

На правах рукописи

КРЮЧКОВ Роман Анатольевич

РИСК В ПРАВЕ: ГЕНЕЗИС, ПОНЯТИЕ И УПРАВЛЕНИЕ

Специальность 12.00.01 - теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Нижний Новгород – 2011

Работа выполнена на кафедре теории и истории государства и права юридического факультета Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского»

Научный руководитель: кандидат юридических наук, доцент
Смирнов Евгений Рафаилович

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор
Шабуров Анатолий Степанович

заслуженный юрист Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор
Реутов Валерий Павлович

Ведущая организация: Мордовский государственный университет
им. Н.П. Огарева

Защита диссертации состоится «27» мая 2011 г. в 10.00 часов на заседании диссертационного совета Д 212.166.16 при Нижегородском государственном университете им. Н.И. Лобачевского по адресу: 603115, г. Нижний Новгород, ул. Ашхабадская, дом 4, ауд.24.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Нижегородского государственного университета им. Н.И.Лобачевского

Автореферат разослан «_____» апреля 2011 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета Д 212.166.16
к.ю.н., доцент

Л.П. Ижнина

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования.

Развитие, усложнение и нестабильность общественных связей и институтов, применение опасных производственных и социальных технологий, эксперименты, продвигающие научно-технический прогресс, катастрофы разнообразного генезиса, упущения в принятии управленческих и правовых решений, кризисные явления в ходе нормального хозяйствования и многие другие факторы определяют актуальность правового управления рисками. Считается, что не существует свободной от рисков деятельности, а человеческое общество превращается в «общество рисков».¹ Среди множества социальных регуляторов (экономических, политических, психологических, морально-нравственных, религиозных и прочих), право, как инструмент, специально нацеленный на системное урегулирование общественных отношений, играет важнейшую роль в деле по управлению рисками. В то же время, само право и юридическая деятельность подвержены разнообразным факторам риска. Всё большее практическое значение приобретают вопросы выявления рисков законотворческой и правореализационной деятельности, их глубинного анализа и поиска путей минимизации.

Об актуальности исследования свидетельствует наблюдаемое в последнее время значительное увеличение числа правовых норм, регламентирующих общественные отношения, сопряженные с риском. В условиях рыночной экономики в России появляются новые организационно-правовые формы хозяйствования, развиваются инновационные процессы, воплощаются венчурные проекты. Разрабатываются и реализуются концепции экологической, экономической, информационной, военной, национальной безопасности. Очевидно, что концептуальные и прикладные решения облекаются в правовые формы на основе идентификации и предварительного анализа рисков. В свою очередь, столь плотная включенность рисков в общественную практику не может оставить в стороне необходимость теоретического обоснования правового управления рисками, разработки понятийного аппарата и практического инструментария оперирования рисками. Актуальность темы диссертационного исследования определяется тем, что долгое время правовое регулирование рисками строилось на фактических основах, без надлежащего доктринального фундамента. В современных условиях следует систематизировать научные знания о феномене риска в праве для повышения эффективности управления рисками.

Степень научной разработанности темы. В настоящий момент правовая теория риска находится в стадии формирования, структурирования и внутреннего обогащения.

Элементы рискованных явлений раскрыты в цивилистических

¹ См.: Бек У. Что такое глобализация? М.: Прогресс-Традиция, 2001. - С. 175-176; Rasmussen M.V. The Risk Society at War: Terror, Technology and Strategy in the Twenty-First Century. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P. 34;

исследованиях. В.А. Ойгензихт² в ряде работ анализировал соотношение риска и воли, риска и юридической ответственности. Он же впервые исследовал риск за пределами гражданского права, отмечая общетеоретическое значение рискованных явлений. Изучению хозяйственного (предпринимательского) риска посвящены труды Д.И. Мейера³, О.С.Иоффе⁴, В.А. Ойгензихта⁵, А.П. Альгина⁶. Страхование, как один из самых популярных способов передачи риска, исследовалось И.А. Покровским⁷, В.И. Серебровским⁸, Ю.Б. Фогельсон⁹ и др. К категории риска в уголовном праве обращались М.С. Гринберг¹⁰, В.И. Михайлов¹¹, А. Шурдумов¹², Н.Ш. Козаев¹³, В.И. Самороков¹⁴ и др. В настоящее время рискованные явления изучаются в контексте отраслевой специфики административного, внешнеторгового, налогового, экологического, финансового права.¹⁵

Попытки обобщения научного знания о рисках в рамках теории права совершаются в тесной взаимосвязи с элементами и стадиями механизма правового регулирования. Так, В.В. Мамчун¹⁶ выделяет правоприменительные риски и рассматривает их в правоприменительной стадии реализации права. Более пространно теория риска формулируется Ю.А. Дятловым, который рассматривает риски в процессе реализации права.¹⁷ Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализационной практике исследовал Д.В. Александров.¹⁸

² Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Часть Общая. Душанбе, 1972.

³ Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х ч. По испр. и доп. 8-му изд. 1902. Ч. 2. М., 1997 (Сер. "Классика российской цивилистики").

⁴ Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. I. Л.: Изд-во ЛГУ, 1975.

⁵ Ойгензихт В.А. Указ. соч.

⁶ Альгин А.П., Озрих М.Ф. Перестройка и хозяйственный риск: социально-правовые аспекты // Правоведение. 1989. № 5.

⁷ Покровский И.А. Страхование. М., 1930.

⁸ Серебровский В.И. Страхование. М., 1927.

⁹ Фогельсон Ю.Б. Введение в страховое право. М., 2002.

¹⁰ Гринберг М.С. Проблема производственного риска в уголовном праве. М.: Госюриздат, 1963.

¹¹ Михайлов В.И. Обоснованный риск в уголовном праве // Законодательство. 2001. № 7.

¹² Шурдумов А. Обоснованный риск // Уголовное право. 2002. № 3.

¹³ Козаев Н.Ш. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния. Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2001.

¹⁴ Самороков В.И. Риск в уголовном праве // Государство и право. 1993. № 5. С.103 – 112.

¹⁵ См., например, Лифиренко С.А. Проблемы риска и пути их решения в управленческой деятельности // Административное право и процесс. 2010. № 3. С. 50 – 51; Пименов Н.А. Фискальные риски в системе налоговой безопасности предприятий и государства // Налоги. 2010. № 4. С. 10 – 13; Фаддеев А.О. О проблеме правового отношения к научной деятельности при оценке факторов экологического риска // Экологическое право, 2006, № 3/СПС «КонсультантПлюс: Комментарии законодательства»; Кастрюлин Д.Ф. Переход риска утраты товара по договору международной купли-продажи. Саратов, 2006.

¹⁶ Мамчун В.В. Правоприменительный риск. Автореф. дис. ... канд.юрид.наук. Нижний Новгород, 1999.

¹⁷ Дятлов Ю. А. Правореализующий риск (проблемы теории и практики) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 Владимир, 2006.

¹⁸ Александров Д.В. Интерпретационный риск в юридической деятельности и правореализующей практике. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 Владимир, 2007.

Заслуживает отдельного внимания работа А.А. Арямова, который рассматривает риск в контексте правовых, психологических и экономических аспектов.¹⁹ Несмотря на то, что далеко не все положения, формулируемые А.А. Арямовым, можно считать бесспорными, представляется значительным достижением само направление на универсализацию проблемы риска в праве.

Анализ риска в праве нашел отражение и в трудах зарубежных авторов, в частности У. Лейса, С. Руди²⁰, Д. МакАлистера²¹, Д. Скотт,²² М.Вальверде, Р.Леви, Д. Мура²³ и др. Элементы правовой теории риска в зарубежной литературе базируются на социологической и философской основах, что несколько отличается от прагматической направленности отечественных исследований, осуществленных с привязкой к действующему законодательству. Между тем, единства мнений относительно теории риска в праве не наблюдается, зачастую говорится лишь о конкурирующих концепциях риска.

