**МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
ИНСТИТУТ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ
(УНИВЕРСИТЕТ)
МИД РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

На правах рукописи

МУРАНОВ АЛЕКСАНДР ИГОРЕВИЧ

ПРОБЛЕМА “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ И КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ

Специальность 12.00.03 – Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право

**ДИССЕРТАЦИЯ НА СОИСКАНИЕ УЧЕНОЙ СТЕПЕНИ
КАНДИДАТА ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК**

**НАУЧНЫЙ РУКОВОДИТЕЛЬ –
КАНДИДАТ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК,
ПРОФЕССОР С.Н. ЛЕБЕДЕВ**

МОСКВА – 1999

ВВЕДЕНИЕ 5

АКТУАЛЬНОСТЬ ТЕМЫ ИССЛЕДОВАНИЯ 5

СТЕПЕНЬ РАЗРАБОТАННОСТИ ТЕМЫ В ПРАВОВОЙ ЛИТЕРАТУРЕ 6

ПРЕДМЕТ ИССЛЕДОВАНИЯ 7

ЗАДАЧИ И ЦЕЛИ ИССЛЕДОВАНИЯ 7

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ И ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИССЛЕДОВАНИЯ 8

НАУЧНАЯ НОВИЗНА И ОБОСНОВЫВАЕМЫЕ ВЫВОДЫ 9

НАУЧНАЯ ЗНАЧИМОСТЬ 16

ПРАКТИЧЕСКАЯ ЗНАЧИМОСТЬ 17

АПРОБАЦИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИССЛЕДОВАНИЯ 18

СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ 19

ГЛАВА I. СУЩНОСТЬ ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И ПРОБЛЕМЫ “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ ПРАВЕ 20

Предварительные замечания 20

РАЗДЕЛ I. ПОНЯТИЕ “ОБХОД ЗАКОНА” В ЧАСТНОМ ПРАВЕ 23

Параграф 1. Установление содержания понятия “обход закона” на основе гражданского права РСФСР 20-60-х годов 24

Выводы к параграфу 1 35

Параграф 2. Краткий обзор места понятия “обход закона” в частном праве на различных этапах его развития в правовых системах некоторых государств 39

Выводы к параграфу 2 45

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ I 46

РАЗДЕЛ II. ПОНЯТИЕ “ОБХОД ЗАКОНА” В РАЗЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ ОТРАСЛЯХ И В ПРАВЕ В ЦЕЛОМ 47

Параграф 1. Понятие “обход закона” в различных отраслях права и в различных правовых семьях 47

Выводы к параграфу 1 53

Параграф 2. Характеристики понятия “обход закона” 54

Выводы к параграфу 2 68

Параграф 3. Правовой феномен, обозначаемый понятием “обход закона” 69

Выводы к параграфу 3 71

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ II 72

РАЗДЕЛ III. ФЕНОМЕН “ОБХОДА ЗАКОНА” И НЕКОТОРЫЕ ДРУГИЕ СВЯЗАННЫЕ С НИМ ПРАВОВЫЕ ЯВЛЕНИЯ 73

Параграф 1. Фикции 74

Параграф 2. Презумпции 77

Параграф 3. Юридические лица 78

Параграф 4. Фидуциарные сделки 81

Параграф 5. Некоторые другие материально-правовые институты с наличием “легальной” видимости 83

Параграф 6. Некоторые иные случаи использования и наличия видимости в праве 84

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ III 94

РАЗДЕЛ IV. СОДЕРЖАНИЕ, СТРУКТУРА И МЕХАНИЗМ ДЕЙСТВИЯ ФЕНОМЕНА “ОБХОДА ЗАКОНА”. ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ФЕНОМЕНУ “ОБХОДА ЗАКОНА” 103

Параграф 1. Содержание, формы и структура феномена “обхода закона” 103

Выводы к параграфу 1 115

Параграф 2. Механизм действия феномена “обхода закона” 117

Выводы к параграфу 2 122

Параграф 3. Способы противодействия “обходу закона” 123

Выводы к параграфу 3 129

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ IV 130

ВЫВОДЫ К ГЛАВЕ I 131

ГЛАВА II. ПОНЯТИЕ “ОБХОД ЗАКОНА” В ИСТОРИЧЕСКОМ АСПЕКТЕ. КРИТИКА ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И НЕКОТОРЫХ ТЕОРИЙ “ОБХОДА ЗАКОНА” 133

РАЗДЕЛ I. ПРИЧИНЫ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И СУЩЕСТВОВАНИЯ В ПРАВЕ ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” 133

Параграф 1. Причины возникновения в праве понятия “обход закона” 133

Параграф 2. Факторы, влияющие на существование в праве понятия “обход закона” 153

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ I 163

РАЗДЕЛ II. КРИТИКА ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И НЕКОТОРЫХ ТЕОРИЙ “ОБХОДА ЗАКОНА” 164

Параграф 1. Критика понятия “обход закона” 164

Параграф 2. Критика некоторых теорий “обхода закона” 168

Параграф 3. Некоторые общие дополнительные возражения против использования в праве понятия “обход закона” 192

Параграф 4. Понятие “обход закона” как обозначение использования видимости правомерности 193

Параграф 5. Место понятия “обход закона” в отечественном праве 195

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ II 203

ВЫВОДЫ К ГЛАВЕ II 204

ГЛАВА III. ПРОБЛЕМА “ОБХОДА ЗАКОНА” В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ 207
Предварительные замечания **207**

РАЗДЕЛ I. НЕКОТОРЫЕ АНАЛОГИИ МЕЖДУ ПРОБЛЕМОЙ “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ И КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ 215

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ I 221

РАЗДЕЛ II. КРИТИКА ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И ТРАДИЦИОННОЙ ТЕОРИИ AGERE IN FRAUDEM LEGIS DOMESTICAE В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ 222

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ II 250

РАЗДЕЛ III. КРАТКИЙ АНАЛИЗ ПРИЧИН СУЩЕСТВОВАНИЯ РАЗЛИЧИЙ В ПОДХОДАХ К ТРАДИЦИОННОЙ ТЕОРИИ AGERE IN FRAUDEM LEGIS DOMESTICAE В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ РАЗЛИЧНЫХ ГОСУДАРСТВ 251

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ III 254

ВЫВОДЫ К ГЛАВЕ III 255

ПЕРЕЧЕНЬ МАТЕРИАЛОВ, ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ПРИ НАПИСАНИИ ДИССЕРТАЦИИ 258

МАТЕРИАЛЫ НА РУССКОМ ЯЗЫКЕ 258

МАТЕРИАЛЫ НА ИНОСТРАННЫХ ЯЗЫКАХ 265

БИБЛИОГРАФИЯ НЕКОТОРЫХ РАБОТ, ПОСВЯЩЕННЫХ ПРОБЛЕМЕ “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ И В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ 268

НА АНГЛИЙСКОМ ЯЗЫКЕ 268

НА НЕМЕЦКОМ ЯЗЫКЕ 268

НА ФРАНЦУЗСКОМ ЯЗЫКЕ 270

НА ДРУГИХ ЯЗЫКАХ РОМАНСКОЙ ГРУППЫ 271

НА ИНЫХ ЯЗЫКАХ 272

ВВЕДЕНИЕ

АКТУАЛЬНОСТЬ ТЕМЫ ИССЛЕДОВАНИЯ

Попытки построения в России рыночной экономики начали предприниматься относительно недавно и не могли не обусловить появление многочисленных сложностей и проблем. К числу важнейших из них относится неудовлетворительность частноправового регулирования многих только начинающих формироваться отношений, проявляющаяся, в частности, в его неадекватности новым условиям. Данный тезис применим в том числе и к российскому коллизионному регулированию: его неадекватность складывающимся потребностям международного гражданского и торгового оборота проявляется еще более рельефно.

Такое отсутствие надлежащего правового регулирования и несовершенство имеющегося во многом обусловили то, что в условиях современной России очень многие действия субъектов права как в материальной, так и в коллизионной сфере регулирования, можно охарактеризовать как “обход закона” в том смысле этого понятия, который придается ему в диссертационном исследовании. Можно утверждать, что реалии сегодняшней России представляют из себя очень интересный материал для исследования проблемы “обхода закона”. В этих условиях предпринятое исследование не может не обладать актуальностью.

Кроме того, проблема “обхода закона” в коллизионном праве представляет собой очень интересный аспект более общей проблемы действия коллизионной нормы. Несмотря на ее существование в коллизионном праве в течение уже нескольких столетий, она до сих пор вызывает неоднозначные оценки, а методы урегулирования обозначаемого ей явления в различных правовых системах существенно друг от друга отличаются. Соответственно, теоретико-компаративистский анализ такой проблемы имеет большое значение как для теории, так и для практики российского коллизионного регулирования.

Более того, исследование проблемы “обхода закона” в коллизионном праве, которая тесно связана со многими коллизионными институтами и в которой сконцентрировались очень сложные вопросы коллизионного регулирования, может помочь отечественному международному частному праву во многом критически взглянуть на его прошлое, усвоить положительный опыт западного права в отношении решения данной проблемы и на основе этого подняться на новую ступень своего развития.

При этом весьма существенно то, что исследование проблемы “обхода закона” в коллизионном праве неразрывно связано с анализом этой проблемы в материальном праве: без изучения последнего первое рискует остаться неполным и неадекватным.

Сказанное обусловливает актуальность обстоятельного теоретического исследования достаточно специфической и сложной проблемы “обхода закона” как в материальном, так и в коллизионном праве.

СТЕПЕНЬ РАЗРАБОТАННОСТИ ТЕМЫ В ПРАВОВОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

В отечественной юридической литературе (как до 1917 г., так и в советской и в современной) отсутствуют какие-либо специальные исследования юридической природы понятия “обход закона” и того правового феномена, который этим понятием обозначается. Сказанное верно применительно как к материальному, так и к коллизионному праву. Однако проблема “обхода закона” кратко подвергалась анализу в рамках более общих работ. Среди таких работ, посвященных материальному праву, можно отметить, в частности, следующие: Растеряев Н. “Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная” (СПб, 1900), Вавин Н.Г. “Ничтожные сделки (ст.30 Гражданского Кодекса РСФСР и УССР и последствия ее нарушения)” (М., 1926), Перетерский И.С. “Сделки, договоры. Гражданский Кодекс РСФСР. Научный комментарий (с учетом гражд. код. союзных респ.). Выпуск V” (М., 1929), Новицкий И.Б. “Сделки. Исковая давность” (М., 1954), Иоффе О.С. “Советское гражданское право” (Л., 1958), Рабинович Н.В. “Недействительность сделок и ее последствия” (Л., 1960).

Что же касается отечественных работ по коллизионному праву, то среди тех, в которых проблеме “обхода закона” было уделено некоторое внимание, следует назвать, в частности, следующие: Иванов Н. “Основания частной международной юрисдикции” (Казань, 1865), Мандельштам А.Н. “Гаагские конференции о кодификации международного частного права” (СПб, 1900), Брун М.И. “Международное частное право (Курс, читанный в Московском коммерческом институте в $19^{10/11}$)” (на правах рукописи. М., год издания не указан), Гойхбарг А.Г. “Международное право” (М., 1928), Макаров А.Н. “Основные начала международного частного права” (М., 1924), Крылов С.Б. “Международное частное право” (Л., 1930), Лунц Л.А. “Курс международного частного права. Общая часть” (М., 1973), Галенская Л.Н. “Международное частное право” (Л., 1983), “Международное частное право. Современные проблемы” (М., 1994), Мосс Д.К. “Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража” (М., 1996).

Следует отметить, что в указанных работах анализ проблемы “обхода закона”, осуществляемый кратко и часто попутным образом, не всегда достигал того уровня требований, которые данная проблема реально выдвигает.

Что же касается работ на иностранных языках, то их число достаточно велико и проблема “обхода закона” рассмотрена в них весьма подробно. Автору известно свыше тридцати специальных монографий и столько же специальных статей на английском, французском, немецком, итальянском и испанском языках. Все они приведены в содержащемся в конце диссертации специальном библиографическом перечне.

ПРЕДМЕТ ИССЛЕДОВАНИЯ

Предметом исследования в диссертационном исследовании являются:

содержание нормативных актов, международных соглашений, судебных решений и правовой доктрины, использующих понятие “обход закона”;

правовые явления и действия субъектов права, часто обозначаемые как “обход закона”;

правовой феномен, обозначаемый самим автором как “обход закона”;

правовые институты и явления, связанные с феноменом, обозначаемым автором как “обход закона”;

некоторые теории “обхода закона” в контексте материального права и традиционная теория “обхода закона” в контексте коллизионного права (автор именует такую теорию “традиционной” для того, чтобы отличать ее от теории “обхода закона”, предлагаемой самим автором);

5) правовые связи и закономерности, имеющие отношение к феномену, обозначаемому автором как “обход закона”.

Следует отметить, что реалиям материального права как предмету исследования автором уделено большее внимание по сравнению с реалиями коллизионного права, поскольку ввиду сложности и многоаспектности последнего подробное изложение проблематики, связанной с феноменом “обхода закона” в нем, являлось бы выходящим за объем и рамки диссертационного исследования.

ЗАДАЧИ И ЦЕЛИ ИССЛЕДОВАНИЯ

Основной задачей диссертационного исследования является комплексное рассмотрение понятия “обход закона” и проблемы “обхода закона” в материальном и в коллизионном регулировании. Кроме того, в качестве одной из основных задач автор поставил себе не только анализ и сопоставление взглядов других лиц на

проблему “обхода закона”, но и изложение своей собственной теории “обхода закона” в материальном и в коллизионном праве.

Соответственно, при написании диссертационного исследования автор преследовал следующие цели:

выявить специфические характеристики понятия “обход закона” и феномена, этим понятием обозначаемого, в материальном праве; указать на взаимосвязь феномена “обхода закона” с некоторыми широко используемыми правовыми институтами; проанализировать содержание, структуру, формы и механизм действия данного феномена; указать на способы правового противодействия ему; определить причины возникновения в праве понятия “обход закона” и выявить факторы, влияющие на его существование в праве; дать критику понятия “обход закона” и критику некоторых теорий “обхода закона”, в том числе с точки зрения совершенствования российского права;

продемонстрировать принципиальную схожесть феноменов “обхода закона” в материальном и в коллизионном прав, а также провести некоторые параллели в этом плане между данными двумя правовыми сферами; на примере реалий российского права критически проанализировать понятие “обход закона” и традиционную теорию “обхода закона” в коллизионном праве; выявить причины существования различий в подходах к такой теории в коллизионном праве стран романо-германской и англо-американской правовых семей;

способствовать распространению правильного понимания и употребления понятия “обход закона” в отечественном праве, поскольку неправильное понимание и употребление этого понятия могло бы иметь весьма негативные последствия как для материального, так и для коллизионного регулирования в России.

Ввиду ограниченности объема диссертационного исследования автор не преследовал в качестве цели подробное освещение всех без исключения нюансов, возникающие при рассмотрении проблемы “обхода закона” в материальном и в коллизионном праве. Однако в то же время он стремился продемонстрировать как можно больше таких нюансов.

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ И ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ИССЛЕДОВАНИЯ

При написании работы автором использовались несколько методов научного исследования в их комплексе: формально-юридический, диалектический, логический, юридико-исторический, системно-правовой и сравнительно-правовой. Использование всех указанных методов было направлено на максимально объективное и обстоятельное исследование рассматриваемой проблематики.

Учитывая сложности, связанные с первоначальным анализом понятия “обход закона” (неприемлемость, например, формально-юридического или юридико-исторического метода исследования в их чистом виде), автор счел необходимым прибегнуть к тому, что он сам назвал “индуктивно-позитивистским” методом анализа, состоящим в сравнении различных доктринальных мнений, конкретных правовых норм и судебных решений, использующих понятие “обход закона”, с той целью, чтобы на основе такого первоначального анализа частностей попытаться самым общим образом выявить специфику понятия “обход закона”, а затем при помощи иных методов исследования доказать правильность предложенного понимания этой специфики. В качестве сферы применения такого индуктивно-позитивистского метода автор избрал гражданское право РСФСР 20-60-х годов ввиду того, что в законодательстве РСФСР этого периода (например, в статье 30 ГК 1922 г.), равно как в доктрине и в судебной практике, понятие “обход закона” употреблялось достаточно активно.

Автор также счел возможным в отдельных случаях для большей убедительности сделанных в работе выводов прибегать к таким методам исследования как лингвистический и культурологический.

В процессе исследования использовались теоретические подходы, отраженные в трудах таких отечественных юристов как, в частности, М.И. Брун, Г.Ф. Дормидонтов, А.Н. Жильцов, О.С. Иоффе, Л.А. Лунц, А.Н. Макаров, А.Н. Мандельштам, Д. Мейер, И.Б. Новицкий, А.А. Пиленко, Н.В. Рабинович, Н. Растеряев, О.Н. Садиков.

Кроме того, автором также использовались известные иностранные теоретические работы, связанные с проблематикой диссертации, в частности следующих авторов: Ветша, М. Вольфа, Р. Гравесона, Р. Давида, Р. фон Йеринга, О. Ландо, Б. Оди, Л. Раапе, Дж. Фосета.

НАУЧНАЯ НОВИЗНА И ОБОСНОВЫВАЕМЫЕ ВЫВОДЫ

Диссертационное исследование является первым в отечественном праве многоплановым исследованием понятия “обход закона” и проблемы “обхода закона”, в том числе на основе российского права, включая выявление наиболее перспективных направлений развития последнего в аспекте исследуемой проблематики. Проведенное автором исследование позволило сформулировать и обосновать следующие основные положения и выводы, выносимые на защиту:

1. Понятие “обход закона” представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения совокупности неправомерных действий, которые

заинтересованные субъекты права пытаются представить как законные (иными словами, придать им то, что автор назвал “видимостью правомерности”. Данный термин предлагается автором для использования только в сфере теоретических изысканий по исследуемой проблематике). При этом содержание понятия “обход закона” исчерпывается простым обозначением совокупности таких действий и у него отсутствует самостоятельная правовая природа. Использование видимости правомерности (дающее основания квалифицировать действие как совершенное в “обход закона”) возможно в следующих трех формах: 1) обман (в широком смысле этого термина, включая притворные и мнимые действия); 2) злоупотребление правом; 3) совершение противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий (например, заключение договора аренды имущества, формально допустимого, но с целью совершения преступления).

Соответственно, понятием “обход закона” обозначается феномен использования видимости правомерности (которое автор определяет как попытку представления, при помощи любых способов и форм, действий, неправомерных с точки зрения объективного права, в качестве правомерных).

2. Понятие “обход закона” обладает такими характеристиками, как: необыкновенная неопределенность, достигающая степени внутренней противоречивости; околоправовой статус; эмоциональная нагрузка.

Ввиду таких характеристик данного понятия и отсутствия у него самостоятельной правовой природы (тем более при наличии возможности использования более точных терминов, обозначающих те явления, к которым это понятие применяется) оно является бессодержательным, а его употребление в правовом обороте – не только бессмысленным, но даже влекущим негативные последствия.

3. Понятие “обход закона” является сквозным правовым термином, используемым в различных отраслях права (частного и публичного, материального и коллизионного, внутреннего и международного). При этом данное понятие может быть обнаружено в различных национальных правовых системах. Данный факт может быть объяснен только тем, что понятием “обход закона” обозначается феномен использования видимости правомерности.

4. Автор разработал самостоятельную концепцию “использования видимости в праве” (понимая под видимостью представление чего-либо в искаженном виде), показав, что такая видимость может проявляться в “легальной” и “нелегальной” формах. В частности, к “легальным” формам использования видимости в праве относятся: фикции, презумпции, юридические лица, фидуциарные сделки и

некоторые другие правовые институты. Соответственно, “нелегальной” формой видимости в праве является использование видимости правомерности в тех ее трех типах, на которые уже было указано выше в пункте 1.

“Легальную” и “нелегальную” формы видимости в праве ни в коем случае нельзя отождествлять. Однако иногда такое отождествление происходит, и совершенно законные явления или действия (например, фикции, юридические лица или фидуциарные сделки) необоснованно объявляются “обходом закона”. Непонятные на первый взгляд случаи такого отождествления могут быть объяснены только при помощи категории “использование видимости в праве”: “легальная” форма видимости приравнивается к “нелегальной” только благодаря присутствию элемента, общего для каждой из них.

История права показывает, что позитивное право изначально активно использует “легальную” форму видимости, которая является очень действенным инструментом его совершенствования.

Через призму концепции “использования видимости в праве” могут быть во многом по-новому проанализированы многочисленные правовые явления.

5. К формам феномена “обхода закона” как использования видимости правомерности относятся: 1) все типы обмана (в широком смысле этого термина), включая притворные и мнимые действия; 2) злоупотребление правом; 3) противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия.

При этом очень существенно то, что неотъемлемыми элементами структуры феномена “обхода закона” являются вина субъекта права и проистекающие из его действий неблагоприятные последствия. В отсутствие любого из этих элементов квалификация действия как “обхода закона” невозможна.

6. Объективное право обладает весьма действенными способами борьбы против использования видимости правомерности. При этом англо-американское право обладает некоторыми такими способами, которые являются более действенными по сравнению с используемыми в континентальном праве (в частности, институтом эстоппеля).

7. То мнение, что в римском праве существовала самостоятельная теория “обхода закона” - ошибочно. Однако появление в праве понятия “обход закона” было обусловлено спецификой генезиса римского права, в частности, отсутствием в нем на первых этапах развитой правовой техники, а также его формализмом и консерватизмом.

Возрождение понятия “обход закона” к жизни в континентальном праве и его дальнейшее использование были обусловлены спецификой рецепции римского права в средневековой Европе и являлись, на взгляд автора, правовой ошибкой.

В то же время в странах англо-американской системы права, которые не знали рецепции римского права (или в скандинавских странах, претерпевших рецепцию в меньшей степени), понятие “обход закона” играет весьма незначительную роль.

8. В праве присутствуют тенденции как противодействующие существованию понятия “обход закона” (процесс развития юридической техники; процесс “коммерциализации” права; процесс взаимообогащения различных правовых семей), так и способствующие такому существованию (в частности, процесс “публицизации” права и процесс “социализации” права).

9. Критический анализ понятия “обход закона” демонстрирует, что его существование в праве является излишним и что оно представляет собой правовой реликт.

Критический анализ некоторых теорий “обхода закона” (в частности, обосновывающих точку зрения о том, что совокупность законных действий может вести к нарушению закона или что сознательное создание какого-либо фактического состава с целью обусловить применение к нему одной правовой нормы или избежать действия другой) показывает, что все они основаны на ряде серьезных логических и правовых ошибок и не могут считаться правильными и тем более пригодными для практического использования.

10. Правовая природа феномена “обхода закона” в коллизионном праве принципиально идентична правовой природе феномена “обхода закона” в материальном праве. Ввиду этого между ними могут быть проведены множество интересных параллелей, на первый взгляд неочевидных.

11. Действительная проблема “обхода закона” в коллизионном праве далеко не исчерпывается явлением, традиционно именуемым *agere in fraudem legis domesticae* (искусственным созданием коллизионной привязки к иностранному закону с целью обусловить его применение). Природа истинного феномена “обхода закона” в коллизионном праве далеко не совпадает с природой традиционного явления *agere in fraudem legis domesticae*, а лишь в чем-то с ней пересекается.

Так, природа феномена “обхода закона” в коллизионном праве, подобно природе феномена “обхода закона” в материальном праве, состоит в использовании видимости правомерности, но только в коллизионном плане (в виде: 1) создания искаженного представления о действительном существовании коллизионной привязки (например, указания в договоре на иностранное государство как место его

заключения, в то время как на самом деле договор был заключен в ином государстве); 2) злоупотребления правом в коллизионном плане (например, намеренного выезда лица за границу с целью не платить алименты); 3) совершения действий, допустимых согласно иностранному праву, но противоречащих публичному порядку *lex fori*). В связи с этим можно, в частности, утверждать, что в коллизионном праве категория “нарушение публичного порядка” является более специальной по отношению к категории “обход закона”, а не наоборот, как нередко полагают.

Традиционное же явление *agere in fraudem legis domesticae* является лишь искусственным созданием так называемых “ложных” коллизий законов, которые в рамках классического коллизионного метода регулирования (основывающегося на использовании абстрактного объема коллизионной нормы и жесткой привязки) использованием видимости правомерности являться не могут принципиально. Но между этими двумя феноменами есть и пересечение: несложно заметить, что в свете коллизионного принципа “наиболее тесной связи” искусственное создание “ложных” коллизий законов и попытка претендовать на применение закона, не являющегося объективно более компетентным (то есть более тесно связанным с правоотношением, чем другой национальный закон), на том основании, что у правоотношения с ним все-таки существует какая-то отдаленная связь, будет являться не чем иным, как видимостью правомерности, попыткой представить истинное положение дел в искаженном свете, попыткой представить дело так, что будто закон, не являющийся объективно более компетентным, таковым является, попыткой совершить то, что автор назвал “перераспределением компетенции объективно более компетентного национального закона в пользу объективно менее компетентного”.

12. Соответственно, сознательное и искусственное создание коллизионной привязки в рамках классического коллизионного метода регулирования не может являться чем-то предосудительным с правовой точки зрения, если только при этом не имеет место использование видимости правомерности в коллизионном плане (иными словами, сознательная поездка сторон договора за границу с целью подчинить договор иностранному праву на основе принципа *locus regit actum* не должна в рамках классического коллизионного метода регулирования препятствовать применению иностранного права; однако в тех же самых рамках указание в договоре на иностранное государство как *locus actus* (хотя оно на самом деле им не является) не может иметь следствием применение иностранного права). Причиной этого является то, что классический коллизионный метод регулирования

благодаря используемой им юридической технике сам с неизбежностью “освящает” существование “ложных” коллизий законов и обусловливает возможность искусственного их создания. В таких условиях выдвижение утверждений о том, что искусственное создание коллизионной привязки не может иметь следствием применение иностранного права, являлось бы использованием двойных стандартов.

13. Классический коллизионный метод в том виде, в каком он существует сегодня, в целом не способен разрешить сам по себе проблему традиционного явления *agere in fraudem legis domesticae* в коллизионном праве. Можно сказать, что для этого ему приходится отрицать самого себя и искать спасение в принципе “наиболее тесной связи”: объявление того, что искусственное создание коллизионной привязки не должно иметь следствием применение иностранного права, может основываться исключительно на той посылке, что такой иностранный закон является менее тесно связанным с правоотношением, чем тот национальный закон (*lex domesticae*), в отношении которого была предпринята попытка коллизионного “обхода”.

Более того, можно утверждать, что и объяснить проблему традиционного явления *agere in fraudem legis domesticae* в коллизионном праве, оставаясь только в рамках классического коллизионного метода, невозможно: такое объяснение возможно только при использовании категорий коллизионного принципа “наиболее тесной связи”.

14. Коллизионную теорию, созданную в средние века для противодействия традиционному явлению *agere in fraudem legis domesticae* (именуемую автором “традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae*”) можно назвать “детской болезнью” коллизионного регулирования, через которую ему было необходимо пройти, и которая была вызвана во многом объективно заданным несовершенством юридической техники, выразившейся в чрезмерно широком формулировании объема коллизионных норм и жестким указанием на конкретную привязку. Появление традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* было обусловлено необходимостью разрешить противоречие между указанием классической коллизионной нормы на объективно менее компетентный закон и стремлением суда применить объективно более компетентный закон, причем разрешить в пользу последнего.

15. Традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* сама по себе не способна окончательно разрешить противоречие, которому она обязана своим появлением. Но коллизионное право уже давно обладает гораздо более эффективными способами борьбы с намеренным созданием “ложных” коллизий и

искусственно созданными ситуациями объективно необоснованного перераспределения компетенции между национальными законами. С одной стороны, это отказ от классических коллизионных норм, усложнение структуры и появление новых коллизионных норм, их дифференциация и специализация. С другой - все более широкое распространение на все большее количество правоотношений заимствованного из англо-американской системы коллизионного принципа “наиболее тесной связи”.

Кроме того, к числу таких эффективных и прогрессивных способов относится использование в коллизионном плане относительно недавно начавшего распространяться института императивных норм *lex fori* и императивных норм третьего государства.

16. Можно утверждать, что традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* является не чем иным, как коллизионным принципом “наиболее тесной связи”, но только “поставленным с ног на голову”. Соответственно, в свете современных тенденций развития коллизионного регулирования критика такой теории одновременно не может не являться доказательством прогрессивности указанного принципа.

17. Традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* - реликт в современном коллизионном праве. На определенном этапе развития последнего ее возникновение было неизбежным, и она сыграла свою положительную роль, но отыграв ее, она должна стать достоянием истории, уступить место новым коллизионным подходам. Ее “золотой век”, приходившийся на конец прошлого столетия, прошел. И если причины существования этой теории в прошлом вполне объяснимы и понятны, то ее распространение сегодня в тех условиях, когда коллизионное право обладает несравненно лучшим и восприимчивым к дальнейшему совершенствованию инструментарием, являлось бы не чем иным, как правовым регрессом и тормозом для дальнейшего развития коллизионного права.

18. Имевшее место включение традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* в одну из статей проекта раздела “Международное частное право” части третьей ГК РФ, опубликованного в 1996 г., и сохранение этой статьи в ГК РФ являлись бы крупной ошибкой и шагом назад в развитии российского коллизионного права, поскольку законодательное закрепление такой теории в действующем российском праве означало бы:

разрыв с некоторыми достойными традициями коллизионного права Российской Империи и СССР;

игнорирование печальной судьбы понятия “обход закона” в материальном праве, которая в итоге ждет это понятие и в российском коллизионном праве;

введение в российское коллизионное законодательство внутренне противоречивого околоправового термина “обход закона”;

создание в российском механизме коллизионного регулирования неоправданных технических сложностей и логических противоречий;

использование для разрешения коллизионных вопросов устаревшей, рудиментарной юридической техники;

игнорирование опыта большинства развитых западных стран по этому вопросу;

игнорирование современных тенденций в развитии коллизионного регулирования в мире и очередное “своеобразие” российского права;

уменьшение степени состязательности процесса при рассмотрении российскими правоприменительными органами отношений с иностранным элементом с одновременным очередным повышением степени его инквизиторности, от чего так сложно и медленно отходит российская практика;

введение в российское коллизионное регулирование “защитной оговорки”, совершенно излишней для защиты интересов российского права;

предоставление преобладающему большинству российских судей очередной “подушки для ума”, которой они (при их расположенности в пользу исключительно *lex fori*, а также не достаточно высоком уровне подготовки в сфере коллизионного права) не преминут с большой охотой воспользоваться;

отказ учитывать сложность взаимоотношений объективного права и социальных отношений, могущей проявляться в явлении, именуемом в теории “обратной связью права с социальным отношением”.

НАУЧНАЯ ЗНАЧИМОСТЬ

Научная значимость диссертационного исследования обусловливается:

впервые осуществляемой в отечественном праве попыткой проанализировать понятие “обход закона” и проблему “обхода закона” специально и подробно;

использованием автором специфического метода, названного им индуктивно-позитивистским, для выявления специфических характеристик понятия “обход закона” и обозначаемого им феномена;

предложением автором его собственной теории “обхода закона” в материальном и коллизионном праве в стремлении логично и гармоничным образом объяснить все зачастую противоречащие друг другу нюансы, связанные с рассматриваемой проблематикой;

новизной исследования такой проблематики, показом некоторых привычных правовых явлений в новом свете, формулированием выводов, ранее в отечественном праве не встречавшихся;

критичностью подхода в отношении традиционного восприятия понятия “обход закона” и теорий “обхода закона”;

практической ориентированностью на выработку способов решения проблем регулирования, связанных с понятием “обход закона”;

введением в отечественный научный оборот значительного объема ранее неизвестной иностранной литературы.

