

Лапина М. А., Карпухин Д. В. / Lapina M. A., Karpukhin D. V.

ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ И
ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ РИСКОВ В ЮРИСПРУДЕНЦИИ

PROBLEMS OF DELIMITATION OF CIVIL-LAW
AND PUBLIC-LAW RISKS IN JURISPRUDENCE

Лапина Марина

Афанасьевна,

*доктор юридических наук,
профессор, заведующий ка-
федрой «Административное
и информационное право»
ФГОБУ ВПО «Финансовый
университет при Правитель-
стве Российской Федерации»,
LapinaMarina@inbox.ru*

Карпухин Дмитрий

Вячеславович,

*кандидат исторических на-
ук, доцент кафедры «Админи-
стративное и информацион-
ное право» Финансового уни-
верситета при Правитель-
стве Российской Федерации,
доцент.*

В результате анализа схожих и принципиальных отличий правовых рисков в зависимости от гражданско-правовой и административной природы их происхождения произведено авторское разграничение гражданско-правовых и публично-правовых рисков.

Отмечено, что публично-правовые риски в отличие от гражданско-правовых сопряжены с перспективой деструктивного развития общественно-значимых отношений в конституционной, административной, экологической и других сферах общественной жизни.

Утверждается, что публично-правовые риски ограничены правовыми запретами и ограничениями.

Ключевые слова: правовой риск, гражданско-правовой риск, публично-правовой риск, способы разграничения видов рисков, сравнительный анализ рисков.

Lapina Marina

Afanas'evna,

Doctor of law, Professor, head of the Department of "Administrative and Informational Law" at Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Professional Education "Financial University under the Government of the Russian Federation",

LapinaMarina@inbox.ru

Karpukhin Dmitrii

Vyacheslavovich,

PhD in History, Associate professor of the Department of "Administrative and Informational Law" at "Financial University under the Government of the Russian Federation", Associate professor.

As a result of the analysis of similar and fundamental differences of legal risks depending on the civil-law and administrative nature of their origin the author has conducted delimitation of civil-law and public-law risks.

Noted that public-law risks unlike civil-law ones conjugate with the prospect of a destructive development of socially significant relations in constitutional, administrative, environmental and other spheres of public life.

The author argues that public-law risks are limited by legal prohibitions and restrictions.

Keywords: legal risk, civil-law risk, public-law risk, ways of delimitation of risks types, comparative analysis of risks.

Теория гражданско-правовых рисков активно разрабатывается в отечественной цивилистике с конца 60-х гг. XX в. по настоящее время. Обзор основных теорий рисков в гражданском праве изложен в статье А. Г. Мартиросяна «К вопросу о риске в гражданском праве Российской Федерации» [4].

Указанный автор выделяет три теории гражданско-правовых рисков, сложившихся в отечественной цивилистике: субъективную (В. А. Ойгензихт, С. Н. Братусь, В. А. Плотников и др.); объективную (А. И. Омельченко, Б. Л. Хаскельберг, О. А. Красавчиков, А. А. Собчак); смешанную (Б. Н. Мезрин, В. А. Копылов) [4].

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

транспортного средства), с которыми закон связывает неблагоприятные последствия, то риска нет [4].

Объективная теория не связывает психическое отношение лиц к совершаемым действиям, и интерпретируют риск как потенциальную возможность наступления случаев, влекущих имущественные потери. Для сторонников указанной точки зрения риск – это постоянная опасность возникновения неблагоприятных последствий [4].

И, наконец, третья теория объединяет субъективное и объективное начала гражданско-правовых рисков. Авторы исходят из того, что субъективным фактором риска выступает его предвидение в будущем, но сам риск – «объективная реальность, так как возможность образования вреда непосредственно воплощается в жизни в соединенном действии каких-то лиц и других не менее реальных факторов» [4].

По мнению автора, одной из причин неоднозначной трактовки гражданско-правовых рисков является то обстоятельство, что категория риск находится в «пограничной зоне» между публичными и частными интересами [4].

