вреда в качестве составной части социального конфликта, который подлежит разрешению посредством правовых инструментов. Данное методологическое положение будет взято нами на вооружение при рассмотрении в дальнейшем понятия, сущности и функциональной природы риска в механизме защиты права.

В итоге необходимо учитывать еще ряд философских и общесоциологических постулатов при рассмотрении риска в качестве элемента юридически значимого невиновного поведения:

- оно по своей социальной сущности есть система сформированных установок личности, направленных на реализацию иерархически организованных социально-положительных потребностей, но все же вызывающих в отдельных случаях неблагоприятные последствия для других индивидов или общества в целом;

- акт невиновного поведения предстает как определенная форма проявления социального конфликта, сопровождаемого нарушением частного, межличностного и (или) общественного интереса;

¹ Там же. С. 21.

- в отношении горизонтальных общественных связей невиновное юридически значимое поведение может принимать вид дисбаланса внутренних отношений общества и представлять собой своего рода социальный конфликт одноуровневых (частных) интересов, вызываемый непреднамеренными действиями;

- невиновное поведение, имеющее юридическое значение, с правовых позиций требует иных мер реагирования нежели его антипод – виновное, представляющее собой правонарушение.

А.М. Хужин вплотную приблизился к постановке проблемы оценки невиновного поведения, нарушающего нормы права, с помощью иной категориальной конструкции, прямо противоположной понятию «вина». Однако исследователь так и не воспользовался собственно термином «риск» в оценке так называемого «невиновного поведения», что, на наш взгляд, делает его концепцию не вполне завершенной. Отметим, что без категории риска в качестве элемента состава невиновного юридически значимого поведения остается до конца не ясным принципиальная разница между ним и составом классического правонарушения, что, в свою очередь, может приводить к их частичному отождествлению и нечеткости теоретического отражения.

Подводя итог настоящей главы, отметим, что нами были рассмотрены наиболее полно представленные в философии, социологии и ряде иных гуманитарных наук методологические подходы к исследованию феномена риска в социальной жизни и его отражению в виде соответствующего понятия в научных теориях. Думается, что обозначенные методологические исходные основания позволят в ходе дальнейшего исследования глубже проникнуть в сущность риска как явления правовой действительности, юридической конструкции оценки невиновного нарушения права и сформировать основы общетеоретической концепции риска в механизме защиты права.

ГЛАВА 2. ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ОТРАСЛЕВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЯВЛЕНИЯ РИСКА В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В данной главе представляется необходимым сконцентрировать внимание на вопросах общетеоретической трактовки понятия риска применительно к исследованию механизма правового регулирования. Следует отметить недостаточную проработанность проблемы риска невиновного нарушения норм права и защиты от него в науке теории государства и права. На наш взгляд, накопленные в отраслевых юридических науках знания о мерах защиты в отношении объективного нарушения правовых предписаний, оцениваемого на началах риска, требует должного общетеоретического обобщения. С учетом выявленных методологических установок полагаем оправданным исходить из тезиса о неразрывной связи между категориями «риск» и «защита» в общей теории права.

Вопрос о риске как функциональной основе механизма защиты, риске как элемента состава деяния, объективно нарушающего нормы права, несмотря на актуальность и научную значимость, практически не получили анализа и научного осмысления на общетеоретическом уровне. Термин «риск» употребляется теоретиками права в несколько ином значении (порой без увязки с собственно проблемой правового регулирования и механизмом защиты права): в отношении правореализации¹; при характеристике правоприменительной деятельности²; в ходе рассмотрения проблем

¹ См.: Дятлов Ю.А. Правореализующий риск. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир: Владимирский юридический институт ФСИН России, 2006.

² См.: Мамчун В.В. Правоприменительный риск: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород, 1999.

правового управления¹; в рамках правоинтерпретации²; в широкой экономико-психологической трактовке³.

Однако в отраслевых юридических науках встречаются отдельные работы, в рамках которых ставится проблема применения мер защиты в отношении объективного нарушения правовых предписаний, оцениваемого на началах риска. В деле решения ряда практических задач правотворчества цивилистами была предложена юридическая конструкция риска, способствовавшая дальнейшей дифференциации системы охранительно-правовых средств⁴.

Так, применительно к гражданско-правовому регулированию Т.И. Илларионова вполне справедливо подчеркнула особое значение юридической конструкции риска, указав: «Начала вины и риска в охранительном способе занимают центральное место, поскольку на их основе достигается практическая нормативная реализация двух основных целевых установок охраны – защиты и ответственности»⁵. В данном случае имеются ввиду ситуации нарушения прав с учетом неполной дееспособности лица, причинившего вреда, крайней необходимости, причинения вреда источником повышенной опасности и др. Формирование системы защиты в механизме правового регулирования основывается на началах риска несения неблагоприятных последствий субъектами договорных отношений, которые

¹ См.: *Крючков Р.А.* Риск в праве: генезис, понятие, управление: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород: Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского, 2011.

² См.: *Александров Д.В.* Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализующей практике. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Владимир: Владимирский юридический институт ФСИН России, 2007.

³ См.: *Арямов А.А.* Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010.

⁴ См., например: *Красавчиков О.А.* Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юридическая литература, 1966. С. 116 – 130; *Ойгензихт В.А.* Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1972 и др.

⁵ *Илларионова Т.И.* Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томского университета, 1982. С. 104.

обладают возможностью выбора фактических оснований для распределения имущественных утрат – риск особого вида правомерных действий, риск случая, риск объективно противоправного поведения¹. В результате меры гражданско-правовой защиты ориентированы именно на восстановление права, на восполнение условий удовлетворения нарушенного частного интереса и реализуются в виде восстановительно-компенсационных средств (реституция, возмещение вреда и т.д.), либо посредством пресекаательно-обеспечительных способов (отказ от дальнейшего исполнения обязательств, удержание вещи).

Весьма точно отмечает актуальность и сложность исследования проблематики рисков в юриспруденции М.С. Гринберг: «Однако, отстаивая правомерность здорового риска, нельзя не отметить, что сегодня наблюдается противоположное явление – излишняя увлеченность идеей риска и соответственно необоснованное обращение к нему. С уверенностью можно утверждать, что два явления потрясают научно-техническую сферу жизни нашего общества – техническое невежество, не говоря о других его видах, и легкомысленный, безудержный риск в рамках экономии на охранительной, страхующей функции действия. Это делает особенно важным изучение природы, сути и условий правомерного риска»².

В юридической литературе явление риска рассматривается в различных ракурсах, что находит выражение в широкой палитре авторских подходов и трактовок данного феномена³.

¹ См.: *Илларионова Т.И.* Указ. соч. С. 106.

² *Гринберг М.С.* Оправданный профессиональный и хозяйственный риск // Вестник Омского университета. 2012. № 1. С. 386 (386 – 389).

³ См., например: *Арямов А.А.* Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010; *Александров Д.В.* Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализующей практике. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Владимир: Владимирский юридический институт ФСИН России, 2007; *Дятлов Ю.А.* Правореализующий риск. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир: Владимирский юридический институт ФСИН России, 2006; *Крючков Р.А.* Риск в праве: генезис, понятие,

Из многообразия существующих оценок явления риска в правовой сфере нам наиболее импонирует точка зрения Ю.А. Тихомирова и С.М. Шахрая. Авторы акцентируют внимание именно на тех рисках, которые требуют применения в отношении них определенного юридического инструментария. Другими словами, риски рассматриваются в качестве неотъемлемого момента действия механизма правового регулирования. По справедливому мнению Ю.А. Тихомирова и С.М. Шахрая, в рамках правового регулирования определенные категории социальных рисков получают законодательное установление и их допущение, а также в праве находят свое закрепление средства предупреждения и минимизации рисков, соответствующий правовосстановительный инструментарий¹.

В данном случае речь идет о так называемом «узком» подходе к пониманию риска в правовой действительности. Наряду с этим можно констатировать наличие в отечественной юриспруденции ранее упомянутого широкого и универсального методологических подходов к исследованию рисков. Так, сторонники широкой трактовки, признавая наибольшую очевидность связи риска с мерами защиты и ответственности в праве и законодательстве, все же настаивают на предпочтительности определения понятия «риск» в качестве способной к оценке и регулированию вероятности несения субъектами правовых отношений негативных последствий, причинно-следственно связанных с факторами риска².

С позиции универсального подхода само право предстает в виде некоей общей системы распределения рисков в обществе. К примеру, универсальное понимание риска достаточно обстоятельно анализируется в работах В.В. Мамчуна, который во многих моментах солидаризируется с концепцией права как средства борьбы с рисками Я.М. Магазинера. В самой широкой

управление: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород: Нижегородский государственный университете им. Н.И. Лобачевского, 2011 и др.

¹ См.: Тихомиров Ю.А., Шахрай С.М. Риск и право. М.: Изд-во МГУ, 2012. С. 10.

² Крючков Р.А. Подходы к определению риска в современном праве // Правовое поле современной экономики. 2014. № 10. С. 158.

интерпретации право предстает логически и генетически связанным с социальным риском. Последние же трактуются с универсальных позиций в качестве возможности «зла» социальным благам, выступая одновременно закономерным онтологическим основанием права в обществе¹.

Не углубляясь в суть широкого и универсального подходов к пониманию риска в праве и не отрицая в целом их продуктивности, полагаем целесообразным привлечь внимание читателя к необходимости более детального рассмотрения в общей теории права конструкции риска применительно к механизму правового регулирования, а именно к такой его части, как подсистема средств защиты права.

Действующее российское законодательство также свидетельствует своими положениями о непосредственной связи правовой регламентации риска с вопросами юридической ответственности и правовой защиты.

Считается, что изначально понятие «риск» было введено в законодательство и юридическую науку благодаря договору страхования. По авторитетному мнению В.И. Серебровского, термин «риск» имеет португальское происхождение и в буквальном смысле означал «отвесная скала». С развитием мореплавания и договорного права в смысловое поле понятия риска стали включать и иные предметы и явления, создающие угрозу для корабля в море. В дальнейшем в ходе эволюции страхового права объем понятийной конструкции риска расширялся и в итоге в него включили все случаи применения договора страхования вне зависимости от сферы его действия². Исторически категория страхового риска одной из первых разновидностей правовой риска в целом получила официальное хождение в

¹ См.: Мамчун В.В. Закономерность, случайность и риск в правовом регулировании // Государственно-правовые закономерности: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Н. Новгород, 23-24 мая 2013 года): в 2 т. / Под общ. ред. В.А. Толстика. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2013. Т. 2. С. 61.

² См.: Серебровский В.И. Очерки советского страхового права // Избранные труды. - М.: Статут, 1997. С. 393 – 394.

договорах и системе законодательства. Под страховым риском преимущественно понимается вероятность наступления определенных событий или совершение каких-либо действий, вызывающих определенные негативные последствия для субъектов, с которыми закон или договор связывают выплату компенсации или возмещение ущерба застрахованному лицу.

Однако наиболее точной нам видится позиция, согласно которой историю правовой регламентации риска следует отсчитывать от времени формирования римского частного права. В этой связи поддержим точку зрения Д.А. Архипова, согласно которой особую группу фактических оснований динамики правоотношений составляют юридические факты, возникающие помимо воли должника, что обуславливает нарушение обязательства. Вероятность наступления указанных «случайного рода» обстоятельств именовалась в римском праве термином «*periculum*» - т.е. «риск»¹. При этом римские юристы не разработали самой дефиниции данного понятия, но сформулировали ряд правил, позволяющих распределить между сторонами договора возможные неблагоприятные последствия случая (*casus*) как обстоятельства, не зависящего от воли должника.

Предлагаем обратить особое внимание на тот факт, что общее правило римского права гласило: «*casus a nullo praestantur*» - за наступление случая никто не отвечает. Другими словами, риск возникновения убытков в результате случая нес собственник имущества – «*casus sentit dominus*», что дословно означало - случай поражает собственника. Отсюда, как справедливо подчеркивает Д.А. Архипов,

¹ См.: Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. – М.: Статут, 2012. С. 3. (112 с.).

римская максима предполагала «отсутствие лица, которому причиненный (случайный) вред мог быть вменен в вину»¹.

Как видим, уже изначально в истории права категория риска использовалась в ходе оценки отдельной группы фактических обстоятельств, вызывающих нарушение договорных обязательств, в обход юридической конструкции вины. Соответственно, риск являлся тем элементом в римском праве, который выполнял некоторую условно схожую функцию в механизме правового регулирования, что и конструкция «вины», но не в отношении классических правонарушений, а в отношении объективного нарушения права – случая.

Из рассматриваемого общего правила все же существовали нормы-исъятия. К примеру, бремя риска перекладывалось с собственника на контрагента в следующих ситуациях:

- если ответственность в соответствии с указанием закона за наступление случая возлагалась на должника;
- при наличии специального соглашения стороны могли установить обязанность должника по охране вверенных ему чужих вещей, определяемых индивидуальными признаками, что перекладывало бремя риска на него;
- в случае передачи вещи во владение должника, не являющегося ее собственником по оценке²;
- при нахождении должника в просрочке³.

В римском праве, например, было предусмотрено правило «*periculum est emptoris*», согласно которому покупатель по договору

¹ Дернбург Г. Пандекты. Т. 2: Обязательственное право / Пер. под руководством и редакцией П. Соколовского. 3-е рус. изд. М.: Печатня А. Снигеревой, 1911. С. 118. Цит по: Архипов Д.А. Указ. Соч. С. 13.

² См.: Пассек Е.В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М.: Статут, 2003. С. 243–247.

³ Просрочка кредитора (*mora creditoris*) влекла за собой те же последствия, что и просрочка должника (переход риска). См.: Дернбург Г. Указ. соч. С. 110.

купли-продажи обязан оплатить товар и в том случае, если вещь до момента ее передачи, но после заключения договора, погибла в результате несчастного случая. Данная норма не подлежала применению в случае «*dolo aut culpa venditoris*» - гибели вещи по злему умыслу или по вине продавца.

Также бремя несения риска гибели вещи возлагался в римском праве на лиц, обязанных к охране чужих вещей, что могло следовать из сущности самого договорного обязательства или из специального соглашения сторон.

Кроме того, в отношении альтернативного обязательства предусматривалось, что «риск случайной, без вины должника, гибели одного из предметов такого обязательства (вещи) падает на него (он не освобождается от обязанности выдать оставшиеся предметы кредитору), а риск гибели всех вещей – на кредитора, поскольку должник в результате этого освобождался от своего обязательства, а кредитор продолжал быть обязанным уплатить покупную цену»¹.

Однако итогового обобщенного понимания риска в праве римские юристы не вывели. При этом случайный вред подразделялся на два типа:

- вред, вызываемый простым (преодолимым) случаем (*casus*);
- вред, наступающий в результате непреодолимого случая (*casus major*), т.е. в силу «несчастья стихийного, чрезвычайного, которого никакая человеческая сила предотвратить не может»².

Причинами, вызывавшими первый тип вреда, могли выступать: обыкновенные явления природы; поведение животных; действия невменяемых людей. Второй тип неблагоприятных последствий случая был произведен от: непреодолимого проявления стихийных сил

¹ Дернбург Г. Указ. соч. С. 77.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. С. 285.

природы; тленности и смертности всего материального объекта сделки (например, от смерти или болезни раба, животного); человеческих насильственных действий, если они были непреодолимы¹. Простой и непреодолимый случай в римском праве предполагал отсутствие конкретного лица, которому мог быть вменен в вину причиненный вред.

На основании изложенного краткого исторического экскурса, можно утверждать, что *риском случая изначально признавалось произошедшее помимо воли сторон договора определенное событие или совершенное действие, которое не подлежало оценке с позиции вины, что исключало возложение возникших убытков при помощи договорной ответственности, условием наступления которой являлась вина обязанного лица. Для перераспределения бремени несения неблагоприятных последствий в римском праве уже в то время использовалась конструкция риска – невиновного причинения вреда.*

Д.А. Архипов, исходя из истории развития конструкции риска в праве, предлагает определять его в виде «опасности (возможности наступления) неблагоприятных имущественных последствий, причиной которых являлся случай – некое событие, за которое никто из сторон обязательства не отвечает, т.е. наступившее без их вины»². На наш взгляд, термин «опасность» для характеристики риска выбран автором неудачно, и вот почему.

Термин опасность в юриспруденции, как правило, используется в связке с понятиями «правонарушение», «преступление». Конструкция же риска хотя и увязана с вероятностью наступления определенных социально вредных последствий, но не является при этом содержательной характеристикой ни понятия правонарушения, ни его

¹ См.: Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. 3. Кн. 4: Обязательственное право. СПб., 1910. С. 83.

² Архипов Д.А. Указ. Соч. С. 17 – 18.

состава. Думается, что оперирование термином «опасность» в данном случае создает дополнительные трудности в отграничении юридических фактов, требующих реагирования на них в виде мер защиты или мер юридической ответственности.

Многообразие понятийных форм отражения конструкции риска в российском законодательстве и юридической науке.

В действующей системе законодательства понятие риска сопровождается использованием целого ряда термином: «случай», «случайная гибель», «опасность» и др. Практика законодательного установления фактических обстоятельств с элементами риска вполне оправданно учитывается исследователями в ходе теоретических построений в отраслевых юридических науках. Однако с общетеоретических позиций оперирование терминами «опасность» и «случай» создает трудности в установлении соотношения правонарушений и фактических обстоятельств с элементами риска, не являющихся таковыми (условно называемыми объективно противоправными).

Традиция использования термина «опасность» в описании ситуаций с риском по-видимому отчасти объясняется законодательной конструкцией «источник повышенной опасности», которая применяется в оценке определенных случаев причинения вреда. В общей же теории права представляется более точным определение риска через родовое понятие вероятности. Следует согласиться с теми авторами, кто предлагает считать риск в праве особым видом социальной вероятности наступления вредных последствий, а не разновидностью опасности. (Можно привести примеры из словарей трактовки терминов опасности и риска).

В отношении же трактовки риска как вероятности наступления исключительно неблагоприятных последствий с мнением Д.А. Архипова надлежит согласиться. Исследователь со ссылкой на работу И.И. Степанова «Опыт теории страхового договора» предлагает удачное разграничение

понимание риска в экономическом и специально-юридическом смыслах. Если в экономическом плане риск может быть связан и с наступлением положительных имущественных последствий для субъекта, в механизме правового регулирования конструкция риска всегда применяется в отношении вероятности, возникновения неблагоприятных последствий для участников общественных отношений. Обязательными признаками риска являются в праве: необходимость утраты чего-либо; причиной утраты должен быть случай. «Поэтому где нет потери, а одна возможность приобрести или не приобрести, там нет риска»¹ - указывает Д.А. Архипов.

В итоге получаем, что в юридическом смысле понятием риска не охватывается возможность получения выгоды, а включаются лишь издержки невиновного поведения. Риск в механизме правового регулирования предстает как вероятность случайных убытков, ущерба или дополнительных расходов, но не вероятность получения или неполучения прибыли в результате собственных действий субъекта риска².

Обзор термина риск в действующем российском законодательстве.

В российском законодательстве насчитывается более трехсот только федеральных законов, употребляющих термин «риск». Кроме того, из содержания множества норм законов, несмотря на отсутствие в них прямого упоминания риска, фактически они содержат те или иные начала оценки невиновного поведения с использованием анализируемой юридической конструкции.

В действующей системе гражданского законодательства категория риска используется в ряде значений. В частности, понятие «страховой риск»

¹ Архипов Д.А. Указ. Соч. С. 18 – 19.

² Похожие мнения были высказаны в работах: Омельченко А.И. Творческий риск, его государственно-правовая охрана. М.: Изд-во МГУ, 1955. С. 10; Татищева Н.И. Переход права собственности и риска по внешнеторговым договорам СССР и стран социализма // Советское государство и право. 1964. № 8. С. 130.

закрепляется в ст. 9 Закона РФ от 27 ноября 1992 года № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»¹ в виде предполагаемого события, в случае наступления которого осуществляется страхование. В качестве существенных признаков указанного события определяются вероятность и случайность наступления.

В самом Гражданском кодексе РФ неоднократно упоминается термин «риск» в различных контекстах:

- в ст.ст. 82, 87, 96 речь идет о риске убытков участников коммерческой организации;

- риск случайной гибели или случайного повреждения имущества предусматривается целым рядом статей, в которых определяется субъект несения подобных потерь - собственник имущества в ст. 211, залогодатель в ст. 344, лизингополучатель в ст. 669), обе стороны подрядного договора в ст.ст. 705, 720, 741;

- в ст. 312 упоминается риск последствий не предъявления должником требования о представлении доказательств исполнения управомоченному лицу;

- в ст. 383 имеется указание на риск возникновения неблагоприятных последствий у нового кредитора при отсутствии уведомления должника об уступке права требования;

- в ст. 451 упоминается риск изменения обстоятельств, который в договорных отношениях падает на заинтересованную сторону.

Отдельного внимания заслуживает законодательный термин «предпринимательский риск». Его дефиниция законом не определяется, но в юридической литературе под ним преимущественно понимается вероятность возникновения потерь и убытков в ходе осуществления предпринимательской деятельности. Содержание категории «предпринимательский риск» частично дается лишь в ст. 929 Гражданского

¹ См.: Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 2. Ст. 56.

кодекса РФ в отношении его страхования¹. Предметом договора страхования предпринимательского риска могут быть как риски гибели имущества, риски ответственности предпринимателя по обязательствам, а также риски убытков от осуществляемой предпринимательской деятельности, в том числе и риски неполучения ожидаемых доходов.

С учетом изложенного, можно утверждать, что гражданское законодательство не содержит единой развернутой дефиниции риска в качестве правовой категории, не раскрывает должным образом специфики его правовых последствий. О.Н. Садиков справедливо указывал на значимость рассматриваемой юридической конструкции риска, определяя ее в качестве самостоятельной правовой проблемы, которая выходит за рамки общего учения об ответственности и убытках в гражданском праве². В механизме частноправового регулирования роль юридической конструкции риска трудно переоценить. В этой связи приведем высказывание В.В. Абрамова следующего содержания: «Множественность рисковых проявлений в хозяйственной деятельности и правоприменительной практике, их разнородность, различие их места и роли в конкретном виде гражданского правоотношения дает основание утверждать, что существует сложноорганизованная система различных рисков в гражданском праве, которые расположены на разных уровнях ее системы. Таким образом, риск регулируется гражданским правом, поскольку иное противоречило бы самой идее частного права, и одновременно носит системообразующее значение»³.

В российском процессуальном законодательстве анализируемый термин также нашел свое закрепление. Однако, как верно замечает А.В.

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон от 26 января 1996 года № 14-ФЗ (в ред. от 07.02.2011 года) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2011. № 7. Ст. 901.

² См.: Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С. 102.

³ Абрамов В.В. Категория "риск" в гражданском праве // Гражданское право. 2013. № 6. С.

Юдин, по настоящий момент в науке процессуального права категория «риск» не сформирована в должном виде и находится на начальном этапе своей теоретической проработки¹.

