

ИНСТИТУТ ЗАРУБЕЖНОГО И
МЕЖДУНАРОДНОГО
ЧАСТНОГО ПРАВА ИМЕНИ МАКСА ПЛАНКА

<Логотип>
ОБЩЕСТВО ИМЕНИ МАКСА
ПЛАНКА

Директора: Проф. д-р Ю. Базедов, проф. д-р Х. Фляйшер
проф. д-р Р. Циммерманн FBA FRSE

Проф. д-р Юрген Базедов

Проф. Алексею Костину,
заведующему кафедрой международного
частного и гражданского права Московского
государственного института международных
отношений Министерства иностранных дел РФ
(Университет МГИМО),
Москва / Россия

Тел.: +49-(0)40-41 900-0
Прямой набор: +49-(0)40-41 900-316
Факс: +49-(0)40-41 900-309
basedow@mpipriv.de

Гамбург, 02.02.2011 г.

Постановка вопросов

Предметом рассмотрения является предложение о внесении изменений в ст. 10 российского Гражданского кодекса (ГК РФ). В соответствии с этим предложением обход закона следует рассматривать как частный случай злоупотребления субъективным правом, подлежащий явному запрету.

Ниже сначала излагаются догматические основы правового института материально-правового обхода закона в германском праве со ссылками на общеевропейские тенденции (I), а затем приводятся некоторые соображения о возможных последствиях введения явного запрета на обход закона в ГК РФ (II). Обход закона в аспекте коллизионного права предметом данного заключения не является.

Заключение

I. Концепция обхода закона в германском праве

1) Понятие обхода закона

Понятие «обход закона» описывает ситуацию, когда действия адресата нормы хотя и не совпадают с прямо запрещенными данным законом действиями, все же однако ведут к результату, на предотвращение которого данная норма направлена.

Staudinger-Sack, Kommentar zum BGB [Штаудингер-Зак, Комментарий к Гражданскому уложению Германии], переработка 2003, § 134, № 145, с дальнейшими ссылками; Teichmann, Die Gesetzesumgehung im Spiegel der Rechtsprechung [Тайхманн, Обход закона в зеркале судебной практики], ЮристенЦайтунг 2003, 761 (762); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts [Ларенц/Вольф, Общая часть гражданского права], 9-е издание, 2009, § 40, №. 31.

Из судебной практики см., например, BGH NJW 1991, 1060 (1061). В данном случае два предприятия, связанные друг с другом через материнскую фирму, уступили друг другу требования к одному и тому же несостоятельному предприятию. Суд определил, что для этих уступок не было разумных экономических оснований и что смысл этих уступок состоял лишь в том, чтобы приблизить момент возникновения взаимозачета в ущерб другим кредиторам несостоятельного предприятия, так что эти уступки являлись запрещенным обходом закона.

Как типичный пример обхода норм закона рассматриваются также случаи обхода концессионной обязанности, см., например, Высший суд земли (OLG) в г. Хамм, NJW 1986, 2440. В данном случае в качестве официального владельца ресторана выступало одно лицо, а на самом деле рестораном владело и управляло другое лицо, которое не могло предъявить наличие у него требуемой концессии. По мнению суда, в данном случае посреднический договор, на основе которого была совершена сделка и который был направлен на обход концессионной обязанности, являлся ничтожным.

Как обход закона рассматривается, как правило, также наем мастера-ремесленника в качестве руководителя предприятия, который не должен работать в этом качестве, а нанимается лишь для того, чтобы предприятие формально выполнило требования, предъявляемые к ремесленным предприятиям, Palandt-Ellenberger, Kommentar zum BGB [Паландт-Элленбергер, Комментарий к Гражданскому уложению], 69-е издание, 2010, § 134, №. 29.

Таким образом, обход закона имеет место, когда посредством избранного юридического оформления действий лица цель правовой нормы подрывается.

2) Разграничение с другими институтами

В то время как в судебной практике Европейского суда понятия «обход закона» и «злоупотребление правом» иногда смешиваются,

Ср. Fleischer, Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischen Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht [Фляйшер, Злоупотребление правом между общеевропейским частным правом и общим частным

правом], *ЮристенЦайтунг* 2003, 866 (870); Basedow, *Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht* [Базедов, *Запрет на злоупотребление правом и обход закона в европейском частном праве*], в книге.: *Festschrift für M.P. Stathopoulos* [Юбилейный сборник в честь М.П. Статопулоса], т. 1, 2010, с. 161.