Данное утверждение автора представляет научный интерес, так как подчёркивает общеправовую природу категории «правовой риск», её универсальность и применимость как к публично-правовым, так и частно-правовым сферам правоотношений.

Все имущественные общественные отношения потенциально содержат в себе риск потери имущества, недостижения целей, которые ставят перед собой субъекты гражданского права. Само по себе объективное существование такой возможности «неудачи» (т. е. убытков) – это составная часть общественных отношений, образующих предмет гражданского права, следовательно, гражданское право не может обходить стороной потенциальную возможность имущественных потерь, поскольку оно регулирует эти отношения.

Рассуждая о гражданско-правовых рисках, А. Г. Мартиросян подчеркивает, что «риск неминуемо связан со стоимостными отношениями, основанными на равенстве сторон, и пронизывает, таким образом, все гражданское право, его нормы отражают, регулируют этот риск, но ни в коем случае, ... не очерчивают пределы его допустимости» [4]. По мысли автора, пределов риска в гражданском праве на уровне правовых предписаний быть не может. Каждый субъект гражданских правоотношений самостоятельно устанавливает ограничения возможных потерь. Противоположным образом обстоит дело в

публично-правовых отношениях, в которых пределы риска ограничены правовыми запретами и ограничениями [4].

Таким образом, автор, помимо анализа собственно цивилистических рисков, касается проблемы рисков в публично-правовых отношениях. По мысли автора, риски в публично-правовых отношениях имеют определённые пределы, то есть должны быть ограничены правовыми запретами, а частно-правовые риски не имеют ограничений, прописанных в нормативных актах. Указанное отличие коренится в диспозитивном характере гражданско-правовых отношений, которые основаны на юридическом равноправии сторон и возможности субъектов самим устанавливать пределы возможных рисков.

В статье «Способы распределения риска в гражданском праве» А. Г. Мартиросян даёт определение сущности гражданско-правового риска и его взаимосвязи с публично-правовыми отношениями [5].

«Гражданско-правовой риск – это обозначенная законом категория, объясняющая участникам возможные имущественно невыгодные последствия. Риск представляет интерес для субъектов гражданского права, потому что его последствия чреваты убытками. Убытки затрагивают не только интересы лица, которое их претерпевает, т. е. частные интересы, но и интересы публичные в силу органической связи частного и публичного начал в гражданском праве» [5].

Таким образом, автор в изложенном определении развивает ранее озвученный тезис о «пограничном характере» правовых рисков и отмечает, что гражданско-правовая природа риска не исключает реализацию публично-правового интереса.

Автор формулирует такие способы распределения гражданско-правовых рисков как:

- «- установление правового положения участников гражданских правоотношений в части определения имущества, которым они отвечают;
- установление вины в качестве обязательного условия наступления гражданско-правовой ответственности;
- ограничение размера ответственности реальным ущербом;
- возложение убытков на третье лицо, не являющееся стороной в обязательстве;
- установление очередности в исполнении обязательства;
- разложение последствий риска среди должников;
- возложение последствий риска на одну из сторон в обязательстве» [5].

Касаясь вопроса анализа способов распределения рисков, автор затрагивает проблему участия органов государственной власти в их предотвращении, снижении и оптимизации, Мартиросян выделяет такие способы распределения рисков как:

во-первых, государственная регистрация права (права собственности и прав объекты интеллектуальной собственности и средства индивидуализации);

во-вторых, требование к форме сделок, посредством которых осуществляется переход права и их государственная регистрация (письменная форма, нотариальное удостоверение) [5].

Таким образом, автор отмечает публично-правовое начало при определении способов распределения частно-правовых рисков, к числу которых он относит участие органов государственной власти в процессе регистрации сделок, прав на объекты интеллектуальной собственности, объекты недвижимости, переход права, государственную регистрацию.

