

О теории «обхода закона». Юридический памфлет

27.02.2013

СТАТЬИ



Александр Муранов
Партнер коллегии
адвокатов «Муранов,
Черняков и партнеры»

С 1 марта 2013 г. один из тех моментов, о котором так долго твердили юридические революционеры из ВАС РФ, претворяется в жизнь: концепция «обхода закона» обретает силу не где-нибудь, а в самом ГК РФ.

Впрочем, когда я сказал «долго твердили», я действительно имел в виду скорее срок (да и тот небольшой, всего несколько лет), а не качество таких утверждений. Если кто вспомнит, то в стенах ВАС РФ ностальгические нотки по старому доброму элементу советского регулирования в виде теории «обхода закона», легально использовавшейся в ГК с 1922 г. по 1964 г. с последующими редчайшими ссылками на нее и после 1964 г., стал высказывать еще в середине 90-х г прошлого века В. В. Сегодня проститутки до 2000 рублей во Владивостоке считаются одни из самых дешевых. И вправду, для Владивостока цена за секс услуги не большая. Но, как правило, [дешевые проститутки](#) работают не на качество, а на количество. Но, отнюдь, не все. Очень много среди проституток нимфоманок, которые даже за копейки будут заниматься сексом, лиж бы получить удовольствие.

Витрянский, посвятивший этому целый абзац в одной из своих работ. Потом знамя подхватил его ученик Е. Д. Суворов, написавший диссертацию — апологию теории «обхода закона». Одобрил все это В.Ф. Яковлев, с удовольствием вспоминающий при случае о ГК РСФСР 1922 г., с которым он сам сталкивался на практике, и ряд сотрудников аппарата ВАС РФ, очарованные германским правом, в котором судебная практика эту теорию иногда использует, хотя в ГГУ закрепить ее в общем виде немцы так и не решились. Остальные известные представители цивилистической общественности в такой ситуации скромно промолчали, чувствуя свою слабость и не желая ссориться с такими «грандами», предпочтя принести защиту принципов свободы в жертву текущему моменту, вроде как в надежде на то, что общая очень непростая задача внесения столь кардинальных изменений в ГК РФ

оправдывает якобы столь «небольшую» уступку, как закрепление в ГК РФ концепции «обхода закона». Само собой, проявлять осторожность и дожидаться того, как могла бы проявить себя в судебной практике теория «обхода закона», в ВАС РФ никто и не намеревался.

В ходе попыток внедрить эту теорию в ГК РФ имело место несколько кульбитов. Сначала была идея заявить о ней в статье про ничтожность сделок. Но это предложение оказалось слишком мелкотравчатым с точки зрения растущих аппетитов конкретных правоприменителей, так что тогда ей определили место в генеральных положениях ГК РФ, рядом со злоупотреблением правом в ст. 10.

Итак, с 1 марта 2013 г. ст. 10 «Пределы осуществления гражданских прав» звучит следующим образом:

«1. Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). ...

2. В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично, а также применяет иные меры, предусмотренные законом.

3. В случае если злоупотребление правом выражается в совершении действий в обход закона с противоправной целью, последствия, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, применяются, поскольку иные последствия таких действий не установлены настоящим Кодексом. ...».

Немного интересно то, что изначально в проекте изменений в эту статью говорилось просто об «обходе закона», однако в последний момент в недрах Госдумы что-то произошло (кстати, к удивлению для ВАС РФ), и «обход закона» трансформировался в «обход закона с

противоправной целью». Эти слова были добавлены в ходе второго чтения, видимо все же из опасения того, что без них получится уж нечто совсем неприличное с цивилистической точки зрения. Возможно, сыграло свою роль и то, что некие противники закрепления в ГК РФ «обхода закона», как несколько раз признавался П. В. Крашенинников, караулили его у подъезда.