в германской юридической догматике проводится различие между этими двумя институтами. Обход закона отличается от злоупотребления правом тем, что злоупотребление правом выражается в выходе за рамки его действительного содержания и смысла, а также вопреки его функциональной цели,

Siehr, Gesetzesumgehung [Зур, *Обход закона*], в книге: *Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HBW)* [Базедов/Хопт/Циммерманн (ред.), *Справочник Европейского частного права*], т. 1, 2009, с. 742.

а при обходе закона, напротив, имеет место претензия на обоснование полностью действующего права, когда посредством частных усилий создаются правоустанавливающие факты. Но с точки зрения правопорядка это обоснование является искусственной конструкцией, и эти факты не могут иметь последствий, которыми их должна была бы наделить предписанная норма права. Таким образом, правопорядку противоречит не осуществление субъективного права, а способ его оформления.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos [Юбилейный сборник в честь М.П. Статопулоса], т. 1, с. 161.

Различие между обходом закона и мнимой сделкой состоит в том, что при обходе закона целью является действительное правовое действие, в то время как мнимая сделка (§ 117 BGB) призвана лишь инсценировать действительную сделку.

Siehr, HBW, т. 1, с. 742.

§ 117 Гражданского уложения (BGB) гласит:

Мнимая сделка. (1) Если волеизъявление, которое должно быть обращено к другому лицу, с согласия последнего сделано лишь для вида, то оно ничтожно.

(2) Если мнимая сделка совершена с целью прикрыть другую сделку, то применяются предписания, относящиеся к прикрываемой сделке.

При совершении мнимой сделки у сторон отсутствует воля к достижению правового действия, они хотят лишь создать внешнее впечатление совершения сделки. Поэтому вопреки формулировке § 117 ч. 1 BGB при совершении мнимой сделки отсутствует сам факт волеизъявления. Таким образом, речь не идет о мнимой сделке, если результат, к которому стремятся стороны, предполагает действительную сделку. В частности, сделка с обходом закона также не является мнимой сделкой, поскольку правовые последствия сделки, согласованные сторонами, и являются желаемыми.

Palandt-Ellenberger, § 117, № 1—4.

Если при заключении договора в качестве контрагента используется так называемое «подставное лицо», то предпосылки для мнимой сделки, как правило, отсутствуют. Дело в том, что стороны обычно действительно хотят наступления заявленных правовых последствий, поскольку в ином случае экономическая цель, к которой они стремятся, не была бы достигнута или была бы достигнута без достаточных правовых оснований. То же самое происходит даже тогда, когда контрагент знал о подставном характере другого контрагента; в данном случае решающее значение имеет то, действительно ли стороны хотели наступления правовых последствий их договоренности — в частности, обусловленных этим обязанностями для них самих.

BGH NJW-RR 07, 1209. В данном деле речь шла о заключении договора об аренде охотничьих угодий через подставное лицо, которое действовало за счет и в экономических интересах акционерного общества (АО). При этом подставное лицо лишь формально взяло на себя роль арендатора, поскольку АО не имело права заключать договор об аренде охотничьих угодий, что было известно другому контрагенту и с чем он согласился. Вопреки решению предыдущей инстанции Федеральный суд квалифицировал данные действия не как обход закона, а как мнимую сделку. Дело в том, что стороны исходили из того, что реальными правами и обязанностями по договору об аренде охотничьих угодий будет наделено не подставное лицо, а стоящее за ним АО. Наложение обязательств на подставное лицо при этом не предполагалось ни с какой точки зрения.

Таким образом, следует различать обход закона и злоупотребление правом. В германском праве мнимая сделка также рассматривается как категория, отличная от обхода закона, хотя в отдельных случаях могут возникать трудности разграничения.

3) Законодательное регулирование

Исторически законодатель Германии сознательно отказался от установления общего запрета на обход закона в Гражданском уложении (BGB). Такое регулирование означало бы слишком сильное вмешательство в свободу судьи в плане толкования законов и вызвало бы опасность того, что некоторые сделки были бы объявлены ничтожными.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches [Протоколы комиссии по второму чтению проекта Гражданского уложения], т. I, с. 123; см. также Staudinger-Sack, § 134, № 149 и далее.

Следует отметить, что в общеевропейском масштабе лишь немногие европейские правовые порядки содержат общий предписанный запрет на обход закона.

Siehr, HBW, m. I, c. 748; Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, m. I, c. 167.

Пример такого явного запрета содержится в испанском Гражданском кодексе, ст. 6 ч. 4. Там зафиксировано следующее:

«Действия, предпринятые на основе буквального значения нормы и нацеленные на результат, который запрещен законом или противоречит ему, считаются совершенными в обход закона и не мешают надлежащему исполнению нормы, на обход которой они были направлены».