Учитывая актуальность исследования рискованных явлений, следует обратить внимание на проблемы, в недостаточной степени исследованные правоведами, в частности, вопросы происхождения и имплементации в правовую материю понятия риска, соотношения риска со смежными понятиями, управления рисками посредством права. Необходимо отметить также недостаточную теоретическую проработанность вопросов, связанных с применением инструментария правового управления рисками.

Объектом диссертационного исследования выступает феномен (явление) риска в праве.

Предметом диссертационного исследования являются общенаучные, философские, социологические, психологические, исторические предпосылки формирования понятия риска в праве, а также понятийный (подходы к понятию риска в правовой науке, соотношение со смежными понятиями, функции риска, его виды, сущность, элементы и признаки) и инструментальный (понятие и стадии правового управления рисками, универсальные и специально-юридические средства правового воздействия) аспекты оперирования рисками.

Цель диссертационного исследования – на основе анализа актуальных теоретико-правовых вопросов, связанных с риском, разработать и обосновать основные элементы и юридические средства управления рисками.

¹⁹ Арямов А.А. Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ: монография/2-е изд., перераб. и доп. – М.: РАП; Волтерс Клувер, 2010.

²⁰ Leiss W. and Hruday S. E. On Proof and Probability: Introduction to “Law and Risk” / edited by the Law Commission of Canada. Vancouver: UBC Press 2005. pp.1-19.

²¹ MacAlister D. Use of Risk Assessments by Canadian Judges in the Determination of Dangerous and Long-Term Offender Status, 1997-2002 / Law and risk / edited by the Law Commission of Canada. UBC Press 2005. pp.20-49.

²² Scott D.N. Shifting the Burden of Proof: The Precautionary Principle and Its Potential for the “Democratization” of Risk / Law and risk / edited by the Law Commission of Canada. UBC Press 2005. pp. 50-85.

²³ Valverde M., Levi R., and Moore D. Legal Knowledges of Risks. Law and risk / edited by the Law Commission of Canada. Vancouver: UBC Press 2005. pp. 86-120.

Для достижения поставленной цели требуется решить следующие исследовательские задачи:

- определить общетеоретические характеристики понятия риска, исследовать предпосылки правовой регламентации риска;
- проанализировать различные подходы к формированию понятия риска в праве;
- сформулировать понятие риска и соотнести его со смежными понятиями и категориями, выявив сущность, элементы и функции риска в праве;
- определить понятие и признаки права на риск, его субъектный состав и соотношение с другими правами и свободами;
- предложить авторские критерии классификации рисков;
- рассмотреть риск в контексте юридической ответственности и обосновать состоятельность концепции позитивной ответственности через понятие риска;
- определить понятие правового управления рисками, охарактеризовать его стадии, а также универсальные и специально-юридические средства;
- исследовать проблему имплементации неюридического знания о риске в правовую материю, рассмотреть варианты её разрешения.

Методология исследования. При изучении всего комплекса проблем, поставленных в диссертации, наряду с общенаучным диалектическим методом, применены следующие частнонаучные методы. Конкретно-исторический метод использован при рассмотрении генезиса феномена риска в праве, он позволил выявить предпосылки появления, развития и правового закрепления понятия риска. Сравнительно-правовой метод использовался для сравнения опыта оперирования рисками в различных отраслях права и странах. Формально-логический метод использовался при исследовании теоретических оснований риска, при выработке научных понятий (категорий). Аксиологический метод использовался при характеристике обоснованности риска. Системный метод был использован при выявлении общих признаков и характеристик риска в праве, а также их связи с современными концепциями и теоретическими положениями в отраслевых исследованиях, представленными в литературе, посвящённой рискам.

Теоретическую базу диссертационного исследования составили работы отечественных учёных-правоведов Д.В. Александрова, С.С. Алексеева, А.А. Арямова, В.К. Бабаева, В.М. Баранова, А.Ю. Бушева, М.С. Гринберга, Ю.А. Дятлова, О.С.Июффе, В.Н. Карташова, Н.Ш. Козаева, Я.М. Магазинера, А.В. Малько, В.В. Мамчуна, Н.И. Матузова, Д.И. Мейера, В.И. Михайлова, В.А. Ойгензихта, И.А. Покровского, В.П. Реутова, В.Б. Романовской, О.Ю. Рыбакова, В.И. Саморокова, В.И. Серебровского, А.А. Собчака, В.А. Толстика, Ю.Б. Фогельсон, А.С. Шабурова и др.

В методологическом и общетеоретическом плане автор также опирался на труды таких философов и социологов, как А.П. Альгин, У.Бек, П. Бернстайн, А. Вильдавски, К. Виппл, Э.Гидденс, В.С. Диев, М. Дуглас, Д.Дьюи, Н.Луман, К. Поппер, Р.Расмуссен, Ч.Старр, П.Томпсон, М.Фуко, К. Шредер-Фречет и др.

Значимое место в теоретической базе занимают труды зарубежных авторов, содержащие исследования рисковые явления во взаимосвязи с правом, а также доктринальные изыскания в теории принятия решений, ряд из которых впервые представлены в отечественной юриспруденции в авторском переводе диссертанта. Это, в частности, работы следующих ученых: Э. Александер, М. Вальверде, Ф. Ивальд, Р. Леви, У. Лейс, Т. Лоуви, Д. Люк, Д. МакАлистер, Д. Мур, Г. Райфа, С. Руди, Г. Саймон, Д. Скот, Г. Тубнер, С. Хансон и др.

Эмпирическую базу исследования составили международно-правовые и внутригосударственные нормативно-правовые акты, формирующие и закрепляющие юридические средства правового управления рисками: Принципы европейского договорного права, Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 года, отраслевые кодификационные акты материального (Гражданский кодекс РФ, Уголовный кодекс РФ, Кодекс торгового мореплавания РФ, Трудовой кодекс РФ) и процессуального права (Гражданский процессуальный кодекс РФ, Арбитражный процессуальный кодекс РФ), Федеральный закон от 28.12.2010 N 390-ФЗ «О безопасности», Федеральный закон от 08.08.2001 N 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» и другие законы и подзаконные нормативно-правовые акты.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в обосновании новых положений в рамках изучения понятия риска в праве, новаторском подходе к рассмотрению правового управления рисками в контексте теории принятия решений.

Впервые в отечественной правовой науке феномен риска комплексно исследован в тесной связи с генетическими предпосылками – философскими, социально-психологическими, культурными, историческими и др.

Новизна исследования состоит также в том, что риск формулируется в общеправовом плане, с выделением атрибутивных признаков и элементов, свойственных данному понятию вне зависимости от отраслевой специфики. Диссертантом впервые предложено выделение универсальных и специально-юридических средств правового управления рисками, а также определена связь между позитивной ответственностью и риском.

Положения, выносимые на защиту:

1. Феномен риска в научном знании и практической деятельности носит разноплановый характер, влекущий множественность определений риска в различных областях приложения. Несмотря на отсутствие единого подхода к формированию понятия риска, можно сделать вывод, что вероятностные концепции преобладают в современном понимании рисков и именно они выступают ориентиром для доктринальных и законодательных дефиниций риска.

2. Правовое регулирование рисками долгое время осуществлялось в контекстном поле парадигмы детерминизма и выступало составной частью юридического прагматизма. До возникновения вероятностных концепций (эпоха Просвещения), риски воспринимались как опасности, а не как

вероятности опасностей. Исторические формы фиксации рискованных явлений в праве эволюционировали от простых запретов к более гибким вариациям, доступным участникам правоотношений и правоприменителям.

3. Риск с правовой точки зрения - присущая человеческой деятельности объективно существующая и в определенных пределах способная к оценке и волевому регулированию вероятность понесения субъектами правоотношений негативных последствий вследствие наступления неблагоприятных событий, закономерно связанных с разнообразными предпосылками (факторами риска). Риск носит двойственный субъект-объектный характер, соответственно, элементы риска подразделяются на объективные (факторы и ситуация риска) и субъективные (субъект и волевое регулирование).

4. Функционал риска диалектичен и включает в себя инструментальную, прогнозную, регулятивную, новаторскую, дестабилизирующую функции. Противоречивые функции риска проявляются через право на риск (новаторская функция) и ответственность за риск (дестабилизирующая функция).