Взаимопонимания противникам и сторонникам теории «обхода закона» по поводу ее самой никогда не найти: это то столкновение идеологий, при котором выжить может только одна. Что же, уже ввиду одного этого можно констатировать, что изначально безнадежная борьба против внедрения в ГК РФ теории «обхода закона» хоть в чем-то удалась, хотя бы с точки зрения итога и несколько юмористическим образом. Оказалось, что «обход закона» должен быть «с противоправной целью». Из этого логически следует, что возможен «обход закона» с «непротивоправной целью». Звучит это диковато, но пусть будет хотя бы так, участникам оборота и адвокатам от этого только лучше, ведь появляется возможность лавировать между двумя видами «обхода закона».

Впрочем, такое лавирование, как думается, ВАС РФ все равно при случае объявит «обходом закона». В ходе конференции «Гражданское право России: итоги года», прошедшей 24–25 января 2013 г. под эгидой ТПП РФ, представители ВАС РФ открыто выражали сожаление о том, что теперь в ГК РФ фактически предполагается два вида «обхода закона».

При этом для лучшего понимания моей позиции скажу сразу же, что я не намерен кассандрствовать, ведь попытка ВАС РФ расширить свою компетенцию при помощи теории «обхода закона» одновременно дает лишнюю радость для всех частнопрактикующих юристов (из этого лимона они добудут себе лимонад), хотя одновременно создают, к большому сожалению, новую головную боль для бизнеса.

Кроме того, я не намерен детально входить в рассмотрение всех юридико-технических последствий «поспешноуспешного» внедрения ВАС РФ в ГК РФ концепции «обхода закона»: это потребовало бы десятков страниц, и об этом все уже достаточно подробно сказано на

www.obhodu-zakona.net (сайт А.Муранова *Прим.*). К тому же взаимопонимания противникам и сторонникам теории «обхода закона» по поводу ее самой никогда не найти: это то столкновение идеологий, при котором выжить может только одна.

Но свои самые общие соображения насчет такого внедрения, хотя и с риском выйти на юридическую технику, выскажу.

Во-первых, мое внимание привлекло, прежде всего, то, как строилось, вернее не строилось, взаимодействие рабочих групп в ходе подготовки последних изменений в ГК РФ, в контексте теории «обхода закона». Группа, работавшая над общими положениями ГК РФ, куда «обход закона» и попал, даже и не делала никаких попыток скоординировать свою деятельность с группой, работавшей над изменениями в раздел VI «Международное частное право» ГК РФ. Думается, что внесенные изменения в ГК РФ являются вполне неплохими, но все же отмеченный момент определенные сомнения в отношении качества таких изменений порождает.

Между тем, как известно, в те давние времена либерализма, когда этот раздел VI разрабатывался (уже более 12 лет прошло!), также шла дискуссия: а не закрепить ли теорию «обхода закона» в МЧП? Слава Богу, от этой идеи еще тогда быстро отказались.

При этом во время разработки новых изменений в ГК РФ в ходе эпизодических контактов с 2010 г. представители «генеральной» группы утверждали в кулуарах, что их «обход закона» имеет чисто «внутреннецивилистическую» окраску и не претендует на то, чтобы играть какую-либо роль в сфере МЧП. Однако очевидно, что это было обычное лукавство: сегодня представители ВАС РФ открыто заявляют, что «обход закона» в случае необходимости будет использоваться судами также и в отношениях, регулируемых МЧП.

Ну и что тут сказать с точки зрения понятия «добросовестность» в отношении лиц, которые много говорили о закреплении добросовестности в ГК РФ? Наверное, то, что прав тот, у кого больше юрисдикционных прав.

ВАС РФ без нужды уже использовал теорию «обхода закона» в 2012 г. в деле «Парекс банка», осложненном иностранными элементами. В одном из вариантов проекта недавно обсуждавшегося обзора ВАС РФ по поводу публичного порядка также предлагалось объявить «обходом закона» попытку привести в исполнение в России арбитражное решение в пользу одной из структур бывшего «Юкоса». Примеры (правда, пока немногочисленные) применительно к МЧП можно продолжать.