Нередко встречаются, однако, нормы, которые по сути направлены против обхода закона, хотя их формулировки зачастую ничего не говорят о подобных намерениях сторон или целях действий. Так, например, обязательная доля законного наследника частично защищена также от прижизненных распоряжений наследодателя (в германском праве см. §§ 2325 BGB). Другой пример — защита имущества несостоятельного должника, которая обеспечивается правом обжалования (в германском праве см. § 1 и далее Закона о порядке обжалования — Закон об обжаловании юридических действий должника вне конкурсного процесса от 05.10.1994, BGBI. I. c. 2911).

Подробнее: Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, m. I, c. 168.

Явный запрет на обход закона встречается в германском праве только в некоторых специальных нормах — например, §§ 306a, 312g пр. 2, 475 ч. 1 пр. 2, 487 пр. 2, 511 пр. 2 (ранее § 506 ч. 1 пр. 2), 655e ч. 1 пр. 2 BGB.

Так что следует подчеркнуть, что германское право не содержит общего прямого запрета на обход закона.

4) Неписанный общий запрет на обход закона?

Возникает, правда, вопрос о том, не существует ли общий неписанный запрет на обход закона.

а) Приоритет толкования закона

В немецкой юридической литературе и судебной практике господствует мнение, что такой общий запрет на обход закона не нужен, поскольку компетентное толкование закона, ориентированное на цель правовой нормы, которую пытаются обойти, в целом позволяет предотвратить попытки обхода закона. Если это возможно, то нет необходимости в самостоятельной теории обхода закона.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, m. I, c. 168; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts [Флуме, Общая часть гражданского права], m. II: das Rechtsgeschäft [Сделка], 3-е изд. 1979, § 17, 5, c. 351—352; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB [Медикус, Общая часть ГУ Германии], 9-е изд. 2006, № 660; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs [Общая часть Гражданского уложения], 2-е изд. 2006, № 1121; Münchener Kommentar zum BGB-

Armbrüster [Мюнхенский комментарий к ГУ-Армбрюстер], 5-е изд. 2007, § 134, № 15.

В данной связи следует подчеркнуть, что в отличие от российского права в германском праве толкование норм гражданского права подчиняется иным правилам. В российском праве относительно большое значение имеет толкование текста нормы:

Например: Суханов, Гражданское право, том 1, с. 116. Автор считает недопустимым телеологическое толкование [т.е. толкование, ориентированное на смысл и цель закона] гражданско-правовой нормы, которое отклоняется от текста закона.

В то же время в германском праве значение текстуального толкования закона в немалой степени ограничивается в пользу других методов толкования — в частности, так называемого «телеологического», то есть толкования, ориентированного на смысл и цель закона. Поскольку принятие какой-либо нормы всегда является выражением регулятивного намерения законодателя, цель, которую преследует норма, можно считать главным критерием при поиске ее правильного понимания. При этом конкретное дело, подпадающее под формулировку закона, может быть изъято из сферы применения нормы, поскольку оно не порождает соответствующей потребности в регулировании (телеологическая редукция [т.е. ограничительное толкование]). С другой стороны, с помощью телеологического расширения [т.е. расширительного толкования] может быть достигнута регулятивная цель по делу, которое не подпадает под текстуальную формулировку нормы.

Ср. по теме «телеологическая редукция и телеологическое расширение»: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft [Ларенц/Канарис, Методическое учение правоведения], 3-е изд. 1995, с. 210 и далее, с. 216 и далее; Bitter, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik [Биттер, Основы гражданско-правовой методике], JuS 2009, с. 289 (294 и далее).

Таким образом, толкование гражданско-правовой нормы может и должно вести к результату, который не укладывается в текстуальную формулировку нормы. Данный метод толкования не разрешается применять только в уголовном праве и в ущерб обвиняемому (ст. 103 ч. 2 Основного закона — далее: GG). При толковании других норм ограничением толкования является не буква, а возможный смысл закона.

Так, например, четко сформулированный в § 306а BGB запрет на обход закона, содержащий ссылку на положения §§ 305—310 BGB, практически не находит применения, что, возможно, обусловлено структурой этих норм. В §§ 305—306 BGB используются широкие юридические термины, под которые при умелой интерпретации можно подвести все случаи, подпадающие под защиту этих норм. §§ 308 и 309 BGB могут по-прежнему входить в сферу действия широко сформулированного состава § 307 BGB, обход которого можно было бы себе представить лишь в исключительных случаях.