В ч. 2 ст. 9 Арбитражного процессуального кодекса РФ содержится следующее положение: «Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий». Кроме того, термин «риск» также упоминается в аб. 2 ч. 6 ст. 121, ч. 2.1 ст. 130, ч. 9 ст. 130 Арбитражного процессуального кодекса РФ. В качестве примеров фактического проявления процессуального риска называются ситуации отказа от заключения мирового соглашения при наличии соответствующей возможности и риск проигрыша гораздо большей суммы, неполучения судебного извещения, непредставление сторон по делу доказательств в суде первой инстанции и утрату ей права на их представление в суд апелляционной инстанции и т.п.²

В Гражданском процессуальном кодексе РФ термин «риск» не упоминается. При этом это не означает, что рассматриваемый инструмент в механизме гражданско-процессуального регулирования не используется. А.В. Юдин, анализируя положения обозначенного закона, приходит к выводу о наличии следующих видов процессуальных рисков.

1. Риск совершения ошибочного распорядительного действия стороной. Повышенный риск, присущий распорядительным действиям, приводит к необходимости законодательного закрепления обязанности суда по разъяснению сторонам последствий совершения подобных действий в ч. 2 ст. 173 Гражданского процессуального кодекса РФ и ч. 3 ст. 9 Арбитражного процессуального кодекса РФ; Несоблюдение данного требования является основанием для отмены судебного акта.

¹ См.: Юдин А.В. Категория "риск" в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2014. № 5. С.

² См.: Решетникова И.В. Теория процессуального риска // Закон. 2012. № 6. С. 117 – 122.

2. Риск, связанный с несением судебных расходов по делу и риск потери денежных средств, вносимых на депозит суда. В данном случае наблюдается прямая связь между риском и мерами защиты в праве. Так, в ряде ситуаций стороне по делу суд предлагает внести денежные средства на депозит в качестве меры обеспечения по иску – ст. 146 Гражданского процессуального кодекса и ч. 1 ст. 94 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Для настоящего исследования отмеченный пример особо показателен, в наиболее ярком виде демонстрирует роль конструкции риска в механизме защиты права.

3. Риск непринятия мер по получению информации о времени и месте судебного заседания, риск возможного неполучения судебных извещений. Аб. 2 ч. 6 ст. 121 Арбитражного процессуального кодекса содержит положение: «лица, участвующие в деле, несут риск наступления неблагоприятных последствий в результате непринятия мер по получению информации о движении дела, если суд располагает информацией о том, что указанные лица надлежащим образом извещены о начавшемся процессе». Отдельно риск неполучения судебных извещений юридическим лицом ввиду ненахождения его по адресу, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц, обозначен в ст. 118 Гражданского процессуального кодекса РФ, а также в п. 3 ч. 4 ст. 123 и ч. 2 ст. 124 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Бремя несения подобного риска юридическим лицом подтверждено и судебной практикой¹.

4. Риск пропуска процессуального срока. Последствия риска пропуска процессуального срока сводятся к утрате права на совершение определенного процессуального действия стороной его допустившей, что отражено в ст. 109 Гражданского процессуального кодекса РФ и ч. 1 ст. 115 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

¹ Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 61 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица" // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). 2013. № 32.

5. Риск не заявления ходатайства и не доведения до сведения суда значимой информации. Юридическая конструкция риска присуща всей организации механизма процессуально-правового регулирования. Например, лицо обязано заблаговременно извещать суд о причинах своей неявки в судебное заседание. В противном случае оно несет риск рассмотрения дела в его отсутствие. Ответчик, желающий воспользоваться третейской оговоркой, обязан заявить о своих возражениях в отношении рассмотрения спора судом общей юрисдикции или арбитражным судом до начала рассмотрения дела по существу не позднее дня представления своего первого заявления по существу спора, что установлено в аб. 6 ст. 222 Гражданского процессуального РФ и п. 5 ч. 1 ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Можно сделать вывод о том, что весь механизм процессуально-правового регулирования системно пронизан началами риска, а значительное число действий сторон и участников производства по делу оценивается не с помощью категории «вины», а с использованием конструкции риска¹.

Аналогичный вывод напрашивается и в отношении частного права, в рамках которого риск и меры защиты преобладают над виной и мерами юридической ответственности. В данном случае уместно привести высказывание О.А. Красавчикова о соотношении категорий риска и вины: «Нормы о распределении имущественных последствий по системе риска построены на иных началах, нежели нормы об ответственности за виновное правонарушение; это два различных гражданско-правовых начала. Если последнее требует наличия вины в действиях причинителя вреда, то первое предполагает иные, специфические условия его применения. Возмещение вреда или принятие его на себя на началах несения риска не является формой

¹ Юдин А.В. Категория "риск" в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2014. № 5. С.

гражданско-правовой ответственности»¹. Далее именитый ученый весьма точно определил суть юридических последствий рисков в виде мер защиты права, а также удачно увязал конструкцию риска в качестве элемента состава особого рода юридических фактов: «Последствия несения риска... состоят в том, что лицо должно покрыть ("принять на себя") возникшие в результате случайных обстоятельств убытки". Продолжая свою мысль, он писал: «Юридические основания возложения и перенесения риска - это те юридические факты, с которыми закон связывает возложение или переход обязанности "принять на себя" могущие возникнуть убытки от случайно причиненного (наступившего) вреда»².

На наш взгляд, функциональная роль риска в механизме правового регулирования наиболее точно отражается в его трактовке в качестве элемента состава дефектных юридических фактов, наступление которых вызывает Вестник Банка России. 2004. № 38 Вестник Банка России. 2004. № 38 применение мер защиты права, а не юридической ответственности на началах вины. Данный тезис мы постараемся развить в ходе дальнейшего исследования в рамках настоящей работы.

В Трудовом кодексе РФ напрямую обозначается лишь термин «нормальный хозяйственный риск»³. Несмотря на это, по справедливому мнению А.Ю. Поваренкова, конструкция риска в трудовом законодательстве используется и в не явном виде, что следует из общих принципов трудового права и его отдельных предписаний. Так, содержание отправных начал механизма правового регулирования трудовых отношений о защите от безработицы, об обеспечении права на обязательное социальное страхование свидетельствуют о наличии в нем понятий «риск необеспеченности

¹ Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 413 – 414.

² Там же.

³ Собрание законодательства РФ. 2002. № 1. Ч. 1. Ст. 3; Собрание законодательства РФ. 2018. № 32. Ч. I. Ст. 5108.

(бедности)», «профессиональный риск»¹, «риск работодателя», «риск работника» и др.

При этом в праве социального обеспечения риск рассматривается в качестве особой разновидности социального риска и получает свое законодательное оформление в целом ряде нормативных правовых актов в сфере обязательного социального страхования². Как и в других отраслях российского законодательства, в трудовом праве и праве социального обеспечения риск служит инструментом оценки невиновного поведения субъектов правоотношений, нарушающего правовые предписания, что вызывает, как результат, применение мер социальной защиты и иных средств правовой защиты.

В банковском законодательстве риск представляет собой неотъемлемую характеристику банковской деятельности и выражается в виде вероятности понесения кредитной организацией имущественных потерь и (или) ухудшение ликвидности по причине наступления определенных событий или совершения действий, имеющих неблагоприятный характер. Подобная характеристика банковского риска нашла отражение в Письме Банка России от 23 июня 2004 г. № 70-Т «О типичных банковских рисках»³. Также Банк России в своих официальных документах нормативно-правового характера использует и понятие рыночного риска – например, в Положении

¹ См. подробнее: *Поваренков А.Ю.* Риск в трудовом праве и праве социального обеспечения: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. СПб., 2010. (26 с.).

² См., например: Федеральный закон от 16 июля 1999 года № 165-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) «Об основах обязательного социального страхования» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3686; Федеральный закон от 24 июля 1998 года № 125-ФЗ (в ред. от 07.03.2018) «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3803; последняя редакция опубликована на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 07.03.2018).

³ См.: Вестник Банка России. 2004. № 38.

«О порядке расчета кредитными организациями величины рыночного риска», утвержденном Приказом Банка России № 313-П от 14 ноября 2017 года¹.

Широко известный уголовно-правовой термин «обоснованный риск», получил свое закрепление и законодательное определение в ст. 41 Уголовного кодекса РФ, согласно которой риск признается обоснованным при условии, что поставленная цель не могла быть достигнута посредством иных действий либо бездействий, не связанных с риском, а лицо его допустившее, предприняло все необходимые меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям. Кроме того, риск не может быть признан обоснованным в случаях, если он создает угрозу экологической катастрофы или бедствия, а также, если сопряжен с угрозой для большого числа людей².

Военное законодательство оперирует термином «оправданный служебный риск». В частности последний упоминается в ст. 3 Федерального закона РФ от 12 июля 1999 г. № 161-ФЗ (ред. от 04.12.2006 г.) «О материальной ответственности военнослужащих»³. В данном случае конструкция риска применяется в качестве одного из оснований освобождения военнослужащего от имущественной ответственности. Однако закон развернутого определения оправданного служебного риска не содержит. Военная деятельность реализуется преимущественно в коллективной форме, что делает задачу по поиску конкретных лиц, виновных в определенных нарушениях, достаточно проблемной задачей. Кроме того, объективно наличествующие недостатки у военной техники, риск обращения со взрывоопасными, химическими и иными веществами

¹ См.: Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3682; Собрание законодательства РФ. 2006. № 50. Ст. 5281 Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3682; Собрание законодательства РФ. 2006. № 50. Ст. 5281.

² См.: Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (в ред. от) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

³ См.: Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3682; Собрание законодательства РФ. 2006. № 50. Ст. 5281.

зачастую не может быть Российской газета. 12 января 2002; Российская газета. 14 декабря 2011 года. Б поставлен в вину конкретным военнослужащим. Следовательно, в оценке ряда нарушений законодательства военнослужащими не подлежит оценке с позиции конструкции «вины», ее заменяет понятие риска. Ущерб, причиняемый вследствие действия сил, выходящих из-под контроля отдельного человека, подлежит распределению не на началах вины, а на началах военно-служебного риска. Ярким примером подобного риска выступает ситуация испытания нового вооружения или военной техники, новых военных технологий¹.

Российское природоохранное законодательство также использует понятие риска. Изначально категория экологического риска закреплялась лишь в доктринальных официальных документах, например, в Концепции экологической безопасности. Последняя определяла данное понятие в виде соотношения величины возможного ущерба при воздействии экологического фактора и вероятности негативного варианта реализации этого воздействия.

Впервые термин «экологический риск» был введен в систему российского законодательства Федеральным законом от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ (в ред. от 21.11.2011 г., с изм. от 07.12.2011 г.) «Об охране окружающей среды»². Ст. 1 данного закона содержит определение понятия «экологический риск», согласно которому он представляет собой вероятность наступления события, вызывающего неблагоприятные последствия для окружающей природной в результате негативного воздействия хозяйственной и иной человеческой деятельности, чрезвычайными ситуациями природного либо техногенного характера.

Дальнейшая детализация рассматриваемой законодательной дефиниции осуществляется на подзаконном уровне нормативно-правового

¹ См.: *Мархгейм М.В., Новикова Е.А.* Роль межотраслевой конвергенции в развитии категории «риск» // Научные ведомости БелГУ. Серия Философия. Социология. Право. 2013. №8(151). Выпуск 24. С. 99.

² См.: Российская газета. 12 января 2002; Российская газета. 14 декабря 2011 года.

регулирования. В частности, Постановление Правительства РФ от 6 января 2006 г. «О Федеральной целевой программе «О снижении рисков и смягчении последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера в Российской Федерации до 2010 года» устанавливает дополнительные признаки экологического риска и содержит его классификацию в зависимости от источника экологической опасности на риски, возникающие в результате нарушения технических регламентов деятельности и риски, сопровождающиеся накоплением экологического ущерба¹.

Термин «риск» довольно часто встречается в административном законодательстве, которое использует его в целях перераспределения бремени несения риска между субъектами и участниками государственного управления. На проблему взаимосвязи дефектов и рисков в государственном управлении обратил свое внимание И.В. Понкин, который справедливо отмечает, что в целом ряде нормативных правовых актов содержатся предписания, направленные на анализ и минимизацию рисков в системе государственного управления².

Показательным в этом плане является Федеральный закон от 28 июня 2014 года № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»³, предусматривающий регулирование управленческих отношений между участниками стратегического планирования и программирования социально-экономического развития Российской Федерации и ее субъектов. П. 5 ст. 3 данного законодательного акта определяет прогнозирование в качестве деятельности субъектов

¹ См.: Собрание законодательства РФ. 2006. № 6. Ст. 695; Собрание законодательства РФ. 2010. № 14. Ст. 1650.

² См.: Понкин И.В. Теория девиантологии государственного управления: неопределённости, риски, дефекты, дисфункции и провалы в государственном управлении / Предисловие д.ю.н., проф. А.Б. Зеленцова. М.: Буки-Веди, 2016. (250 с.)

³ Федеральный закон от 28 июня 2014 года № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 26. Ч. I. Ст. 3378.

стратегического планирования по формированию научно обоснованных представлений о различного рода рисках социально-экономического развития страны, об угрозах национальной безопасности, о направлениях, результатах и показателях социально-экономического развития на федеративном, региональном и муниципальном уровнях.

В п. 21 ст. 3 указанного закона употребляется термин «стратегический риск социально-экономического развития». В ст. 7 речь идет в том числе и о «ресурсных рисках», которые должны быть учтены в ходе стратегического планирования. Согласно п. 2 ст. 23 стратегический прогноз Российской Федерации, разрабатываемый на двенадцать и более лет по поручению Президента РФ должен обязательно включать в себя «оценку рисков социально-экономического развития и угроз национальной безопасности Российской Федерации», разработку «оптимального сценария преодоления рисков и угроз с учётом решения задач национальной безопасности Российской Федерации». Одной из задач актов стратегического планирования выступает выявление возможных рисков и угроз, а также принятие надлежащих мер по их предотвращению.

В частности, И.В. Понкин ссылается на ст. 162 Федерального закона от 27.11.2010 № 311-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О таможенном регулировании в Российской Федерации», которая так и называется «Система управления рисками»¹. Отчасти вопрос риска урегулирован и в ч. 1 ст. 74 Федерального закона от 06 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»². Отмечает

¹ См.: Федеральный закон от 27 ноября 2010 года № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 48. Ст. 6252.

² См.: Федеральный закон от 06 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

исследователь и главу 18 «Система управления рисками» Таможенного кодекса Таможенного союза¹.

В рамках механизма правового регулирования рисков в государственном управлении риск определяется как следствие влияния неопределённости на достижение поставленных целей, а также в виде негативных последствий возможного события, независящего от воли отдельных лиц. В ст. 2 Федерального закона от 27 декабря 2002 года № 184-ФЗ «О техническом регулировании» содержится дефиниция риска как «вероятности причинения вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений с учётом тяжести этого вреда»². Данный законодательный акт также предусматривает определенные требования к технической регламентации и стандартизации в отношении ряда рисков.

Термин «риск» использован в ряде государственных стандартов: Национальный стандарт РФ ГОСТ Р 51901.21-2012 от 29 ноября 2012 года «Менеджмент риска. Реестр риска. Общие положения»³; Национальный стандарт РФ ГОСТ Р ИСО/МЭК 31010-2011 от 01 декабря 2011 года «Менеджмент риска. Методы оценки риска»⁴ и др.

И.В. Понкин, проанализировав значительное число нормативных актов в сфере управления, предлагает следующее определение категории «риск в

¹ См.: Таможенный кодекс Таможенного союза / Приложение к Договору о Таможенном кодексе Таможенного союза, принятому Решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС на уровне глав государств от 27 ноября 2009 года № 17) // Собрание законодательства РФ. 2010. № 50. Ст. 6615.

² Федеральный закон от 27 декабря 2002 года № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 52. Ч. I. Ст. 5140.

³ ГОСТ Р 51901.21-2012. Национальный стандарт Российской Федерации. «Менеджмент риска. Реестр риска. Общие положения» / Утверждён и введён в действие Приказом Росстандарта от 29 ноября 2012 года № 1285-ст. М.: Стандартинформ, 2014.

⁴ ГОСТ Р ИСО/МЭК 31010-2011. Национальный стандарт Российской Федерации. «Менеджмент риска. Методы оценки риска» / Утверждён и введён в действие Приказом Росстандарта от 01 декабря 2011 года № 680-ст. М.: Стандартинформ, 2012.

государственном управлении»: «это феномен, характеризующийся неопределённостью (неопределённостями) условий и исхода приложения управленческих воздействий в рамках государственного управления и наличием некоторой реальной вероятности наступления существенных негативных последствий для предметно-объектной области государственного управления, процесса и результатов государственного управления (промежуточно-этапных, инструментальных реперных или конечных), а также для всей системы государственного управления и государства в целом (в том числе в части восприятия и оценки легитимности власти населением)»¹.

Полагаем возможным с учетом изложенного обзора использования термина «риск» в российском законодательстве сделать ряд предварительных выводов:

- риск в отечественном законодательстве преимущественно определяется в качестве вероятности наступления определенных негативных последствий для развития общественных отношений, имущества субъектов, государственного управления и т.п.;

- риск зачастую противопоставляется понятию «вины»;

- в качестве последствий риска закон предусматривает применение специфических средств правовой защиты;

- риск рассматривается в качестве критерия оценки невиновного поведения участников общественных отношений или в составе дефекта человеческой деятельности, государственного управления.

На наш взгляд, подобное относительно «узкое» видение рассматриваемой проблемы не нашло должного отражения в общей теории права. Исследование диалектической связи понятия риска с мерами защиты в праве позволит в перспективе восполнить ряд пробелов в решении вопросов об отграничении категорий «юридическая ответственность» и «защита

¹ Понкин И.В. Указ. Соч. С. 112.

права», «правонарушение» и «объективно противоправное деяние», а также будет содействовать более глубокому пониманию механизма правового регулирования в целом.

К числу *существенных признаков понятия юридически значимого риска в узком значении* следует отнести:

- напрямую связан с человеческой деятельностью и получает юридическую оценку;
- выступает частью функциональной составляющей механизма защиты права;
- представляет собой элемент состава деяния, объективно нарушающего нормы права (например, в случаях нарушения прав с учетом неполной дееспособности лица, причинившего вреда, крайней необходимости, причинения вреда источником повышенной опасности и др.);
- обеспечивает справедливое и законное распределение бремени несения неблагоприятных последствий субъектами правовых отношений, которые обладают возможностью выбора фактических оснований для распределения имущественных, организационных, личностных и иных утрат – учет риска особого вида правомерных действий, риск случая, риск объективно противоправного поведения;
- деяния, нарушающие предписания права и оцениваемые с учетом начал риска, вызывают применение мер защиты права в виде восстановительно-компенсационных средств (реституция, возмещение вреда и т.д.), либо посредством пресекаательно-обеспечительных способов (отказ от дальнейшего исполнения обязательств, удержание вещи);
- в объективном значении предстает в виде потенциальной возможности наступления неблагоприятных последствий (или в виде самих социально-вредных последствий, или в виде определенной степени вероятности их возникновения), вызываемых определенным видом

юридически значимых действий (и в ряде случаев событий), которые не относятся ни к группе правонарушений, ни к правомерным деяниям, занимая своеобразное промежуточное положение;

- в юридической практике используется в рамках отношения «субъект – риск – среда»;

- выполняет аналогичную функцию, что и понятие «вина» в связке «правонарушение – юридическая ответственность», но применительно к оценке дефектных юридически значимых обстоятельств, которые с учетом вероятностного характера могут вызвать негативные последствия, устраняемые посредством уже мер защиты.

Таким образом, категория «риск» может быть определена как закрепленная в законодательстве и применяемая в ходе правовой квалификации информационно-управленческая модель, учитывающая вероятность причинения невиновным поведением субъектов (не правонарушением) социально вредных последствий, позволяющая одновременно наиболее оптимальным способом распределить бременя подобных последствий между участниками правоотношения или третьими лицами. Объективные параметры (свойства) подобных пограничных деяний, находящихся условно между правомерным и виновным противоправным поведением (например, оспоримые сделки, подача иска без оплаты госпошлины), юридически квалифицируются судом или иным правоприменителем (а в законодательстве правотворческим органом) без учета психического отношения субъекта к содеянному.

При этом также следует разграничивать понятия риска и общественной опасности. Последняя есть важнейшая характеристика правонарушения, что позволяет за его совершение устанавливать меры юридической ответственности. Риск же выполняет аналогичную функцию, но применительно к оценке дефектных юридически значимых обстоятельств,

которые с учетом вероятностного характера могут вызвать негативные последствия, устраняемые посредством уже мер защиты.

С учетом изложенного, можно констатировать наличие определённого пробела в общей теории права по вопросу взаимосвязи категорий «риск» и «защита» в общей теории права. Концепцию защиты права предлагается дополнить общетеоретической моделью риска в механизме правового регулирования с опорой на уже имеющиеся достижения по изучению проблемы в отраслевых науках, без чего процесс уяснения сущности механизма юридической защиты представляется неполным и неточным.

В данном случае напрашивается аналогия следующего вида: «вина – правонарушение – юридическая ответственность» и «риск – объективно противоправное деяние – защита права». Объективно противоправное деяние, оцениваемое правом без конструкции «вина» (подача иска без оплаты госпошлины, вынесение необоснованного правоприменительного акта, причинение вреда источником повышенной опасности, издание подзаконного нормативного акта не соответствующего закону, причинение вреда в виду обоснованного риска и др.), должно определяться при помощи категории «риск», а в законодательстве за его совершение должны предусматриваться не меры юридической ответственности, а меры защиты (восстановление нарушенного права, возвращение правового положения лиц в первоначальное состояние, признание правового акта недействительным и др.).

ГЛАВА 3. РИСК КАК ЭЛЕМЕНТ СОСТАВА НЕВИНОВНОГО ЮРИДИЧЕСКИ ЗНАЧИМОГО ПОВЕДЕНИЯ И ДЕФЕКТНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКТА

В современных условиях развития российского общества в юридической литературе категорию «риск» с определенной долей уверенности определяют в качестве системообразующей в механизме частноправового регулирования. По словам В.М. Танаева, риск выступает фундаментальной, базовой категорией частного права, стержнем экономики либерального общества, обязательным условием существования которого предстает свободный рыночный механизм¹. Следует согласиться с подобной оценкой рассматриваемой конструкции. Однако нам представляется необходимым более детальный анализ места и роли данной категории в механизме правового регулирования. Особо следует подчеркнуть связь явления риска с аномалиями, отклонениями и дефектами в механизме правового регулирования.

В отечественном правоведении проблема отклонений, аномалий в праве зачастую рассматривается исключительно в узком формате, и дело ограничивается раскрытием понятия, природы, детерминации и видов правонарушений. Думается, что палитра аномалий в праве и механизме правового регулирования значительно богаче и не сводима лишь к правонарушениям.

Основоположником учения о патологиях в праве в свое время выступил В.Н. Кудрявцев, заслуги которого в изучении обозначенной проблематики трудно переоценить. Именитый ученый фактически сформировал новое по тем временам направление фундаментальных

¹ См.: *Танаев В.М.* Понятие "риск" в Гражданском кодексе Российской Федерации // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С.С. Алексеева. М.: Статут, 2000. С. 9.

