

DOI: <http://dx.doi.org/10.21686/2411-118X-2024-3-34-38>

Отдельные аспекты конституционного риска в отечественной и зарубежной политико-правовой мысли

Г. И. Иванец

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
РЭУ им. Г. В. Плеханова;
доцент кафедры теоретико-правовых дисциплин и международного права
Российской таможенной академии.

Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
109992, Москва, Стремянный пер., д. 36;
ГКОУ ВО «Российская таможенная академия»,
140015, Люберцы, Комсомольский пр-т, 4.
E-mail: ivanets.gi@rea.ru

Certain Aspects of Constitutional Risk in Domestic and Foreign Political and Legal Thought

G. I. Ivanets

PhD in Law, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Civil Law Disciplines of the PRUE;
Associate Professor of the Department of Theoretical and Legal Disciplines and International Law
of Russian Customs Academy.
Address: Plekhanov Russian University of Economics,
36 Stremyanny Lane, Moscow, 109992, Russian Federation;
Russian Customs Academy,
4 Komsomolsky Avenue, Lyubertsy, 140015, Russian Federation.
E-mail: ivanets.gi@rea.ru

Аннотация

В статье рассматриваются подходы к понятию конституционного риска в отечественной и зарубежной политико-правовой литературе, неоднозначность понятийно-категориального аппарата, системы оценки рисков, а также вопросы тесной связи политических рисков с конституционными. Выдвинуто предположение, что риск в конституционном нормотворчестве является результатом несогласованности интересов участников конституционных правоотношений. Рассмотрены отдельные проблемы минимизации и предотвращения конституционно-правовых рисков. Особое место в исследовании занимает анализ рисков в законотворческой деятельности, что связано с особыми задачами правового регулирования. Проблема учета рисков в конституционном нормотворчестве исследуется в качестве особой разновидности законодательных технологий – согласования интересов. Автор заключает, что именно согласование является необходимым элементом всякой законодательной деятельности, позволяющей в той или иной мере предусмотреть, уменьшить или преодолеть риски, в том числе в конституционном праве и политической сфере жизни общества. Пристальное внимание в статье уделяется исследованию причин, влияющих на появление конституционных рисков, а также способов устранения подобного рода причин.

Ключевые слова: правовое регулирование, законотворческая деятельность, правовой риск, конституционно-правовая рискология, учет рисков, конституционное нормотворчество, последствия риска, неопределенность, согласование интересов.

Abstract

The article examines approaches to the concept of constitutional risk in domestic and foreign political and legal literature, the ambiguity of the conceptual and categorical apparatus, risk assessment and the close connection of political risks with constitutional ones. It is suggested that the risk in constitutional rule-making is the result of inconsistency of interests of participants in constitutional legal relations. Separate problems of prevention,

minimization and prevention of constitutional and legal risks are considered. A special place in the study is occupied by risk analysis in lawmaking, this is due to the special tasks of legal regulation. The problem of taking risks into account in constitutional rulemaking is being investigated as a special kind of legislative technology – coordination of interests. The author concludes that it is precisely coordination that is a necessary element of any legislative activity that allows, to one degree or another, to foresee, reduce or overcome risks, including in constitutional law and the political sphere of society. The article pays close attention to the study of the causes influencing the emergence of constitutional risks, as well as ways to eliminate such causes.

Keywords: legal regulation, legislative activity, legal risk, constitutional and legal riskology, risk accounting, constitutional rulemaking, consequences of risk, uncertainty, coordination of interests.

Учение о рисках как специфическом правовом феномене в юридической науке последних лет начинает занимать особое место. Однако до сих пор правовые риски в основном рассматриваются в отечественной юридической литературе бессистемно, факультативно, зачастую сливаясь с экономическим и техническим пониманием риска. В этом смысле зарубежные исследователи правовых аспектов управления рисками (например, Г. Вудман [23], К. Алтаус [16], А. Маурисио Дж. [15] и др.) добились гораздо более значительных результатов, чем представители российской правовой доктрины [6. – С. 58].

Риск как правовая категория возник в сфере экономики, которая основывается на «интернализации издержек» для сторон, которые их порождают [17]. То есть риск рассматривается как возможность наступления неблагоприятных последствий для контрагентов при их взаимодействии друг с другом¹. В то же время риск в праве – это не только альтернатива желаемому для субъекта результату², но и вероятность неправомерного отклонения от правовых моделей и законов [11. – С. 173]. Иными словами, «юридический риск – объективно существующая и исходящая от правоприменительной практики, базирующейся на несовершенном законодательстве, опасность наступления негативных последствий для субъекта правоотношений» [14. – С. 41]. Так или иначе риск предполагает возможность наступления результатов деятельности субъекта, альтернативных желаемым итогам его активности, – результатов, наступления которых он надеется избежать³.