Представляется интересным проанализировать понятие правового риска в банковской сфере, предложенного Т. Э. Рождественской [6]. Выводы учёного выходят за рамки обозначенного предмета и затрагивают методологические аспекты понятия «правовой риск». В своей статье данный автор анализирует монографию, созданную Европейской комиссией и Центральным банком Российской Федерации «Банковский надзор. Европейский опыт и российская практика». В ней предложена четырёхчленная классификация банковских рисков: 1) кредитный риск; 2) рыночный риск; 3) риск ликвидности; 4) операционный риск [6].

В свою очередь, как отмечает учёный, в исследовании «Банковский надзор. Европейский опыт и российская практика» правовой риск рассматривается как составная часть операционного риска: «Это определение [операционного риска] включает правовой риск, под которым понимается риск потерь вследствие несоблюдения законодательных актов, а также разумных моральных норм и договорных обязательств, и риск возбуждения судебного процесса. Однако стратегический риск и риск ухудшения репутации в определение не входят» [6].

В рассматриваемом определении Рождественская отмечает важный методологический аспект определения правовой риск, который является составной частью операционного риска. Следовательно, по мнению учёного, в рассматриваемом правовом акте, правовой риск в банковской деятельности является второстепенной категорией [6].

Кроме того, исходя из анализируемого определения, Т. Э. Рождественская выделяет такие качественные характеристики банковского риска как потенциальные финансовые потери и взаимосвязь банковских рисков с нарушением законодательства и договорных обязательств [6]. Учёный подчёркивает такой специфический и редко отмечаемый признак банковских рисков как «причинно-следственная связь между несоблюдением таких стандартов правового поведения, которые не формализованы законом (обычай делового оборота), и возникновением правового риска» [6].

Автор отмечает, что понятие «правовой риск» применительно к банковской среде содержится в международно-правовом акте «Рекомендации для систем расчёта по ценным бумагам». «Правовой риск, – отмечено в документе, – риск того, что какая-либо сторона понесет убытки из-за того, что законы или правовые нормы не поддерживают правила систем расчетов по ценным бумагам, функционирование соответствующих расчетных схем или права собственности и другие долевые участия, хранимые в расчетной системе. Правовой риск возникает также из-за нечеткости применения законов и правовых норм. Правовым является риск, которому подвергается контрагент в случае неожиданного применения закона, в силу которого контракты становятся незаконными или не обеспеченными юридическими санкциями. В него входит риск, вытекающий из задержки взыскания средств или ценных бумаг или блокирования позиций. ...Контрагенты могут понести убытки в результате применения закона, отличающегося от того, на который они рассчитывали или указали в контракте, судом в определенной юрисдикции. Так что правовой риск усугубляет другие риски, такие как рыночный, кредитный или риск ликвидности, связанные с добросовестностью операций» [6].

Исходя из определений, изложенных в международно-правовых документах, регламентирующих банковские расчёты, автор, делает следующие выводы о сущности и признаках правовых рисков, изложенной в нормативной интерпретации:

- во-первых, правовой риск рассматривается либо как часть операционного риска, либо в качестве фактора, влияющего на банковский риск;
- во-вторых, правовой риск сопряжён с причинением убытков банку;
- в-третьих, правовой риск возникает вследствие нарушения правовых предписаний в нормативных актах или в договорах;
- в-четвёртых, правовой риск возникает вследствие нарушения обычаев делового оборота;

в-пятых, в качестве источников правовых рисков указанные акты выделяют стороны правоотношений, которые не обеспечивают высокое качество правовой работы; субъективные ошибки правоприменительных органов, реализующих закон; недостаточное качество нормативной среды [6].

Т. Э. Рождественская критически относится к сформулированным в ряде нормативных предписаний положений о том, что правовой риск это разновидность операционного риска. Следует согласиться с мнением Т. Э. Рождественской, что более правильным является рассматривать категорию «правовой риск» как самостоятельную правовую категорию.

«В данном случае, – пишет автор, – следует сказать, что различные подходы к определению места правового риска в системе банковских рисков имеют только теоретическое значение, поскольку практическая организация юридической работы банка (любой корпорации) всегда исходит из того, что действия любого сотрудника банка, имеющие юридические последствия, могут нести в себе правовой риск. Вместе с тем этот методологический принцип будет иметь значение при построении классификации правовых рисков» [6].