5. Учитывая, что традиционная классификация рисков основывается на критерии внутренних и внешних рискогенных факторов, ориентирована на простое перечисление рисков и практически не раскрывает правовую специфику, необходимо использовать дополнительные основания классификации, подразделяя риски в зависимости от их юридических последствий, уровня правового регулирования, отраслевой принадлежности, стадий механизма правового регулирования.

6. Анализ нормативно-правовых актов демонстрирует, что в ряде случаев понятие «риск» подменяется понятиями «ошибка», «опасность», «угроза». Это является следствием отсутствия целостного доктринального понятия риска в праве, непоследовательности в принятии и применении рискологической терминологии на уровне нормативного правового регулирования, нечеткости приемов и средств юридической техники. Риск недопустимо сводить ни к опасностям, ни к неопределенности, ни к ошибке, так как он совершенно самостоятельное и самоценное понятие, имеющее содержательную целостность.

7. Право на риск формулируется как обеспеченная правовыми средствами возможность рискованного поведения общего или специального субъекта и выступает признанием позитивного потенциала риска. Субъективное право на риск характеризуется включенностью в общественные отношения и может быть рассмотрено как состав правомочий, обусловленных ситуацией риска. Несмотря на то, что право на риск предусматривает правомочие бездействия (отказ от риска), основным содержанием права на риск выступает правомочие действия (право на эксперимент).

8. Введение рискологической терминологии в действующее законодательство подтверждает обоснованность научной концепции позитивной ответственности. С одной стороны, риск непосредственным образом связан с предположительными негативными последствиями, что всегда предполагает их оценку со стороны рискующего субъекта перед принятием

риска, с другой стороны, ответственное отношение к собственному поведению составляет содержание перспективной ответственности.

9. Предлагается принцип оперирования рисками, основанный на разделении правового управления рисками на информационно-аналитическую, оценочную стадии и стадию принятия риска, а также на выделении универсальных и специально-юридических средств правового управления рисками. На информационно-аналитической стадии проблема имплементации вне-юридического знания о риске в правовую материю решается посредством взаимного обмена, в результате чего не возникает необходимости в выстраивании иерархичной подчиненности и приоритетности в системах юридического и вне-юридического знания.

10. Правовая оценка риска заключается в определении качественных и количественных параметров рисков, и может быть предварительной, оперативной и осуществлённой постфактум. Изначально юридическая оценка определяет предположение о рисковом характере деятельности, закрепленное в правовых нормах. При реализации права оценка риска обуславливает правовые возможности управления рисками. При привлечении к юридической ответственности за совершение правонарушения, сопряженного с рисковым поведением, оценка риска позволяет определить обоснованность (разумность) поведения субъекта правонарушения. Комплексность оценки определяет причинно-следственные связи между риском и возможными или состоявшимися юридическими последствиями.

11. Право выступает универсальным средством правового управления рисками и действует двойственным образом: стабилизирует ситуацию выбора (например, между правомерным и неправомерным риском), или же, наоборот, обогащает выбор рискующего субъекта различными вариантами, диверсифицирует риски, предоставляет свободу в принятии риска (право на риск).

Теоретическая значимость диссертационного исследования определяется актуальностью рассмотренных в работе проблем и степенью обоснования содержащихся в ней положений, выводов и рекомендаций и состоит в том, что включение выработанных теоретических положений относительно исследуемых проявлений риска в понятийный аппарат юридической науки будет способствовать её дальнейшему развитию. Автором раскрыты генетические предпосылки риска, его понятийные и инструментальные аспекты. Диссертация может быть использована для дальнейшего исследования проблемы правового управления рисками.

Практическая значимость диссертационного исследования определяется его новизной и содержащимися в нём обобщениями, выводами и предложениями, которые могут быть использованы субъектами права, правотворческими и правоприменительными органами при реализации права на риск, разрешении вопросов о юридической ответственности за риск, а также при совершенствовании форм и способов правового управления рисками.

Выводы и положения диссертационной работы могут применяться при изучении курсов теории права и государства, а также различных отраслей права. Материал диссертационного исследования может стать основой спецкурсов в двухуровневой модели высшего юридического образования: бакалавриате и магистратуре.

Апробация результатов исследования. Основные положения диссертации нашли отражение в девяти научных публикациях, в выступлениях на следующих научных и научно-практических конференциях: региональной межвузовской научно-практической конференции «Государство и право России: история - современность - перспективы развития» (г.Н.Новгород, 7 декабря 2007 г.), XV Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» (г. Москва, 8-11 апреля 2008 г.), международной научно-практической конференции «Инновации в государстве и праве России» (г. Нижний Новгород, 29-30 апреля 2008 г.), XVI Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» (г. Москва, 13-18 апреля 2009 г.), международной научно-практической конференции «Инновации в государстве и праве России» (г.Нижний Новгород, 29-30 апреля 2009 г.), конференции по вопросам подготовки к защите докторских и кандидатских диссертаций «PH.D. THESIS 2009» (г. Ялта, 22-26 октября 2009 г.).

Структура диссертации подчинена логике исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих шестнадцать параграфов, заключения и библиографического списка.

II. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность темы, определяются объект и предмет исследования, его цели и задачи, методология исследования, нормативная и теоретическая база, отмечаются научная новизна, теоретическая и практическая значимость исследования, формулируются основные положения, выносимые на защиту.

Первая глава - «Генетические предпосылки правовой регламентации риска», состоит из четырех параграфов, в которых рассматривается феномен риска в научном знании, обозначаются основные регуляторы риска, анализируются экономические, философские, социальные, психологические и исторические предпосылки формирования понятия риска в праве, а также первичные формы фиксации риска в правовой материи.

В первом параграфе «Феномен риска в практической деятельности и научном знании» исследуется этимология слова «риск», процесс включения этого термина в научный обиход и практику, дисперсия понятий риска в различных областях приложения.

Выявлена принципиальная неоднозначность происхождения слова «риск», в связи с чем приводятся несколько вариантов его истоков. Подчеркнуто, что практическое управление опасностями осуществлялось

человечеством на протяжении всей истории своего существования. Первоначально наши предки оказались перед лицом тех же рисков, что и другие представители животного мира. В ответ на эти вызовы агрессивной среды люди были вынуждены научиться избегать опасностей и рискованных ситуаций. Масштаб угроз привёл людей к необходимости сообща управлять рисками. В свою очередь произошло раздвоение осознания риска – на индивидуальном (личностном) и коллективном (общинном) уровне.

В параграфе раскрываются характерные черты эволюции представлений о риске, отмечается чрезвычайная вариативность понятия риска, проявленная не только в разных сферах человеческой деятельности, но и внутри конкретных областей приложения. Данная особенность феномена риска в научном знании продемонстрирована на примере словарных определений и разнообразных оригинальных детерминаций риска. Определены подходы к формированию понятия риска, имеющие распространение в теории вероятности, теории принятия решений, философии, экономике, социальных науках (социологии, психологии, политологии, правоведении). Это позволило сделать вывод о многоаспектности феномена риска в общественной практике и научном знании.

Во втором параграфе «Философские основания правовой регламентации риска» автор обосновывает связь философии и правовой регламентации рисков, которая исторически организовывалась в двух моделях сосуществования: в детерминистском понимании и индетерминистской интерпретации.

При этом диссертантом рассматривается каждая из указанных моделей.

В контекстном поле философии детерминизма (от лат. *determine* — определяю) — учения о предопределенности всех происходящих в мире процессов, включая все процессы человеческой жизни, риску не было места (Н.Луман).

Соответственно, понятие риска замещалось понятиями судьбы, рока, фатума, кармы, фортуны, божьего промысла (провидения). Правовая регламентация риска была оправдана лишь практическим смыслом – очевидной выгодой избегания или смягчения неудач («обывательский прагматизм», Д. Дьюи). С философской точки зрения правовая регламентация рисков долгое время носила фактический характер и осуществлялась без должной мировоззренческой основы; сами же риски осознавались как опасности, а не как вероятности опасностей.