Münchener Kommentar zum BGB-Beckow [Мюнхенский комментарий к ГУ-Базедов], 5-е изд. 2007, § 306а, № 3.

Наконец, следует иметь в виду, что в тех случаях, когда телеологическое толкование не решает проблему, пробел в законе может быть заполнен с помощью института аналогии права.

Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, § 134, № 16.

Итак, в качестве промежуточного результата мы можем констатировать, что на данном этапе развития германской правоведческой методики существуют довольно широкие возможности для того, чтобы достичь удовлетворительных результатов, не прибегая к общему запрету на обход закона.

b) Самостоятельное значение общего запрета на обход закона?

В немецкой юридической литературе лишь немногие авторы выступают за признание самостоятельного запрета на обход закона.

Münchener Kommentar zum BGB — Mayer-Maly/Armbrüster [Мюнхенский комментарий к ГУ — Майер-Мали/Армбрюстер], 4-е изд. 2001, § 134, № 16. Следует, правда, учитывать тот факт, что в последующем 5-м издании это мнение было опущено. См. также Staudinger-Sack, § 134, № 151 — здесь запрет на обход закона считается частным случаем аморального поведения согласно § 138 BGB.

В немецкой юридической литературе и судебной практике преобладает мнение, что запрет на обход закона самостоятельного значения не имеет.

Таким образом, обход закона представляет собой проблему или аргументационный подход при толковании правовых норм. То есть, обход закона — это не особая причина для ничтожности юридического действия и не самостоятельный правовой институт, а случай применения телеологического толкования, то есть, следовательно, вопрос применения права, связанный с действием права и реализацией регулятивного содержания самой нормы.

Palandt-Ellenberger, § 134, № 28, Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, § 134, № 15; Teichmann, Die Gesetzesumgehung im Spiegel der Rechtsprechung [Тайхманн, Обход закона в зеркале судебной практики], JZ 2003, 761 (767); Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB [Зёргель-Хефермель, Комментарий к ГУ], 13-е изд. 1999; § 134, № 37 и далее; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40, № 31—32; Siehr, HWB, т. 1, с. 742; Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, т. I, с. 186.

По-прежнему категорично: BGHZ 110, 47 (64). В данном случае речь шла о том, действительно ли был внесен вклад в увеличение уставного капитала акционерного общества. В этом плане существовали сомнения, поскольку акционер, который должен был сделать вклад, предоставил обществу кредит как поставщик. Этот кредит был погашен обществом спустя всего несколько дней после внесения вклада. Федеральный суд истолковал эти действия как скрытый имущественный вклад и ввиду этого как

обход предписаний, которые регулируют внесение имущественных вкладов и которые следует рассматривать как реализацию принципа реального внесения капитала.

В частности, указывается на то, что специальное правовое регулирование в вышеуказанных нормах нельзя рассматривать как аргумент в пользу самостоятельного значения запрета на обход закона в германском праве. Поскольку эти правила представляют собой имплементированное [в Германии] европейское право по защите потребителя, законодатель хотел с их помощью соответствовать строгим требованиям, которые Европейский суд предъявляет к реализации соответствующих директив. Согласно этим требованиям адресат права должен с достаточной четкостью распознавать в самом законе свои обеспеченные европейским законодательством права — к которым также относится закрепленная в европейских директивах защита от обхода закона.

Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, 5-е изд. 2007, § 134, № 15.

Так, Федеральный суд в связи с запретом на обход закона указал на § 5 Закона об отмене сделок «на ходу» (Закон об отмене сделок «на ходу» и аналогичных сделок, от 16 января 1986 г., BGBl. I, с. 122): «Запрет на обход закона равносителен призыву законодателя не проявлять сдержанности при применении закона, а ориентироваться на цель, которую преследует закон».

BGHZ 113, 287 (289). Ответчица подписала поручительство в ходе организованного должником визита представителя кредитора в дом ответчицы. Ответчица сослалась на Закон об отмене сделок «на ходу», в § 1 которого записано: «Потребитель вправе (...) отказаться от договоров с предпринимателем, предмет которых является платная услуга и к заключению которых он был побужден в результате устных переговоров на своем рабочем месте или в рамках частного жилья (...)». Федеральный суд отклонил претензию ответчицы, обосновав это тем, что поручительство как средство обеспечения кредита экономически несравнимо с договором о платных услугах, так что об обходе положений Закона об отмене сделок «на ходу» говорить не приходится. (Здесь, правда, следует сделать оговорку: данный подход успел утратить актуальность в связи с судебной практикой Европейского суда, Palandt-Grüneberg § 312, № 8).

