

# О ПОНЯТИИ «ОБХОД ЗАКОНА» В ПРОЕКТЕ ИЗМЕНЕНИЙ В ГК РФ

*Общественные отношения, регулируемые правом, бесконечны.  
Закон часто отождествляют с чертой,  
разграничивающей надлежащее и ненадлежащее в таких отношениях.  
Эта черта, исходя из бесконечности указанных отношений, также бесконечна.  
Именно поэтому Вы просто не можете ее обойти (т.е. обойти закон):  
вы можете быть только по одну ее сторону или другую.*

*Чем больше в российском гражданском праве  
распространено понятие «обход закона» как подвид злоупотребления правом,  
тем легче российским судам злоупотреблять своими правами*  
А. Муранов

## 1. «Обход закона»: предложение абсолютно нового понятия для современного гражданского законодательства

В проекте изменений в ГК РФ, представленном общественности в ноябре 2010 г., имеется новая версия ст. 10 «Пределы осуществления гражданских прав» (приводится в сравнении с действующей редакцией ст. 10 ГК РФ):

~~«1. Не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона, а также злоупотребление правом в иных формах иного заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).~~

Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

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

~~3. В случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются.~~

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

4. Если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков (статья 15, 1064).

5. Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются».

Следует обратить внимание на то, что речь идет не просто о сделках «в обход закона», как это было в ГК РСФСР 1922 г. или предлагалось в одной из редакций проекта изменений в ГК РФ, а вообще о любых действиях «в обход закона».

Очевидно, что коль скоро такие действия «не допускаются», то основанные или полученные на их основе права могут быть судом не признаны и не защищены. Кроме того, на основании новых правил ст. 168 «Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам» ГК РФ<sup>1</sup> соответствующее действие, являющееся сделкой, можно будет считать ничтожным, констатируя, что оно нарушает публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц.

---

<sup>1</sup> «Сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, ничтожна, если законом или иным правовым актом, требования которого нарушены, установлено, что она является недействительной.

Сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима».

Кстати, содержание п. 3 ст. 10 ГК тем более непонятно, если учесть то, что далее в ГК РФ об иных последствиях действий «в обход закона» вообще не говорится. Зачем же тогда нужно было писать об иных последствиях?

Чем же вызваны такое стремление внедрить в ГК РФ понятие «обход закона» и как следует относиться к такой попытке?

## **2. «Обход закона»: некоторые российские традиции и юридические трюизмы в связи с балансом частных и публичных интересов**

Нет никаких сомнений в том, что в России как обществе достаточно патриархальном и непрозрачном, в котором к тому же еще и присутствует правовой нигилизм, традиции стремления к обману, к взаимному недоверию (особенно между социумом и государством и прежде всего между бизнесом и государством) весьма сильны.

Государство нередко обманывало общество и бизнес, а последние платили ему тем же. Между ними давно уже возникло взаимное недоверие и постоянное стремление «схитрить». Но если открытие формы обмана с их стороны составляли нарушение «общественного договора», который, что ни говори, имел и имеет место и в нашей истории, то более замысловатые и завуалированные формы нарушений ими прав друг друга уже нельзя было откровенно считать прямым нарушением такого «общественного договора»<sup>2</sup>.

Взаимное недоверие между социумом и государством и прежде всего между бизнесом и государством формировалось в России на протяжении очень долгого периода времени. При этом аналогичный процесс происходил и между частями общества, которое государство наблюдало со вполне понятным недовольством (хотя бы потому, что право «схитрить» оно признавало прежде всего за собой).

Поэтому наивно отрицать распространение в современном российском обороте обмана в различных формах, стремления замаскировать нарушения закона, «схитрить». Нет никаких сомнений, что такие явления широко распространены и в иных государствах, а в России степень их концентрации в правовых отношениях всего лишь больше, чем в некоторых иных странах.

И для борьбы с этими негативными явлениями право еще со времен Древнего Рима обладает весьма широким арсеналом: это и формализованные инструменты (неблагоприятные последствия обмана для совершившего его лица, институты притворных и мнимых сделок, различные приемы толкования правовых норм, придание закону обратной силы), и «каучуковые понятия» (публичный порядок, недопущение злоупотребления правом, понятия «добросовестность» и «недобросовестность»).

И как всегда, вопрос только в том, насколько расширительно или узко такие инструменты и особенно «каучуковые понятия» применяются государством для определения степени свободы действий частных субъектов в отношении друг друга, а также по отношению к самому государству. Как всегда, это вопрос границы между свободой индивида и государства, вопрос баланса частных и публичных интересов.

При этом не может не возникать вопрос о возможном нарушении такого баланса в ситуации, когда в законодательстве неожиданно появляется новое «каучуковое» понятие.

А именно это и произошло в проекте ст. 10 ГК РФ, так что появление в ней понятия «обход закона» не может не ставить на повестку дня вопрос о возможном нарушении благодаря ему частных и публичных интересов.

---

<sup>2</sup> А.И. Герцен писал: *«Правовая необеспеченность, искони тяготевшая над народом, была для него своего рода школой. Вопиющая несправедливость одной половины его законов научила его ненавидеть и другую; он подчиняется им как силе. Полное неравенство перед судом убило в нем всякое уважение к законности. Русский, какого бы он звания ни был, обходит или нарушает закон, всюду, где это можно сделать безнаказанно...»* (Герцен А.И. Собрание сочинений. — М., 1950. Т. 7. С. 251).

И этот вопрос тем более является насущным, если вспомнить о том, что в России проблематика такого баланса еще очень нова и что во многом он отсутствует если и не в законе, то в судебной практике и в правоприменении вообще.

### 3. «Обход закона»: идеологические ориентиры, оговорки и извинения со стороны автора

Само собой разумеется, что и у частных, и публичных интересов своя собственная идеология, крайние формы которой друг другу противостоят и точек соприкосновения, как правило, не имеют.

Я и не собираюсь скрывать, что я против того, чтобы придавать бóльший вес публичным интересам, как это пытаются сделать сторонники понятия «обход закона». Я за баланс таких интересов с частными интересами, тогда как его «обходом закона» пытаются нарушить, оправдываясь тем, что у государства опять не хватает средств и сил.

Именно поэтому все сказанное ниже будет воспринято ревнителями публичных интересов неодобрительно, подобно тому, как я не склонен воодушевляться понятием «обход закона». Но следует признать, что все это реакция на уровне эмоций, тогда как в праве следует руководствоваться логикой и на этой основе приверженцам полярных идеологий лучше бы искать взаимопонимание.

Но для этого имеет смысл четко обозначить свои позиции, что я попытаюсь сделать далее (само собой разумеется, что в отношении каждого приводимого ниже довода сторонники понятия «обход закона» приведут свой аргумент).

Именно поэтому сказанное ниже и использованный автором стиль изложения может быть сочтен чрезмерно радикальным и двусмысленным.

Извинение может быть только одно, помимо уже сказанного выше — само чрезмерно невнятное понятие «обход закона» является для в целом строгого терминологического аппарата цивилистики (право должно стремиться к пониманию его терминов в своего рода математическом значении) настолько двусмысленным, что невольно может повлиять на его анализ, придав ему такие же характеристики.

### 4. «Обход закона»: некоторые любопытные определения

Начнем с новейшего определения понятия «обход закона» в российской литературе: «под обходом закона понимается осуществление поведения, нарушающего интерес, обеспечиваемый обходимым законом, намеренно без вызывания действия этого закона»<sup>3</sup>. Ничего, кроме улыбки, оно вызвать не может (возможно, только у меня).

Теперь обратимся к римским текстам. Павел писал: «*Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*» (D. 1.3.29) («Поступает против закона тот, кто совершает запрещенное законом; поступает в обход закона тот, кто сохраняя слова закона, обходит его смысл»)<sup>4</sup>. Согласно Ульпиану «*Fraus legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat verbum a sententia, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*» (D. 1.3.309) («Обход закона присутствует, когда делается то, чего закон не желает, но и не запрещает; и как сказанное слово отличается от мысли, так обход закона отличается от того, что противозаконно»)<sup>5</sup>. Очевидно, что это определения отнюдь не юридические, а скорее публицистические.

<sup>3</sup> Суворов Е.Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. — М.: Издат. дом В. Ема, 2008. С. 159.

<sup>4</sup> Латинский текст приведен по: *Vetsch J. Die Umgehung des Gesetzes.* — S. 209). Перевод приведен по: Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. — М.: Наука, 1984. С. 33.

<sup>5</sup> Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения. — М.: Юрид. литература, 1989. С. 396.

При этом можно смело утверждать, что, в отличие от многих других юридических терминов, данное понятие обладает весьма смутным содержанием. «Понятие обхода закона не относится ни к блестящим монетам с четкой чеканкой, которые имеют хождение в судоговорении или науке права, ни к ясным юридическим конструкциям, кристаллизующимся, как только это потребуется, со всеми их сверкающими сторонами и все время остающимися неизменными ребрами и углами. Даже для посвященных видны лишь некоторые грани и лишь слабая тенденция к четкости проявляется в окружающей ее зыбкости»<sup>6</sup>. В связи со всем этим вполне будем закономерным вопрос: так что же представляет собой данное понятие, с юридической точки зрения весьма загадочное?

В отношении понятия «обход закона» существуют различные взгляды, а для объяснения его природы выдвигались разные теории. Так, апологеты этого понятия утверждают, что оно обладает самостоятельной правовой спецификой и является весьма важным для правового регулирования, помогая нейтрализовать действия, которые с формальной точки зрения упрекнуть в незаконности нельзя, но которые тем не менее по своей сути являются противоправными: «Обходом закона является образ действий, нарушающий предписание закона не прямо, но подрывающий цель, на достижение которой это предписание направлено»<sup>7</sup>; «сделки, являющиеся сами по себе не противозаконными, но заведомо направленными к достижению результатов, не допускаемых законом»<sup>8</sup>.

Отметим и характеристики понятия «обход закона».

Первая из них — необыкновенная его неопределенность и способность быть употребляемым в совершенно разных ситуациях. Чтобы в этом убедиться, достаточно набрать в поисковых системах «Яндекс» или Google слова «обход закона».

Поражает та многозначительность и оттенки, в которых и с которыми это понятие используется. Оно использовалось для обозначения и обмана, и притворных, и мнимых, и фидуциарных сделок, для злоупотребления правом.

Это понятие используется для характеристики изобретения института доверительной собственности в праве Англии<sup>9</sup>. О.С. Иоффе при его помощи описывает случай привлечения к постоянной работе под видом договора поручения работника, должность которого штатным расписанием не предусмотрена<sup>10</sup>. Л.П. Короткова характеризует им фиктивные браки<sup>11</sup>.

Часто им обозначается прямое нарушение закона. Именно в таком значении он использован в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 января 1996 г. по делу № 7770/95 (хотя в этом деле вполне можно было бы обойтись и без его употребления)<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Vetsch J. Die Umgehung des Gesetzes. — Zurich, 1917. S. 2.

<sup>7</sup> «Umgehung des Gesetzes ist ein Vorgehen, das nicht direkt gegen eine gesetzliche Bestimmung verstoesst, aber doch den Zweck einer solchen vereiteln» (Vetsch J. Die Umgehung des Gesetzes. — Zurich, 1917. S. 12).

<sup>8</sup> Энциклопедия государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. — М.: Изд-во Коммунистической Академии, 1925—1926. Т. 1. Ст. 1339.

<sup>9</sup> Вольф М. Международное частное право. — М.: Иностранная литература, 1948. С. 159—161.

<sup>10</sup> «Если же под видом договора поручения фактически привлекается постоянный работник, например, юриконсульт, должность которого не предусмотрена штатным расписанием данной организации, современная сделка признается недействительной, как направленная в обход закона» (Иоффе О.С. Обязательственное право. — М.: Юрид. литература, 1975. С. 511—512).