Принимая во внимание то обстоятельство, что библиографические ссылки на научную работу служат одним из показателей ее научной значимости, следует отметить, что выводы, сделанные в диссертационном исследовании применительно к проблеме “обхода закона” в коллизионном праве и опубликованные автором в научных статьях, уже нашли отклик в отечественной доктрине (на них ссылается А.Н. Жильцов в своей диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук “Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы)” (защищенной в МГИМО (У) МИД РФ в июне 1998 г.), о них упоминает В.П. Звеков в работе “Международное частное право. Курс лекций” (М., 1999) и они анализируется в статье А.Г. Филиппова “Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве”, опубликованной в сборнике “Актуальные проблемы гражданского права” (М., 1998), выпущенном под эгидой Исследовательского центра частного права при Президенте РФ).

Кроме того, в диссертации используются выводы, за которые дипломная работа автора (защищенная им в МГИМО МИД РФ в 1994 г.) была в 1995 г. награждена Российской ассоциацией международного права Мартенсовской грамотой как исследование, выполненное на высоком научном уровне.

ПРАКТИЧЕСКАЯ ЗНАЧИМОСТЬ

Практическая значимость диссертации обусловливается:

возможностью использования сформулированных в ней выводов в рамках совершенствования российского законодательства (как материального, так и коллизионного) по вопросам, как-либо связанным с феноменом “обхода закона”;

возможностью принятия во внимание содержания диссертации государственными и негосударственными правоприменительными органами в случаях, в которых кем-либо утверждается о наличии “обхода закона”, во избежание неадекватного употребления понятия “обход закона”;

возможностью использования материалов диссертации российским международным коммерческим арбитражем в случаях, сопряженных с применением иностранного права или связанных с необходимостью прибегнуть к категории “обход закона” так, как она понимается в материальном или в коллизионном праве зарубежных государств;

возможностью ссылок на содержание диссертации российскими участниками международного гражданского и торгового оборота в ходе судебных и арбитражных процессов, происходящих за рубежом, в случаях, когда иностранный суд или арбитраж апеллируют к понятию “обход закона” или к концепциям “обхода закона”;

возможностью использования диссертации в специальных учебных целях, в том числе лицами, углубленно изучающими коллизионное право;

возможностью использования диссертации, а также содержащегося в ней библиографического списка работ в качестве основы для дальнейших научных исследований по проблематике “обхода закона”.

АПРОБАЦИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИССЛЕДОВАНИЯ

Диссертация выполнена на кафедре международного частного и гражданского права МГИМО (Университета) МИД РФ. Основные положения диссертации использовались и используются автором в его педагогической и научной деятельности в данном институте.

На основе положений диссертации автор подготовил и представил записку в Исследовательский центр частного права при Президенте РФ для группы разработчиков проекта раздела “Международное частное право” части третьей ГК РФ в отношении статьи 1231 “Последствия обхода закона” данного проекта. Автор также участвовал в трех конференциях по его обсуждению, выступая на них с кратким изложением своей позиции в отношении проблемы “обхода закона” в коллизионном праве. Предложения автора были учтены при доработке данного проекта.

Теоретические и методологические положения и выводы диссертационного исследования прошли апробацию в ходе деятельности организации “Московский международный центр предпринимательства” и “Некоммерческого партнерства «Институт международного и сравнительного права»”.

Некоторые положения диссертации использовались и используются автором в его деятельности частнопрактикующего юриста.

Основные положения и выводы диссертации отражены в научных статьях автора.

СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Структура и содержание работы определяются целями и задачами исследования, необходимостью последовательного изложения материала. Диссертация состоит из введения, трех глав, разделенных на разделы (в свою очередь разделенных на параграфы), выводов к некоторым параграфам, а также ко всем разделам и главам, списка использованной литературы и библиографии работ, посвященных проблеме “обхода закона” в материальном и в коллизионном праве различных государств.

Во “Введении” обосновывается актуальность темы, оценивается степень разработанности проблемы в правовой литературе, указывается на предмет исследования, формулируются задачи и цели предпринимаемого анализа, излагаются методологические и теоретические основы исследования, определяется его научная новизна, научная и практическая значимость, а также указывается на апробацию результатов исследования.

Первая глава “Сущность понятия “обход закона” и проблемы “обхода закона” в материальном праве” посвящена выявлению правовой специфики понятия “обход закона” и проблемы “обхода закона” в материальном праве, взаимосвязи феномена “обхода закона” с некоторыми другими правовыми явлениями (в частности, с фикциями, презумпциями, фидуциарными сделками). Кроме того, в ней анализируется содержание, структура, формы и механизм действия феномена “обхода закона”, а также указывается на способы противодействия этому феномену.

Во второй главе “Понятие “обход закона” в историческом аспекте. Критика понятия “обход закона” и некоторых теорий “обхода закона” положения первой главы развиваются и дополняются в историко-правовом и в критическом аспектах.

Третья глава “Проблема “обхода закона” в коллизионном праве” является логическим продолжением и завершением начатого анализа, но уже применительно к коллизионной сфере.

ГЛАВА I. СУЩНОСТЬ ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И ПРОБЛЕМЫ “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ ПРАВЕ

Предварительные замечания

1. Понятие “обход закона” встречается в праве не слишком часто. Но тем не менее вероятность встречи с ним не так уж и мала, в том числе и в современном российском праве[1]. При этом можно смело утверждать, что, в отличие от многих других юридических терминов, оно 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”*[2]. В связи со всем этим вполне будем закономерным вопрос: так что же представляет собой данное понятие, с юридической точки зрения весьма загадочное?

2. В отношении понятия “обход закона” существуют различные взгляды, а для объяснения его природы выдвигались разные теории (*infra* пункты 2.9 - 2.24.8[3]). Так, апологеты этого понятия утверждают, что оно обладает самостоятельной правовой спецификой и является весьма важным для правового регулирования, помогая

---

[1] Это понятие может быть, в частности, обнаружено: в пункте 5 статьи 28, в статье 31 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейским сообществом и их государствами-членами, с другой стороны, от 24 июня 1994 г., в пункте 3 Приложения 2 к этому Соглашению, в совместной декларации в отношении статьи 31, в совместной декларации в отношении статьи 52 (определения) “Текущие платежи” этого Соглашения (Бюллетень международных договоров, 1998, № 8); в проекте федерального закона “О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон “Об основах туристской деятельности в Российской Федерации” (не опубликован. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)); в разделе 4 “Концепции развития рынка ценных бумаг в Российской Федерации”, утвержденной Указом Президента РФ от 1 июля 1996 № 1008 (Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 28, ст. 3357); в пункте 3 Постановления Правительства РФ от 8 мая 1998 г. № 341 “Об изменении порядка ввоза на таможенную территорию Российской Федерации ковров и текстильных напольных покрытий, происходящих из Европейского Союза” (Собрание законодательства Российской Федерации”, 1998, № 19, ст. 2125). Оно иногда фигурирует в актах министерств и ведомств России и встречается и в нормативных актах субъектов Российской Федерации. В одном из недавних определений его использовала Судебная Коллегия Верховного Суда РФ (определение СК Верховного Суда РФ от 21 июля 1997 г. - Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 1997, № 4) и к нему прибегает Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 января 1996 г. № 7770/95. - Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 3; постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 апреля 1998 г. № 2201/97. - Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1998, № 6; постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 апреля 1998 г. № 2203/97. - Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации”, 1998, № 6).

[2] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - Zurich, 1917, S. 2.

[3] В дальнейшем в перекрестных ссылках простое указание на какие-либо пункты (или сноски) без упоминания главы будет означать, что эти пункты содержатся в той же главе, в которой содержится сама перекрестная ссылка.

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*"[4]; *"сделки, являющиеся сами по себе не противозаконными, но заведомо направленными к достижению результатов, не допускаемых законом"*[5]. В то же время подобная точка зрения многими оспаривается.

Соответственно, настоящее исследование предпринято именно с целью выяснить действительную правовую природу понятия "обход закона" и проблемы "обхода закона" и тем самым попытаться предотвратить неправильное их понимание как в материальном, так и в коллизионном праве.

2.1. Забегая вперед, отметим, что за простыми на первый взгляд словами "обход закона" скрывается большое количество сложных и интересных правовых вопросов, многие из которых выражают саму сущность права. Неверные ответы на эти вопросы могут иметь весьма отрицательные последствия для дальнейшего совершенствования права и для надлежащего определения сущности взаимоотношений субъектов правового оборота с объективным правом[6].

3. Несмотря на то, что проблема, именуемая в коллизионном праве "обходом закона", может быть рассмотрена сама по себе, первоначальное обращение к понятию "обход закона" в материальном праве является целесообразным по двум причинам. Во-первых, это будет способствовать лучшему пониманию проблемы "обхода закона" в коллизионном праве. Во-вторых, рассмотрение специфики этой проблемы в коллизионной сфере в сравнении с ее особенностями в материальном регулировании поможет более ярко обрисовать ее положение в коллизионном праве и поможет придти к выводам, которые были бы менее очевидными при отказе выйти за рамки последнего.

4. Приступая к рассмотрению проблемы "обхода закона", необходимо сразу сказать, что она относится к числу очень спорных и неоднозначных правовых вопросов. Данная проблема уходит корнями в римское право, а по ее поводу написано значительное количество специальных работ[7] и высказано большое количество мнений. Следует также отметить, что проблема "обхода закона" не ограничивается рамками только какой-то одной отрасли права, а присутствует во всех правовых областях, представляя собой сложный общетеоретический вопрос.

---

[4] *"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, S. 12).

[5] *Энциклопедия* государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. - М., 1925-1926, т. 1, столбик 1339.

[6] Более того, ниже будет показано, что понятие "обход закона" уже само по себе во многом создает предпосылки для наступления таких отрицательных последствий.

[7] Подробнее см. в конце настоящей работы библиографию книг и статей, специально посвященных проблеме "обхода закона" в различных отраслях права. При этом данная библиография является далеко не полной.

Но, в отличие от других спорных проблем права, существование которых не подвергается сомнению, и в отношении которых спор может идти лишь о тех или иных их характеристиках, особенность проблемы “обхода закона” состоит еще и в том, что само ее существование в праве как самостоятельного специфического вопроса многими отрицается.

5. Все эти обстоятельства создают немалые методологические трудности для первоначального анализа проблемы “обхода закона”. В связи с этим автор полагает, что такой анализ необходимо начать с рассмотрения самого понятия “обхода закона”, раскрытие правовой природы которого обеспечит и успех правильного решения вопроса о проблеме “обхода закона”. Однако сложности, связанные с таким рассмотрением, не менее велики.

Чисто исторический метод, состоящий в сравнительном анализе римского, средневекового и современного права с целью выявления правовой природы понятия “обход закона”, не может являться приемлемым для настоящей работы из-за невероятной обширности материала и своей односторонности.

Чисто теоретический метод, состоящий в выявлении природы понятия “обход закона” путем анализа таких общих категорий как “нарушение закона”, “соблюдение закона” и других, также не подходит ввиду того, что его использование автором выглядело бы слишком абстрактным, искусственным и самонадеянным.

5.1. Наиболее оптимальным для целей настоящей работы является использование того, что можно было бы назвать индуктивно-позитивистским методом, состоящим в сравнении различных конкретных правовых норм, судебных решений и доктринальных мнений, использующих понятие “обход закона”, с той целью, чтобы на основе такого анализа частностей попытаться самым общим образом определить правовую природу понятия “обход закона”. Однако и цели работы и крайне большой объем материала с неизбежностью диктуют необходимость ограничить область первоначального использования такого индуктивно-позитивистского метода рамками одной отрасли права, рамками одной национальной системы права и, более того, рамками какого-то одного временного промежутка. При этом следует указать на то, что использование такого метода никоим образом не означает отказ от других методов исследования. Однако использование последних станет целесообразным только после обращения к индуктивно-позитивистскому методу.

6. Для избежания возникновения превратного представления о роли понятия “обход закона” в праве, необходимо сразу упомянуть о том, что эта роль весьма незначительна и специфична. Причины этому будут объяснены позднее. Однако специфичность и даже экзотичность рассматриваемой проблематики вовсе не означает отсутствие у нее актуальности. Незначительность места понятия “обход закона” в праве тем более резко контрастирует с важностью вопросов, которые в этом понятии концентрируются, и через которые во многом могут быть поняты

многие институты как материального, так и коллизионного регулирования. Возможность выйти через данное, на первый взгляд весьма незначительное, понятие на глобальные правовые вопросы и была одним из тех факторов, которые привлекли автора к проблеме “обхода закона”.

7. Наконец, следует особо указать на то, что предпринимаемое исследование базируется в принципе на реалиях романо-германской системы права, а не англо-американской. По этой причине под “законом”, “правом” и “нормативным регулированием” (и другими аналогичными терминами) далее будут пониматься прежде всего писаные нормы, если иное не будет специально оговорено или не будет следовать из контекста. При этом вполне понятно и неизбежно то, что автор настоящей работы воспринимает романо-германскую систему права во многом через призму российского права.

РАЗДЕЛ I. ПОНЯТИЕ “ОБХОД ЗАКОНА” В ЧАСТНОМ ПРАВЕ

1.1. Сужая рамки безграничного по объему материального права, в качестве сферы первоначального приложения вышеупомянутого индуктивно-позитивистского метода исследования автор избрал гражданское право Российской Социалистической Федеративной Советской Республики в период с 1922 по 1964 год[8]. На основе ГК РСФСР 1922 г., доктрины, законодательства и судебной практики по гражданским делам судов РСФСР (отчасти и Верховного суда СССР) того периода будет сделана попытка самым общим образом выявить правовую природу понятия “обход закона” (*параграф 1*). Затем при помощи исторического метода для подтверждения и в развитие выводов параграфа 1 будет кратко показано место понятия “обход закона” в частном праве на различных этапах его развития применительно к правовым системам некоторых государств (*параграф 2*).

[8] Дело в том, что статья 30 ГК РСФСР 1922 г. устанавливала: “*Недействительна сделка, совершенная с целью, противной закону или в обход закона, а равно сделка, направленная к явному ущербу для государства”*. Несмотря на то, что ГК РСФСР 1922 г. давно утратил силу, для первоначального, самого общего определения природы понятия “обход закона” этот нормативный акт и гражданское право РСФСР указанного периода подходят почти идеально. Во-первых, данная сфера приложения индуктивно-позитивистского метода из всех существующих наиболее близка и автору, и читателю. Во-вторых, ГК РСФСР 1922 г. применялся, по крайней мере в течение первых лет, в условиях почти рыночных отношений. В-третьих, теория гражданского права в РСФСР того периода благодаря юристам дореволюционной школы находилась на достаточно высоком уровне развития, в связи с чем можно рассчитывать на использование серьезных мнений по поводу понятия “обход закона”. В-четвертых, ГК РСФСР 1922 г. представлял собой довольно характерный для того времени образец законодательного акта, содержащего норму об “обходе закона”, поскольку он претерпел довольно значительное влияние частного права как Российской Империи, так и некоторых западных стран, которым понятие “обход закона” было известно (С. Раевич писал об этом ГК: *“комиссия специалистов начала с широкой рецепции буржуазного права, подражая, главным образом, германским образцам”* (Энциклопедия государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. - т. 2, столбик 702).

Параграф 1. Установление содержания понятия “обход закона” на основе гражданского права РСФСР 20-60-х годов

1.2. Как уже говорилось, правовая история понятия “обход закона” насчитывает многие сотни лет. ГК РСФСР 1922 г. также вписал в нее несколько страниц благодаря содержащейся в нем статье 30, устанавливающей недействительность сделок, совершенных в “обход закона”. Именно поэтому вопрос о сделках в “обход закона” на протяжении около 40 лет был предметом рассмотрения гражданского права РСФСР. Следует, правда, отметить, что большое внимание ему в этой отрасли права не уделялось. Но при всем при этом ни одно, пожалуй, положение в ГК РСФСР 1922 г. не вызывало столько противоречивых толкований, как норма статьи 30 об “обходе закона”.

Пункт 1. Понятие “обход закона” в доктрине гражданского права РСФСР

1.3. Анализ различных работ советских авторов рассматриваемого периода показывает, что мнений по поводу сделок в “обход закона” было высказано немало. Можно выделить несколько их групп: 1) мнение, согласно которому сделки в “обход закона” обладают самостоятельной спецификой и отличаются от других видов сделок. При этом при определении такой специфики сторонники данного мнения во многом основывались на разграничении, проведенным еще римскими юристами, суть которого состояла в противопоставлении “буквы” и “сути” закона[9]; 2) мнение, согласно которому сделки в “обход закона” в принципе должны быть отождествлены с притворными и мнимыми сделками; 3) мнение, согласно которому сделки в “обход закона” особой спецификой не обладают, а являются частным случаем противозаконных сделок; 4) прочие мнения. При этом весьма существенно то, что многие авторы, высказывавшие то или мнение, придерживались его или не совсем последовательно или зачастую противоречили сами себе.

1.4. Выразителем первого мнения являлся, в частности, И.С. Перетерский. Вот как он определял понятие “сделка в “обход закона”: *“Сделка признается совершенной в обход закона, когда она по своему содержанию соответствует закону, но* ***в результате этой сделки, в совокупности с иными обстоятельствами, - возникает положение, находящееся в несоответствии с законом****. Пример: дарение одним лицом другому имущества стоимостью в 1500 рублей в форме двух простых письменных актов на 750 каждый с целью избегнуть налога с дарений (не следует смешивать со сделками в обход закона “прикрытые сделки”, т. е. совершение незаконной сделки под видом законной; в этих случаях*

---

[9] Павел (*D. 1.3.29*), в частности, писал: *“Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit” (Поступает против закона тот, кто совершает запрещенное законом; поступает в обход закона тот, кто сохраняя слова закона, обходит его смысл)*. Латинский текст привед. по: *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209). Перевод привед. по: Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. - М., 1984, с. 33.

применяются правила, относящиеся к той сделке, которая имелась в виду в действительности, - и сделка является просто противозаконной)"[10] (выделение мое. –М.А.). В дальнейшем, правда, И.С. Перетерский противоречит сам себе и несколько раз называет "прикрытые сделки" сделками в "обход закона"[11]. Данный факт, как будет показано ниже, весьма симптоматичен.

1.4.1. Позиция И.Б. Новицкого в вопросе о соотношении сделок в "обход закона" с притворными сделками совпадает с позицией И.С. Перетерского: *"Сделки в обход закона, на первый взгляд, напоминают притворные сделки. Разница между теми и другими заключается в следующем: притворная сделка сама по себе - сделка законная, но стороны вовсе не желают ее, и поэтому она не получает силы; сделка в обход закона также по своему содержанию законна, причем стороны именно эту сделку и хотят совершить. Однако эта,* ***сама по себе законная, сделка должна по мысли сторон привести к незаконному результату****. Стороны не совершают какой-либо другой сделки ("прикрытия"), а само содержание сделки представляют так, чтобы обойти препятствия, которые они встречают в законе, и все-таки прийти к своей цели, хотя и не прямым путем"*[12] (выделение мое. –М.А.). В качестве примера сказанному И.Б. Новицкий упомянул дело из "Сборника постановлений Пленума и определений Верховного суда СССР" за 1944 г., где речь шла о договоре купли-продажи дома, в котором в покупную цену была включена стоимость не только дома, но и земельного участка, на котором этот дом стоял[13]. Заметим, что любой непредубежденный читатель, знакомый с понятиями "притворность" и "незаконность", отметит некоторую неадекватность этого примера, выбранного И.Б. Новицким для иллюстрации высказанного им общетеоретического суждения (как, впрочем, и неадекватность примера И.С. Перетерского, приведенного выше): противопоставляя сделки в "обход закона" притворным сделкам, в качестве примера первых они приводили не что иное, как притворные сделки.

В последнем предложении приведенной цитате также не может не привлечь внимание и то, что отрицая наличие "прикрытия" в сделке в "обход закона", И.Б. Новицкий допускает по меньшей мере неточность, говоря о представлении содержания сделки иным образом: такое представление является неотъемлемым признаком притворных сделок. Еще одно высказывание И.Б. Новицкого показывает, что мог отождествить сделки в "обход закона" с притворными сделками: *"****Искусственное*** *дробление (в обход закона) крупной закупочной операции на несколько мелких воспрещалось, в связи с чем в кассе предприятия или учреждения*

---

[10] *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. Гражданский Кодекс РСФСР. Научный комментарий (с учетом гражд. код. союзных респ.). Выпуск V. - М., 1929, с. 18.

[11] Там же, с. 32.

[12] *Новицкий И.Б.* Сделки. Исковая давность. - М., 1954, с. 87.

[13] Там же, с. 88.

могла оставаться сумма, не превышающая установленного предела…"[14] (выделение мое. – М).

1.5. Количество сторонников второй точки зрения, согласно которой сделки в "обход закона" в принципе должны быть отождествлены с притворными и мнимыми сделками, весьма значительно. А.Г. Гойхбарг замечал по поводу сделок в "обход закона": *"Здесь имеется в виду не нарушение формальных запретов, а стремление достигнуть юридических последствий, не допускаемых законом, прямым или косвенным путем"*[15]. Однако в отличие от И.С. Перетерского и И.Б. Новицкого он уже не выделял сделки в "обход закона" как нечто особенное, добавляя, что *"фиктивные" сделки" почти всегда совершаются ... в обход закона"*[16]. Также и в отношении притворных сделок им говорилось: *"И эти сделки также зачастую совершаются в обход закона (напр., при запрещении покупать несколько домов отдельные дома арендуются с выплатой арендной платы за 12 лет вперед)"*[17].

Н.Г. Вавин считал, что *"Сделка должна считаться совершенной в обход закона, когда она имеет своею целью привести окольными путями к последствиям, которые стоят в противоречии с законом. Такие последствия могут быть достигнуты различными способами, но обычно здесь прибегают к помощи так называемых симулятивных (притворных)… сделок"*[18]. Также и Б.М. Рубинштейн мнимые и притворные сделки называл частным видом сделок в "обход закона"[19]. В.И. Вольфсон утверждал: *"Редко кто нарушает закон в… неприкрытом виде. Обыкновенно такие нарушения прикрываются всякими* ***ухищрениями****.*

Сделки в обход закона носят обыкновенно притворный характер. Наиболее распространенный случай сделки в обход закона следующий: для того чтобы обойти Кодекс законов о труде, закон о социальном страховании и т. д., предприниматель, вместо заключения с рабочими и служащими трудовых договоров, заключает с ними договор товарищества"[20].

Однако не все представители такой второй точки зрения были последовательны до конца: *"…на достижение воспрещенных законом целей обходным путем - путем комбинирования для этого законных* ***по внешности*** *действий.*

В огромном большинстве случаев такие обходные сделки имеют фиктивный характер…, но могут быть совершаемы и ***"всерьез"****, в расчете путем* ***искусной***

---

[14] *Новицкий И.Б.* История советского гражданского права. - М., 1957, с. 72.
[15] *Гойхбарг А.* Хозяйственное право РСФСР. - М., 1924, т. I, с. 85.
[16] Там же, с. 86.
[17] Там же.
[18] *Вавин Н.Г.* Ничтожные сделки (ст. 30 Гражданского Кодекса РСФСР и УССР и последствия ее нарушения). - М., 1926, с. 9-10.
[19] *Рубинштейн Б.М.* Советское хозяйственное право. - М., 1935, с. 96.
[20] *Вольфсон В.И.* Гражданское право. - М, 1929, с. 30.

комбинации формально-законных действий достигнуть противной закону цели”[21] (выделение мое. – М.А.).

1.6. Позиция О.С. Иоффе является промежуточной: как и И.С. Перетерский с И.Б. Новицким он противопоставлял сделки в “обход закона” противозаконным сделкам, но при этом о соотношении сделок в “обход закона” с притворными сделками умалчивал: *“В отличие от сделок, противных закону, эти сделки оформляются так, что они приобретают* ***внешний*** *облик вполне законных сделок, хотя* ***в действительности*** *скрывают в себе противозаконное содержание. Например,… желая предоставить заем под запрещенные законом проценты, займодавец оформляет его как беспроцентный заем, однако в долговой расписке, выданной заемщиком, указывается сумма гораздо большая, чем та, которую заемщик фактически получил”*[22] (выделение мое. – М.А.). Однако подобное умолчание вполне красноречиво: выбранный пример явно свидетельствует о том, что О.С. Иоффе отождествлял сделки в “обход закона” с притворными сделками (впрочем, в другом месте той же самой работы О.С. Иоффе писал об этом уже прямо: *“…не только мнимые, но и притворные сделки …служат обычно целям обхода закона. В этом смысле они примыкают к противозаконным сделкам и практически могут рассматриваться как одна из разновидностей сделок, совершаемых в обход закона”*[23]).

В качестве другого примера сделок в “обход закона” О.С. Иоффе также ссылался на решение Коллегии по гражданским делам Верховного Суда СССР, в котором следующая сделка была квалифицирована как сделка в “обход закона”: колхоз в счет обязательных поставок государству был обязан предоставить заводу определенное количество сена. Сено предоставлено не было, однако акт о сдаче и приемке сена заводом был оформлен, и одновременно было оформлено соглашение между заводом и колхозом о том, что сено принимается колхозом на хранение[24]. Можно отметить, что в этом деле было бы гораздо проще подобную сделку квалифицировать как притворную.

В качестве еще одного примера сделки в “обход закона” О.С. Иоффе приводил случай продажи здания одной социалистической организацией другой в условиях, когда закон допускает лишь безвозмездную передачу зданий по распоряжению уполномоченного на то государственного органа. В примере О.С. Иоффе для “обхода” предписания закона одна организация передает другой здание безвозмездно, заключая при этом несколько договоров купли-продажи в отношении

---

[21] *Гражданский* кодекс советских республик. Текст и практический комментарий / проф. Ал. Малицкий (отв. ред.) и др., - Харьков, 1927, с. 69.

[22] *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. - М., 1967, с. 289.

[23] Там же, с. 252.

[24] *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. - Л., 1958, с. 227.

инвентаря в этом здании[25]. Также несложно заметить, что такие действия являлись не чем иным, как притворными сделками.

1.7. Представители третьего мнения не видели в сделках в “обход закона” ничего специфического и рассматривали их просто как разновидность противозаконных сделок. Так, В.Ю. Вольф писал: *“Нетрудно, однако, видеть, что случай обхода закона или обхода цели закона является лишь частным случаем противозаконной сделки вообще”*[26]. Также и А.Г. Гойхбарг сделки в “обход закона” в конце концов приравнял к нарушению закона: *“Органы власти… не должны ждать, пока обязанная сторона откажется выполнять противозаконные обязательства…; они должны вмешаться и раньше… Такое требование для каждого понятно в отношении сделок, направленных в обход закона, ибо здесь обе стороны явно согласились нарушить закон”*[27].

1.8. Четвертое мнение весьма рельефно представляет В.А. Рясенцев. Им указывался весьма интересный случай для иллюстрации сделки, совершенной в “обход закона”: злостный неплательщик алиментов, опасаясь того, что на его дом будет обращено взыскание, продает его лицу, знающему мотивы этой продажи, и уезжает из данной местности. По мнению В.А. Рясенцева, сама по себе продажа дома - дозволенная сделка, но конечная цель, преследуемая ее участником, противозаконна - уклонение от платежа алиментов, что и создает “обход закона”[28].

1.9. Отмеченные выше непоследовательность и неточности указанных авторов (особенно принимая во внимание их заслуженный авторитет) и их противоречия самим себе весьма впечатляют. Но более того, внимательный анализ взглядов этих авторов позволяет выявить еще одно крайне любопытное обстоятельство: их мнения по поводу квалификации той или иной сделки сильно различаются. Так, в отличие от И.Б. Новицкого В.А. Рясенцев называл сделку, в которой в покупную цену дома включается стоимость земельного участка, притворной сделкой[29]. В.П. Шахматов же упомянутую выше сделку с сеном в отличие от О.С. Иоффе и Коллегии по гражданским делам Верховного суда СССР квалифицировал как притворную[30]. В свою очередь В.А. Рясенцев аналогичную сделку (но уже с овсом) считал мнимой сделкой[31]. В отличие от В.И. Вольфсона (*supra* пункт 1.5) Т.Н. Новицкий и В.Ю. Вольф утверждали, что договор товарищества, заключаемый работодателем с

---

[25] *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. - М., 1967, с. 290.

[26] *Вольф В.Ю.* Основы хозяйственного права. - М., 1928, с. 68.

[27] *Гойхбарг А.* Хозяйственное право РСФСР”. - т. I, с. 85.

[28] *Рясенцев В.А.* Лекции на тему “Сделки по советскому гражданскому праву” (1-я и 2-я) для студентов ВЮЗИ. - М., 1951, с. 24.

[29] *Рясенцев В.* Вопросы недействительности сделок в судебной практике. - Социалистическая законность, 1950, № 8, с. 44.

[30] *Шахматов В.П.* Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. – Томск, 1967, с. 174.

[31] *Рясенцев В.А.* Лекции на тему “Сделки по советскому гражданскому праву” (1-я и 2-я) для студентов ВЮЗИ. - с. 29.

работниками, является не сделкой в “обход закона”, а притворной сделкой[32]. Н.В. Рабинович, в отличие от О.С. Иоффе (*supra* пункт 1.6), случай с ростовщическими процентами и указанием в долговой расписке, выданной заемщиком, суммы гораздо большей, чем та, которую заемщик фактически получил, квалифицировала как притворную сделку[33]. Кроме того, Н.В. Рабинович, в отличие от В.А. Рясенцева, предлагала считать случай с продажей дома злостным неплательщиком алиментов просто злоупотреблением правом, а не сделкой в “обход закона”[34].

1.10. И хотя количество примеров, подобных уже приведенным, можно только умножать, достаточно ограничиться упомянутыми иллюстрациями, которые позволяют со всем основанием придти к выводу о том, что отечественные авторы 20-60-х годов XX века, анализировавшие понятие “обход закона” в гражданском праве, вкладывали в него свой смысл, нередко отождествляя его то с мнимыми, то с притворными сделками, то со злоупотреблением правом, то с прямым нарушением закона, причем квалификация одного автора зачастую не совпадала с квалификацией другого.

1.11. Само собой разумеется, что различия во взглядах авторов является характерным для доктрины любой отрасли права. Однако все-таки представляется, что в рассматриваемом случае подобные различия по, казалось бы, довольно простому вопросу превышают обычный уровень. Очевидно, что причина этому должна крыться в правовой природе самого понятия “обход закона”.

Выводы к пункту 1

1.12. Внимательный анализ приведенных примеров из советской доктрины, в которых утверждалось о наличии “обхода закона”, дает все основания придти к выводу о том, что любой из них на самом деле подпадает под случай либо явно незаконной, либо мнимой, либо притворной сделки, либо злоупотребления правом[35].

1.13. Вообще говоря, при изучении советской литературы гражданского права 20-60-х годов нельзя избавиться от впечатления, что в отношении вопроса о сделках в “обход закона” авторы не столько старались выяснить действительную правовую природу этих сделок, сколько пытались вопреки действительному положению вещей доказать, что такие сделки являются особенными, обладающими своей спецификой. Вероятно, это делалось для того, чтобы обосновать содержание статьи 30 ГК РСФСР 1922 г. Впрочем, некоторые из авторов чувствовали нелогичность подобного

---

[32] *Новицкий Т.Н.* Общая часть Гражданского Кодекса РСФСР. - Самара, 1927, с. 36; *Вольф В.Ю.* Основы хозяйственного права. - с. 68.

[33] *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и ее последствия. - Л., 1960, с. 23.

[34] Там же.

[35] Следует также сказать, что автору, который посвятил немало времени изучению проблемы “обхода закона” в гражданском праве РСФСР рассматриваемого периода, не удалось обнаружить в последнем такой пример, который не подпадал бы под один из этих четырех случаев (с учетом уточнения, приводимого ниже в пункте 1.29.3).

разделения. Так, на непоследовательность выделения сделок в “обход закона” как самостоятельного подвида указывала Н.В. Рабинович: *“Противозаконно то, что нарушает закон, каким бы путем это нарушение не осуществлялось - прямым ли несоблюдением императивных требований или запрета закона или же такой деятельностью, которая окольным путем приводит к результату, противному закону”*[36], равно как и В.П. Шахматов: *“Терминологически и по существу трудно установить различие между сделками, совершаемыми с целью, противной закону и в обход закона”*[37].

1.14. Следовательно, можно предположить, что во всех приводившихся примерах на самом деле не было никакой необходимости прибегать к понятию “обход закона” как к обозначению совершенно отличного от других и самостоятельного состава неправомерных[38] действий.