Таким образом, анализ нормативных предписаний, регламентирующих правовые риски, показывает принципиальный методологический нюанс сложившейся проблемы. В одних случаях, (например, в исследовании «Банковский надзор. Европейский опыт и российская практика» [6]) «правовой риск» трактуется как вторичная категория по отношению к риску операционному, следовательно, «правовой риск» является второстепенной категорией в банковских правоотношениях. В других (например, в международно-правовом акте «Рекомендации для систем расчёта по ценным бумагам» [6]) категория «правовой риск» трактуется как самостоятельная категория, вытекающая из несовершенства правовых конструкций правовых норм, правоприменения и толкования правовых предписаний.

Рассмотрение правовых рисков через призму деятельности уполномоченных лиц, например, сотрудников организации прослеживается в исследовании Ю. В. Трунцевского «Об организации управления правовыми рисками хозяйствующего субъекта». Учёный рассматривает правовые риски как результат нарушения менеджментом хозяйствующего субъекта установленных правил. «В деятельности хозяйствующего субъекта, – пишет автор, – для эффективного управления (менеджмента) организацией нарушения или несоответствия внутренним и внешним правовым нормам, таким как законы, подзаконные акты регуляторов, правила, регламенты, предписания,

учредительные документы выступают в виде правовых рисков» [7]. Указанные риски проявляются:

во-первых, в нарушении организацией требований нормативных актов и договорных обязательств;

во-вторых, в правовых ошибках в процессе реализации своей деятельности (неправильные юридические консультации, неверное составление документов, в том числе в судебных инстанциях);

в-третьих, в нарушении нормативных правовых актов, а также условий заключенных договоров [7].

Таким образом, в исследованиях Т. Э. Рождественской и Ю. В. Трунцевского сформулирована методологическая проблема правового учения о рисках, требующая дальнейших научных исследований. Её суть можно определить в виде дилеммы, является ли правовой риск потенциальной угрозой, содержащийся в правовых актах (законах, подзаконных актах, решениях судебных инстанций) или правовые риски выступают в деятельности конкретных субъектов организации – сотрудников организации, чиновников, и т. д.? Указанные авторы наметили две методологии исследования правовых рисков – через поведение субъектов и через анализ конструкций и содержания правовых актов.

По нашему мнению, первый путь исследования рисков является более широким и всеобъемлющим. Он позволяет рассматривать риски помимо правового в социологическом, политическом и экономическом ракурсах, так как поведение субъектов часто выпадает из поля правовой регламентации.

Следует также обратить внимание на то, что некоторые международно-правовые акты разграничивают риски, и, наряду с правовыми рисками, выделяют ряд других категорий рисков. Так, в коллективной работе И. А. Киселёва, И. А. Лебедева, В. Д. Никитина «Правовые проблемы управления корпоративными рисками в целях противодействия отмыванию денег и финансированию терроризма» отмечено, что «последствия отмывания денег для отдельных финансовых и нефинансовых институтов, сознательное или невольное участие организаций в этом процессе чревато высокими рисками для них самих. Базельский комитет по банковскому надзору выделяет следующие риски, которым подвержены банки, не осуществляющие процедуры внутреннего контроля в целях ПОД/ФТ:

- риск нанесения ущерба репутации;
- финансовые риски;
- риск возникновения правовых последствий;

- риск концентрации кредитов.

Перечисленные выше риски угрожают не только банкам, но и любому другому финансовому или нефинансовому институту, не соблюдающему требования стандартов ПОД/ФТ и потенциально задействованному в схемах отмывания денег» [2].

Таким образом, с одной стороны происходит постепенное разграничение правовых рисков от репутационных, операционных, финансовых и иных рисков, а с другой стороны – правовое оформление указанных рисков и их констатация в нормативном документе позволяет поставить вопрос о широком понимании категории «правовой риск» с отнесением к нему всех перечисленных видов рисков.