На практике возникали правовые конструкции, позволявшие минимизировать потери от тех или иных неудач в будущем. С точки зрения детерминизма такие попытки правоведов справиться с внешними силами, предопределяющими ход развития событий, были совершенно неоправданными, в какой-то степени даже наивными или дерзкими, однако, с позиции здравого смысла утилитарная ценность правовой регуляции рискованных отношений носила жизненно важный характер.

Противоречие между концепцией предначертанного будущего и юридическим упорядочением общественных отношений преодолевалось постепенно. При этом прагматизм юриспруденции почти никогда открыто не

противостоял детерминизму. Обе концепции, имея разные ориентиры и ценности (детерминизм – сверхъестественное, трансцендентное; прагматизм – человек и его интересы), долгое время существовали параллельно.

Во-первых, философия детерминизма имела монополию в сфере духовной жизни человека и общества, касаясь обыденности лишь отчасти. Правовые же нормы регламентировали вполне предметный порядок действий.

Во-вторых, реализация правовых норм, касающихся рисков, зачастую могла сопровождаться ритуалами, направленными на метафизическое укрощение случая, достижение временной договоренности с божеством (молитва, система ритуалов и символов).²⁴

В-третьих, неудача в использовании правовых инструментов управления рисками всегда могла быть оправдана вмешательством судьбы, а юридическая ответственность, связанная с рисковым поведением, воспринималась как возмездие.

В-четвертых, право не исключает неоднозначности и случайности, а наоборот, оперирует ими. Следовательно, в самом предназначении права заложена интенция управления будущим.²⁵

Надлежащий мировоззренческий базис правовой регуляции риска стал формироваться лишь в эпоху Просвещения (XVII - XVIII вв.), когда был осуществлен исторический переход от концепций предопределенности будущего к рациональной философии индетерминизма - парадигмы рационального мышления, не предопределенного сверхъестественным началом.

В контексте индетерминизма риск выступает как естественное свойство физических явлений и человеческой активности. Благодаря развитию рационалистских начал, к XX веку теория риска окончательно стала оформляться как вероятностная, а правовая регламентация риска приобрела научную и мировоззренческую основу.

Диссертантом раскрываются философские предпосылки определения риска в праве: позитивизм, релятивизм и научный процедурализм. С точки зрения позитивизма (Ч.Старр), риск - совокупность фактов неблагоприятного исхода событий или поступков. Позитивистский подход развивается в рамках чистой теории вероятности (К.Виппл), приверженцы которой полагают риск расчётным потенциальным вредом, выпадающим на долю задействованных субъектов. Другое направление позитивизма – умеренная теория вероятности (П. Томпсон), которая связывает оценку вероятности с ситуацией риска, а также с тем фактом, что относительная частота определённых неудач различна в отдельных группах. Релятивисты (М. Дуглас, А. Вильдавски) говорят о

²⁴ Внешние силы как бы становились участниками краткосрочного перемирия и позволяли определять будущность через правовые нормы. Иногда этот эффект достигался через сакральный смысл религиозно-правовых текстов, а также через судебную дивинацию (предугадывание). Образом договоренности человека со сверхъестественным через право можно считать Фемиду, олицетворявшую беспристрастное правосудие.

²⁵ Такие явления, как стечение обстоятельств, казус, форс-мажор зачастую в правовых актах объяснялись действием непреодолимой силы (например, допущением Божьим, которое до настоящего времени в ряде стран и международных документах именуется «Act of God»).

риске, как о чисто субъективной реакции человека на явления, возникающие в личном и социальном опыте. Релятивисты отмечают важную особенность риска – он может не определять реальную угрозу. Представления о риске специфичны в различных обществах и отражают глубину и характер социальной структуры. Смешанный подход («научный процедурализм», К. Шредер-Фречет) заключается в попытке примирить радикальные формы позитивизма и релятивизма. В рамках данного подхода допускается компромисс: в процессе анализа риска осуществляется как научная (расчетная) оценка, так и общественная оценка.

Можно сделать вывод, что вероятностные концепции риска в настоящее время преобладают в социальной философии и должны быть восприняты правовой доктриной, законодательством и практикой, как современное понимание данного феномена.

В третьем параграфе «Социологические и психологические предпосылки правовой регламентации риска» диссертант рассматривает риск с позиции социологии в трёх аспектах: как термин, используемый в теории о социальном поведении (конфликтология, девиантология), как механизм общественных преобразований (революции, реформы), и, наконец, как элемент социального управления. В последнем случае используется понятие «общество риска» (У.Бек), порожденное постоянно воспроизводимыми и непредсказуемыми рисками. Определяется ряд социологических предпосылок правовой регуляции риска:

1. коллективная безответственность, связанная с усложнением социальных структур и взаимодействий, а также с невозможностью абсолютного прогноза будущего, определяет существование «общества риска»;
2. общество риска генерирует всё новые и новые риски;
3. новым рискам противопоставлена кооперация и правовые решения, которые всё меньше зависят от политических предпочтений и всё больше основаны на науке и экономике;
4. правовые решения ориентированы на распределение и компенсации рисков.

Диссертантом устанавливаются и формулируются следующие психологические предпосылки, которые необходимо учитывать при правовой регуляции риска:

- восприятие риска зависит от множества факторов и возможно на разных уровнях (индивидуальном, групповом, общественном);
- отношение к риску со стороны индивидов и социальных общностей различно;
- рискованная ситуация может рассматриваться как частный случай стрессовой ситуации, при которой возможно аффективное поведение рискующего лица; субъективные оценки риска могут быть слишком индивидуальными и далеко не всегда объясняются рациональностью и этикой;
- волевое регулирование риска определяется не как устранение риска (что в обществе риска практически невозможно), а как управление им.

В четвёртом параграфе «Исторические предпосылки фиксации рискованных явлений в праве» автором подробно исследуется исторический процесс генезиса и развития представлений о риске в праве.

Отмечается ряд общих исторических предпосылок регламентации риска, а также частных предпосылок, представляющих конкретные исторические вызовы, которые предъявлялись практикой и нуждались в правовом регулировании. Приводятся варианты фиксации риска в праве через понятия греха, табу, риска-опасности (*periculum*), алеаторных обязательств (как игровой риск), презумпции (как дерзость предположения на будущее), классических способов обеспечения исполнения обязательств (залог, удержание, поручительство, неустойка), прообразов страховых фондов, понятие «казуса» и т.д.

Диссертантом делается вывод о том, что исторические формы фиксации рискованных явлений в праве эволюционировали от простых запретов (табу, грех) к более гибким вариациям, конкретизирующим права и обязанности участников правоотношений и доступным правоприменителям. Указывается на революционное изменение в обществе позднего Средневековья, предопределившее дальнейшее развитие феномена риска в праве - переход от статусных отношений, характеризуемых положением (статусом) участников правоотношения, к контрактным, т.е. обусловленным простым соглашением равных субъектов. Промышленный переворот, научно-технический прогресс и распространение вероятностных концепций риска обусловили появление в праве понятий «обоснованного риска», анализируемого правоприменителем в связи с вопросами юридической ответственности.

Вторая глава – «Понятие риска в праве», содержит теоретические положения, касающиеся понятийного аспекта риска в праве, его элементов, сущности, соотношения с другими понятиями и правовыми институтами.