Иными словами, вполне можно считать, что понятие “сделка в “обход закона” представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения некоторой совокупности неправомерных действий[39] (мнимости, притворности, злоупотребления правом), что с каждым из них оно взаимозаменяемо и что оно не обладает самостоятельным правовым содержанием. Но что же существует общего между такими на первый взгляд различными неправомерными действиями, что позволяет всех их обнять понятием “обход закона”? Представляется, что такой общей объединяющей характеристикой является то, что любое из этих действий, будучи неправомерным, тем не менее пытается предстать в виде правомерного, выступить под видом законного, таковым в действительности не являясь. В самом деле, и в притворных, и в мнимых сделках, являющихся на самом деле противоправными, делается попытка создать впечатление о несуществующей правомерности при помощи сокрытия существующей противоправности. Равным образом и при злоупотреблении правом делается попытка представить противоправное действие в виде правомерного, причем при помощи прикрытия противоправности ссылкой на реализацию субъективного права.

Соответственно, такую объединяющую характеристику можно назвать **“видимостью правомерности”**. Под ней автор будет понимать **попытку представления, при помощи любых способов и форм, действий, неправомерных с точки зрения объективного права, как правомерных.** К таким формам и способам, как следует из вышеприведенных примеров, относятся, например: мнимость, притворность, злоупотребление правом.

---

[36] *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и ее последствия”. - с. 23. Там же (с. 22) Рабинович Н.В. не соглашается с выделением сделок в “обход закона” в отдельную группу.

[37] *Шахматов В.П.* Сделки, совершаемые с целью, противной интересам государства и общества. – Томск, 1966, с. 32.

[38] Для целей упрощения дальнейшего анализа автор будет исходить из того, что и мнимые, и притворные сделки являются неправомерными (хотя следует помнить, что те и другие могут и не содержать в себе чего-либо противозаконного).

[39] Под действием в дальнейшем будет пониматься также и бездействие.

1.15. Таким образом, на основании анализа доктрины гражданского права РСФСР 20-60-х годов можно предварительно сформулировать следующую гипотезу о правовой природе понятия “обход закона”[40]**: оно представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, которым пытаются придать видимость правомерности, что на самом деле его содержание исчерпывается простым обозначением совокупности таких действий, и что у него отсутствует самостоятельная правовая специфика.**

1.15.1. Соответственно, двумя важнейшими характеристиками действий, обозначаемых понятием “обход закона” являются: 1) неправомерность этих действий; 2) наличие в них видимости правомерности.

Теперь следует правильность данной гипотезы проверить применительно к судебной практике РСФСР и СССР рассматриваемого периода.

Пункт 2. Понятие “обход закона” в практике по гражданским делам судов РСФСР и СССР

1.16. Внимательный анализ показывает, что те качества, которые применительно к понятию “обход закона” проявляла доктрина гражданского права РСФСР рассматриваемого периода (в частности, использование понятия “обход закона” в различных смыслах, а также отождествление его с понятиями “притворные сделки”, “мнимые сделки”, “нарушение закона”), были присущи и практике судов РСФСР по гражданским делам, в 20-е годы весьма богатой в плане упоминания понятия “обход закона”.

1.17. Так, Пленум Верховного Суда РСФСР в одном из своих разъяснений указывал: *“Недействительность договора о стипендии, заключенного в обход закона непосредственно со стипендиатом, а не с НКПросом, НКТ или ВЦСПС.*

Такой договор противоречит ст.ст. 5 и 12 Инструкции, изданной на основании ст. 7 положения о гос. и частных стипендиях, ибо договоры эти заключаются не со стипендиатами, а с Наркомпросом, Наркомтрудом или ВЦСПС, и зачисление на стипендии, а следовательно, и лишение ее, зависит от этих учреждений в связи с успехами обучения и прочими мотивами, почему данная форма договора составляет, по крайней мере, обход закона”[41]. Как видно, прямое нарушение закона было объявлено “обходом закона”.

1.18. В этом же плане характерен и следующий пример, приводившийся И.Б. Новицким: дело, рассмотренное Пленумом Верховного Суда СССР 7 мая 1948 г., в котором государственная организация желала купить дом, принадлежавший К.

---

[40] Учитывая то, что в понятии “сделка в “обход закона” слово “сделка” определяющим не является, в дальнейшем для большей простоты речь будет идти не о “сделках в “обход закона”, а просто об “обходе закона”.

[41] *Разъяснения* Пленума Верховного Суда от 21 июня 1924 г., протокол № 15. Привед. по: Практический комментарий Гражданского кодекса РСФСР (законодательный и ведомственный материал и судебная практика до 1 октября 1930 г.). - М., 1931, с. 125.

на праве личной собственности. По инвентаризационной оценке дом был оценен в определенную сумму. Однако собственник на покупную цену, равную этой сумме, не соглашался, а так как данная купля-продажа в соответствии с применимой императивной нормой могла быть совершена по цене, не превышающей инвентаризационную оценку, то управляющий государственной организации добился такой переоценки строения, при которой получил согласие собственника дома на его продажу. В постановлении Пленума было указано, что для получения такого результата переоценка была проведена с грубейшими нарушениями порядка инвентаризационных оценок. Пленум нашел, что договор был заключен в "обход закона" и указал, что он не может быть признан законным[42].

1.19. И.Б. Новицкий также приводил случаи, свидетельствующие об отождествлении советскими судами понятия "обход закона" с понятием "фиктивность": *"Одним из примеров сделок в обход закона могут служить случаи выдачи социалистическими организациями* ***фиктивных*** *сохранных расписок. Так в практике встречаются случаи, когда колхоз, не сдав зерна, сена и других сельскохозяйственных продуктов по обязательной поставке, выдавал вместо этого сохранную расписку организации, имевшей от заготовительного органа наряд на получение в колхозе соответствующих сельскохозяйственных продуктов в счет обязательных поставок государству. Этот документ должен был, по намерению сторон, удостоверять, что зерно, сено и другие сельскохозяйственные продукты были колхозом сданы по наряду, но затем тут же были приняты колхозом на хранение"* (выделение мое. - М.А.)[43]. Далее И.Б. Новицкий говорит, что при рассмотрении таких дел Судебная Коллегия по гражданским делам Верховного Суда СССР характеризовала подобного рода соглашения как договоры в "обход закона", так как в этом случае соглашения имели своей целью уклонение от исполнения обязательства поставки, а для прикрытия этого "обхода" выдавалась сохранная расписка[44].

1.20. Весьма любопытно и то, что применительно к подобным сделкам *"Судебная Коллегия по гражданским делам Верховного Суда СССР в одном из своих определений указала, что они являются "направленными на обман государства"*[45]. Соответственно, можно сделать весьма важный вывод о том, что в практике советских судов понятие "обход закона" ассоциировалось с понятием "обман".

1.21. Приравнивал к притворным сделкам сделки в "обход закона" и Народный комиссариат юстиции РСФСР, в ведении которого находились суды: *"Поэтому, если в обход закона о дарениях заключена сделка купли-продажи и ценность*

---

[42] *Новицкий И.Б.* Борьба с противозаконными сделками. – В кн.: Вопросы советского гражданского права в практике суда и арбитража. - М., 1959, с. 109-110.

[43] Там же, с. 125-126.

[44] Там же, с. 126.

[45] *Шахматов В.П.* Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. - с. 175.

передана бесплатно без фактического получения эквивалента переданной ценности, то должны применяться нормы о дарениях, а не о купле-продаже"[46].

1.22. В качестве еще одного примера можно указать на то, что в одной из специальных работ, посвященных освоению ГК РСФСР 1922 г. судебной практикой, авторы анализируют некоторые виды действий (в частности, отчуждение имущества родственникам, раздел имущества при расторжении брака, внесение остатков имущества в уставный капитал акционерного общества в преддверии обращения взыскания на это имущество) и признают допустимость их квалификации как совершенных в "обход закона", хотя там же в отношении некоторых из них делается вывод об их фиктивности и симулятивности[47].

Количество подобных иллюстраций можно только умножать.

1.23. Следует также сказать, что в литературе гражданского права РСФСР рассматриваемого периода нередко отмечалось то, что суды отождествляют притворные и мнимые сделки со сделками в "обход закона", и что они часто делают то же самое и в отношении просто незаконных сделок. Так, В.А. Рясенцев указывал на то, что *"понятию обхода закона в судебной практике придается более широкий смысл. Сделки фиктивные и притворные, используемые, в конечном счете, для достижения незаконной цели, также зачисляются в разряд сделок, направленных в обход закона, поскольку, в этих случаях стороны пускают в ход различные ухищрения для сокрытия своих подлинных, но незаконных намерений"*[48]. Далее он пишет о том, что Судебная Коллегия по гражданским делам Верховного Суда неоднократно называла сделки, нарушающие закон, сделками в "обход закона"[49]. Признавалось это и другими авторами: *"И ст. 30 ГК, имеющая крайне важное значение, на деле применялась чрезвычайно распространительно. Бывали случаи, что договоры отменялись, когда просто была нарушена статья закона, а не то, что целью договора было совершить противозаконную сделку или в обход закона"*[50].

1.24. Подобный подход советских судов был подвергнут в доктрине справедливой критике. Так, Н.В. Рабинович отмечала: *"В определении от 20 января 1951 г. по иску Василенко к Иванову, Верховный Суд СССР указал, что сделка купли-продажи строения, заключенная между сторонами, совершена в обход закона. Между тем недостатком этой сделки являлось отсутствие согласия на ее совершение со стороны банка, выдавшего ссуду"*[51]; *"Постановление Пленума Верховного суда РСФСР от 12 декабря 1928 г. "О сделках, заключенных в обход*

---

[46] *Разъяснения* III отдела НКЮ № 439 от 5 мая 1924 г. Привед. по: Практический комментарий Гражданского кодекса РСФСР (законодательный и ведомственный материал и судебная практика до 1 октября 1930 г.). - с. 144.

[47] *Свердлов Г.М.*, *Тадевосян В.С.* Гражданский кодекс РСФСР в судебной практике. Очерки под редакцией С.М. Прушицкого. - М., 1929, с. 98-99.

[48] *Рясенцев В.А.* Вопросы недействительности сделок в судебной практике. - Социалистическая законность, 1950, № 8. с. 44.

[49] Там же.

[50] *Энциклопедия* государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. - т. 1. столбик 718.

[51] *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и ее последствия. - с. 24.

закона о наследовании" упоминает о том, что "участились случаи обхода закона о наследовании путем совершения разного рода явно сомнительных сделок с этим имуществом", на самом деле имея в виду различные фиктивные сделки (в частности договоры прижизненного дарения или купли-продажи и пр.), которые совершались притворно, чтобы скрыть незаконное распоряжение имуществом на случай смерти. Поэтому речь должна была идти в этом постановлении не об "обходе закона", а о прямом его нарушении прикрываемой сделкой, запрещенной законом, т. е. завещанием"[52].

1.25. Итак, на основании вышеизложенного можно утверждать, что правильность выдвинутой гипотезы о правовой природе понятия "обход закона" (*supra* пункт 1.15) подтверждается еще и практикой по гражданским делам судов РСФСР и СССР в 20-60-е годы.

Соответственно, следующим шагом нашего исследования должна явиться проверка правильности такой гипотезы применительно к законодательству РСФСР рассматриваемого периода.

Пункт 3. Понятие "обход закона" в законодательстве РСФСР

1.26. Понятие "обход закона" в законодательстве РСФСР в 20-60-е годы встречалось не очень часто. Автор ограничится указанием только на одну норму, содержание которой является весьма впечатляющим с точки зрения предложенной гипотезы о правовой природе понятия "обход закона": речь идет о пункте 19 Постановления Совета Народных Комиссаров РСФСР от 12 апреля 1923 г. "О контингентах, лицензиях и удостоверениях на ввоз и вывоз": *"Всякого рода* ***злоупотребления*** *удостоверениями и лицензиями, равно как* ***нарушение*** *порядка пользования ими, как-то: возмездная или безвозмездная передача их другим организациям и лицам, использование их этими последними, предоставление другим организациям своих адресов или пользование такими адресами для* ***обхода*** *действующих в области внешней торговли правил, предоставление* ***фиктивных*** *счетов при закупках и продажах на основании полученных лицензий и т. п. караются…"* (выделение мое. – М.А.)[53]. Как видно, эта норма очень удачно передает связь между понятиями "обход", "злоупотребление", "нарушение", "фиктивность". Даже если указание на такую связь в данной норме и не совсем осознанно, оно далеко не случайно, если взглянуть на эту норму в свете выдвинутой гипотезы о природе понятия "обход закона".

---

[52] Там же, с. 25.

[53] Привед. по: *Егорьев В.В., Лашкевич Г.Н., Плоткин М.А., Розенберг Б.Д.* Законодательство и международные договоры Союза ССР и союзных республик о правовом положении иностранных физических и юридических лиц (Систематизированные материалы с указателями). - М., 1926, с. 358.

1.27. Соответственно, можно утверждать, что правильность такой гипотезы находит подтверждение не только в доктрине и судебной практике гражданского права, но и в нормативном регулировании РСФСР рассматриваемого периода.

Выводы к параграфу 1

1.28. Анализ доктрины гражданского права РСФСР 20-60-х годов позволил нам сформулировать гипотезу о том, что понятие “обход закона” представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, которым пытаются придать видимость правомерности, что на самом деле его содержание исчерпывается простым обозначением совокупности таких действий, и что у него отсутствует самостоятельная правовая специфика. Дальнейшее рассмотрение судебной практики и законодательства РСФСР того же периода дает еще большие основания считать эту гипотезу правильной.

1.29. Более того, о правильности такой гипотезы свидетельствует и логика истории понятия “обход закона” в гражданском праве РСФСР. Если в 20-е годы ему еще уделялось теоретическое внимание (правда, весьма небольшое) даже в обычных учебниках по гражданскому праву, то затем интерес к нему упал, и оно стало вспоминаться только в специальных работах. Причины такого падения интереса становятся вполне понятны, если вспомнить о том, что гражданское право продолжало развиваться и не могло не придти к выводу об отсутствии у понятия “обход закона” самостоятельного содержания[54]. Так, в преддверии принятия Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик в советской доктрине гражданского права стали высказываться сомнения в целесообразности сохранения в законодательстве понятия “сделка в “обход закона” ввиду его бессодержательности и взаимозаменяемости с понятиями “сделка, противоречащая закону”, “притворная сделка”, “мнимая сделка”, “злоупотребление правом”. В результате в Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1961 г. и в ГК РСФСР 1964 г. данное понятие не вошло, что в свете выдвинутой выше гипотезы о его правовой природе было вполне закономерным. Учитывая то, что в ГК РСФСР 1964 г. вошли такие термины как “обман”, “притворные сделки”, “мнимые сделки”, а также “осуществление прав в противоречии с назначением этих прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма” (аналог понятия “злоупотребление правом”), представляется вполне очевидным, что какая-либо необходимость в понятии “обход закона” в гражданском законодательстве РСФСР отпала: оно было в полной мере заменено указанными терминами.

[54] Однако при этом не стоит забывать и о том, что такое падение интереса было также обусловлено становлением административно-командной экономики, в которой частноправовое регулирование успешно развиваться не могло.

1.30. Теперь было бы целесообразно более точно указать на то, что включается в совокупность неправомерных действий с наличием видимости правомерности (*supra* пункт 1.15.1), охватываемых понятием “обход закона”.

1.30.1. Во-первых, к ней относятся **мнимые** и **притворные действия**. К ней также необходимо отнести любые действия, содержащие **обман**, под которым в настоящей работе будет пониматься сознательное создание одним лицом у другого искаженного представления о действительных обстоятельствах (как в форме *suppressio veri*, так и в форме *suggestio falsi*). В связи с указанием на обман в этом смысле можно утверждать, что притворные сделки (впрочем, как и мнимые) являются лишь одним из частных случаев обмана, так как в них неизбежно присутствует необходимость создать искаженное представление о действительных обстоятельствах: *“...понятие обмана охватывает, даже до некоторой степени сливается, с так называемым притворством (simulatio), под которым нужно разуметь действия, направленные к сокрытию подлинной воли под видом такого действия, в котором выражается другая воля. Притворство в этом смысле является видом обмана”*[55].

Несложно понять, что при обмане использование видимости правомерности осуществляется именно в форме создания у кого-либо искаженного представления о правомерности в действительности неправомерных обстоятельств[56]. Необходимо также сразу указать на то, что поскольку при употреблении понятия “обход закона” речь идет об “обходе” закона, то есть объективного права, то заинтересованное лицо, следовательно, наиболее часто должно создавать искаженное представление о действительных обстоятельствах не столько у частных лиц (реализующих субъективные права), сколько у правоприменителей (использующих объективное право), причем не только в частноправовых, но и в публично-правовых отношениях.

1.30.2. Еще одним видом неправомерных действий, который охватывается понятием “обход закона”, является **злоупотребление правом**. С одной стороны, можно утверждать, что учение о недопустимости злоупотребления правом воспринято всеми развитыми правовыми системами, включая российское право. Но с другой стороны в праве существует принцип *“Neminem laedit qui suo jure utitur”* (*“Никому не причиняет вред тот, кто осуществляет свое право”*). Соответственно, данный принцип может выступать формой прикрытия противоправности действий лица, злоупотребляющего своим правом. В результате это лицо может пытаться претендовать на оценку своих неправомерных действий как правомерных, что и дает основания квалифицировать злоупотребление правом как использование видимости правомерности.

---

[55] *Растеряев Н.* Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная. – СПб., 1900, с. 134.

[56] По которыми следует понимать и намерения лица, совершающего обман.

1.30.3. И, наконец, можно выделить еще один вид действий, который обладает как характеристикой неправомерности, так и характеристикой использование видимости правомерности. Речь идет о формально допустимых отношениях (в подавляющем случае в виде договора), осуществляемых, однако в противоречии с основами правопорядка и нравственности общества[57] (аренда имущества с целью совершения преступления, аренда недвижимости для осуществления аморальной деятельности[58] и другие договоры, нарушающие принципы морали[59] или ограничивающие экономическую свободу и права личности[60]). И хотя противоправность таких отношений в конечном итоге признается, сама принципиально допустимая правовая форма, в которую они облекаются, может служить средством сокрытия такой их противоправности, способом придания им видимости правомерности.

В советском гражданском праве 20-60-х годов случаев квалификации сделок, противоречащих основам правопорядка и нравственности советского общества, по статье 30 ГК РСФСР как "обхода закона" очень немного, и даже имеющиеся довольно туманны. Тем не менее они есть. В частности, можно привести указание из советской литературы гражданского права на необходимость выявлять *"связь договора, подпадающего под признаки 30 ст. ГК, с отношениями социально-опасными"*[61].

1.31. Итак, нами были выделены три вида неправомерных действий (обман (включая притворность и мнимость); злоупотребление правом; противоречащие

---

[57] В зависимости от той или иной национальной системы права речь может идти не только о "противоречии основам правопорядка и нравственности общества", но и "публичном порядке", о "добрых нравах", о "совести". Все эти термины имеют аналогичную правовую природу. В дальнейшем, однако, будет использоваться понятие "противоречие основам правопорядка и нравственности общества" или "цель, противная основам правопорядка и нравственности" (статья 169 ГК РФ). Важно также отметить, что под "целью" в последнем понятии не следует понимать **каузу** как непосредственную цель правоотношения. Скорее под ней подразумевается не охватываемые каузой ожидания, намерения и планы сторон правоотношения. Соответственно, принцип, согласно которому мотивы сторон не должны приниматься во внимание для определения действительности правоотношения, перестает действовать в том случае, когда мотивы сторон правоотношения противоречат основам правопорядка и нравственности общества.

[58] *"Так, ранее, согласно немецкой судебной практике, аренда земельного участка под дом терпимости считалась противоречащей добрым нравам, а потому сделка, заключаемая с этой целью, - недействительной. Ныне суды приходят к такому выводу лишь в том случае, если из обстоятельств конкретного дела (например, из договоренности о непомерно высокой арендной плате) вытекает, что арендатор для покрытия своих расходов экономически эксплуатирует проституток..."* (*Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. - М., 1998, т. 2, с. 82). См. также: *Дюги Л.* Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона. – М., 1919, с. 56-58.

[59] При определенных условиях, например, соглашения о содержании любовниц (*Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – т. 2, с. 83).

[60] При определенных условиях, например, соглашения об отказе от конкуренции; договоры об исключительных закупках товаров только у одного лица в течение длительного срока; договоры о предоставлении издателям неограниченных права в течение длительного времени публиковать все литературные произведения писателя (*Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – т. 2, с. 83-85).

[61] *Свердлов Г.М., Тадевосян В.С.* Гражданский кодекс РСФСР в судебной практике. Очерки под редакцией С.М. Прушицкого. - с. 84.

основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия), к каждому из которых понятие “обхода закона” оказывается применимым ввиду того, что такие действия претендуют на свою правомерность посредством использования той или иной формы видимости правомерности.

1.31.1. Для целей большей ясности необходимо указать на то, что предложенный и используемый автором термин “видимость правомерности” следует рассматривать только как научное понятие, весьма полезное пригодное для употребления в теоретических изысканиях по праву, но не для использования в законодательстве или в судебной практике.

1.32. Представляется достаточно очевидным то, что каждый из приводившихся выше из доктрины советского гражданского права и практики судов РСФСР и СССР примеров действий, объявлявшихся “обходом закона”, можно свободно квалифицировать как один из трех указанных видов неправомерных действий, использующих видимость правомерности. То же самое можно сказать и о любом из других многочисленных примеров “обхода закона”, встречавшихся в гражданском праве РСФСР в 20-60-х годах: автору не удалось найти хотя бы один, который бы под данную квалификацию не подпадал.

1.33. Заметим также, что те советские авторы, которые рассматривали сделки в “обход закона” как разновидность противозаконных сделок (*supra* пункт 1.7), были совершенно правы, но тем не менее их вывод был недостаточно полон: им следовало бы уточнить, что отличительной особенностью таких сделок является использование видимости правомерности.

Соответственно, в дальнейшем следует исходить из того, что понятие “обход закона” является в действительности обозначением именно прямого нарушения закона, существование которого пытаются скрыть. Однако принимая во внимание то, что и при обмане, и при злоупотреблении правом, и при совершении противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий речь также идет о нарушении закона, автор в дальнейшем не будет специально подчеркивать то, что понятие “обход закона” является обозначением попытки замаскировать прямое нарушение закона.

1.33.1. Кроме того, те авторы (например О.С. Иоффе, И.С. Перетерский и И.Б. Новицкий), которые пытались доказать (нередко противореча сами себе), что сделки в “обход закона” обладают некоей спецификой и отличаются, в частности, от притворных сделок, по нашему мнению ошибались.

1.33.2. Теперь можно также утверждать, что в свете выдвинутой гипотезы о правовой природе понятия “обход закона” становится понятным, почему в доктрине советского гражданского права и в практике судов РСФСР и СССР 20-60-х годов имелось такое количество сильно различающихся мнений по поводу сделок в “обход закона”, и почему в них наблюдаются непоследовательность и противоречия. Объяснение довольно просто: понятие “обход закона” охватывает не один, а целых

три вида весьма сложных неправомерных действий, в то время как и советские теоретики, и суды обращали внимание в один момент только на какой-то один из них, а в другой момент - на другой. Очевидно, что интуитивно многие из них чувствовали подобную комплексность понятия “обход закона” и неправильность указания в ГК РСФСР 1922 г. на сделки в “обход закона” как особый вид сделок, но по какой-то причине не хотели или не могли то и другое объяснить[62].

Попробуем теперь кратко взглянуть на место понятия “обход закона” в иностранном частном праве на различных ступенях его развития, но только с целью проверить правильность выдвинутой гипотезы о правовой природе данного понятия.

Параграф 2. Краткий обзор места понятия “обход закона” в частном праве на различных этапах его развития в правовых системах некоторых государств

1.34. Если в отношении проблемы нарушения закона можно утверждать, что она возникает незамедлительно после появления первой правовой нормы, то применительно к понятию “обхода закона” следует отметить, что его возникновение стало возможно только на несколько более высокой ступени развития права, после появления у него некоторой саморефлексии. Поскольку первой такой правовой системой было право Древнего Рима, то можно с большой долей уверенности утверждать, что понятие “действовать в “обход закона” впервые появилось именно в нем. Источники римского права подтверждают это: римские юристы проводили разницу между выражениями “*contra legem facere”* (*“нарушать закон”*) и *“facere in fraudem legis”, “facere fraudem legi”* (*“действовать в обход* (буквально: в “обман”. – М.А.) *закона”*)[63].

1.35. Римские юристы дали свои правовые определения того, что следует, на их взгляд, считать “обходом закона”. Так, Павел писал: *“Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit”*[64] (*D. 1.3.29*) (*“Поступает против закона тот, кто совершает запрещенное законом; поступает в обход закона тот, кто сохраняя слова закона, обходит его смысл”*)[65]. 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”*)[66]. Понятие *“fraus legi”* встречается и в

---

[62] В частности, одной из причин этого могло быть то, что из статьи 30 ГК РСФСР 1922 г. вытекало, что сделки в “обход закона” являются особым видом сделок, и многие, видимо, не хотели или не могли подвергнуть такую ошибочную норму сомнению и критике.

[63] Использование понятия *“agere in fraudem legis”* стало характерным уже для XIX и XX веков.

[64] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209.

[65] Перевод привед. по: Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. - с. 33.

[66] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - М., 1989, с. 396.

других источниках римского права[67]: в частности, среди них можно отметить Институции Гая[68]. Однако при этом следует отметить, что встречается данное понятие в таких источниках не очень часто.

1.36. При этом выявляется еще одна весьма любопытная закономерность: достаточно редкое употребление понятия *"fraus legi"* вполне соответствует довольно низкому уровню его юридической обработки. Так, в отношении приведенных выше определений римских юристов неоднократно выражалось мнение, что они являются не столько продуманными дефинициями, сколько замечаниями попутного характера[69]. Учитывая содержание других дефиниций римского права, не согласиться с этим нельзя. Подобный факт далеко не случаен и ниже ему будет дано объяснение.

1.37. Таким образом, можно констатировать, что в римском праве понятие *"fraus legi"* занимало не очень значительное место. Это отразилось в том числе и в учебниках римского права, как в современных, так и в старых: легко обнаружить, что если вопросу о *fraus legi* в них и уделяется внимание, то крайне небольшое. Также весьма незначителен и объем специальных исследований, посвященных проблеме *fraus legi* в римском праве[70].

1.38. Ввиду этого можно провести некоторые параллели между римским правом и гражданским правом РСФСР 20-60-х годов: и в том, и в другом понятие "обход закона" хотя и употреблялось, но не слишком часто, а уровень его юридического анализа был далек от удовлетворительного.

1.39. Но гораздо более существенна другая параллель: источники римского права (а также современная романистика), свидетельствуют о том, что римские юристы (как и современные исследователи римского права) очень часто

---

[67] *Дыдынский Федор* Латинско-русский словарь к источникам римского права. - М., 1997, с. 237-238.

[68] *"Nam et si testamento scriptis in orbem seruis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis inuenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae* ***in fraudem ejus*** *facta sint recsindit; sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea quae* ***in fraudem eius*** *legis excogitata sunt" (I 1.8.46) ("Если рабам, перечисленным в завещании без известного порядка, дана будет свобода, то никто не будет свободен, так как нет определенной очереди отпущения на волю, да и закон Фуфия Каниния отменил и уничтожил все, что совершено* ***во вред и ущерб его****; существуют даже особые сенатские постановления, которые делают недействительным все то, что было придумано для* ***обхода этого закона")*** (выделение мое. –М.А.) (*Гай* Институции. Перевод Додынского Ф. - М., 1997, с. 33). Интересно отметить, что встречающиеся в этом тексте два раза одни и те же слова *"in fraudem"* переводятся различным образом, причем в первом случае с указанием на вред и обман. Причины этому станут понятны из нижеизложенного.

[69] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209.

[70] Можно указать на следующие наиболее известные труды: *Pfaff I.* Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. - Wien, 1892, и *Brejon J.* Fraus legis. - Travaux juridiques de l'Universite de Rennes, t. XVII (1942), t. XVIII (1954). Кроме них, можно упомянуть следующие работы: *Magen R.* Agere in fraudem legis. - Breslau, 1911 (dissertation); *Neff P.* Beitraege zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten. - Berlin, 1895 (dissertation); *Barthelmes A.* Das Handeln in fraudem legis. - Goettingen, 1889 (dissertation); *Wette W.* Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis. - Greifswald, 1900 (dissertation); *Ledermann* Die Gesetzesumgehung im roemischen und buergerlichen Recht. – Breslau, 1912 (dissertation); *Fuchs W.* Umgehung des Gesetzes (Fraus legi facta. Eine kritische Studie). - Goettingen, 1917; *Brejon J.* Quelques cas de fraude a la loi dans Tite-Live. - Nouvelle Revue d'histoire du droit, 1949, p. 501.

отождествляли понятие “обход закона” с понятиями “обман”, “притворность”, “злой умысел”, то есть с обозначениями неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности. Укажем только на некоторые примеры. Во-первых, об этом свидетельствуют многие максимы римского права, отождествляющие *fraus legi* и *circumventio* с обманом: *“Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit”* (*Ulp. D. 5.1.15.1*) (*“Если он (судья) принял решение со злым умыслом, обойдя закон”*)[71]; *“Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et alterius agitur. Labeo autam posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur… itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam…”* (*S. и L. у Ulp. D. 4.3.1.2*) (определение *dolus malus*: *“Сервий: некое мошенничество ради обмана кого-либо, когда одно делается для виду, а в намерения входит другое. Лабеон: можно мошенничать, и ничего не делая для виду… dolum malum: всякая хитрость, обман, уловка для того, чтобы обойти, обмануть, уловить другого”*)[72]. Во-вторых, именно так понимают выражение *“fraus legi”* некоторые современные исследователи римского права[73]. Также понимали его и в прошлом веке[74].

Имеются указания и на связь понятия *“fraus legi”* с понятием “совесть”: в латинском языке иногда употреблялось выражение “*in fraudem legis et honestatis”*, которое можно перевести как *“в обход закона и вопреки совести”*, или которое переводится даже как *“вопреки закону и чести”*[75]. В свете гипотезы об охвате понятием “обход закона” противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий такое указание имеет большое значение для доказательства правильности данной гипотезы.

---

[71] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 402.

[72] Там же, с. 391-392. А вот как переводит определение Лабеона Перетерский И.С.: *“Лабеон же говорит, что можно и без притворства действовать таким образом, что кого-нибудь обходят (обманывают), можно и без злого умысла делать одно и создавать притворную видимость другого…”* (Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. - с. 86).

[73] Вот какое определение дается в одном из известных словарей: *“**Circumvenire legem** to evade a law by trickery”* (Encyclopedic Dictionary of Roman Law. - Philadelphia, 1953, p. 388); *“**Fraudere legem** to evade a law by a fraudulent transactions”* (Ibid., p. 477). Далее в качестве иллюстрации приводится случай продажи вещи за небольшую фиктивную цену с тем, чтобы прикрыть запрещенное дарение. Также и В. Кункель (*W. Kunkel*) указывал, что мнимые и притворные сделки в римском праве могли служить “обходу закона” (Roemisches Privatrecht. Auf Grund des Werkes von P. Joers. - Berlin-Goettingen-Heidelberg, 1949, S. 107); *“Чаще всего симулированные и диссимулированные сделки, конечно, совершаются in fraudem legis, т. е. с тем, чтобы обойти какое-нибудь запретительное постановление закона…”*(Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. - СПб., 1914, с. 92); *“…симуляция направлена к тому, чтобы обойти запрещение закона”* (*Муромцев С.* Гражданское право древнего Рима. - М., 1883, с. 605).

[74] Вот какое определение дает понятию *“fraus”* Дыдынской Ф.: *“неприменение права путем **злонамеренного** обхода”* (выделение мое. – М.А.) (Латинско-русский словарь к источникам римского права. - с. 238).

[75] *Латинские* юридические изречения. - М., 1996, с. 202.