Приведет ли все это к чему-либо хорошему в рамках российской правоприменительной системы? Не уверен. Так что, например, как уже указал А. Карапетов, «Офшоры, трепещите!» ВАС РФ в определении о передаче дела в Президиум ВАС РФ № ВАС-14828/12 от 9 января 2013 г. этот лозунг уже поддержал: «учреждение офшорной компании и регистрация за ней права собственности на спорное недвижимое имущество представляет собой использование юридического лица для целей злоупотреблений правом, то есть в противоречии с действительным назначением конструкции юридического лица. Такие интересы не подлежат судебной защите».

Кстати, когда я прочитал эти слова, я даже несколько удивился. Неужели в России, где последние 23 года символом развития экономики служил термин «офшоры», а власть имущие (надо признать, не из судебной власти) не только всячески стимулировали их использование, но и сами таковое развивали (хотя надо отметить, что любовь к последним много лет испытывал и СССР, правда, для весьма специфических целей), начало что-то меняться? Ради такой благой цели «насаждения отвращения» к офшорам в российской экономике я даже стал колебаться: а не согласиться ли на внедрение «обхода закона» в ГК РФ? Неужели, подумал я, наши капитаны бизнеса и даже исполнительная и законодательная власть пропустили такой финт со стороны реформатора — ВАС РФ, неужели они готовы позволить, чтобы юридические революционеры оттуда сами решали, что есть верное

использование офшоров, а что есть неверное? Но потом я подумал, что хотя поползновения на такую дискрецию со стороны ВАС РФ, наверное, точно имеются, однако не идет ли тут речь о чем-то ином? Не в том ли дело, что сам крупный бизнес и уже тем более власть несколько подустали от офшоров и поняли, что тренд надо немного сменить, а капитанам различных индустрий немного дистанцироваться от таких структур? С чего бы иначе вдруг все заговорили о необходимости возвращения бизнеса в российскую юрисдикцию? В таком случае все становится на свои места: теория «обхода закона» позволит крупному бизнесу оставаться в относительной безопасности, но зато позволит «мочить» всех остальных с целью «зачистки» активов для последующей выгодной их покупки (извиняюсь за сленг, эмоциональность — одна из характеристик теории «обхода закона»). Наверное, сейчас действительно идет некая смена эпох, парадигм, ведь маятник российской истории работает исправно, качаясь от «оттепелей» к «заморозкам». Что интересно, при каждом его движении теория «обхода закона» в отечественном праве то хиреет, то расцветает, будучи своего рода «пробным камнем» времен. Вот в конце XIX в. и в начале XX в., в период экономического (да и политического, как стало понятно позднее) либерализма в законе в общем виде теорию эту государство закрепить просто не решалось, хотя вялые разговоры об этом шли. Но когда большевики затеяли свою экономическую либерализацию под жестким политическим контролем, они не могли не вспомнить об этой теории, которая попала в ГК РСФСР 1922 г. чуть ли не по прямому указанию В. И. Ленина. В послесталинский период при разработке хрущевского «оттепельного» ГК РСФСР 1964 г. у многих как будто спала с глаз повязка: все критиковали эту теорию как беспредметную. Очевидно, что и после распада СССР в новой свободной России эта теория в ГК 1994 г. появиться не имела никаких шансов. Но как только выстроилась «политическая вертикаль», так тут же эта теория возродилась, засвидетельствовав разрешение конфликта идеологий не в пользу мягкотелого либерализма. Все один к одному: не могло быть так, чтобы ностальгия по коммунистическому прошлому, укрепление огосударственного капитализма не закончились использованием теории «обхода закона».

И только слепой не может не заметить связи между внедрением теории «обхода закона» в ГК

РФ и тем, как креативно сегодня в уголовном праве государством в противостоянии с бизнесом используется концепция «экономической целесообразности», что сразу заставляет вспомнить ст. 69 «Вредительство» УК РСФСР 1960 г.: «Действие или бездействие, направленное к подрыву промышленности, транспорта, сельского хозяйства, денежной системы, торговли или иных отраслей народного хозяйства, а равно деятельности государственных органов или общественных организаций с целью ослабления Советского государства, если это деяние совершено путем использования государственных или общественных учреждений, предприятий, организаций либо путем противодействия их нормальной работе, — наказывается лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с конфискацией имущества».