В первом параграфе «Подходы к определению риска в современном праве» автор рассматривает понятие и признаки риска. Определение риска формируется в русле традиционной дискуссии о природе риска. В рамках объективной концепции риск – элемент объективной реальности, который имеет под собой реальные угрозы и опасности. Представители данного подхода говорят о риске как о возможности (угрозе) наступления неблагоприятных последствий материального или нематериального характера. К недостаткам данного подхода относится упрощенное понимание риска, который практически может быть отождествлен с опасностью и её мерой (вероятностью), а также отстраненность от субъекта правоотношения. Субъективная концепция риска основывается на том, что риск - субъективное восприятие угрозы. Риск представлен внутренним психологическим отношением индивида к степени и масштабу угроз, а также осознанным действием по управлению риском. Смешанная концепция риска исходит из равновесного определения риска как категории, основанной на объективных и субъективных предпосылках. Автор придерживается точки зрения, что риск – это сложносоставное явление, имеющее объективно-статическую сторону

(ситуация неопределённости, основанная на факторах риска) и субъективную (деятельностную) сторону (оценка и волевое регулирование). На основании этого вывода, формулируется авторское понятие риска – присущая человеческой деятельности объективно существующая и в определённых пределах способная к оценке и волевому регулированию вероятность несения субъектами правоотношений негативных последствий вследствие наступления неблагоприятных событий, закономерно связанных с разнообразными предпосылками (факторами риска).

Риску свойственны определенные признаки, т.е. атрибутивные характеристики, отражающие сущностные стороны данного явления.

1. Сценарная неопределённость. Неопределенность присуща многим социально-правовым явлениям, поэтому риск – это всегда исчисленная неопределенность, с альтернативными вариантами развития ситуации риска.
2. Вероятность негативных результатов деяний (собственных или чужих действий или бездействий) или событий.
3. Закономерность. Риск – имманентное свойство любой деятельности, обусловленное теми или иными факторами, при этом закономерность риска не линейная, а вероятная.
4. Двойственный субъект-объектный характер.

Наряду с приведенными признаками риска, диссертантом выделяются и раскрываются его специфические свойства: социальность, психологичность, конвенциональность и историчность.

Автор отмечает, что в юридической литературе имеются различные мнения относительно областей применения понятия «риска» в праве. Условно всё многообразие мнений может быть сведено к трем подходам: узкому, широкому и универсальному. В рамках узкого подхода риск рассматривается исключительно в связи с юридической ответственностью. Согласно широкого подхода риск – понятие, имеющее применение в различных отраслях права и не только по поводу юридической ответственности. Представители универсального подхода определяют само право через понятие риска.

Универсальный подход подвергается критике со стороны диссертанта, так как его можно принять исключительно с оговоркой, что понятие риска имеет значение для всего права, во всем его отраслевом многообразии и формах проявления, однако, случаи нестабильности, регламентированные правом, не ограничиваются рисками.

Не выдерживает критики и узкий подход к распространенности понятия риска в праве, т.к. рисковые явления вовлечены в правовое поле как гораздо более широкие, чем явления, связанные сугубо с ответственностью за правонарушение. Российское законодательство знает примеры, когда риск выступает предметом договорного регулирования (разнообразные договоры страхования, организация и проведение лотерей, тотализаторов (взаимных пари) и других основанных на риске игр). Кроме того, сама правовая оценка риска зачастую осуществляется в рамках нормальной хозяйственной деятельности (оценка банковских, внешнеторговых, строительных и иных

рисков), а не в рамках процедур привлечения к конкретному виду юридической ответственности. Таким образом, по мнению автора, наиболее обоснованный - широкий подход, позволяющий не сводить риск к институту юридической ответственности и не обозначать все проявления неопределенности через понятие риск.

Во втором параграфе «Элементы и функции риска: правовой анализ» диссертант раскрывает составные части содержания понятия риска и его противоречивую функциональную нагрузку.

Элементы риска, характеризующие материальную основу риска, автор называет объективными, а относящиеся к волевому управлению – субъективными. Объективная сторона риска определяется такими элементами, как факторы и ситуация риска. Фактор риска – категория, отражающая конкретные детерминанты формирования и развития рискового явления, его внутреннюю и внешнюю причинную обусловленность. Ситуация риска – обусловленная факторами риска сценарная неопределенность, влекущая за собой вероятность наступления нежелательных последствий.

Субъективные элементы риска отражают динамическую сторону риска в праве, характеризуют деятельность лиц по управлению рисками и раскрывают психологические аспекты риска. Динамическая сторона риска невозможна без субъекта и волевого регулирования. Субъект риска – дееспособный участник правоотношений, связанных с риском, осуществляющий правовое управление рисками. Автор выступает против введения в теорию права термина «рискоспособность», ввиду того, что существующие понятия «правоспособности», «деликтоспособности» и «сделкоспособности» вполне отвечают потребности в определении субъекта риска. Термин «рискоспособность» не наполняется каким-то особым содержанием, кроме того, что деятельность лица связана с риском.

Волевое регулирование риска – целенаправленное воздействие на рисковые явления различными, в том числе правовыми, средствами (в широком смысле – покрытие риска). Волевое регулирование многопланово и включает в себя несколько регуляторов: правовых, морально-этических, психологических, экономических и др. Как частному случаю волевого регулирования, правовому управлению подвержена каждая из сторон рисковых явлений – как объективная, так и субъективная. На индивидуальном уровне риск может управляться посредством саморегулирования. В частноправовой сфере, где определяющим принципом выступает диспозитивность, большинство рисков регламентируется чисто договорными установлениями. Более масштабные риски, а также риски, связанные с юридической ответственностью регулируются нормативно. Морально-этические регуляторы риска формируют предел дозволенного риска с точки зрения общественной и индивидуальной нравственности. Психологические регуляторы риска определяют готовность к риску в связи с необходимостью принятия решений.

Диссертант отмечает, что функционал риска богат и диалектичен, и что в научной литературе различаются инновационная, регулятивная, защитная и

аналитическая функции риска. Кроме этого, автор выделяет пять функций риска, формулируя их с учетом правовой специфики.

1. Инструментальная функция определяет возможность посредством риска выстроить и объяснить системные связи в праве. Например, обоснование правомерного причинения вреда осуществляется через понятие допустимого (правомерного) риска.

2. Прогнозная функция риска заключается в том, что посредством риска можно прогнозировать, осуществлять перспективное планирование будущего. Риск следует рассматривать как прием, позволяющий приблизить и смоделировать ещё не возникшую ситуацию (договорные, налоговые, страховые риски), принять решение в условиях неопределенности.

3. Регулятивная функция - риск способствует упорядочиванию общественных отношений, приведению их к определенным правилам. Упорядочение происходит на основе конвенциональных договоренностей относительно нормативных (предзаданных) и дискрептивных (фактических) параметров и проявлений риска.

4. Новаторская (эвристическая) функция предопределена способностью риска быть источником и способом развития, прогрессивного движения. Новые решения, достигаемые через принятие риска, могут значительно преобразить действительность, ввиду чего позитивная сторона риска утверждается в праве через правомочие риска (право на риск).

5. Дестабилизирующая функция риска подкреплена тем, что негативные последствия риска могут быть достаточно существенными, в результате чего вместо созидательного эффекта наступает дестабилизация. Этим опасен необоснованный риск, который может повлечь неблагоприятные юридические последствия.

Таким образом, риск имеет взаимодополняющие и взаимоисключающие функции, что приводит к необходимости выделять позитивные и негативные аспекты рисков, проявляющиеся в праве через «право на риск» и «ответственность за риск».

В третьем параграфе «Соотношение понятия риска со смежными понятиями» автор проводит сравнительный анализ между «риском» и понятиями «ошибка», «опасность», «угроза», «неопределенность».

Соотношение содержания понятий ошибки и риска неоднозначно. С одной стороны, принципиальное отличие ошибки от риска состоит в том, что риск – осознанная деятельность субъекта в условиях сценарной неопределенности, а ошибка – изначально неверный выбор действий или бездействия. То есть по поводу риска всегда известно, что его принятие может привести к нежелательным последствиям, ошибка же совершается, как правило, с убежденностью, что негативных последствий не будет. С другой стороны, ошибка также может быть совершена в условиях неопределенности, когда необходимость вынуждает принимать «вероятно ошибочные решения». В такой ситуации риск и ошибка очень близки по своему смысловому содержанию, а

сама ошибка воспринимается как частный случай риска. Ошибка может выступать фактором риска (обычно именуется человеческим фактором).

Опасность (угроза) также является фактором риска, составляет элемент объективной стороны риска и соотносится с ним как часть и целое. Автором приводятся примеры фиксации опасностей и угроз в законодательстве.