исследований в юридической науке. К сожалению, далеко не все его идеи нашли своих продолжателей и последователей. В.Н. Кудрявцеву удалось на прочной методологической базе создать единую теорию юридического конфликта, отклонения в праве и инструментов по их преодолению и разрешению¹.

Одной из важнейших заслуг исследователя выступает обоснование наличия в правовой системе особого рода отклонений от предписаний права, которые не являются правонарушениями, но и не составляют содержание правомерного поведения. В.Н. Кудрявцев ярко и убедительно продемонстрировал диалектическое единство нормы и патологии в механизме правового регулирования. Его перу принадлежит термин «деформированные детали»² в отношении описания последнего. Ученый отмечал, правовая реальность богата на сложные формы юридически значимого поведения и далеко не всегда оно может быть точно оценено по формуле «правомерное – противоправное». Причиной появления аномалий промежуточного характера в механизме действия права В.Н. Кудрявцев полагал расхождение между целью и достигнутым результатом осуществляемой юридической деятельности. К числу отклонений в праве, которые нельзя отнести ни к правомерному, ни к противоправному поведению автор относил разнообразные ошибки в правотворческой деятельности, подачу заявления в суд с дефектом в выборе способа защиты, ошибки в актах официального толкования и т.п. Таким образом, В.Н. Кудрявцев выделил одну из наиболее существенных черт дефектов в правовом регулировании и юридически значимом поведении, позволяющую отличить их от правонарушений.

¹ См.: *Кудрявцев В.Н.* Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука, 1982. 287 стр.; *Юридическая конфликтология* / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1995. (316 с.)

² *Кудрявцев В.Н.* Правовое поведение: норма и патология... С. 214.

Цель реализуемых субъектом юридических действий позволяет отграничить от порой схожих виновных противоправных деяний. Так, дефектное юридическое действие изначально осуществляется с целью достижения правомерного результата в отличие от правонарушения, которое изначально не направлено на достижение социально-полезного результата.

В качестве примера можно рассмотреть обращение гражданина в суд с исковым заявлением, которое преследует цель защиты нарушенных прав данного лица по его изначальному предположению. Однако в процессе подачи иска заявитель не уплачивает государственной пошлины и его заявление суд оставляет без движения. На наш взгляд, данное отклонение от предписаний процессуального права не относится ни к правомерному поведению, ни к противоправному виновному поведению в чистом виде. Оно представляет собой юридический факт с дефектом, который может быть исправлен последующими действиями заявителя, что переведет его в статус правомерного должного поведения. В механизме правового регулирования присутствует на перманентной основе риск возникновения подобных юридических фактов с дефектом, что случается на практике довольно часто. Данную группу фактических обстоятельств нельзя причислить ни к правомерным актам, ни к правонарушениям. Как мы постараемся продемонстрировать далее, группа юридических фактов с дефектом требует иным мер правового реагирования, нежели правонарушения.

Противоправное виновное поведение изначально сопряжено с постановкой субъектом противозаконной цели. К примеру, грабитель планируя насильственный захват чужого имущества, конечно же, не предполагает для этого заключение гражданского договора, а действует с намерениями незаконного завладения имуществом, собственником которого он не является и ему об этом хорошо известно.

Функциональное значение, правовую природу конструкции риска невозможно раскрыть вне процесса юридической квалификации так

называемого «невиновного поведения». Риск служит важнейшим инструментом оценки деяний и событий, которые объективно нарушают предписания права и потенциально несут в себе угрозу возникновения неблагоприятных последствий для личности, общественных отношений или государственного управления, но не могут быть квалифицированы в виде правонарушений.

Как уже ранее отмечалось в рамках первой главы настоящей работы, идея «невиновного поведения» весьма обстоятельно раскрывается в диссертационном исследовании А.М. Хужина. Однако в последнем так и не нашел детального рассмотрения вопрос о риске как элементе состава невиновного юридически значимого поведения.

Автор последовательно рассматривает основные направления правоприменительной деятельности, сопряженные с установлением, квалификацией и доказыванием невиновного поведения на отдельных этапах и стадиях правоприменительного процесса. А.М. Хужин предпринял вполне успешную попытку разграничения противоправного виновного и юридически значимого невиновного поведения. Часть из авторских разработок вполне может быть применена в деле рассмотрения риска в механизме защиты права. Изначально А.М. Хужин занимался разработкой вопросов объективно-противоправного поведения, что нашло отражение в его комплексном диссертационном исследовании¹. В последующем исследователь углубил свои воззрения в рамках концепции невиновного поведения в праве.

Обратим внимание на следующее значимое утверждение автора: «Современная юриспруденция нуждается в познании не только объективно-противоправного поведения, *отличного от правонарушения отсутствием отдельных субъективных элементов*, но и углубленном анализе его

¹ См. подробнее: Хужин А.М. Объективно-противоправное поведение в российском праве: дис. ...канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000.

значимого вида — невиновного поведения, имеющего особую объемную (экстенциональную) сущностную и содержательную правовую основу. Необходимость изучения самого отношения субъекта к совершаемому им деянию, его правовой оценки, как невиновного, а также устранения дисгармонии между осмыслением данного вопроса на общетеоретическом и отраслевом уровне, подтвердили необходимость формирования теории невиновного поведения в праве, претендующей на принципиально иной, новый уровень исследования проблемы»¹.

В концепции невиновного поведения нас интересует факт отсутствия в его составе такого элемента как вина, что справедливо констатирует А.М. Хужин. При этом автор не предлагает точного ответа на вопрос: что же включается взамен вины как субъективной стороны деяния в состав объективно противоправного поведения. На наш взгляд, состав невиновного поведения отличается наличием в нем такого необходимого элемента как риск взамен понятия вины.

Отдадим должное идеям А.М. Хужина, в ряде которых он все же упоминает о случайном, рисковом характере невиновного поведения. К примеру, исследователь правомерно характеризует социальный конфликт, возникающий при невиновном поведении в качестве условно случайного в силу того, что само его возникновение не может быть вменено в вину конкретному лицу².

Второй важный момент, который стоит отметить в концепции А.М. Хужина — это его трактовка невиновного поведения как общетеоретической правовой категории в виде деяния деликтоспособного лица, причиняющего вред охраняемым правом общественным отношениям,

¹ Хужин А.М. Невиновное поведение в праве (общетеоретический аспект): автореф. дис. ...докт. юрид. наук. Н. Новгород, 2013. (54 с.) С. 7.

² См.: Хужин А.М. Невиновное поведение в праве... С. 13.

совершенное без вины и исключаящее применение к лицу мер юридической ответственности¹.

Третьей составляющей рассматриваемой доктрины автора, значимой для понимания риска в качестве элемента невиновного поведения, выступают положения, касающиеся различий механизмов частного-правового и публично-правового регулирования. Психологическая составляющая действия публично-правовых норм на интеллектуально-волевую сферу субъекта права имеет доминирование над объективно-возможным, невиновным поведением. Следовательно, в механизме публично-правового регулирования общественных отношений приоритет получает именно категория вины, отражающая психическое отношение лица к совершенному им противоправному деянию и его последствиям. В механизме частного-правового регулирования на первый план выдвигается не вина как психическое отношение к содеянному, а объективная возможность нарушения правовых предписаний и распределение бремени риска их негативных последствий между сторонами правоотношения. Критерии невиновного поведения с элементом риска законодательно выражаются в таких установках как: необходимая степень заботливости и осмотрительности; разумность; не злоупотребление правом и иных.

Невиновное юридически значимое поведение классифицируется по следующим основаниям:

- по сфере и методам правового регулирования – на невиновное поведение частного и публичного характера;
- в зависимости от типа последствий – на поведение, вызывающее имущественные, организационные, личные негативные последствия;
- в зависимости от возможности исправления его последствий – на исправимое и неисправимое виновное поведение;

¹ Там же.

- по значимости последствий – поведение, влекущее существенные вредные последствия и несущественные;
- по субъектам – невиновное поведение физического или юридического лица, органа государственной власти или должностного лица и т.д.;
- в зависимости от причин и факторов возникновения – на невиновное поведение в силу казуса (случая), в виду непреодолимой силы, добросовестного заблуждения и т.д.;
- в зависимости от средств реагирования на него – невиновное поведение, требующее восстановления права, вызывающее отмену и признание недействительными его результатов, влекущее его приостановление или прекращение.

Основная цель теоретического описания невиновного юридически значимого поведения заключается в необходимости его четкого отграничения от виновного противоправного и правомерного, допустимого или желательного поведения. Это, в свою очередь, позволяет решить эффективным образом задачу по дифференциации средств охраны права на средства защиты от риска невиновного нарушения его предписаний и на меры юридической ответственности за совершение правонарушения как виновного, общественно-опасного и противоправного деяния.

Категория риска вводится в состав невиновного поведения в виду необходимости недопущения либо установления законодательством специфических мер защиты от деяний, объективно нарушающих нормы права и оцениваемых на началах риска, способствует справедливому распределению бремени несения неблагоприятных последствий данных деяний между субъектами права, ориентирует их на повышение собственной внимательности и осмотрительности в социально-правовой жизни.

Следует поддержать точку зрения А.М. Хужина, согласно которой «основным видом государственного принуждения, применяемым за невиновное поведение, являются меры защиты как юридические средства

охранительного характера, направленные на эквивалентное восстановление нарушенных прав лица, применяемые независимо от вины нарушителя»¹. Назначение этих мер сводится к эквивалентному восстановлению потерпевшему понесенных им имущественных и неимущественных потерь, а не наказание видимого причинителя вреда. Между невиновным юридически значимым поведением и правонарушениями проходит достаточно «тонкая» грань, но вполне очевидная для юридической науки и практики. Незаконное нарушение данной грани в ходе правоприменительной деятельности может приводить к наказанию невиновного лица вместо требуемого использования инструментов защиты и восстановления прав потерпевшего лица.

А.М. Хужин, анализируя компонентно-структурную форму невиновного поведения, называет его ряд характерных признаков, позволяющих, по его мнению, отграничивать от других правовых явлений: деликтоспособность его субъекта; противоправность; обязательное наличие вреда; причинная связь между деянием и наступившими вредными последствиями; отсутствие вины причинителя вреда; наличие особых объективных или субъективных обстоятельств².

В целом можно согласиться с описываемой концепцией невиновного поведения А.М. Хужина. Однако не включение в состав невиновного поведения конструкции риска по аналогии с понятием вины как субъективной стороны в составе правонарушения делает ее не вполне точной, что не позволяет до конца раскрыть его роль в механизме правового регулирования.

В качестве особых субъективных или объективных обстоятельств, необходимых для признания юридически значимого поведения невиновным выступают предусмотренные законом или договором случайные события или действия, непреодолимая сила, добросовестное заблуждение одной сторон

¹ См.: Хужин А.М. Невиновное поведение в праве... С. 15.

² См.: Там же. С. 23.

договора, возможное несоответствие психофизиологических качеств субъекта требованиям конкретной правовой ситуации. Перечисляя данные обстоятельства, А.М. Хужин все же не прибегает к обобщающей их категории риска.

В этой связи в целях более полного изучения невинного поведения с элементами риска представляется небезынтересным обращение к понятию «дефектный юридический факт» или «дефектный фактический состав». Последние в некотором смысле предстают в качестве «конкурирующих» понятийных конструкторов по отношению к категории «невиновное поведение». При этом понятие дефектного юридического факта имеет несколько иной аспект рассмотрения общего для них отражаемого объекта. Как известно, юридический факт в классической модели механизма правового регулирования выступает его составной частью. Уже данный нюанс делает понятие «дефектного юридического факта» более точным для отражения места и роли деяний, нарушающих предписания права на началах риска, в механизме правового регулирования.

При общем подходе можно обнаружить, что дефект или сбой есть неотъемлемая составляющая работы любого социального или технического механизма. Вполне очевидна закономерность, согласно которой чем сложнее механизм, тем больше вероятность возникновения дефектов и сбоев в его работе. Структурная и содержательная сложность права и правового регулирования предопределяет значительное число наблюдаемых и выявляемых у них дефектов в ходе научной и практической деятельности. Дефекты присутствуют во всех компонентах и подсистемах механизма правового регулирования. К примеру, можно выделить дефекты норм права, дефекты осуществления актов реализации прав и обязанностей, дефекты правоприменительного акта, дефекты в дееспособности субъектов права и др. особую группу дефектов механизма правового регулирования составляют изъяны его фактических оснований, запускающих его работу,

приостанавливающих его действие или прекращающих его дальнейшее функционирование.

Термин «дефект» в новейшей юридической литературе используется в описании различного рода правовых явлений. При этом большая часть имеющихся работ, направлена на раскрытие проблемы тех или иных дефектов нормативных правовых актов, их структуры, формы и содержания. К примеру, предлагается анализ дефектов понятий и их определений в законодательных актах. Так, М.Д. Хайретдинова характеризует дефекты дефиниций закона как негативные явления нормативно-правовой материи, способные распространять свое отрицательное действие на иные элементы правовой системы. Автор справедливо подчеркивает необходимость приоритетного исследования наиболее значимых дефектов законодательства, влияющих на качество закона в целом¹.

В теории конституционного права предложена достаточно оригинальная понятийная модель «дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений». Под дефектом подобного рода понимается такой изъян конституционной правовой нормы, который вызывает в процессе ее действия нарушение баланса интересов личности, общества и государства. В результате дефект в праве предстает как неэффективность правового регулирования сопряженная с низким качеством нормы права, что неизбежно порождает негативные последствия для регулируемых правом общественных отношений². Аналогичную трактовку дефектов в конституционном праве можно обнаружить в работах О.Е.

¹ Хайретдинова М.Д. Типичные дефекты дефиниций современного российского законодательства и основные пути их преодоления // Юрист-Правоведь. 2008. № 1. С. 8.

² См.: Цыбуляк С.И. Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации : Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Тюмень, 2010. С. 8 – 9.

Кутафина, в которых дефект также определяется в виде качественного недостатка правовой нормы¹.

В науке административного права термин «дефект» применяется в отношении раскрытия природы актов органов управления, содержащих ряд несоответствий по форме, структуре, содержанию или субъектам их издавшим. В.И. Новоселов в своих работах неоднократно обращал внимание на необходимость изучения актов государственного управления с дефектом. Он предложил понимать под дефектным актом государственного управления любой из них, что издан в нарушение требований законности, но такое нарушение является исправимым. Таким образом, В.И. Новоселов вполне обоснованно предложил классифицировать все незаконные акты государственного управления на две группы: исправимые и неисправимые. По его мнению, если акт управления является дефектным, то он подлежит исправлению, в противном случае речь необходимо вести о порочных актах, которые подлежат отмене².

В общей теории одним из первых обратил внимание на необходимость разработки проблемы дефектов в праве Н.А. Власенко. Так, известный ученый, анализируя дефекты системы права, понимает под ними нарушения и деформации логико-структурного изложения нормативно-правовых предписаний, формы права или иных ее элементов. Автором предложена оригинальная классификация дефектов права, в рамках которой им выделены такие их виды, как: противоречие в праве, дублирование норм, пробелы в праве, нерациональность распределения нормативно-правового материала, юридические конструкции с изъянами и иные³.

¹ См.: Кутафин О.Е. Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве // Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве. Lex Russica = Русский закон. 2007. Т. LXVI. № 4. С. 610 – 622.

² См.: Новоселов В.И. Законность актов органов управления. М.: Юрид. лит-ра, 1968. С. 107.

³ См.: Власенко Н.А. Там же. С. 22.

Сам термин «дефект» характеризуется с позиций этимологии латинским происхождением и выступает производным от слова «defectus», означавшего некий изъян или недостаток вещи, явления. К сожалению, в общей теории права понятие дефекта зачастую используется лишь в качестве вспомогательного в ходе анализа юридической деятельности¹, правового акта², юридического документа³ и иных правовых явлений.

В российской правотворческой практике термин «дефектный», как правило, не используется в отношении характеристики того или иного юридического явления. По словам Е.Н. Каменевой, в российском законодательстве термин «дефектный» не употребляется в оценке актов законодательной и исполнительной власти. Не удастся обнаружить примеров его законодательного приложения к описанию фактических обстоятельств, имеющих юридическое значение. Взамен правотворческие органы достаточно активно вводят в текст нормативных правовых актов следующую терминологию: «неправомерный», «незаконный», «недействительный», «недействующий», «противоправный» и др.

Думается, что идея законодательного использования понятия «дефектный правовой акт»⁴ заслуживает поддержки и одобрения, что позволит законодательно закрепить различие между противоправным виновным и дефектным невиновным нарушением предписаний права.

Несмотря на доминирование в отечественной юриспруденции теоретических работ по дефектам законодательства, полагаем не менее важной проблему дефектов юридических фактов и их составов. В общей

¹ См., например: *Карташов В.Н.* Профессиональная юридическая деятельность (вопросы теории и практики): Учебное пособие. С. 46; *Чувакова Л.А.* Причины и условия ошибочной юридической деятельности (проблемы методологии): Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2004.

² См.: *Каменева Е.Н.* Дефектные акты органов законодательной и исполнительной власти. Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2002.

³ См.: *Каргин К.В.* Юридические документы. Дисс. ...канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004. С. 156-192.

⁴ См.: *Каменева Е.Н.* Указ. соч. С. 93-94.

теории права родоначальником учения о дефектных фактах является В.Б. Исаков. Именно ему впервые удалось не только постановка проблемы дефектности фактических обстоятельств в механизме правового регулирования, но и ее частичное решение. Так, исследователь обобщил накопленные на тот момент отраслевые юридические знания о дефектных юридических фактах и ввел в понятийные ряды теории права категории «дефектный факт» и «дефектный фактический состав»¹.

Раскрывая процесс детерминации данной группы юридических фактов, В.Б. Исаков назвал две основополагающие причины появления свойства дефектности факта:

- скрытое перерождение юридических фактов;
- их фальсификация².

Однако, нам представляется, что сфальсифицированный правовой документ или иной юридический факт следует оценивать в качестве акта правонарушения, а не в виде собственно дефектного юридического факта. Как правило, действия, направленные на фальсификацию юридических документов влекут за собой привлечение к той или иной разновидности юридической ответственности. Дефектные же факты, и в том состоит их ключевая особенность, вызывают меры защиты права. Кроме того, фальсификация юридических фактов осуществляется с заведомо противозаконной целью, что ранее отмечалось нами в качестве черты правонарушения, которое следует четко отграничивать от дефектных фактических обстоятельств, характеризующихся невиновным поведением субъектов права. По сути, в ходе фальсификации юридический факт отсутствует, его не существует, либо за него пытаются выдать совершенное иные фактические обстоятельства, примером чего могут выступать подделка

¹ См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М.: Юрид. лит-ра, 1984; Он же. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов: Изд-во СГУ, 1980.

² См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве... С. 130-131.

документа удостоверяющего личность посредством внесения в него недостоверных данных о дате его выдачи, сроке действия, субъекте и т.д.

Дефектность фактических обстоятельств в качестве причины ее появления может иметь и ошибки, непреднамеренные заблуждения, допускаемые в ходе юридически значимой деятельности. При этом подчеркнем, что проблема дефектных юридических фактов имеет иной ракурс рассмотрения отмеченных явлений. Кроме того, далеко не все ошибки в юридической деятельности могут быть оценены в качестве дефектного юридического факта, а лишь те из них, что имеют значительные негативные последствия, совершены непреднамеренно и могут быть либо исправлены, либо подлежат отмене в отношении юридического документа, как их письменного носителя.

Отдавая должное трудам В.Б. Исакова по вопросам юридических фактов, все же приходится констатировать, что им так и не была создана целостная концепция дефектных юридических фактов. Многие его идеи получили творческое развитие в специальном исследовании свойства дефектности юридических фактов в диссертационной работе В.М. Муругиной, а также в ее совместной монографии с А.А. Воротниковым¹.

Авторами дается вполне убедительная и достаточно развернутая характеристика понятия и признаков дефектного юридического факта, которая может быть взята за основу и для нужд настоящего исследования.

В качестве родового признака анализируемой категории обоснованно и логично избрана категория юридического факта. Однако далеко не все признаки присущие юридическому факту свойственны дефектным фактам, на что обращается внимание А.А. Воротниковым и В.М. Муругиной.

¹ См. подробнее: *Муругина В.В.* Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010; Воротников А.А., *Муругина В.В.* Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы. Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО "СГЮА", 2011. (192 с.).

Характерными признаками дефектного юридического факта могут быть признаны его следующие свойства.

1. По своей модели или составу дефектный факт не соответствует определенным предписаниям права, содержит отклонение от требований законодательства. В этой связи В.Б. Исаков отмечает: «Дефектность юридического факта имеет в своей основе дефектность социально-юридической ситуации. Дефектной следует считать такую ситуацию, в которой отсутствуют некоторые необходимые признаки либо наличествуют иные не предусмотренные законодательством»¹.

2. Дефектный факт выступает нарушением правопорядка в обществе или своеобразной угрозой подобного нарушения. Однако не всякое нарушение правопорядка есть дефектный юридический факт. Во-первых, правонарушения составляют отдельную группу отклонений от правовых предписаний, о чем мы уже упоминали ранее. Во-вторых, дефектными следует признавать лишь те объективные нарушения права, которые вызывают существенные негативные последствия. Незначительные отклонения от предписаний норм права, за совершение которых не предусмотрено применение мер защиты, вряд ли стоит относить к группе анализируемых фактов.

3. Цель деяния, составляющего дефектный юридический факт, изначально является правомерной. Также в его составе отсутствует такой элемент как вина, что позволяет отличать его от правонарушений.

4. Обязательным элементом состава дефектного юридического факта выступать юридическая конструкция риска того или иного вида. Данный элемент занимает место конструкции вины, присутствующей в составе правонарушения. В ходе юридической квалификации дефектного юридического факта элемент риска подлежит обязательному установлению.

¹ Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. С. 118.

5. Дефектный юридический факт отличается тем, что в его составе наряду с элементом риска один из иных компонентов не соответствует модели, содержащейся в норме права. К примеру, имеется дефект субъектного состава, формы заключения договора, нарушение порядка принятия правоприменительного акта и т.д.

6. В качестве своего последствия дефектный юридический факт вызывает применение мер защиты права, а не юридической ответственности в случае совершения правонарушения. Например, недействительный договор может повлечь за собой такие меры защиты как реституция, восстановление сторон в прежнее состояние. Дефектные правоприменительные акты в области государственного управления подлежат отмене, прекращению или приостановлению их действия.

С учетом изложенного, полагаем возможным предложить уточненную дефиницию *понятия дефектного юридического факта* как особого вида юридических фактов, содержащего в своем составе юридическую конструкцию риска и дефект одного из иных элементов (субъекта, объекта, формы, объективной стороны), при наступлении которого следует применение мер защиты права в виде санкций недействительности, приостановления, прекращения и восстановления права.