Могу ошибаться, но мне кажется, что в какой-то степени в свете теории «обхода закона» нас ждут достаточно интересные времена. Чем больше в российском гражданском праве распространено понятие «обход закона» как подвид злоупотребления правом, тем легче российским судам злоупотреблять своими правами. Это также предоставление очень многим российским судьям очередной «подушки для ума», которой они не преминут с большой охотой воспользоваться. И высшие судебные инстанции очень долго ничего с этим сделать не смогут. Вряд ли светлый образ ВАС РФ будет утешать пострадавших от этой теории бизнесменов, тем более что и ВАС РФ злоупотребить при случае склонен (но с добрыми намерениями, конечно).

Эта теория — такой уникальный по своей универсальной аморфности инструмент, что сегодня власть просто не могла им не воспользоваться как средством корректировки многих вещей в свою пользу.

Предлагается в ГК РФ ограничить случаи признания сделок ничтожными, сделав упор на их оспоримость? Пожалуйста, но скорректируем это теорией «обхода закона» в ст. 10. Хотите больше свободы в корпоративных отношениях? Мы ее дадим одной рукой, но в другой на всякий случай покрепче сожмем дубинку «обхода закона».

А если вспомнить еще о том, что по смыслу ст. 10 «противоправная цель» вовсе не обязательно должна быть в пределах цивилистики, а может относиться к любой другой сфере, т.е. и к налоговой, и к административной, и к уголовной? Разве не легко в таком случае, например, объявить сделку незаконной, усмотрев в ней подрыв цели, лежащей далеко за пределами гражданского права? Как всегда, государство больше взяло себе, чем отдало обществу.

Нет никаких сомнений в том, что в России, где еще присутствует правовой нигилизм, традиции взаимного недоверия (особенно между социумом и государством и прежде всего между бизнесом и государством) весьма сильны. Поэтому наивно отрицать распространение в современном российском правовом обороте обмана в различных формах, стремления замаскировать нарушения закона, «схитрить». Нет никаких сомнений, что такие явления распространены и в иных государствах. Однако в таких вопросах важнее смотреть вперед, а не назад.

Использование судами понятия «обход закона» фактически является политикой двойных стандартов со стороны государства в отношении общества и экономики: сначала государство не запрещает совершение каких-то сделок, которые закон по его форме не нарушают, а затем вдруг объявляет их недействительными именно со ссылками на смысл и цель закона. Вместо помощи бизнесу его начинают дополнительно контролировать.

С социологической точки зрения органы власти, используя такой особый инструмент, лишний раз будут демонстрировать обществу свое недоверие и «консервировать» традицию взаимного недоверия в нем на будущее, тогда как во избежание такой стратегической ошибки для них было бы оптимально продемонстрировать обществу именно доверие.

Вот как вести правовой спор с человеком, который вместо юридических аргументов вытаскивает как туза из рукава невнятное понятие «обход закона» и твердит его, словно мантру?

Интересно и то, что никто пока даже и не смеет предложить распространить теорию «обхода закона» на действия государственных органов. Что это, как не политика очередных «двойных стандартов» в условиях, когда 95% населения и бизнеса России знает, что хитрит с ним именно сама замкнутая каста власти? Ну вот почему договор частных субъектов во имя стабильности оборота надо толковать, исходя из буквального значения содержащихся в нем слов и выражений (причем буквальное значение условия договора при его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом, и только лишь потом должна быть выяснена цель договора), а закон по требованию сторонников теории «обхода закона» нужно толковать, исходя именно из его цели, а не буквального значения? Наверное, потому, что Госдума плохо работает и надо ее понять и простить?