1.40. Впоследствии понятие *“fraus legi”* как неотъемлемая часть юридического наследия Древнего Рима была при рецепции римского права унаследована правом европейских государств. Все последующие поколения юристов - глоссаторы[76] и постглоссаторы - основывались при определении понятия “обхода закона” на различии, проведенном еще римскими юристами, то есть на различии между “буквой” закона и его “духом” (или теми целями, которые он преследует). Так, Аккурсий (*Accursius*) выделял четыре способа, которыми может совершаться *fraus legi*: 1) *de re ad rem* (случай, когда заем предоставляется в родовых вещах, иных чем деньги, в то время как законодательный запрет распространяется только на передачу в заем денег); 2) *de persona ad personam* (лицо, которому запрещено совершение какого-либо действия, поручает его совершение другому лицу); 3) *de uno contractu ad alium contractum* (вместо запрещенного договора дарения используется притворный договор купли-продажи); 4) *de uno contractu ad eundem contractum* (лицо, которое не может вступать в обязательственное отношение, принимает на себя уже возникшее обязательство)[77].

В конце концов постглоссаторы пришли к такому очень широкому определению понятия *“fraus legi”*, что *“все случаи, в которых каким-либо образом имелся не совсем правильный образ действий, даже содержались открытые уловки, рассматривались с точки зрения in fraudem legis”*[78]. В частности, глоссаторами и их последователями к средствам “обхода закона” относились притворные сделки[79]. Очевидно, что такие взгляды средневековых юристов могут служить еще одним доводом в пользу правильности выдвинутой выше гипотезы о правовой природе понятия “обход закона” (*supra* пункт 1.15).

1.41. Не осталось без внимания понятие “обход закона” и в новейшее время. В конце XIX, а также в начале XX века к нему наблюдается прямо-таки всплеск внимания, о чем свидетельствует список опубликованных в то время трудов (что, впрочем, являлось не более чем выражением прогресса развития частного права и истории права вообще). Однако в отличие от глоссаторов и постглоссаторов, придерживавшихся схоластического метода анализа данного понятия, юристы этого времени обратились уже к первоисточником римского права, и результатом этого в теории права стало появление уже не широкого, а более узкого понимания понятия *“fraus legi”*. В частности, *fraus legi* стал рассматривался как один из случаев правонарушения, прямого несоблюдения закона, что неизбежно вело к отсутствию необходимости в этом понятии как в теории права, так и в правоприменительной

---

[76] *Coing* Simulatio und Fraus in der Lehre der Bartolus und Baldus. – В кн.: Festschrift Koschaker, Weimer, 1939, B. III, S. 409 ff).

[77] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209-210.

[78] *Pfaff I.* Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. - S. 23.

[79] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 14. Исключением являлся Бартол (*Bartolus*), который усматривал в “обходе закона” самостоятельную природу, отличную от природы притворных сделок.

деятельности[80]. Такое понимание понятия *“fraus legi”* продолжает существовать и поныне: М. Бартошек утверждает, что действия *in fraudem legis “практически приравнивались к действиям* contra legem*”*[81].

1.42. В свою очередь, подобный подход вызвал обратную реакцию в виде появления многочисленных научных работ, в которых доказывалась особая природа понятия *“fraus legi”*, не отождествляемая с нарушением закона, и отстаивалась необходимость закрепления этого понятия в позитивном праве[82]. Само собой разумеется, что такой процесс сопровождался появлением многочисленных теорий *agere in fraudem legis*.

1.43. Таким образом, с начала XX века понятие *“fraus legi”* стало вызывать среди юристов достаточно активные споры (правда, при всем при этом оно продолжало занимать в праве весьма незначительное место). И одним из ключевых вопросов при рассмотрении этого понятия всегда являлся вопрос о том, следует ли выделять *agere in fraudem legis* как нечто совершенно особенное, или же такие действия является обычными неправомерными действиями, которые, однако, совершающие их лица пытаются с помощью различных ухищрений представить как правомерные. Мнения по данному вопросу разошлись, хотя большинство авторов придерживалось второй точки зрения, объявляющей, например, мнимые или притворные сделки одним из случаев действий *in fraudem legis*. Сегодня можно сказать, что в целом возобладало именно второе мнение и что содержание позитивного права западных государств его подтверждает: непосредственно в законодательстве термин “обход закона” встречается редко. Несколько чаще он употребляется судами при обосновании решений, причем очень часто “обходом закона” объявляются притворные, мнимые сделки или злоупотребление правом.

1.43.1. Можно утверждать, что понятие “обход закона” в той или иной степени известно частному праву всех государств континентальной Европы, где, впрочем, оно не занимает в нем сколько-нибудь значительное место и очень часто рассматривается как обозначение использования того, что автор именует “видимостью правомерности”. В частности, Л. Жюллио де ла Морандьер упоминает об “обходе закона” с помощью симуляции[83]. Л. Эннекцерус посвятил “обходу закона” в своей работе всего два абзаца, где он, в частности, соглашается с тем, что *“…обход имеет место всегда, когда выраженной цели закона оказывают противодействие дозволенным* ***по видимости*** *способом”* (выделение мое. – М.А.)[84]. Там же он цитирует § 5 Имперского уложения о пошлинах: *“Путем*

---

[80] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 2-3.

[81] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 30.

[82] Примером такого подхода является уже неоднократно упоминавшаяся работа “Die Umgehung des Gesetzes” швейцарца Ветша (*Vetsch*).

[83] *Жюллио де ла Морандьер Л.* Гражданское право Франции. - М., 1958, с. 297.

[84] *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. - М., 1950, полутом 2, с. 267. Правда, в другом месте своей работы Эннекцерус Л. проводит различие между мнимыми сделками и сделками в “обход закона” (с. 196).

злоупотребления *формами и конструктивными возможностями гражданского права нельзя обойти или уменьшить обязанность уплаты пошлины"* (выделение мое. – М.А.)[85]. Можно привести и другие аналогичные примеры[86], в том числе из современного законодательства[87].

1.43.2. Понятие "обход закона" (*"evasion of law", "circumvention"*) использовалось и используется в частном праве Англии[88] и США[89]. При этом с точки зрения выдвинутой выше гипотезы о правовой природе понятия "обход закона" весьма существенно то, что в англо-американской системе права это понятие рассматривается, как правило, в качестве синонима понятия "обман": *"Понятие обход* (circumvention. – М.А.) *почти, если не совсем, синонимично понятию обман* (fraud. – М.А.). *Это любой обман* (fraud. – М.А.), *посредством которого лицо побуждается через преднамеренное введение в заблуждение* (by deceit. – М.А.) *совершить договор за печатью или другой правовой документ. Следует помнить, однако, что обман* (fraud. – М.А.) *или обход* (circumvention. – М.А.) *должны относиться к самому документу, но не к встречному удовлетворению, на котором он основан, равно как такой обман* (fraud. – М.А.) *не может относиться к количеству, качеству, ценности или виду встречного удовлетворения, которое побуждает заключить контракт, но это такое ухищрение или уловка, которая побуждает к приданию правовому документу определенного содержания с*

---

[85] *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. - полутом 2, с. 267.

[86] Свобода договора ограничивается *"требованием, чтобы содержание договора не являлось противозаконным и не приводило к обходу закона"* (*Перетерский И.С.* Техника общих вопросов договорного права в германском, французском и английском праве. – В кн.: Гражданское право современного империализма. Сборник статей. - М., 1932, с. 103); *"Судебная практика считает, что дарения, делаемые в пользу непризнанных детей и направленные к обходу наследственных прав ограждаемых законом наследников, должны почитаться имеющими недозволенную побудительную причину (cause illicite), а потому признаваться недействительными"* (*Раевич С.И.* Гражданское право буржуазно-капиталистического мира в его историческом развитии (1789-1926). - М.-Л., 1929, с. 71). В связи с последним примером заметим попутно, что проблема "обхода закона" связана с институтом каузы в договоре.

[87] Статья 12 швейцарского федерального закона о приобретении недвижимости иностранными лицами от 16 декабря 1983 г. (*Loi federale sur l'acquisation d'immeubles par des personnes a l'etranger (L.F.A.I.E.) du 16 decembre 1983*) предусматривает: *"L'autarisation d'acquerir est refusee en tout etat de cause, lorsque: ...c) L'acquereur a tente d'**eluder la loi**; ..."* (выделение мое. М.А.). Привед. по: Revue critique de droit international prive. – 1985, № 4, p. 765.

[88] *Graveson R.H.* The doctrine of evasion of the law in England and America. - Journal of comparative legislation and international law. 3th series. – 1937, vol. XIX, part I); *"fraus legi facta (обход закона) может иметь место в пределах внутреннего законодательства… В английском праве самым известным примером такого рода было "изобретение" доверительной собственности с целью обхода закона о фидеикомиссах 1535 г. (Statute of Uses)"* (*Вольф М.* Международное частное право. - М., 1948, с. 159).

[89] *"Термин "обходить" означает избежание чего -либо путем **хитрост**и или уклонение от чего-либо, часто посредством **уловки**, **изворотливости** или **ухищрения**"* (выделение мое. – М.А.) (Cohen v. Marx Jewelry Co., 92 F. 2d 498, 501, 67 App. D.C. 347). Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - St. Paul, Minn., 1940, vol. 17, p. 353.

уверенностью в том, что он имеет совсем иное содержание"[90]. Можно привести множество других аналогичных примеров из американского[91] и английского права[92].

Очевидно, что все они еще раз свидетельствуют о правильности выдвинутой гипотезы о правовой природе понятия "обход закона".

Выводы к параграфу 2

1.44. Конечно же, в праве каждого государства существуют свои особенности в отношении понятия "обход закона". Рамки и цели настоящей работы не позволяют подробно осветить все эти нюансы, поэтому достаточно ограничиться указанием на источники, содержащиеся в прилагаемой к настоящей работе библиографии, из которых соответствующие сведения могут быть почерпнуты.

1.45. Предпринятое рассмотрение места понятия "обход закона" в иностранном частном праве убедительно показывает то, что это понятие уже на протяжении очень долгого времени известно всем развитым национальным системам частного права, но при этом оно занимает в них весьма незначительное место. Соответственно, поскольку ГК РСФСР 1922 г. в этом плане исключением не являлся, было бы разумно предположить, что положение с данным понятием в иностранных системах частного права в той или иной степени не может не напоминать противоречивую

---

[90] Town of Oregon v. Jennings, 7 S.Ct. 124, 130, 119 U.S. 74, 30 L.Ed. 323. Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 7, p. 192.

[91] *"В законе, предусматривающем, что никто не имеет права продавать или "отдавать в качестве встречного удовлетворения при покупке любой собственности или любых услуг, или в обход данного закона" любой спиртной напиток, процитированные слова должны толковаться как означающие, что такая выдача будет являться противоправной только когда ее целью будет* ***обойти закон посредством уловки или путем заключения сделки, предназначенной для сокрытия незаконных продаж****. Передача напитка из образцов спиртного агентом иностранного торговца, для цели демонстрации градусности и качества спиртных напитков, которые были предназначены для продажи в другом штате, не является "обходом данного закона"* (выделение мое. - М.А.) (State v. Bernstein, 105 N.W. 1015, 1016, 129 Iowa, 520). Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 4, p. 354; *"****Хитрость*** *или* ***обман****, подразумеваемые в термине* ***"обход"****..."* (выделение мое. - М.А.) (Clapp v. Heiner (C.C.A.Pa.) 51 F.(2d) 224, 225). Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 4, p. 353-354; *"Самым общим образом слова* ***"сокрытие"****, "****обход****" и "****утаивание****" означают уклонение посредством какой-либо* ***уловки*** *или их совокупности или же* ***утаивание*** *или намеренное* ***умалчивание*** *о каком-либо факте, который в соответствии с принципом* ***доброй совести*** *должен был бы быть сообщен"* (выделение мое. - М.А.) (Murray v. Brotherhood of American Yeomen, 163 N.W. 421, 428, 180 Iowa, 626). Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 4, p. 354.

[92] *"Fraud' in my opinion, is a term that should be reserved for something* ***dishonest*** *and* ***morally wrong****, and much mischief is, I think, done, as well as much pain inflicted, by its use where* ***"illegality"*** *and* ***"illegal"*** *are the really appropriate expressions"* (выделение мое. - М.А.) (per Wills J., Exp. Watson 21 Q.B.D. 301). Привед. по: Stroud's judicial dictionary of words and phrases. – London, 1972, vol. 2, p. 1095; *"****evasion*** *an act of escaping by means of* ***artifice****, a* ***trick*** *or* ***subterfuge****"* (выделение мое. - М.А.) (Wharton's Law Lexicon, forming an epitome of the laws of England, under statute and case law… . – London, 1938, p. 382); *"****fraus legi (fraud of law)*** *using legal proceedings with a* ***felonious*** *purpose"* (выделение мое. - М.А.) (Ibid., p. 436).

ситуацию, сложившуюся в 20-60-х годах нынешнего столетия в отечественном гражданском праве.

1.46. Но более существенно иное: предпринятое исследование роли понятия “обход закона” в различных национальных системах частного права еще раз свидетельствует о правильности высказанной гипотезы о правовой природе данного понятия.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ I

1.47. Основным результатом данного раздела можно считать формулирование гипотезы о правовой природе понятия “обход закона” (*supra* пункт 1.15). При этом такая гипотеза подтверждается весьма весомыми свидетельствами как советского гражданского права, так и римского частного права и частного права иностранных государств.

1.48. К гипотезе о том, что понятие “обход закона” не обладает самостоятельной правовой спецификой, нам позволило придти использование метода, названного индуктивно-позитивистским. Но можно утверждать, что к ней можно было бы придти, используя и дедукцию, то есть анализируя общим образом само понятие “обход закона”. Однако такой анализ имел бы результат только тогда, когда первоначально основывался бы на науке, не имеющей, на первый взгляд, с правом ничего общего (хотя это и не так), а именно на лингвистике, и только затем осуществлялся бы в правовом плане. Дело в том, что в латинском языке, на котором изъяснялась первая в мире развитая частноправовая система, существовало слово, в этимологическом отношении совершенно идентичное русскому слову “обходить”: “*evadere”* (а также слово *“circumvenire”*). Между тем римская юриспруденция к этим двум понятиям прибегала редко, но намного чаще использовала слово “*fraus”* (точно переводящееся как “обман”) для передачи того, что в русском языке именуется “обход”. Подобная же ситуация имеет место и во французском языке[93], где вместо использования слова *“evasion”* для передачи понятия “обход закона” гораздо чаще используется слово “*fraude”*– “*fraude a la loi”*. Это объясняется не только происхождением французского языка из латинского, но и наследованием французским правом многого из римского права. И для того, и для другого сущность “обхода закона” заключалась и заключается прежде всего в обмане. В русском же языке данный нюанс не нашел явного отражения.

Между тем обман с правовой точки зрения является не чем иным, как частным случаем использования видимости правомерности. Соответственно, вычленить иные частные случаи использования видимости правомерности было бы не очень сложно, и, следовательно, результатом общего анализа понятия “обход закона” опять-таки являлась бы гипотеза о том, что оно представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, которым

[93] То же самое можно сказать и об итальянском и испанском языках.

пытаются придать видимость правомерности, что на самом деле его содержание исчерпывается простым обозначением совокупности таких действий, и что у него отсутствует самостоятельная правовая специфика.

1.49. Тем не менее, приведенный краткий обзор гражданского права РСФСР, римского частного права и частного права иностранных государств (а также только что предпринятый лингвистический анализ) еще нельзя, несмотря на их убедительность, рассматривать как однозначное доказательство правильности выдвинутой гипотезы о правовой природе понятия “обход закона”. Ввиду этого для целей окончательной проверки такой гипотезы приступим к краткому рассмотрению места данного понятия в других областях материального права.

РАЗДЕЛ II. ПОНЯТИЕ “ОБХОД ЗАКОНА” В РАЗЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ ОТРАСЛЯХ И В ПРАВЕ В ЦЕЛОМ

2.1. В настоящем разделе в самых общих чертах будет кратко показано место понятия “обход закона” в отраслях права, отличных от частного, и в различных правовых семьях (*параграф 1*), а также будет проанализированы характеристики данного понятия (обусловливаемые его правовой природой) с целью проверить правильность выдвинутой в первом разделе гипотезы о его правовой природе (*параграф 2*). Затем несколько слов будет сказано о правовом феномене, обозначаемом понятием “обход закона” (*параграф 3*).

Параграф 1. Понятие “обход закона” в различных отраслях права и в различных правовых семьях

2.2. Более подробное рассмотрение места понятия “обход закона” в праве приводит еще к одному довольно-таки любопытному выводу: оно известно не только частному праву, как можно было бы подумать на основании сказанного в предыдущем разделе. Напротив, оно может быть обнаружено во всех без исключения отраслях материального права, а также в различных правовых семьях (однако опять-таки во всех них оно встречается относительно нечасто). Представляется, что подобная особенность данного понятия может быть объяснена только его характеристиками, являющимися, очевидно, достаточно необычными.

Пункт 1. Понятие “обход закона” в различных отраслях права

2.3. Начнем с того, что понятие “обход закона” известно международному публичному праву[94]. Особо говорить о том, что оно используется в международном частном праве, – излишне.

---

[94] Статья XII Договора об обычных вооруженных силах в Европе, подписанного в Париже в 1990 г., предусматривает: *“1. Боевые машины пехоты, имеющиеся в наличии у организаций Государства-участника, созданных и структурно организованных для осуществления в мирное время функций обеспечения внутренней безопасности, которые не имеют структуру и организацию для ведения наземных боевых действий против внешнего противника, не ограничиваются настоящим Договором. Независимо от вышеизложенного, в целях содействия осуществлению настоящего*

Встречается это понятие также в уголовном праве, как в отечественном[95], так и в иностранном[96].

Довольно широко понятие “обход закона” употребляется в процессуальном праве[97], в том числе применительно к третейским судам[98].

---

*Договора и обеспечения гарантий того, что количество таких вооружений, имеющихся в наличии у таких организаций, не используется **для обхода положений настоящего Договора**, любые такие вооружения, превышающие 1000 боевых машин пехоты, приписанных Государством-участником к организациям, созданным и структурно организованным для осуществления в мирное время функций обеспечения внутренней безопасности, составляют долю от разрешенных уровней, указанных в статьях IV, V и VI”* (выделение мое. - М.А.) (Бюллетень международных договоров, 1993, № 2). Несложно заметить, что в данном случае понятие “обход” используется применительно к ситуации, в которой возможно использование видимости правомерности: боевые машины пехоты могут намеренно приписываться не к вооруженным силам, а к другим организациям, которые только по видимости не являются военными, а в действительности именно к ним и относятся.

[95] *“2. Уголовная ответственность наступает в случае незаконного характера подобного экспорта, т. е. осуществляемого в нарушение предусмотренного законодательством запрета и **в обход** специального экспортного контроля”* (выделение мое. - М.А.) (Постатейный Комментарий к Уголовному кодексу РФ 1996 г. / Наумов А.В. (отв. ред.) и др. – М., 1997, с. 180); *“...Милин, приобретя…списанный кузов автомобиля “Волга”, решил **в обход** существующего в то время порядка сам отремонтировать его… Поскольку для ремонта необходимы были запасные части и детали, то ...Милин и мастер станции технического обслуживания… оформили… документы, по которым кузов **как бы** был сдан в ремонт и в тот же день получен из ремонта. ... **Фиктивные** документы на сдачу в ремонт кузова… нужны были Милину, чтобы получить по ним на станции технического обслуживания необходимые запчасти и детали. ... Что касается приобщенных к делу документов, то… они свидетельствуют ... о том, что **так называемая** сдача Милиным автомобильного кузова в ремонт была оформлена **в нарушение** существовавшего тогда порядка замены на автомобиле агрегатов и узлов”* (выделение мое. - М.А.) (Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 26 марта 1981 г. по делу И.А. Новожилова. - Бюллетень Верховного Суда СССР, 1982, № 2, с. 5-7). Данное Постановление весьма рельефно указывает на связь понятия “обход закона” с понятиями “незаконность” и “фиктивность”.

[96] *Ligeropoulo A.* Le probleme de la fraude a la loi. Etude de droit prive, interne et international, de droit fiscal, penal et compare. - Aix, 1928 (these); *Hugueney Louis* Fraude a la loi. - Revue penitentiaire et de droit penal. Bulletin de la Societe generale des prisons. - 1924, № 4, p. 207 - 208; № 6. p. 389.

[97] *“Суд не вправе утверждать мировое соглашение, если оно противоречит закону, или когда таким соглашением нарушаются чьи-либо права и охраняемые законом интересы. Недопустимо, например, утверждение мирового соглашения, если его условия нарушают трудовые права граждан или **в обход закона** направлены на освобождение лиц от материальной ответственности за ущерб, причиненный при исполнении ими трудовых обязанностей”* (выделение мое. - М.А.) (часть 4 пункта 12 Постановления № 10 Пленума Верховного Суда СССР от 1 декабря 1983 г. “О применении процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции”. - Бюллетень Верховного Суда СССР, 1983, № 6); *“полная **симуляция** может быть вызвана желанием сторон заменить судебным решением юридическую сделку или причинить ущерб третьим лицам - кредиторам ответчика. Например, А желает продать Б участок своей земли. Так как совершение крепостного акта почему-либо невозможно или неудобно (например, за неимением у продавца формальных документов или в виду желания сторон избежать уплаты крепостных пошлин), то они условились с судьями, что Б предъявит к А иск о праве собственности по давности владения, А признает иск правильным, и суд удовлетворит его, не проверяя. Суд, в качестве органа государственной власти, не должен оказывать содействия **обходу закона**”* (выделение мое. - М.А.) (*Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. - М., 1917, с. 185). В данном случае связь понятия “обход закона” с понятием “симуляция” также налицо; *Calvosa Carlo* Riflessioni sulla frode alla legge nel processo. - Rivista di diritto processuale, 1949, vol. IV – parte I, p. 64-108; *Carnelutti Francesco* Processo in frode alla legge. - Rivista di diritto processuale, 1949, vol. IV – parte II, p. 32-44.

[98] *Гурлянд* О третейском суде. Обход закона о переходе прав на недвижимые имущества. - Судебный вестник, 1872, № 37, 38, 45); *“...в Англии юрисдикция суда распространяется и на те споры, которые стороны договорились рассматривать в арбитражном порядке. Суд обладает дискреционным правом либо принять дело к рассмотрению, либо, основываясь на отсутствии каких-либо существенных причин, препятствующих проведению арбитражного разбирательства, приостановить производство по делу и направить стороны в арбитраж. ... Рассматриваемая норма “общего” права возникла в то время, когда бытовало представление об арбитражном разрешении*

Не составляет исключение и антимонопольное право[99]. Понятие “обход закона” можно также обнаружить в правовых актах о нотариате[100], в трудовом праве[101], корпоративном праве[102], вексельном регулировании[103]. Нашло оно применение и в отношении Интернета[104].

Таможенное регулирование также не обошло данное понятие своим вниманием[105]. Термин “обход” применим и к банковским операциям[106]. Понятие

---

*споров как об одном из способов **обхода судебной юрисдикции**. Сейчас она постепенно утрачивает свое значение”* (выделение мое. - М.А.) (*Минаков А.И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. - М., 1985, с. 45-46).

[99] *Kleinfeld G.*, *Gaylor D.* Circumvention of antidumping and countervailing duty orders through minor alterations in merchandise .- Journal of world trade, 1994, vol. 28, № 1, p. 77-88); *Weigand F.-B.* Evading EC Competition Law by Resorting to Arbitration. - Arbitration International, 1993, № 3. p. 249-258.

[100] *“При удостоверении договоров дарения легковых автомобилей и мотоциклов с колясками государственный нотариус выясняет, не направлено ли дарение **в обход закона** и установленного порядка купли-продажи указанных автомототранспортных средств”* (выделение мое. - М.А.) (пункт 75 Инструкции о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР (утверждена приказом Министерства юстиции РСФСР от 6 января 1987 г. № 01/16-01). – не опубликована. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)); *“Должностное лицо лечебного учреждения отказывает в удостоверении завещания и в том случае, если оно **противоречит закону**, то есть оно совершается **в обход** действующего законодательства или **с целью, заведомо противной интересам социалистического государства и общества**”* (выделение мое. - М.А.) (пункт 10 Инструкции о порядке удостоверения завещаний главными врачами, их заместителями по медицинской части, дежурными врачами больниц, других стационарных лечебно-профилактических учреждений, санаториев, а также директорами и главными врачами домов для престарелых и инвалидов (утверждена Министерством юстиции СССР по согласованию с Минздравом СССР). – не опубликована. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)). В последнем случае явственно проявляется связь понятия “обход закона” с понятием “нарушение закона” и с понятием, аналогичным по смыслу термину “противоречие основам правопорядка и нравственности”.

[101] *Ricardo La Hoz Tirado* La simulacion y el fraude a la ley, en el derecho del trabajo. - Revista de jurisprudencia Peruana, Lima, 1973, № 351, p. 398-408); *Cessari Aldo* L’interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro. – Milano, 1959.

[102] *Ferrara Francesco* Constituzione di persona guiridica in frode alla legge. – В кн.: Scritti guiridici in onore di Santi Romano. - Padova, 1940, vol. IV, p. 23.); *Guilhot Jacques* Les filiales de societes etrangeres et la notion de fraude a la loi en matiere fiscale. - Clunet, 1938, p. 21-35); *Afschrift T.* La costitution d’une personne morale de droit etranger dans l’unique but d’eluder l’impot belge. – В кн.: Melanges offerts a Raymond Vander Elst. - Bruxelles, 1986, vol. II, p. 27-42).

[103] А.Ф. Федоров упоминает **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, 1895, с. 19).

[104] М.А. Якушев замечает по поводу закона США “О соблюдении пристойности в средствах связи” 1996 г., вводящего ограничения на размещение определенного рода информации в компьютерных сетях: *“При этом хорошо известны способы “обхода” установленных запретов – достаточно разместить нежелательную информацию на сервере не в США, а, к примеру, на Багамских островах, т. е. вне сферы уголовной юрисдикции США”* (*Якушев М.А.* Интернет и право. - Законодательство, 1997, № 1, с. 75).

[105] Так, подпункт в) статьи 1 Международной конвенции о взаимном административном содействии в предотвращении, расследовании и пресечении таможенных правонарушений, подписанной в Найроби в 1977 г., (Таможенные ведомости, 1996, № 11), к которой Россия присоединилась Постановлением Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1215 (Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, № 29, ст. 3042), гласит: *“Для целей настоящей Конвенции:*

*(в) термин “**обман** таможни” означает таможенное правонарушение, при котором лицо обманывает таможню и таким образом частично или полностью уклоняется от уплаты импортных или экспортных пошлин и налогов или **обходит** установленные таможенным законодательством запреты или ограничения либо получает другие выгоды в нарушение таможенного законодательства,*

“обход” может быть найдено в праве интеллектуальной собственности[107]. Известно оно и церковному праву[108]. Достаточно часто понятие “обход” встречается в налоговом регулировании[109]. Не избежало его и конституционное право[110]. Ввиду

---

*(г) термин “**контрабанда**” означает обман таможни, состоящий в перемещении товаров через таможенную границу в любой **скрытой** форме;”* (выделение мое. - М.А.). Данный пример особенно интересен прямым указанием на связь понятия “обход закона” с понятием “обман”.

*“Можно сказать, что со стороны участников ВЭД идет более квалифицированный **обход таможенных правил** с целью уклонения от уплаты таможенных платежей как при таможенном оформлении, так и при выполнении условий таможенного режима”* (выделение мое. - М.А.) (Письмо ГТК РФ от 9 августа 1996 г. № 06-10/14380 “О судебной практике”. - не опубликовано. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)); *Komuro N.* U.S. anti-circumvention measures and GATT rules. - Journal of world trade, 1994, vol. 28, № 3, p. 5-49).

[106] *“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.) (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 января 1996 г. № 7770/95. - Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 3). Как видно, в данном случае понятие “обход закона” было употреблено в качестве синонима понятия “нарушение закона”; *“Совершение операций **в обход** расчетного счета создает условия для незаконного обналичивания средств, использования бюджетных средств не по назначению, задержек выплаты заработной платы”* (выделение мое. - М.А.) (Письмо ЦБР от 16 мая 1996 г. № 25-1-534 “О нарушениях коммерческих банков в области депозитных операций”. - (не опубликовано. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)).

[107] *“достаточно ли сильны пункты формулы изобретения (возможны ли **обход** или аннулирование патента)”* (выделение мое. - М.А.) (пункт 22 “Плана финансового оздоровления (бизнес-плана) (типовая форма)”, утвержденного распоряжением Федерального управления по делам о несостоятельности (банкротстве) от 5 декабря 1994 г. № 98-р. - (не опубликован. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)); *“**Обход** лицензии” “При патентных лицензиях, когда предусмотрены поштучные отчисления или отчисления от оборота, имеется опасность, что лицензиат избежит платежей благодаря тому, что будет производить продукцию по лицензии без использования изобретения, на которое предоставлена лицензия. Это может произойти, если он внесет изменения в выпускаемый по лицензии продукт или применит конструкции третьих лиц”* (выделение мое. - М.А.) (*Штумпф Г.* Лицензионный договор. - М., 1988, с. 91). Вполне очевидно, что в последнем случае опять-таки речь идет ни о чем ином как об использовании видимости правомерности: изменения в конструкцию вносятся исключительно для того, чтобы создать видимость появления нового продукта, хотя в действительности он остается прежним.

[108] В Циркулярном указе Синода от 28 июня 1888 г. отмечалось в отношении заключения брака лицами, осужденными на безбрачие, в которых использовалось **сокрытие** документов о запрете на заключение барака: *“Так как венчание подобных браков, в последнее время практикуясь довольно часто, может способствовать распространению личных убеждений о дозволенности таких браков или, по крайней мере, об ослаблении силы закона, осуждающего на безобразие, и о возможности без больших затруднений **обойти** препятствия к оным…, то представляется необходимым озаботиться изысканием и принятием мер к прекращению зла”* (выделение мое. - М.А.) (Наблюдатель, 1889, № 4, с. 34-35 раздела “Современное обозрение”).

[109] Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал от 17 июня 1992 г. (Convention between the United States of America and the Russian Federation for the avoidance of double taxation and the prevention of **fiscal evasion** with respect to taxes on income and capital) (выделение мое. – М.А.) (ратифицирован постановлением ВС РФ от 22 октября 1992 г. № 3702-1. - Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 46, ст. 2617).

Понятие “обход налога” употребляет А.Н. Козырин (Налоговое право зарубежных стран: вопросы теории и практики. - М., 1993, с. 97-100). Также в работе П. Годмэ есть целый раздел под названием “Обход налога” (*Годмэ П.* Финансовое право. - М., 1978, с. 410-423). Имеется и множество других аналогичных примеров: *Hensel Albert* Zur Dogmatik des Begriffs der “Steuerumgehung. – В кн.: Bonner Festgabe fuer Ernst Zitelman zum fuenfzigjaehrigen Doktorjubilaeum. - Muenchen und Leipzig,

сказанного представляется более чем вероятным то, что любая другая отрасль права исключением в этом аспекте не является.

2.4. Данные факты не могут не наводить на мысль о том, что достаточно специфическое, как казалось бы, понятие, но в то же время являющееся пригодным для употребления во всех перечисленных отраслях права, должно обладать и какими-то особыми характеристиками.

2.5. Кроме того, приведенные примеры позволяют еще раз убедиться в том, что понятие "обход закона" очень часто соседствует с понятиями "противоправность", "фиктивность", "симуляция", "обман", "сокрытие" и им подобными. Это является очередным подтверждением гипотезы автора о правовой природе данного понятия (*supra* пункт 1.15).

Пункт 2. Понятие "обход закона" в различных правовых семьях

2.6. Как уже говорилось, понятие "обход закона" известно как континентальной (*supra* пункт 1.43.1), так и англо-американской правовой семье (*supra* пункт 1.43.2) (причем в последней оно понимается как синоним термина "обман").

2.7. Оно также использовалось в законодательстве ряда стран восточной Европы[111] (очевидно, что не без влияния советского права), а также, например, в Гражданском законе Латвийской Республики 1937 г.[112].