Далее обратимся к вопросу о классификации дефектных юридических фактов с элементом риска. Наиболее значимыми в теоретическом и практическом аспектах нам представляются следующие основания для деления их на виды:

- по функциональной роли в механизме правового регулирования – на вызывающие приостановку его действия (например, подача иска без оплаты государственной пошлины) и влекущие прекращение его работы (например, издание незаконного акта государственного управления в нарушение Конституции или закона);

- по критерию исправимости – на исправимые и неисправимые дефекты факта;
- по предмету правового регулирования – на дефектные факты конституционного, гражданского, административного, уголовного, семейного и иных отраслей права;
- по методу правового регулирования – на подлежащие исправлению в императивном (необоснованный и незаконный судебный акт) и диспозитивном порядке (дефектный договор в случае оспоримости);
- по месту в составе юридического факта – на дефекты формы, содержания, объекта, субъекта и т.д.;
- по волевому характеру – дефекты-события и дефекты-действия;
- в зависимости от стадии обнаружения – на юридические дефекты в составе факта явные и скрытые;
- по источнику возникновения – на дефекты, вызванные внешними факторами (недостаточной финансовой обеспеченностью правовых механизмов, неграмотностью лиц, применяющих право, политической нестабильностью и др.) и дефекты, имеющие собственную юридическую природу, обусловленные, например, несовершенством юридической техники, внутрисистемными коллизиями правовых предписаний, вынесением незаконного правоприменительного акта и др.

Согласимся с утверждение В.М. Муругиной о том, что дефекты юридического состава в механизме правового регулирования имеют немаловажное значение, а по своей численности в реальной правовой жизни они не уступают совершаемым правонарушениям, наделены целом рядом негативных свойств, вызывающих либо приостановление действия правового регулирования, либо его прекращение, а также иные сбои в процессуальной части механизма действия права, посягают на права и законные интересы субъектов права, вызывают нарушение баланса интересов личности, общества и государства. нарушение прав участников правоотношений и

другие последствия. «Вредоносный потенциал правовых дефектов в большинстве случаев меньше, чем у правонарушений, но для надлежащего функционирования механизма правового регулирования своевременное обнаружение дефектов, адекватное реагирование на них в целях минимизации или устранения вызываемых ими негативных последствий также выступает одной из важнейших практических и теоретических задач в юридической сфере жизни общества»¹.

Подводя итог, следует отметить, что дефектные юридические факты составляют самостоятельную группу фактических составов, имеющих юридическое значение, наряду с правомерными и противоправными деяниями. Их обязательным элементом выступает юридическая конструкция риска, которая позволяет в рамках механизма правового регулирования в ряде случаев исправить дефекты фактического состава, либо обеспечить своевременное прекращение работы указанного механизма, либо приостановить ее, а также обеспечивает оптимальное перераспределение рисков несения неблагоприятных последствий объективного нарушения права между участниками общественных отношений. При этом следует четко разграничивать категории «дефект юридический факт» и «правонарушение».

Важнейшим отличием состава дефектного юридического факта от состава правонарушения является наличие в первом элемента риска, а во втором конструкции вины.

¹ См. Муругина В.В. Указ. соч. С. 89.

ГЛАВА 4. МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ПРАВА ОТ ЕГО НАРУШЕНИЙ НА НАЧАЛАХ РИСКА: ОТРАСЛЕВОЙ И СТРУКТУРНО-ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Актуальность рассмотрения вопросов правового механизма защиты от юридически значимых социальных рисков обусловлено нарастающей напряженностью как на международной арене, так и внутри российского общества в последние годы. При этом качество законодательства, устанавливаемых в нем различного рода правовых механизмов зачастую оставляет желать лучшего. Совершенно справедливо Н.А. Власенко отмечает особую значимость проблемы качественного состояния механизмов правового регулирования в современном российском обществе: «Кризис, охвативший мировую систему, несомненно, проявляется в России и ее правовой системе. Эффективность правового регулирования падает, роль законотворчества и закона снижается. К сожалению, проблема качества правовых механизмов пока не стала объектом комплексного исследования юридической науки. Между тем кризисные тенденции в праве приобретают системный характер, охватывают все новые моменты и грозят стать серьезной девальвацией данного института, без которого цивилизованное общество существовать не может»¹.

В теории права практически не изученными остаются вопросы специфики механизма защиты права от невиновного нарушения его норм на началах риска, его структуры и выполняемых им функций. В целом проблеме защиты права от разнообразных его нарушений уделяется недостаточное внимание в трудах теоретиков права, в которых преобладает освещение преимущественно вопросов юридической ответственности. По настоящий

¹ Власенко Н.А. О кризисных тенденциях в праве // Юридическая техника. Ежегодник. № 8. «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника». Н. Новгород, 2014. С. 40 (с. 40 - 45); Он же. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 43 – 54.

момент в науке теории права отсутствует единообразное понимание соотношения мер защиты и ответственности в праве. Думается, что разрешению отмеченных проблем будет способствовать во многом теоретическое рассмотрение в диалектической взаимосвязи защиты права и юридической конструкции риска.

В рамках механизма гражданско-правового регулирования риск и меры защиты от его последствий зачастую рассматриваются в научной литературе по аналогии с уголовным и трудовым правом, что представляется неверным ввиду не учета отраслевой дифференциации средств правовой защиты. Вопросы относительно понимания сущности, содержания и практического применения категории риска в современном гражданском праве не находят единообразного разрешения и остаются чрезвычайно актуальными по настоящий момент. Нами отстаивается позиция, согласно которой риск не следует трактовать в качестве особого основания применения мер гражданско-правовой ответственности. Следует согласиться с позицией А.Г. Мартиросяна о том, что «риски не должны определяться в гражданском праве через категорию психического отношения к совершаемым действиям и к наступившим либо возможным последствиям»¹.

Можно подвергнуть критике точку зрения, согласно которой производится частичное смешение понятий риска и вины в гражданско-правовом регулировании. К такому выводу нас приводит анализ критериев и содержания отраслевого механизма распределения договорных рисков. В итоге полагаем необходимым подразделять общетеоретическую модель механизма защиты права от рисков на две подсистемы: публично-правовую и частноправовую.

Следует подчеркнуть, что проблематичность вопроса о соотношении риска и юридической ответственности обусловлена не только

¹ Мартиросян А.Г. Категория риска в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Специальность 12.00.03. М.: ФГБОУ ВПО «Российский университет дружбы народов», 2014. С. 7.

неоднозначным пониманием категории риска в общей теории права и отраслевых юридических науках, но и дискуссионностью проблемы разграничения мер защиты в праве и юридической ответственности.

Мы придерживаемся утверждения о необходимости четкого разграничения мер защиты и правовой ответственности, что позволяет вывести из структуры механизма защиты права от невиновного поведения правового наказания и иных мер юридической ответственности.

С учетом анализа системы гражданского законодательства и судебной практики в области защиты от рисков в работе раскрывается специфика предпринимательского риска, а также основные способы его правового распределения. В рамках частноправовой подсистемы механизма защиты от негативных последствий невиновного поведения обосновывается наличие критерия экономической целесообразности и принципа справедливости в нормативной регламентации распределения нежелательных последствий риска. При этом критерий экономической целесообразности выражается в распределении последствий риска на того субъекта права, от которого в наибольшей степени зависит наступление или ненаступление неблагоприятных последствий. Наряду с экономической целесообразностью раскрывается сущность и содержание критерия защиты социально значимого интереса, обозначающего принцип возложения неблагоприятных последствий на экономически и юридически более сильную сторону правоотношения.

Механизм защиты от рисков в праве также базируется на постулате о недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, что одновременно не означает устранения государства от определенных форм вмешательства в частноправовую жизнь.

В качестве *основных способов частноправовой составляющей механизма защиты права от рисков* можно выделить:

- конструкцию юридического лица;

- установление принципа вины при применении мер юридической ответственности при преобладании в частном праве мер защиты, реализуемых на началах риска;
- ограничение размера восстановления права от негативных последствий риска реальным ущербом;
- установление очередности исполнения обязательств;
- возложение убытков на третьих лиц, не являющихся сторонами данного правоотношения, включая добровольное страхование рисков;
- государственную компенсацию и защиту социально значимых интересов лиц, пострадавших от юридических рисков (например, в ходе банкротства банка выплачивается гарантированная часть вклада при участии государства);
- распределение последствий риска среди участников правоотношения с учетом наличия или отсутствия слабой стороны в нем;
- процедурные средства, гарантирующие дополнительную защиту от рисков (например, государственная регистрация прав, нотариальное удостоверение сделки, обязательная письменная форма сделки и т.д.).

Представленный перечень средств частноправовой защиты от рисков не является исчерпывающим в силу преимущественно диспозитивного характера правового регулирования в обозначенной сфере.

Обращаясь к отраслевой специфике механизма защиты в трудовом праве, следует отметить его двойственную частно-публичную природу, базирующуюся на диалектическом сочетании инструментов защиты частных и публичных интересов от рисков в правовом регулировании трудовых отношений. В рамках трудового права, наряду с уголовным, в механизме защиты устанавливается критерий обоснованности риска в целях стимулирования трудовой профессиональной активности. Как следствие, наличие обоснованного риска в составе деяния, исключает дисциплинарную и материальную ответственность работника. В гражданском праве, напротив,

его субъекты и участники реальных гражданских правоотношений не нуждаются в дополнительном стимулировании их активности в гражданском обороте, что не требует градации понятия риска в этой сфере на обоснованный и необоснованный. Риск в гражданском праве является имманентно присущим гражданскому обороту, что предполагает наиболее широкий инструментарий по защите от него в процессе гражданско-правового регулирования.

В трудовом законодательстве прямо обозначен лишь один вид юридически значимого риска – нормальный хозяйственный риск. Как верно отмечается в литературе, понятие «работодательский риск» в Трудовом кодексе РФ не закреплён. Однако из содержания его положений правомерным будет вывод о наличии конструкции подобного риска в ряде статей Трудового кодекса РФ¹.

В качестве общетеоретического обобщения представляется необходимым сделать вывод о том, что в рамках отдельных отраслей российского права формируются и действуют собственные механизмы правового распределения рисков в рамках общей структуры защиты права. Подобное обстоятельство порождает ряд существенных расхождений в понимании природы риска и защиты от его последствий в ряде отраслевых правовых наук, что дополнительно актуализирует общетеоретические исследования в праве обозначенных вопросов.

В качестве основных способов защиты от рисков в трудовом праве выступают:

- меры защиты от безработицы;
- обязательное социальное страхование;
- возмещение вреда, причиненного работнику в ходе его трудовой деятельности;

¹ См. подробнее: *Поваренков А. Ю.* Риск в трудовом праве и праве социального обеспечения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Специальность 12.00.05. СПб., 2010.

- меры защиты от профессионального риска и др.

Подлежит также критической оценке излишне широкое понимание социального риска в праве социального обеспечения.

С учетом отраслевых особенностей средств защиты от рисков в праве представляется возможным сформулировать общетеоретическое обобщение следующего характера. *В подсистеме частного права юридическая конструкция риска преимущественно используется в целях установления субъекта, несущего неблагоприятные последствия собственной или чужой невиновной деятельности. В рамках же публично-правовой защиты от рисков конструкция последнего применяется для установления последствий поведения самого действующего субъекта права. Риск же квалифицируется ввиду необходимости исключения юридической ответственности для лица, действовавшего в условиях обоснованного риска. Понятие риска в частном праве ориентировано преимущественно на законное и справедливое распределение негативных последствий риска. При этом наблюдается диалектическая связь между средствами защиты частного и публичного права, их взаимодополнение. Так, например, исключение преступности деяния ввиду наличия обоснованного риска, не является обстоятельством, освобождающим от компенсации вреда или ущерба в гражданско-правовом порядке, что свидетельствует о наличии связей между рассматриваемыми правовыми средствами и объединении их в единый механизм защиты права от рисков.*

На основе анализа публично-правовых отраслей российского права в числе специфичных публично-правовых средств защиты от рисков можно выделить следующие:

- государственные льготы, компенсации, выплаты и иные гарантии;
- систему обязательного страхования рисков (государственные социальные фонды и др.);

- исключение юридической ответственности в виду обоснованного риска в уголовном и административном праве;
- преимущественное возложение бремени несения рисков на государство и его органы в качестве сильной стороны правоотношения в ряде социальных сфер и в области государственного управления.

Определенные особенности присущи средствам защиты от рисков в российском процессуальном праве.

Сущность и функциональную природу конструкции риска в механизме защиты процессуального права весьма точно характеризует А.В. Юдин: «Риск не может быть упразднен на основе властной резолюции законодателя; указание закона на риск - это отражение объективных закономерностей, присущих процессу. ... "отмена" риска будет означать не его устранение, а просто перераспределение иным образом между субъектами процесса. Риск нарушения прав одного субъекта трансформируется в риск нарушения прав другого лица. Так, если мы скажем, что для истца слишком высок риск невозможности отказа от иска, то мы породим риск для ответчика, который уже не сможет полагаться на бесповоротность данного распорядительного действия и станет заложником ситуации, в которой истец может "передумать"; снятие с лица, участвующего в деле, риска принятия мер по получению судебной корреспонденции по адресу его регистрации под предлогом того, что лицо может в действительности и не жить по данному адресу, породит риск отмены судебного акта, который будут вынуждены принять на себя суд, вынесший решение, и лицо, в пользу которого оно состоялось. Таким образом, позитивная роль риска в том, что с его помощью обеспечивается справедливый баланс интересов участников процесса»¹.

В целом в юридической литературе отмечается в качестве доминирующего средства предотвращения рисков в процессуальном праве

¹ Юдин А.В. Категория "риск" в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2014. № 5. С. 13.

разъяснение судом юридических последствий совершения или несовершения определенных процессуальных действий участникам процесса. Еще одним инструментом минимизации процессуальных рисков признается отказ, т.е. предусмотренная законом возможность отказаться от ошибочно совершенного процессуального действия в целях недопущения негативных последствий. В одном из актов официального толкования Высшего Арбитражного Суда РФ было дано разъяснение, согласно которому у лица имеется право отказаться от сделанного им ранее признания тех или иных обстоятельств дела до момента объявления председательствующим в арбитражном суде первой инстанции окончательным рассмотрения дела по существу¹.

На наш взгляд, проблема риска в процессуальном праве весьма тесно связана с обеспечительными процессуально-правовыми средствами. В числе важнейших из них можно назвать приостановление действия правового акта. В свою очередь, полагаем правомерным включать инструменты обеспечения иска, заявленного требования в качестве составной части системы защиты права от рисков. Подобная позиция находит подтверждение и в ходе сложившейся судебной практики. К примеру, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 мая 2012 года № 14465/11 по делу № А47-10563/2010, напрямую увязываются обеспечительные меры и юридическая конструкция риска. В указанном Постановлении Президиум ВАС РФ установил, что подача обществом ходатайства о приостановлении исполнения судебного акта до завершения кассационного рассмотрения, подача судебному приставу-исполнителю заявления об отложении исполнительных действий, а также внесение на депозитный счет суда суммы, подлежащей взысканию с него, свидетельствуют о принятии данным обществом достаточных мер в

¹ См.: Информационное письмо ВАС РФ от 22 декабря 2005 года № 99 "Об отдельных вопросах практики применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 2006. № 3. С. 146.

целях устранения возможных негативных последствий риска неисполнения им судебных актов, вступивших в силу¹.

Таким образом, риск в механизме процессуально-правового регулирования выполняет аналогичные функции по установлению юридически значимого невиновного поведения субъектов права в целях минимизации посредством защитного инструментария его негативных последствий.

С принятием Кодекса административного судопроизводства РФ в юридической литературе стала активно дискутироваться проблема мер предварительной защиты в административном судопроизводстве. При этом в ряде трудов отечественных правоведов отмеченные правовые средства также соотносятся с конструкцией правового риска. Например, М.Ю. Старилов следующим образом рассматривает данную связь: «Лицо, заявляющее административный иск, может своими активными действиями по предварительной защите свести к минимуму риск негативного влияния оспариваемого неправомерного акта (решения, действия, бездействия) органа публичной власти на его права и законные интересы в течение всего времени, пока длится судебный процесс. Меры предварительной защиты по административному иску применяются судом по заявлению истца и содержат запреты, ограничивающие определенные действия органов публичной власти или исполнение принятых ими актов, либо предписания, обязывающие их совершить определенные действия или принять конкретное решение»².

Предварительная защита выступает своеобразной гарантией восстановления нарушенного материального права лица, позволяя одновременно нивелировать риск превращения в фикцию такого

¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2012 года № 14465/11 по делу N А47-10563/2010 // Вестник ВАС РФ. 2012.

² Старилов М.Ю. Актуальные проблемы судебной практики применения мер предварительной защиты по отдельным категориям административных дел (на примере Воронежской области) // Журнал административного судопроизводства. Научно-практическое издание. 2018. № 1. С. 54 – 55.

материального права в результате продолжения действия оспоренного административного акта. Другими словами, средства предварительной защиты являются инструментом страхования от риска непоправимых вредных последствий незаконного правового акта, которые создают риск затруднения или невозможности полноценного восстановления нарушенных прав данным актом и ставят под угрозу само будущее исполнение судебного решения.

По вопросам судебной практики применения мер предварительной защиты в рамках административного производства Пленумом Верховного Суда РФ был дан целый ряд разъяснений обобщающего характера, что позволило в итоге конкретизировать действующие нормы Кодекса административного судопроизводства РФ, касающиеся мер предварительной защиты¹. Кроме того, согласимся с утверждением М.Ю. Старилова о том, что судебная практика явственно демонстрирует нам образование сферы общественных отношений, нуждающихся в дополнительном правовом регулировании. При этом обнаруживает себя проблема практической реализации мер предварительной защиты следующего рода. Так, судьи зачастую по административному иску не используют принцип активной роли суда и лишь высказывают свое мнение о возможности либо невозможности применения конкретных мер, испрашиваемых заявителем. Подобная

¹ См., например: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 года № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11 (ноябрь); Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2016 года № 64 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении судами дел, связанных с приостановлением деятельности или ликвидацией некоммерческих организаций, а также запретом деятельности общественных или религиозных объединений, не являющихся юридическими лицами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 2 (февраль); Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 ноября 2015 года № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 1 (январь); Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 марта 2016 года № 11 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5 (май).

практика справедливо вызывает критику в силу ст. 85 Кодекса административного судопроизводства, разрешающей суду применять различные инструменты предварительной защиты, а при необходимости даже несколько мер одновременно, за исключением случаев прямого запрета данным Кодексом принятия мер предварительной защиты по отдельным категориям административных дел¹.

В рамках административного судопроизводства наиболее часто применяются следующие средства предварительной защиты: приостановление исполнительного производства; приостановление действия постановления об ограничении права; приостановление действия решения о не разрешении въезда на территорию страны; приостановление действия иных решений органов государственной власти, оспариваемых административным истцом. В целом же законодательные новеллы в области административного судопроизводства оцениваются весьма положительно, что говорит об определенной степени эффективности мер предварительной защиты по противодействию процессуальным рискам. Так, М.Ю. Старилов приходит к следующему обоснованному выводу: «...результат рассмотрения судебной практики применения мер предварительной защиты по административному иску показывает, что институт мер предварительной защиты в административном судопроизводстве работает, обеспечивая достижение задач административного судопроизводства»².

С позиции общей теории права полагаем возможным сделать обобщение, согласно которому меры предварительной защиты используются в целях минимизации риска возможных негативных последствий невиновного нарушения процессуальных норм. При этом одной из ведущих мер такой защиты выступает санкция приостановления в процессуальном

¹ См.: *Старилов М.Ю.* Указ. соч. С. 57.

² Там же. С. 59.

праве, которая функционально призвана обеспечить должную работу механизма процессуально-правового регулирования.

Наш предварительный вывод о применении мер предварительной защиты и мер обеспечения в качестве средства реагирования на невиновное юридически значимое поведение с элементами процессуального риска подтверждается и рядом высказываний теоретиков административного права. Например, А.Б. Зеленцов пишет: «... меры защиты и обеспечения применяются не только в связи с правонарушением, но и вне зависимости от него. ... Цель этих мер – не осуждение и наказание лица, а предотвращение и (или) пресечение его противоправного поведения для обеспечения нормального хода судебного процесса и порядка в судебном заседании. Применение обеспечительных мер не предполагает необходимости устанавливать вину лица, к которому эти меры применяются»¹. Развитие административного судопроизводства автор увязывает с необходимостью усиления гарантий прав частных лиц на возмещение ущерба, причиненного незаконными актами органов публичной власти. Следует поддержать позицию А.Б. Зеленцова о возможности соединения в рамках административного иска сразу двух требований: о признании ненормативного правового акта недействительным и о возмещении вреда, причиненного таким актом частному лицу. Для этого исследователь предлагает внести соответствующие изменения в Кодекс административного судопроизводства РФ. Подобные меры защиты автор именует правовосстановительной ответственностью, что, на наш взгляд, не вполне точно.

Согласимся с А.Б. Зеленцовым в том, что мерами по защите от рисков возможного причинения вреда незаконными актами государственной власти выступают отмена или изменение акта, признание их недействующими,

¹ Зеленцов А.Б. Ответственность в судебном административном праве // Журнал административного судопроизводства. Научно-практическое издание. 2018. № 1. С. 22 – 23.

принудительное исполнение обязанности. Они действительно позволяют восстановить нарушенное право. Однако как отмечает и сам автор: «Специфика реализации этой ответственности состоит в том, что ее меры применяются независимо от того, виновен или не виновен в нарушении субъективных прав и законных интересов субъект, принявший решение или совершивший действие (бездействие)»¹. Представляется, что речь идет об использовании конструкции риска взамен понятию вины в ходе применения так называемых средств «правовосстановительной ответственности». Все же полагаем более точным именовать их мерами защиты права от невиновного поведения или его результатов в виде незаконных правовых актов, оцениваемых на началах риска. При этом риск несения неблагоприятных последствий принятия отмеченных незаконных актов государственного управления действующее российское законодательство совершенно справедливо возлагает на государство.

Согласимся также и с утверждением о необходимости принятия специального закона о возмещении вреда, причиненного органами государственной власти², что позволит усилить защиту прав частных лиц от рисков дефектных правовых актов управления. Такой закон позволил бы регламентировать ряд вопросов имущественного возмещения вреда государством, детально определить основания и способы защиты прав граждан от неправомерных действий органов публичной власти.

Проблема в теории сводится преимущественно к выбору терминологического наименования инструментов правового реагирования на невиновное нарушение права. В цитируемой ранее работе А.Б. Зеленцов к мерам защиты от невиновного поведения относит и санкцию недействительности в отношении актов государственного управления, что составляет, на наш взгляд, важный момент в рассмотрении целостного

¹ Зеленцов А.Б. Указ. соч. С. 21.

² Там же. С. 20.

механизма защиты от рисков в праве. Расхождение позиций наблюдается в отношении терминов «защита права» и «правовосстановительная ответственность». Еще в советской юридической литературе И.С. Самощенко и М.Х. Фарукшин именовали санкции защитного характера от невиновного нарушения права юридической ответственностью. Так, они подчеркивали: «И история, и традиция, и действующий закон, и практика считают юридической ответственностью также применение правовосстановительных санкций за невиновное, объективно-противоправное поведение»¹.

