

## 10.11. ЗАПРЕТ «ОБХОДА ЗАКОНА» В ПРАВЕ РОССИИ И ГЕРМАНИИ

*Захарова Ольга Евгеньевна, аспирант кафедры гражданского права*

*Место учебы: Уральский государственный юридический университет*

*olga\_zakharova\_1992@inbox.ru*

*Аннотация: в научной статье рассматривается действие запрета «обхода закона» в российском гражданском праве, а также закрепление конструкции «обхода закона» в праве Германии. Рассмотрены некоторые признаки присущие конструкции «обхода закона». Сформулированы выводы с учетом юридической специфики данного феномена, исходя из анализа немецкого и российского гражданского законодательства.*

*Ключевые слова: законодательный запрет, обход закона, злоупотребление правом.*

### THE BAN OF «CIRCUMVENTION OF THE LAW» IN RUSSIA AND GERMANY LAW

*Zakharova Olga E., postgraduate student*

*Study place: The Ural State Law University*

*olga\_zakharova\_1992@inbox.ru*

*Annotation: the article discusses the effect of the ban «circumvention of the law» in Russian civil law, as well as the consolidation of the design of «circumvention of the law» in German law. Some features inherent in the construction of «circumvention of the law» are considered. The conclusions are formulated taking into account the legal specifics of this phenomenon, based on the analysis of German and Russian civil legislation.*

*Keywords: legal prohibition, circumvention of the law, an abuse of discretion.*

Субъектам гражданских правоотношений предоставляется достаточно широкий простор выбора способов реализации субъективного права, что приводит к возможности более частого злоупотребления правом отдельными недобросовестными субъектами.

С учетом реформирования гражданского законодательства «обход закона» в Российской Федерации стал рассматриваться, как правонарушение, что является не совсем корректным. Изменения в ст. 10 были внесены Федеральным Законом от 30 декабря 2012 года № 302 ФЗ: «Не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав» (злоупотребление правом).

Законодатель не раскрыл понятие «действие в обход закона», возможно, это было сделано специально, т.к. невозможно предусмотреть весь перечень действий и ситуаций, при которых факт наличия «обхода закона» можно считать установленным.

Подобное закрепление запрета приводит к переносу в российскую правовую систему особого правового установления, закрепляя новый правовой институт из немецкого правопорядка. Российскому законодателю необходимо ориентироваться на конструкцию «обхода закона», существующую в немецком праве, при этом стоит учитывать, что это будет обосновано только тогда, когда российское право воспримет коррективы и ограничения, принятые в европейских правопорядках. К примеру, как это есть в немецком праве. Чтобы давать прогнозы, как будет законодательное установление запрета «обхода закона» развиваться, следовало бы принять во внимание и учесть, что общество не стоит на месте, а развивается с достаточно быстрой скоростью. Стоит отметить, что в сравнении с немецким правом, российская догматика защиты основных прав и свобод человека не получила высокого развития.

С одной стороны, необходимо опасаться, что легальное закрепление конструкции «обхода закона» приведет к необоснованному расширению действий данного запрета и возврату к принципу: запрещено все, что законодательно не закреплено. С другой стороны, введение данного инструментария просто необходимо, так как действующих правовых средств не хватает для борьбы со всевозможными случаями возникновения на практике «обхода закона».

Согласно Постановлению Пленума Верховного суда РФ от 23.06.2015г. № 25 п. 8: «К сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она была совершена. В частности, такая сделка может быть признана недействительной на основании положений статьи 10 и пунктов 1 или 2 статьи 168 ГК РФ. При наличии в законе специального основания недействительности такая сделка признается недействительной по этому основанию (например, по правилам статьи 170 ГК РФ)»<sup>1</sup>.

Обходные лазейки, как правило, становятся причиной использования права во вред другим участникам гражданских правоотношений, при этом они не затрагивают действие ст.170 ГК РФ. Если «обход закона» совершается посредством притворной сделки, тогда необходимо применять норму статьи 170 ГК РФ, которая гласит, что мнимая сделка, то есть сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия. Аналогично, что притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, в том числе сделку на иных условиях, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа и содержания сделки применяются относящиеся к ней правила, но если мы по

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВС РФ № 25 от 23.06.2015 «О Применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации».

каким-либо причинам не можем применить ст. 170 ГК РФ, тогда соответственно необходимо применять норму, непосредственно касающуюся «обхода закона».

Важный момент состоит в том, что недействительность сделки при противоречии общепринятым нормам морали и нравственности в России предусмотрена ст. 169 ГК РФ: «Сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна и влечет последствия, установленные статьей 167 настоящего Кодекса».