2.8. Латиноамериканскому праву также известно это понятие[113].

2.9. Наличествует оно и в исламском праве: *"Неизменность догмы религиозного права и застывшая в своем развитии доктрина привели к тому, что в 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*

1923, S. 217-288); L'evasion et la fraude fiscale internationales. Quatre etudes. – В кн.: Questions de fiscalite internationale. – Paris, 1987, № 1); *Baxter Ian F.G.* The United Kingdom and tax havens: a comparative comment. - American journal of comparative law, 1985, vol. 33, p. 717).

[110] Так, в одном из комментариев к статье 105 Конституции Российской Федерации говорится: *"Возможность молчаливого одобрения предусмотрена с целью не допустить применение Советом карманного вето, т. е. задержки закона на неопределенный срок и, возможно, навсегда, чтобы* ***обойти*** *положение ч. 5 комментируемой статьи"* (выделение мое. – М.А.) (Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации / Ю.В. Кудрявцев (отв. ред.) и др. -. М., 1996, с. 158). Также Г. Гаджиев использует в своей статье термин "обойти закон" три раза (*Гаджиев Г.* Непосредственное применение судами конституционных норм. - Российская юстиция, 1995, № 12).

[111] В.П. Шахматов указывал, что понятие "сделка в обход закона" содержалось в § 39 ГК ЧССР, пункте I § 24 Хозяйственного кодекса ЧССР, § 1 статьи 58 ГК ПНР, статье 26 Закона об обязательствах и договорах НРБ, пункте 2 § 200 ГК ВНР (*Шахматов В.П.* Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. - с. 168).

[112] Статья 1415 этого закона предусматривает: *"Недозволенное или неприличное действие, цель которого противна религии, законам или добрым нравам или которое направлено к тому, чтобы* ***обойти закон****, не может быть предметом юридической сделки; такая сделка является недействительной"* (выделение мое. - М.А.) (Гражданский закон Латвийской Республики 1937 г.. – Рига, 1993).

[113] *Ricardo La Hoz Tirado* La simulacion y el fraude a la ley, en el derecho del trabajo. - Revista de jurisprudencia Peruana, Lima, 1973, № 351, p. 398-408).

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" (выделение мое. – М.А.)[114]; *"В регулировании определенных отношений религиозные правила поведения нередко уступали место юридической форме, о чем говорит применение широко распространенных в средневековом мусульманском праве юридических стратагем и правовых решений, разработанных на основе рациональных приемов юридической техники (в частности, путем аналогии) в* ***обход*** *религиозных предписаний, чаще всего запретов"* (выделение мое. – М.А.)[115].

Конечно, приведенные цитаты еще не свидетельствуют однозначно о наличии в исламском праве понятия, полностью аналогичному понятию "обход закона" континентального или англо-американского права: их авторы могли механистически перенести на исламское право реалии последних. Но тем не менее несомненно, что в исламском праве присутствует нечто, что по меньшей мере очень близко понятию "обход закона" в западном праве. Об этом свидетельствуют как специальные исследования исламского права европейскими юристами[116], так и исламские источники[117].

2.10. Имеются также свидетельства того, что понятия, близкие понятию "обход закона", встречаются и в других правовых семьях, в частности в японском[118] и в китайском праве[119].

2.11. И опять-таки нельзя не заметить, что во всех приведенных примерах понятие "обход закона" употребляется наряду с такими, в частности, понятиями как "уловка", "хитрость", "притворность".

---

[114] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. - т. 1, с. 454.

[115] *Сюкияйнен Л.Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики. - М., 1986, с. 49.

[116] *Ray J.* Essai sur la fraude a la loi en droit musulman (etude de droit musulman compare et de droit international prive). - Paris, 1938; *Baz.* Essai sur la fraude a la loi en droit musulman. - Lyon, 1938 (these).

[117] Мухxамад абд ал-Ваxxаб Бухайри *Al-hiyal* fi as-sari'ah al-islamiyyah (Хитрости в исламском праве). - Каир, 1974; *Абд-ас-Салам Дихни* Al-hiyal al-mahzur minha wal-masru (Дозволенные и недозволенные хитрости). -Каир 1946; *Мухxамад ибн Ибрагим* Al-hiyal fi al-mu'amalat al-maliyyah (Хитрости в области имущественных отношений), Тунис – Триполи, 1983. Привед. по: *Х. фон Зенгер* "Стратагемы. О китайском искусстве жить и выживать". - М., 1995, с. 33.

[118] *"Обход закона может совершаться с помощью так называемых притворных сделок"* (*Сакаэ Вагацума*, *Тору Ариидзуми* Гражданское право Японии. - М., 1983, кн. 1, с. 108). Правда, следует признать, что это высказывание является скорее результатом заимствования понятия "обход закона" из немецкого права, чем термином собственно японского права.

[119] Работа Х. фон Зенгера "Стратагемы. О китайском искусстве жить и выживать" является косвенным свидетельством наличия таких понятий в китайском праве.

На основании всего изложенного можно считать, что правильность выдвинутой гипотезы о правовой природе понятия “обход закона” (*supra* пункт 1.15) подтверждается окончательно.

Выводы к параграфу 1

2.12. Предпринятое в настоящем параграфе рассмотрение места понятия “обход закона” в различных отраслях материального права и в различных правовых семьях продемонстрировало, что, как это ни удивительно, но ареал его существования далеко не ограничивается рамками частного права. Более того, понятие “обход закона” известно и различным правовым семьям.

2.13. Другим важным результатом предпринятого анализа является подтверждение того, что понятие “обход закона” ассоциировалось и продолжает ассоциироваться с понятиями “нарушение”, “обман”, “притворность”, “фиктивность” и им подобными не только в гражданском праве РСФСР, римском частном праве и в иностранном частном праве, но и в других отраслях материального права, а также в различных правовых семьях. По этим причинам выдвинутая гипотеза о правовой природе понятия “обход закона” может считаться весьма плодотворной и находящей подтверждение в правовой действительности[120]. Соответственно, дальнейшее рассмотрение проблематики “обхода закона” будет базироваться на посылке о верности данной гипотезы, что, однако, не будет исключать возможности выдвижения автором дополнительных указаний в ее подтверждение.

2.14. Итак, анализ различных отраслей материального права в различных правовых семьях показывает, что понятие “обход закона”: 1) может быть обнаружено во всех правовых областях; 2) однако при этом оно встречается достаточно редко; 3) у него отсутствует единообразное понимание и оно постоянно употребляется в различных смыслах; 4) но при этом явственно прослеживается его несомненная связь с понятиями “обман”, “притворность”, “хитрость”, “уловки”, “противоправность”, “злоупотребление” и им аналогичными.

Все упомянутые факты, с одной стороны, не могут не удивлять, а с другой стороны, заставляют задуматься о том, чем же могут быть объяснены подобные свойства, в частности, **универсальность** понятия “обход закона”? В самом деле, не

---

[120] Автору могут возразить и указать на то, что в приведенных в параграфе 1 настоящего Раздела II примерах не прослеживается явственная связь понятия “обход закона” с понятиями “злоупотребление правом” и “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия”. Это действительно так, но, во-первых, то, что автору не удалось найти наглядные примеры такой связи в других отраслях права и в других правовых системах (подобные тем, которые удалось обнаружить в праве РСФСР), еще не значит, что такая связь и такие примеры отсутствуют (напротив, автор убежден, что если предпринять дополнительные усилия, такие примеры будут обнаружены. Во-вторых, менее явственная связь понятия “обход закона” с понятиями “злоупотребление” и “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия” далеко не случайна: она обусловлена правовой спецификой феномена “обход закона”.

очень многие правовые термины обладают такими свойствами, что могут быть целенаправленно использованы для удовлетворения потребностей совершенно различных отраслей права. Очевидно, правовая природа понятия “обход закона” обусловливает некоторые особенные его черты.

Параграф 2. Характеристики понятия “обход закона”

2.15. Исходя из того, что понятие “обход закона” представляет собой общее собирательное выражение для обозначения совокупности нарушающих закон действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности, попробуем определить его характеристики.

2.16. Первая из них – необыкновенная неопределенность понятия “обход закона” (*supra* пункт 1 “Предварительных замечаний”) и способность быть употребляемым в совершенно разных ситуациях.

Поражает та многозначительность и оттенки, в которых и с которыми это понятие используется. Помимо вышеприведенных примеров из различных отраслей права различных правовых семей, можно указать и на другие случаи его подобного употребления.

Это понятие используется для характеристики изобретения института доверительной собственности в праве Англии[121]. О.С. Иоффе при его помощи описывает случай привлечения к постоянной работе под видом договора поручения работника, должность которого штатным расписанием не предусмотрена[122]. Л.П. Короткова характеризует им фиктивные браки[123]. В законодательстве Российской Империи об иностранцах понятие “обход закона” часто употреблялся в качестве синонима слова “обман”[124].

2.16.1. Как уже упоминалось, термин “обход закона” является не чем иным, как обозначением нарушения закона (*supra* пункт 1.33). 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)[125].

---

[121] *Вольф М.* Международное частное право. - с. 159-161.

[122] *“Если же под видом договора поручения фактически привлекается постоянный работник, например, юрисконсульт, должность которого не предусмотрена штатным расписанием данной организации, современная сделка признается недействительной, как направленная в обход закона”* (*Иоффе О.С.* Обязательственное право. - М., 1975, с. 511-512).

[123] *“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).

[124] См., например, Циркуляр министерства иностранных дел № 4105 от 15 июля 1900 г. (*Мыш М.И.* Об иностранцах в России. – СПб., 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).

[125] *“…Как следует из материалов дела, чековый инвестиционный фонд “Народный” заключил с Россельхозбанком (ныне Агропромбанк) в лице его Нытвенского отделения депозитный договор от*

2.16.2. Но в то же самое время понятие “обход”, как это ни странно, может использоваться для обозначения правомерных действий[126]. Более того, оно может противопоставляться понятию “нарушение закона”[127]!

2.16.3. Но есть еще более удивительные случаи его употребления. Так, оказывается, что 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… попирать и обходить законы и право сообразно тем разнообразным “видам”,*

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.

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)).

[126] 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., 1999, с. 171).

[127] П. Годмэ 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”* (*Годмэ П.* Финансовое право. - 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. - с. 100). Вообще говоря, взгляд на “обход закона” как на нечто, могущее являться вполне законным, не является редкостью.

“целям” и “интересам”, в которых они в конкретных случаях действительно заинтересованы?”[128].

2.16.4. 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…”*[129] (аналогичные примеры из мусульманского права см.: *supra* пункт 2.9). В чем же тогда состоит суть понятия “обход закона”, если даже и суд может “обойти” закон?

2.16.5. Но даже и это не предел: оказывается, законодатель сам может своими действиями “обходить закон”[130].

2.16.6. Забегая вперед, можно отметить, что несмотря на всю необычность случаев использования понятия “обход закона”, отмеченных в четырех предыдущих абзацах, такое его употребление вполне вписывается в истинный смысл данного понятия. К объяснению этих четырех случаев автор еще обратится ниже.

2.16.7. В свете сказанного понятие “обход закона”, с одной стороны, действительно выглядит более чем неопределенным. С другой стороны, такое удивительное разнообразие примеров не может не наводить на мысль, что **должно быть нечто общее, все эти примеры объединяющее.**

---

[128] *Петражицкий Л.* Модные лозунги юриспруденции. – В кн.: Право добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. – СПб., 1897, с. 381.

[129] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. - М., 1993, с. 234.

[130] *“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., 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: “Заключение 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?

2.17. 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****”*[131] (выделение мое. – М.А.).

2.17.1. В серьезной правовой литературе термин “обход закона” представляет достаточно большую редкость, и его употребление в ней может быть объяснено не более чем 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 первых прослеживается некоторое сочувствие к нему, а во второй - положение диаметрально противоположное)[132]. Понятие “обход закона” можно достаточно часто встретить в общественной политико-правовой лексике как прошлого[133], так и настоящего[134].

---

[131] *Kuhlenbeck L.* Fiduziarische Cession, insbesondere zur Umgehung des par. 110 CPO, ein Beitrag zur Lehre vom Scheingeschaefte, der sog. Umgehung des Gesetzes und Treuhaender. - Seufferts Blaetter fuer Rechtsanwendung”, 1905 (70), S. 337). Привед. по: *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 5.

[132] 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 статьей 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).

[133] 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., 1994, кн. 2, с. 657). 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).

[134] 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

2.17.2. Вполне очевидно то, что вторая характеристика понятия “обход закона” находится в очень тесной связи с первой. Именно его крайняя неопределенность и “размытость” обусловливает 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[135]. В свою очередь использование понятия “обход закона” в околоправовой сфере способствует еще большей его неопределенности и “размытости”.

2.18. 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[136].

2.18.1. Связь этой последней характеристики с двумя предыдущими также вполне очевидна. “Размытость” понятия “обход закона” корреспондирует с его эмоциональностью[137], 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.

2.19. Таким образом, все три отмеченные характеристики понятия “обход закона” являются тесно между собой связанными, переплетающимися и взаимно друг друга закрепляющими. Они же во многом обусловливают то, что понятие “обход закона” представляет собой в праве явление не просто интересное,

---

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).

[135] “Амбивалентность” понятия “обход закона” проявляется еще и в том, что оно может использоваться как для обозначения неправомерных, так и правомерных действий (*supra* пункты 2.16.4 - 2.16.5). По этой причине понятие “обход закона” действительно является в праве достаточно уникальным явлением.

[136] 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 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”.

[137] Любая эмоция характеризуется отсутствием у нее четких очертаний.

но и достаточно уникальное, которое должно было появиться в результате специфического генезиса. Причинам уникальности данного понятия и его генезиса внимание будет уделено несколько позднее, сейчас же следует продолжить выявление характеристик понятия “обход закона”.

2.20. Как следует из вышеизложенного, применительно к понятию “обход закона” более всего бросается в глаза его прямая связь с таким явлением, как обман в форме и *suppressio veri*, и *suggestio falsi* (в том числе в виде притворных и мнимых действий). Именно на эту связь часто указывают вышеприведенные примеры.

2.20.1. Поэтому неудивительно то, что непосредственная связь понятия “обход закона” с понятием “обман”, как уже отмечалось, проявляется также и в области языка, семантики понятия “обход закона”, по крайней мере, в европейских языках[138]. В латинском языке слово *“fraus”*, используемое в выражении *“fraus legi”* (передающем понятие “обход закона”), обладает прежде всего значением “обман, ложь, коварство”[139]. И.Х. Дворецкий дает следующий перевод выражений *“fraudem facere legi”* и *“fraudare legem”*: “**обманом** обойти закон” и “обходить **обманным** путем”[140] (выделение мое. – М.А.). Аналогичное положение существует и во французском, в итальянском и в испанском языках, где понятию “обход закона” соответственно корреспондируют выражения с использованием слова “обман”: *“fraude a la loi”*, *“frode alla legge”*, *“fraude de la ley”*[141].

Менее заметна связь между понятием “обход закона” и понятием “обман” в языках германской группы (английском и немецком): понятие “обход закона” передается в них соответственно при помощи терминов *“evasion of law”* (или *“law evasion”*) и *“Umgehung eines Gesetzes”* (или *“Gesetzesumgehung”*). Тем не менее, такая связь прослеживается и в них[142]. Можно также отметить, что в английском

---

[138] Можно выдвинуть предположение, что в других языках ситуация точно такая же.

[139] *Латинско*-русский словарь Дворецкого И.Х. - М., 1976, с. 439.

[140] Там же.

[141] Интересно отметить, что и в латинском, и во французском, и в итальянском, и в испанском языках имеются слова, являющиеся прямым соответствием словам “обход” или “обходить”: соответственно *“circumventio”*, *“circonvenir”*, *“circonvenire”* и *“circunvenir”* (а также производные от них). Однако весьма характерно то, что в отличие от только что указанных выражений они используются достаточно редко. Тем не менее, несмотря на более редкое употребление, их значение в словарях наряду со значением “обход” и “обходить” (в смысле физического действия) также передается при помощи понятий “обман”, “обмануть”, а зачастую указывается, что они имеют только последний из указанных смыслов (например, в “Латинско-русском словаре” И.Х. Дворецкого указывается, что используемое в Дигестах слово *“circumventio”* имеет значение “обман”. См. также, в частности, “Испанско-русский словарь”. - М., 1988, с. 194). Все это указывает на то, что прямая связь между понятиями “обход” и “обман”, на первый взгляд не очень заметная, при ближайшем рассмотрении проявляется очень ярко. Интересен и следующий пример из итальянского языка: *“fatta la legge, trovato l'inganno - законы существуют для того, чтобы их обходить”* (*Майзель Б.Н.*, *Скворцова Н.А.* Русско-итальянский словарь. - М., 1972, с. 219). Он интересен тем, что, хотя буквальный перевод звучит примерно как “был бы закон, а обман найдется”, при переводе в словаре использовано слово “обход”. Этот пример в сочетании с другими доказывает, что слова “обход” и “обман” в языковом плане часто взаимозаменяемы.

[142] *“**e-vade**… to avoid (esp. a duty or responsibility) esp. using deception”* (Словарь современного английского языка. Специальное издание. - М., 1992, т. 1, с. 346);*“**e-vasive**… not direct; trying to hide the truth”* (Там же, с. 347); *“**evade** to escape (from paying) with dishonest intentions”* (*Adam J.H.* Longman dictionary of business English. – 1993, p. 181), *“**evasion** …. The crime of reducing the tax payable by*

языке наряду с выражением *"evasion of law"* иногда, в целом достаточно редко, используются и выражения *"fraud of law", "fraud upon law"*[143], а также слово *"circumvention"*[144] (подобно тому, как это имеет место в романских языках), что является однозначным указанием на связь этого понятия со словом "обман". Наконец, в русском языке, в котором положение во многом напоминает ситуацию в английском и немецком языке, также можно проследить вполне явственную смысловую связь между словами "обман" и "обход"[145].

Таким образом, в области языка непосредственная связь понятия "обход закона" с понятием "обман" проявляется более чем явственно. Ввиду этого, а также принимая во внимание все вышеприведенные примеры, можно утверждать, что **понятие "обход закона" очень близко по своей правовой природе к понятию "обман" и является с ним вполне взаимозаменяемым.**

2.22. Однако несмотря на всю важность данного вывода, он не может являться окончательно удовлетворительным по той простой причине, что остается еще не выясненным вопрос о том, какая связь имеется между понятием "обход закона" и понятиями "злоупотребление правом", "противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия", и как эта связь соотносится с понятием "обман"[146]. То, что такая связь существует – с непреложностью следует из всех приведенных примеров[147]. Однако, установить ее между указанными

---

making false tax declaration" (Ibid.); *"**Umgehungshandlung**... 1. обходное действие 2. завышение цен путем обозначения более высокого сорта, качества или большего количества товара"* (Немецко-русский юридический словарь. - М.-Берлин, 1985, с. 476-477), *"**Обход закона** Umgehung eines Gesetzres; Gesetzesumgehung, fraus legis; Rechtsbeugung"* (Русско-немецкий юридический словарь. – Берлин-М., 1986, с. 288).

[143] *"**In fraudem legis**... In fraud of the law. With the intent or view of evading the law"* (Black's Law Dictionary. - St. Paul, Minn., 1990, p. 780). См. также*"Fraud upon the law"* (Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 17, p. 631).

[144] *"Circumvention"* (Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 7, p. 192); *Андрианов С.Н., Берсон А.С.*, *Никифоров А.С.* Англо-русский юридический словарь. - М., 1993, с. 90.

[145] *"Обаял да обошел, на кривых объехал"* (Пословицы русского народа. Сборник В. Даля в трех томах. - М., 1993, т. 2, с. 690); *"Обойти кого, также обмануть, объехать на кривых"* (*Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. - М., 1989, т. 2, с. 629).

[146] Что касается понятий "притворная сделка" и "мнимая сделка", то этот вопрос не возникает: как уже говорилось, и притворные, и мнимые сделки являются не более чем частным случаем использования субъектами права обмана в той или иной форме. Не удивительно, что англо-американское право, которому не известно выделение в качестве особого типа притворных и мнимых сделок, для обозначения соответствующих действий успешно обходится понятием "обман". Более того, если бы понятия "притворная сделка" и "мнимая сделка" исчезли из континентального права, это никоим образом не повлияло бы на возможность борьбы с обозначаемыми ими явлениями. Таким образом, понятия "притворная сделка", "мнимая сделка" также вполне взаимозаменяемы с понятием "обход закона": об этом свидетельствует и вышеприведенные примеры из области права и языковые примеры: *"**Umgehungsgeschaeft**... притворная сделка; сделка в обход закона* (Немецко-русский юридический словарь. - М.-Берлин. 1985. с. 476-476), *"**сделка, притворная** Schein-, Tarn-, Umgehungsgeschaeft..."* (Русско-немецкий юридический словарь. - Берлин-М., 1986, с. 533).

[147] В отношении понятия "злоупотребление" еще раз следует вспомнить о пункте 19 Постановления Совета Народных Комиссаров РСФСР от 12 апреля 1923 г. "О контингентах,

понятиями, абстрагируясь от таких примеров и без привлечения дополнительных соображений, не так уж и просто[148].

2.22.1. Но если вспомнить о том, что понятие “обход закона” очень близко по своей природе понятию “обман” и является с ним вполне взаимозаменяемым, то выявить такую связь не составит труда. Связь между понятием “обман” и понятиями “злоупотребление правом”, “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия” достаточно прослеживается как на уровне языка[149], так и в сфере права.

2.23. Таким образом, приведенные примеры, в том числе из сферы лингвистики, свидетельствуют о том, что существует тесная взаимосвязь каждого из понятий “обход закона”, “обман”, “злоупотребление правом”, “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия” между собой. Очевидно, что такая присутствующая в языке связь является отражением точно такой же связи, существующей в праве.

2.24. Что же касается сферы права, то можно отметить, что в ней существуют элементы, весьма тесно связывающие правовую природу понятия “обман” и понятий “злоупотребление правом”, “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия”.

лицензиях и удостоверениях на ввоз и вывоз” (*supra* пункт 1.26) и о § 5 германского Имперского уложения о пошлинах, который упоминает Л. Эннекцерус (*supra* пункт 1.43.1).

[148] Тем не менее можно привести пример из немецкого языка, весьма убедительно показывающий такую связь понятия “обход закона” с каждым из двух указанных понятий: *“**Обход закона** Umgehung eines Gesetzres; Gesetzesumgehung, fraus legis; **Rechtsbeugung**”* (выделение мое. – М.А.) (Русско-немецкий юридический словарь. -Берлин-М., 1986, с. 288) и *“**Rechtsbeugung**… вынесение (заведомо) неправосудного приговора или решения”* (Русско-немецкий юридический словарь. – Берлин-М., 1986, с. 377). Это сравнение достаточно наглядно демонстрирует связь понятия “обход закона” как с понятием “злоупотребление правом”, так и с понятием“противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия”. Характерен и следующий пример из французского языка: *“**detournement**… **2**. злоупотребление (властью или служебным положением) **3.** Обход (нормативных актов, установленных ограничений)”* (*Мачковский Г.И.* Французско-русский юридический словарь. - М., 1995, с. 151).

[149] В отношении французского языка можно сослаться на пример в предыдущей сноске (следует также отметить, что одно из значений слова “*detournement”* – “искажение”); в немецком языке можно указать на следующее пример: *“**злоупотребление доверием**… Untreue”* (Русско-немецкий юридический словарь. – Берлин-М., 1986, с. 157); в английском языке – на следующее: *“**abuse**… **1**. злоупотребление… **7**. вводить в заблуждение”* (*Андрианов С.Н.*, *Берсон А.С.*, *Никифоров А.С.* Англо-русский юридический словарь. - с. 11).

Что же касается связи между понятиями “обман” и “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия”, то она также вполне очевидна: *“The word “fraud” implies moral turpitude”* (Hagerman v. Buchanan, 17 A. 946, 947, 45 N.J.Eq. (18 Stew.) 292, 14 Am.St.Rep. 732) (Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 17, p. 571); *“There can be no “fraud”, misrepresantation, or concealment without some moral delinquency”* (Mason v. Moore, 76 N.E. 932, 936, 73 Ohio St. 275, 4 L.R.A., N.S., 597, 4 Ann. Cas. 240, citing Pomeroy, Equity Jurisprudence, vol. 2, § 884) (Ibid.).

Интересно и то, что существует также тесная связь между понятиями “злоупотребление правом” и “нарушение принципов морали”. Достаточно сказать, что в европейских языках слова, происходящие от латинского слова *“abusus”*, обозначают как злоупотребление правом, так и противоречащие морали противоправные сексуальные действия.

2.24.1. Во-первых, таким элементом является **вина** субъекта права, всегда присутствующая как при обмане, так и при злоупотреблении правом и при совершении противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий. Элементарный анализ показывает, что обман, злоупотребление правом и противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия являются сами собой только при наличии в действиях их субъекта **вины** (причем только в форме умысла)[150]. Если же такой умысел отсутствует, то любые действия любого субъекта права могут быть чем угодно, но только не обманом, не злоупотреблением правом и не могут противоречить основам правопорядка и нравственности[151].

2.24.2. Во-вторых, таким элементом является наличие того, что можно назвать **"неблагоприятными последствиями"**, проистекающими для отдельных субъектов права или всего общества, из обмана, злоупотребления правом и противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий[152]. Такие неблагоприятные последствия могут принимать различную форму, но тем не менее сам факт наступления их от рассматриваемых явлений не вызывает никаких сомнений.

2.25. Благодаря наличию во внутренней структуре понятий "обман", "злоупотребление правом" и "противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия" указанных двух элементов эти понятия являются тесно между собой связанными, переплетающимися и часто взаимозаменяемыми. В самом деле, констатировать в случае с обманом наличие злоупотребления правом и противоречия основам правопорядка и нравственности можно, как правило, достаточно часто и легко. Соответственно, возможно и обратное.

2.26. Однако аналогичностью внутренней структуры указанных понятий дело не исчерпывается. Если к этим понятиям присмотреться внимательно, можно выявить еще одну общую, характерную для всех них черту, которая относится уже не к внутренним отношениям этих понятий между собой, а к их взаимоотношениям со всеми иными правовыми понятиями и явлениями. Именно она позволяет окончательно идентифицировать правовую природу всех анализируемых понятий, объединить их в одну группу и противопоставить другим правовым понятиям.

---

[150] Представляется, что на неизбежность такого наличия вины указывает сам смысл любого из этих трех понятий.

[151] Отметим в этой связи, что статья 169 ГК РФ "Недействительность сделки, совершенной с целью, противоречащей основам правопорядка и нравственности" предполагает наличие вины в форме умысла хотя бы одной из сторон сделки. В том случае, когда такой умысел отсутствует, применение статьи 169 становится невозможным.

[152] И сопровождаемых наличием благоприятных последствий в любой форме для лица, совершающего обман, злоупотребление правом или нарушающего основы правопорядка и нравственности. Важно отметить, что под неблагоприятными и благоприятными последствиями не следует понимать только овеществленные или материальные последствия. Нередко они могут существовать и в нематериальной форме, в форме психического.

2.26.1. Эта черта состоит в том, что каждое из понятий “обман”, “злоупотребление правом”, “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия” обозначает использование в той или иной форме **видимости правомерности** (*supra* пункты 1.14 и 1.30), преследующей цель скрыть неправомерные действия и намерения (в дальнейшем именуемые “неправомерная действительность”). Понятие “использование видимости правомерности” является не только общим для каждого из таких понятий, но и общим по отношению ко всем им в целом. По отношению к этим понятиям оно – родовой термин, находящий в них более конкретное воплощение.

2.26.2. В самом деле, использование видимости правомерности в форме *suppressio veri* или *suggestio falsi* является основной характеристикой обмана. Точно такое же использование видимости правомерности присутствует в притворных и мнимых сделках как особых формах обмана.

Что же касается злоупотребления правом, то наличие в нем использования видимости правомерности также не вызывает сомнения: оно получает выражение в ссылке злоупотребляющего правом на реализацию своего субъективного права и в претензиях на невозможность рассматривать его действия как противоправные ввиду наличия такого права – *“Qui suo iure utitur, neminem laedit”* (*“Кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда”*). Однако ввиду неприемлемого для объективного права и общества способа реализации субъективного права и проистекающих из этого результатов соответствующие действия лица объявляются неправомерными. В таких условиях в отношении злоупотребления правом невозможно не говорить об использовании видимости правомерности: субъективное право используется в таком случае только как прикрытие действий, по своей объективной сути являющихся неправомерными. **По этой причине структуру злоупотребления правом можно с определенными оговорками сопоставить со структурой притворного действия**.

Наконец, что касается противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий, то и в них присутствует использование видимости правомерности: оно получает выражение в ссылке на форму действия, саму по себе вполне обычную и возможную, тогда как преследуемая таким действием цель[153] нарушает основы правопорядка и нравственности (*supra* пункт 1.30.3). В таких условиях также невозможно не говорить об использовании видимости правомерности: форма действия используется для прикрытия его цели и сути, нарушающих основы правопорядка и нравственности; делается попытка привлечь внимание к форме, а не к цели и сути действия и на этом основании претендовать на его правомерность и допустимость. **Соответственно, структура противоречащего основам правопорядка и**

[153] Которую не следует отождествлять с каузой.

нравственности формально допустимого действия также аналогична структуре притворного действия.

2.26.3. Таким образом, использование видимости правомерности, преследующее цель скрыть неправомерную действительность, характерно для всех упомянутых действий. Соответственно, понятие “использование видимости правомерности” объединяет их все в одну группу, противостоящую всем остальным правовым явлениям, и является по отношению к ним родовым термином.

2.27. Но если мы вспомним, что приводившиеся выше примеры наглядно свидетельствуют о том, что понятие “обход закона” также является родовым термином по отношению к понятиям “обман”, “злоупотребление правом” и “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия”, то **единственно возможным выводом будет то, что понятие “использование видимости правомерности” и понятие “обход закона” совпадают**.

2.28. Несмотря на всю возможную неожиданность подобного отождествления, оно заслуживает внимания. Так, только посредством такого отождествления могут быть объяснены все характеристики понятия “обход закона” (необыкновенная неопределенность и способность быть употребляемым в очень разных ситуациях; наличие “амбивалентности”: как правового, так и околоправового статуса; эмоциональная окраска).

2.29. Также только именно этим могут быть объяснены все другие отмечавшиеся качества понятия “обход закона”. Во-первых, оно может быть обнаружено во всех правовых областях и во всех правовых семьях на всем протяжении всей их истории именно потому, что всем им, несмотря на всю их непохожесть, не могло быть неизвестно универсальное и вечное явление попыток субъектов права скрыть неправомерную действительность с целью избежать неблагоприятных для них последствий или обеспечить наступление благоприятных. Понятие “видимость правомерности” является термином, универсально передающим суть этого явления, а понятие “обход закона” является его синонимом. Во-вторых, то, что понятие “обход закона” встречается достаточно редко, также становится понятным, если вспомнить о том, что у него отсутствует самостоятельный правовой смысл, и что оно является родовым по отношению к более точным специальным понятиям. Зачем использовать абстрактный термин “видимость правомерности” или тем более его синоним, когда можно прибегнуть к более содержательным понятиям? В-третьих, при таком отождествлении становится вполне понятно, почему понятие “обход закона” постоянно употребляется в различных смыслах, и почему у него отсутствует единообразное понимание (иначе просто не может и быть), и почему у него всегда явственно прослеживается несомненная связь с понятиями “обман”, “притворность”, “хитрость”, “уловки”, “противоправность”, “злоупотребление” и им аналогичными.

И, наконец, только через такое отождествление могут быть объяснены случаи приравнивания понятия “обход закона” к понятию “нарушение закона”: “обход закона” и есть не что иное, как нарушение закона, но только которому пытаются придать видимость правомерности.

2.30. Следовательно, отождествление понятия “обход закона” с понятием “использование видимости правомерности” как родового по отношению к терминам “обман”, “злоупотребление правом” и “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия” является единственно правильным объяснением правовой сущности понятия “обход закона”.