Позволим себе оспорить столь авторитетное мнение, что обусловлено нашим стремлением подчеркнуть разницу между инструментами реагирования на виновное противоправное деяние (правонарушение) в виде мер юридической ответственности и средствами противодействия невиновному нарушению права с элементами риска в виде мер защиты права. Не отрицая диалектической связи между двумя указанными основными группами инструментов по противодействию всякому виновному и невиновному нарушению нормативных правовых предписаний, предлагаем в качестве объединяющей для них категории не юридическую ответственность, а охрану права. Последняя, как раз, и подразделяется нами на меры защиты и меры юридической ответственности. Главное же заключается в том, что и в науке административного права достаточно широко признается наличие специфики средств правового реагирования на невиновное нарушение права, что теоретически описывается посредством их выделения в особую группу средств охраны права. Как показал краткий анализ административно-процессуального законодательства к их числу относятся, в первую очередь, санкции приостановления действия и санкции отмены (признания недействующими) незаконных правовых актов государственного управления.

¹ Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971. С. 44.

В свете рассматриваемых проблемных вопросов представляет интерес и тот факт, что термин «меры предварительной защиты» является относительно новым для науки административного права. В качестве альтернативы понятию «обеспечительные меры», используемому в Гражданском процессуальном кодексе РФ и Арбитражном процессуальном кодексе РФ, законодатель закрепил в Кодексе административного судопроизводства РФ термин «меры предварительной защиты по административному иску». Кодекс административного судопроизводства РФ оставляет открытым перечень указанных мер. Повторимся, что на практике же преимущественно применяются санкции приостановления деятельности и приостановления действия оспариваемого акта.

Подобная законодательная новация практически сразу же стала популярной темой в трудах теоретиков административного права. В результате научных исследований предлагается следующая дефиниция анализируемого понятия: «Предварительная судебная защита в современном понимании – это процессуально-правовой механизм предотвращения наступления негативных результатов (правовых или материальных последствий) для административного истца, ликвидация «угрожающей опасности» как для субъекта, так и для обеспечения порядка в сфере административных и иных публичных правоотношений»¹. Схожие интерпретации природы мер предварительной защиты содержатся в ряде работ и других авторов².

¹ *Старилов М.Ю.* Меры предварительной защиты по административному иску в российском административном процессуальном праве : отдельные вопросы теории и правоприменения // Административное право и процесс. 2017. № 7. С. 44–53.

² См., например: *Ерофеева Е.В.* Меры предварительной защиты по КАС РФ и их соотношение с обеспечительными мерами АПК РФ // Вестник Удмуртского университета. Серия Экономика и право. Т. 26. Выпуск 3. С. 88 – 92; *Лунарев Е.Б.* Особенности применения мер предварительной защиты по административному иску к иностранным гражданам и организациям // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2018. № 1(32). С. 118 – 124; *Ястребов О.А.* меры предварительной защиты как институт административного судопроизводства. 2016. № 12. С. 12 – 13 и др.

В данном определении мы обнаруживаем термины «механизм предотвращения негативных результатов» и «ликвидация угрожающей опасности», которые свидетельствуют о его близости с нашей позицией о выделении конструкции риска в качестве элемента фактического состава невиновного нарушения права, вызывающего применение мер юридической защиты. При этом основаниями для принятия мер предварительной защиты согласно Кодексу административного судопроизводства являются:

- существование явной опасности нарушения прав, свобод и законных интересов истца или неопределенного круга лиц, в интересах которых подано административное исковое заявление;

- предположительное наличие невозможности или затруднительности обеспечения защиты прав и законных интересов истца без принятия подобных мер.

В общей теории права нам удалось обнаружить лишь одно специальное монографическое исследование, посвященное проблеме мер правового реагирования на невиновное нарушение права. Речь идет о ранее нами уже цитируемой диссертации А.М. Хужина. Как полагает сам автор, ему удалось сформулировать в теории модель средств и методов, оказывающих правовое воздействие на невиновное нарушение права и минимизирующих их количественный уровень¹. Однако автор не всегда последователен в терминологическом определении отмеченных мер правового воздействия. В одних случаях он склоняется к использованию понятия «правовая защита», а в других – к термину «юридическая ответственность». Так, исследователь полагает оправданным вести речь о так называемой «ответственности независимо от вины». Одновременно далее А.М. Хужин называет один параграфов своей работы следующим образом - «Меры защиты как основное правовое последствие невиновного поведения». Последний вариант

¹ См. подробнее: *Хужин А.М.* Невинное поведение в праве (общетеоретический аспект): автореф. дис. ...докт. юрид. наук. Н. Новгород, 2013. С. 27 – 28 и др. (54 с.)

разрешения вопроса о понимании специфической природы средств реагирования на невиновное юридически значимое нарушение права нам представляется более точным.

Следует признать в сущности верной точку зрения А.М. Хужина, согласно которой одним из принципиальных вопросов общей теории права выступает четкое разграничение мер защиты и мер юридической ответственности. Продолжая свою мысль автор справедливо указывает: «Существенным отличием мер защиты и юридической ответственности выступает их основание, характер и назначение. Если основанием для применения мер юридической ответственности является правонарушение, то для применения мер защиты – факт нарушения возложенной юридической обязанности, в том числе при невиновном поведении нарушителя. Меры защиты выступают как охранительная реакция, направленная на восстановление нарушенного субъективного права, юридическая ответственность, кроме того, направлена на наказание правонарушителя в виде лишения личного и (или) имущественного характера. Юридическая ответственность, в отличие от мер защиты, носит выраженный штрафной, дополнительный, обременительный, внеэквивалентный характер»¹.

А.М. Хужин в своей работе заложил ряд отправных моментов в понимании защиты права от невиновного его нарушения, но в его концепции отсутствует указание на ее конкретные средства, не обозначается их полный состав, а также не содержится указание на важнейший элемент в составе невиновного поведения – риск. К числу заслуг исследователя в анализируемой сфере правового регулирования можно отнести и предлагаемые им меры, направленные на совершенствование практики правоприменения в деле противодействия невиновному нарушению нормативных правовых предписаний:

¹ Там же. С. 38 – 39.

- совершенствование техники законодательного установления фактических обстоятельств дела о невиновном нарушении права;
- повышение беспристрастности органов правоприменения в собирании и фиксации доказательств, свидетельствующих об отсутствии вины в деянии субъектов и в итоговой его квалификации в качестве невиновного нарушения права;
- обеспечение точности и правильности толкования и применения норм материального и процессуального права, регламентирующих состав юридического факта и процедуры установления и квалификации акта невиновного поведения;
- содействие повышению квалификации и профессионализма сотрудников правоприменительных органов, осуществляющих квалификацию невиновного поведения;
- обеспечение действия института прекращения производства по делу при наличии достаточных оснований, свидетельствующих о невиновности субъекта и наличия в его действиях элемента обоснованного, допустимого законом риска;
- установление личной (персональной) ответственности должностного лица за грубое нарушение правоприменительных процедур в ходе квалификации фактических обстоятельств дела при невиновном поведении, включая намеренное игнорирование сведений и доказательств, свидетельствующих об отсутствии вины лица;
- усиление всех форм контроля и мониторинга правоприменительной деятельности на предмет выявления фактов невиновного нарушения права;
- повышение роли суда в окончательном решении вопроса о невиновном нарушении предписаний права, что может способствовать большему гарантированию прав лиц, нарушивших закон без вины;

- ориентация судейского корпуса на более точное и своевременное применение мер защиты в отношении негативных последствий невинного нарушения права;

- своевременное информирование сторон спора судом и иными правоприменителями об их возможности обращения к процедуре примирения в целях взаимовыгодного решения вопроса о распределении между ними рисков неблагоприятных последствий невинного нарушения права;

- оптимизация процедур исполнительного производства по применению мер защиты в отношении минимизации негативных последствий невинного причинения вреда, его компенсации или иного восстановления нарушенного права¹.

В целях более полного исследования мер реагирования на невинное нарушение права, оцениваемое с помощью конструкции юридического риска, полагаем оправданным формирование в общей теории права понятия и структуры механизма защиты права от отмеченной категории отклонений в реализации нормативных правовых предписаний. В юридической и социологической литературе порой используют терминологию «управление рисками», «механизм распределения рисков», «минимизация рисков», «дезавуация рисков в праве», «устранение риска», «преодоление риска» и т.д.

На наш взгляд, предпочтительной выглядит позиция, согласно которой риск в механизме правового регулирования не может быть устранен полностью, он имманентно присущ юридически значимому социальному поведению. В этом плане верным является утверждение о том, что «риск не может быть упразднен на основе властной резолюции законодателя». Фактически в рамках правового регулирования осуществляется не

¹ См.: Там же. С. 41 – 43.

устранение его, а «перераспределение иным образом между субъектами»¹. Исходя из данного методологического посыла в теории наиболее точно вести речь о наличии специфического механизма перераспределения риска в праве в качестве относительно автономной части общего механизма правового регулирования. В рамках механизма перераспределения юридически значимых рисков важны две диалектически связанные его составляющие – модель фактических обстоятельств с элементом риска, сопряженная с невиновным нарушением предписаний права и комплекс средств правовой защиты от подобного рода деяний. В результате действия такого механизма становится возможным обеспечение справедливого баланса интересов субъектов правоотношений и цивилизованное правовое разрешение возможных социальных конфликтов, сопряженных с ситуацией риска и его неблагоприятных последствий.

Как правило, в работах теоретиков права меры восстановления и иные защитные правовые инструменты рассматриваются вне прямой связи с нарушением права с элементом риска. Исследователи зачастую не раскрывают их сущности в качестве средств реагирования на невиновное нарушение права, допуская одновременно ряд ошибочных утверждений о связи мер защиты права исключительно с правонарушениями. В числе общетеоретических работ, посвященных мерам защиты, в которых не вполне точно они именуются в качестве составной части правовосстановительной ответственности, можно назвать труды С.В. Евдокимова², А.В. Кузьмина, Д.В. Ходукина³, А.В. Чертова⁴ и др.

¹ Юдин А.В. Категория "риск" в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2014. № 5. С. 12.

² См.: Евдокимов С.В. Правовосстановительные меры в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгорода, 1999.

³ См.: Кузьмин А.В., Ходукин Д.В. Категориальный статус правовосстановительных санкций: понятие, признаки, виды // Вестник Читинского государственного университета. 2011. № 7(74). С. 47 – 52.

⁴ См.: Чертов А.В. Правовосстановительная ответственность и ее место в системе юридических мер защиты: дис. ...канд. юрид. наук. М, 2007.

Однако далеко не все авторы разделяют подобную позицию. Существует прямо противоположная точка зрения, относящая меры восстановления права за невиновное нарушение к средствам защиты, противопоставляемым юридической ответственности. К примеру, В.М. Чибинев отмечает: «Юридическую санкцию можно рассматривать не только под углом зрения юридической ответственности. Применение некоторых санкций не ставится в зависимость от вины правонарушителя, поскольку направлены они на восстановление нарушенных прав, обеспечение исполнения обязанностей. Данные санкции, являясь восстановительными, относятся не к мерам ответственности, а к мерам защиты»¹. Именно трактовка средств правового реагирования на невиновное поведение с элементом риска в качестве средств защиты права наиболее полно отражает их сущность.

Следует повториться, что невиновное нарушение права, оцениваемое на началах риска, не может признаваться правонарушением ввиду отсутствия такого его обязательного признака, как виновность совершенного деяния. Далее констатации факта связи невиновного нарушения права с мерами защиты исследователи не заходят, что делает общую теорию защиты права незавершенным учением, требующим своего дальнейшего развития. Диалектическая связь законодательных конструкций «юридический риск», «состав невиновного деяния, нарушающего права» и «меры защиты права» должна быть надлежащим образом отражена в понятийных рядах юридической науки и зафиксирована в соответствующих нормативных правовых актах.

Сам термин «механизм» в гуманитарных науках используется в самых различных аспектах, зачастую в некотором метафорическом смысле. На наш взгляд, его преимущество для теоретического познания риска и меры защиты

¹ Чибинев В.М. Проблемы привлечения к ответственности за правонарушения в налоговой сфере // Финансовое право. 2005. № 11. С. 15 – 21.

в праве заключается в привлечении вместе с понятием механизма системно-структурного и функционального подходов к их изучению, что позволяет в итоге увидеть их тесную взаимосвязь в рамках единой системы правовых инструментов.

Обращаясь к этимологии слова «механизм» (от лат. «mechanismus», от греч. «méchane» - машина), необходимо отметить, что его основное смысловое значение сводится к внутреннему устройству, единой совокупности частей или процессов, образующих сложносоставное явление, в котором та или иная его часть вызывает движение остальных¹.

В отдельных словарях предлагаются три значения слова «механизм»:

- устройство машины, прибора, аппарата, приводящее их в действие, движение;
- некая совокупность состояний и процессов, из которых складывается какое-либо физическое, химическое, физиологическое или иное явление;
- система или относительно автономное устройство, определяющие порядок какого-либо вида деятельности или процесса².

Для общественных наук наиболее характерно использования понятия «механизм» в третьем из указанных значений, что подтверждает практика его использования и в юридической литературе. Определенной спецификой обладает такая разновидность механизмов как защитные. Под термином «защитный механизм» или «механизм защиты» понимают:

- механизм, сопряженный с обеспечением психологической устойчивости личности к стрессовым ситуациям, единый комплекс психологических ресурсов личности, включающий в себя такие инструменты, как: сублимация, вытеснение, замещение, регрессия, проекция,

¹ См.: Словарь иностранных слов / Отв. ред. В.В. Бурцева, Н.М. Семенова. М., 2003. С. 415.

² См.: Ефремова Т.Ф. Новый словарь русского языка. Толково-образовательный. М.: Рус. яз. 2000. В 2-х т. Т. 1. 1209 с.

рационализация, идентификация, фиксация поведения (психологические словари);

- механизм в организме живого существа, позволяющий избежать или ограничить внешнее нежелательное воздействие на него (медицинский словарь);

- система мероприятий, осуществляемых государственными и общественными организациями по обеспечению гарантированных минимальных достаточных условий жизни, поддержанию жизни и деятельного существования человека (социологический словарь).

В отечественной юриспруденции термин «механизм» применяется как в общетеоретических, так и отраслевых исследованиях. В понятийный аппарат правовых наук введены такие категории, как: механизм правотворчества; социально-правовой механизм реализации конституционных прав и свобод граждан; механизм правообразования; механизм воздействия права; механизм правового регулирования; механизм государственной защиты прав и свобод человека; механизм правореализации; механизм правоприменения; механизм обеспечения прав и свобод человека и гражданина; механизм непосредственной реализации прав и свобод личности; механизм осуществления гражданских прав и др.¹

¹ См., например: *Александров Н.Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. С. 183 - 213; *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966; *Белянская О.В.* Механизм непосредственной реализации прав и свобод личности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2003; *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. С. 69 - 101; *Витрук К.В.* Социально-правовой механизм реализации конституционных прав и свобод граждан. М., 1980. С. 195; *Карташкин В.А.* Механизмы защиты прав человека // Ежегодник российского права. М., 1999. С. 340 – 344; *Мордовец А.С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина; *Снежко О.А.* Конституционные основы государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 15 - 20; *Сорокин В.Д.* О компонентах механизма правового регулирования (макроуровень) // Актуальные проблемы теории и истории государства и права. СПб., 2004 и др.

Обобщая опыт использования термина «механизм» в отечественной юриспруденции, можно утверждать, что он применим в рамках следующих теоретико-методологических операций:

- при теоретическом моделировании достаточно крупных и относительно обособленных образований в праве, правовом регулировании и правовой системе общества в целом, обладающих собственной динамикой и четко выраженной структурой, обусловленной наличием предметных и функциональных связей внутренних элементов (средств или иных составных частей) – например, механизм правового стимулирования, механизм судебной защиты права, процессуально-правовой механизм и т.д.;

- в ходе теоретического познания единой совокупности для отражения взаимосвязанных общих закономерностей действия того или иного правового явления;

- при теоретическом моделировании поэтапной, стадийной работы, движения того или иного юридического процесса, что позволяет исследователю более точно и системно отразить его структурно-функциональные особенности, свойства¹.

Одной из наиболее значимых в этом плане выступает категория механизма правового регулирования, под которым принято понимать некую систему средств, условий и факторов осуществления правового регулирования, а также единый комплекс правовых средств, подразделяемый на инструменты-установления и инструменты-действия, при помощи которого реализуется удовлетворение интересов участников правоотношений².

¹ См.: *Протасов В.Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. М.: Юрид. лит., 1991. С. 97 – 99.

² См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука - теория - философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 364; *Малько А.В.* Правовые средства: Вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8. С. 66 – 77; *Мордовец А.С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. С. 85; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 1997. С. 624 – 625 и др.

Одним из недостатков современного учения о механизме правового регулирования следует признать фактическое игнорирование в его составе инструментов защиты права. Думается, что в структуре рассматриваемого механизма им должно отводиться особое место. Можно предложить рассматривать их в качестве относительно самостоятельной подсистемы средств, образующих единый комплекс по защите права от невиновного поведения, оцениваемого на началах риска причинения им вредных последствий. Защитный инструментарий в большей степени вызывает интерес у представителей науки гражданского права. В частности, Ю.Н. Андреев предлагает использовать категорию «механизм гражданско-правовой защиты», что в целом заслуживает одобрения и поддержки. Исследователь ратует за рассмотрение указанного механизма в динамике, в действии: «Поэтапное действие правового механизма происходит по определенной нормативно заданной схеме, которая предусматривает, какие защитительные средства, на каком этапе и при каких условиях должны вступить в работу. Каждое звено механизма защиты должно быть сформировано таким образом, чтобы оно не только реализовывало свою внутреннюю цель, оправдывая свою сущность, но и создавало предпосылки для наступления и осуществления следующего этапа. Завершающим этапом механизма должно стать реальное восстановление нарушенных субъективных гражданских прав. Таковым, в частности, является надлежащее исполнение судебного решения»¹.

Ю.Н. Андреев, ссылаясь на авторитетное мнение С.С. Алексеева, совершает вполне удачную попытку разграничения категорий «механизм правового регулирования» и «механизм защиты права». Основное различие учеными видится в их предназначении. Если первый призван функционировать в условиях надлежащей реализации субъективных прав и

¹ Андреев Ю.Н. Механизм гражданско-правовой защиты. М.: "Норма", "Инфра-М", 2010. С. 45 – 46. (462 с.).

исполнения юридических обязанностей, то второй направлен на защиту прав участников правоотношений, в так называемых «аномальных условиях», в случаях нарушения или неисполнения предусмотренных договором или законом обязанностей, появления препятствий в реализации управомоченным субъектом своего права, причинения вреда и совершения иных «аномальных» юридически значимых деяний. Особо примечателен тот факт, что Ю.Н. Андреев вслед за С.С. Алексеевым¹ подразделяет все нарушения права на две группы (типа) – объективно-противоправные действия (правовые аномалии) и правонарушения (виновное противоправное деяние). Поддерживая данную идею, полагаем оправданным выделение в теории права в качестве относительно обособленного механизма группу средств правового реагирования на объективно-противоправные нарушения права, включающие в себя элемент риска.

Специфику объективно-противоправного поведения и применяемых инструментов в качестве ответной реакции права на него весьма точно выразил С.С. Алексеев: «При рассматриваемом подходе к неправомерному поведению должно быть выделено объективно-противоправное действие, т. е. такой акт волевого поведения, который имеет чисто внешний характер, вызван незнанием закона, противоречивостью отдельных норм и т. д. Сюда относятся акты поведения, выражающие невиновное неисполнение юридических обязанностей, «объективные» нарушения субъективных прав (неосновательное обогащение и др.), т. е. все то, что под несколько иным углом зрения может быть названо правовой аномалией. Такого рода неправомерные действия влекут за собой правовые последствия, которые, как правило, ограничиваются восстановлением нарушенного правового положения, исполнением юридической обязанности, т. е. мерами защиты»². Однако отдельно С.С. Алексеев так и не выделил в механизме правового

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права: Курс в двух томах. Том 2. М.: Юридическая литература, 1982. С. 172 – 173.

² Там же. С. 173.

регулирования инструменты защиты. Между тем такой шаг представляется нам логичным и оправданным в силу специфики данных средств, отсутствия в теории права рассмотрения во взаимосвязи риска невинного юридически значимого нарушения права и мер защиты, смешения последних зачастую с мерами юридической ответственности за виновное противоправное деяние.

Раскрывая сущность и природу средств защиты от рисков в праве и в механизме правового регулирования, можно обратить внимание и на тот факт, что их реализация сопряжена и с правоприменением. Так, Е.В. Вавили совершенно обоснованно отмечает, что механизм правоприменения одновременно выступает и механизмом реализации права на защиту¹. Во многих случаях именно правоприменительный акт юрисдикционного органа или должностного лица выступает необходимым средством механизма защиты права от невинного его нарушения.

С учетом данного обстоятельства представляется обоснованным утверждать, что анализируемый механизм охватывает собой как средства материально-правовой, так и процессуально-правовой природы. Материально-правовая его составляющая включает в себя способы защиты, а процессуальная – формы и средства защиты. Указанные составляющие диалектически взаимосвязаны между собой. Как верно отмечает Ю.Н. Андреев: «Способы защиты активно взаимодействуют со средствами и формами: способы обеспечиваются средствами в определенной форме (порядке) в результате правозащитной деятельности юрисдикционных органов и самого управомоченного лица, а средства защиты зачастую зависят от ее формы»². Наряду с этим можно обозначить и иные структурные срезы механизма защиты права от его невинного нарушения, что мы постараемся продемонстрировать далее.

¹ См.: Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 416 с. С. 69 – 101.

² Андреев Ю.Н. Механизм гражданско-правовой защиты. М.: "Норма", "Инфра-М", 2010. С.

Так, следует поддержать позицию, высказанную В.П. Грибановым, согласно которой механизм защиты права структурно подразделяется на две части:

- самозащиту права в виде возможности управомоченного лица прибегнуть к дозволенным законом способам самостоятельного воздействия на лица, нарушавшего право;
- предусмотренную законом возможность управомоченного лица обратиться за защитой своего права к компетентным органам государственной власти¹.

В этом же ключе раскрывает структуру защиты права и Н.В. Витрук, но выделяя уже три ее элемента:

- совершение собственных фактических действий управомоченным лицом в виде самозащиты права;
- инициирование субъектом мер защиты посредством обращения к компетентным органам и должностным лицам по принятию ими мер государственного принуждения в целях устранения допущенного нарушения;
- совершение действий по восстановлению нарушенного правового состояния, возмещению причиненного ущерба или по надлежащей компенсации вреда².

Однако вряд ли можно согласиться с позицией автора о необходимости включения в механизм защиты права такого средства, как наказания за совершенное правонарушение. Подобный шаг приводит к смешению различных по своей природе правовых феноменов – защиты и ответственности. Последние, в свою очередь, являются двумя составляющими более сложного явления – охраны права.

¹ См.: *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 155 – 156.

² См.: *Витрук Н.В.* Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. С. 365. (448 с.)

В общетеоретическом плане термин «механизм» в описании средств защиты субъективных прав одним из первых предложил использовать В.В. Бутнев. В последующем он неоднократно обращался к данному вопросу в своих публикациях¹. Исследователь предлагает под рассматриваемым механизмом понимать в качестве взятой в единстве системы правовых средств, посредством которых осуществляется восстановление нарушенных субъективных прав, защиты охраняемых законом интересов, а также разрешение правовых споров и устранение иного рода препятствий в реализации субъективных прав². Данная дефиниция в самой общей форме отражает феномен защиты права, но не раскрывает ряд его специфических особенностей, не позволяя тем самым его отграничить от иных инструментов охраны права. Однако для нас важен сам факт признания необходимости разработки общетеоретической категории «механизм защиты субъективного права».