<sup>11</sup> «Практика обмана и обхода закона в многообразных формах с помощью заключения фиктивного брака...» (Короткова Л.П. Что таит фиктивный брак? — Государство и право. 1993. № 8. С. 138).

<sup>12</sup> «...Как следует из материалов дела, чековый инвестиционный фонд «Народный» заключил с Россельхозбанком (ныне Агропромбанк) в лице его Нытвенского отделения депозитный договор от 31.05.94 № 14-ДП. Во исполнение договора фонд перечислил банку 30 млн. рублей на 6 месяцев под 250 процентов годовых с учетом капитализации денежных средств.

В обусловленный договором срок денежные средства не были возвращены, и фонд переуступил право требования акционерному коммерческому банку «БиС-кредит» по договору от 05.01.95, о чем был поставлен в известность Агропромбанк.

Но в то же самое время понятие «обход», как это ни странно, может использоваться для обозначения правомерных действий<sup>13</sup>. Более того, оно может противопоставляться понятию «нарушение закона»<sup>14</sup>!

Есть еще более интересные случаи его употребления. Так, служить «обходу закона» может толкование нормативных актов: *«Не превратится ли «ученое» искусство толковать волю закона и создавать таковую ради практических надобностей и интересов в практическое искусство... попирает и обходит законы и право сообразно тем разнообразным «видам», «целям» и «интересам», в которых они в конкретных случаях действительно заинтересованы?»*<sup>15</sup>.

Дело доходит до того, что даже действия судов могут быть объявлены «обходом закона»: Ю.И. Свядосц указывает, что *«Учитывая потребности оборота, судебная практика ФРГ в обход закона разработала также институт обеспечительного присвоения...»*<sup>16</sup> (аналогичные примеры из мусульманского права: *«Неизменность догмы религиозного права и застывшая в своем развитии доктрина привели к тому, что в*

---

*Однако договор переуступки права требования не может быть признан действительным, а АКБ «Бис-кредит» — надлежащим истцом по делу по следующим основаниям.*

*Согласно пункту 25 Положения о специализированных инвестиционных фондах приватизации, аккумулирующих приватизационные чеки граждан, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 07.10.92 № 1186, чековый инвестиционный фонд не имеет права заключать сделки, не связанные с инвестиционной деятельностью. ...*

*Помимо этого, Примерный устав содержит указания о том, что фонд обязан иметь только одного депозитария, у которого хранятся все денежные активы и ценные бумаги фонда, и все денежные расчеты и операции с ценными бумагами могут осуществляться только через депозитария (пункты 41, 43).*

*Чековый инвестиционный фонд «Народный» не заключал с Агропромбанком депозитарный договор, составленный в соответствии с основными положениями депозитарного договора, и не хранил все денежные средства и ценные бумаги у ответчика. Следовательно, размещение в Агропромбанке 30 млн. рублей по депозитному договору от 31.05.94 № 14-ДП совершено в обход закона и не является инвестиционной деятельностью, в связи с чем данная сделка является ничтожной в силу статьи 168 Гражданского кодекса Российской Федерации» (выделение мое. — М.А.) (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 3). См. также формулировку по поводу доверенностей пункта 10 Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами (начальниками) воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, и других военно-лечебных заведений (утверждена МЮ СССР по согласованию с МО СССР 15 марта 1974 г.): «...если они **противоречат** закону, то есть если они совершаются **в обход действующего законодательства...**» (выделение мое. — М.А.) (не опубликована. Содержится в электронной справочной правовой системе «Гарант» (версия 4.05.3)).*

<sup>13</sup> Так, в одном из комментариев к статье 29 Закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» говорится о том, что непонятно, в какой мере на муниципальную собственность распространяется федеральное законодательство, и утверждается: *«...у местных органов существует весьма простая легальная возможность **обойти** предъявляемые федеральным законодательством социальные гарантии прав трудящихся, требования к капиталовложениям, финансам, предпринимательской деятельности на том лишь основании, что органы местного самоуправления сами управляют муниципальной собственностью»* (выделение мое. — М.А.) (Комментарий к Федеральному закону «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». С приложением нормативных актов. — М.: НОРМА—ИНФРА·М, 1999. С. 171).

<sup>14</sup> П. Годме противопоставляет обход налогового законодательства его нарушению: *«Есть и другие случаи, когда налогоплательщик, наоборот, избегает налога намеренно (умышленно), используя налоговое законодательство, но не нарушая его. Это обход налога»* (Годме П. Финансовое право. — М.: Прогресс, 1978. С. 409). Также и А.Н. Козырин использует выражение *«допустимый и вполне законный обход налога»* (Козырин А.Н. Налоговое право зарубежных стран: вопросы теории и практики. — М.: Манускрипт, 1993. С. 100). Вообще говоря, взгляд на «обход закона» как на нечто, могущее являться вполне законным, не является редкостью.

<sup>15</sup> *Петражицкий Л.* Модные лозунги юриспруденции. — В кн.: Право добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. — СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1897. С. 381.

<sup>16</sup> *Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. — М.: Междунар. отношения, 1993. С. 234.*

судебной практике появилась масса случаев **обхода закона**. Например, для заключения сделки о предоставлении займа под проценты, что противоречит положению Корана о запрете ростовщичества и потому недопустимо, была разработана техника «двойной продажи». Согласно этой технике, должник «продает» кредитору какой-либо предмет, который кредитор тут же «продает» обратно своему партнеру по сделке по цене выше первоначальной на сумму заранее оговоренных процентов, причем оплата должна произойти в момент истечения срока кредита. С помощью таких правовых уловок (*hiyal* — хияль) можно было добиться, чтобы доктрина соответствовала нормам шариата, а суды учитывали требования практики<sup>17</sup>). В чем же тогда состоит суть понятия «обход закона», если даже и суд может «обойти» закон?

Но даже и это не предел: оказывается, законодатель сам может своими действиями «обходить закон»<sup>18</sup>.

В свете сказанного понятие «обход закона», с одной стороны, действительно выглядит более чем неопределенным.

Вторая характеристика понятия «обход закона» — наличие у него «амбивалентности»: как правового, так и околоправового статуса. Можно утверждать, что данное понятие во многом утратило правовой смысл и на сегодняшний день более чем наполовину перешло в околоправовые сферы, в которых собственно право смешано с политической конъюнктурой и обыденными представлениями о праве. Свидетельств тому — множество. Недаром один из немецких авторов еще в начале настоящего века утверждал, что «*обход закона вообще является неясным понятием, выражением дилетантов*»<sup>19</sup>. Опять-таки достаточно набрать в поисковых системах «Яндекс» или Google слова «обход закона» для того, чтобы в этом убедиться.

В серьезной правовой литературе термин «обход закона» представляет достаточно большую редкость, и его употребление в ней может быть объяснено не более чем

---

<sup>17</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М.: Междунар. отношения, 1998. Т. 1. С. 454.

<sup>18</sup> «Следует иметь в виду, что мероприятия, декларировавшиеся в законодательстве и других нормативных актах по регулированию хозяйства, иногда на практике не применялись. Возможности для такого **обхода** действующего законодательства зачастую содержались в самих нормах» (выделение мое. — М.А.) (Халфина Р.О. Договор в английском праве. — М.: Изд-во АН СССР, 1959. С. 198). Приведем и следующую цитату: «Кроме изъятий из сферы действия закона довольно широкого круга отношений, закон предоставляет право министерству торговли разрешать исключение из реестра соглашений, не имеющих, по мнению министерства, экономического значения. Таким образом, закон сам устанавливает большое количество изъятий и создает широкие возможности его **обхода**» (выделение мое. — М.А.) (Там же, с. 206). Встречаются подобные высказывания и сегодня: «По общему правилу гражданского права, закрепленному в абзаце первом п. 3 ст. 308 ГК, «обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон...». Это кажется абсолютно естественным — закон запрещает двоим договариваться между собой о том, что третий кому-то из них что-то обязан. Однако в новом ГК для страхования этот запрет **обойден** следующим образом.

Во-первых, в п. 1 ст. 939 ГК указано: «Заклучение договора страхования в пользу выгодоприобретателя... не освобождает страхователя от выполнения обязанностей по этому договору, если только договором страхования не предусмотрено иное...», то есть стороны могут предусмотреть в договоре освобождение страхователя от выполнения его обязанностей. Во-вторых, п. 2 ст. 939 ГК гласит: «Страховщик вправе требовать от выгодоприобретателя... выполнения обязанностей по договору страхования, включая обязанности, лежащие на страхователе, но не выполненные им, при предъявлении выгодоприобретателем требования о выплате...».

Таким образом, конструкция Кодекса фактически позволяет сторонам договора переложить обязанности страхователя на третье лицо — выгодоприобретателя, формально не нарушая п. 3 ст. 308 ГК» (выделение мое. — М.А.) (Фогельсон Ю. Регулирование страхования в нормах нового Гражданского кодекса. — Хозяйство и право. 1996. № 12. С. 92). В связи со всем этим опять-таки закономерным будет вопрос: в чем же состоит сущность «обхода закона», если закон сам предоставляет возможности для «обхода» самого себя?

<sup>19</sup> Kühlenbeck L. Fiduziarische Cession, insbesondere zur Umgehung des par. 110 CPO, ein Beitrag zur Lehre vom Scheingeschäfte, der sog. Umgehung des Gesetzes und Treuhaender. — Seufferts Blaetter fuer Rechtsanwendung. 1905 (70). S. 337). Привед. по: Vetsch J. Die Umgehung des Gesetzes. — Zurich, 1917. S. 5.

определенной традицией, эмоциональностью, стремлением к упрощенчеству, облегчению понимания для читателя или, в конце концов, некоторым невниманием к терминологии. Но если открыть такие, например, периодические издания, как «Коммерсант — DAILY» (а также аналогичные ему) или «Российская газета», то на их страницах в достаточно упрощенческих и рассчитанных на массового читателя статьях, посвященных праву, термин «обход закона» встречается довольно часто (при этом в первом прослеживается некоторое сочувствие к нему, а во втором положение диаметрально противоположное)<sup>20</sup>. Понятие «обход закона» можно достаточно часто встретить в общественной политико-правовой лексике как прошлого<sup>21</sup>, так и настоящего<sup>22</sup>.

Вполне очевидно то, что вторая характеристика понятия «обход закона» находится в очень тесной связи с первой. Именно его крайняя неопределенность и «размытость» обуславливает его амбивалентность, возможность быть использованным как непосредственно в праве, так и в обыденной речи на правовую тему, как профессиональными юристами, так и поверхностно знакомыми с правом журналистами<sup>23</sup>. В свою очередь использование понятия «обход закона» в околоправовой сфере способствует еще большей его неопределенности и «размытости».

И, наконец, третья характеристика понятия «обход закона» — его эмоциональная окраска. Данная черта может быть обнаружена во многих из приведенных примеров. Стоит также упомянуть, что очень характерной демонстрацией «эмоциогенности» понятия «обход закона» являются некоторые работы, специально ему посвященные<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> См., например, статью «Появилась первая методика обхода закона» («Коммерсант-DAILY», 1993, № 157 от 19 августа), высказывание заместителя министра финансов С. Шаталова, сказавшего в отношении справок о доходах при контроле над покупками: «...для тех, кому очень надо, не будет никаких проблем в том, чтобы обходить эти нормы — подобные справки получать, даже покупать» (Деньги, 1995, № 44 (54), с. 17). Что касается «Российской газеты», то в выпуске № 206 (1063) от 26 октября 1994 на 3 странице у одной из статей имеется подзаголовок «На какие только хитрости не идут коммерсанты, чтобы обойти контрольные барьеры». В другом выпуске «Российской газеты» (1995, № 28 (1139) от 7 февраля) на 1 странице в одной из статей также дается подзаголовок «Захват в обход закона» (на самом деле в статье говорится о различных махинациях и обмане).