Правильной теорией может быть только та, которая объясняет все явления, а не только их часть. С помощью же какого-либо иного способа, отличного от только что предложенного, объяснить все приводившиеся факты в их совокупности невозможно.

2.31. Итак, понятие “обход закона” является обозначением использования видимости правомерности для сокрытия неправомерной действительности. **Следовательно, проблема “обхода закона” в праве на самом деле представляет собой проблему использования видимости правомерности, прикрывающей неправомерную действительность, или, если посмотреть на нее еще шире, – один из аспектов проблемы соотношения в праве видимости и действительности**.

2.32. В качестве еще одной, побочной, характеристики понятия “обход закона” можно отметить и то, что оно по своей природе должно наиболее часто присутствовать в запретительном регулировании, носящем императивный характер: в самом деле, при диспозитивности регулирования субъекты права обладают свободой усмотрения и не нуждаются в том, чтобы нарушать закон, маскируя свои действия.

2.33. Можно также указать и на то, что, поскольку императивность регулирования характерна в основном для публичного права, то и наибольшую актуальность вопрос об “обходе закона”, то есть об использовании видимости правомерности, должен иметь именно в публично-правовых отраслях, а не в частном праве. Как показывает более внимательное рассмотрение, это так и есть: понятие “обход закона” пользуется популярностью в наибольшей степени, например, в налоговом и таможенном праве.

2.34. И, наконец, еще один важный момент, связанный с понятием “обход закона”. Наличие в праве такого общего и абстрактного понятия не только не исключает возможность, но и предполагает необходимость сосуществования с ним более специальных понятий, каковыми и являются понятия “обман”, “злоупотребление правом” и другие. Данный факт заставляет задуматься над

вопросом о том, почему сегодня имеет место использование как специальных терминов, так родового по отношению к ним термина.

2.34.1. Если верно то, что понятие “обход закона” и термины “обман”, “притворные действия”, “мнимые действия”, “злоупотребление правом”, “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия” соотносятся как общее и частное, то их наличие и одновременное сосуществование позволяют говорить о присутствии в праве закономерности, которую можно назвать ***“процессом уточнения “негативных” понятий”***[154]. **Согласно этой закономерности общие понятия с “негативным” смыслом в результате развития юридической техники претерпевают уточнения в большей степени (посредством выделения из них более специальных терминов), чем общие понятия с “позитивным” смыслом, или, образно говоря, происходит процесс их “расщепления” на более точные и специальные**[155]. В современном праве одним из примеров проявления такой закономерности (присутствующим и в современном российском законодательстве) является уточнение “негативного” понятия “недобросовестная конкуренция”[156].

Можно также отметить, что скорость уточнения негативного понятия прямо пропорциональна степени его “негативности” для жизни общества. Вполне очевидно, что это вызывается не чем иным, как возрастающей в обществе необходимостью “освоить” “негативное” явление, обозначаемое этим понятием.

---

[154] Под “негативными” понятиями автор понимает понятия, обозначающие опасные или неблагоприятные для общества или правового оборота явления. Соответственно, “негативным” понятиям можно противопоставить “позитивные”, под которыми следует понимать понятия, обозначающие благоприятные для общества или правового оборота явления, способствующие их целостности и развитию.

[155] Эта закономерность проявляется во всех отраслях права. В частности, что касается уголовного права, то достаточно сравнить предписания 10 заповедей Ветхого Завета (обладающих “негативным” смыслом) и современные уголовные кодексы, характеризующиеся достаточной казуистикой. В то же время понятие “добрые нравы” остается в праве неизменным со времен Древнего Рима. Подобная закономерность является не более чем отражением того факта, что человек в своей деятельности большему освоению и осмыслению подвергает именно “негативные”, опасные для него явления. В результате этого большему осмыслению и уточнению подвергаются также и понятия, являющиеся “негативными” благодаря природе обозначаемого.

[156] Статья 10 Закона РФ от 22 марта 1991 г. № 948-1 “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках” в редакции Федерального Закона от 25 мая 1995 г. № 83-ФЗ (Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 22, ст. 1977) устанавливает: *“Не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе:*

распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации;

введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места изготовления, потребительских свойств, качества товара;

некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами других хозяйствующих субъектов;

продажа товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг;

получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца”.

2.34.2. Вполне очевидно то, что процесс уточнения “негативных” понятий никоим образом не означает необходимости исчезновения первоначального “негативного” понятия, подвергшегося уточнению. Оно может сохраниться хотя бы по инерции, каковой правовое регулирование обладает в очень значительной степени. Ввиду этого совсем не удивительно то, что понятие “обход закона” в праве сохранилось и продолжает быть используемым.

2.34.3. Процессу “уточнения “негативных” понятий можно противопоставить процесс сохранения “монолитности” понятиями с “позитивным” смыслом (например, таких понятий как “добрые нравы”, “совесть”, “справедливость” и других). При этом именно процесс сохранения “монолитности” во многом способствует процессу уточнения: сохранение соответствующими понятиями “монолитности” возможно только при наличии уточнения других понятий, тем самым “оттеняющих” всю “позитивную” значимость первых для механизма правового регулирования.

2.35. На основании сказанного неопределенность понятия “обход закона” в праве становится еще более понятной. Объяснение смысла этого понятия через термины “обман” и другие, а также их взаимозаменяемость в свете процесса уточнения “негативных” понятий служит достаточным доказательством того, что данное понятие и указанные термины действительно соотносятся **как общее и частное**.

2.35.1. Соответственно, неопределенность понятия “обход закона” вызвана внутренней для него самого причиной: слишком большим его “негативным” объемом, охватывающим очень большое количество “негативных” явлений[157], которому было тесно в его рамках, и который при достижении правом определенного уровня “вырвался” из них, вылившись в новые “негативные” понятия, более узкие по объему. Прежняя же форма термина просто еще не успела исчезнуть и продолжает использоваться, но уже настолько утратила “репутацию”, что каждый считает возможным использовать его в том значении, которое считает нужным.

Соответственно, по одной этой причине не является оправданным использование в праве понятия “обход закона” как слишком общего в “негативном” смысле, слишком близкого к обыденному сознанию, эмоционального и не до конца вписывающегося в профессиональную терминологию. Даже если в термине “обход закона” и сохранилось что-то правовое, то при наличии более точных терминов, из него выделившихся, его сознательное употребление является, по меньшей мере, бесперспективным.

---

[157] Хотелось бы еще раз особо подчеркнуть, что неопределенность понятия “обход закона” действительно не может не впечатлять, если вспомнить о том, что оно является более общим даже по отношению к таким неопределенным понятиям как “злоупотребление правом” и “противоречие основам правопорядка и нравственности”. **Это не просто неопределенность, это сверхнеопределенность**.

2.36. Хотя процесс уточнения понятий с “негативным” смыслом не ведет к их исчезновению, он обусловливает все большее вытеснение их за рамки собственно права и все большее придание им эмоциональной окраски. Таким образом, околоправовой статус понятия “обход закона” и его эмоциональность становятся еще более объяснимыми. Это является еще одним доводом в пользу нежелательности и бесперспективности использования в праве данного понятия. Его истинная сфера приложения в настоящем – околоправовая или эмоциональная.

2.37. В связи со сказанным необходимо особо указать на то, что понятие “обход закона” используется в настоящей работе исключительно для целей специального научного исследования. В связи с этим такое его употребление и саму настоящую работу ни в коем случае не следует рассматривать как основание для дальнейшего употребления понятия “обход закона” в праве (за исключением специальных исследований, аналогичных настоящей работе).

Выводы к параграфу 2

2.38. Итак, предпринятый анализ характеристик понятия “обход закона” привел к весьма интересным и в чем-то неожиданным результатам и показал, что правовая сущность данного понятия достаточно сложна и в то же время весьма проста. Понятие “обход закона” представляет собой общее собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, использующих видимость правомерности: всех форм обмана (включая притворные и мнимые действия), злоупотребления правом, а также противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий. Обозначение каждого из таких действий представляет собой как бы одну из конкретных проекций более общего понятия “обход закона”.

Данный вывод подтверждается многочисленными примерами из различных отраслей материального регулирования на разных этапах их развития в различных национальных правовых системах.

2.39. Также можно утверждать, что именно такое понимание понятия “обход закона” доминирует в праве, но доминирует исподволь и во многом неосознанно. **В связи с этим заслугой автора настоящей работы является только то, что на основании анализа частностей он сделал окончательный шаг и вместо интуитивного понимания понятия “обход закона” предложил осознанное отношение к нему как к обозначению использования видимости правомерности, общему собирательному выражению, не обладающему самостоятельным содержанием, а охватывающему ряд более специальных терминов и распадающемуся на них**.

2.40. Важен и вывод о том, что присутствие во внутренней структуре явлений, обозначаемых понятиями “обман”, “злоупотребление правом” и “противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия”, общих

элементов в виде вины и наличия неблагоприятных последствий, из таких явлений проистекающих, позволяет говорить не только о тесной связи между указанными явлениями, их переплетении и взаимозаменяемости. Соответственно, использование понятия “обход закона” является возможным только при условии присутствия в соответствующих действиях каждого из таких двух элементов.

2.41. Кроме того, еще раз укажем на то, что структура злоупотребления правом и противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий аналогична структуре притворных действий. Этот вывод может быть полезен для российского права, которое совсем недавно обратилось к институту злоупотребления правом.

2.42. Существенным является также вывод о присутствии в праве закономерностей, которые можно назвать “процессом уточнения “негативных” понятий” и процессом сохранения “монолитности” понятиями с “позитивным” смыслом.

2.43. В качестве еще одного вывода можно указать на то, что при наличии в действиях субъекта права обмана (притворности, мнимости), злоупотребления правом или противоречия основам правопорядка и нравственности (при формальной допустимости таких действий) немедленно появляются основания для квалификации таких действий как “обхода закона”. Именно так и обстоит дело в действительности: понятие “обход закона” используется не автономно и не случайно, а только при наличии одного из трех указанных явлений.

Параграф 3. Правовой феномен, обозначаемый понятием “обход закона”

2.44. Итак, понятие “обход закона” на самом деле является обозначением феномена использования видимости правомерности с целью сокрытия неправомерной действительности[158]. Именно к такому важному выводу позволяет придти анализ понятия, занимающего в праве незначительное, на первый взгляд, место.

2.45. Соответственно, формами феномена использования видимости правомерности могут выступать обман (включая притворные и мнимые действия), злоупотребление правом, а также противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия. Более конкретно о механизме использования форм такого феномена будет сказано ниже (*infra* пункты 4.33 - 4.34.2).

2.46. Представляется, что данный феномен неизбежно появляется в любой правовой системе на самых ранних ступенях ее развития.

---

[158] В дальнейшем для удобства изложения понятие “феномен использования видимости правомерности” и понятие “феномен “обхода закона” будут использоваться взаимозаменяемо.

Будучи предельно универсальным, подобный феномен потребовал для своего обозначения предельно универсального абстрактного термина, что и объясняет, почему понятие “обход закона” употреблялось в различные времена, в различных правовых семьях и в различных отраслях материального права, причем применительно к самым различным ситуациям.

2.47. Можно также утверждать, что благодаря обозначению понятием “обход закона” такого универсального феномена, могущего присутствовать в любом правоотношении, данное понятие представляет собой одно из немногочисленных “предельных” правовых понятий, пронизывающих все право и связывающих воедино на первый взгляд чуждые друг другу правовые институты и явления.

2.48. Феномен использования видимости правомерности постоянно присутствует в любой национальной системе права в огромном количестве всевозможных проявлений. Соответственно, любое такое проявление имеет непосредственную связь с понятием “обход закона”, и по этой причине соотнести с этим понятием можно множество других правовых понятий, на первый взгляд не имеющих с ним ничего общего, в частности: “сделки, заключенные под влиянием обмана”, “фиктивный брак”, “недобросовестная конкуренция”, “фиктивное банкротство”, “злонамеренное банкротство”, “плагиат”, “интеллектуальное “пиратство”, “мошенничество”, “подкуп”, “контрабанда”, “фальшивомонетничество”, “клевета”, “ложные показания”, “фальсификация результатов выборов”, “самосуд”. В самом деле, без каких-либо логических сложностей любое из обозначенных правовых явлений вполне поддается описанию при помощи понятия “обход закона”.

2.48.1. Если к понятиям, указанным в предыдущем абзаце, присмотреться более внимательно, то будет несложно заметить, что они появились на свет именно как специальные инструменты борьбы с использованием видимости правомерности, преследующей цель сокрытия неправомерной действительности.

Соответственно, к числу таких инструментов, связанных с понятием “обход закона”, можно отнести и многие другие правовые термины и институты, в частности, присутствующий в англо-американском праве институт “эстоппеля” (как одно из средств пресечения использования видимости правомерности в процессуальной сфере).

Техника использования любого из таких инструментов всегда состоит в нейтрализации возможности или последствий различных форм и видов обмана, притворных действий, мнимых действий, злоупотребления правом или противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий.

Сегодня, при современном уровне развития права, такие специальные инструменты борьбы с использованием видимости правомерности используют

весьма изощренную юридическую технику[159]. Однако не следует забывать, что когда-то эта борьба началась с использования понятия “обход закона”, испытавшего затем воздействие закономерности уточнения терминов с “негативным” смыслом.

Выводы к параграфу 3

2.49. Итак, анализ понятия “обход закона” помог в конце концов выявить такой весьма интересный правовой феномен как использование видимости правомерности с целью сокрытия неправомерной действительности. В свою очередь, этот феномен позволяет обозначить очень сложную проблему соотношения в праве действительности и видимости. Выше автор уже давал определение “видимости правомерности” как **“попытки представления, при помощи любых способов и форм, действий, неправомерных с точки зрения объективного права, как правомерных”** (*supra* пункт 1.14). Соответственно, “видимость” можно определить как **“представление чего-либо в искаженном виде”**. Такое представление может создаваться у субъекта другими лицами (или самим субъектом у самого себя) как ввиду внешних факторов (включая действия других субъектов и самого объективного права), так и ввиду внутренних факторов (например, психических).

2.50. Размышление над такой проблемой позволяет придти к выводу, что в праве существует два вида видимости: неправомерная видимость (или видимость правомерности) и правомерная видимость (или правомерность видимости). Действительно, анализ истории права и современных правовых институтов показывает, что использование одних видов видимости объявляется объективным правом неправомерным (например, обмана), в то время как другие виды видимости объективное право само берет себе на вооружение и с их помощью создает у субъектов права (а нередко и у себя самого) искаженное представление о действительности (в качестве примера можно указать на фикции).

2.51. Соответственно, следует задаться вопросом о том, как соотносится феномен “обхода закона” (использования видимости правомерности) и правомерная видимость? При поиске ответа на этот вопрос можно обнаружить весьма любопытное обстоятельство: понятие “обход” нередко используется и в том случае, когда ни о какой неправомерности не может быть и речи, а напротив, говорится о

---

[159] Например, статья 60 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 “О средствах массовой информации” устанавливает: *“Нарушение законодательства Российской Федерации о средствах массовой информации, выразившееся:*

*в учреждении средства массовой информации через **подставное** лицо, получении свидетельства о регистрации либо лицензии на вещание **обманным путем**, **скрытой** уступке лицензии, **уклонении** от уплаты потиражного сбора, повышенного регистрационного сбора или неправомерном получении льгот, установленных для специализированных средств массовой информации; ... - влечет уголовную, административную, дисциплинарную или иную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации”* (выделение мое. – М.А.) (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 7, ст. 300). При всем при этом в других статьях этого Закона говорится еще и о злоупотреблении правом.

совершенно законных действиях, но в которых присутствует правомерная видимость[160].

Так использование какого же типа видимости в праве превращает определенное действие в “обход закона”? Является ли “обходом закона” использование правомерной видимости или же “обход закона” состоит только в использовании видимости правомерности? Данные вопросы будут рассмотрены в следующем разделе.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ II

2.52. Предпринятый в данном разделе анализ понятия “обход закона” позволил окончательно осуществить идентификацию его правовой природы и привел к нескольким интересным наблюдениям.

На основании всего изложенного можно также сформулировать следующие самые важные, на взгляд автора, выводы:

1) понятие “обход закона” не обладает никакой правовой спецификой;

2) ввиду этого использование в праве данного понятия не является оправданным как слишком общего в “негативном” смысле, слишком близкого к обыденному сознанию, эмоционального и не до конца вписывающегося в профессиональную терминологию. Даже если в термине “обход закона” и сохранилось что-то правовое, то при наличии более точных терминов, из него выделившихся, его сознательное использование является, по меньшей мере, бесперспективным;

3) соответственно, в праве никакой особой проблемы “обхода закона” не существует, а существует только проблема маскирования субъектами права своих противоправных действий. Поэтому использование в праве понятия “обход закона” не только является неоправданным и бесперспективным: оно является вводящим в заблуждение и затемняющим истинное положение дел. Истинная проблема подменяется надуманным вопросом. Понятие “обход закона” приобрело черты тех явлений, которые оно обозначает: оно маскирует и скрывает собой действительные проблемы и вопросы[161].

---

[160] Например, можно указать на примеры из римского права: *“В качестве одного из примеров того, как именно претор мог создавать новые материальные правовые нормы…, можно, в частности, назвать такой тип юридической формулы как actiones fictitiae… Такие действия играли весьма значительную роль, в частности, в том, чтобы, с одной стороны, дать возможность правовой защиты… в обход существовавших тогда жестких формальных правил гражданского права…”* (*Аннерс Э.* История европейского права. - М., 1994, с. 79); *“Для того, чтобы передать право требования другому лицу, кредитор, уступающий свое право (цедент), стал назначать то лицо, которому он желал уступить свое право (цессионария), своим представителем в процессе, с оговоркой, что этот представитель может оставить взысканное за собой… С помощью такой обходной формы получался как будто необходимый результат…”* (*Новицкий И.Б.* Римское частное право. - М., 1994, с. 172-173).

[161] Тем не менее, учитывая специальные цели настоящей работы, в дальнейшем для упрощения изложения материала и большей наглядности автор будет продолжать использовать это понятие, помня о его беспредметности и способности вводить в заблуждение.

2.53. Следует еще раз подчеркнуть, что понятием “обход закона” обозначаются не некие законные действия, которые с формально-правовой точки зрения упрекнуть в незаконности как бы и нельзя, но которые тем не менее по своей сути являются противоправными, а именно противоправные, незаконные действия. Поэтому нельзя согласиться с В.В. Витрянским, который спрашивает: *“Что же мешает в настоящее время квалифицировать сделку, совершенную в обход закона, как сделку, не соответствующую требованиям закона?”*[162]. Ответ очень прост: этому не мешает ничего, так как сделка в “обход закона” как раз и является сделкой, не соответствующей требованиям закона. На самом же деле вопрос должен быть поставлен по другому: что мешает в настоящее время квалифицировать сделку, не соответствующую требованиям закона, как сделку, совершенную в “обход закона”? Ответ на этот вопрос также очень прост: мешает очень и очень многое. К этому многому относится и то, на что уже автор указал выше и то, на что он еще только собирается указать, переходя к рассмотрению различных типов видимости в праве.

РАЗДЕЛ III. ФЕНОМЕН “ОБХОДА ЗАКОНА” И НЕКОТОРЫЕ ДРУГИЕ СВЯЗАННЫЕ С НИМ ПРАВОВЫЕ ЯВЛЕНИЯ

3.1. Не следует думать, что в праве возможна только видимость правомерности, скрывающая неправомерную действительность. Юридический мир не свободен и от других “призраков” и “фантомов”, а видимость в праве далеко не исчерпывается случаями использования обмана, притворных и мнимых сделок, злоупотребления правом или противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий. Это далеко не так. И хотя верно то, что право по самой своей сущности призвано иметь дело именно с действительностью, упорядочивать ее, а также бороться против видимости, стремящейся нарушить такое упорядоченное посредством искажения собою, тем не менее по очень различным причинам право достаточно часто для достижения той или иной цели сознательно использует правомерность видимости, “легальную” видимость. Дальнейшее изложение будет посвящено именно краткому рассмотрению некоторых встречающихся в праве случаев такого сознательного и легального использования видимости и их соотношению с понятием “обход закона”: сначала будет рассмотрен такой институт как фикции (*параграф 1*), затем последовательно презумпции (*параграф 2*), юридические лица (*параграф 3*) и фидуциарные сделки (*параграф 4*). После этого будут проанализированы прочие формы видимости в праве (*параграф 5*) и некоторые иные случаи использования или наличия видимости в праве (*параграф 6*)[163].

---

[162] *Витрянский В.В.* Недействительность сделок в арбитражно-судебной практике. - Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. - М., 1998. с. 153.

[163] Цели настоящей работы не позволяют подробно рассмотреть многие интереснейшие формы сознательного использования правом видимости. По этой причине их анализ будет ограничен только некоторыми. В отношении многих других нюансов данной проблемы интересующимся можно

3.2. Итак, факты реальности, как правило, представляются наблюдению сами собой и предшествуют применению права. *“Но юридический быт знакомит нас также с уклонениями от нормального порядка: определения, рассчитанные на известные факты, получают силу, хотя последних мы не усматриваем”*[164].

Параграф 1. Фикции

3.3. *“…фикция вообще есть известный прием мышления, состоящий в допущении существующим известного несуществующего обстоятельства, или наоборот, несуществующим, существующего, в решении задачи при помощи ложного положения”*[165]; *“Вымышленное существование факта, о котором известно, что он вовсе не существует или существует в другом виде… вымыслы права - fictiones juris”*[166]. Связь правовых фикций с видимостью несомненна: фикции и есть такая видимость.

3.4. Как известно, первой правовой системой, которая изобрела фикции, было римское право: *“Непреходящее значение для теории и практики имели многие другие открытия, сделанные римскими юристами. Отметим среди них еще и теорию фикций. Римская фикция, которая, по критическому определению Р. фон Йеринга, была не более чем “кажущимся фактом” или, иными словами, “юридической ложью, освященной необходимостью, служила – и притом хорошо служила – корректировке права, когда какой-нибудь из его фундаментальных принципов входил в очевидное противоречие с “доброй совестью” и “справедливостью. Такая ситуация складывалась в том случае, если, например, римский гражданин попадал в плен и, следовательно, становился рабом. Римские юристы нашли выход в том, чтобы признать его “мертвым в момент пленения” и таким образом открыть его детям и прочим наследникам путь к легальному обладанию имуществом, по общему правилу, не совместимому со статусом раба.*

Замеченная и воспринятая еще рецепцией, римская юридическая фикция жива до сих пор…”[167]. Это действительно так: вымыслы права применяются и сегодня. В качестве примеров в современном российском праве можно указать хотя бы на использование псевдонимов (вымышленных имен), а также бронзовых векселей (выписанных на имя вымышленных лиц).

указать на обстоятельные работы Д. Мейера и Г.Ф. Дормидонтова, указываемые ниже, а в историческом аспекте - также на работу Р. фон Йеринга (*Jhering, Rudolf von*) “Geist des roemischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung”.

[164] *Мейер Д.* О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. – Казань, 1854, с. 2.

[165] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. с. 14.

[166] *Мейер Д.* О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. - с. 2.

[167] *Бартошек М.* Римское право. Понятия. Термины. Определения / Вступит. ст. Черниловского З. - с. 10-11.

3.5. Казалось бы, является очевидным то, что фикции “обходом закона” не являются, и ставить знак равенства между ними нельзя. В отличие от “обхода закона”, являющегося в праве чем-то предосудительным, правовые фикции сыграли[168] и продолжают играть положительную роль.

3.6. Однако дальнейшее исследование показывает, что понятие “обход”, как это ни удивительно, оказывается вполне применимым и к фикциям: *“В качестве одного из примеров того, как именно претор мог создавать новые материальные правовые нормы…, можно, в частности, назвать такой тип юридической формулы как actiones fictitiae… Такие действия играли весьма значительную роль, в частности, в том, чтобы, с одной стороны, дать возможность правовой защиты… в обход существовавших тогда жестких формальных правил гражданского права…”*[169]; *“Но если развивающиеся производственные отношения не вмещались, ни при каком толковании, в прежние нормы…, если обнаруживался пробел в праве, то юрист не боялся сформулировать новое начало. Но не путем отмены старого закона или обычая: на такую отмену римские магистраты и юристы не были управомочены… Римский юрист предпринимал обходное движение”*[170].

3.7. Представляется, что единственным основанием, дающим право на квалификацию фикции как “обхода закона”, является присутствующая в ней видимость. В таком случае можно легко объяснить использование понятия “обход закона” в двух приведенных случаях из истории римского частного права.

Существующая правовая действительность в римском праве не допускала тех результатов, к которым стремились римские юристы при помощи использования видимости в форме фикций. При этом такой действительности употребление данной видимости в форме фикций не было известно и она не могла не воспринимать ее как неправомерную, “нелегальную”, а к действиям римских юристов она не могла не относиться как к использованию видимости правомерности. По этой причине использование такой видимости с точки зрения негибкой римской правовой действительности и являлось ее “обходом”. Применительно к римскому праву подобная квалификация фикций как “обхода закона” является тем более допустимой, что имеется возможность противопоставлять римское право и римских юристов, этому праву далеко не тождественных, а иногда даже предпринимающих по отношению к нему действия, которые иначе как “возмутительными” с точки зрения самого этого права назвать нельзя[171].

---

[168] При их помощи был во многом преодолен формализм и консерватизм римского права: *“Это специальное техническое средство… для получения новых правовых последствий, содействовало совершенствованию римского права”* (*Бартошек М.* Римское право. Понятия. Термины. Определения. - с. 131).

[169] *Аннерс Э.* История европейского права. - с. 79.

[170] *Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - М., 1994, с. 9.

[171] Интересно то, что сами римские юристы свои действия и использование фикций “обходом закона” не считали, в то время как поздние поколения такую характеристику по отношению к ним использовали.

3.8. Но положение постепенно менялось: фикции, когда-то являвшиеся для древнего формалистического и консервативного права “возмутительными” и “обходом закона”, помогли развитию самого этого права и по мере его развития были им усвоены, заняв в его структуре свое органичное место. Уже само объективное право, а не юристы, противопоставляющие себя праву, стало использовать видимость в форме фикций. И по этой причине сегодня поставить знак равенства между фикциями как таковыми и “обходом закона” невозможно, это был бы юридический нонсенс: объективное право само по себе не может сознательно использовать технику, ведущую к “обходу” его самого. Сегодня в отношении фикций речь может идти только о том, что они представляют собой весьма удобный и полезный инструмент, позволяющий праву добиваться с максимальным эффектом определенных преследуемых им целей. А это свидетельствует о том, что использование видимости в праве может иметь не только негативные, но и весьма позитивные результаты.

Иными словами, необходимо всегда различать видимость правомерности и правомерность видимости, “нелегальную” видимость как средство достижения противоправных целей и “легальную” видимость как один из инструментов юридической техники, дозволяемый самим объективным правом. Отождествлять их только на том основании, что и там, и там присутствует видимость, означало бы совершать грубую логическую ошибку.

3.9. В свою очередь это означает, что применительно к “обходу закона” речь может идти только о видимости первого рода, “нелегальной” видимости. Видимость же, присутствующая в фикциях, относится к “легальной” видимости, и сама по себе не может использоваться для достижения противоправных целей.

3.10. Но само собой разумеется, что, хотя использование присутствующей в фикциях видимости как таковой и не может являться направленным на достижение противоправных целей, эта видимость может быть, тем не менее, для таких целей использована. Но это может случиться только при использовании фикций в совокупности с незаконными действиями, неправомерной действительностью. Например, употребление псевдонима для распространения информации правонарушением с использованием видимости правомерности являться не может, но распространение недостоверной информации под псевдонимом - может. Однако делает им такое распространение, конечно же, не использование псевдонима, а только распространение недостоверной информации.

3.11. Таким образом, использование фикций само по себе не может являться “обходом закона”, однако использование присутствующей в фикциях видимости в совокупности с неправомерной действительностью или для незаконных целей может быть квалифицировано в рамках настоящего исследования как “обход закона”[172].

[172] Еще раз укажем на то, что использование понятия “обход закона” в настоящей работе преследует чисто специальные научные цели, в связи с чем ни в коем случае нельзя считать, что автор

Иными словами, использование “легальной” видимости в совокупности с незаконными действиями или для незаконных целей может превратить ее в “нелегальную” видимость, в видимость правомерности, в “обход закона”[173].

Параграф 2. Презумпции

3.12. Презумпция – *“юридическое определение, в силу которого возможный, но сомнительный факт или таковое же качество принимаются за объективно вероятные или даже достоверные и обсуждаются, как существующие и доказанные”*[174]; *“Существование факта не раскрыто с несомненностью, но оно более или менее вероятно и потому предполагается, и относящиеся к нему определения идут в ход: здесь заключение о факте называется предположением, praesumptio”*[175].

3.13. Как и в случае с фикциями, связь презумпций с видимостью также несомненна: презумпции являются одной из форм видимости. *“Разница только в том, что при фикции предписывается вымышлять известный факт или качество, заведомо несуществующее, а при презумпции принимать известный возможный, но сомнительный факт или таковое же качество за доказанные”*[176]. Однако степень насыщения презумпции видимостью по сравнению с фикциями меньше: в случае с опровержимыми презумпциями (*praesumptiones juris*) в противостоянии видимости и действительности последняя вполне может одержать вверх. Что же касается неопровержимых презумпций (*praesumtiones juris et de jure*), то, хотя они и очень близки к фикциям, тем не менее действительность в них присутствует: в их основании лежит *“известный возможный, но сомнительный факт или таковое же качество*”[177], в то время как в основе фикций лежит “чистая” видимость: допущение существующим известного несуществующего обстоятельства, или, наоборот, существующего несуществующим.

3.14. В отношении презумпций многое из сказанного применительно к фикциям может быть повторено: презумпции также были изобретены римскими

действительно предлагает употреблять это понятие по отношению к фикциям (и к другим формам легальной видимости), даже если такие формы используются в совокупности с неправомерной действительностью.

[173] Соответственно, возможность квалификации действия как “обхода закона” зависит не столько от присутствия в нем видимости, сколько от критерия его законности, который преходящ. Так, действия римских юристов по использованию видимости в форме фикций являлись с точки зрения архаичного римского права неправомерными и соответственно, эти действия могут быть квалифицированы как “обход закона”, но только с позиции самого архаичного римского права. Однако с точки зрения современности такие действия неправомерными считаться не могут (напротив, они рассматриваются как полезные и правомерные) и поэтому называть их “обходом закона” не просто бессмысленно, но и невозможно.

[174] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. -с. 26.

[175] *Мейер Д.* О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. - с. 2.

[176] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 27.

[177] Там же.

юристами и оказались крайне удачным юридико-техническим инструментом. При этом следует отметить, что, в отличие от фикций, судьба презумпций в праве является более удачливой: они широко используются и сегодня, в то время как доминирование фикций в целом ограничилось периодом господства римского права. Объяснение этого факта лежит именно в том, что в презумпциях степень наличия видимости в сравнении с фикциями гораздо меньше. Право нуждалось в фикциях как в активной форме использования видимости только на первых порах своего существования, затем же благодаря развитию юридической техники оно смогло повернуться лицом к действительности, и надобность в широком использовании фикций отпала. Неудивительно поэтому то, что, в отличие от опровержимых презумпций, неопровержимые презумпции используются в современном праве так же редко, как и фикции, и виной тому опять-таки большая насыщенность их видимостью.

3.15. Равным образом, по причине того, что право само использует видимость в форме презумпций, ставить знак равенства между презумпциями и “обходом закона” невозможно. Используемая в презумпциях видимость относится к правомерности видимости, “легальной” видимости как одному из инструментов юридической техники, и не может сама по себе использоваться для достижения противоправных целей. Существование и природа презумпций является еще одним доказательством того, что не всякое использование видимости является противоправным, и что таковым является только использование видимости правомерности.

3.16. И точно так же можно утверждать, что, хотя использование присутствующей в презумпциях видимости как таковой и не может быть направленным на достижение противоправных целей, эта видимость может быть тем не менее использована для таких целей, но только в совокупности с незаконными действиями. Например, презумпция возмездности договора может быть использована недобросовестно для сокрытия запрещенной законом безвозмездности. Однако противоправность в таком случае будет обусловлена не использованием презумпции, а природой существующего в действительности правоотношения.