Следует согласиться с тем, что запрет на обход закона в германском праве не имеет самостоятельного значения и выводится лишь из того, что нарушенная норма претендует на продолжение своего действия. Общая теория обхода закона в частном праве имеет еще и потому ограниченную значимость, что частное право по идее как раз предоставляет инструменты для частных подходов. Частная автономия означает, что отдельный индивид в принципе по своему усмотрению может использовать инструменты частного подхода, чтобы с их помощью достичь своих целей. Из этого вытекает, что запрет на обход закона может априори применяться только там, где обходятся императивные нормы. Поскольку императивный характер правовых норм в свободном обществе в принципе является исключением и требует особого распоряжения, обход закона

представляет собой не общую, а специальную проблему, когда речь идет об отдельных обойденных правовых нормах.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, m. I, s. 168 с дальнейшими ссылками.

Следует, наконец, отметить, что запрет на обход закона в законодательствах большинства стран Евросоюза также рассматривается скорее как предмет толкования законов, чем как самостоятельный правовой принцип. Так, например, обращает на себя внимание тот факт, что процитированное выше положение испанского Гражданского кодекса четко связывает действие запрета на обход закона с «надлежащим исполнением (нарушенной) нормы». В законодательстве Европейского Союза конкретизация запрета на обход закона также всегда выводится по отдельным случаям.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, m. I, s. 186; Siehr, HWB, m. 1, s. 742.

Таким образом, мы можем констатировать, что проблема обхода закона в германском праве рассматривается как проблема толкования правовых норм и согласно господствующему мнению не имеет самостоятельного значения.

с) Последствия в плане отношения к запрету на обход закона

Если, присоединяясь к господствующему мнению, исходить из того, что запрет на обход закона вытекает из неизменной действительности обойденной нормы и не опирается при этом ни на какие дополнительные правовые принципы, представляется необходимым проверять действительность сделок, с помощью которых осуществляется обход законного запрета, по предпосылкам, указанным в § 134 BGB [см. ее текст ниже].

Таково господствующее мнение, ср. Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, 5-е изд. 2007, § 134, № 18; Staudinger-Looschelders/Olzen, Kommentar zum BGB [Штаудингер-Лоошельдерс/Ольцен, комментарий к Гражданскому уложению], редакция 2009, § 242, № 400; Palandt-Ellenberger, § 134, № 28, все с дальнейшими ссылками.

В частности, следует заметить, — хотя может показаться очевидным, что обход нормы надо расценивать как нарушение принципа добросовестности, — что в германском праве до сих пор не были разработаны специальные нормы на основе § 242 BGB. Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242, № 400. Предложение о том, чтобы рассматривать сделки, обходящие закон, как подгруппу сделок, противоречащих общепринятым нормам морали, также не нашло поддержки. Staudinger-Sack, § 134, № 151 с дальнейшими ссылками.

Поскольку запрет на обход закона вытекает из неизменной действительности нарушенной нормы, для сделок, посредством которых осуществляется обход законного запрета, это означает, что они лишь тогда являются ничтожными, если сделка была бы ничтожной при прямом нарушении согласно § 134 BGB.

Staudinger-Sack, § 134, № 145.

§ 134 BGB гласит:

Законный запрет. Сделка, нарушающая установленный законом запрет, ничтожна, если законом не предусмотрено иное.

Следует учитывать то обстоятельство, что, несмотря на внешнее сходство с § 168 ГК РФ, в применении § 134 BGB имеются большие отличия от российского права. Так, например, законными запретами считаются только такие императивные нормы, которые запрещают предмет или осуществление сделки, то есть порицают сделку как таковую.

Staudinger-Sack, § 134, № 30.

Вопрос о том, имеется ли запрещающий закон, следует по-прежнему отличать от вопроса, соответствует ли последствие ничтожности смыслу и цели нарушенного запрещающего закона.

Staudinger-Sack, § 134, № 34; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40, № 10.

Ответить на эти вопросы можно посредством толкования нарушенного закона. Так что в германском праве не любое прямое нарушение закона ведет к ничтожности совершенной сделки.

В отношении детального рассмотрения § 134 BGB в германской судебной практике ср. Palandt-Ellenberger, § 134, № 14 и далее. Так, например, продажа вещи в магазине розничной торговли в воскресенье в нарушение закона о режиме работы магазинов не ведет к ничтожности договора купли-продажи, поскольку запрет на продажу направлен не против сделки как таковой, а лишь против ее обстоятельств, Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40, № 18.