<sup>21</sup> А.Ф. Кони принадлежат слова: «Самая грубая натура не может не признать несогласною с своим нравственным достоинством обязанность — делаться сознательным и деятельным пособником, и, так сказать, юридическим завершителем разных плутней и обманов, ловких, но разных махинаций, совершаемых *in fraudem legis et honestatis*» (Кони А.Ф. Памяти ушедших. Привед. по: Бабник А.М., Шендецов В.В. Словарь иноязычных выражений и слов, употребляющихся в русском языке без перевода. — СПб.: Квотам, 1994. Кн. 2. С. 657).

<sup>22</sup> Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации в своем «Заявлении об агрессии Республики Хорватии и ее последствиях» (Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 34, ст. 3437) и в своей «Декларации о позиции России на современном этапе кризиса на Балканах и об инициативах по боснийскому урегулированию» (Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 26, ст. 2417) говорит об «обходе эмбарго». Очевидно, что при этом она имеет в виду именно **тайное незаконное** вооружение одной из противоборствующих сторон. См. также, например, выступление Президента РФ на специальном торжественном заседании ГА ООН: «Недопустимо, чтобы региональная организация, в обход Совета Безопасности принимала решение о массированном применении силы» (Российская газета, № 207 (1318) от 24 октября 1995 г.). Очевидно, что не может не встать вопрос: что значит «принять решение в обход Совета Безопасности»? Само собой разумеется, что в выступлении имелся в виду случай принятия региональной организацией решения, которое в действительности должно было приниматься Советом Безопасности, но в отношении которого региональная организация заявила, что оно может приниматься ей самой, без необходимости привлечения Совета Безопасности (с точки зрения Российской Федерации такое заявление было ни что иное как использование видимости правомерности, нарушением компетенции Совета Безопасности под прикрытием суверенности и самодостаточности, которые на самом деле отсутствовали).

<sup>23</sup> «Амбивалентность» понятия «обход закона» проявляется еще и в том, что оно может использоваться как для обозначения неправомερных, так и правомερных действий (*supra* пункты 2.16.4 — 2.16.5). По этой причине понятие «обход закона» действительно является в праве достаточно уникальным явлением.

<sup>24</sup> В качестве примера можно привести работу швейцарца Ветша «Die Umgehung des Gesetzes», в которой с первой страницы начинается апология понятия «обход закона». Более того, автор настоящей

Связь этой последней характеристики с двумя предыдущими также вполне очевидна. «Размытость» понятия «обход закона» корреспондирует с его эмоциональностью<sup>25</sup>, равно как с последней далеко не случайно оказывается удачно сочетающимся и околоправовой статус данного понятия. В свою очередь, такая эмоциональная окраска всячески способствует закреплению за понятием «обход закона» первых двух отмеченных его характеристик.

**Таким образом, все три отмеченные характеристики понятия «обход закона» являются тесно между собой связанными, переплетающимися и взаимно друг друга закрепляющими.**

### **5. «Обход закона»: отсутствие каких-либо внятных объяснений в современной отечественной научной литературе необходимости его внедрение в ГК РФ**

Кроме того, заинтересованные лица вряд ли смогут найти в современной отечественной научной литературе какие-либо подробные и внятные объяснения того, почему вдруг возникла необходимость его внедрения в ГК РФ.

Этому вопросы не были посвящены ни научные конференции, ни дискуссии в журналах, ни полемика в серьезных специальных диссертациях, ни различные специальные монографии.

Впрочем, нельзя не сказать о том, что обоснованию этой необходимости посвящено несколько абзацев в различных работах В.В. Витрянского, где он фактически призывает обратиться к опыту ГК РСФСР 1922 г. и использовать понятие «обход закона» как обладающее самостоятельной спецификой и необходимое для современного регулирования<sup>26</sup>.

Кроме того, обоснованию этой необходимости была посвящена сначала магистерская диссертация «Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона» Е.Д. Суворова, защищенная в Российской школе частного права в 2006, затем небольшая монография «Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона» (М.: Издат. дом В. Ема, 2008. С. 188) и, наконец, его же кандидатская диссертация «Проблемы правовой квалификации сделок и иных действий, совершенных в обход закона» (Рос. акад. гос. службы при Президенте РФ, 2009).

Пример, вполне достойный современной российской науки: наработки кандидатской диссертации — и сразу в ГК РФ. Можно тогда спросить, почему за такую плодотворную идею соискателю не была сразу присуждена степень д.ю.н.?

### **6. «Обход закона» и российская цивилистика до 1917 г.**

В праве Российской Империи понятие «обход закона» использовалось весьма редко, причем в основном в доктрине и в судебной практике. Но при этом под ним всегда понималось использование той или иной формы маскировки неправомерности. В специальных работах также давалась критика иного понимания понятия «обход закона»<sup>27</sup>.

---

работы не исключает, что и он оказался с первых ее страниц, несмотря на все свои старания сохранить объективность, приверженным влиянию данной третьей особенности понятия «обход закона». Впрочем, автор настоящей работы и не скрывает, что изучение проблемы «обхода закона» убедило его в крайней пагубности этого понятия и даже простого упоминания о нем, не говоря уже о теориях «обхода закона». Поэтому настоящую работу можно рассматривать как антиапологию понятия «обход закона» и теорий «обхода закона».

<sup>25</sup> Любая эмоция характеризуется отсутствием у нее четких очертаний.

<sup>26</sup> Витрянский В.В. Недействительность сделок в арбитражно-судебной практике. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский; Исследовательский центр частного права. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1998. С. 152—153; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. — М.: Статут, 1998. С. 661—662.

<sup>27</sup> Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. — Казань: Типо-лит. Императорского ун-та, 1895. С. 73—75.



Однако подробно проблематика «обхода закона» в российской цивилистике до 1917 г. не рассматривалась. В работах известных ученых того времени (Д.И. Мейера, Г.Ф. Шершеневича, Ю.С. Гамбарова) это понятие употребляется, но редко и эпизодически, скорее в контексте отдельных ситуаций и без приведения его определений, без анализа признаков «обхода закона» и связанной с ним проблематики.

«Обход закона» рассматривался не как отдельная заслуживающая внимания проблема, а не более чем нюанс различных единичных проблем, с которыми вполне может справиться судебная практика.

Чаще всего «обход закона» отождествляется с обманом, притворностью и мнимостью<sup>28</sup>. В этой связи очень большой интерес представляет решение российского Сената № 49, вынесенное в 1881 г., в котором очень удачно передается суть «обхода закона»: *«Между супругами Зориными происходил спор о принадлежности дома. Частный поверенный Бориславский предложил Зорину такой обход закона: последний выдает первому фиктивные векселя на сумму 800 руб. Векселя были выданы, причем Бориславский обязался деньги, вырученные за продажу дома, за исключением 50 руб., вернуть Зорину. Адвокат предъявил векселя по взысканию, получил исполнительные листы, дом продал, деньги взыскал, но при расчете произошел спор. Казанская судебная палата осудила адвоката за обход закона при продаже дома... и исключила из числа частных поверенных». «Хотя этот образ действия, — говорит Сенат, — Бориславский называет только процессуальной стороной дела, но эта процессуальная, по внешней форме, законная сторона дела скрывала за собой другую, предосудительную. Всякое действие частного поверенного, совершенное им в обход закона, есть само по себе действие предосудительное... Документы, на которые Бориславский ссылается, могли бы удовлетворить лишь внешнюю сторону дела, которая в настоящем случае прикрывала собою другую сторону дела, т. е. сторону внутреннюю, а эта внутренняя сторона... направлена была на обход закона... Они (частные поверенные) обязаны руководствоваться законом, не прибегая при ведении дела ни к каким уловкам в обход и обман закона»<sup>29</sup>.*

Кстати, в законодательстве Российской Империи об иностранцах понятие «обход закона» часто употреблялся в качестве синонима слова «обман»<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> «... извороты и кляузы, которые могут придумать ловкие люди в обход закона...» (Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. — Казань: Типо-лит. Императорского ун-та, 1895. С. 174); Х. Ривлин говорил, что симулятивные сделки совершаются нередко с целью «обхода закона» (Ривлин Х. О симулятивных сделках. — Журнал юридического общества при императорском С.-Петербургском Университете. СПб., 1897. Кн. 6. С. 65); С.В. Пахман упоминал притворный акт, совершенный в обход закона или во вред третьему лицу (Пахман С.В. Гражданское право. Лекции. Выпуск I. — СПб., 1900—1901. С. 585); И.А. Покровский в качестве «искусственных приемов для обхода» указывает притворные сделки (Покровский И.А. Гражданское право в его основных проблемах. — М., 1918. С. 227); «Для признания недействительности сделки, впрочем, притворство оказывает влияние в смысле «приема» — пути взаимного, добровольного соглашения сторон ради обхода чего-либо должного, законного» (Растеряев Н. Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная. — СПб.: Тип. товарищества «Общественная Польза», 1900. С. 135).

Характерны и следующие заголовки: «О симулятивных сделках с целью обхода закона» (Судебная газета, 1883, № 4), «О совершении фиктивных в обход закона сделок» (Судебная газета, 1883, № 6).

А.Ф. Федоров говорил об обходе запрещения взимания процентов по векселям путем фиктивного увеличения валюты векселя до размеров суммы вексельного обязательства (Федоров А.Ф. История векселя. Историко-юридические исследования. — Одесса: Типография Штаба Одесского военного округа, 1895. С. 19).

<sup>29</sup> Привед. по: Джанишиев Г.А. Ведение неправых дел (этиюд по адвокатской этике). — В кн. Сборник статей / В.А. Обнинский (отв. ред.). — М.: Задруга, 1914. С. 485.

<sup>30</sup> См., например, Циркуляр министерства иностранных дел № 4105 от 15 июля 1900 г. (Мыш М.И. Об иностранцах в России. — СПб.: Типография А. Бенке, 1911. С. 41). Напомним, что и в подпункте в) статьи 1 Международной конвенции о взаимном административном содействии в предотвращении, расследовании и пресечении таможенных правонарушений, подписанной в Найроби в 1977 г., термин «обход закона» также используется только в качестве синонима слова «обман» (*supra* сноска 105).

Любопытно отметить, что ряд авторов (например, Е.Н. Трубецкой<sup>31</sup>) связывал понятие «обход закона» с проблемой толкования правовых норм, что было вполне в русле немецкой доктрины и судебной практики. Не исключено, что именно по этому пути и пошла бы российская цивилистика, если бы не события 1917 г.

Кстати, понятие «обход закона» не использовалось и в проекте Гражданского уложения Российской Империи, подготовленного в начале XX в.

### **7. «Обход закона»: отсутствие внятного прагматичного объяснения необходимости его внедрения в ГК РФ**

Единственным на сегодня внятным прагматичным объяснением необходимости внедрения в ГК РФ понятия «обход закона» является следующее указание в п. 2.2 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации: *«Целесообразно воспринять опыт судебной практики и детализировать в статье 10 ГК понятие иных форм злоупотребления правом, отнеся к их числу заведомо или очевидно недобросовестное поведение субъекта права, действия в обход закона (императивных норм) и т.п.»*.

Неужели этого достаточно? Возможно, и да, но давайте сначала взглянем на то, что по этому поводу говорит судебная практика.

### **8. Понятие «обход закона» и судебная практика: «необыкновенное богатство мнений и разносторонность»?**

Нельзя не отметить, что в упомянутых работах Е.Д. Суворова анализируются целых 70 судебных актов, упоминающих так или иначе об «обходе закона». В самом деле, за 20 лет новых экономических реалий в отечественной судебной практике удалось принять целых 70 таких судебных актов.

Контекстный поиск по одной наилучшей на сегодня базе данных «КонсультантПлюс» (почти полтора миллиона актов) показывает, что количество судебных актов, упоминающих так или иначе об «обходе закона», составляет 180 штук (из них всего 5 актов Президиума ВАС РФ). При этом в очень многих таких актах о наличии «обхода закона» заявляет сторона, а суд это никак не комментирует.