В русле второй тенденции сформулировано понятие риск, предложенное В. И. Авдийским «Управление рисками в деятельности хозяйствующих субъектов» [1, 4-12]. По мнению учёного «риск – это потенциальная возможность возникновения управляемого события в условиях неопределённости среды осуществления экономической деятельности, которая поддаётся количественной и качественной оценке» [1, 5].

Научная ценность авторского понимания сущности риска заключается в том, что оно носит межотраслевой характер, и отражает стоимостную (имущественную) составляющую всех гражданско-правовых отраслей российского законодательства. С другой стороны, методология понятия, предложенного В. И. Авдийским, может быть применена и в определении понятийной сущности публично-правовых рисков, так как публичное право реализует общественный интерес, в том числе и в экономической сфере общественных отношений.

Первым нашим исследованием проблемы публично-правовых рисков была статья «Правовые риски в публичном управлении: приглашение к дискуссии» [3, 63-76]. В указанной работе проанализированы научные публикации В. В. Киреева, А. Э. Жалинского, А. П. Анисимова и П. Е. Новикова, посвященные конституционным, уголовным, экологическим рискам. Сделанные нами выводы касались методологии определения сущности публично-правовых рисков, а также были сформулированы понятия публично-правового риска и административно-правового риска.

Так, по нашему мнению, «публично-правовой риск – это потенциальная опасность неблагоприятного развития общественно-значимых, публично-правовых отношений вследствие принятия, реализации и толкования правовых предписаний.

Административно-правовой риск – это разновидность публично-правового риска, связанного с нормотворческой, правоприменительной и интерпретационной деятельностью органов исполнительной власти, которая может повлечь негативные явления для установленного порядка управления в различных сферах государственного управления» [3, 71].

Таким образом, сопоставив теоретические выводы, изложенные в данном и ранее сделанном нами исследовании, можно сделать следующие заключения, касающиеся проблемы разграничения гражданско-правовых и публично-правовых рисков.

1. Гражданско-правовые риски сопряжены с потенциальными имущественными (финансовыми) потерями. Указанные потери обусловлены имущественным (стоимостным) характером гражданско-правовых отношений. Публично-правовые риски сопряжены с перспективой деструктивного развития общественно-значимых отношений в конституционной, административной, экологической и других сферах общественной жизни. Формой воплощения указанной деструкции могут выступать властные решения органов государственной власти, неправильные толкования правовых предписаний. Кроме того, публично-правовые риски могут привести к имущественным потерям.

2. Пределы гражданско-правовых рисков не ограничены императивными предписаниями. Указанное обстоятельство обусловлено диспозитивной природой гражданско-правовых отношений и возможностью участников самостоятельно выбирать пределы своего участия в потенциально рискованных гражданско-правовых сделках. Публично-правовые риски ограничены правовыми запретами и ограничениями. Указанное обстоятельство обусловлено императивным характером административных правоотношений, что в свою очередь, предопределяет субординационный характер взаимоотношений между субъектами публично-правовых отношений.

3. Гражданско-правовые риски могут вытекать из обычаев делового оборота, так как последние являются источником гражданского права. В публично-правовых отношениях риски, вытекающие из нарушений обычаев делового оборота исключены, так как последние не являются источником публичного права.

4. Гражданско-правовые риски распределяются между участниками правоотношений (например, сторонами гражданско-правовых обязательств), посредством зафиксированных в законе гражданско-правовых способов. Публично-правовые риски должен брать на себя конкретный властный субъект

(орган государственной власти; лицо, осуществляющее властные функции), решения и действия которого способствовали возникновению рисков ситуации, и привести к финансовым потерям.

5. Следует отметить, что различается круг потенциальных субъектов гражданско-правовых и публично-правовых рисков. В гражданско-правовых рисках, как правило, заранее известны стороны правоотношений, например, в договорных обязательствах, либо одна из сторон, например обладатель авторского права. Следовательно, заранее определён потенциальный круг лиц, которым угрожает потенциальная опасность. В публично-правовых отношениях круг потенциальных субъектов рисков заранее не очерчен, особенно если речь идёт о принятом властным предписании, адресованном заранее неопределённому кругу лиц.