Из-за привязки запрета на обход закона к действию обойденного закона согласно господствующему мнению достаточно объективного нарушения, наличие намерения обойти закон при этом не обязательно.

BGHZ 110, 47 (64) (данное дело уже излагалось выше); Staudinger-Sack, § 134, № 145 с дальнейшими ссылками.

Таким образом, мы можем констатировать, что действительность сделки, посредством которой осуществляется обход законного запрета, устанавливается исходя из предпосылок § 134 BGB.

5) Промежуточный итог

В германском праве обход закона не является ни особым основанием для признания сделки ничтожной, ни самостоятельным правовым институтом. Его

считают случаем применения телеологического толкования, то есть вопросом применения права. Так что запрет на обход закона увязан с действием права и осуществлением регулятивного содержания обойденной нормы.

II. Возможные последствия введения в российское законодательство запрета на обход закона

Возникает вопрос о том, к каким последствиям в российском гражданском праве может привести введение запрета на обход закона в российский Гражданский кодекс.

1) Предварительные размышления

Для начала надо отметить, что заимствование из зарубежного права какого-либо правового института или же отдельной нормы, как правило, не может автоматически привести к тому, что воспринятый правовой институт или норма будет иметь в воспринимающем законодательстве тот же самый эффект, что и в законодательстве, из которого он заимствован.

Следует учитывать то, что в современном понимании правовая норма без понимания культурного контекста, из которого она заимствуется, вовсе не обязательно ведет к тем же самым интерпретационным результатам.

Legrand, The Impossibility of «Legal Transplants» [Легран, Невозможность «трансплантации права»], Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, 111 и далее.

Право надо скорее рассматривать как когнитивный институт, в котором отдельные нормы существуют не изолированно и не независимо друг от друга, но интегрированы в целостную систему, которую местные правоприменители должны понимать и принимать, чтобы она эффективно работала.

Pistor, The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies [Пистор, Стандартизация права и его влияние на развивающиеся экономики], American Journal of Comparative Law 50 (2002), 97; Berkowitz/Pistor/Richard, The Transplant Effect [Берковиц/Пистор/Ричард, Эффект трансплантации], American Journal of Comparative Law 51 (2003), 163; Knieper, Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht [Книпер, Возможности и границы трансплантации права], RechtsZ 72 (2008), с. 88. По прежней концепции, согласно которой история права — это по большей части история заимствований и ассимиляции идей из других юридических систем, ср. Pound, The Formative Era of American Law [Паунд, Эпоха формирования американского права], 1938, с. 94. Ср. также: Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law [Уотсон, Юридические трансплантации. Подходы к сравнительному праву], 2-е изд., 1993.

При имплементации заимствованного правового института в какой-либо правовой порядок заимствованная норма нередко обретает новое содержание, на которое может влиять не только правовая культура, в которую она интегрируется, но и соответствующий общественный дискурс.

Ср. на примере введения принципа добросовестности в английское право: Teubner, Legal Irritants, Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences [Тойбнер, Правовые раздражители.

Добросовестность в британском праве или как унификация права приводит к новым противоречиям], *Modern Law Review* 1998, 11 (17—18).

В частности, в правовых системах, переживающих трансформацию, к которым относится и российское законодательство, следует обратить внимание на то, что конфликт между заимствованной нормой и остальными правовыми институтами может произойти на гораздо более глубоком уровне, что в любом случае происходит тогда, когда заимствованный правовой институт несет в себе новую социальную программу.

Пример взаимодействия принципа диспозитивности и принципа обязательности судебных решений в российском гражданско-процессуальном праве: Kurzynsky-Singer/Pankevich, Wechselwirkung der Dispositionsmaxime und des Grundsatzes der Allgemeingültigkeit der gerichtlichen Entscheidungen im zeitgenössischen Verfahrensrecht Russischer Föderation [Курзински-Сингер/Панкевич, Конфликт-взаимодействие принципов диспозитивности и обязательности судебных решений в современном процессуальном праве РФ], Государство и право, 2010, № 9, 36—46. Немецкоязычная версия вскоре в ZEuP; см. также: Nußberger, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost [Нусбергер, Перенос конституционного права с Запада на Восток], Osteuropa 60 (2010), с. 81—96].

Чтобы составить мнение о том, возможна ли вообще на нынешнем этапе имплементация запрета на обход закона по немецкому образцу в российском законодательстве и к каким последствиям привело бы введение в ГК РФ явного запрета на обход закона, представляется необходимым разъяснить, какова общая система германского права, в которую встроены запрет на обход закона.