И вот на этой основе предлагается внедрить не куда-нибудь, а в ГК РФ крайне смутный и непонятный термин «обход закона»?

Но, может быть, то, чем так озабочены сторонники понятия «обхода закона», встречается крайне редко? Скорее всего это именно так, да и называется оно иначе, а именно устоявшимися цивилистическими терминами: «притворность», «мнимость», «обман», «злоупотребление правом». Но тогда зачем закреплять понятие «обход закона» в ГК РФ?

### **9. «Обход закона»: возврат к ГК РСФСР 1922 г.?**

Одним из аргументов в пользу внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ служит указание на то, что оно уже имелось в ст. 30 ГК РСФСР 1922 г.

Данный довод может только вызывать улыбку у тех, кто знаком с историей разработки такого ГК.

Изучение истории разработки данного документа позволяет с уверенностью утверждать, что внедрение в него данного понятия являлось с исторической точки зрения не более чем случайностью, правда случайностью, весьма отвечавшей интересам советской власти. Как известно, работа над ГК РСФСР 1922 г. длилась всего лишь несколько месяцев, причем в неблагоприятных условиях<sup>32</sup>, а в качестве основы для его

<sup>31</sup> Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. — М.: Типография Императорского Московского Университета, 1909.

<sup>32</sup> «Авторы Гражданского Кодекса 1922 г. работали над проектом в самых неблагоприятных условиях, в условиях необычайной для кодификационного творчества срочности. Они не имели перед собою

составления было взято немецкое право<sup>33</sup>, в котором понятие «обход закона» в определенной степени присутствовало. Скорее всего, понятие «обход закона» было механистически заимствовано составителями этого ГК, причем заимствовано достаточно некритически<sup>34</sup>, без учета специфики его действительного места в немецком праве. Таким образом, наличие в ГК РСФСР 1922 г. понятия «обход закона» являлось своего рода случайностью, обусловленной некритическим выбором исходного материала и определенной небрежностью при составлении данного ГК. Наличие такой небрежности не отрицали и сами его авторы<sup>35</sup>. Очевидным является и то, что законодательная техника в этом кодексе была принесена в жертву скорости его составления<sup>36</sup>: *«Техническая ценность их редакций поразительно непропорциональна ценности их социологического содержания... недостатки формы, внешние недостатки, которые безобразят эти Кодексы, находят себе объяснение и изменение в лихорадочной поспешности, с которой были введены в действие эти Кодексы»*<sup>37</sup>.

Однако эта случайность, как уже указывалось, оказалась весьма удачной с точки зрения интересов советской власти и возможно, что этот фактор был не последним в ходе принятия решения о внедрении понятия «обход закона» в ГК РСФСР 1922 г. Используя неопределенность понятия «обход закона», советская власть могла признать недействительной любую сделку, не отвечающую ее интересам, и именно на это были нацелены все ее устремления. В самой литературе по частному праву признавалось, что признание некоторых сделок сделками в «обход закона» обусловлено особенностью советского хозяйственного строя<sup>38</sup>, и тот же подход демонстрировала судебная практика<sup>39</sup>. Следует также отметить, что внедрение понятия «обход закона» в ГК РСФСР 1922 г. также вполне соответствовало природе советского права: как уже говорилось, это понятие наиболее часто встречается в регулировании, отличающемся императивностью и публичным характером<sup>40</sup>.

---

*никакой научной и практической литературы по изучению и применению советского гражданского права, которого вовсе не было до того времени» (Ландкоф С. Советский гражданский кодекс в иностранной критике. — Иностранная критика советского Гражданского кодекса. Переводы статей Проф. Ламбера и Д-ра Фройнда. — Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 15—16).*

<sup>33</sup> По словам С. Раевича *«Комиссия специалистов начала с широкой рецепции буржуазного права, подражая, главным образом, германским образцам» (Энциклопедия государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. — М.: Изд-во Коммунистической Академии, 1925—1926. Т. 2. Ст. 702).*

<sup>34</sup> П. Стучка утверждал: *«Мы ограничились частичной рецепцией права Запада» (Там же, ст. 714).*

<sup>35</sup> П. Стучка отмечал: *«При быстроте его составления он представляет много пробелов и недостатков, но мы никакого совершенного кодекса дать и не собирались» (Там же, ст. 717).*

<sup>36</sup> *Ландкоф С. Советский гражданский кодекс в иностранной критике. — Иностранная критика советского Гражданского кодекса. Переводы статей Проф. Ламбера и Д-ра Фройнда. — Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 16.*

<sup>37</sup> *Лямбер Э. Введение к переводу советских кодексов, Гражданского и Семейного, на французском языке. Место русских кодексов в сравнительной юриспруденции. — Иностранная критика советского Гражданского кодекса. Переводы статей Проф. Ламбера и Д-ра Фройнда. — Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 27.*

<sup>38</sup> *Гойхбарг А.Г. Основы частного имущественного права. — М.: Красная Новь, 1924. С. 66.*

<sup>39</sup> *«Ст. 30 Гражданского кодекса знаменовала собою с самого начала введения в действие ГК беспощадную борьбу со всякого рода злостными спекулятивными сделками... и со связанными с такого рода сделками стремлениями восстановить или укрепить в Республике Советов отношения, покоящиеся на гражданских отношениях дореволюционного времени» — так начинается одно из определений ГКК Верховного Суда от 29 января 1926 (Сборник определений за 1926, № 25). Привед. по: *Свердлов Г.М., Тадевосян В.С. Гражданский кодекс РСФСР в судебной практике. Очерки под редакцией С.М. Прушицкого. — М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1929. С. 83.**

<sup>40</sup> *«...ГК содержит лишь публичное право с применением частно-правовых норм» (Фройнд Г. Введение к переводу советских кодексов, Гражданского и Семейного, на немецкий язык. — Иностранная критика советского Гражданского кодекса. Переводы статей Проф. Ламбера и Д-ра Фройнда. — Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 65).*

## 10. «Обход закона»: возврат к ленинским истокам? «Мы ничего «частного» не признаем...»

*«Еще по поводу проекта «Кодекса законов об обязательствах, вытекающих из договоров» (предшествовавшего составлению гражданского кодекса РСФСР) В.И. Ленин в письме от 22 февраля 1922 г. для членов Политбюро дал указание в том смысле, чтобы были полностью обеспечены «интересы пролетарского государства с точки зрения возможности контролировать (последующий контроль) все без изъятия частные предприятия и отменять все договоры и частные сделки, противоречащие как букве закона, так и интересам трудящейся рабочей и крестьянской массы».*

*Когда в процессе работы по составлению Гражданского кодекса РСФСР одна из комиссий попыталась исключить из проекта кодекса пункт о недействительности договора, заключенного между частными лицами и направленного к явному ущербу для государства, В.И. Ленин, мудро предвидя, что эта норма послужит сильным оружием в борьбе с попытками капиталистических элементов укреплять свои позиции, действовать в ущерб интересам социалистического государства и в обход его законов, потребовал восстановления приведенной нормы в проекте»<sup>41</sup>.*

В знаменитом письме Д.И. Курскому от 27 февраля 1922 г. Ленин требовал *«...продвинуться дальше в усилении вмешательства государства в частноправовые отношения, в гражданские дела»<sup>42</sup>.*

Можно вспомнить и то, что Ленин указывал: *«Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. ...Отсюда расширить применение государственного вмешательства в «частно-правовые» отношения, расширить право государства отменять «частные» договоры, применять не *corpus juris romani* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание...»<sup>43</sup>.*

Внедрение понятия «обход закона» в ГК РФ находится вполне в русле такого ленинского подхода.

## 11. «Обход закона» и игнорирование опыта разработки ГК РСФСР 1964 г.

Начиная с 30-х годов понятие «обход закона» перестает привлекать внимание советских ученых, оно используется в основном в теоретических работах, причем часто чисто механистически. В 50-х годах на него вновь обращается некоторое внимание, но только для того, чтобы высказать в его отношении критические замечания<sup>44</sup>. В результате ГК РСФСР 1964 г. отказывается от использования понятия «обход закона», и оно практически исчезает из советского гражданского права. В самом начале действия ГК

<sup>41</sup> Новицкий И.Б. История советского гражданского права. — М.: Госюриздат, 1957. С. 99—100

<sup>42</sup> Там же, с. 100.

<sup>43</sup> В.И. Ленин о социалистической законности. — М., 1961. С. 510.

<sup>44</sup> «Практически довольно трудно провести грань между договорами, заключенными с целью, противной закону, и договорами, заключенными в обход закона» (Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве — М.: Изд-во АН СССР, 1954. С. 188). По ее мнению, критерий, согласно которому сделка формально закону не противоречит, но приводит к правовым результатам, закону противоречащим, признать точным нельзя. Такая сделка имеет своим правовым результатом осуществление цели, противоречащей закону. Р.О. Халфина также указала на то, что основной, определяющий признак для всех противоправных сделок является общим: все они направлены на достижение цели, противоречащей закону. Кроме того, по ее мнению, «Договор, заключенный в обход закона, почти всегда, за весьма редким исключением, может рассматриваться как притворный; ...» (Там же). Однако в этом отношении Р.О. Халфина не совсем права: «обход закона» очень часто выступает и в иных формах видимости правомерности. В конце концов Р.О. Халфина делает вывод: «Представляется поэтому желательным, чтобы в будущем законодательстве... не было разделения на сделки, совершенные с целью, противной закону, и сделки, совершенные в обход закона» (Там же).

Также и Н.В. Рабинович подвергла понятие «обход закона» критическому анализу (Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. С. 22—25).

РСФСР 1964 г. о нем еще с сожалением вспоминали (правда, говоря при этом по сути дела опять-таки о мнимости и притворности)<sup>45</sup>.

В то же время в этот период в советском праве достаточно активно анализируются и развиваются все термины, охватываемые понятием «обход закона»: «обман», «злоупотребление правом», «основы советского строя», «цель, противная интересам советского государства и общества», «моральные принципы общества, строящего коммунизм». По этой самой причине никакой серьезной необходимости в использовании понятия «обход закона» не возникает: на смену ему пришли более точные специальные термины.

Бесспорно то, что на исчезновение понятия «обход закона» из советского гражданского права во многом повлиял отказ от рыночных отношений в конце 20-х годов. Но все же представляется, что основную роль в отказе от него сыграло то, что это понятие обладало неприемлемыми для науки и практики чертами. Исчезновение понятия «обход закона» из советского гражданского права явилось вполне закономерным итогом развития юридической техники последнего.

## **12. «Обход закона» как стилистическая особенность романо-германской правовой семьи**

Никто не оспаривает то, что понятие «обход закона» широко используется в праве Франции, Испании, Италии.

Но вряд ли они могут сегодня служить образцом для ГК РФ, который ближе к немецкому праву. Но бесспорно и то, что это понятие часто используется и в Германии. Однако тут важно сделать оговорку: его использование скорее характерно для судебной практики и тесно связано с учением о толковании правовых норм (выявление цели закона), нежели с институтом злоупотребления правом, как это предлагается в проекте ГК РФ. При этом понятие «обход закона» немецкие цивилисты не склонны выделять в отдельный институт или подинститут (см. по этому поводу отдельную справку).

При этом в любом случае в немецком праве значение этого понятия меньше, чем в странах романского права. Причины этого сугубо исторические и культурологические. Одна из них, кроется в том, что фундаментом, на котором было воздвигнуто величественное здание немецкого права, были логика и правовой формализм, в отличие от французского права, по своей природе более «эмоционального» и политизированного: *«В правовом пространстве немецкоязычных стран в 19 веке под влиянием теории пандектного права была разработана формальная юридическая техника с исключительно четким понятийным аппаратом, которая не нашла отзвука во Франции, в правовой культуре которой скорее чувствовалось влияние политики...»*<sup>46</sup>.