Соотношение понятий риска и неопределенности позволило диссертанту сделать вывод, что неопределенность – это условие (среда) существования риска. Неопределенность раскрывается как фактическая и как юридическая. Юридическая неопределенность рассматривается в двух противоположных качествах: в позитивном и негативном смысле. В позитивном смысле правовая неопределенность – это юридико-технический прием, позволяющий законодателю ввести усмотрение в вариантах поведения, а в негативном смысле - юридико-технический дефект: коллизия, пробел в законодательстве и т.д.

Таким образом, риск не может рассматриваться как опасность, неопределенность или ошибка. Это совершенно самостоятельное и самоценное понятие, которое имеет содержательную целостность. Вместе с тем, риск реализуется в социальной практике в условиях неопределенности, в тесном взаимодействии с угрозами, опасностями и ошибочными решениями.

В четвертом параграфе «Классификация рисков» автор приводит различные варианты спецификации рисков по нескольким основаниям. Отмечается, что традиционная классификация рисков строится на основе критерия причинной обусловленности рискового явления: риски внешних и внутренних обстоятельств. Обозначена недостаточность такого деления. Рассматриваются также иные классификации рисков, подразделенные: по причинам возникновения (неопределенности будущего, дефицита информации, субъективного воздействия); по уровню восприятия риска (индивидуальные, групповые, общественные); по степени типичности (системные, неординарные); по степени способности к оценке и правовому регулированию (прогнозируемые, частично непрогнозируемые); по вероятному эффекту (отрицательные, положительные); по степени обоснованности (обоснованные, частично обоснованные, авантюрные). Сквозной анализ видового разнообразия рисков, показывает, что социальное взаимодействие будет в достаточной степени защищено от рисков, когда они являются прогнозируемыми, обоснованными и максимально положительными.

Автором приводится обзор классификаций рисков, предложенных правоведами в зависимости от критериев волеизъявления (договорные, внедоговорные); длительности (длящиеся, разовые); степени правомерности (правомерные, неправомерные); формы риска (экспериментальные, экстремальные) и др.

Систематизация рисков автором предложена по нескольким критериям:

1. по уровню правового регулирования: международные (регламентируются на уровне международных принципов и норм); национальные

- (государственные), управляемые государственным законодательством; индивидуальные (регламентируются на уровне субъектов правоотношений);
2. *по отраслевой принадлежности*: риски гражданского права (обязательственные (договорные) риски, страховые риски, игровые риски, репутационные риски и т.д.); конституционные риски (риски нарушения положений Конституции); административные риски; трудовые риски (производственный, хозяйственный); уголовно-правовые риски (риски, связанные с уголовно-правовыми запретами); финансовые риски (банковские, бюджетные, налоговые); процессуальные риски;
 3. *по стадиям механизма правового регулирования*: нормотворческие; правореализационные (правоприменительные, интерпретационные, другие риски реализации права), пенитенциарные риски.
 4. *по последствиям*: риски, связанные с юридической ответственностью, и риски, связанные с негативными последствиями, не относящимися к юридической ответственности.

В системе общей классификации отдельно рассмотрены правовой и договорный риск.

В пятом параграфе «Право на риск» автор формулирует позитивный аспект риска как правомочное поведение, выделяя конструктивные признаки права на риск, его субъектный состав, и соотнося с некоторыми конституционными правами и свободами.

Диссертант заявляет о необходимости теоретического определения концептуальной предпосылки допустимого рискового поведения – права на риск. Выделяются и раскрываются такие признаки права на риск, как возможность рискового поведения, правомерность и обеспеченность правовыми средствами. Для иллюстрации системности права на риск, приводятся соотношения данного правомочия с правом на жизнь, со свободой творчества, с правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

Право на риск, как принципиальная возможность рискового поведения, перманентно и реализуется в зависимости от возникновения такой необходимости (эвентуально или планомерно). Субъективное право на риск характеризуется включенностью в общественные отношения и может быть рассмотрено как состав правомочий, обусловленных ситуацией риска. Несмотря на то, что право на риск предусматривает правомочие бездействия (отказа от риска), основным содержанием права на риск выступает правомочие действия (право на риск, эксперимент).

В вопросе определения субъекта права на риск, по мнению автора, имеются некоторые дискуссионные аспекты. Безусловно, это правоспособное лицо, как физическое, так и юридическое. Однако по отношению к физическим лицам – неясно – каков возрастной ценз применим для признания за индивидом права на риск и необходимо ли для этого обладать квалификационными признаками. Для ответа на этот вопрос автор предлагает каждый раз

устанавливать природу риска. Если это риск экстремальных обстоятельств, то субъективное право на риск не должно зависеть от возраста, так как теснейшим образом связано с правом на жизнь, которое возникает от рождения. Право на риск в этом случае превращается в одно из правомочий субъекта права на жизнь. С другой стороны, например, возникновение права на предпринимательский риск связано с условиями наступления гражданской дееспособности. Автор придерживается точки зрения, что существует как общий субъект права на риск – любое лицо, находящееся в экстремальных условиях или принимающее риск, не требующий особой квалификации, так и специальный субъект, наделенный не только правом, но и обязанностью рисковать (профессиональный риск военных, врачей, спасателей, пожарных, страховых брокеров и т.д.).

Делается вывод, что, право на риск выступает самостоятельной возможностью принятия рискованных решений и правомочием субъекта в контексте реализации других прав. В исключительных случаях в праве фиксируется обязанность рискованного поведения.

В шестом параграфе «Риск в контексте юридической ответственности» риск рассматривается в связи с важнейшим правовым институтом – юридической ответственностью, раскрываемой в негативном и позитивном аспектах.

Если рискованная деятельность выходит за пределы правомерного поведения реакцией выступает негативная юридическая ответственность. Основанием негативной юридической ответственности выступает правонарушение, которое в качестве главного субъективного признака (элемента) содержит вину.

Внешне связь вины и субъективных элементов риска проявляется в осуществляемой лицом оценке предстоящих событий или действий. Для субъекта правоотношений, принимающего риск, это всегда предварительное предположение о вероятности наступления рискованной ситуации, а также оценка масштабов («цены») возможной неудачи. Правомерность риска анализируется на уровне целей, поведения и последствий. Даже внешне противоправные действия могут быть признаны допустимыми, если они оправданы ситуацией риска и благими целями. На этом базируется концепция «обоснованного риска», получившая закрепление в уголовном законодательстве (ст. 41 УК РФ).

Концепция «обоснованного риска» применима не только к вопросам уголовной ответственности за преступления. Правомерность риска предусматривается в страховом и договорном праве, международном частном праве, административном праве. Для определения правомерного риска в законодательстве применяются самые разные термины, такие как «допустимый риск», «допустимый уровень риска», «оправданный риск», «обоснованный риск», «не чрезмерный риск» и др. В гражданском праве обоснованный риск не всегда избавляет от ответственности, например, только в случае чрезвычайного и непредотвратимого риска (ст. 401, 402 ГК РФ). Конкретные обстоятельства, исключающие юридическую ответственность, в законе, как правило, не

приводятся. Фактически, вопрос правомерности риска отнесен на судейское усмотрение. Выработанное в рамках института юридической ответственности понятие «казуса» нивелирует противоречие между требованием к «разумному и правомерному поведению среднего человека» и невозможностью установления всех параметров риска.

В работе отмечается, что правомерный риск – одно из убедительных доказательств существования позитивной ответственности. Механизм риска непосредственным образом связан с предположительными негативными последствиями, в том числе правовыми. Ответственное отношение к собственному поведению составляет содержание перспективной ответственности. В свою очередь, воспринимая позитивную юридическую ответственность как социальный долг, во многом можно объяснить рисковое поведение, сопряженное с самоотверженностью и жертвенностью. Перспективная ответственность способствует творческому, инициативному поведению, реализации прав и исполнению обязанностей. Решительность, которая требуется для принятия риска, также заложена в понятии социального долга. Осознанное принятие рискованных решений, согласующихся с правами и обязанностями - принципиальное условие правомерного риска.