Сравнение ст.169 ГК РФ и § 134 Германского гражданского уложения (далее ГГУ) показывает существенные различия. В то время, как § 134 ГГУ говорит лишь о правонарушении: «Запрет, установленный законом. Сделка, нарушающая установленный законом запрет, недействительна, если из закона не следует иное», в ст.169 ГК РФ говорится о сделке, совершенной с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, признается ничтожной.

Всеобщий законодательный запрет «обхода закона» в европейских правопорядках, как правило, встречается. Например, данный запрет можно встретить в гражданском кодексе Испании, где в статье 6 говорится о том, что поступки, действия, которые совершались согласно дословному смыслу нормы и преследуют результат, который запрещается правопорядком и противоречит ему, являются «обходом закона». Данный «обход» никак не затрагивает и не влияет на применение норм, в отношении которых предпринимались меры по обходу.

Большинство правопорядков отказывается от писаного недопущения запрета «обхода закона». Анализ судебной практики позволяет сделать вывод, что «обход закона» встречается и в публичном праве, но более характерен для частного права. Такое положение объясняется тем фактом, что в публичных отношениях проявляется государственное управление, где государство вправе ограничивать права и свободы своих граждан только в случаях, предусмотренных законом. Нормы публичного права носят, в основном, императивный характер. Чаще всего встречается обход частноправовых и процессуальных норм с целью получения каких-либо выгод, преимуществ. Эту противоположность в публичном и частном праве можно объяснить тем, что в частном праве судья правомочен восполнить по смыслу «недостающую» норму или недостаток (упущение) правового регулирования, посредством толкования смысла закона. В публичном же праве судья лишен такой возможности.

«Обход закона» можно рассмотреть на примере одного из дел, рассмотренных Арбитражным судом Западно-Сибирского округа, когда клиент поручил банку перевести денежные средства своему работнику (на его счет, открытый в том же банке). Однако банк на этот момент прекратил осуществлять операции в связи с введением банкротных процедур. Клиенту было известно об этом. Суд квалифицировал такие действия как обход закона, обосновав следующим образом: такие действия, учитывая, что в течении предшествующих 5 лет клиент не выплачивал заработную плату работникам, необходимо рассматривать как обход закона с целью получения работником как физическим лицом сумм страховых выплат<sup>2</sup>.

Практически каждое законодательство отдельных европейских стран, так или иначе, запрещает «обход закона», это происходит путем установления общего запрета, либо путем специального (прямого) законодательного запрета. К примеру, в

Швейцарии сформулировано положение, согласно которому статья 2 ШГУ: «При осуществлении прав и исполнении обязанностей каждый должен поступать по доброй совести. Очевидное злоупотребление правом не пользуется защитой».<sup>3</sup> В Швейцарии сформулирован широкий подход к пониманию злоупотребления правом, применении данной статьи исходит из объективного критерия «доброй совести». Подобное положение содержится и в Гражданском кодексе Испании (статья 6 абзаца 4). Часто указывается на недопустимость нарушения права применительно к какой-либо сфере деятельности (семейной, предпринимательской, налоговой). Не всегда само нарушение закона, напрямую, связано с принципом «добросовестности», в то время как «обход закона» затрагивает именно этот принцип. Вышеуказанное свидетельствует о том, что законодатель при создании кодификационных актов частного права прописал «явный» запрет на «обход закона», пусть это и происходит в каждой стране по-разному. Этому есть разумное объяснение, поскольку никто не может однозначно определить, когда именно происходит нарушение права, а когда происходит «обход закона». Поэтому многие европейские правопорядки ограничиваются исключительно единичной общей формулировкой недопустимости нарушения закона, или же основываются на генеральном принципе запрета поведения, нарушающего требования принципа добросовестности. Кроме того, законодатель хотел избежать ситуации, при которой ему необходимо будет наполнять закон неясными и неоднозначными формулировками, тем самым, ограничивая права участников гражданского оборота.

В юридической литературе, как правило, часто возникает вопрос о том, что «обход закона» – это самостоятельное правовое явление или – это «действительное» нарушение смысла правовой нормы?

В законодательстве Германии отсутствует потребность в установлении прямого запрета «обхода закона», так как само толкование и уяснение смысла закона позволяет достичь цели предупреждения «обхода закона» и соблюсти баланс между «обходом закона» и правовыми нормами, там, где это представляется возможным.

Толкование гражданско-правовых норм в немецком праве происходит по иным правилам, нежели в России, к примеру, в то время как в российском праве особо высокое значение имеет буквальное толкование смысла и значения слова, в немецком же праве буквального толкования нет, а существует телеологическое толкование, а именно, посредством уяснения смысла правовой нормы через выяснение целей ее создания.

Институт зарубежного международного частного права имени Макса Планка в своем заключении пишет о том, что понятие «злоупотребление правом» и «обход закона» иногда отождествляются, но, как правило, 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, 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

<sup>2</sup> Постановление от 20.02.2015 по делу №А27-472/2014.