Так что нужно России: логика и правовой формализм как основы для ее ГК или же его «эмоциональность» и политизированность?

## **13. «Обход закона» в англо-американском праве: отрицательное отношение**

Англо-американское право не склонно к использованию понятия «обход закона». Конечно же, в нем имеются понятия, аналогичные понятию «обход закона», но тем не менее они играют в этой системе права весьма незначительную роль.

---

<sup>45</sup> В отношении выделения сделок в «обход закона» утверждается: *«Новый кодекс такой классификации не знает, но отсюда не следует, что она утратила также теоретическое значение и лишена какого бы то ни было практического смысла. Напротив, проводимое в теории различие между сделками этих видов позволит и на практике не забывать о том, что противозаконны не только сделки, с очевидностью нарушающие закон, но и такие, законность которых тщательно замаскирована...»* (Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. С. 61).

<sup>46</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М.: Междунар. отношения, 1998. Т. 1. С. 109.

Отличительным для английского права является то, что сама идея обхода закона, в отличие от Франции, никогда не разрабатывалась<sup>47</sup>.

Кстати, место и значение понятия «обход закона» в английском праве очень напоминает место и значение выражения «*fraus legi*» в римском праве (а оно было в нем очень незначительно), а современное английское право показывает, к чему могло прийти бы римское право в отношении понятия «*fraus legi*», продолжай оно развиваться дальше. Это и неудивительно, принимая во внимание близость и схожесть генезиса римского и английского права<sup>48</sup>. Немалую роль для такого результата сыграл практицизм английского права, аналогичный практицизму римских юристов. В этом плане очень точно высказался по поводу теории «обхода закона» один из скандинавских авторов: «*Она имеет налет правового толкования, который чужд поколению юристов с небольшим опытом обращения с абстрактной теорией и меньшей склонностью к ней*»<sup>49</sup>.

В США «не существует доктрины обхода закона»<sup>50</sup> и в законодательстве этот термин практически не используется. В США существовал «Унифицированный закон о браках, заключаемых путем обхода закона» 1912 г. («*Uniform Marriage Evasion Act*»), действовавший, однако, всего в пяти штатах. Следует также отметить, что первый Свод законов США о коллизионном праве 1934 г. (*Restatement of the Law of Conflict of Laws First*) содержал статью 129 «Обход закона (домицилия)». «Унифицированный закон о браках, заключаемых путем обхода закона» ввиду малого количества присоединившихся к нему штатов утратил силу в 1943 г., а принятый в 1969 г. Второй Свод законов США о коллизионном праве (*Restatement of the Law Second. Conflict of Laws*) отказался от такой традиционной теории.

В англо-американском праве судьи строго относятся к закону<sup>51</sup> и приводят в действие только те последствия, которые им прямо предусмотрены<sup>52</sup>. В целом считается, что доктрина обход закона противоречит принципу связи между свободой и правом<sup>53</sup>.

Пожалуй, трудно найти для характеристики подхода англо-американского права к понятию «обход закона» более правильные и точные слова, чем слова английского судьи Крэнворта, сказанные в деле *Edwards v. Hall*<sup>54</sup>: «*Я никогда не понимал, что означает обход парламентского закона; или этот закон распространяется на вас или нет. Если он на вас не распространяется, у вас есть право избегать его действия, не подпадать под его запрет; если он на вас распространяется, то надо это сказать, и тогда то, в чем должны состоять ваши действия — ясно*»<sup>55</sup>.

---

<sup>47</sup> Audit, *La Fraude a la Loi* (1974); Graveson, (1963) II Hague Recueil. Pp. 53—54.

<sup>48</sup> «...в развитии средневекового общего права Англии обнаруживается много общего с римским правом. ...во многих... отношениях историческое развитие обеих систем права, несмотря на то, что их разделяет промежуток в 1000 лет, шло параллельными путями. ...в то время, когда в Западной Европе глоссаторы и комментаторы «только начинали заимствовать и выдавать за свои последние результаты истории римского права, Англия интуитивно воспроизводила эту историю»... . ...юридическая техника древних римлян и англичан имеет гораздо больше общего, чем правовая техника римлян и пандектистов XIX века, которые во всеуслышание ссылаются на римское наследство.

«Как это ни парадоксально, но между римским юристом и юристом общего права больше общего, чем между римским юристом и его преемником, современным цивилистом». ... «(Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М.: Международ. отношения, 1998. С. 281—282).

<sup>49</sup> *Hambro E.I. Ordre public and fraus legis in Norwegian conflict law. — Internationales Recht und Diplomatie. 1957. Heft 4. S. 324.*

<sup>50</sup> *Graveson R.H. Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law. (19263) 109 Rec. des Cours 1. Note 27 at 53.*

<sup>51</sup> *D.P.P. v. Bhagwan, [1972] A.C. 60 at 82 (H.L.)*

<sup>52</sup> *Graveson R.H. Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law. (19263) 109 Rec. des Cours 1 at 48.*

<sup>53</sup> *William Tetley Evasion/Fraude it la loi and Avoidance of the Law. P. 311.*

<sup>54</sup> 25 L.J. Ch. 84.

<sup>55</sup> Привед. по: *Stroud's judicial dictionary of words and phrases*. — Vol. II. P. 946.

Нельзя не процитировать еще раз и следующее судебное высказывание: «В определенном смысле никто не может «обойти» парламентский закон, то есть суд обязан так толковать каждый парламентский закон, чтобы позаботиться о том, что если что-то действительно запрещено, то оно и было бы объявлено не влекущим правовых последствий. С другой стороны, можно «избегать» делать то, что запрещено парламентским законом, и можно совершать нечто равным образом выгодное для вас, что парламентским законом не запрещено. Если действия подпадают под запрет закона, тогда имел бы место обход в первом смысле. Если же они не подпадают, то тогда это обход во втором смысле, то есть «избежание» применения закона, тем самым не могущее вызывать какие-либо возражения. Если деловая операция проводится и управляется женой, по той признанной причине, что в отношении ее мужа производится принудительное взыскание долга, то в данном случае нет никакого обхода, но имеет место избежание ответственности по взысканию в исполнительном производстве»<sup>56</sup>. Кстати, в последней цитате можно усмотреть определенную аналогию с подходом в немецком праве. Но это лишь подчеркивает то, что понятию «обход закона» в любом случае не место в ГК РФ.

#### **14. «Обход закона» и доверительная собственность: различные судьбы**

Кстати, возникает вопрос: почему институт доверительной собственности как стилистическая особенность англо-американского права был российской цивилистикой отвергнут, тогда как стилистическая особенность именно романского права (а скорее не немецкого) предлагается закрепить именно в ГК РФ?

Внятный ответ на это пока не дан.

#### **15. «Обход закона» в европейском праве**

В важнейших официальных нормативных документах Европейского Союза понятие «обход закона» не используется.

На Internet-сайте Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) в настоящий момент сосредоточено около 50 тысяч актов. В результате запросов по словам «обход закона» на английском и французском языках находится только около 40 документов.

Определенно можно сказать, что ЕСПЧ старается избегать употребления и применения термина (и доктрины) «обход закона». Стороны могут ссылаться на «обход закона» в действиях другой стороны спора; национальные государственные судебные инстанции также прибегают к данному термину, но ЕСПЧ разрешает споры на основании Европейской конвенции по правам человека и Протоколов к ней и применяет, соответственно, их положения.

В качестве ярких примеров можно привести:

а) Решение от 29 октября 1992 г. по делу Open Door и Dublin Well Woman против Ирландии (заявления № 14234/88; 14235/88). По данному делу ЕСПЧ признал, что права заявителей (женские клиники — Open Door и Dublin Well Woman) по ст. 10 Конвенции («Свобода выражения мнения») были нарушены. Содействие клиник женщинам в получении медицинской помощи за рубежом в связи с абортами, запрещенными в Ирландии, ЕСПЧ никоим образом не связал с «обходом закона», хотя национальные суды основывали свои решения именно на том, что клиники «обходили» закон Ирландии при помощи иностранного права.

б) Решение от 28 сентября 2007 г. по делу Вагнер и Дж.М.В.Л. против Королевства Люксембург (жалоба № 76240/01). В данном деле ЕСПЧ также признал отсутствие попытки «обхода закона» со стороны незамужней подданной Люксембурга

---

<sup>56</sup> (C.A.) Standard Trust Co. v. Briggs [1926] 1 W.W.R. 832; [1926] 2 D.L.R. 379, 22 A.L.R. 113). Привед. по: The Encyclopedia of words and phrases. Legal maxims. Canada. 1825—1940. — Vol. I. P. 398—399.

Вагнер, которая усыновила ребенка в Перу по законам этой страны (законы Люксембурга не позволяли усыновление лицам, не состоящим в браке), и затем попыталась признать усыновление со стороны властей Люксембурга, в чем ей было отказано со ссылкой на обход закона. ЕСПЧ признал наличие нарушения ст. ст. 14 («Запрещение дискриминации») и 8 («Право на уважение частной и семейной жизни») со стороны Люксембурга.

На Internet-сайте Европейского суда справедливости (далее — ЕСС) размещено приблизительно 40 тысяч актов. На запрос по словам «обход закона» (также на английском и французском языках) появляется не более 25—30 актов, причем, большая часть из них — это не сами судебные решения, а мнения Генеральных атторнеев суда. При этом сам ЕСС не часто и очень неохотно использует этот термин, хотя в национальных законодательствах понятие «обход закона» и, как следствие, — в правовых позициях сторон, отраженных в этих малочисленных актах присутствует. По результатам поиска можно сделать вывод, что данный термин встречается в аргументах сторон, в тех вопросах, которые стороны спора просят ЕСС рассмотреть, но в выводах самого ЕСС он является редким исключением: ему ЕСС предпочитает понятие «злоупотребление правом».

Такой подход европейского права легко понять.

Во-первых, оно пользуется популярностью в праве не всех членов ЕС.

Во-вторых, оно всегда «окрашено в национальные тона», а ЕС нуждается скорее в унифицированном праве.

В-третьих, в Европе неизбежно существуют определенные различия между правом ЕС и национальным правом. Приоритетом пользуется первое, хотя иногда некоторые государства пытаются заявлять, что их субъекты прибегают к праву ЕС именно для того, чтобы «обойти» национальное право. Само собой разумеется, что в ЕС такие попытки и в их свете использование понятия «обход закона» поощряться не могут.

В-четвертых, стоит только начать широко использовать данное понятие самим органам ЕС, как тут же члены ЕС начнут настаивать на его применении для обоснования того, что их субъекты пользуются, например, свободой перемещения именно для обхода их национальных законов, что в политику ЕС также не вписывается.

Что же касается ЕСПЧ, то можно еще подчеркнуть, что в своей деятельности он руководствуется идеей защиты прав человека и хотя признает возможность ограничения таких прав государствами в определенных рамках, однако не при помощи такой эфемерной идеи как «обход закона».

## **16. «Обход закона» в проекте ГК РФ: логические ошибки в определении**

Инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ допустили элементарную логическую ошибку: они попытались определить менее общий термин («злоупотребление правом») через более общий («обход закона»).

Иными словами, они попытались сказать, что подвидом злоупотребления правом является «обход закона», тогда как все наоборот: именно злоупотребление правом является подвидом «обхода закона».

Об этом свидетельствует исторический смысл понятия «обход закона» в Древнем Риме и в Средние Века, равно как в Новейшее время: оно все время было шире понятия «злоупотребление правом».

В пользу этого говорит и лингвистическое толкование: если понятия «обход» и «злоупотребление» примерно равны по смысловому объему, то понятие «закон» гораздо шире понятия «право» (имеется в виду, конечно же, субъективное право).

Наконец, об этом свидетельствует и логика: гораздо удобнее определять понятие «обход закона» через понятие «злоупотребление правом», нежели наоборот.