Третья глава – «Общие положения правового управления рисками», содержит положения, касающиеся теоретических и инструментально-практических аспектов риска в праве, правового управления рисками, его основных стадий, а также универсальных и специальных юридических средств управления рисками.

В первом параграфе «Понятие правового управления рисками» автором приводится определение управления рисками, а также обосновывается необходимость обособления правового управления риска по признаку регулятора.

Правовое управление рисками – это волевая деятельность субъектов управления, направленная на правовую регламентацию отношений, связанных с рисковыми явлениями, правовой контроль над рисками, и оперативное воздействие на риски, возникающие в юридической деятельности. Субъектами управления рисками выступают лица, обеспечивающие основы правопорядка (правотворческие органы, организации стандартизированной деятельности, правоохранительные и правоприменительные органы), и лица, непосредственно участвующие в правоотношениях, связанных с риском (стороны правоотношения, страховые и иные посреднические участники). Объектами управления, на которые направлено воздействие субъектов управления, выступают факторы рисков и ситуация риска в её саморазвитии. Содержанием правового управления рисками является целенаправленная деятельность по оказанию определяющего воздействия на рискогенные факторы и сами риски, а целью такого воздействия выступает покрытие риска - минимизация или устранение рискованного фактора или рискованной ситуации.

Общими принципами правового управления рисками выступают законность, целесообразность, обоснованность, своевременность и системность.

Автором делается вывод, что правовое управление рисками может быть рассмотрено с нескольких позиций. С одной стороны, управление рисками может быть описано в понятиях и терминах механизма правового регулирования. С другой стороны, правовое управление рисками может быть рассмотрено как переложение на правовую реальность теории принятия решений (*decision-making theory*). По мнению автора, теория принятия решений по отношению к механизму правового регулирования представлена как более универсальная доктринальная матрица. В этой связи, при анализе правового управления рисками используются также некоторые положения теории принятия решений.

Во втором параграфе «Стадии правового управления рисками» целенаправленное воздействие рисками рассматривается как протяженный во времени процесс, разделенный на стадии.

Диссертант выделяет три стадии правового управления рисками.

1. Информационно-аналитическая стадия, предназначение которой - сбор, обобщение и изучение достоверной, необходимой и достаточной информации, касающейся предстоящего риска. На данной стадии также происходит первичная идентификация рисков, определение их в качестве системных (типичных) или несистемных (уникальных); особенно остро поставлена проблема имплементации знаний о риске в юридическую материю. На данной стадии применимы методы анализа и синтеза, эксперимента и наблюдения.

2. Оценочная стадия. Основное содержание данной стадии в оценке вероятности риска и его последствий. Здесь происходит определение качественных и количественных параметров рисков и более детальная идентификация рисков (главным образом, по критерию их обоснованности). Используются приемы и методы юридической статистики и компаративистики.

3. Стадия принятия и реализации риска. В рамках данной стадии избираются стратегии правового управления рисками: ликвидация, передача, минимизация, сохранение. Каждая стратегия характеризуется специфической целью и инструментарием.

Третий параграф «Информационно-аналитическая стадия правового управления рисками» посвящен вопросам сбора, обобщения и первичного анализа фактического материала о риске.

Платформой правильной идентификации и эффективного анализа риска в поведении субъекта правоотношений выступают знания, навыки, опыт рискующего и статистический материал. Показательно, что законодательные требования относительно надлежащего информирования о наиболее опасных факторах риска уже существуют в медицинском праве, законодательстве о рекламе, законодательстве о защите прав потребителей, экологических и санитарно-эпидемиологических правилах. Таким образом, предоставление

информации о риске в ряде случаев – это обязанность конкретного лица (государства, контрагента, рекламодателя и т.д.). Приводится также пример из американского права (Закон Меган) об уведомлении общества о факторах криминогенного риска.

В ходе правового управления рисками возникает проблема оперирования неюридическими знаниями о риске. Процесс имплементации неюридических знаний о риске в правовую материю довольно сложен. В науке разработано несколько основных подходов, которые по-разному определяют этот процесс.

1. Нормализация (Ф. Ивальд). Право аккумулирует знание о риске посредством процедуры стандартизации. Более всего этой концепции соответствует американский правовой реализм. Право практически теряет свою самостоятельность – действительность насыщает социальный опыт примерами рисков, которые обуславливают юридическую фиксацию уже сложившихся отношений. Некоторые авторы отмечают, что вместо стандартизации следовало бы говорить о проблематизации правовых аспектов риска.

2. Автопоезис (Н. Луман, Г. Тубнер). Информация из других (не юридических) источников может быть воспринята, даже когда правовая логика уступает свою автономию. Судебный прецедент несет творческий потенциал, который выражается, помимо прочего, в возможности расширения бытия права, распространения его на различные области приложения. Закон поглощает вне-юридическое знание, доминирует над ним, преобразовывая для социальных нужд. Знания о риске вовлекаются в правовую область посредством деятельности правоприменителей, перед которыми наиболее очевидно поставлены задачи измерить риск, а равно оценить потенциальное воздействие на потерпевших, на определенную территорию, общественную безопасность и общество в целом.

3. Взаимный обмен знанием о риске (Р. Леви). Нельзя воспринимать информационно-аналитическую стадию правового управления рисками исключительно как подчинение знания праву (автопоезис), или, наоборот, права знанию (нормализация). Этот процесс не односторонний, а динамичный, диалогичный. Преимущество данного подхода в том, что в его рамках не возникает необходимости в выстраивании иерархичной подчиненности и приоритетности в системах юридического и вне-юридического знания.

Диссертант считает, что именно диалоговая концепция отображает механизм имплементации знаний о риске в правовую материю, и в рамках данной концепции могут быть применимы принципы нормализации и автопоезиса, без их абсолютизации.

Четвертый параграф «Оценочная стадия правового управления рисками» посвящен проблеме определения качественных и количественных параметров рисков с юридической точки зрения.

Оценка риска раскрывается одновременно в интеллектуальном и волевом содержании. Рациональная составляющая оценки риска исходит из принципиальной возможности измерения параметров риска и прогнозирования развития рискованных ситуаций. Без этой общей посылки, определяющей

интеллектуальное содержание правовой оценки риска, было бы невозможно измерять риск. Волевой аспект оценки риска рассматривается в контексте правового управления (регулирования) риском и может быть определен как целенаправленное действие субъекта по выявлению и упорядочению показателей риска, с целью установления обоснованности принятия риска.

Основным объектом оценки риска выступает его вероятность. Автор последовательно рассматривает три подхода к определению вероятности, которые в разной степени и в различных сочетаниях друг с другом могут использоваться при правовой оценке риска. Отмечается, что классический подход к определению вероятности в правовом контексте редко находит применения ввиду многообразия общественных практик и структур правоотношений. Понятие вероятности как частоты рискованных случаев не позволяет относительно точно оценить правовые прецеденты и казусы. Для целей правовой оценки риска наиболее адекватное определение вероятности дает школа субъективного анализа, основополагающий принцип которой заключается в том, что оценки вероятности не могут быть совершены в строго объективном смысле. Именно комплексность оценки может стать определяющим фактором обретения уверенности в причинно-следственных связях между риском и юридическими последствиями, что особенно важно в процессе правоприменения.

Оценка риска может быть определена в зависимости от времени её осуществления (до, после или во время развития рискованной ситуации): *предварительная оценка* - осуществляется субъектом риска до момента принятия риска, а также законодателем в процессе фиксации риска в праве (обычно используется прием юридической презумпции); *оперативная оценка* - анализируется ситуация риска в её саморазвитии, в частности, когда минимизация рискованных потерь возможна посредством оперативного правового консалтинга; *оценка постфактум* - после принятия и реализации риска (подобная оценка осуществима, например, в процессе правоприменения).