<sup>3</sup> Швейцарское Гражданское Уложение 10 декабря 1907 года. Пер. К.М. Варшавского. Петрофад,1915.

факты не могут иметь последствий, которыми их должна была бы наделять предписанная норма права. Таким образом, правопорядку противоречит не осуществление субъективного права, а способ его оформления<sup>4</sup>.

Если говорить о том, что «обход закона» – это самостоятельное правовое явление, то необходимо отметить, что «обход закона» преобладает в случае, если сторонами стирается цель конкретного правового предписания посредством определенной выработанной модели поведения. Такое понимание соответствует германской правовой доктрине, которая, как и российская, требует грамматического толкования значения слов и выражений. Столь различное значение в ряде случаев используется недобросовестными лицами в своих схемах в качестве средства для злоупотреблений гражданскими правами.

Квалификация действий субъекта, совершенных в «обход закона», имеет исключительно дескриптивную функцию (т.е. описание уже осуществленных процессов познания). А именно, происходит с одной стороны описание особой модели поведения субъекта, имеющей в своей основе типичные структурные характеристики (обхода закона), с другой стороны результат решения о применении или неприменении обходимой нормы<sup>5</sup>.

В немецкой судебной практике в качестве классического примера действий совершенных в «обход закона» рассматривается обход обязанности по получению разрешения (т.е. концессия). Иллюстрацией такого рода тезиса является, пример когда владелец одного заведения получает разрешение на ведение дел (maklergeschäft), при этом в действительности управлением и ведением дел данного заведения занимается иное лицо (истинный владелец), который концессию не при каких-либо условиях не получил. Как было установлено судом, в данном случае в достижении цели по «обходу закона» был заключен договор который был направлен на «опосредование» бизнеса, а именно руководитель предприятия был назначен «номинально», только для того чтобы выполнить формальные требования закона<sup>6</sup>.

В любом случае конструкции «обхода закона» свойственно то, что посредством использования специально выработанной формы правового поведения, цели и задачи на которые данная норма направлена, не достигаются. Законодатель, как было сказано выше, отказался от закрепления в ГГУ специального запрета «обхода закона». Установление подобного запрета сильно бы отразилось на свободе толкования закона правоприменителем (судьями) и вызвало бы опасность того, что множество разрешенных сделок могли бы быть признаны судом недействительными. Лишь немногие европейские национальные правовые системы содержат законодательный запрет на «обход закона». Следует отметить, что в России данный запрет был установлен. Достаточно интересным с точки зрения подхода к формулированию запрета злоупотребления правом следует признать предписания Гражданского кодекса Испании 1889г. Часть 1 ст. 7 Кодекса предписывает, что гражданские права должны осуществляться добросовестно, а часть 2 уточняет: «...закон не охраняет злоупотребление правом или антисоциальное осуществление этого права. Любое действие

или бездействие, осуществляемое с намерением, явно выходящим за нормальные границы осуществления права и влекущее за собой ущерб для третьих лиц, служит основанием для соответствующей компенсации и применения правовых мер, направленных на пресечение злоупотребления»<sup>7</sup>.

По господствующему мнению в научной доктрине, законодательные запреты «обхода закона» декларативны, т.е. носят формальный характер. Такое положение вещей вполне обоснованно, если рассматривать «обход закона» в качестве правовой проблемы толкования. Хотя если посмотреть с другой стороны, то конкретные примеры из практики возвращают нас к необходимости правового регулирования, так как появляется потребность в применении нормы права.

В литературе высказана позиция, согласно которой, запрет «обхода закона» не следует выделять. Представляется, к данной позиции стоит относиться критически, так как примеры образующие конструкцию «обхода закона» довольно часты на практике<sup>8</sup>.

Последствия самого факта существования тех норм, что стороны пытаются обойти, требует критического осмысления самих норм и понимания их значения (смысла). В этой связи запреты «обхода» дают предпосылку толкования, т.е. уяснение общих положений и смысла законодательства.

На практике же понимание норм имеет несколько иное значение. Это обусловлено не тем фактом, что более совершенная форма нормативного толкования, а тем фактом, что посредством деятельности законодателя происходит углубление и расширение сферы действия права, что также касается и сделок, направленных в «обход закона». В этой связи подавляющее число примеров можно привести из «особых» сделок заключенных «на ходу» (например у ворот дома, на улице, на месте работы).

Немецкий ученый Класс предлагает гражданско-правовые нормы классифицировать на действительно (истинные) и «псевдо запреты» «обхода закона». По его мнению действительно (истинные) запреты (echte Umgehungsverbote) «обхода закона» это те, при которых применяются последствия той нормы, которую стороны пытались обойти.