Получилась логическая ошибка: определение менее неопределенного термина через более неопределенный термин.

### **17. «Обход закона»: ссылка на ощущения? «Долгое» ожидание появления понятия «обход закона» в ГК РФ**

Создается впечатление, что необходимость внедрения в ГК РФ понятия «обход закона» состоит ни в ссылках на глубокое теоретическое обоснование, ни в каких-то рациональных прагматичных объяснениях, ни в серьезных подходах судебной практики, а в каком-то субъективном ощущении необходимости придумать что-то «новое и важное».

Для кого-то в ВАС РФ это идеологический «пунктик»: надо активнее бороться с маскировкой нарушений закона! Но есть и более утонченный варианты: надо воспринимать опыт Германии! В самом деле, знания немецкой богатой доктрины и судебной практики в современной российской науке не очень распространены, так что на этом моменте можно реально выделиться.

Однако вряд ли можно считать, что такая попытка является абсолютно новой и неожиданной. На самом деле внимательное ознакомление с отечественной литературой позволяет заключить, что на самом деле подготовка к его внедрению в ГК РФ началась еще во второй половине 90-х гг. В.В. Витрянским, так что с точки зрения сторонников «обхода закона» его внедрение в ГК РФ может даже считаться запоздавшим.

Более того, нельзя не признать, что в судебном корпусе и даже в обществе это мнение поддержат многие. Вопрос лишь в том, стоит ли на него ориентироваться тем, кто склонен к поддержке баланса частных и публичных интересов?

Несомненно, что суды скорее будут рады такому новому «инструменту собственной дискреции». Но будет ли радо подвергнуться его воздействию общество и бизнес?

### **18. «Обход закона» и уроки иностранного, а также отечественного МЧП**

Одна из правовых сфер, где понятие «обход закона» достаточно часто используется (и где, возможно, для него при определенных условиях есть побольше места, чем в гражданском праве) — международное частное право.

Однако в подавляющем большинстве случаев это то регулирование, которое принято на национальном, а не на международном уровне. Ни в одном серьезном международном договоре по вопросам МЧП, принятом развитыми государствами, данное понятие не используется.

Оле Ландо (*Ole Lando*) указывает, что рабочая группа, разрабатывавшая Римскую конвенцию 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, отказалась от использования традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*, считая ее несостоятельной<sup>57</sup>. Само собой разумеется, что от его использования отказались в Регламенте № 593/2008 Европейского Союза от 17 июня 2008 г. о праве, применимом к договорным обязательствам («Рим I») и в Регламенте № 864/2007 Европейского Союза от 11 июля 2007 г. о праве, применимом к внедоговорным обязательствам («Рим II»),

В проекте Закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе, подготовленном в 1989–1990 г.г. ВНИИ советского государственного строительства и законодательства, содержалась статья 7 «Последствия обхода закона о подлежащем применению праве»<sup>58</sup>. Однако при обсуждении проекта Закона СССР данная статья вызвала более чем обоснованные сомнения: как ограничивающая, по мнению И.С. Зыкина, действие принципа автономии воли и как

---

<sup>57</sup> *International encyclopedia of comparative law*, vol. III «Private international law», chapter 24 «Contracts». — Tuebingen, Mouton, The Hague, Paris. 1976. P. 32.

<sup>58</sup> Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды 49 / ВНИИСЗ. — М., 1991. С. 126.

получившая, по мнению В.С. Позднякова, недостаточное обоснование в комментариях к ней<sup>59</sup>.

Крайне примечательно и то, что в 1996 г. в ходе работы над разделом VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ в него была включена статья 1231 «Последствия обхода закона». Однако в результате ее обсуждения от нее отказались как от некорректной и не вписывающейся в те механизмы, в которых современное коллизионное российское право нуждается.

Наконец, рабочая группа по внесению изменений в раздел VI «МЧП» ГК РФ, обсуждавшая такие изменения в 2009 — 2010 гг., единогласно полагала, что понятию «обход закона» нет ни в той части Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, которая посвящена МЧП, ни в разделе VI «МЧП» ГК РФ.

### **19. «Обход закона» и будущее отечественного МЧП. Нарушения баланса между подходами в разделах ГК РФ**

Инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ не отдают себя отчета, что его появления в ГК РФ неизбежно приведет к его проникновению и в сферу МЧП (в условиях, когда разработчики раздела VI «МЧП» ГК РФ не поддержали данное понятие!), что в будущем будет иметь итогом искажение тех конструкций, которые предлагаются в модернизированном виде в разделе VI «МЧП» ГК РФ, к нарушению баланса между закрепляемыми в нем институтом автономии, императивными коллизионными нормами и институтами, направленными на избежание применения иностранного права.

Между тем, МЧП — крайне важная часть ГК РФ, без корректного функционирования механизмов которой деятельность России и ее субъектов в мировой экономике вряд ли будет успешной.

К сожалению, эти инициаторы вопросами МЧП никогда профессионально не занимались и даже не посчитали нужным спросить мнение рабочей группы по внесению изменений в раздел VI «МЧП» ГК РФ по поводу понятия «обход закона».

### **20. «Обход закона»: неустранимая юридико-техническая противоречивость в интерпретации ст. 10 ГК РФ**

П. 3 ст. 10 проекта изменений в ГК РФ предусматривает: *«В случае, когда злоупотребление правом выражается в совершении действий в обход закона, последствия, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, применяются, если иные последствия таких действий не установлены настоящим Кодексом».*

Думается, что возможны две совершенно различные противоречащие друг другу интерпретации данного положения:

1) злоупотребление правом может иногда выражаться в совершении действий «в обход закона»;

2) если совершается действие «в обход закона», то оно является злоупотреблением правом со всеми вытекающими отсюда последствиями.

К сожалению, устранить такие противоречащие друг другу интерпретации невозможно хотя бы потому, что инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ просто не учли то, что понятие «обход закона» с точки зрения правовой истории является более широким, чем понятие «злоупотребление правом»: понятие «обход закона» исторически было применимыми и к притворным сделкам, и к мнимым сделкам, и к обману, и к злоупотреблению правом, и к чрезмерно расширительному толкованию закона, и к третейским судам и т.д. Иными словами, оно охватывало все то, что можно назвать «приданием видимости правомерности неправомерному». Одним понятием «злоупотребление правом» с чисто цивилистической истории и ее категорий тут не обойтись.

---

<sup>59</sup> Там же, с. 157.

Соответственно, первое толкование просто неверно: злоупотребление правом не может иногда выражаться в совершении действий в «обход закона» — напротив, действия в «обход закона» иногда выражаются в злоупотреблении правом.

Но и второе толкование также некорректно: если действие совершается «в обход закона», то оно не обязательно является злоупотреблением правом — оно может являться и иным действием, для которого в цивилистике имеется свое понятие.

Примиришь такое противоречие можно только принципиально иным подходом к понятию «обход закона», а именно отказом от его внедрения в ГК РФ.

И дело не в том, что инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ в нарушение Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации допустили неточность. Действительно, Концепция говорила о возможности отнести к формам злоупотребления правом действия в обход закона, но проблема в том, что составители Концепции не поняли того, что понятие «обход закона» лингвистически, логически и исторически гораздо шире понятия «злоупотребление правом».

## **21. «Обход закона»: что-то общее с постоянными жалобами правоохранительных органов на «нехватку» законов?**

Как известно, обычным приемом, которым в России правоохранительные органы оправдывали и оправдывают свои неудачи в борьбе с нарушениями закона являлись и являются (но сейчас уже меньше) ссылки на несовершенство и нехватку законов. Само собой разумеется, что такими ссылками в подавляющем большинстве случаев прикрывается собственная некомпетентность и нежелание работать.

В свете истории с внедрением понятия «обход закона» в ГК РФ создается впечатление, что этот «вирус», как ни удивительно, проник и в цивилистику: иначе зачем вдруг понадобилось стремление к «новым инструментам», к тому же извлеченным из глубины веков?

Ничего, кроме сожаления, это вызывать не может.

## **22. Внедрение «обход закона» в ГК РФ и цели, определенные Указом Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»**

Как известно, Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации разрабатывалась на основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации».

Согласно данному Указу она разрабатывалась в целях:

а) дальнейшего развития основных принципов гражданского законодательства Российской Федерации, соответствующих новому уровню развития рыночных отношений;

б) отражения в ГК РФ опыта его применения и толкования судом;

в) сближения положений ГК РФ с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского союза;

г) использования в гражданском законодательстве Российской Федерации новейшего положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран;

д) поддержания единообразия регулирования гражданско-правовых отношений в государствах–участниках Содружества Независимых Государств;

е) обеспечения стабильности гражданского законодательства Российской Федерации.

Зададим риторические вопросы и ответим на них:

Соответствует ли понятие «обход закона» новому уровню развития рыночных отношений? **Ответ очевиден — нет. Напротив, это понятие крайне неопределенное и непрозрачное, т.е. антирыночное.**

Сближает ли понятие «обход закона» положения ГК РФ с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского союза? **Ответ очевиден — нет. Более подробно см. п. 15 выше.**

Является ли внедрение понятие «обход закона» в ГК РФ использованием новейшего положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран? **Ответ очевиден — нет. Общеизвестно, что данное понятие фигурирует в гражданском праве ряда европейских стран аж с 18—19 вв., так что модернистским его никак не назовешь. В новейшем же опыте таких стран ему серьезное внимание не уделяется.**

Поддерживает ли понятие «обход закона» единообразие регулирования гражданско-правовых отношений в государствах-участниках Содружества Независимых Государств? **Ответ очевиден — нет. Напротив, оно нацелено на использование не лучших, а худших образцов невнятного регулирования, что престиж гражданского права РФ в СНГ только подорвет.**

Обеспечивает ли стабильность гражданского законодательства Российской Федерации. **Ответ очевиден — нет: как может невнятное понятие способствовать стабильности?**

Отражает ли понятие «обход закона» в ГК РФ опыт его применения и толкования судом? Это единственный вопрос, на который можно ответить «да». Однако понять такой ответ вряд ли будет возможно, если не обратиться к пояснениям в пункте 8.

### **23. «Обход закона» и стремление к прецедентному праву: неуверенность и «трагичная противоречивость» или же двойные стандарты?**

Стремление российской системы государственных арбитражных судов к системе прецедентного права стало сегодня «притчей во языцех». Но как соотносить с ним попытку ввести в ГК РФ понятие «обход закона», являющегося чисто стилистической особенностью именно романского права?

Кто-то усмотрит в этом неуверенность движения на начатом пути или даже «трагичную противоречивость», а кто-то — обычную для российских условий эклектику в стиле постмодернизма.

Впрочем, руководствуясь юридическим правилом толкования *contra proferentem*, можно предложить и иное истолкование: использование двойных стандартов.

### **24. «Обход закона»: использование данного понятия только судами или же и иными правоприменительными органами, а также нотариусами и адвокатами?**

Возможно, инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ полагают, что в свете п. 2 ст. 10 ГК РФ озадачены проблематикой «обхода закона» будут только суды, арбитражные суды или третейские суды.

Более того, такие инициаторы (связанные с ВАС РФ) даже полагают, что они смогут справиться с искажениями того смысла понятия «обход закона», который они в него вкладывают. Действительно, это относительно несложно, если учесть, что в России существует 81 арбитражный суд первой инстанции, 20 апелляционных судов и 10 кассационных судов округов, а также ВАС РФ. Но как быть с тем, что в то же время в России существует более 2400 судов общей юрисдикции первой инстанции, а также несколько тысяч мировых судей?

Как инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ планируют направлять деятельность этих тысяч субъектов?

Кроме того, нельзя забывать и о том, что монополии на применение гражданского права именно у судов нет. А ведь при этом есть еще п. 1 ст. 10 ГК РФ, который прямо объявляет недопустимыми действия «в обход закона».