Несколько иначе правовой риск рассматривается в зарубежной литературе, где в большей степени он понимается как потенциальное или фактическое событие, которое порождает негативные последствия и в котором можно выделить жертву и правонарушителя [19. – Р. 202–203; 16. – Р. 579]. Определить, насколько те или иные события относятся к рискам, можно через такие правовые категории, как «опасность» (англ. danger – нем. Gefahr) и «помеха» (англ. nuisance – нем. Belästigung). Ситуация, которая может рассматриваться как “danger”, имеет место в том случае, если с достаточной вероятностью может быть нанесен ущерб общественным или частным интересам. Ситуация типа “nuisance” существует тогда, когда нет прямого нарушения прав отдельных лиц, но создаются определенные неудобства для их реализации [20. – Р. 23–34].

Обращает на себя внимание то, что в праве риск используется практически всегда в негативном смысле и представляет собой событие, которое не только нежелательно, но и которого всеми силами следует избегать. С другой стороны, правильным было бы использование подхода экономической науки к правовому риску не только как к опасности, но и как к возможности, шансу использовать ситуацию правовой неопределенности в нужном государству и обществу русле.

Наиболее пристальное внимание к таким «возможностям и опасностям» следует обратить при изучении конституционных рисков, чей деструктивный потенциал, по замечанию Ю. А. Тихомирова и С. М. Шахрая, обладает системным характером. Негативные последствия этого риска могут выразиться в появлении других рисков, а также в нарушениях законности в различных сферах жизни общества и государства [11. – С. 20].

Ю. А. Тихомирова можно считать первым отечественным ученым, указавшим на необходимость пристального изучения данного вида рисков ввиду их опасности «для устойчивого разви-

¹ Риски в экономике : учебное пособие для вузов / под ред. проф. В. А. Швандра. – М. : Юнити-Дана, 2002. – С. 8.

² Власенко Н. А. Проблемы правовой неопределенности : курс лекций. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации : Инфра-М, 2015. – С. 75.

³ Власенко Н. А. Указ соч. – С. 76.

тия страны и ее политического и экономического строя» [9. – С. 89], а также позитивной возможности направить государство и общество по новому вектору развития [2. – С. 34]. Однако, несмотря на столь большую значимость данной проблематики, непротиворечивая и системная теория конституционных рисков отечественными правоведом пока не сформулирована [5. – С. 71]. Собственно, не дано и четкого определения понятию «конституционный риск». Главной причиной существования такого феномена в правовой науке можно считать политизированность (наполненность политическими явлениями) конституционного права, не позволяющую провести четкую грань между понятийно-категориальным аппаратом и оценкой рисков в этих двух взаимопроникающих сферах общественной жизни. В. В. Киреев выделил следующие признаки конституционно-правовых рисков: 1) конституционно-правовая сфера их возникновения (нормотворческая, правоприменительная и интерпретационная деятельность в сфере конституционного права); 2) специфика сложившихся исторических реалий, обусловивших уникальность конституционных ситуаций, в рамках которых совершались определенные действия в условиях риска; 3) связь между конституционно-правовыми и экономическими, политическими, духовно-культурными достижениями и дефицитами [3. – С. 24 - 27]. Ясности в вопросе разграничения конституционных и политических рисков эти признаки не приносят.

К числу причин, влияющих на появление конституционных рисков, в первую очередь следует отнести политические факторы, обуславливающие принятие властных решений мотивами политической целесообразности [1. – С. 67–68]. Политические решения, в свою очередь, влияют на принятие соответствующих конституционных норм, оправдывающих деятельность политических акторов и зачастую не отличающихся совершенством правовой конструкции. Но даже если вышеназванных причин можно в той или иной степени избежать, то ошибки правоприменения неизбежны.