3.17. Соответственно, как и в случае с фикциями, использование презумпций само по себе назвать “обходом закона” нельзя, однако использование присутствующей в презумпциях видимости в совокупности с неправомерной действительностью или для противоправных целей может быть квалифицировано в рамках настоящего исследования как “обход закона”.

Параграф 3. Юридические лица

3.18. Юридические лица представляют собой один из самых интересных и распространенных правовых институтов, использующих видимость[178]. Согласно

[178] Автор позволяет себе такое утверждение по той причине, что, по его мнению, еще никто не смог убедительно опровергнуть фикционную теорию юридического лица.

знаменитым словам председателя Верховного Суда США Маршалла, *"Корпорация представляет собой искусственное существо, невидимое, неосязаемое и существующее только как измышление права. Будучи исключительно творением права, она обладает только теми свойствами, которые предусмотрены ее уставом"*[179].

3.19. Ввиду подобной природы юридического лица для физических лиц появляется возможность активно использовать видимость: создавать "фикционных" субъектов права в неограниченном количестве; вести дела не самостоятельно, а скрываясь за отдельным субъектом права, полностью подконтрольным; нести ограниченную ответственность по долгам юридических лиц даже в случае причинения по своей вине больших убытков другим лицам. В связи с этим неудивительно, что юридические лица часто называются "ширмой", "вуалью" для физических лиц. И в этом свете становится понятным то, почему понятие "обход закона" очень часто употребляется вместе с понятием "юридическое лицо": присутствующая в институте юридического лица видимость нередко используется для противоправных целей. *"Во всех странах подавляющее большинство филиалов представляет собой не что иное, как общества-**фасады**. Отметим, что если в компании капитал, представленный 1000 акций, находится в собственности другой компании, а пять оставшихся акций принадлежат разным гражданам, надо ли сомневаться в том, что это компания одного лица, хотя формально в ней участвуют шесть лиц. В таких ситуациях юридическая личность дочерней компании – только **фасад**, за которым **скрывается фактически** одно лицо. Не последнюю роль в создании таких компаний одного лица, помимо желания ограничить риск заранее определенной суммой, играет стремление **обойти** налоговое законодательство, инвестиционные предписания, намерение уклониться от применения антитрестовского права и иные аналогичные причины. Во Франции торговые трибуналы, рассматривая споры с участием филиалов, резюмируют, что они созданы с целью **обхода закона**"* (выделение мое. – М.А.)[180]. Можно привести и множество других примеров в подтверждение сказанному[181].

Правда, подобный слишком однозначный подход М.И. Кулагина вряд ли является полностью корректным. Если создание компании одного лица разрешается законом, то использование присутствующей в ней видимости само по себе "обходом закона" назвать еще нельзя, даже если при этом используется не запрещенная цель минимизации налогообложения. Для такой квалификации необходимо стремление

---

[179] Привед. по: *Сыродоева О.Н.* Акционерное право США и России. - М., 1996, с. 22.

[180] *Кулагин М.И.* Избранные труды. - М., 1997, с. 20-21.

[181] *Ferrara Francesco* Constituzione di persona guiridica in frode alla legge. – В кн.: Scritti guiridici in onore di Santi Romano. - Padova, 1940, vol. IV, p. 23.); *Guilhot Jacques* Les filiales de societes etrangeres et la notion de fraude a la loi en matiere fiscale. - Clunet, 1938, p. 21-35); *Afschrift T.* La costitution d'une personne morale de droit etranger dans l'unique but d'eluder l'impot belge. – В кн.: Melanges offerts a Raymond Vander Elst. - Bruxelles, 1986, vol. II, p. 27-42.

достичь противоправные цели при помощи присутствующей в институте юридического лица видимости.

3.20. Крайне интересной иллюстрацией возможности использования физическим лицом юридического лица в своих целях является английский прецедент 1897 г. Saloman v. Aron Saloman and Co. Ltd.: *"...Селоман передал свое предприятие за большую сумму одному обществу, специально созданному им для этой цели. Общество было зарегистрировано под названием "Арон Селоман и К° лимитед". Капитал общества был составлен номинально из 40 000 акций, но выпущено было только 20 007 акций, из которых 20 001 акция принадлежала самому Селоману, а остальные шесть – его жене и детям. Директорами общества были сам Селоман и его два сына. Поэтому можно с достаточным основанием предполагать, что Селоман сохранил в значительной степени контроль над обществом, которому он продал свое дело. Кроме того, он получил от общества 100 обязательств по 100 ф. ст. каждое в качестве частичной оплаты стоимости его предприятия, что превратило его в привилегированного кредитора этого общества на сумму в 10 000 ф. ст.*

На следующий год общество в установленном порядке объявило о своей несостоятельности, и суд дал распоряжение о его ликвидации. Вся сумма активов, реализованных для оплаты кредиторов, не достигала 10.000 ф. ст.; мистер Селоман претендовал на то, чтобы вся реализованная сумма была выплачена ему как привилегированному кредитору. С другой стороны, простые кредиторы указывали на то, что общество это есть сам Селоман, что он в сущности их должник и что, если ему позволят уйти со всеми активами, то это будет значить, что он фактически присвоил себе их деньги. Для юриста такой довод едва ли покажется неосновательным, но Палата лордов решила после длительной борьбы, что Арон Селоман и "Арон Селоман и К° лимитед" являются разными лицами и что первый был привилегированным кредитором второго и потому имел преимущественное право на активы по сравнению с простыми кредиторами"[182].

3.21. Более чем вероятно, что подобный подход английского суда вряд ли разделили бы сторонники понятия "обхода закона" как самостоятельного правового института, которые не преминули бы назвать действия А. Селомана "обходом закона", хотя с точки зрения английского права на самом деле никакого "обхода" в данном деле не имелось.

Вообще говоря, в связи со всем этим уже не кажется удивительным, что М.И. Кулагин назвал компании одного лица *"юридическими мутантами"*[183].

3.22. Допущение в праве существования юридических лиц с одним участником свидетельствует о том, что право разрешает физическим лицам использование "легальной" видимости. Тем не менее, такая присутствующая в институте

[182] *Дженкс Э.* Английское право. - М., 1947, с. 127-128.
[183] *Кулагин М.И.* Избранные труды. - с. 6.

юридических лиц “легальная” видимость может быть вполне использована в нежелательных для социума целях. В связи с этим даже возникла целая отрасль права, а именно антимонопольное право, защищающее общество и само объективное право от фикций, которое само же право и породило - юридических лиц-монополистов.

3.23. В связи с этим можно отметить, что, поскольку антимонопольное право объявляет в определенных случаях использование видимости в форме юридических лиц противоправным, то соответствующее их использование может квалифицироваться для целей настоящей работы как “обход закона”, но исключительно в узких рамках преследуемых антимонопольных целей.

3.24. В качестве одного из средств нейтрализации проявляющейся в юридических лицах не всегда желательной видимости можно рассматривать и положения статьи 105 ГК РФ, возлагающей в ряде случаев ответственность за действия дочерних обществ на основные общества. Цель этих норм состоит в недопущении избежания основным обществом ответственности за действия дочернего общества только на том основании, что они являются отдельными субъектами права. Тем самым признается, что в ряде случаев игнорировать действительное положение вещей в пользу видимости нежелательно.

Параграф 4. Фидуциарные сделки

3.25. *“...фидуциарная - это такая сделка, которая обусловливает несовпадение между внутренними отношениями участников сделки и их внешним выражением”*[184]; *“Здесь стороны применяют для достижения известной практической цели такую юридическую сделку, эффект которой идет значительно дальше их цели. (Fiducia cum creditore состояла, например, в том, что должник переносил на кредитора для обеспечения его права требования – право собственности на свою вещь, вместо установления залогового права. Желая поручить кому-либо взыскание по обязательству, кредитор переносит для этой цели свое обязательственное право на своего представителя, делая его кредитором по обязательству взамен самого себя.) В этих случаях стороны никого не обманывают; они хотят заключить ту сделку, которую заключают, но избирают слишком сильное средство для своих целей. Делается это или за неимением в праве более подходящих средств, или ввиду неудобства существующих средств”*[185]. В качестве наиболее близкого для читателя примера фидуциарной сделки можно указать на договор комиссии.

Итак, в фидуциарных сделках видимость проявляется в несоответствии внутренних отношений сторон их внешнему выражению[186].

---

[184] *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. - М., 1967, с. 268.

[185] *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. - М., 1996, с. 153-154.

[186] Г.Ф. Дормидонтов отмечал, что ввиду разлада внешнего, юридического содержания и истинного намерения сторон фидуциарные сделки представляют собой исключительное явление

3.26. Неудивительно, что такое несоответствие может сознательно использоваться субъектами правоотношения в противоправных целях создания у других субъектов права искаженного впечатления о сути их отношений.

Ввиду этого фидуциарные сделки часто рассматривали как притворные[187], хотя на самом деле это и не совсем правильно. В связи с этим интересно отметить, что в английском праве фидуциарные сделки, если только в них не присутствует добросовестность сторон и они не являются разумными, могут быть квалифицированы в качестве *"fraud"*[188].

3.27. В свете сказанного совсем не удивительно, что фидуциарные сделки очень часто отождествляются с "обходом закона": *"Сделка должна считаться совершенной в обход закона, когда она имеет своею целью привести окольными путями к последствиям, которые стоят в противоречии с законом. Такие последствия могут быть достигнуты различными способами, но обычно здесь прибегают к помощи так называемых симулятивных (притворных) и фидуциарных (доверительных) сделок. ... Что касается сделок фидуциарных, то под ними разумеются сделки, совершенные ввиду взаимного доверия контрагентов в такой форме, которая предоставляет одному из них больше прав, чем это следовало бы сообразно тому правоотношению, которым они в действительности имеют намерение связать себя. ... По общему правилу, такие сделки, в отношении третьих лиц... силы не имеют, но в отношении контрагентов признаются вполне действительными. Между этими лицами они обсуждаются как сделки притворные. ...Случай, когда кто-либо, не будучи сам управомоченным на приобретение немуниципализированного жилого строения, доверительно приобретает его на имя своего знакомого. Обход закона в данном случае очевиден, - и сделка между юридическим и фактическим приобретателем этого строения должна почитаться недействительной..."*[189]. Интересно отметить, что и М. Вольф называет изобретение доверительной собственности самым известным в английском праве случаем "обхода закона", целью которого была нейтрализация положений закона о фидеикомиссах (*Statute of Uses, 1535*)[190].

(*Дормидонтов Г.Ф.* Система римского права. Общая часть. – Казань, 1910, с. 6). Кроме того, *"Будучи вызваны известной потребностью, они оказываются несовершенным средством ее удовлетворения и поэтому фидуциарная сделка или вырождается в мнимую сделку... или же заменяется более совершенной формой для достижения намеченной сторонами цели и практически почти выходит из употребления"* (*Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 97).

[187] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 5. Он же указывал, что фидуциарные сделки схожи с мнимыми, но с точностью до наоборот - в мнимых последствия не наступают, а в фидуциарных – наступают, и даже в избыточной форме (Там же, с. 6).

[188] *Jowitt's* Dictionary of English law. – London, 1971, p. 828.

[189] *Вавин Н.Г.* Ничтожные сделки (ст. 30 Гражданского Кодекса РСФСР и УССР и последствия ее нарушения). - с. 9-11.

[190] *Вольф М.* Международное частное право. - с. 159.

3.28. Тем не менее, возможность использования присутствующей в фидуциарных сделках видимости в противоправных целях еще никоим образом не может означать отождествления фидуциарной сделки и “обхода закона”. Первая может превратиться во второе только в случае преследования при ее совершении противоправных целей, или только если создание при ее помощи искаженного впечатления у третьих лиц является противоправным. Во всех остальных случаях фидуциарные сделки должны считаться совершенно законными и не имеющими абсолютно никакого отношения к “обходу закона”.

Параграф 5. Некоторые другие материально-правовые институты с наличием “легальной” видимости

3.29. В предыдущем параграфе были рассмотрены только четыре формы “легальной” видимости, которые известны праву. Между тем их гораздо больше. Например, к правовым институтам с наличием “легальной” видимости можно отнести: 1) **абстрактные сделки**; 2) **третейские суды**; 3) **представительство**; 4) **перемену лиц в обязательстве**; 5) **ценные бумаги на предъявителя**; 6) **бланковый индоссамент**; 7) **символические действия**; 8) **“притворный” процесс**; 9) **приобретательную давность**; 10) **добросовестное приобретение**; 11) **традицию** 12) **расчетные форварды**; 13) **аналогию закона и аналогию права**; 14) **исковую давность**; 15) **“типичные” притворные и мнимые действия**, известные из истории римского права (в частности, *emancipatio* подвластного путем сознательной троекратной его манципации).

3.30. Объем настоящей работы не позволяет проанализировать соотношение этих институтов с феноменом “обхода закона”, как бы это ни было интересно. В связи с этим можно лишь указать на то, что такое соотношение во многом напоминает то, на что уже было указано применительно к институтам фикций, презумпций, юридических лиц и фидуциарных сделок.

3.30.1. И действительно, понятие “обход закона” используется применительно ко всем таким институтам весьма нередко. Единственным объяснением этому может служить только то, что во всех этих институтах присутствует видимость, выступающая в “легальной” форме. Соответственно, исходя из того, что понятием “обход закона” обозначается использование “нелегальной” видимости, видимости правомерности, приходится признать, что употребление понятия “обход закона” применительно к собственно таким институтам является с юридической точки зрения некорректным. Однако оно будет являться с точки зрения целей настоящей работы возможным в том случае, если каждый из таких институтов с наличием “легальной” видимости будет использоваться в совокупности с неправомерной действительностью или для противоправных целей.

Параграф 6. Некоторые иные случаи использования и наличия видимости в праве

3.31. Исследование вопроса о соотношении в праве категорий “действительность” и “видимость” приводит к выводу, что многие правовые явления также должны и могут быть рассмотрены посредством данных категорий.

Пункт 1. “Обход закона” непосредственно самим позитивным правом

3.32. В отличие от вышеуказанных случаев сознательного использования объективным правом видимости (которое благоприятно по отношению к субъектам права), явление “обхода закона” непосредственно самим позитивным правом состоит в сознательном использовании позитивным правом по отношению к субъектам права видимости правомерности в форме обмана, злоупотребления и формально допустимых действий, противоречащих принципам справедливости и морали.

3.33. Позитивное право само может начать использовать по отношению к субъектам права те или иные создающие видимость правомерности действия, подобно тому, как это делают субъекты права по отношению к нему[191]. В самом деле, это наглядно может быть продемонстрировано на примере советского права, а также современного российского права. В их действиях по отношению к субъектам права можно обнаружить все разновидности создающих видимость правомерности сознательных действий: обман в прямом смысле этого слова (например, неожиданные денежные реформы и повышение цен в условиях, когда предварительно их возможность отрицалась); притворные действия, в которых использованием одного действия прикрывается другое, истинное (коллективизация, судебные процессы над “врагами народа”); мнимые действия, предпринимаемые только для виду без цели наступления действительных последствий (“санкции” по отношению к совершившим правонарушения государственным служащим); злоупотребление правом (институты прописки, цензуры и многие другие сверхобременительные разрешительные процедуры; жесточайшие налоги и сознательная политика увеличения налогового бремени); действия, формально законные, но противоречащие принципам справедливости и морали (уголовная ответственность за недонесение на близких родственников о совершенных последними преступлениях и аналогичная уголовная ответственность священников за отказ раскрыть тайну исповеди).

3.34. Иными словами, если вспомнить о том, что наличие в любом правоотношении обмана или любой другой формы видимости правомерности дает основания для применения понятия “обход закона”, подобные явления представляют не что иное, как “обход” правом самого себя, отказ права от своей сущности мерила справедливого и забвение составляющих его основу принципов, могущих быть

[191] При анализе данного явления мы будем исходить из приема уподобления позитивного права субъекту.

применимыми и к нему самому: *“Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”*. Количество примеров подобного “обхода” правом самого себя достаточно легко умножить[192]. При этом право превращается в неправо и должно преодолеть его для того, чтобы вновь обрести свою сущность[193].

3.35. Кроме того, не подлежит сомнению, что в некоторых случаях совершения субъектами права действий, которые подпадают под понятие “обход закона”, эти действия были спровоцированы самим правом, забывшим об *aequum et bonum* и абсолютизировавшим принцип *“Dura lex sed lex”*[194].

3.36. Однако необходимо особо подчеркнуть, что все сказанное в настоящем пункте 1 верно только при условии различения позитивного права и права как воплощения справедливости, и только при сравнении их между собой[195]. В таком случае несправедливый законодатель и несправедливое позитивное право могут быть приравнены к обычным субъектам, действия которых рассматриваются сквозь призму справедливости. Поэтому понятие “обход закона” самим правом” может быть правильно понято только при том условии, что под “законом” имеется в виду право как воплощение справедливости.

---

[192] В дополнение к приведенным примерам подобного “обхода” правом самого себя можно указать еще на сознательное принятие каким-либо государственным органом противоречащего закону подзаконного акта, а также такой случай *suppressio veri* со стороны государства, как неопубликование применяемых им правовых актов.

[193] *“...право* в себе *как* положенное *есть его внутренняя всеобщность как* общее *произвола и особенной воли. Это* **явление** *права, в котором оно и его существенное наличное бытие, особенная воля, непосредственно, т. е. случайно, совпадают,* ***переходит*** **в неправе в видимость**... ***Однако истина этой видимости состоит в том, что она ничтожна*** *и что право восстанавливается посредством отрицания этого своего отрицания; посредством этого процесса своего опосредования, возвращения к себе из своего отрицания, оно определяет себя как* действительное *и* действующее…

В неправе же явление движется к видимости*. Видимость есть наличное бытие, несоответственное сущности, пустое отделение и положенность сущности, так что в обеих различие выступает как разность. Поэтому* ***видимость есть неистинное****, которое, желая быть для себя, исчезает, и в этом исчезновении сущность показала себя как сущность, т. е. как власть. Сущность подвергла отрицанию свое отрицание и таким образом вышла укрепленной.* ***Неправо есть такая видимость, и посредством ее исчезновения право получает определение прочного и действующего****. То, что мы здесь назвали сущностью, есть право в себе, по отношению к которому особенная воля снимает себя как неистинную. Если раньше право имело лишь непосредственное бытие, то теперь, возвратившись из своего отрицания, оно становится* действительным*, ибо действительность есть то, что действует и сохраняет себя в своем инобытии, тогда как непосредственное восприимчиво к отрицанию”* (выделение жирным шрифтом мое. – М.А.) (*Гегель Г.В.Ф.* Философия права. - М., 1990, с. 137-138).

[194] М. Бартошек отмечает, что этот принцип принадлежит уже к постклассической эпохе развития римского права (*Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 406). Было бы несправедливо приписывать этот постулат классическому римскому праву, *“державшемуся прямо противоположного, а именно, что “во всех делах справедливость имеет предпочтение перед строгим пониманием права”* (Д. 7. 62. 6)” (*Бартошек М.* Римское право. Понятия. Термины. Определения / Вступит. ст. Черниловского З. - с. 11).

[195] Конечно же, это различение чисто условно: если системы позитивного права существуют в действительности, то никакой системы права как синонима справедливости не существует, и в этом плане право как синоним справедливости является неким недостижимым идеалом, к которому должно стремиться любое позитивное право. Тем не менее мы примем за аксиому, что система права как синонима справедливости все-таки существует, но исключительно для целей настоящей работы.

3.37. В случае же отождествления позитивного права со справедливостью подобный подход просто невозможен. Нельзя также говорить об “обходе” правом самого себя, если под правом понимать право как воплощение справедливости. Такое право по самой своей природе просто не может использовать по отношению к субъектам своего регулирования видимость в форме, в частности, обмана и злоупотребления.

3.38. Наконец, если отмеченного различения не проводить, то квалифицировать “обход закона” самим правом будет невозможно: с точки зрения самого позитивного права все его действия будут являться абсолютно правомерными.

3.39. Сказанным демонстрируется вся узость позитивистского подхода к праву.

Пункт 2. “Антиподы” “обхода закона”

3.40. Если “обход закона” представляет собой не что иное, как видимость правомерности, преследующую противоправные цели, то “антипод” “обхода закона” будет являться видимостью уже не правомерности, а видимостью неправомерности, преследующей правомерные цели (или, иными словами, будет представлять собой в конечном итоге правомерность, выглядящую неправомерностью). Соответственно, если при “обходе закона” имеет место неправомерность действительности, то при “антиподе” “обхода закона” будет присутствовать уже правомерность действительности.

3.41. В качестве примера такого “антипода” можно привести институт необходимой самообороны или причинения вреда преступнику при его задержании. Во всех этих случаях имеющая на первый взгляд место неправомерность является на самом деле видимостью неправомерности, которой сопутствует правомерность действительности. Неправомерность в указанных случаях превращается в видимость благодаря основам правопорядка и нравственности. Именно ввиду их наличия такие действия, недопустимые в других условиях, оправдываются. Можно сказать, что при таком “антиподе” “обхода закона” имеют место уже не противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия, а соответствующие основам правопорядка и нравственности формально недопустимые действия.

3.42. Само собой разумеется, что “антипод” “обхода закона” сам являться “обходом закона” не может. Однако в том случае, если, например, пределы необходимой обороны будут превышены, но лицо будет продолжать настаивать на невозможности неприменения к нему санкций ввиду принципиальной возможности необходимой обороны (то есть прибегнет к использованию видимости правомерности, попытке доказать существование того, чего в действительности не было), “антипод” “обхода закона” станет уже самим “обходом закона”.

3.43. Более того, все будет выглядеть еще сложнее, если мы вспомним об отличии права как воплощения справедливости от позитивного права. В частности,

применительно к двум приведенным выше примерам “антиподов” “обхода закона” можно сказать, что они представляют собой настолько важные правовые институты, что их допущение обосновывается не только правом как воплощением справедливости, но и позитивным правом. Однако другие существующие в праве “антиподы” “обхода закона” могут выглядеть по-разному в зависимости от того, смотреть ли на них через призму права как воплощения справедливости или же только с точки зрения позитивного права.

3.44. К числу таких “антиподов” можно отнести, например, провокацию взятки и самооговор. Несложно заметить, что в каждом из таких правовых явлений присутствует не сама неправомерность, а не более чем ее видимость[196]. Однако окончательная квалификация этих двух явлений может быть различной. Так, для какого-либо позитивного права[197] такие действия могут представлять собой одну из легальных форм использования видимости, причем видимости неправомерности, которая, однако, преследует правомерные для этого позитивного права цели: в случае с провокацией взятки такой правомерной целью будет стремление наказать “потенциального” взяточника, а в случае с самооговором - стремление наказать “потенциального” правонарушителя. Однако точка зрения права как воплощения справедливости на эти два случая будет диаметрально противоположной. Для него в этих двух случаях также изначально будет иметь место использование видимости неправомерности. Однако оно неизбежно должно будет рассматривать цели такого использования как противоправные[198]. Соответственно, в результате с точки зрения права как воплощения справедливости в этих двух случаях будет иметь место не использование видимости неправомерности в противоправных целях, как может показаться на первый взгляд, а использование в противоправных целях видимости правомерности. В самом деле, для права как воплощения справедливости в этом случае будут иметь место противоречащие основам справедливости и нравственности формально допустимые действия (формально допустимыми их делает содержание позитивного права). Таким образом, то, что для позитивного права будет являться “антиподом” “обхода закона”, для права как воплощения справедливости будет выглядеть уже как непосредственно “обход закона”.

3.45. Исходя из необходимости пресечения “обхода закона” как использования видимости правомерности, ввиду сказанного можно, в частности, констатировать, что отказ российского права от допущения

---

[196] При провокации взятки неправомерная попытка взятки отсутствует, равно как и при самооговоре отсутствует та противоправность, о которой утверждает принимающий на себя вину.

[197] В качестве примера можно указать на советское право, которому были известны как провокация взятки, так и самооговор, выступавший в 30-е годы XX века неопровержимым доказательством вины в условиях, когда правоприменители знали об ее отсутствии.

[198] При провокации взятки такой противоправной целью будет стремление несправедливо наказать лицо, которое подошло к преступлению не самостоятельно, а было спровоцировано. При самооговоре противоправной целью будет стремление несправедливо наказать невиновное лицо, которое могло признать свою вину по каким-либо побочным причинам.

института провокации взятки являлся не чем иным, как шагом на пути к превращению его в право как воплощение справедливости.

Пункт 3. Понятие "обход закона" в сфере позитивного права и в сфере права как воплощения справедливости

3.46. Выше мы уже неоднократно проводили различие между позитивным правом и правом как воплощением справедливости. Если исходить из такого различия, то с неизбежностью следует признать, что в позитивном праве существуют правовые институты, которые в его рамках никакой видимостью не обладают, но которые приобретают такую видимость, если смотреть на них с точки зрения права как воплощения справедливости. Дело в том, что в позитивном праве и в праве как воплощении справедливости такие понятия, как "обман", "злоупотребление правом" и "противоречащие основам справедливости и нравственности формально допустимые действия" могут и не совпадать. В результате то, что с точки зрения позитивного права не является обманом, злоупотреблением правом и противоречащими основам справедливости и нравственности формально допустимыми действиями, с точки зрения права как воплощения справедливости может ими выступать. Иными словами то, что в позитивном праве "обходом закона" не является, с точки зрения права как воплощения справедливости может им стать. По этой причине автор не случайно первый пункт данного параграфа посвятил такому явлению как "обход закона" позитивным правом.

3.47. Но с другой стороны верно и обратное: то, что в сфере права как воплощения справедливости будет являться правомерным, в рамках позитивного права может быть квалифицировано как "обход закона". В качестве одного из примеров сказанному можно указать на проблему осуществления эвтаназии в условиях ее запрета позитивным правом[199].

3.48. С точки зрения, например, российского права, осуществление эвтаназии со ссылкой на просьбу больного или на принципы морали будет являться не чем иным, как совершением правонарушения под прикрытием мнимого права и обмана, то есть попытки представить неправомерное действие как отвечающее принципам справедливости и морали, придать ему видимость правомерности. Иными словами, с точки зрения позитивного российского права данные действия можно без каких-либо сложностей квалифицировать как "обход закона". Более того, они могут квалифицироваться именно так еще и потому, что они направлены против тех принципов морали и справедливости, которым покровительствует российское право,

[199] Например, в российском праве эвтаназия запрещена: так, статья 45 "Запрещение эвтаназии" Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан устанавливает, что *"Медицинскому персоналу запрещается осуществление эвтаназии – удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо действиями или средствами, в том числе прекращением искусственных мер по поддержанию жизни"* (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1993, № 3, ст. 1318).

и которые очень сильно отличаются от противопоставляемых им при эвтаназии принципов морали и справедливости.

С точки же зрения права как воплощения справедливости в случае с осуществлением эвтаназии имеет место соответствующее основам справедливости и морали формально недопустимое действие. Таким образом, в сфере действия права как воплощения справедливости осуществление эвтаназии не может быть названо “обходом закона” и будет являться не чем иным, как его “антиподом”, не чем иным, как только преследующей правомерные цели видимостью неправомерности[200].

3.49. Исходя из вышеизложенного, можно сделать следующие выводы:

1) несложно заметить, что все содержание настоящего пункта другими словами может быть иначе обозначено как “проблема прав человека”. Таким образом, связь понятий “обход закона” и “права человека” еще раз показывает, что понятие “обход закона” относится к числу одних из немногих “предельных” правовых терминов, пронизывающих право в целом и являющихся связующими элементами между различными правовыми институтами;

2) сказанное также демонстрирует, что в праве на самом деле существует некая “генетическая” связь, которой объединяются многие понятия, на первый взгляд не имеющие друг с другом ничего общего. В связи с этим право предстает не как безжизненная формально-логическая система, а как “живая ткань” очень большой сложности;

3) предложенное выше различение между позитивным правом и правом как воплощением справедливости, причем в свете понятия “обход закона”, может оказаться весьма полезным для изучения многих явлений позитивного права, для улучшения его функционирования, в частности в отношении защиты прав человека.

Пункт 4. Видимость как одна из характеристик самого позитивного права

3.50. Предпринятое выше исследование показывает, что в праве не только используется большое количество институтов с наличием “легальной” видимости, но и то, что в праве существуют многие другие интересные явления, например, “антиподы” “обхода закона”, “обход закона” самим правом. Таким образом, видимость не является для позитивного права чем-то экстраординарным.

3.51. Однако положение дел этим не исчерпывается. Непредубежденный взгляд на позитивное право как один из социальных институтов приводит к выводу, что видимость может быть названа одной из важных его характеристик. Эта видимость весьма специфична и является заданной неустранимым противоречием между целями позитивного права как социального института и имеющимся у него инструментарием. Данное противоречие проявляется в том, что позитивное право

[200] Видимость неправомерности будет создаваться запретом позитивного права.

ставит себе задачей урегулировать весь спектр общественных отношений, в то время как в принципе решение этой задачи объективно невозможно. В итоге декларируемая позитивным правом урегулированность общественных отношений может в определенных случаях превращаться в не более чем видимость такого регулирования.

3.52. Первой формой такой видимости в самом позитивном праве являются “пробелы” закона как в форме полного отсутствия регулирования, так и в форме нечеткого регулирования. Подобное проявление видимости нейтрализуется прежде всего последующим установлением конкретных норм, а в их отсутствие - либо использованием одной формы видимости - аналогии закона, либо посредством другой формы видимости - аналогии права (*supra* пункт 3.29). Аналогия же права представляет собой не что иное, как обращение позитивного закона к идеальной системе права как воплощения справедливости, использование последней именно в качестве реального источника регулирования[201].

3.52.1. Отметим также, что данная форма видимости может выражаться и в господстве в праве общих, а не конкретных норм, тем более если они не “освоены” судебной практикой.

3.52.2. Представляется, что такая первая форма видимости в самом позитивном праве имеет следствием увеличение случаев использования видимости (причем зачастую видимости правомерности) субъектами права: одна форма видимости стимулирует использование другой. Современное российское право является наглядным подтверждением сказанному: именно отсутствие регулирования или неясное регулирование многих важнейших отношений в совокупности с наличием общих норм, не “освоенных” судебной практикой, и привело к расцвету использования в российском правовом обороте как “легальной” видимости (в форме, в частности, векселей как абстрактных сделок, бланковых индоссаментов, “притворных” процессов, третейских судов, представительства, фидуциарных сделок, перемены лиц в обязательстве, традиции), так и видимости правомерности (обмана, притворных и мнимых сделок, злоупотребления правом и всех их проявлений: недобросовестной конкуренции, фиктивных и злонамеренных банкротств, плагиата и интеллектуального “пиратства”, мошенничества, контрабанды, фальшивомонетничества, фальсификации результатов выборов и многого другого), равно как и всевозможных переплетений их между собой.

---

[201] Следовательно, при ближайшем рассмотрении оказывается, что по сравнению с позитивным правом идеальное право как синоним справедливости по существу обладает гораздо большей реальностью. Возникновение в нем ситуации подобной видимости регулирования невозможно. Оно, конечно же, менее конкретно, но зато более реально. Позитивное право, напротив, более конкретно, но менее реально. По этой причине можно также утверждать, что прецедентное право, черпающее конкретные нормы из права как воплощения справедливости и не сталкивающееся с острой для континентального права проблемой “пробелов” в регулировании, обладает гораздо большей реальностью, чем континентальное право.

3.52.3. Кроме того, можно указать и на то, что отсутствие в римском праве абстрактной юридической техники, равно как и конкретность мышления римских юристов очень часто приводили к принятию запрещающего регулирования по какому-то одному конкретному вопросу, в результате чего в правовом регулировании возникали “пробелы”, которые использовались участниками правового оборота для целей достижения того же результата, к которому вело запрещенное действие. Наиболее ярким примером к сказанному является *Senatusconsultum Macedonianum* (69-70 н. э.). Принятие этого сенатусконсульта было вызвано тем, что подвластное лицо из-за денежных долгов убило своего отца. В результате сенатусконсульт предписывал, чтобы кредитору, который предоставил деньги взаймы подвластному сыну, претор не давал иска[202]. Иными словами, он упоминал только о денежных займах, не учитывая, что помимо денег существуют и иные родовые вещи. Для того, чтобы не подпадать под действие этого сенатусконсульта, кредиторы действительно перестали давать подвластным взаймы деньги, но вместо этого стали предоставлять им займы в других родовых вещах. В результате *Senatusconsultum Macedonianum* и подобные действия кредиторов стали одним из излюбленных примеров, иллюстрирующих действие *agere in fraudem legis* в римском праве.