Встает вопрос: как применять это понятие, например, нотариусам? Согласно абзацу 1 ст. 16 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11

февраля 1993 г. № 4462-1) *«Нотариус обязан оказывать физическим и юридическим лицам содействие в осуществлении их прав и защите законных интересов, разъяснять им права и обязанности, предупреждать о последствиях совершаемых нотариальных действий, с тем чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована им во вред»*. С введением неюридической категории «обход закона» нотариусы в значительной мере лишаются возможности исполнять указанные обязанности, т.к. они сами не будут вполне осведомлены о правах и обязанностях лиц: эти права и обязанности будут зависеть от квалификации судом, основанной на внеправовых критериях.

Как быть регистраторам различных прав? Как его применять, например, Федеральной антимонопольной службе или таможенными органами? Как его применять Центральному банку РФ? Как его применять в своей деятельности адвокатам, к которым обратились за консультацией субъекты гражданского оборота?

А ведь всем им придется столкнуться с ситуацией, когда такого применения п. 1 ст. 10 ГК РФ от них потребуются.

Неужели связанные с разнобоем в таком истолковании невнятного понятия «обход закона» стоят того, чтобы закреплять его на уровне ГК РФ?

## **25. «Обход закона» и общие методологические подходы в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации**

Бесспорно то, что уже в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации инициаторам внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ удалось многое: п. 2.2 прямо говорит о том, что *«Целесообразно воспринять опыт судебной практики и детализировать в статье 10 ГК понятие иных форм злоупотребления правом, отнеся к их числу заведомо или очевидно недобросовестное поведение субъекта права, действия в обход закона (императивных норм) и т.п.»*.

Только как совместить неопределенное понятие «обход закона» со следующими провозглашенными в Концепции методологическими подходами:

*«8. В Концепции предлагается несколько по-иному взглянуть на соотношение частных и публичных элементов в гражданском праве. Поиск баланса между указанными элементами характерен для всей истории развития гражданского права. ... При этом Концепция исходит в целом из того, что гражданское право является правом частным, и частноправовой метод регулирования должен в нем преобладать, что не исключает применения средств воздействия публичного (административного, уголовного) права, предусмотренных соответствующим законодательством.*

*9. В особое направление предлагаемого Концепцией развития гражданского законодательства можно выделить те ее положения, непосредственной целью которых является обеспечение стабильности гражданско-правового регулирования и устойчивости гражданского оборота. ...*

*При совершенствовании ГК и других актов гражданского законодательства необходимо обратить внимание на четкость и ясность используемых правовых конструкций?»*

Указанное понятие не вписывается ни в один из таких подходов.

Это напоминает своего рода двойные стандарты.

## **26. «Обход закона» и будущее налогоплательщиков**

Согласно ч. 1 ст. 11 «Институты, понятия и термины, используемые в настоящем Кодексе» *«Институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом»*.

Само собой разумеется, что в НК РФ понятие «обход закона», слава Богу, еще отсутствует.

Но при склонности налоговых органов в России к расширительному толкованию закона повышается риск того, что скоро от таких органов можно будет услышать рассуждения аналогичные следующему: *«Как бы ни была совершенна налоговая система, объекты обложения всегда ускользают между ячейками сети, протянутой налоговыми властями для того, чтобы их задержать. Налогоплательщику удается избежать уплаты налога, не нарушая закона. Это называют обходом налога. ... Наиболее простое средство уклонения от налога — воздержание. ... Так, для того, чтобы избежать налога на сделки с недвижимым имуществом, налогоплательщик воздерживается от любых сделок по поводу своей недвижимости. А чтобы избежать налога на алкогольные напитки, он пьет воду. ... Уклонение от налога путем воздержания не слишком широко распространено, потому что оно требует от налогоплательщика известной силы воли»<sup>60</sup>.*

Конечно же, с юридической точки зрения такую логику иначе как порочной не назовешь. А что мешает ее применять на основании понятия «обход закона» в гражданском обороте?

А еще больше начинаешь представлять будущее налогоплательщиков в мрачном свете после того, как вспомнишь о том, что в российской судебной практике многие дела, где использовалось понятие «обход закона», были связаны с налогами и решались они отнюдь не в пользу налогоплательщиков.

Но окончательно впасть в уныние налогоплательщикам помогут следующие выводы в упомянутой монографии Е.Д. Суворова, подготовленной под руководством В.В. Витрянского: *«18. Для реакции на обход налогового закона используются в том числе такие концепции (доктрины), как недобросовестность налогоплательщика, доктрина деловой цели, доктрина существа над формой, доктрина сделки по шагам, доктрина проникновения через корпоративную оболочку, концепция обоснованности налоговой выгоды. Такие концепции (доктрины) не являются строго аналогом предлагаемой концепции обхода закона, так как они рассчитаны не только на случаи обхода закона, но и на иное поведение (например, в том числе на симуляцию рассчитаны такие доктрины, как существо над формой, сделки по шагам). Такие концепции могут рассматриваться как «в том числе решающие проблемы обхода закона», в таком случае выступающие альтернативой предлагаемой концепции обхода закона. ...*

*24. Наиболее близко к концепции обхода закона подходит концепция экономической обоснованности налога. Экономическое обоснование налога — на что иное, как разрешение законодателем столкновения интересов, локализация их и обеспечение. ...*

*25. Концепция обоснованности налоговой выгоды также близка концепции обхода закона. Требование обоснованности налоговой выгоды есть не что иное, как требование соответствия налоговой нагрузки тому интересу, который охраняется законом. При признании выгоды необоснованной ведется речь о том, что налогоплательщик при соблюдении закона все же нарушает тот интерес, который защищается налоговым законодательством. Требование учета операций в соответствии с их действительным экономическим смыслом есть не что иное, как требование учитывать операции только по их хозяйственному мотиву, без учета мотива на обход закона. При этом Информационное письмо Президиума ВАС РФ под необоснованной налоговой выгодой понимает не только обход налогового закона, но и его нарушение».*

## **27. «Обход закона» и будущее иных отраслей российского права**

Инициаторы внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ также вряд ли отдадут себе отчет в том, что его закрепление в ГК РФ также рано или поздно неизбежно приведет

---

<sup>60</sup> Годме П. Финансовое право. — М.: Прогресс, 1978. С. 410—411.

к его проникновению и в иные сферы российского права (трудовое, административное и т.д.).

Любой знакомый с отечественной практикой правоприменения может предсказать, что риск неопределенности для субъектов оборота и повышение рисков произвола в такой практике серьезно повысятся.

## **28. «Обход закона» и конституционный принцип равенства, а также конституционно-значимое требование определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования**

*«Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях, из конституционного принципа равенства (статья 19, часть 1, Конституции Российской Федерации) вытекает требование определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования, поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями. Неопределенность содержания законодательного регулирования, напротив, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу, а значит — к нарушению принципов равенства и верховенства закона. Приведенная правовая позиция имеет общее значение для всех сфер законодательного регулирования»* (Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июня 2004 г. № 12-П).

Само собой разумеется, что понятие «обход закона» критериям конституционного принципа равенства, а также конституционно-значимому требованию определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования отвечает мало.

Само собой разумеется, что в гражданском праве есть и иные термины, которые такому принципу и требованию также не вполне отвечают. Но зачем их число увеличивать?

## **29. «Обход закона» и практика КС РФ**

Нельзя не отметить, что понятие «обход закона» не содержится ни в одном акте КС РФ (и ни в одном особом мнении ни одного судьи КС РФ), что также очень показательно: использовать его КС РФ и его судьи, скорее всего, не могут себе позволить в свете именно указанного конституционного принципа равенства, а также конституционно-значимого требования определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования.

Почему же его предлагают использовать судьи ВАС РФ?

Неужели после закрепления такого понятия в ГК РФ не появятся основания сомневаться в том, что ГК РФ является «экономической конституцией» России? Нежели это того стоит?

## **30. «Обход закона» и принцип «бритва Оккама» как мощное орудие научной критической мысли**

«Бритва Оккама» или «лезвие Оккама» — методологический принцип, получивший название по имени английского монаха-францисканца, философа-номиналиста Уильяма Оккама (Ockham, Ockam, Oссam; ок. 1285—1349). В упрощенном виде он гласит: *«Не следует множить сущее без необходимости»* (либо *«Не следует привлекать новые сущности без самой крайней на то необходимости»*). Этот принцип формирует базис методологического редукционизма, также называемый принципом бережливости, или законом экономии (применительно к праву этот принцип также действует в полной мере).

При этом Оккам всего лишь сформулировал принцип, известный ещё со времен Аристотеля и в логике носящий название «принцип достаточного основания».

Бритва Оккама используется в науке по принципу: если какое-то явление может быть объяснено двумя способами, например, первым — через привлечение сущностей

(терминов, факторов, преобразований и т. п.) А, В и С, а вторым — через А, В, С и D, и при этом оба способа дают одинаковый результат, то сущность D лишняя, и верным является первый способ (который может обойтись без привлечения лишней сущности).

Сам Оккам выразился так: *...множественность никогда не следует полагать без необходимости... [но] всё, что может быть объяснено из различия материй по ряду оснований, — это же может быть объяснено одинаково хорошо или даже лучше с помощью одного основания.*

Порой принцип выражается в словах «То, что можно объяснить посредством меньшего, не следует выражать посредством большего». **Между тем в соотношении понятий «злоупотребление правом» и «обход закона» последнее явно играет роль большего.**

В современной науке под бритвой Оккама обычно понимают более общий принцип, утверждающий, что если существует несколько логически непротиворечивых определений или объяснений какого-либо явления, то следует считать верным самое простое из них.

Содержание принципа можно упрощённо свести к следующему: не надо вводить новые законы, чтобы объяснить какое-то новое явление, если это явление можно объяснить старыми законами. **Сейчас этот принцип — мощное орудие научной критической мысли.**

- В числе известнейших примеров применения этого принципа служит ответ, который создатель первой теории возникновения Солнечной системы математик и физик Лаплас дал императору Наполеону. Наполеон спросил, почему слово «Бог», беспрерывно повторяемое Лагранжем, в его сочинении не встречается вовсе, на что Лаплас ответил: «Это потому, что я в этой гипотезе не нуждался».

- Переформулированный на языке теории информации принцип «Бритвы Оккама» гласит, что самым точным сообщением является сообщение минимальной длины.

- Альберт Эйнштейн переформулировал принцип «Бритвы Оккама» следующим образом: «Все следует упрощать до тех пор, пока это возможно, но не более того».

Получается, что инициаторы внедрения в ГК РФ понятия «обход закона» данный инструментом научной критической мысли не использовали.

### **31. «Обход закона» и принцип «законодательной экономии»**

Внедрение в ГК РФ понятия «обход закона» не соответствует и принципу «законодательной экономии» (впрочем, это разновидность указанного принципа «бритва Оккама»).

Между тем разработчики ГК РФ данный принцип экономии в отношении части IV активно использовали (см. указание на это в работе: *Яковлев В.Ф., Маковский А.Л.: О четвертой части Гражданского кодекса России // Журнал российского права. 2007. № 2*).

Используется он и судьями ВАС РФ в своей научно-практической деятельности: *Сарбаши С.В.* Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ от 12 ноября 2001 г. № 15 и Пленума ВАС РФ от 15 ноября 2001 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» // Наиболее актуальные вопросы предпринимательской деятельности. Комментарии судебной практики ВАС РФ. / Отв. ред. Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова). — Система Гарант, 2009).

**Какой смысл использовать размытое, невнятное и «каучуковое» понятие «обход закона» вдобавок к понятию «злоупотребление правом», которое само нуждается в *ad hoc* истолковании?**



### **32. «Обход закона» и изменение правил о недействительности сделок**

Одним из доводов в пользу внедрения в ГК РФ понятия «обход закона» является то, что в проекте ГК РФ серьезно меняется регулирование института недействительности сделок, оно становится более ограничительным, ввиду чего судам нужен дополнительный инструмент для реагирования на нарушения закона.