Решая указанные проблемы, профессор Гарвардской школы права А. Вермюль в работе *“The constitution of risk”* предпринял попытку примирить право и политику путем объединения конституционной теории с теорией регулирования риска. Он утверждает, что конституционное нормотворчество лучше всего рассматривать как

средство управления политическими рисками. Конституционное право касается рисков, возникающих в ходе политического процесса, т. е. конституционные риски являются результатом существующей неопределенности при распределении власти между политическими институтами, при принятии решений должностными лицами, влекущими к хорошим или негативным политическим последствиям, и проч. А. Вермюль противопоставляет два подхода к управлению рисками и защищает один из них (так называемую оптимизацию конституционализма), выступая против второго (так называемого предупреждающего конституционализма). По мнению этого автора, «оптимизация конституционализма устраняет все существенные политические риски, придавая им должный вес в сложившихся обстоятельствах без каких-либо систематических искажений или предвзятого отношения к какому-либо определенному типу политического риска» [22. – Р. 10].

В отличие от первого подхода второй предусматривает, что конституционные нормы должны прежде всего закреплять меры, способствующие предотвращению деятельности, которая может привести к установлению диктатуры или тирании, коррупции, ущемлению прав меньшинств или другим соответствующим нарушениям.

Определяя понятие оптимизированного конституционализма, А. Вермюль много говорит о том, что не надо делать при конституционном проектировании, и очень мало – о том, какие механизмы необходимо использовать для предупреждения, минимизации и преодоления рисков в конституционном праве. В итоге он признает, что единственный совет, который он может дать – при создании конституционных норм обязательно всесторонне рассматривать/учитывать все существенные риски по соответствующим вопросам.

Собственно, рассматриваемая А. Вермюлем проблема учета рисков в конституционном нормотворчестве отечественными правоведом исследуется довольно давно в качестве особой разновидности законодательных технологий – согласования интересов.

По мнению Р. О. Халфиной, в процессе правового регулирования государство выражает интересы всего общества и в то же время учитывает, согласовывает, оценивает интересы отдельных лиц и коллективов [12. – С. 230]. Если не принимать во внимание противоборствующие интересы участников правоотношений при создании нормативного правового акта и при его

последующем применении, такая ситуация может привести к конфликтам, которые не всегда можно разрешить мирным (правовым) способом.

Согласование, отмечают А. С. Пиголкин и Т. Н. Рахманина, является достаточно важным этапом законоподготовительной работы, и нужно максимально использовать все возможности, чтобы согласие заинтересованных органов по проекту было достигнуто¹. Согласование как особая разновидность законодательных технологий позволяет: а) посредством нового закона мирным (правовым) способом разрешить существующее противоречие между конкурирующими интересами; б) исключить появление новых противоречий в результате принятия и введения в действие содержащего согласованные нормы закона.

Результатом согласования в законодательной деятельности является достигнутое согласие по поводу структуры и характера закрепляемых в законе интересов. Степень достигнутого при этом согласия в определенной мере может служить критерием истинности (обоснованности) принятого закона.

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что согласование является необходимым элементом всякой законодательной деятельности, позволяющим в той или иной мере предусмотреть, уменьшить или преодолеть риски, в том числе в конституционном праве и политической сфере жизни общества.

Тем более актуальным вопрос такого согласования в правовой и политической сферах становится очевидным при продолжающихся мировых интеграционных процессах, давно вышедших за рамки только таможенного и экономического союза. Так, уже в начале существования ЕС введено прямое действие и примат права ЕС как основополагающего начала правового порядка в функционировании этого союза. Эти принципы основывались на необходимости единообразного и эффективного применения законодательства ЕС. Данная тенденция оказала большое влияние на организацию национальных конституционных порядков и среди прочего – на роль общих судов в судебной системе и на положение национальных конституционных судов. В случае конфликта между национальным конституционным законо-

дательством и законодательством ЕС первое не является приоритетным и должно уступать место законодательству ЕС, что является потенциальным правовым риском для национального правового порядка [18. – Р. 29].

В рамках Евразийского экономического союза может возникнуть похожая ситуация, когда борьба между государствами-членами и ЕАЭС относительно сферы применения, эффективности и ограничения правил ЕАЭС на национальном уровне приведет к возникновению рисков, относящихся к трем основным категориям: во-первых, к общим рискам, таким как отсутствие правовой определенности и подрыв целей и задач национального и наднационального законодательства; во-вторых, к институциональным рискам (политическим, конституционным и пр.), таким как нарушение политических обещаний или дестабилизация национальных систем управления; в-третьих, к индивидуальным рискам, затрагивающим права, интересы и безопасность отдельных лиц вследствие борьбы между ЕАЭС и его государствами-членами.