2) Конституционные границы телеологического толкования в германском гражданском праве

Как уже указывалось выше, в германском праве запрет на обход закона представляет собой случай применения телеологического толкования [т.е. толкования, ориентированного на смысл и цель закона]. Цель телеологического толкования состоит в том, чтобы выявить регулятивную цель нормы и сформулировать такое понимание этой нормы, которое наилучшим образом реализует эту цель.

Bitter, JuS 2009, 289 (294). Ср. выше, раздел I 4) а).

При этом сначала на передний план выдвигается намерение законодателя — особенно, когда речь идет о новых законах. Если же намерение законодателя остается неясным или же если оно уже не может — вследствие серьезного изменения ситуации или же в общем контексте правопорядка — рассматриваться как определяющее, то прибегают к объективно-телеологическим критериям. К ним относятся структуры соответствующей правовой сферы, а также общие принципы правопорядка.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4, № 50.

В частности, при этом следует иметь в виду, что из-за приоритета конституции перед простым законом конституционные основы частного права оказывают большое влияние на применение и развитие частного права.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4, № 59.

Поэтому телеологическое толкование правовой нормы опирается на систему оценок, характерную для всего законодательства и, в частности, для конституционного права, а также — через принцип толкования в соответствии с общеевропейским законодательством — европейского права.

При телеологическом толковании запрещающих законов согласно § 134 BGB (применение запрета на обход закона) следует, таким образом, учитывать положения, содержащиеся в конституции Германии. Наряду со специальными основными правами граждан, которые могут быть нарушены при слишком широком толковании запрещающей нормы, необходимо принимать во внимание, в частности, положения ст. 2 ч. 1 Основного закона Германии (GG).

Ст. 2 ч. 1 GG гласит:

Каждый имеет право на свободное развитие своей личности в той мере, в какой он не нарушает прав других и не посягает на конституционный строй или нравственные нормы.

Данная норма воспринимается в смысле общей свободы действий, в рамках которой каждый человек в принципе вправе осуществлять или не осуществлять любое действие.

Абсолютно господствующее мнение, ср., например: Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Hopauf-Hoffmann, Kommentar zum Grundgesetz [Шмидт-Бляйтрой/Хоффманн/Хопауф-Хоффманн, Комментарий к Основному закону], 12-е изд. 2011, ст. 2, № 3, с дальнейшими ссылками.

Значение общей свободы действий, таким образом, состоит в обеспечении защиты от недопустимых ограничений свободы.

Maunz/Düring-Di Fabio, Grundgesetz, Stand 59. Ergänzungslieferung [Маунц/Дюринг-Ди Фабио, Основной закон, 59 серия поправок], München 2010, ст. 2, № 46.

Данное положение воспринимается также как основа для свободы заключения договоров и частной автономии.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4, № 51.

Так что каждый запрещающий закон и, разумеется, каждый основанный на этом запрещающем законе запрет на обход закона должен быть согласован с требованиями конституции — по крайней мере, с принципом общей свободы

действий, а в отдельных случаях и с другими основными правами граждан. В частности, закон, затрагивающий общую свободу действий, то есть, в том числе, любой запрещающий закон в понимании § 134 BGB, должен быть соразмерным. Соразмерность закона предполагает, что закон преследует легитимную цель, направлен на ее достижение с помощью допустимых с конституционной точки зрения средств, что не существует более мягких, но столь же эффективных средств для достижения этой цели и, наконец, что был достигнут баланс различных интересов, которые затрагивает данная норма, причем безупречным с конституционной точки зрения способом (соразмерность в узком смысле).

В качестве примера такой оценки см. решение Федерального конституционного суда Германии (BVerfG) от 06.06.1989 г., NJW 1989, 2525 (2527) («Верховая езда в лесу»).

В данном случае речь шла о конституционности нормы земельного (регионального) законодательства, которая разрешала верховую езду в загородных зонах отдыха только по специально отведенным дорожкам для верховой езды. Конституционный суд определил, что законодатель тем самым преследовал вполне согласную с нормами конституции цель, стремясь защитить пешеходов, которые также могли сослаться на ст. 2 ч. 1 GG. Разделение этих двух способов использования дорожек также способствует достижению защитной цели. В то же время столь же эффективно, но в меньшей мере затрагивающего права всадников средства к достижению этой защитной цели не обнаруживается и подателем жалобы предложено не было. Наконец, эта норма соразмерна и в узком смысле. Закон обеспечивает справедливый компромисс между равноценными конкурирующими правами пользования, учитывая, с одной стороны, в первую очередь интересы большей группы людей, а с другой стороны, требуя соразмерного обустройства дорожек для верховой езды.