В ответ на это можно сказать только одно: как всегда, государство больше взяло себе, чем отдало обществу.

### **33. «Обход закона» и Москва как международный финансовый центр**

Как известно, Правительство РФ распоряжением от 17 ноября 2008 г. № 1662-р утвердило Концепцию долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года. В качестве долгосрочного приоритета развития финансовых рынков Российской Федерации указанная Концепция определяет создание международного финансового центра (МФЦ) как системы взаимодействия организаций, нуждающихся в привлечении капитала, и инвесторов, стремящихся к размещению своих средств, которая охватывает участников из многих стран. Формирование МФЦ рассматривается как неотъемлемая часть перехода Российской Федерации к инновационному социально ориентированному типу экономического развития. Задачей первого этапа инновационного развития экономики является создание инфраструктуры МФЦ в городе Москве.

Распоряжением Президента РФ от 7 июля 2010 г. № 455-рп создана рабочая группа по созданию международного финансового центра в РФ при Совете при Президенте РФ по развитию финансового рынка РФ.

Более того, как заявил в сентябре 2010 г. на Байкальском экономическом форуме руководитель Администрации Президента РФ С.Е. Нарышкин, МФЦ будет создаваться не только в Москве, в столице, но и в крупных региональных центрах. Ранее Москва рассматривалась в качестве единственного пункта дислокации такого центра. Как объяснил сам С.Е. Нарышкин, идея призвана поднять уровень развития регионов России — и так слишком много инструментов роста сосредоточено в одном городе, Москве, тогда как создание международного финансового центра должно стать частью регионального развития и перехода регионов на инновационный путь развития (<http://www.irn.ru/articles/24798.html>).

**Между тем очевидно, что не удастся создать в России никакие международные финансовые центры без отказа от вредных для стабильности оборота понятий типа «обход закона».**

### **34. «Обход закона» и борьба с коррупцией**

Всем сегодня очевидно, что борьба с коррупцией — одна из важнейших задач государства и общества в современной России.

Правительство РФ постановлением от 5 марта 2009 г. № 196 утвердило Методику проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции. В ней коррупционными факторами признаются положения проектов документов, которые могут способствовать проявлениям коррупции при применении документов, в том числе могут стать непосредственной основой коррупционной практики либо создавать условия легитимности коррупционных деяний, а также допускать или провоцировать их.

Согласно п. 7 Методики коррупционными факторами являются, например, факторы, связанные с реализацией полномочий органа государственной власти (т.е. и суда). Они выражаются в

а) широте дискреционных полномочий — отсутствии или неопределенности условий или оснований принятия решения;

б) определении компетенции по формуле «вправе» — диспозитивном установлении возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций;

в) наличии завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права, — установлении неопределенных требований к гражданам и организациям;

г) злоупотреблении правом заявителя органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) — отсутствию четкой регламентации прав граждан и организаций;

д) выборочном изменении объема прав — возможности необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц); ...

и) юридико-лингвистической неопределенности — употреблении неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера.

**Разве не очевидно, что любой из указанных 6 пунктов относится к понятию «обход закона»? Иными словами, явное заблуждение то, что понятие «обход закона» пойдет на благо российскому праву и обществу: напротив, оно создает риск повышения коррупции в России.**

### **35. «Обход закона»: дополнительное бремя на экономику России**

Есть все основания полагать, что внедрение в ГК РФ понятия «обход закона» повлечет дополнительные экономические издержки для субъектов гражданского оборота, общества и экономики России в целом: такие издержки вызывает любая неопределенность, а в таковой понятию «обход закона» отказать просто невозможно.

В итоге риск снижения конкурентоспособности российской экономики опять-таки велик.

### **36. «Обход закона», модернизация и инновационность**

Сегодня в России делаются попытки сделать государство, общество и экономику более инновационными, модернизированными.

При этом в ГК РФ предлагается включить понятие, которое в лучшем случае ассоциируется с ГК РСФСР 1922 г., а в худшем — с не лучшим образцом правового наследия Древнего Рима и Средних Веков, когда оно обрело «вторую жизнь» после рецепции римского права.

Однако полноценной жизни у такого понятия все же в современном праве нет: оно скорее ютится где-то на задворках такого консервативного явления как право, в сфере которого найдется место всякому старью. Очень удачно высказался по этому поводу один швейцарский ученый, сказавший, что понятию «обход закона» уже давно отведена некоторая роль в праве, однако роль несколько не ободряющая, в которой это понятие не может ни полноценно жить, ни окончательно умереть<sup>61</sup>.

К сожалению, такая попытка делается сегодня без каких-либо серьезных обоснований, а только «по ощущениям», «на глазок», хотя очевидно, что древнее размытое понятие «обход закона» — антипод понятий «модернизация» и «инновационность».

Кстати, понять истинную природу понятия «обход закона» позволяет латинский язык. Буквальный перевод понятий *fraus legi, agere in fraudem legis*: «обман в отношении закона», «действовать обманом в отношении закона». Но неужели с обманом нельзя

---

<sup>61</sup> *Vetsch J. Die Umgehung des Gesetzes. — Zurich, 1917. S. 5.*

бороться иным образом, а необходимо привлекать именно «полумертвое» для современного права понятие?

### **37. Некоторые иные характеристики попытки внедрить «обход закона» в ГК РФ**

Данное понятие именно для ГК РФ просто излишне: в ГК РФ имеется достаточно иных инструментов, позволяющих защитить публичные интересы и пресекать маскировку неправомерности.

Кроме того, государство и суды обладают и иными средствами борьбы с маскировкой неправомерности. Еще один просто излишен.

Кто-то усмотрит в этой попытке патернализм. Отчасти это так, но 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?

Вообще говоря, с исторической точки зрения понятия «обход закона» возникло в «юной», «незрелой» правовой системе, а его широкое использование — скорее «детская болезнь» права, признак нежелания государства брать ответственность за свои ошибки, «взрослеть». Со стороны более развитых обществ Запада все это выглядит несколько инфантильно и вызывает улыбку. Не вполне понятно, зачем выставлять себя на посмеище такими «играми в слова».

Далее, это ничто иное как политика двойных стандартов со стороны государства в отношении общества и экономики.

Это 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.

Более того, с социологической точки зрения, используя такой инструмент, государство лишней раз демонстрирует обществу свое недоверие и «консервирует» традицию взаимного недоверия на будущее. Это стратегическая ошибка со стороны государства: для него было бы оптимально продемонстрировать обществу именно доверие.

Как уже говорилось, одна из характеристик понятия «обход закона» — наличие у него «амбивалентности»: как правового, так и околоправового статуса. Можно утверждать, что данное понятие во многом утратило правовой смысл и на сегодняшний день более чем наполовину перешло в околоправовые сферы, в которых собственно право смешано с политической конъюнктурой и обыденными представлениями о праве. **Именно поэтому его внедрение в ГК РФ будет говорить не только о том, что регулирование в ГК РФ в какой-то мере является публичным, но и о том, что оно стало еще и публицистичным.**

Это весьма опрометчивый и неосторожный шаг.

Данная попытка представляет собой чистой воды эксперимент над ГК РФ и обществом, причем эксперимент безответственный.

### **38. «Обход закона» и геополитическая конкурентоспособность российского права и России**

В современном мире мощь государств определяется не только величиной его армии или ВВП: это еще и привлекательное правовое регулирование.

Внедрение в ГК РФ понятия «обход закона» привлекательность России снизит. Участники оборота будут стремиться еще больше избегать его применения, нежели сегодня (хотя и сегодня они его не жалуют).

Соответственно, если мы хотим успеха России в геополитической конкуренции, то от внедрения в ГК РФ понятия «обход закона» лучше воздержаться.

### **39. «Обход закона: закрепление в ГК РФ или же в судебной практике?»**

Если суды хотят экспериментировать, то в разумных пределах это следует даже поощрять: на то они и суды. Но почему не ограничить такие их эксперименты сферой судебной практики, разъяснений высших судебных инстанций?

Неужели им нужно позволять делать сферой своих экспериментов ГК РФ? Неужели не разумнее предложить более тщательное исследование понятия «обход закона» в теории и судебной практике и только потом делать выводы?

### **40. «Обход закона» и его будущее в свете конституционного права России**

Нельзя исключать, что внедрение в ГК РФ понятия «обход закона» станет поводом для рассмотрения в КС РФ какого-либо дела по поводу конституционности ст. 10 ГК РФ.

Это действительно было бы интересным делом, свидетельствующим о векторе развития российской цивилистики, общества и государства.

### **41. «Обход закона»: возврат к ГК РСФСР?**

Как известно, ст. 49 «Недействительность сделки, совершенной с целью, противной интересам государства и общества» ГК РСФСР 1964 г. предусматривала: *«Если сделка совершена с целью, заведомо противной интересам социалистического государства и общества, то при наличии умысла у обеих сторон — в случае исполнения сделки обеими сторонами — в доход государства взыскивается все полученное ими по сделке, а в случае исполнения сделки одной стороной с другой стороны взыскивается в доход государства все полученное ею и все причитавшееся с нее первой стороне в возмещение полученного; при наличии же умысла лишь у одной из сторон все полученное ею по сделке должно быть возвращено другой стороне, а полученное последней либо причитавшееся ей в возмещение исполненного взыскивается в доход государства».*

Несложно заметить сходство конструкции в данной статье с теорией «обхода закона», предлагающей считать недопустимыми именно те действия, которые идут вразрез с целью или интересами закона: формально такие действия никакие правила не нарушают, но достигают цель, которой закон противится, или ущемляют его интересы.

Двадцать лет назад от такой конструкции отказались как не соответствующей требованиям рынка (вместо нее в ГК РФ появилась ст. 169 «Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности»).

Однако сегодня ностальгия по всему советскому докатилась, видимо, и до ГК РФ, что неудивительно: разработчики ст. 10 формировались как юристы именно в советские времена.

### **42. «Обход закона» и будущее цивилистики и судебной практики: некоторые выводы**

В свете указанных выше моментов внедрение понятия «обход закона» в ГК РФ будет объективно в российских условиях нарушать баланс частных и публичных интересов.

Однако при виде попыток такого внедрения впадать в панику не следует: отечественная цивилистика переживала и не такие над ней опыты и эксперименты.

Время расставит все на свои места. Скорее всего, понятие «обход закона» по истечении определенного времени окажется «мертворожденным понятием», случайным и преходящим для истории отечественной цивилистики эпизодом.

Учитывая сдержанность и разумный консерватизм ВАС РФ, не следует предрекать бурный расцвет понятия «обход закона» в отечественной цивилистике.

Другой вопрос, что как всегда, «на местах будут перегибы» и количество «пострадавших» (в том числе невольно) будет достаточно велико. Но им, наверное, можно будет утешаться тем, что они стали важным объектом грандиозного опыта «экспериментаторов-цивилистов» и тем, что таковы российские условия. Поэтому в целом с глобально-исторической точки зрения понятия «обхода закона» бояться не следует.

Другой вопрос, насколько смешно с такой точки зрения данный эксперимент будет происходить и насколько наши потомки сочтут своих предшественников впавшими в несерьезность?

#### **44. Единственный позитивный момент с «обходом закона» в ГК РФ**

Единственный позитивный момент с попыткой ввести понятие «обход закона» в ГК РФ состоит в том, что эта попытка делается судьями ВАС РФ в расчете на укрепление своей собственной власти в будущем, что свидетельствует о том, что в России наконец-то начинается конкуренция между ветвями власти, которая пойдет российскому обществу, экономике и государству на пользу. Но вреда от такой попытки для отечественной цивилистики гораздо больше.