Правовые последствия оценки риска разнообразны. Изначально оценка определяет предположение о рисковом характере деятельности, закрепленное в правовых нормах. При реализации права оценка риска обуславливает правовые возможности управления рисками, во многом подталкивает участников общественных взаимодействий к привлечению конкретных инструментов правового воздействия на факторы и ситуацию риска. При привлечении к юридической ответственности за совершение правонарушения, сопряженного с рискованной поведением, оценка позволяет определить обоснованность риска.

В пятом параграфе – «Принятие риска», диссертантом раскрывается юридически значимое деяние (действие или бездействие) субъекта права, осуществленное применительно к рискованной ситуации, и выраженное в избрании и реализации определенной стратегии управления рисками.

Принятие риска - это ответственное решение, составляющее содержание риска и заключающееся в рисковом поведении или в отказе от риска. В научной литературе рассматриваются стратегии принятия рискованных решений, в которых

отражаются варианты оперирования рисками и особенности волевых решений по риску: исключение, передача, минимизация и сохранение риска.

Автор выделяет несколько уровней принятия риска. На индивидуальном уровне риск принимается рискующими лицами. Степень свободы при принятии риска на индивидуальном уровне ограничена нормативными установлениями и фактическими ресурсами. На уровне формализации рискованных действий принимаются нормативные правила оперирования рисками. Следует выделить политико-правовой уровень принятия риска, на котором фиксируются общие подходы к управлению рискованными явлениями (концепции экономической, информационной, военной безопасности).

В шестом параграфе - «Универсальные и специально-юридические средства правового управления рисками», содержатся теоретические положения, раскрывающие правовой инструментарий оперирования рисками. В рамках выбранной стратегии управления рисками используется определенный набор правовых средств, которые можно подразделить на универсальные и специально-юридические. Универсальные средства покрытия рисков социального взаимодействия применимы к подавляющему большинству правореализационных актов. Они представляют собой наиболее общие, но, между тем, относительно самостоятельные механизмы управления рисками.

В первую очередь к их числу относится право, которое являет собой уникальную многовековую переработку социального опыта управления рисками. Это не только и не столько свод правил поведения, а качественное преобразование рискованных случаев. Обращение к правовым нормам дает определенную гарантию того, что, во-первых, рискованное решение воплощается в правовом поле, т.е. в достаточной степени формализовано, и, во-вторых, что оно может претендовать на правовую (общественную, судебную) защиту.

Рассматривая право в качестве универсального средства правового управления рисками, автор выделяет его специфические свойства, которые позволяют этой социальной системе быть регулятором рисков: высокая степень формализации и стандартизации нормативных положений относительно рисков; гибкое сочетание запретов и дозволений (от формулирования условий обоснованного риска до дискреции участников рискованных правоотношений); относительная динамичность, открытость и восприимчивость права к новым вызовам (многие рискованные решения могут быть приняты, основываясь не только на букве, но и духе закона); правовому регулированию доступны не только социальные, но и технические риски (в части оценки обоснованности их принятия и правовых последствий). Как универсальный инструмент управления рисками право действует двояко: стабилизирует ситуацию выбора (особенно между правомерным и неправомерным риском), или же, наоборот, обогащает выбор различными вариантами, диверсифицирует риски, предоставляет свободу в принятии риска (право на риск).

Диссертант отмечает, что правовые институты, особенно, если они носят межотраслевой характер, представляют собой универсальные средства правового управления риском второго порядка. Для подкрепления сделанного

вывода рассматриваются институты юридической ответственности, страхования и лицензирования.

Специально-юридические средства покрытия рисков направлены на снижение вероятности рисков, которые тесно связаны с отдельными элементами (условиями) правовой деятельности, и подразделяются на специальные и юридико-технические.

Специальные средства управления рисками в праве можно обнаружить в нормах, регламентирующих отношения, входящие в предмет той или иной отрасли права. Для их иллюстрации дан краткий обзор способов обеспечения исполнения обязательств и процессуальных обеспечительных мер.

Раскрывая юридико-технические средства минимизации рисков, автор отмечает, что все элементы юридической техники способствуют снижению как собственно правовых, так и иных рисков, однако, два средства юридической техники особенно нацелены на управление рисками – это юридические оговорки и презумпции.

Правовые оговорки – юридико-технические средства покрытия рисков, предполагающие вариативность или инвариантность действия нормативных установлений или договорных условий. Посредством оговорок достигается многомерность правового регулирования рисков.²⁶ Варианты, заложенные в защитных оговорках, по сути, являют попытку свести к минимуму сценарную неопределённость реализации права посредством введения «запасных ходов» в осуществлении права. Часто для этих целей применяется *казуистический приём* построения нормативного материала.

Правовая презумпция риска – специальный юридико-технический приём, фиксирующий в праве предположение о рисковом характере правоотношения.

Конкретное юридическое закрепление презумпции риска может быть как явным (ст. 2 Гражданского кодекса РФ), так и скрытым. Конструктивная сложность презумпции риска связана с вероятностным характером как презумпции, так и риска. Правовая презумпция риска содержит предварительную оценку возможных неблагоприятных последствий и более полно определяет сам риск – не только как возможную опасность, но и как предупреждение об опасности. Для участников общественных взаимодействий это ценное указание законодателя на сценарную неопределённость, с которой следует считаться.

Автором делается вывод, что теоретическое осмысление и практическое воплощение (юридическое закрепление) универсальных и специально юридических средств правового управления рисками в настоящее время не приведено в систему. Ввиду появления новых вызовов и опасностей (терроризм, мировой финансовой кризис и экономическая нестабильность, ядерные технологии и т.д.), изучение рискованных явлений и механизмов,

²⁶ Например, в силу правовых оговорок (условий), вводятся особые правовые режимы (чрезвычайной ситуации), применяются правила изменения цен государственных контрактов (при наступлении инфляционного риска), соблюдается порядок действий при стихийных бедствиях (форс-мажорных рисках) и т.д.

позволяющих оказывать на них воздействие, имеет значимую самостоятельную направленность и актуальность.

В заключении на основе проведённого исследования подводятся итоги, формулируются основные выводы и предложения.

По теме диссертационного исследования автором опубликованы следующие работы:

В изданиях, входящих в перечень ВАК России:

1. *Крючков Р.А.* Правовая презумпция риска // Современное право, 2009, № 12. - С. 56-58; (0,25 п.л.)
2. *Крючков Р.А.* Теоретико-правовые аспекты оценки риска // Современное право, 2010, № 8. - С. 53-57; (0,25 п.л.)

В иных изданиях:

3. *Крючков Р.А.* Проблема определения риска в праве // Государство и право России: история - современность - перспективы развития. Материалы 3 региональной межвузовской научно-практической конференции, 7 декабря 2007 г.. - Нижний Новгород: НФ ИБП, 2008. - С. 65-70 (0,4 п.л.)
4. *Крючков Р.А.* Риск в контексте юридической ответственности. Материалы докладов XV Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» / М.: Издательство МГУ; СП МЫСЛЬ, 2008. (0,2 п.л.)
5. *Крючков Р.А.* Некоторые особенности правовой презумпции риска. Материалы докладов XVI Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» / М.: Издательство МГУ; СП МЫСЛЬ, 2009. (0,2 п.л.)
6. *Крючков Р.А.* Проблема правовой регламентации риска // Инновации в государстве и праве России: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 29-30 апреля 2008 г.). - Нижний Новгород: Изд-во Нижегород. гос. ун-та, 2008. - С. 168-173; (0,3 п.л.)
7. *Крючков Р.А.* Правовая оценка риска // Инновации в государстве и праве России: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 29-30 апреля 2009 г.). - Нижний Новгород: Изд-во Нижегород. гос. ун-та, 2009. - С. 99-102; (0,25 п.л.)
8. *Крючков Р.А.* Аналитическая стадия правового управления рисками // Правовые вопросы недвижимости. - М.: Юрист, 2010, № 1. - С. 22-25; (0,3 п.л.)
9. *Крючков Р.А.* Философские основания правовой регламентации риска. Actes des conferences/CIES 2009/FIDES2009/PH.D. THESIS 2009, Paris, France, 2009. – С. 117-120. (0,3 п.л.)