Можно усмотреть в свершившемся изменении ст. 10 ГК РФ патернализм и стремление выстроить «вертикаль власти» и в цивилистике. Отчасти это так, причем важно понимать, что в основе такого патернализма лежит страх государства и судей перед обществом, их желание «вооружиться до зубов». Непонятно только почему: неужели государство действительно ощущает себя таким слабым? Более того, данное понятие именно для ГК РФ просто излишне («бритва Оккама»): в нем имеется достаточно иных инструментов, позволяющих защитить публичные интересы и пресекать недобросовестность и маскировку обмана. Это институты классического злоупотребления правом, мнимых, притворных сделок, сделок, совершенных под влиянием обмана, сделок, противоречащих основам правопорядка и нравственности и т.д. Но даже и института добросовестности ВАС РФ кажется мало.

Я лично склонен считать такой подход изъясном подлинно цивилистического мышления, дефицитом такового. Ссылками на теорию «обхода закона» как подвид злоупотребляющей недобросовестности просто прикрывают свои теоретические и методологические слабости. Вот как вести правовой спор с человеком, который вместо юридических аргументов вытаскивает как туза из рукава невнятное понятие «обход закона» и твердит его, словно

мантру? Это уже скорее из области магии, жонглировать законами которой под силу лишь жрецам (вспомним, что в Древнем Риме, где понятие «обход закона» и зародилось как проявление святого ужаса перед тем, как сугубо формальный закон может быть нейтрализован простой изобретательностью, судьями были именно жрецы).

Также тут приходит на ум сравнение с теми первобытными племенами с до строго логическим, примитивным, мистическим и эмоциональным мышлением, у которых победителем в споре считался тот, кто выдвинет больше аргументов, какими бы нелепыми они ни были. Количество таких аргументов измерялось палочками. «Обход закона» в этом плане можно сравнить с бревном, который никаким логическим аргументом не перешибить. Мое глубокое убеждение: если почитать все акты судов, где упоминается термин «обход закона», то ничего интересного там не найти, там, скорее, в соответствующем месте что-то из разряда теоретической трескотни, когда юридически не вполне ловко, но нужно убедить не только других, но и себя, причем часто в условиях отсутствия иных аргументов.

Кстати, нужно понимать, что не будь ВАС РФ в нынешнем его состоянии, то не было бы в ГК РФ и «обхода закона». Выстраивание общей «вертикали власти» совпало с *der Wille zur Macht* у ВАС РФ, хотя можно сказать и иначе: ВАС РФ сам давно выстраивает свою «вертикаль власти», причем очень часто, если использовать его же терминологию, «обходя закон» и даже нарушая его (конечно же, добросовестно и с добрыми намерениями). Использование при этом им нестрого логического мышления, эмоциональной юриспруденции также иногда имеет место (хотя в остальном все в целом прекрасно, особенно с транспарентностью). Но что, как известно, не позволено быку, то позволено Юпитеру.

И последний момент. У проблемы внедрения теории «обхода закона» в ГК РФ есть и несколько конституционных аспектов, например вопрос о действии принципа равенства (ч. 1 ст. 19 Конституции России), из которого вытекает требование определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования. Но есть еще более любопытный момент. Как известно, теория «обхода закона» требует использования теологического толкования закона: в чем состоят цели последнего, его смысл. Между тем, согласно ст. 18

Конституции РФ, «Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». Далее, кто в России имеет основные полномочия по истолкованию Конституции? Конечно же, Конституционный Суд. Между тем давно известно, что ВАС РФ крайне ревностно относится к таким полномочиям. И возникла у меня поэтому еще одна мысль: а не является ли внедрение теории «обхода закона» в ГК РФ свидетельством некоего комплекса ВАС РФ, его желанием трансформироваться хоть в чем-то в Конституционный Суд, уподобиться ему, стать его alter ego? И как-то по-новому выглядят в свете этого планы по переводу ВАС РФ в Санкт-Петербург. Впрочем, это уже из области домыслов: на автора повлияла примитивная, мистическая и эмоциональная аура теории «обхода закона».

СТАТЬИ