Минимизировать влияние указанных рисков позволяет согласование национальных интересов государств-членов с интересами созданной международной организации.

Как видно из этой ситуации, конституционные риски могут возникать как на стадии правотворческой деятельности, так и в правоприменительной практике [7. – С. 17–26]. Наряду с данными видами конституционных рисков и в зависимости от основания классификации возможно выделение и иных видов рисков. Например, в зависимости от возможности предвидения риски бывают ожидаемыми (предвидимыми) и неожиданными [10. – С. 12], а в зависимости от частоты появления – разовыми и повторяющимися. Классификацию можно продолжить.

Придерживаясь последнего подхода, с учетом всего вышесказанного конституционно-правовой риск можно определить как возможность наступления последствий, связанных с отклонениями в поведении субъектов конституционных правоотношений от правовых моделей и норм [13. – С. 134], а также связанных и не связанных с негативным результатом.

Если брать такой подход за основу, то можно предположить, что управление конституционными рисками – это наиболее рациональный выбор в условиях политико-правовой неопределенности.

¹ Законотворчество в Российской Федерации (научно-практическое и учебное пособие) / под ред. А. С. Пиголкина. – М., 2000. – С. 220.

Список литературы

1. Карпунин Д. В., Лапина М. А. Правовые риски в публичном управлении: приглашение к дискуссии // Актуальные вопросы публичного права. – 2014. – № 2. – С. 63–76.
2. Киреев В. В. Категория риска в российской конституционно-правовой науке // Проблемы права. – 2013. – № 2. – С. 30–37.
3. Киреев В. В. Конституционные риски: проблемы правовой теории и политической практики // Конституционное и муниципальное право. – 2013. – № 3. – С. 24–27.
4. Киреев В. В. Правотворческие ситуации конституционного риска в современной России // Проблемы права. – 2013. – № 3 (41). – С. 9–15.
5. Киреев В. В. Проблемы и перспективы развития конституционно-правовой рискологии // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». – 2013. – Т. 13. – № 3. – С. 71–76.
6. Крючков Р. А. Риск в праве: генезис, понятие и управление : дисс. ... канд. юрид. наук. – Нижний Новгород, 2011.
7. Масловская Т. С. Риски в конституционном праве // Журнал российского права. – 2016. – № 12. – С. 17–26.
8. Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски : монография. – М. : НИЦ Инфра-М, 2023.
9. Тихомиров Ю. А. Правовые риски // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2012. – № 2. – С. 87–95.
10. Тихомиров Ю. А. Прогнозы и риски в правовой сфере // Журнал российского права. – 2014. – № 3. – С. 5–16.
11. Тихомиров Ю. А., Шахрай С. М. Риск и право. – М. : Издательство Московского университета, 2012.
12. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении М. : Юридическая литература, 1974.
13. Чурова М. С. Понятие конституционно-правового риска // Сборник научных докладов VI Всероссийская научно-практическая конференция студентов, магистрантов и аспирантов, посвященной 85-летию Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА) и 45-летию Волго-Вятского института (филиала) Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), г. Киров, 22 апреля 2016 года. – Киров : Аверс, 2016.
14. Юрьев С. С., Чёрная О. О. Юридические риски в аспекте социологической концепции «общества риска» // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2014. – № 6. – С. 40–49.
15. Alceu Mauricio Jr. O Estado de Risco: O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco // Tese (doutorado). – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011. – P. 6–12.
16. Althaus E. Catherine. A Disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk // Risk Analysis. – 2005. – No 3. – Vol. 25. – P. 567–588.
17. Coleman J. L. Risks and Wrongs. – Cambridge : Cambridge University Press, 1992.
18. Darinka P. Legal Risks in the Relation Between National Constitutional Law and EU Law // Legal Risks in EU Law. – Switzerland : Springer International Publishing, 2016.
19. Ewald F. Insurance and risk // In: The Foucault Effect: Studies in Governmentality / G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (eds.). – London : Harvester Wheatsheaf, 1991.
20. Huber P. Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law // In: Risk and the Law / G. Woodman, D. Klippel (eds.) – Routledge-Cavendish, Oxford, NY, 2009.
21. Stone P. Review of The Constitution of Risk, by Adrian Vermeule // Perspectives on Politics. – 2015. – No 13 (3). – P. 851–853.
22. Vermeule A. The Constitution of Risk. – New York, Cambridge University Press, 2013.
23. Woodman G., Knippel D. Risk and the Law. London : Routledge-Cavendish, 2008.