Термин «защита права» употребляется и Конституционным Судом РФ в ходе правоинтерпретационной деятельности. В частности, в одном из своих Постановлений Конституционный Суд РФ оперирует понятием «механизм защиты избирательных прав граждан»³. Конечно же, понятие «механизм

¹ См.: Бутнев В.В. К понятию механизма защиты субъективных прав // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. - Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1989. С. 9 – 11; Он же. Понятие механизма защиты субъективных прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1990. С. 11; Он же. Механизм защиты субъективных прав // "LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)". 2014. № 3. С. 274 – 283 и др.

² См.: Бутнев В.В. Механизм защиты субъективных прав // "LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)". 2014. № 3. С. 274 – 275.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2013 года № 8-П

«По делу о проверке конституционности статей 3, 4, пункта 1 части первой статьи 134, статьи 220, части первой статьи 259, части второй статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, подпункта "з" пункта 9 статьи 30, пункта 10 статьи 75, пунктов 2 и 3 статьи 77 Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации", частей 4 и 5 статьи 92 Федерального закона "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" в связи с жалобами граждан А.В. Андропова, О.О. Андроновой, О.Б. Белова и других, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и регионального

судебной защиты» не тождественен категории «механизм защиты права», но в целом позиция Конституционного Суда РФ явственно свидетельствует о наличии подобных механизмов на практике.

В науках процессуального права механизм защиты права трактуется достаточно узко и сводится к совокупности процессуальных средств, призванных обеспечить реализацию материально-правовых норм. В качестве объяснения подобной позиции исследователи указывают на тот факт, что защита прав лица есть ни что иное как реализации материального нормативно-правового предписания, того способа защиты, который установлен в нем¹. Подобный узкопроцессуальный подход в понимании защиты права имеет один весьма важный недостаток, сопряженный с утратой в теории связи материальных и процессуальных средств в механизме правовой защиты. Материально-правовые основания обращения субъекта нарушенного права неоправданно исключаются из данного механизма.

Раскрытие механизма защиты права на началах риска предполагает также рассмотрение вопроса о выделении из структуры субъективного права правомочия в виде обращения лица за защитой нарушенного права. Фактически в отраслевой юридической литературе уже достаточно давно дискутируется проблема деления субъективных прав на регулятивные и охранительные. В общей же теории права устоявшейся является позиция, согласно которой правомочие по защите права не является самостоятельным и органично включается в общую структуру субъективного права. Однако такая точка зрения достаточно уязвима для критики, принимая во внимание фактическое относительно автономное существование регулятивных и охранительных правоотношений. Думается, что именно признание самостоятельности в определенных пределах права на защиту наряду с

отделения политической партии СПРАВЕДЛИВАЯ РОССИЯ в Воронежской области» // Российская газета. 2013. 30 апреля.

¹ См.: *Шишкин С.А.* Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 7.

основным (регулятивным) субъективным правом позволяет более точно определить место и роль первого в общем механизме правового регулирования, одновременно предполагая в нем относительное обособление механизма защиты права. При этом не должна утрачиваться диалектическая связь первичного субъективного права и производного от него права на защиту. Право на защиту не должно приравниваться к праву на обращение в суд за защитой. В истории права и правовой системы общества отчетливо прослеживается закономерность, согласно которой развитие судебной формы защиты на определенном этапе вызывает обособление права на защиту как такового и права на обращение в суд. Несовпадение же права на защиту и права на судебную защиту сопряжено с тем, что защита как таковая возможна не только в форме судебной деятельности, но и посредством иных форм и способов ее реализации – например, самозащита. На наш взгляд, право субъекта на защиту является одним из центральных элементов механизма защиты права на началах риска.

Наиболее популярна идея вычленения права на защиту в качестве самостоятельного и относительно обособленного от основного субъективного права в науке гражданского права¹. Относительная самостоятельность права на защиту проявляется хотя бы в том, что субъект может обратиться за защитой своего предполагаемого нарушенного права даже в случае его фактического отсутствия.

Обособление основного (регулятивного) и производного (охранительного) субъективного права наблюдается еще и в следующем аспекте: «Охранительное субъективное гражданское право, или, что одно и

¹ См., например: *Варул П.А.* О некоторых теоретических вопросах защиты субъективных гражданских прав // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права. Ярославль, 1987. С. 21; *Елисейкин П.Ф.* Правоохранительные нормы: понятие, виды, структура // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. Ярославль, 1977. С. 23 - 46; *Крашенинников Е.А.* Структура субъективного права // Построение правового государства: вопросы теории и практики. Тезисы доклада областной научно-практической конференции. Ярославль, 1990. С. 3 – 7 и др.

то же, право на защиту принимает либо форму права на иск (притязания), либо форму охранительного права на совершение одностороннего действия. Однако в какой бы форме право на защиту ни выступало, оно всегда фигурирует в качестве самостоятельного субъективного права и не служит составной частью или особой стадией развития регулятивного субъективного гражданского права»¹.

Таким образом, теоретическое выделение права на защиту позволяет более четко структурно вычленить механизм защиты от регулятивной части механизма правового регулирования, одновременно продемонстрировав его отличие, как от основного регулятивного правомочия субъекта, так и от группы прав, возникающих у последнего в ходе обращения к мерам юридической ответственности. Фактически можно вести речь о дифференциации механизма правового регулирования на два относительно самостоятельных механизма - регулятивный и охранительный. В свою очередь, механизм охранительного действия права подлежит дифференциации на механизм защиты права от невиновного нарушения на началах риска и механизм реализации мер юридической ответственности за совершение виновного нарушения права.

В общей теории права анализируемое деление механизма правового регулирования на ряд подсистем пока не нашло широкого признания. Однако в отдельных работах все же встречается обоснование правомерности подобного подхода. К примеру, В.В. Ковалева, раскрывая проблему места и роль нормативных правовых актов в механизме правового регулирования, выдвигает ряд аргументов в поддержку идеи дифференциации механизма правового регулирования на механизм реализации права и механизм его защиты. Одновременно автор подчеркивает тот факт, что «без эффективного механизма защиты механизм правового регулирования является

¹ См.: Власова А.В. Структура субъективного гражданского права. Ярославль: Ярославский государственный университет, 1998. С. 82 - 83. (116 с.)

«усеченным», неполным»¹. Существенное значение в обособлении механизма защиты права играют дефекты фактических составов, вызывающие к жизни такое явление, как риск невиновного причинения вреда, что, в свою очередь, требуют установление в механизме правового регулирования специфических средств реагирования на дефектность юридических фактов и нейтрализации их негативных последствий.

На указанное обстоятельство также одними из первых обратили внимание в своей монографии А.А. Воротников и В.В. Муругина, предложив понимать под защитой права особую подсистему охранительных мер, направленных на пресечение невиновного нарушения права, восстановление (компенсацию) первоначального правового состояния или иное обеспечение удовлетворения законных интересов участников правоотношений. Авторы достаточно четко проводят разграничительную линию между мерами защиты и средствами юридической ответственности, обращая внимание на следующий момент: «Меры ответственности всегда связываются с составом правонарушения, а меры защиты – с характеристикой охраняемого интереса и социально-правовыми условиями его преимущественной охраны... Меры защиты основываются на началах риска, а не вины, как это имеет место при назначении мер юридической ответственности. ...Риск является одним из основополагающих начал по формированию мер защиты. ...Начала риска (например, риск ошибки при вынесении приговора, риск заключения договора с дефектом, риск возникновения дефекта формы правового акта и т.п.) требуют установления мер защиты, своеобразной «страховки от несчастного случая» при появлении дефектной фактической ситуации»².

Без обособленного изучения комплекса средств защитного характера от невиновного нарушения права на началах риска в теории права не

¹ Ковалева В.В. Нормативно-правовые акты в механизме правового регулирования. Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2009. С. 11 – 12.

² Муругина В.В., Воротников А.А. Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы. Саратов: Изд-во Саратовской государственной юридической академии, 2011. С. 175 – 176. (192 с.).

представляется возможным полноценное разрешение проблемы локализации причиненного ущерба подобными действиями, а также перераспределение обязанностей по восстановлению нарушенного права или компенсации причиненного вреда.

Итак, обратимся непосредственно к вопросу о собственной структуре механизма защиты права на началах риска, которая является обязательным атрибутом его как самостоятельной подсистемы механизма правового регулирования. В общей теории права нам не удалось обнаружить трудов, раскрывающих структурную сложность такого механизма, что заставило нас обратить внимание на отраслевые наработки в рассматриваемой сфере.

В частности, Ю.Н. Андреев в рамках предлагаемой им концепции механизма гражданско-правовой защиты, структурирует его на ряд следующих частей (элементов):

- общие принципы и мировые стандарты защиты права;
- юридическую доктрину как идеологическую основу механизма;
- нормы материального права, предусматривающие конкретные способы и средства правовой защиты;
- охраняемые субъективные права и законные интересы в качестве объектов защиты;
- само субъективное право на защиту;
- субъектов защиты права;
- действия, нарушающие нормативные правовые предписания в качестве особой группы юридических фактов, запускающих процесс функционирования правовой защиты;
- возникающие в результате этого охранительные гражданские правоотношения;
- акты непосредственной реализации прав и обязанностей;
- акты правоприменительного характера, сопряженные с определением и применением мер защиты;

- гражданско-правовые средства и способы защиты права;
- меры гражданско-правовой ответственности;
- организационные и процессуальные нормы, регламентирующие порядок защиты¹.

Несколько схожую структуру механизма защиты субъективных гражданских прав можно проследить и в работах Е.В. Вавилина, который дополнительно называет такие составляющие отмеченного механизма, как:

- организационно-субъектную часть, т.е. некий круг лиц защиты и их правовое положение;
- обеспечительные (гарантийные) средства;
- благоприятную правовую среду, включающую иные условия и приемы (например, деятельность юрисдикционных органов и принимаемые ими акты правоприменения защитного характера, действия по самозащите права и др.)².

Думается, что отдельные элементы, обозначенные в механизме защиты права, требуют своего исключения из него. Наибольшее возражение вызывают такие составляющие механизма защиты, как: правовая доктрина, общепризнанные нормы и мировые стандарты, объект защиты в виде охраняемого субъективного права и (или) законного интереса, юридическая ответственность и обычаи (деловые обыкновения).

Ряд из названных элементов составляют фундамент работы всего механизма правового регулирования, а не только его защитной подсистемы. Речь идет о правовой доктрине, обычаях, общепризнанных нормах международного права. Меры же юридической ответственности, о чем мы уже упоминали ранее, составляют самостоятельную подсистему

¹ См.: *Андреев Ю.Н.* Указ соч. С. 4-5.

² См.: *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 69 – 101; *Он же.* Развитие российского законодательства в сфере осуществления и защиты гражданских прав // *Гражданское право.* 2009. № 1. С. 45.

охранительного механизма права на ряду с комплексом инструментов правовой защиты. Объект, на который направлено действие того или иного социально-правового механизма, вряд ли подлежит включению в его структуру, ибо он априори находится за пределами последнего. В противном случае получаем утверждение достаточно абсурдного характера, что механизм защиты направлен внутрь себя самого – призван оказывать охранительное действие на собственный внутри расположенный элемент.

Особо следует подчеркнуть не допустимость отнесения к структурному содержанию механизма защиты права на началах права виновных противоправных деяний, которые выступают фактической основой запуска в действие иного механизма, связанного с реализацией мер юридической ответственности. В результате в механизм защиты права можно включать лишь состав невинного нарушения права, оцениваемое на началах риска, а не вины.

Не следует также вводить в содержание механизма правовой защиты абсолютно все правоприменительные акты. Иначе становится возможной теоретическая ошибка, связанная с поглощением механизмом защиты права всего процессуального права и его инструментов. Полагаем целесообразным и оправданным присоединиться к позиции, согласно которой в механизм защиты права от рисков необходимо включать лишь итоговые правоприменительные акты, разрешающие дело по существу – например, судебный акт в виде окончательного решения по делу.

Кроме того, невозможно представить в теории полноценную конструкцию анализируемого механизма без выделения внутри него такого инструмента, как самозащита. Трудно оспорить точку зрения Е.В. Вавилина и Ю.Н. Андреева о неотъемлемом характере возможности управомоченного лица прибегнуть к мерам самозащиты в отношении невинного нарушения права контрагентом¹. К примеру, действующее гражданское

¹ См. Андреев Ю.Н. Указ. соч. С. 11 – 12; Вавилин Е.В. Осуществление и защита

законодательство предусматривает такой инструмент, как удержание, позволяющий нейтрализовать риск неисполнения обязательства контрагентом по договору.

Важными составляющими механизма защиты права необходимо признать юридическую конструкцию риска и сам дефектный юридический состав, включающий ее в качестве элемента. Без их основательного теоретического исследования не представляется возможным формирование полноценной теоретической модели механизма защиты права. Аналогичное утверждение мы находим у Ю.Н. Андреева, который указывает, что особая группа юридических фактов входит в обязательном порядке в структуру механизма гражданско-правовой защиты. Автор лишь упускает из виду тот нюанс, что далеко не всякое нарушение права подлежит включению в структуру правовой защиты. Отмеченная неточность порождена, на наш взгляд, не достаточным вниманием исследователя к проблеме четкого отграничения юридической ответственности от механизма защиты права, виновно совершенного правонарушения и объективно противоправного деяния, невиновно причиняющего охраняемым общественным отношениям вреда ¹.

Если обращаться к инструментальному срезу в анализе механизма защиты права от невиновного нарушения, то в качестве основных средств и способов его работы можно назвать: *неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону*, признание сделки или иного правового акта недействительным, компенсацию морального вреда, приостановление деятельности, нарушающей чужое право, прекращение правоотношения, возмещение имущественного вреда и иные.

По мнению М.А. Рожковой, все средства правовой защиты можно классифицировать на две основные категории:

- инструменты по установлению способа защиты – например, мировая сделка, односторонний отказ от исполнения встречных обязательств по договору, сверка расчетов, удержание вещи, предъявление иска и т.д.;
- инструменты по определению формы защиты права – самозащита, юрисдикционная защита, посредническая и иные¹.

Наибольшее научное и практическое значение, на наш взгляд, имеет классификация способов защиты права от рисков на договорные (договор добровольного страхования) и внедоговорные (установленные законом в императивном порядке – договор обязательного страхования ответственности, социальное страхование, государственные компенсации, льготы и др.). При этом в качестве одной из основных тенденций развития системы защиты от юридически значимых рисков можно назвать перспективное расширение форм и видов договорного способа распределения рисков, что объясняется зачастую их большей эффективностью.

Одновременно весь комплекс правовых средств защиты можно классифицировать по функциональной роли на ряд подгрупп:

- пресекательную;
- обеспечительно-организационную;
- восстановительную;
- компенсационную.

Функциональная классификация средств защиты органично дополняется предметно-отраслевой их градацией на следующие виды: конституционно-правовые; гражданско-правовые; административно-правовые; процессуальные и т.д.

¹ См.: *Рожкова М.А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. С. 160.

С позиции охраняемого интереса всю систему защиты права возможно разделить на два блока средств – частноправовой и публично-правовой. При этом частноправовая составляющая защиты права базируется на преимущественном использовании диспозитивного метода правового регулирования, а публично-правовая – на императивном методе. Кроме того, частное право отличается наибольшим разнообразием и видовым составом способов правовой защиты, что обусловлено значительно большим числом дефектных юридических составов, нарушающих предписания права и оцениваемых с позиции начал риска, а не вины. В публично-правовой сфере группа средств защиты преимущественно состоит из санкции недействительности незаконного акта управления или правосудия, санкции приостановления деятельности или действия акта органа государственной власти, а также санкции отмены (прекращения) действия дефектного правового акта, исходящего от правоприменительного, правотворческого органа.

В качестве своеобразного итога рассмотрения проблемы механизма защиты права на началах риска отметим, что история его развития и современное состояние в России подтверждает особую теоретическую и практическую значимость его изучения в тесной взаимосвязи с проблемой юридической конструкции состава невинного нарушения права. Реалии правовой жизни современной России свидетельствуют о насущной потребности в совершенствовании данного механизма, в его дальнейшей дифференциации, в разработке новых средств по нейтрализации и иному противодействию дефектным юридическим фактам, вызывающим к жизни риск возникновения невинного причинения вреда и иных социально-опасных последствий. При этом механизм защиты права не тождественен ни механизму правового регулирования в целом, ни механизму реализации мер юридической ответственности в частности. Существенная часть всех дефектов юридических фактов, случаев невинного юридически значимого

отступления от предписаний норм права имеет исправимый или восполнимый характер, что делает средства по их исправлению важнейшим инструментом правовой защиты от рисков. В целом же противодействие дефектам в механизме правового регулирования не требует применения наказания как в случае с правонарушением – виновным противоправным деянием.

Меры защиты права на началах риска отличает от мер юридической ответственности и цель их практического применения. Если целью защиты права выступает преимущественно наиболее справедливое распределение бремени несения негативных последствий невиновного нарушения права среди участников правоотношений, то цель юридической ответственности заключена в наказании виновного лица, в справедливом воздаянии ему за содеянное и попутное его исправление, перевоспитание. Меры защиты права зависят от характера юридически значимого риска и подвергаемого ему субъективного права и законного интереса. Важно отметить и тот факт, что возможные неблагоприятные последствия применения мер защитного характера распределяются законодателем именно на началах конструкции риска, а не вины, либо компенсируются в силу специально оговоренных условий в договоре на случай возникновения подобных рисков.

Таким образом, *механизм защиты права от рисков представляет собой особую охранительную систему средств по реагированию на невиновное нарушение права, оцениваемое с помощью конструкции состава дефектного юридического факта, включающего в себя элемент риска причинения неблагоприятных последствий охраняемых законом интересам личности, общества и (или) государства, направленных на исправление подобных дефектных фактических составов, приостановление нарушения права, его прекращение и иную нейтрализацию их возможных социально вредных последствий, а также на итоговое восстановление нарушенного права или соразмерную компенсацию.*

В механизме защиты права категория риска выполняет целый набор функций. Преимущественно же она используется в качестве средства нормативного распределения неблагоприятных последствий между субъектами охранительного правоотношения¹. Посредством конструкции риска реализуется оценка невиновного юридически значимого поведения субъектов в отношениях-притязаниях, определяются фактические основания возникновения охранительных правоотношений и юридически необходимые условия их осуществления, определяются факторы, посредством которых обеспечивается правовая защита нарушенного интереса без применения к нарушителю норм права мер ответственности или наряду с ними².

Механизм защиты права на началах риска включает в себя следующие необходимые структурные элементы:

- общие принципы осуществления правовой защиты – равенства, состязательности, эквивалентности мер защиты вредным последствиям невиновного нарушения права и др.;
- - дефектные юридические факты и их составы с элементами риска, запускающие механизм правовой защиты;
- комплекс субъективных прав на защиту, сопряженных с обращением к третьей стороне – судебному или иному государственному органу, медиатору, третейскому органу;
- самозащита как способ и форма непосредственной реализации права на защиту от невиновного нарушения в виде приостановления исполнения встречного обязательства, удержания имущества, одностороннего отказа от договора и иных средств;

¹ См. о функциональной роли риска в механизме правовой защиты подробнее: Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М.: Юрид. лит., 1976. С. 163-197; Илларионова Т.И. Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томск. Ун-та, 1982. С. 119-131; Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юрид. лит., 1966. С. 116-131; Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972 и др.

² См.: Муругина В.В., Воротников А.А. Указ. соч. С. 176.

- инструменты, определяющие способ защиты – мировая сделка, признание нормативного и ненормативного правового акта недействующим, сверка расчетов, предъявление иска;
- организационно-обеспечительные средства защиты права, направленные на приостановление, прекращение или предупреждение дальнейшего невинного нарушения права;
- средства восстановления нарушенного правового состояния – возвращение в первоначальное состояние сторон правоотношения или иное исправление допущенного дефекта (например, уплата государственной пошлины при подаче иска, исправление ошибки в юридическом документе и т.п.);
- правоприменительные акты защитного характера, направленные на окончательное разрешение дела по защите права от невинного нарушения с итоговым распределением бремени несения риска возникших негативных последствий на участников спорного правоотношения;
- специальные охранительные отношения, возникающие в связи с защитой прав;
- акты непосредственно реализации прав и обязанностей, направленные на исправление дефектного юридического факта, его нейтрализацию, восстановление нарушенного права, соразмерную компенсацию вреда и иные фактические действия, сопряженные с фактическим осуществлением мер правовой защитой.

Невинное нарушение права с элементами риска и меры защиты в праве характеризуются тем же типом причинно-следственной связи, что и пара правонарушение и меры наказания, юридической ответственности, что ставит конструкцию риска в механизме правового регулирования в один ряд с понятием вины.

В качестве подведения итога данной главы обозначим *и основные функции механизма защиты права от рисков:*

- *правовосстановительную;*
- *компенсационную;*
- *превентивную;*
- *организационно-распределительную;*
- *процедурно-гарантирующую.*

ГЛАВА 5. СПЕЦИФИКА СРЕДСТВ ЗАЩИТЫ ОТ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫХ И ИНЫХ ПРАВОРЕАЛИЗАЦИОННЫХ РИСКОВ

Коррупция в современных условиях предстает в качестве одного из наиболее ощутимых рисков для нормального функционирования механизма правового регулирования. Коррупционные риски весьма негативно отражаются на правоприменительном процессе, фактически в ряде случаев сводят его эффективность на нет. При этом именно на юридическую науку возложена обязанность по выработке научно-практических предложений по снижению коррупционных рисков и минимизации возможных негативных последствий от их реализации. Следует отметить, что коррупционные риски представляют собой лишь один из видов правоприменительных рисков. Проблема риска в процессе правоприменения имеет в целом более широкий характер. К сожалению, несмотря всю масштабность вопросов правоприменительного риска, он все же не получил всестороннего рассмотрения ни в общетеоретической, ни в отраслевой юридической литературе. Коррупционный риск в качестве разновидности правоприменительного также не находит должного отражения в работах по теории права, что, на наш взгляд, является существенным пробелом отечественного правоведения.

Правоприменительные риски как самостоятельный объект общетеоретического исследования стали выделяться сравнительно недавно. При этом признать исследовательское внимание к ним достаточным не представляется возможным. Фактически единственным монографическим исследованием обозначенной проблемы по настоящий момент остается диссертация В.В. Мамчуна¹.

¹ См.: Мамчун В.В. Правоприменительный риск: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород: Нижегородский юридический институт МВД России, 1999.

В числе правовых рисков можно выделить такие его виды, как: правотворческий, правоинтерпретационный и правореализационный. Они носят во многом взаимосвязанный характер, имеют общие причины и условия возникновения. Думается, что правотворческие, правоинтерпретационные, правореализационные риски наиболее концентрированно в итоговом виде прямо или косвенно отражаются на процессе правоприменения, детерминируя в нем в качестве рисков второго уровня правоприменительные риски вынесения незаконных и необоснованных решений, актов, риски неправомерного ущемления прав граждан, затягивания разбирательств и т.д.