Псевдо запреты (unechte Umgehungsverbote), напротив, должны регулировать случаи, когда «обход закона» вызывает особые правовые санкции (последствия). Функция таких норм состоит не в том, чтобы найти гражданско-правовое решение для случаев «обхода закона», а в том, чтобы выработать основы для применения правовой санкции<sup>9</sup>.

Примером псевдо-запретов (unechte Umgehungsverbote) могут служить нормы, содержащиеся в Законе о ценных бумагах (AktG), в Законе об обществах с ограниченной ответственностью (GmbHG). В данных законах указаны последствия «обхода закона», которые имеют своей целью санкционирование конкретного правового последствия (сохранение акций, получение дивидендов, приобретения акций и т.д.).

Практическое применение запрета «обхода закона» в немецком праве ограничено, что обусловлено особенностью конституционного права, историческими предпосылками, а также системой ценностей, принятых в праве. Это полностью соответствует либеральному подходу, который составляет

<sup>4</sup> Siehr, Gesetzesumgehung (Зуп, «Обход закона»), в книге: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWB) (Базедов/Хопт/Циммерманн (ред.), Справочник Европейского частного права)т.1, 2009, С. 742.

<sup>5</sup> Susanne Sieker. Umgehungsgeschäfte.S.11.

<sup>6</sup> BGB NJW 1991, S. 1060, 1061.

<sup>7</sup>Гражданские и торговые кодексы зарубежных стран: сборник законодательства. Современное зарубежное частное право: учеб, пособие / под ред. С.Н. Медведева, С.О. Звонков. Ставрополь, 1999. С. 366.

<sup>8</sup> Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer,AGBG, § 7 Rdnr.1m.w.N.

<sup>9</sup> Klass, Buyout von Aktiengesellschaften, S.23 ff.

основу немецкого гражданского правопорядка. Только в качестве исключения при «обходе закона» автономия воли может быть подвержена ограничениям или может быть запрещена.

Таким образом, как в Германии, так и в России конструкция «обхода закона» используется часто в судебной практике применительно к толкованию норм права при выявлении цели (смысла) закона. Понятие законодательный запрет «обхода закона» точно не формулируется, однако, правовое регулирование «обхода закона» установлено. Подобный запрет имеет своей целью исключить на практике случаи «обхода закона». Действующий механизм правового регулирования злоупотребления правом необходимо совершенствовать. Субъекты, вступая в гражданские правоотношения, осуществляя свои права должны осознавать возможные правовые последствия, которые могут наступить в результате осуществления их поведения.

*Статья проверена программой «Антиплагиат». Оригинальность 82,94%.*

#### Список литературы:

1. Постановление Пленума ВС РФ № 25 от 23.06.2015 «О Применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации».
2. Постановление от 20.02.2015 по делу №А27-472/2014.
3. Швейцарское Гражданское Уложение 10 декабря 1907 года. Пер. К.М. Варшавского. Петрофад, 1915.
4. Siehr, Gesetzesumgehung (Зур, «Обход закона»), в книге: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWB) (Базедов/Хопт/Циммерманн (ред.), Справочник Европейского частного права) т.1, 2009, С. 742.
5. Susanne Sieker. Umgehungsgeschäfte.S.11.
6. BGB NJW 1991, S. 1060, 1061.

7. Гражданские и торговые кодексы зарубежных стран: сборник законодательства. Современное зарубежное частное право: учеб, пособие / под ред. С.Н. Медведева, С.О. Звонок. Ставрополь, 1999. С. 366.

8. Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer,AGBG, § 7 Rdnr.1m.w.N.

9. Klass, Buyout von Aktiengesellschaften, S.23 ff.

#### РЕЦЕНЗИЯ

на статью О. Е. Захаровой «Запрет «обхода закона»  
в праве России и Германии»

Рецензируемая работа аспиранта кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета Захаровой Ольги Евгеньевны посвящена актуальной в настоящее время проблеме «обхода закона».

Автор исследует различные подходы к пониманию природы «обхода закона» и его влияние на гражданские правоотношения. Обновленная редакция Гражданского кодекса включила одну из форм злоупотребления правом – «обход закона», что дает основания для толкования данной статьи. Рассматриваются законодательные запреты «обхода закона» в России и стран германской правовой семьи.

Полезным для целей исследования является обращение автора к опыту иностранных правопорядков, выделение запретов «обхода закона», а также примеры судебной практики по делам, связанных с применением данной конструкции.

По результатам исследования автором делаются выводы, которые могут оказаться востребованными.

На основании изложенного представляется, что статья О. Е. Захаровой «Запрет «обхода закона» в праве России и Германии» соответствует требованиям, предъявляемым к научным статьям, и может быть опубликована в изданиях из перечня Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки Российской Федерации.

доктор юридических наук, профессор

М.Н. Семякин