Список литературы:

1. Авдийский В. И. Управление рисками в деятельности хозяйствующих субъектов // Экономика. Налоги. Право. 2013. № 4.
2. Киселёв И. А., Лебедев И. А., Никитин В. Д. Правовые проблемы управления корпоративными рисками в целях противодействия отмыванию денег и финансированию терроризма / (Под общей ред. д. ю. н., проф. В. И. Авдийского. – М.: Юриспруденция, 2012) // КонсультантПлюс. ВерсияПроф [Электронный ресурс]. – Электрон. дан. – [М., 2014].
3. Лапина М. А., Карпухин Д. В. Правовые риски в публичном управлении: приглашение к дискуссии // Актуальные вопросы публичного права. 2014. № 2.
4. Мартиросян А. Г. К вопросу о риске в гражданском праве Российской Федерации / (Современное право. 2009. № 9) // КонсультантПлюс. ВерсияПроф [Электронный ресурс]. – Электрон. дан. – [М., 2014].
5. Мартиросян А. Г. Способы распределения риска в гражданском праве Российской Федерации / (Современное право. 2012. № 4) // КонсультантПлюс. ВерсияПроф [Электронный ресурс]. – Электрон. дан. – [М., 2014].
6. Рождественская Т. Э. Понятие правового риска в документах банка международных расчётов / (Банковское право. 2011. № 6) // КонсультантПлюс. ВерсияПроф [Электронный ресурс]. – Электрон. дан. – [М., 2014].
7. Трунцевский Ю. В. Об организации управления правовыми рисками в деятельности хозяйствующего субъекта / (Безопасность бизнеса. 2011. № 2) // КонсультантПлюс. ВерсияПроф [Электронный ресурс]. – Электрон. дан. – [М., 2014].

References:

1. Avdiiskii V. I. Risks Management in Activity of Economic Entity [Upravlenie riskami v deyatel'nosti khozyaistvuyushchikh sub"ektov]. *Ekonomika. Nalogi. Pravo – Economy. Taxes. Law*. 2013, no. 4.
2. Kiselev I. A., Lebedev I. A., Nikitin V. D. *Legal Problems of Corporate Risks Management in Order to Combat Money Laundering and Financing of Terrorism* [Pravovye problemy upravleniya korporativnymi riskami v tselyakh protivodeistviya otmyvaniyu deneg i finansirovaniyu terrorizma]. Under general edition of Doctor of law, Professor V. I. Avdiiskii, Moscow: Yurisprudentsiya, 2012.
3. Lapina M. A., Karpukhin D. V. Legal Risks in Public Administration: Invitation to Discussion [Pravovye riski v publichnom upravlenii: priglashenie k diskussii]. *Aktual'nye voprosy publichnogo prava – The Topical Issues of Public Law*, 2014, no. 2.
4. Martirosyan A. G. Towards the Question of Risk in Civil Law of the Russian Federation [K voprosu o riske v grazhdanskom prave Rossiiskoi Federatsii]. *Sovremennoe pravo – Modern Law*. 2009, no. 9
5. Martirosyan A. G. Methods of Risks Allocation in the Civil Law of the Russian Federation [Sposoby raspredeleniya riska v grazhdanskom prave Rossiiskoi Federatsii]. *Sovremennoe pravo – Modern Law*. 2012, no. 4
6. Rozhdestvenskaya T. E. The Notion of Legal Risk in the Documents of the Bank for International Settlements [Ponyatie pravovogo riska v dokumentakh banka mezhdunarodnykh raschetov]. *Bankovskoe pravo – Banking Law*, 2011, no. 6.
7. Truntsevskii Yu. V. About the Organization of Legal Risks Management in Activity of an Economic Entity [Ob organizatsii upravleniya pravovymi riskami v deyatel'nosti khozyaistvuyushchego sub"ekta]. *Bezopasnost' biznesa – Business Security*, 2011, no. 2.