Кроме того, само правоприменение и его все возрастающее усложнение продуцирует в качестве собственных причин дополнительные риски. Дополнительными факторами, провоцирующими риски в правоприменении, выступают недостаточная квалификация субъектов применения права, отсутствие должных материальных и организационных средств, излишняя бюрократизация государственного управления, личная заинтересованность, коррупционные связи и др. Данные обстоятельства предопределили необходимость более пристального рассмотрения в работе вопросов именно правоприменительного риска и специфики защиты от его негативных последствий.

Категория правоприменительного риска лежит в основе построения специфического механизма защиты от невиновного нарушения права в ходе соответствующего процесса.

Представляется необходимым уточнить определение правоприменительного риска, под которым предлагаем понимать закрепленную в законодательстве и применяемую в ходе правовой квалификации информационно-управленческую модель, учитывающую вероятность причинения невиновным поведением субъектов правоприменения или его участниками социально вредных последствий, позволяющую наиболее оптимальным способом распределить бремя подобных последствий между

государством, его органом или должностным лицом, применяющим право, и иными участниками процесса.

Подчеркнем наличие публичного характера средств защиты от правоприменительных рисков. В качестве основных средств защиты от правоприменительного риска можно называть институт обжалования, санкцию приостановления и санкцию недействительности правоприменительного акта в виде его отмены. Вспомогательными средствами правовой защиты выступают: государственные компенсации; процессуальные средства обеспечения законности и обоснованности вынесения правоприменительного решения; коллегиальность рассмотрения наиболее сложных дел; повышенные законодательные требования к определенным субъектам правоприменения и др. Отметим недостаточную эффективность установленных и реализуемых на практике в Российской Федерации инструментов защиты от правоприменительных рисков, их зачастую декларативный характер.

Следует критически оценивать идею объективно-субъективного понимания правоприменительного риска, что приводит к смешению понятий вина и правонарушение в сфере правоприменения. На наш взгляд, большей точностью и прикладной ценностью обладает позиция по рассмотрению правоприменительного риска в качестве объективной конструкции и элемента невиновного нарушения норм субъектами и участниками правоприменительного процесса.

Подчеркнем, что юридические последствия вызывает только тот правоприменительный риск, который создает угрозу причинения неблагоприятных последствий. Обоснованный допустимый риск имеет юридическое значение лишь в качестве обстоятельства, исключающего уголовную ответственность и дисциплинарную ответственность в рамках публичного права. Подвергнем критике классификацию правоприменительного риска на правомерный и так называемый «противоправный». Считаем неудачным и неточным термин «противоправный» в отношении

правоприменительного риска ввиду возможного отождествления его с правонарушением. Конструкция риска не предполагает противоправности в ее классическом, традиционном понимании. В случае противоправного поведения правоприменителя или участника правоприменения его следует квалифицировать как правонарушение, а не в качестве невиновного отклонения от предписаний права на началах риска. В этой связи градация правоприменительного риска на допустимый и недопустимый представляется более верной.

Ошибку в правоприменительной деятельности следует оценивать, на наш взгляд, с позиции не вины, а риска, вероятности ее возникновения, где включаются в действие меры защиты – отмены незаконного правоприменительного акта. В случае же сознательного нарушения нормы права правоприменителем, влекущего угрозу или реальное возникновение общественной опасности, то речь следует вести о правонарушении, которое подлежит юридической оценке с использованием конструкции вины и состава правонарушения.

В зависимости от характера управленческих действий правоприменительный риск можно классифицировать на: учредительный, оперативно-исполнительный, юрисдикционный, контрольно-надзорный.

Следует поддержать идею о необходимости законодательного определения понятия «риска». Однако более важным представляется сосредоточение усилий законодателя на дальнейшей проработке механизма защиты от негативных последствий невиновного нарушения права. При этом нормативно-правовая регламентация риска должна в первую очередь быть сведена к его объективным характеристикам в качестве особого обязательного элемента состава невиновного нарушения права, что справедливо и для такого вида как правоприменительный риск. Подвергнем критике позицию о необходимости учета мотивации в процессе правовой квалификации действий

(бездействий) правоприменителя на началах риска. Мотивация важна лишь при квалификации деяния в качестве правонарушения.

Кроме того, вряд ли можно согласиться с авторами, увязывающими правоприменительный риск исключительно с мерами юридической ответственности, что характерно только для обоснованного риска в качестве обстоятельства, исключающего уголовную ответственность. Иные виды правоприменительного риска сопряжены именно с мерами защиты права, а не юридической ответственности. В данном случае дихотомия правомерное – противоправное не вполне успешно решает исследовательскую задачу, что требует введения третьей категории дефектного юридического факта, его особого вида – невиновного нарушения права.

Таким образом, проблема правоприменительного риска требует продолжения научных исследований в рамках общей теории права и отраслевых юридических наук. Представляется необходимым развитие конструктивной дискуссии в отношении вопросов о понятии, природе, содержании правоприменительных рисков и мер правовой защиты от них.

Наряду с правоприменительным риском Ю.А. Дятлов предлагает к использованию в государственно-правовых исследованиях категорию «правореализующий риск». По мнению автора, риск можно рассматривать в качестве компонента правореализующей деятельности, сопоставив одновременно с вопросами о роли правосознания в социально-психологическом механизме деятельности, о его соотношении с категорией вины и юридической ответственности¹. Ю.А. Дятлов также затрагивает ряд аспектов, связанных с отражением места риска в механизме правового регулирования. В итоге предлагается следующее его определение: «Правореализующий риск есть сочетание субъектно-объектных обстоятельств в определенный момент времени, характеризующееся вероятностным

¹ См. подробнее: *Дятлов Ю.А.* Правореализующий риск: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Владимир, 2006. (189 с.)

распределением положительных и отрицательных исходов реализации избранного варианта правореализующего поведения и осознанием его возможных юридических последствий»¹.

Критически оценивая данное определение, полагаем возможным отметить два обстоятельства. Первое – конструкция риска, на наш взгляд, связана с распределением не положительных результатов избранного варианта поведения субъекта, а напротив, - исключительно отрицательных, о чем ранее мы уже упоминали. Механизм защиты от правореализационных рисков, включая такой их вид, как правоприменительные риски, не может быть направлен на распределение неких их положительных последствий. К примеру, предпринимательский риск, который сопряжен с извлечением прибыли в качестве его положительного результата, не имеет законодательно установленных мер по распределению данной прибыли, что вполне оправданно отнесено к компетенции самого предпринимателя, который волен распоряжаться получаемой прибылью по собственному усмотрению. А вот риск убытков в качестве негативного возможного последствия предпринимательской деятельности целиком возлагается Гражданским кодексом РФ на предпринимателя, что подтверждает отстаиваемую нами позицию. Аналогичной точки зрения придерживается и большинство теоретиков гражданского права.

К примеру, А.Г. Мартиросян, раскрывающий в своем диссертационном исследовании проблемы правореализационного риска в механизме гражданско-правового регулирования, обоснованно указывает, что судебно-арбитражная практики явственно свидетельствует об употреблении конструкции предпринимательского риска в судебных решениях в связи со следующими обстоятельствами:

- особым невиновным режимом ответственности;

¹ Там же. С. 10.

- обоснованием обязанности хозяйствующего субъекта быть осмотрительным в ситуации выбора контрагента с учетом наличествующих у него правомочий;
- возложением неблагоприятных арбитражно-процессуальных и иных юридических последствий, например, в виде утраты права на обжалование судебного решения;
- отнесением на сторону предпринимателя имущественно невыгодных последствий, вызванных непредвиденными обстоятельствами, например, экономическими кризисами, стихийными бедствиями и т.д.¹

На наш взгляд, судебная практика является важным показателем функциональной роли категории правореализационного риска в механизме правового регулирования. Далее упомянутый автор подчеркивает достаточно верное положение следующего характера: «Основная цель предпринимателя – это прибыль, именно поэтому он обладает широкими возможностями выбора своего поведения на рынке. Негативной стороной его деятельности, является убыток, который и представляет собой риск, а поскольку убыток, также как и прибыль является результатом деятельности самого предпринимателя в условиях автономии воли, то этот риск является риском самого предпринимателя. В данном случае государство освобождает себя от обязанности оценивать указанную деятельность на предмет ее соответствия критериям заботливости и осмотрительности, придавая юридическое значение факту причинения. Именно в результате такого «отчуждения» государства и отсутствия заранее заданных критериев поведения формулируется понятие «на свой риск»»².

Таким образом, правореализационный риск несет преимущественно предприниматель в отношении с потребителем, что одновременно подчеркивает минимальное участие государства в защите иных субъектов от

¹ См.: *Мартыросян А.Г.* Категория риска в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2014. С. 10 – 12 и др.

² Там же. С. 12.

предпринимательских рисков. Для предпринимателя же риски его хозяйственной и правореализационной деятельности исключительно связаны с негативными последствиями, убытками.

В гражданско-правовой литературе приводится и другой яркий пример правореализационного риска из практики гражданско-правового регулирования: «Если бы собственник знал о том, что его вещь, переданная в пользование третьему лицу, ни при каких обстоятельствах не погибнет, не было бы нужды создавать специальные правила несения договорного риска. Однако гражданское право со времен Древнего Рима содержит в себе нормы, позволяющие определить лицо, на которое будут возложены убытки от случайной гибели или случайного повреждения имущества, что доказывает известную генетическую связь неопределенности и риска как правовой категории»¹. И в этом случае вполне очевиден факт закрепления в праве договорного риска в качестве вероятности несения бремени неблагоприятных последствий. Аналогичная ситуация с риском складывается в процессе правоприменения, когда риск неблагоприятных последствий вынесения незаконного правоприменительного акта возлагается на государство, его органы и должностных лиц, призванных исправить допущенное нарушение и в ряде случаев возместить причиненный ущерб подобным актом (например, в случае незаконного уголовного преследования гражданина).

Второй критический момент в анализе дефиниции правореализующего риска, предложенной Ю.А. Дятловым, связан с указанием на осознание его последствий субъектом. Думается, что подобный подход нивелирует различия риска и вины как юридических конструкций, используемых для оценки различных типов нарушений предписаний права. Любое указание на внутреннее переживание совершенного нарушения права в итоге приводит к

¹ Там же.

отождествлению виновно совершенного противоправного деяния (правонарушения) и объективного нарушения права, которое не подлежит оценки с позиции виновности. В противном случае, теряется всякая необходимость практического использования конструкции риска в механизме правового регулирования.

Обращаясь к вопросу детерминации правореализационных, а в их числе и правоприменительных, рисков отметим вслед за Ю.А. Дятловым особое значение в данном процессе следующих обстоятельств:

- ограниченность объективно существующих возможностей законодателя по исключению факторов неопределенности, случайности в социально-правовой жизни;
- наличие в действующей системе российского законодательства целого ряда дефектов дополнительно продуцирующих риски вынесения незаконного правоприменительного акта (например, пробелов, коллизий, дисбаланса частных и публичных интересов и т.п.);
- излишняя бюрократизация правоприменительного процесса;
- несовершенство правоинтерпретационной практики, негативно влияющей на процесс правореализации в целом;
- собственные ошибки субъектов, реализующих нормативные правовые предписания;
- недостаточная квалификация правоприменителя и отсутствие должных знаний и юридического опыта у иных субъектов реализации права;
- необеспеченность материальных норм права надлежащими процессуальными средствами их реализации также может создавать дополнительные риски их невиновного нарушения и др.

Выше нами был обозначен ряд факторов детерминации правореализационных рисков, присутствующих внутри самого механизма правового регулирования. Однако первичными причинами, вызывающими их к жизни, являются сами общественные отношения, включаемые в предмет

правового регулирования, с присущими им элементами случайности и неопределенности в их развитии, что и побуждает общество к выстраиванию механизма правовой защиты от риска невиновного причинения вреда в ходе правового регулирования различного рода социальных связей.

Ю.А. Дятлов помимо указанных моментов справедливо обращает внимание и на юридическую свободу в качестве необходимого условия проявления правореализующего риска¹, что нельзя не принимать во внимание. Возможность выбора того или иного варианта поведения в ходе реализации субъектами права предполагает, что один из таких вариантов сопряжен с риском невиновного нарушения нормативных правовых предписаний. Однако повторимся, что волевой, сознательный момент в оценке собственного деяния субъектом в механизме защиты права от невиновного нарушения не учитывается в ходе юридической квалификации и заменяется на конструкцию риска. Ввиду этого нам представляется не вполне верным акцентирование внимания на социально-психологическом механизме правореализующего риска. Большой практический интерес, а за ним и теоретический, представляют, на наш взгляд, способы и средства юридического реагирования на ситуации правореализационного риска, особенно такой его разновидности, как правоприменительный риск.

При этом российское законодательство использует два основных метода распределения правореализационного риска – императивный и диспозитивный. Механизм правового регулирования не может вовсе устранить или уменьшить риски объективного нарушения предписаний права. Ввиду этого возможно применение инструментов защиты по наиболее оптимальному распределению бремени несения неблагоприятных последствий в подобных ситуациях. Диспозитивный метод предполагает возможность договорного урегулирования ситуаций с риском в ходе реализации преимущественно частного права. Однако для

¹ См.: Дятлов Ю.А. Указ. соч. С. 11 – 12.

правоприменительного риска, включенного в механизм публично-правового регулирования общественных отношений, характерен уже императивный метод распределения бремени несения его негативных последствий. Это не означает, что в ходе реализации риска невиновного нарушения частного права вовсе не используется императивный метод. К примеру, в целях защиты права слабой стороны в гражданско-правовом договоре от правореализационных рисков диспозитивный метод уступает место императивному.

Цель механизма правового регулирования в рассматриваемом аспекте заключается в снижении трансакционных издержек, а также минимизация иных негативных последствий правореализационных рисков. Достижение указанной цели требует формирования специальных критериев распределения риска в правоприменительной и правореализационной деятельности в целом. В настоящий момент, как справедливо отмечается в юридической литературе, некоего единого универсального, общеправового критерия распределения рисков, не разработано ни юридической доктриной, ни юридической практикой¹. При этом в зарубежной и отечественной юриспруденции сложились два основных исследовательских подхода в изучении механизма распределения правореализационных рисков – универсальный и узкоспециализированный.

Первый предполагает развитую форму дифференциации средств защиты от рисков и многообразие критериев распределения его между участниками правоотношений в процессе реализации права. Специализированный подход имеет наибольшее число сторонников среди исследователей права. В их числе Х. Кётц, К. Отт, Р. Познер, Дж. Триантис, Т. Юлен и другие зарубежные исследователи. В российской юриспруденции универсальный подход нашел применение в трудах М.М. Агаркова, Д.А.

¹ См. подробнее об этом: *Архитов Д.А.* Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. – М.: Статут, 2012. С. 4.

Архипова, А.Ю. Бушева, Л.Г. Ефимовой и иных авторов. Второй подход предполагает поиск неких общих начал в деле распределения правореализационного риска, выступающих фундаментом по отношению к специальным предписаниям права в отношении средств минимизации негативных последствий отмеченных рисков.

Необходимость выработки единого критерия по распределению договорного риска как вида правореализационных рисков, наряду с правоприменительными, доказывает в своей работе Д.А. Архипов, подчеркивая, что: «Наличие научно обоснованного, формализованного критерия распределения договорных рисков упрощает законотворческую деятельность, позволяет сконцентрироваться на специальных вопросах, характерных только для обязательств регулируемого типа. Все это обеспечивает предсказуемость законотворческого результата»¹. При этом исследователь предпринимает попытку обоснования гипотезы о необходимости установления механизма распределения договорных рисков на основании универсального правового критерия. Таковым, автор полагает принцип экономической эффективности.

В целом сам подход, предложенный Д.А. Архиповым, заслуживает внимания. Однако принцип экономической эффективности, на наш взгляд, не может все же претендовать на роль общего начала ни в механизме частноправовой защиты от правореализационных рисков, ни в механизме публично-правовой защиты. В этой связи можно обратиться к иной позиции по рассматриваемому вопросу, согласно которой общим критерием механизма защиты от рисков в правовом регулировании должен выступать *принцип справедливого распределения их последствий*, разбиваемый, в свою

¹ Там же. С. 5 – 6.

очередь, на два подпринципа: экономической целесообразности и защиты социально значимого интереса¹.

На наш взгляд, именно данный подход с некоторыми уточнениями может быть взят на вооружение в общей теории права, поскольку позволяет обеспечить в механизме защиты от правоприменительных и иных правореализационных рисков баланс частных и публичных интересов. Фактически следует выделять два основополагающих принципа защиты от юридически значимых рисков – это принцип справедливости и принцип обеспечения баланса частных и публичных интересов в праве. При этом производных от них принцип экономической целесообразности распределения правореализационных рисков сводится к возложению их негативных последствий на то лицо, от которого в большей степени зависит наступление либо ненаступление рассматриваемых неблагоприятных последствий. Критерий же защиты социально значимого интереса и обеспечения тем самым баланса публичных и частных начал в праве предполагает возложение неблагоприятных последствий риска на экономически, юридически или организационно более сильного участника правоотношения.

Отдельно отметим тот факт, что принцип справедливости распределения правореализационного риска в ряде черт схож с принципом справедливости назначения наказания и возложения юридической ответственности, но все же имеет принципиально иной характер и цель своего приложения в механизме правового регулирования.

Таким образом, можно сделать вывод, что механизм защиты от правоприменительных, договорных и иных правореализационных рисков имеет собственную специфику, как по содержанию, так и по набору инструментов. опирается на ряд общих отправных принципов и призван

¹ См. подробнее: *Мартыросян А.Г.* Категория риска в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2014. С. 14 и др.

оказывать противодействие невинному нарушению права, минимизировать его вредные последствия.

Кроме того, в общей теории права фактически речь должна вестись о двух взаимодополняющих друг друга методах и подходах по регулированию риска в частном и публичном праве. В публичном праве важно определить опасные формы риска и пределы его уголовно-правового, административно-правового воздействия – то есть четко показать, что является допустимым риском с позиции уголовного, публичного права, а что напротив, как раз и требует уголовно-правового воздействия на основе принципа вины. Однако в последнем случае уже будет использоваться не конструкция риска и меры защиты, а понятие вины и уголовное наказание. Другими словами, для публичного права первично понятие и концепция вины, а категория риска выполняет вспомогательную функцию для установления пределов уголовно-правового регулирования через институт обстоятельств, исключающих противоправность деяния и соответственно уголовную или административную ответственность. В частном же праве ситуации принимает прямо противоположный оборот – конструкция риска и мер защиты от него доминируют в соотношении с мерами наказания за виновное нарушение его предписаний.

Получаем, что в публичном праве своего особого понятия риска быть и не должно, за исключением определения границ, при которых риск не имеет место, а на первый план уже выходит конструкция вины – выход за пределы обоснованного риска, что создает угрозу или причиняет реальный вред важнейшим с точки зрения уголовно-правовой охраны общественным отношениям. Одновременно в публичном праве (или его элементах) (особенно в трудовом праве и праве социального обеспечения) конструкция правореализационного риска опять-таки может занимать особое место, если речь идет о возложении на государства обязанности нести риски в области социальной защиты граждан, социального страхования и т.д. Защита «слабой

стороны» от рисков – действует здесь в полной мере, хотя такой поход характерен и для частного права примерно в той же степени.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В качестве подведения итогов в работе следует определить дополнительные заключительные выводы и наметить дальнейшие перспективы исследования рисков и мер защиты в механизме правового регулирования.

Выведенные в ходе проведенного исследования содержание и структура механизма защиты права от рисков невинного его нарушения не только в наиболее полном виде раскрывает его сущность и функциональные особенности, но и служит концептуальной основой для дальнейшего развития общетеоретического учения о рисках и дефектах в правовом регулировании, позволяя решить ряд взаимосвязанных задач:

- в комплексе представить уточненную общетеоретическую модель механизма правового регулирования, включающего в себя в качестве важнейшей подсистемы защиту права;
- обозначить узловые предметно-функциональные средств защиты права с иными инструментами механизма правового регулирования, специально выделив в его структуре дефектные фактически составы с элементами риска;
- системно определить круг основных средств по профилактике, исправлению, нейтрализации, а также устранению дефектов в механизме правового регулирования;
- обосновать принципиальное различие в системе охранительных средств, применяемых в отношении дефектных юридических фактов с элементами риска и правонарушений, оцениваемых на началах вины и влекущих применение мер юридической ответственности;
- продемонстрировать преимущества дальнейшей теоретической разработки рисков в качестве элемента состава невинного поведения и дефектного юридического факта;

- синтезировать инструментальный и системно-функциональный подход в понимании сущности рисков в механизме правового регулирования;
- обосновать необходимость уточнения общетеоретического учения о защите права, дополнить его такими специфическими средствами защиты от юридически значимых дефектов как: санкции приостановления; санкции недействительности; санкции прекращения и санкции восстановления нарушенного права;
- установить диалектическое единство, различия и взаимодействие начал риска и вины в оценке юридически значимого поведения.

В настоящий момент российское право развивается в направлении все большей дифференциации средств защиты от юридически значимых рисков, что следует признать объективной и значимой тенденцией. Однако следует констатировать отсутствие у законодателя общего выверенного и системно проводимого в практику правотворческой деятельности подхода к регламентации понятия риска и способов защиты от его нежелательных последствий, что во многом объясняется и недостаточным вниманием к проблеме представителей науки общей теории права. В последние годы ситуация стала заметно меняться и в теории права были восполнены пробелы в отношении отдельных видов юридически значимого риска, что можно только приветствовать. Единообразного же общего подхода к пониманию природы и сущности риска в праве ни в общей теории права, ни в отраслевых юридических науках не удастся выработать по настоящее время. Ситуация во многом осложняется попыткой ряда исследователей излишне расширить понятие рассматриваемого феномена, искусственно соединить в одной категории философскую, экономическую, управленческую и собственно юридическую трактовку. Представляется, что важнейшим критерием истинности концепции понимания юридического риска должна выступать именно социальная практика, а именно практика реального функционирования механизма правового регулирования.

Именно юридическая практика с завидным постоянством демонстрирует исследователям приоритетность узкоспециализированного рассмотрения конструкции риска как элемента правовой квалификации невиновного нарушения права, вызывающего особые меры реагирования на его негативные последствия. Далеко неслучайно большинство отраслевых правовых исследований в последние годы сосредоточены были именно на данном моменте категории риска. Широкая же трактовка правового риска имеет право на существование, но преимущественно лишь в статусе умозрительной философско-правовой понятийной абстракции.