Важно подчеркнуть, что эти конституционные требования и пределы толкования гражданско-правовых норм как основа и оценочная шкала правопорядка учитываются при любом толковании гражданско-правовых норм, хотя соответствующие размышления, как правило, остаются за рамками конкретного обоснования судебных решений.

В тенденции учет гарантированных конституцией свобод при толковании запрещающих законов в понимании § 134 BGB ведет к ограничению запретов или, соответственно, к расширению пространства свободы и, тем самым, пространства частной автономии. Использование этих пространств является тогда легитимным. Тогда его можно критиковать и запрещать как обход закона лишь в порядке исключения.

Таким образом, мы можем констатировать, что в германском праве практическое применение запрета на обход закона имеет ограничения, которые обусловлены системой оценок германского правопорядка — в частности, конституционного права.

3) **Возможные последствия принятия строгого запрета для российского права**

Возникает вопрос о том, какие последствия могло бы иметь введение в российский Гражданский кодекс явного запрета на обход закона.

В первую очередь следует принять во внимание то обстоятельство, что российское гражданское право не обладает описанными выше коррективами со стороны конституционного права. Догматика защиты основных прав здесь развита мало по сравнению с германским правом. Вызывает также сомнения то, что российское конституционное право уже на данный момент является удобным для создания оценочной шкалы для российского правопорядка. Того места, которое конституционное право занимает в программе подготовки российских юристов, на наш взгляд, для этого тоже явно недостаточно. Период действия конституции пока недостаточен для того, чтобы закрепленные в ней основополагающие ценности прочно вошли в правосознание граждан.

Cp. Nussberger, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost, Osteuropa, 60 (2010), с. 81—96.

Кроме того, можно предположить, что на оценочную шкалу российского правопорядка в разных аспектах все еще влияет советское право.

Cp. Nussberger, Die Frage nach dem tertium comparationis. Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts [Нусберггер, Вопрос о tertium comparationis. О трудностях сравнительного анализа российского права], ROW (Recht in Ost und West) 1998, 81 и далее; тот же автор, Zur Entwicklung der Rechtskultur in Russland [О развитии правовой культуры в России], Russlandanalysen, № 32, 25.06.2004, с. 2 и далее; Knieper, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung: Delikate Abgrenzung zwischen Judikative und Legislative [Книпер, Интерпретация, аналогия и развитие права: тонкое разграничение между судебной и законодательной властью], WiRO 2003, с. 65 и далее; на русском языке: Государство и право, 2003, № 8; Kühn, Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement [Кюн, Разные миры: Западноевропейская и центрально-европейская правовая культура под воздействием расширения ЕС], American Journal of Comparative Law, т. 52 (2004), с. 531 и далее.

Из вышесказанного вытекает, что прямой запрет на обход закона, введенный в российский Гражданский кодекс, будет развиваться на основе оценочной шкалы российского права и потому будет иметь другие последствия, чем соответствующий институт германского права. Хотя вряд ли можно детально предсказать, как будет развиваться правовой институт, опираясь на опыт его существования в рамках другого правопорядка, на наш взгляд, вполне можно предположить, какие тенденции здесь могут возникнуть.

В частности, можно предположить, что в нынешних условиях российским судам будет чрезвычайно трудно создать необходимые ограничители и коррективы для сформулированного в общей форме и самостоятельно действующего запрета на обход закона. Исходя из этого, представляется целесообразным напомнить о

вышеизложенных сомнениях исторического германского законодателя относительно введения в Гражданское уложение явного запрета на обход закона. Формальное применение закона, к которому иногда склонны российские суды, могло бы — за отсутствием корректирующих возможностей, основанных на ценностной шкале — привести к тому, что реализация запрета на обход закона чрезмерно расширила бы сферу применения запрещающих законов, что обусловило бы возврат к принципу «запрещено все, что явно не разрешено».

С учетом этих соображений введение в российский Гражданский кодекс явного запрета на обход закона представляется малоцелесообразным.

III. Результат

Введение в российский Гражданский кодекс прямого запрета на обход закона представляется малоцелесообразным, поскольку возникают опасения, что российским судам будет чрезвычайно трудно создать необходимые ограничители и коррективы для сформулированного в общей форме и самостоятельно действующего запрета на обход закона.

<Подпись>

Проф. д-р Юрген Базедов

<Подпись>

Д-р Евгения Курцински-Сингер

<Печать>

Институт международного
и частного права имени
Макса Планка
Гамбург