С учетом вышеизложенного, предлагаются следующие наиболее перспективные направления дальнейшего исследования феномена риска и мер защиты в механизме правового регулирования:

- проведение специальных изысканий по детальному раскрытию сложной структуры механизма правового регулирования с выделением внутри него в качестве самостоятельных подсистем защитных мер и средств юридической ответственности;
- конструирование состава объективно невиновного поведения с элементом риска и обоснование законодательного закрепления данной юридической конструкции;
- развитие идеи о невиновном нарушении права как особом виде дефектных юридических фактов, сопоставление его с другими разновидностями фактических составов;
- анализ вопроса объективных закономерностей специализации средств правовой защиты от рисков в частном и публичном праве, определение пределов подобной специализации и возможные перспективы обратного процесса по унификации;
- выяснение технико-юридических особенностей законодательного закрепления риска в отраслях российского права;

- изучение типов и видов дефектов механизма правовой защиты от юридически значимых рисков.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ И ИСТОЧНИКОВ

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) // Российская газета. 1993. 25 дек.; СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 26.07.2017).
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): Федеральный закон от 26 января 1996 года № 14-ФЗ (в ред. от 07.02.2011 года) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2011. № 7. Ст. 901.
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532; Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.07.2017).
5. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391; 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4772.
6. Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 24 ноября 2014 г.) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч.1). Ст. 1; Российская газета. 2014. 27 нояб.

7. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ (в ред. от 29 июля 2017 г.) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1. Ч. 1. Ст. 3; Собрание законодательства РФ. 2018. № 32. Ч. I. Ст. 5108.
8. Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (в ред. от) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.
9. Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 22 октября 2014 г.) // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч.1). Ст. 4921; 2014. № 43. Ст. 5792.
10. Федеральный закон от 27 ноября 2010 года № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 48. Ст. 6252.
11. Федеральный закон от 28 июня 2014 года № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 26. Ч. I. Ст. 3378.
12. Федеральный закон от 06 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.
13. Федеральный закон от 24 июля 1998 года № 125-ФЗ (в ред. от 07.03.2018) «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3803; последняя редакция опубликована на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 07.03.2018.
14. Федеральный закон от 27 декабря 2002 года № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 52. Ч. I. Ст. 5140.

15. Федеральный закон от 16 июля 1999 года № 165-ФЗ (в ред. от 03.07.2016) «Об основах обязательного социального страхования» // Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3686.

16. Федеральным законом от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ (в ред. от 21.11.2011 г., с изм. от 07.12.2011 г.) «Об охране окружающей среды» // Российская газета. 12 января 2002; Российская газета. 14 декабря 2011 года.

17. Закон РФ от 27 ноября 1992 года № 4015-1 (ред. от 03.08.2018 г.) «Об организации страхового дела в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 2. Ст. 56; (опубликован на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> - 03.08.2018).

18. Таможенный кодекс Таможенного союза / Приложение к Договору о Таможенном кодексе Таможенного союза, принятому Решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС на уровне глав государств от 27 ноября 2009 года № 17) // Собрание законодательства РФ. 2010. № 50. Ст. 6615.

19. Постановление Правительства РФ от 6 января 2006 г. «О Федеральной целевой программе «О снижении рисков и смягчении последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера в Российской Федерации до 2010 года» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 6. Ст. 695; Собрание законодательства РФ. 2010. № 14. Ст. 1650.

20. Положение «О порядке расчета кредитными организациями величины рыночного риска», утвержденном Приказом Банка России № 313-П от 14 ноября 2017 года // Вестник Банка России. 12 декабря 2007.

21. ГОСТ Р 51901.21-2012. Национальный стандарт Российской Федерации. «Менеджмент риска. Реестр риска. Общие положения» / Утверждён и введён в действие Приказом Росстандарта от 29 ноября 2012 года № 1285-ст. М.: Стандартинформ, 2014.

22. ГОСТ Р ИСО/МЭК 31010-2011. Национальный стандарт Российской Федерации. «Менеджмент риска. Методы оценки риска» /

Утверждён и введён в действие Приказом Росстандарта от 01 декабря 2011 года № 680-ст. М.: Стандартинформ, 2012.

Материалы правоприменительной практики

23. Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2013 года № 8-П «По делу о проверке конституционности статей 3, 4, пункта 1 части первой статьи 134, статьи 220, части первой статьи 259, части второй статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, подпункта "з" пункта 9 статьи 30, пункта 10 статьи 75, пунктов 2 и 3 статьи 77 Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации", частей 4 и 5 статьи 92 Федерального закона "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" в связи с жалобами граждан А.В. Андропова, О.О. Андроновой, О.Б. Белова и других, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и регионального отделения политической партии Справедливая Россия в Воронежской области» // Российская газета. 2013. 30 апреля.

24. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 марта 2016 года № 11 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5 (май).

25. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 ноября 2015 года № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 1 (январь).

26. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2016 года № 64 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении судами дел, связанных с приостановлением деятельности или ликвидацией некоммерческих организаций, а также запретом деятельности общественных

или религиозных объединений, не являющихся юридическими лицами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 2 (февраль).

27. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 года № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11 (ноябрь).

28. Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2012 года № 14465/11 по делу N А47-10563/2010 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 3.

29. Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 61 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица" // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение). 2013. № 32.

30. Информационное письмо ВАС РФ от 22 декабря 2005 года № 99 "Об отдельных вопросах практики применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 2006. № 3.

31. Письмо Банка России от 23 июня 2004 г. № 70-Т «О типичных банковских рисках» // Вестник Банка России. 2004. № 38.

Научная литература

32. *Абчук В.А.* Теория риска. Л.: Судостроение, 1983. 150 с.

33. *Александров Н.Г.* Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. 271 с

34. *Алексеев С.С.* Право: азбука - теория - философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.

35. *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид лит, 1966. 187 с.

36. *Альгин А.П.* Риск и его роль в общественной жизни. М.: Мысль, 1989. 187 с.
37. *Андреев Ю.Н.* Механизм гражданско-правовой защиты. М.: "Норма", "Инфра-М", 2010. 462 с.
38. *Архипов Д.А.* Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. М.: Статут, 2012. 112 с.
39. *Арямов А.А.* Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010. 171 с.
40. *Барон Ю.* Система римского гражданского права: Вып. 1: Кн. 1. Общая часть. - 1909; Вып. 2: Кн. 2. Владение; Кн. 3. Вещные права. 1908; Вып. 3: Кн. 4. Обязательственное право. 1910; Вып. 4.: Кн. 5. Семейственное право; Кн. 6. Наследственное право; Предметный указатель. 1908. Вып. 1-4 / Пер. и предисл.: Петражицкий Л. - 3-е изд., испр. по 9-му нем. изд. - С.-Пб.: Тип. Ю.Н. Эрлих, 1909. 974 с.
41. *Бек У.* Общество риска. На пути к другому модерну. М.: Прогресс-традиция, 2000. 384 с.
42. *Братусь С.Н.* Юридическая ответственность и законность. М.: Юрид. лит., 1976. 215 с.
43. *Бутяев А.Г.* Макроэкономические детерминанты государственной политики России по минимизации интеграционных экономических рисков. Монография. Ростов-на-Дону: Ростиздат, 2007. 181 с.
44. *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 416 с.
45. *Витрук Н.В.* Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. 448 с.
46. *Власова А.В.* Структура субъективного гражданского права. Ярославль: Ярославский государственный университет, 1998. 116 с.

47. *Воротников А.А., Муругина В.В.* Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы. Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО "СГЮА", 2011. 192 с.
48. *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. 411 с.
49. *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 2: Обязательственное право / Пер. под руководством и редакцией П. Соколовского. 3-е рус. изд. М.: Печатня А. Снигеревой, 1911. 412 с.
50. *Илларионова Т.И.* Система гражданско-правовых охранительных мер. Томск: Изд-во Томского университета, 1982. 168 с.
51. *Исаков В.Б.* Юридические факты в советском праве. М.: Юрид. лит-ра, 1984. 144 с.
52. *Исаков В.Б.* Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов: Изд-во СГУ, 1980. 128 с.
53. *Корнилова Т.В.* Диагностика мотивации и готовности к риску. М.: Институт психологии РАН, 1997. 232 с.
54. *Корнилова Т.В., Григоренко Е.Л., Смирнова С.Д.* Подростки группы риска. СПб: Питер, 2005. 336 с.
55. *Котик М.А.* Психология и безопасность. Таллинн: Валгус, 1989. 447 с.
56. *Красавчиков О.А.* Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юридическая литература, 1966. 200 с.
57. *Кудрявцев В.Н.* Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука, 1982. 287 с.
58. *Лисицин Ю.П.* Теории медицины XX века. М.: Медицина, 1999. 176 с.
59. *Макаренко В.П.* Риск при принятии решения в научной политике. М.: Наука, 1977. 156 с.

60. *Мордовец А.С.* Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина / Под ред.: Матузов Н.И. Саратов: Изд-во Саратов. ВШ МВД РФ, 1996. 286 с.
61. *Найт Ф.Х.* Риск, неопределенность и прибыль. Пер. с англ. М.: Дело. 360 с.
62. *Новоселов В.И.* Законность актов органов управления. М.: Юрид. лит-ра, 1968. 215 с.
63. *Ойгензихт В.А.* Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1972. 224 с.
64. *Омельченко А.И.* Творческий риск, его государственно-правовая охрана. М.: Изд-во МГУ, 1955. 51 с.
65. *Пассек Е.В.* Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М.: Статут, 2003. 314 с.
66. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. 354 с.
67. Политический риск. Анализ, оценка, прогнозирование, управление. М.: Рос.-амер. ун-т., 1992. 60 с.
68. *Понкин И.В.* Теория девиантологии государственного управления: неопределённости, риски, дефекты, дисфункции и провалы в государственном управлении / Предисловие д.ю.н., проф. А.Б. Зеленцова. М.: Буки-Веди, 2016. 250 с.
69. *Протасов В.Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. М.: Юрид. лит., 1991. 143 с.
70. *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. 121 с.
71. *Самощенко И.С., Фарукишин М.Х.* Ответственность по советскому законодательству. М.: Юрид лит, 1971. 240 с.
72. *Тихомиров Ю.А., Шахрай С.М.* Риск и право. М.: Изд-во МГУ, 2012. 64 с.

73. Юридическая конфликтология / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1995. 316 с.

Учебные издания

74. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права: курс лекций: в 2 т. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердловского юридического ин-та, 1972. 396 с.

75. *Алексеев С.С.* Общая теория права: Курс в двух томах. Том 2. М.: Юридическая литература, 1982.

76. *Алексеев С.С.* Общая теория права: учебник. М.: Проспект, 2008. 576 с.

77. *Карташов В.Н.* Профессиональная юридическая деятельность (вопросы теории и практики): Учебное пособие. ???

78. *Кулапов В.Л.* Теория государства и права: учебник. Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2011. 486 с.

79. Теория государства и права: учебник / под ред. В.К. Бабаева. М.: Юрист, 1999. 592 с.

80. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юрист, 1999. 776 с.

81. Теория государства и права: учебник / под ред. В.В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2001. 520 с.

82. *Черданцев А.Ф.* Толкование права и договора: учебное пособие для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. 381 с.

83. Экономика предприятия / Под ред. Н.А. Сафронова. М.: Юрист, 1998. 584 с.

**Статьи в периодических изданиях, материалах конференций,
в сборниках научных трудов**

84. *Абрамов В.В.* Категория "риск" в гражданском праве // Гражданское право. 2013. № 6. С. 30 – 34.
85. *Бек У.* От индустриального общества к обществу риска // THESIS. 1994. № 5. С. 43 – 45.
86. *Бутнев В.В.* К понятию механизма защиты субъективных прав // Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. - Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1989. С. 9 – 11.
87. *Бутнев В.В.* Понятие механизма защиты субъективных прав // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1990. С. 11 – 18.
88. *Бутнев В.В.* Механизм защиты субъективных прав // "LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)". 2014. № 3. С. 274 – 283.
89. *Вавилин Е.В.* Развитие российского законодательства в сфере осуществления и защиты гражданских прав // Гражданское право. 2009. № 1. С. 45 – 48.
90. *Варул П.А.* О некоторых теоретических вопросах защиты субъективных гражданских прав // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права. Ярославль, 1987. С. 21 – 28.
91. *Витрук Н.В.* Социально-правовой механизм реализации конституционных прав и свобод граждан // Конституционный статус личности в СССР. М.: Юрид. лит., 1980. С. 195 - 210.
92. *Власенко Н.А.* О кризисных тенденциях в праве // Юридическая техника. Ежегодник. № 8. «Демократизация правотворчества: доктрина, практика, техника». Н. Новгород, 2014. С. 40 – 45.

93. *Власенко Н.А.* Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 43 – 54.
94. *Гидденс Э.* Судьба, риск и безопасность // THESIS. 1994. № 5. С. 102 – 105.
95. *Глазунов И.С., Демин А.К., Евстифеева Г.Ю. и др.* Укрепление здоровья детей школьного возраста: план действий по разработке региональных программ в России. Часть 1 // Профилактика заболеваний и укрепление здоровья. 2004. № 1. С. 14–29.
96. *Глущенко В.В.* Геополитический риск как экономическая категория в условиях глобализации // Вестник университета ГУУ. 2007. № 2(20). С. 211 – 217.
97. *Гринберг М.С.* Оправданный профессиональный и хозяйственный риск // Вестник Омского университета. 2012. № 1. С. 386 – 389.
98. *Джус И.В.* Теория политических рисков: проблемы дефиниции // Вестник МГУ. Сер. 12. Политические науки. 2002. № 4. С. 30—38.
99. *Елисейкин П.Ф.* Правоохранительные нормы: понятие, виды, структура // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. Ярославль, 1977. С. 23 – 46.
100. *Ерофеева Е.В.* Меры предварительной защиты по КАС РФ и их соотношение с обеспечительными мерами АПК РФ // Вестник Удмуртского университета. Серия Экономика и право. Т. 26. Выпуск 3. С. 88 – 92.
101. *Зеленцов А.Б.* Ответственность в судебном административном праве // Журнал административного судопроизводства. Научно-практическое издание. 2018. № 1. С. 22 – 23.
102. *Корнилова Т.В.* Диагностика личностных факторов принятия решений // Вопросы психологии. 1994. № 6. С. 99 – 109.
103. *Карташкин В.А.* Механизмы защиты прав человека // Ежегодник российского права. М., 1999. С. 340 – 344.

104. *Красавчиков О.А.* Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности // *Красавчиков О.А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 413 – 424.

105. Крашенинников Е.А. Структура субъективного права // Построение правового государства: вопросы теории и практики. Тезисы доклада областной научно-практической конференции. Ярославль, 1990. С. 3 – 7.

106. *Крючков Р.А.* Подходы к определению риска в современном праве // *Правовое поле современной экономики*. 2014. № 10. С. 156 - 159.

107. *Кузьмин А.В., Ходукин Д.В.* Категориальный статус правовосстановительных санкций: понятие, признаки, виды // Вестник Читинского государственного университета. 2011. № 7(74). С. 47 – 52.

108. *Кутафин О.Е.* Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве // Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве. Lex Russica = Русский закон. 2007. Т. LXVI. № 4. С. 610 – 622.

109. *Луман Н.* Понятие риска // THESIS. 1994. № 5. С. 142 – 145.

110. *Лунарев Е.Б.* Особенности применения мер предварительной защиты по административному иску к иностранным гражданам и организациям // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2018. № 1(32). С. 118 – 124.

111. *Малько А.В.* Правовые средства: Вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8. С. 66 – 77.

112. *Мамчун В.В.* Закономерность, случайность и риск в правовом регулировании // Государственно-правовые закономерности: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Н. Новгород, 23-24 мая 2013 года): в 2 т. / Под общ. ред. В.А. Толстика. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2013. Т. 2. С. 61 – 62.

113. *Мархгейм М.В., Новикова Е.А.* Роль межотраслевой конвергенции в развитии категории «риск» // Научные ведомости БелГУ. Серия Философия. Социология. Право. 2013. №8(151). Выпуск 24. С. 89 – 102.

114. *Панфилова Э.А.* Понятие риска: многообразие подходов и определений // Теория и практика общественного развития. 2010. № 4. С. 30 - 34.

115. *Подколзина И.А.* Проблемы дефиниции и оценки политического риска в зарубежных исследованиях // Вестник МГУ. Сер. 12. Политические науки. 1996. № 5. С. 19—33.

116. *Полежаева С.А.* К вопросу о системе рисков и угроз миграционной безопасности // Юридический мир. 2011. № 5. С. 32 - 34.

117. *Потемкина Р.А., Глазунов И.С.* Разработка системы мониторингирования поведенческих факторов риска неинфекционных заболеваний // Профилактика заболеваний и укрепление здоровья. 2007. № 2. С. 7–12.

118. *Решетникова И.В.* Теория процессуального риска // Закон. 2012. № 6. С. 117 – 122.

119. *Серебровский В.И.* Очерки советского страхового права // Избранные труды. - М.: Статут, 1997. С. 393 – 404.

120. *Сорокин В.Д.* О компонентах механизма правового регулирования (макроуровень) // Актуальные проблемы теории и истории государства и права. СПб., 2004. С. 40 – 55.

121. *Старилов М.Ю.* Актуальные проблемы судебной практики применения мер предварительной защиты по отдельным категориям административных дел (на примере Воронежской области) // Журнал административного судопроизводства. Научно-практическое издание. 2018. № 1. С. 54 – 55.

122. *Старилов М.Ю.* Меры предварительной защиты по административному иску в российском административном процессуальном

праве: отдельные вопросы теории и правоприменения // Административное право и процесс. 2017. № 7. С. 44 – 53.

123. *Танаев В.М.* Понятие "риск" в Гражданском кодексе Российской Федерации // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С.С. Алексеева. М.: Статут, 2000. С. 9 – 24.

124. *Татищева Н.И.* Переход права собственности и риска по внешнеторговым догово-рам СССР и стран социализма // Советское государство и право. 1964. № 8. С. 130 – 135.

125. *Хайретдинова М.Д.* Типичные дефекты дефиниций современного российского законодательства и основные пути их преодоления // Юристъ-Правоведъ. 2008. № 1. С. 8 – 13.

126. *Чибинев В.М.* Проблемы привлечения к ответственности за правонарушения в налоговой сфере // Финансовое право. 2005. № 11. С. 15 – 21.

127. *Шаболтас А.В.* Риск и рискованное поведение как предмет психологических исследований // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2014. Сер. 12 Вып. 3. С. 5 – 16.

128. *Юдин А.В.* Категория "риск" в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2014. № 5. С. 11 – 53.

129. *Ястребов О.А.* меры предварительной защиты как институт административного судопроизводства // Административное право и процесс.. 2016. № 12. С. 12 – 15.

Справочные издания

130. *Ефремова Т.Ф.* Новый словарь русского языка. Толково-образовательный. М.: Рус. яз., 2000. В 2-х т. Т. 1. 1209 с.

131. Словарь иностранных слов / Отв. ред. В.В. Бурцева, Н.М. Семенова. М.: Русский язык Медиа, 2003. 817 с.

Диссертации и авторефераты диссертаций

132. *Александров Д.В.* Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализующей практике. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Владимир: Владимирский юридический институт ФСИН России, 2007. 26 с.

133. *Ардашкин В.Д.* Меры защиты (пресечения) в советском административном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск: Томский университет, 1968. 17 с.

134. *Архипов Д.А.* Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 29 с.

135. *Бабурин В.В.* Риск как основание дифференциации уголовной ответственности. Дис. ... докт. юрид. наук Омск, 2009. 40 с.

136. *Белянская О.В.* Механизм непосредственной реализации прав и свобод личности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. 26 с.

137. *Власова А.С.* Риск как признак предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 29 с.

138. *Вячеславов Ф.А.* Распределение рисков в договорных обязательствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 30 с.

139. *Дятлов Ю.А.* Правореализующий риск. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир: Владимирский юридический институт ФСИН России, 2006. 24 с.

140. *Евдокимов С. В.* Правовосстановительные меры в Российском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 1999. 31 с.

141. *Ермаков А.Н.* Меры защиты в арбитражном процессуальном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. 26 с.

142. Кабышев О.А. Предпринимательский риск: правовые вопросы: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. 27 с.
143. Каменева Е.Н. Дефектные акты органов законодательной и исполнительной власти. Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2002. 26 с.
144. Каргин К.В. Юридические документы. Дисс. ...канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004. 192 с.
145. Кархалев В.М. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. 22 с.
146. Ковалева В.В. Нормативно-правовые акты в механизме правового регулирования. Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2009. 26 с.
147. Копылов В.А. Риск в предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. 178с.
148. Кораблев О.Г. Риск в предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. 28 с.
149. Корнилова Т.В. Психологическая регуляция принятия интеллектуальных решений: дис. ...докт. психол. наук. М., 1999. 466 с.
150. Красиков С.А. Риски как социальный феномен: автореф. дис. ...канд. соц. наук. М., 2002. 24 с.
151. Крючков Р.А. Риск в праве: генезис, понятие, управление: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород: Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского, 2011. 27 с.
152. Лапицкий В.Ф. Политический риск в управлении социальными конфликтами : автореф. дис. ... канд. филос. наук. М., 1992. 23 с.
153. Мамчун В.В. Правоприменительный риск: автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород: Нижегородский юридический институт МВД России, 1999. 27 с.

154. *Мартиросян А.Г.* Категория риска в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М.: ФГБОУ ВПО «Российский университет дружбы народов», 2014. 23 с.
155. *Муругина В.В.* Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов: ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2010. 26 с.
156. *Осипов Ю.Ю.* Деятельность следователя в условиях тактического риска: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1992. 22 с.
157. *Петровский В.А.* Активность субъекта в условиях риска: автореф. дис. ... канд. психол. наук. М., 1977. 23 с.
158. *Поваренков А.Ю.* Риск в трудовом праве и праве социального обеспечения :автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010. 26 с.
159. *Снежко О.А.* Конституционные основы государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. 26 с.
160. *Стоякин Г.Я.* Меры защиты в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1973. 23 с.
161. *Хмелевской И.Н.* Проблема риска в гражданском законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. 184 с.
162. *Хужин А.М.* Невинное поведение в праве (общетеоретический аспект): автореф. ...докт. юрид. наук. Н. Новгород, 2013. 54 с.
163. *Хужин А.М.* Объективно-противоправное поведение в российском праве: дис. ...канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2000. 26 с.
164. *Цыбуляк С.И.* Дефекты конституционно-правового регулирования избирательных отношений в Российской Федерации : Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Тюмень, 2010. 23 с.
165. *Чертов А.В.* Правовосстановительная ответственность и ее место в системе юридических мер защиты: дис. ...канд. юрид. наук. М, 2007. 26 с.

166. *Чувакова Л.А.* Причины и условия ошибочной юридической деятельности (проблемы методологии): Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Н.Новгород: Нижегородский юридический институт МВД России, 2004. 25 с.

167. *Шишкин С.А.* Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. 23 с.

168. *Юрьева А.Г.* Меры защиты в советском трудовом праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. 23 с.

Литература на иностранном языке

169. *Douglas M.* Risk and Blame: Essays in Cultural Theory. London: Routledge, 1992. 205 p.

170. Royal Society. Risk: Analysis, Perception and Management. London: Royal Society, 1992. P. 89-90.

171. Zuckerman M. Dimensions of sensation seeking // Journal of Consulting and Clinical Psychology. 1971. Vol. 36. P. 45–52.

172. Zuckerman M. Sensation seeking and risky behavior. N. Y.: APA, 2006. 309 p.

173. Zuckerman M., Kolin E. A., Price L., Zoob I. Development of a sensation seeking scale // Journal of Consulting and Clinical Psychology. 1964. Vol. 28. P. 477–482.