3.52.4. Тем самым мы вскрыли весьма важный нюанс проблемы “обхода закона”: “обход закона” оказывается тесно связанным с “пробелами” в законодательном регулировании. Иными словами, опять-таки приходится констатировать, что видимость непосредственно в самом позитивном праве порождает другую видимость, но уже видимость другой природы, видимость правомерности. Данный нюанс весьма интересен, но несколько подробнее он будет рассмотрен позднее. Сейчас же вернемся к проявлению видимости в самом позитивном праве как его неотъемлемом качестве.

3.53. Второй формой проявления видимости в самом позитивном праве является отсутствие механизма реализации имеющегося достаточно подробного регулирования, в результате чего оно опять-таки обретает черты призрачности, нереальности. И точно так же данная форма видимости является причиной и катализатором увеличения случаев использования видимости правомерности субъектами права. Пример российского права и российской правоприменительной системы демонстрирует это с более чем пугающей наглядностью.

3.54. Третьей формой проявления видимости в самом позитивном праве, достаточно близкой к первой из отмеченных, является регулирование, не адекватное имеющимся реалиям, в частности, излишне формализованное или же, например, устаревшее, не отвечающее новым потребностям. Каждый из таких двух видов регулирования в большей или меньшей степени утрачивает черты реально

---

[202] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 288.

действующего и реально существующего социального механизма, и в большей или меньшей степени превращается в видимость. Право превращается в неправо – *“Summum ius summa iniuria”* – и по сути дела исчезает[203].

3.54.1. Именно последняя форма видимости присутствовала в римском праве на определенном этапе его развития, в результате чего свойственные для древнего права формализм и консерватизм находились в противоречии с развивавшимися социальными отношениями, требовавшими нового регулирования. И именно такая форма видимости очень ярко проявляется сегодня в российской правовой системе, которая до сих пор еще не до конца адаптировалась к изменившимся социальным отношениям. Стоит ли еще раз упоминать о том, что и такая третья форма видимости стимулирует субъектов права на использование видимости правомерности во всевозможных ее проявлениях?

3.55. С помощью последней из отмеченных форм видимости в позитивном праве можно попытаться объяснить загадку странных на первый взгляд утверждений об “обходе закона”, совершавшемся и правоприменителями в исламском праве, и римскими юристами как творцами римского права, а также совершающемся в современном праве судами (*supra* пункты 2.9, 2.16.4 и 3.6).

На самом деле во всех этих случаях речь идет о столкновении правоприменителей с явлением объективно существующей видимости в самом позитивном праве, обусловленной противоречием устаревших его форм новым реалиям. В результате правоприменителям приходилось и приходится пытаться нейтрализовать такую объективно существующую видимость посредством определенных способов: прямым отказом применять устаревшее или формализованное регулирование; использованием иных форм видимости, в частности, фикций; новой квалификацией старых терминов и их расширительным толкованием; использованием новых правовых институтов; забвением на практике такого регулирования при демонстрации полной его действенности в теории и т. д.

3.55.1. Но поскольку устаревшее или формализованное регулирование, как правило, юридически силу не утрачивает, то для него все новые реалии являются просто несуществующими. Иными словами, хотя с объективной точки зрения это регулирование уже само являлось не более чем видимостью, с субъективной точки зрения самого этого регулирования оно продолжало являться действительностью, а новые реалии представляли собой только видимость. По этой причине по мнению самого этого устаревшего или формализованного позитивного права все попытки правоприменителей нейтрализовать возможность его применения являлись не чем

---

[203] *“Право, которое в качестве* особенного *и, следовательно, многообразного получает в противоположность своей* в себе *сущей всеобщности и простоте форму* **видимости**, *есть такая видимость частью в себе или непосредственно, частью полагается* как **видимость** посредством субъекта, *частью* вообще как ничтожное; *это* непреднамеренное *или* гражданское **неправо**… ***Неправо есть, следовательно, видимость сущности, полагающая себя как самостоятельную”*** (выделение жирным шрифтом мое. – М.А.) (*Гегель Г.В.Ф.* Философия права. - с. 138).

иным, как “обходом закона”: использованием незнакомых такому регулированию (а значит и не признаваемых, противоправных, несуществующих, фиктивных) институтов, иначе говоря, использованием видимости правомерности в ущерб ему как правомерной действительности.

3.55.2. В то же время с объективной точки зрения такие попытки правоприменителей никаким “обходом” являться не могли, а напротив, были направлены только против наличия в самом позитивном регулировании видимости, и преследовали цель приведения такого регулирования в соответствие с имеющимися реалиями, избавления его от такой объективно существующей видимости и придания ему характера действительности.

3.55.3. Таким образом, объяснить странные на первый взгляд утверждения об “обходе закона” лицами, управомоченными на правоприменение самим правом[204], достаточно просто: нужно лишь применить понятия “видимость” и “действительность” к самому позитивному праву. Если после этого встать на точку зрения позитивного регулирования, не останется ничего иного, как объявить определенные действия правоприменителей “обходом закона”, использованием видимости правомерности в ущерб правовой действительности, пусть и устаревшей, но существующей. Без сомнения, именно из этого исходил Ю.И. Свядосц и другие авторы, когда употребляли понятие “обход закона” в таком смысле (*supra* пункты 2.9, 2.16.4 и 3.6). По другому объяснить органично такое словоупотребление просто невозможно.

3.55.4. Однако следует отметить, что подобное употребление понятия “обход закона” совершенно бесперспективно: в таком случае как вся история права, представляющая собой борьбу новых реалий со старыми правовыми формами, так и современные попытки права приспособиться к изменяющимся условиям предстают в виде “обхода закона”. Но, более того, подобное употребление понятия “обход закона” просто неправильно, поскольку оно только затемняет суть дела и реальную проблему приведения правового регулирования в соответствие с существующими реалиями подменяет некоей беспредметной проблемой “обхода закона”.

3.55.5. Поэтому теоретически понять подобное словоупотребление можно, но оправдать с практической точки зрения – затруднительно. Понятие “обход закона” терпимо при условии редкого его использования в качестве некоего яркого образа, не лишенного эмоциональности, в исторических, политических и социологических работах. В качестве же часто используемого термина, причем непосредственно в праве, это понятие не может, ввиду своей правовой природы, принести ничего, кроме негативных последствий. Но даже если без его использования кто-то обойтись

[204] В частности, о том, что судебная практика ФРГ в “обход закона” разработала институт обеспечительного присвоения (*supra* пункт 2.16.4), что мусульманские юристы разработали в “обход закона” технику двойной продажи (*supra* пункт 2.9), что римские юристы при помощи различных юридических приемов осуществляли “обход” римского права (*supra* пункт 3.6).

не может, то ему по крайней мере следует использовать это понятие только как обозначение использования видимости правомерности.

3.56. И в заключение отметим еще одну весьма интересную, четвертую форму видимости, проявляющуюся в современном позитивном праве. Речь идет о повышении неопределенности правового регулирования. Это звучит несколько парадоксально, принимая во внимание имеющиеся на современном этапе развития права совершенствование юридической техники и тенденцию к “зарегламентированию” правоотношений, но тем не менее это так. Данный феномен весьма сложен для осмысления и останавливаться на полномасштабном анализе причин его возникновения объем и цели настоящей работы не позволяют[205]. Само собой, когда мы говорим о повышении неопределенности правового регулирования, речь идет только о позитивном праве. При этом следует помнить, что превращается в видимость не само право, а только та его форма, которая пыталась реализовать себя через позитивное регулирование.

Очевидно то, что такая форма видимости непосредственно в самом позитивном праве также может стимулировать использование субъектами права видимости правомерности.

3.57. Таким образом, на основании сказанного можно сделать вывод о том, что совокупность всех присутствующих в праве форм “нелегальной” и “легальной” видимости, а также “антиподов” “обхода закона” и “обхода закона” самим позитивным правом венчается проявлением четырех форм видимости в самом позитивном праве, своего рода высшей формой проявления видимости в праве. Соответственно, видимость не только сознательно используется позитивным правом, но и неразрывно связана с самой его сущностью. Существует и сложная тесная взаимосвязь между проявлениями видимости в самом позитивном праве и другими правовыми институтами с наличием видимости: в частности, первые могут стимулировать вторые, как “легальные”, так и “нелегальные”.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ III

3.58. Итак, мы закончили рассмотрение различных форм видимости, сознательно используемой в праве или же проявляющейся в нем имманентно. Уже простой список таких рассмотренных или упомянутых форм весьма впечатляет.

Заслуживают внимания и выводы, которые были сформулированы в результате предпринятого рассмотрения. Укажем в дополнение еще на некоторые.

---

[205] Стоит лишь отметить то, что во многом он обусловливается двумя факторами: берущим начало еще в начале настоящего века процессом публицизации права, выражающимся во все большем активном вмешательстве государства во все больший спектр общественных отношений, и процессом социализации права, неразрывно связанным с процессом публицизации и находящим свое выражение в отказе от крайнего индивидуализма, переносе акцента с индивидуального на коллективное, и, что самое главное, - рассмотрении любых юридических действий через призму категории “социальные цели”.

3.59. Что касается “легальных” форм видимости, то они и использовались, и широко используются правом и субъектами права в целях развития общества и личности, правосудия и справедливости.

Вместе с тем наличие в них видимости делает их приспособленными для использования в иных целях: эти формы зачастую можно назвать “ширмой для видимости правомерности в виде использования правомерной видимости” или **“легальной” видимостью, мнимо поглощающей “нелегальную” видимость”**. В самом деле, существует прямой резон для субъектов права, использующих видимость правомерности, прибегать к такой правомерности видимости: в этом случае видимость правомерности сливается с правомерностью видимости благодаря гомогенности их природы, отходит на задний план, маскируется ей. В итоге видимость правомерности становится менее заметной, менее “видимой”, и это повышает шансы на её успех. Без использования же правомерности видимости шансы видимости правомерности на успех резко понижаются: на фоне действительности она будет более заметна. Наконец, то же самое можно сказать и об использовании “легальной” видимости явно противоправными действиями. В таком случае они также могут претендовать на прикрытие их незаконности видимостью, причем разрешаемой самим законом. **Можно даже утверждать об имеющейся в праве закономерности: в большинстве случаев использование видимости правомерности и прямой противоправности имеет место только в сочетании с “легальной” видимостью**.

3.60. В связи с этим можно констатировать, что отношение объективного права к институтам с использованием “легальной” видимости должно быть неизбежно двояким: с одной стороны, объективное право не может их не допускать, а с другой - оно не может их не опасаться. Таким образом, задача права должна состоять в том, чтобы найти определенный баланс между допущением и запретом в правовом обороте определенных институтов с использованием “легальной” видимости. Соответственно, история развития объективного права может быть представлена еще и как история допущения правом тех или иных институтов с использованием видимости.

3.61. Также представляется очевидным, что существует сложная взаимосвязь между различными формами видимости в праве. Как уже было показано на примере советского права, “обход закона” самим правом неизбежно влечет учащение случаев “обхода закона” со стороны субъектов права.

Но этим подобная взаимосвязь не исчерпывается. Можно указать на такой интересный факт: в советском праве, которое само часто совершало “обход закона” в отношении субъектов права, свобода сознательного использования легальных конструкций с наличием видимости была крайне ограничена. Прежде всего ограничения касались фидуциарных и абстрактных сделок, ценных бумаг на предъявителя, бланкового индоссамента, юридических лиц, третейского

разбирательства. В меньшей степени ограничения касались презумпций, фикций, представительства, перемены лиц в обязательстве, добросовестного приобретения. Данный факт указывает на недоверие советского государства и права к субъектам права и нежелание допускать в их распоряжение “легальные” формы видимости. Можно даже утверждать, что характерный для советской эпохи дефицит имел место и применительно к насыщенности правового регулирования институтами с “легальной” видимостью. Неудивительно, что такой дефицит видимости восполнялся стихийно самими субъектами права, причем преимущественно при помощи “нелегальной” видимости. Результатом этого не могло не стать использование субъектами советского права прежде всего различных форм обмана, притворности, мнимости и злоупотребления правами. В свою очередь, данному использованию “нелегальной” видимости способствовал “обход закона” самим советским правом.

3.62. На основании сказанного можно также утверждать, что активное применение субъектами права конструкций с использованием “легальной” видимости возможно только тогда, когда объективное право таким субъектам доверяет. Соответственно, применение таких конструкций требует преобладания в объективном праве диспозитивности. Поэтому можно указать еще и на то, что отсутствие широкого распространения в советском праве конструкций с использованием “легальной” видимости было вызвано такими чертами советского права, как императивность и запретительный характер (что также свидетельствовало о публично-правовом характере советского права). Данный вывод вполне корреспондирует с уже приводившимся выше утверждением о том, что понятие “обход закона” наиболее часто встречается в запретительном и в публично-правовом регулировании, носящем императивный характер (*supra* пункты 2.32 и 2.33). Соответственно, принцип советского права “Запрещено все, что не разрешено” и публично-правовой его характер не допускали широкое использование конструкций с использованием “легальной” видимости, зато стимулировали использование понятия “обход закона”, а результатом всего этого являлось распространение использования субъектами права видимости правомерности.

3.63. Таким образом, сказанное подводит к следующим выводам: 1) “обход закона” со стороны самого права самого себя имеет следствием возрастание случаев “обхода закона” со стороны субъектов права; 2) широкое применение конструкций с использованием “легальной” видимости возможно только в условиях преобладания в объективном праве диспозитивности; 3) в правовом обороте должен существовать определенный минимум легальных конструкций с наличием видимости; 4) дефицит легальных конструкций с наличием видимости в правовом обороте имеет следствием увеличение случаев использования субъектами права “нелегальной” видимости; 5) степень допущения в правовом обороте легальных конструкций с наличием видимости

свидетельствует о степени свободы в обществе; 6) задача позитивного права должна состоять еще и в том, чтобы найти в правовом обороте определенный баланс между допущением и запретом определенных институтов с использованием видимости.

3.64. Ввиду того, что в большинстве случаев использование видимости правомерности и прямой противоправности имеет место только в сочетании с “легальной” видимостью, не кажется удивительным то, что использование видимости правомерности в сочетании с “легальной” видимостью получило широкое распространение в условиях современной России. Можно смело утверждать, что в любой имеющей в современных российских реалиях место противоправной махинации обязательно можно встретить тот или иной вид “легальной” видимости: юридические лица, векселя, бланковые индоссаменты, “притворные” процессы, третейские суды, представительство, перемену лиц в обязательстве и многие другие.

3.64.1. В дополнение ко всему данные явления стимулируются еще и видимостью непосредственно в самом позитивном праве (*supra* пункты 3.50 – 3.57) современной России, степень которой можно оценить как очень и очень высокую. Наконец, подобное использование субъектами права видимости правомерности в сочетании с “легальной” видимостью свидетельствует и об очень плохой работе большинства российских правоприменительных органов.

3.64.2. Вообще говоря, следует признать, что характеристики российского права весьма уникальны: в нем одновременно имеет место целая “обойма” всех форм видимости: использование видимости правомерности, “антиподов” “обхода закона”, “обхода закона” позитивным правом, причем сопровождаемых слабым развитием институтов с наличием “легальной” видимости и проявлением всех форм видимости непосредственно в самом российском позитивном праве.

3.65. Выше уже упоминалось о том, что степень допущения в правовом обороте легальных конструкций с наличием видимости свидетельствует о степени свободы в обществе. Сейчас же отметим еще то, что в том случае, когда право находится на достаточно низкой ступени развития, на которой использование “легальной” видимости может оказаться крайне полезным инструментом для развития производительных сил общества и человека, такое сознательное ее использование говорит об особой “интуиции” права, его стремлении к саморазвитию. Именно не в последнюю очередь благодаря удачному приспособлению “легальной” видимости к практическим нуждам римского общества римское право достигло своих высот, тогда как другие правовые системы на это оказались неспособны.

3.66. На сегодняшнем же этапе развития права такими стимулирующими развитие общества правовыми институтами с использованием “легальной” видимости являются, в частности, юридические лица, представительство, перемена

лиц в обязательстве, приобретательная давность, добросовестное приобретение и, наконец, третейское разбирательство. Чем более существенно значение этих институтов в правовом обороте и регламентация их правового регулирования, тем более развитым является общество и право, и тем более торжествуют в нем свобода и демократия. Институты с использованием “легальной” видимости являются своего рода универсальной “лакмусовой бумажкой”, выявляющей степень развития права и общества[206]. Наконец, несомненным является и то, что широта использования “легальной” видимости всячески способствует ослаблению использования видимости правомерности (хотя и неспособна ее искоренить), и, соответственно, минимизация использования “легальной” видимости всячески способствует распространению видимости правомерности.

3.67. Использование всех указанных тестов применительно к современному российскому праву, и тем более в сочетании с констатацией факта широкого использования в нем видимости правомерности, показывает, что российское право и общество делают только первые шаги в направлении свободы и демократии. Об этом свидетельствуют и слабость правового регулирования в отношении юридических лиц, и подозрительное отношение государственных арбитражных судов к представительству и особенно к перемене лиц в обязательстве, и только недавнее введение института приобретательной давности, и слабая укорененность в российских реалиях института добросовестного приобретения, и, наконец, неразвитость регулирования третейского разбирательства.

3.68. В качестве еще одного весьма важного и интересного вывода можно указать на то, что прогресс права лежит в том числе и в сфере борьбы между отражением в нем видимости и действительности. Но было бы ошибочно однозначно утверждать, что развитие права свидетельствует о постепенном вытеснении из него видимости в пользу доминирования действительности. Даже если вытеснение тех или иных форм видимости в праве и имело место, то вместо них тут же появлялись другие. На смену широко распространенным в римском праве “притворному” процессу, “типичным” притворным и мнимым действиям пришли юридические лица, ценные бумаги на предъявителя и бланковый индоссамент. Значение фикций, фидуциарных сделок и символических действий со времен римского права, конечно, снизилось, но все эти институты продолжают существовать, а в противовес снижению их значимости выросла значимость некоторых других древних институтов, использующих видимость, например, третейского разбирательства. Кроме того, право избавилось от резкого проявления одних форм видимости в самом себе, но зато приобрело другие.

---

[206] Само собой разумеется, что к случаям проявления видимости непосредственно в самом позитивном праве этот вывод не относится: проявления видимости в самом позитивном праве не могут быть “легальной” видимостью. Скорее, это нежелательная, но неизбежная видимость.

3.68.1. Таким образом, было бы неправильно утверждать то, что на сегодняшнем этапе развития права использование им “легальной” видимости происходит менее активно, чем использование видимости римским правом. Напротив, и то и другое использование находятся примерно на равном уровне, но если в римском праве использование видимости имело более концентрированные формы, то в современном праве использование видимости более “распыленно”. Только будущее покажет, действительно ли развитие права свидетельствует о постепенном вытеснении из него видимости в пользу доминирования действительности.

3.69. Сейчас же на основании всего сказанного в двух предыдущих абзацах можно сформулировать следующий весьма любопытный закон “сохранения видимости в праве”: количество используемой позитивным правом и существующей в позитивном праве “легальной” видимости сохраняется на неизменном уровне.

3.70. Очень важно также подчеркнуть, что не только слабое использование правом “легальной” видимости говорит о его неразвитости. То же самое может означать и чрезмерно широкое ее использование. Римское право представляет из себя в этом отношении наиболее яркий пример. Соответственно, максимально идеальным является некий средний баланс между наличием и отсутствием в правовом обороте институтов с “легальной” видимостью.

3.71. На основании сказанного можно также с уверенностью утверждать, что история права указывает на то, что **правовые институты с использованием “легальной” видимости всегда являлись средством для прогресса правовой техники и, соответственно, средством прогресса общества**. В частности, можно с уверенностью утверждать, что тот или иной подъем в истории определенного общества был связан именно с допущением институтов с использованием видимости. Так было и с фикциями, и с юридическими лицами, и со многими другими институтами с использованием видимости. При этом с другой стороны можно утверждать, что прогресс невозможен при использовании в праве таких форм видимости, как обман, злоупотребление правом и противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия (“нелегальных”, “отрицательных” форм видимости). Допущение их легального использования субъектами права и самим правом свидетельствует только о правовом регрессе. Достаточно вспомнить об анонимных письмах, принимавшихся в советском праве в качестве доказательств якобы совершенного противоправного действия.

3.72. В связи со сказанным также нет никаких оснований сомневаться в том, что прогресс права по прежнему будет связан с институтами, использующими “легальную” видимость, а также с развитием таких институтов. Другое дело, что не совсем понятно, что это будут за институты, и

каким изменениям подвергнутся уже существующие. Впрочем, рассмотрение этой проблемы лежит уже вне рамок настоящей работы.

3.73. Кроме того, сделанный выше в пункте 3.71 вывод, верный по отношению к макроуровню, точно также верен и применительно к микроуровню. Иными словами, есть все основания с уверенностью заявлять о том, что любая конкретная сложная правовая задача, требующая неординарного решения, может быть решена именно путем обращения к правовым институтам с использованием "легальной" видимости. Такие правовые институты как фикции, презумпции, юридические лица, фидуциарные сделки, абстрактные сделки, третейские суды, представительство, перемена лиц в обязательстве, ценные бумаги на предъявителя, бланковый индоссамент, символические действия, приобретательная давность, добросовестное приобретение, традиция, аналогия закона и аналогия права, исковая давность, можно назвать **своего рода важнейшими деталями правового конструктора, при помощи которых очень часто может быть изящно решена любая конкретная нетрадиционная правовая проблема**. Опыт автора, проистекающий из практической работы юриста, и неоднократное применение им только что сказанного на практике только укрепили его в этом мнении.

3.73.1. В частности, в связи со сказанным становится понятным, почему, например, такой большой успех постиг юридическую конструкцию, придуманную юрисконсультом компании *Standart Oil* Доддом (*Dodd*) в 1882 г. для организации трестов и почему он называется *"изобретателем новой формы организации монополий, получившей в самое непродолжительное время широчайшую известность и давшей имя всем видам капиталистических монополий"*[207]. На самом деле все очень просто: в его конструкции фигурировали такие институты с использованием "легальной" видимости как юридическое лицо и доверительная собственность (являющаяся по сути дела во многом фидуциарной сделкой).

Число подобных примеров можно только умножать.

3.74. Однако прогресс права связан не только с использованием институтов, в которых присутствует "легальная" видимость, но он связан также и с борьбой против использования видимости правомерности, и, что еще более существенно, - с борьбой против проявлений видимости непосредственно в самом праве (в виде: 1) "пробелов" закона как в форме полного отсутствия регулирования, так и в форме нечеткого регулирования; 2) отсутствия механизма реализации имеющегося подробного регулирования; 3) наличия регулирования, неадекватного имеющимся реалиям, в частности, излишне формализованного или устаревшего; 4) повышения неопределенности правового регулирования).

3.74.1. При этом с точки зрения компаративистики несложно заметить, что в континентальной семье права первые три из отмеченных типов видимости

---

[207] *Нарышкина Р.Л.* Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США. - М., 1965, с. 33.

присутствуют в большей степени, чем в англо-американской. В то же время в англо-американской семье по сравнению с континентальной в большей степени всегда присутствовал и присутствует четвертый из отмеченных типов видимости в праве. Что же касается второго типа такой видимости, то от него англо-американская система права на протяжении всей своей истории страдала в наименьшей степени. Третий же тип видимости был успешно преодолен английским правом посредством создания права справедливости. Бесспорно и то, что в англо-американской семье права в большой мере присутствует первый из отмеченных типов видимости. Однако средства борьбы с ним в ней более мобильны и эффективны, чем в континентальном праве: принципы прецедента и казуистического нормативного регулирования с допущением большого судейского усмотрения с точки зрения противодействия такому первому типу видимости являются более предпочтительными по сравнению с регулированием абстрактными правовыми нормами.

3.74.2. В целом же можно сделать вывод, что видимость непосредственно в самом праве присутствует в достаточно большой степени как в континентальной системе права, так и в англо-американской системе права. Однако при этом в последней ее содержание все-таки несколько меньше. Это обстоятельство может служить одним из объяснений эффективности функционирования последней, ее рецепции во многих странах мира и, наконец, того, почему на сегодняшний день американское право занимает по некоторым правовым позициям лидирующее положение по сравнению с другими национальными системами права.

3.74.3. Кроме того, сказанное также позволяет по новому взглянуть на процесс повышения значения нормативного регулирования в англо-американском праве (при отсутствии ограничения прав судов) и на процесс повышения роли судов в континентальном праве. Каждый из таких процессов преследует цель противодействия видимости непосредственно в самом праве. Представляется, что эти процессы глубоко детерминированы именно лежащим в основе права процессом борьбы между видимостью и действительностью. Сказанное верно также и по отношению к такому уже давно отмечающемуся процессу, активно идущему в западном праве, как процесс ослабления роли закона и усиление значения делегированного законодательства[208]. Он также является мобильным средством борьбы против таких типов видимости в самом праве, как “пробелы” закона и наличие регулирования, неадекватного имеющимся реалиям, в частности, излишне формализованного или устаревшего;

3.74.4. В связи со всем сказанным можно констатировать, что дальнейший прогресс права лежит, без сомнения, на пути взаимообогащения правовых систем

[208] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.). и др. - М., 1993, с. 29.

через общение друг с другом и на пути переплетения лежащих в их основе принципов.

3.75. В отношении видимости непосредственно в самом позитивном праве можно также отметить следующий нюанс: все типы такой видимости в их совокупности особо проявляются в периоды реформ правовой системы. Можно утверждать, что степень интенсивности всех этих типов прямо пропорциональна степени кардинальности изменений правовой системы. Соответственно, в периоды реформ неизбежным является интенсификация использования видимости правомерности субъектами права. При этом не подлежит сомнению, что такая интенсификация является процессом глубоко детерминированным и во многом обусловливается именно кумуляцией в правовой системе одновременно всех типов видимости, присущих позитивному регулированию. Ситуация в современном российском праве подтверждает это с достаточно убедительной наглядностью. Отсюда можно сделать вывод о необходимости крайне осторожного подхода к реформированию правовой системы и уж по меньшей мере необходимости удвоения усилий законодателя и правоприменителей в период реформ. Очевидно, что этот нюанс осознается ими в полной мере не всегда.

3.76. И, наконец, самое главное. Все сказанное выше в отношении взаимосвязи видимости правомерности и правомерности видимости никоим образом не может означать их отождествления: *“Ab abusus ad usum non valet consequentia”*. Возможность слияния видимости правомерности с правомерностью видимости благодаря гомогенности их природы никак не может мешать различению и выделению как того, так и другого в любом правоотношении. Недопустимость правоотношения может констатироваться только при наличии в нем видимости правомерности, но никак не правомерной видимости. И тем более только в случае наличия в правоотношении видимости правомерности к нему может быть применена характеристика “обход закона”.

Правомерность же видимости может превратиться в видимость правомерности только в случае использования первой неправомерной действительностью. Иными словами, только при наличии в действиях субъекта права обмана, злоупотребления правом или противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий использование любой формы “легальной” видимости превращается в видимость правомерности. Но во всех этих случаях видимость правомерности и правомерность видимости могут быть без труда разведены.

3.77. Тем не менее, именно благодаря наличию во многих правовых явлениях и институтах видимости, пусть даже и “легальной”, они совершенно несправедливо и неправильно подвергаются квалификации как “обход закона”. Между тем один из важнейших выводов, который позволяет сделать предпринятый в настоящем разделе анализ, состоит в том, что характеристика “обхода закона” как использования **просто видимости** не может быть исчерпывающей и окончательной. Все случаи

использования “легальной” видимости свидетельствуют о том, что она не отождествляема с “нелегальной” видимостью, и, следовательно, “обходом закона” может являться исключительно использование второй, а не первой. Если считать иначе, то будут потеряны все ориентиры, многие легальные правовые институты и явления с использованием “легальной” видимости незаслуженно приобретут наименование “обход закона”, сам “обход закона” превратится в важный институт правового оборота, а все само позитивное право предстанет в неожиданном и в непривлекательном виде “обхода закона”.

Исследованию некоторых аспектов правовой специфики “обхода закона” именно как феномена использования “**нелегальной” видимости** и будет посвящен следующий раздел.

РАЗДЕЛ IV. СОДЕРЖАНИЕ, СТРУКТУРА И МЕХАНИЗМ ДЕЙСТВИЯ ФЕНОМЕНА “ОБХОДА ЗАКОНА”. ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ФЕНОМЕНУ “ОБХОДА ЗАКОНА”

Ввиду того, что объем и цели настоящей работы не позволяют исчерпывающим образом осветить все связанные с феноменом “обхода закона” аспекты, в настоящем разделе будут кратко и схематично обозначены лишь самые принципиальные из них. Сначала будут рассмотрены содержание, формы и структура феномена “обхода закона” (*параграф 1*). Затем будет проанализирован механизм действия этого феномена (*параграф 2*). После этого будет указано на способы противодействия “обходу закона” (*параграф 3*).

Параграф 1. Содержание, формы и структура феномена “обхода закона”

Пункт 1. Содержание феномена “обхода закона”

4.1. Выше мы уже обозначали феномен “обхода закона” как **“использование видимости правомерности с целью сокрытия неправомерной действительности”**. В этом определении, несмотря на то, что выше в его отношении уже приводились некоторые замечания, каждое слово продолжает в целом оставаться неясным и требует дополнительных объяснений. Однако критиковать по этой причине такое определение по меньшей мере несправедливо: размытость определения есть не более чем отражение размытости явления, им обозначаемого.

4.2. Таким образом, следует признать, что несмотря на весь прогресс юридической техники, за более чем две тысячи лет право так и не сумело дать четкое и однозначное определение понятия “обход закона”. Все приемы рационализации в праве, по меньшей мере применительно к понятию “обход закона”, так и не достигли провозглашаемых ими целей, и вряд ли стоит питать больший оптимизм в этом плане на будущее. Впрочем, такое положение вещей опять-таки задано объективно не чем иным, как самим предметом приложения

права, а именно социальными отношениями. И подобная ситуация с понятием “обход закона” является лишь одной из иллюстраций достаточно простой истины: после первого впечатления о четкости и законченности права приходит понимание того, что на самом деле это только область неясного и догадок.

4.3. Все-таки далеко не случайно, что история понятия “обход закона”, несмотря на всю его уже давно выясненную бесполезность, продолжается: оно есть не что иное, как вечный правовой символ, очень рельефно отображающий самую, пожалуй, существенную черту права – его полнейшую неопределенность. В связи с этим можно высказать еще и предположение о том, что существование в праве понятия “обход закона” является не более чем выражением бессилия перед неопределенностью и непонятностью как права, так и предмета его приложения: напряжение, создаваемое невозможностью рационализации, находит выход при помощи этого неопределенного, иррационального термина.

4.4. Но, несмотря на все это, попробуем хотя бы приблизительно объяснить содержание феномена “обхода закона”. Для этого следует еще раз обратиться к понятиям, использовавшимся для обозначения этого феномена: **“правомерность”**, **“неправомерный результат”, “использование видимости правомерности”**.

4.5. Под **“правомерностью”** в целях характеристики феномена “обхода закона” необходимо понимать:

1) соответствие действий субъекта требованиям закона. При этом понятие “закон” следует понимать в самом широком смысле;

2) соответствие действий субъекта основам правопорядка и нравственности, защищаемых данным обществом при помощи правовых средств;

3) отсутствие ущемления прав других лиц в результате осуществления субъектом его прав, признаваемых законом и соответствующих основам правопорядка и нравственности.

4.6. Соответственно, под **“неправомерной действительностью”, “неправомерным результатом” (или под “неправомерностью”)** в целях характеристики феномена “обхода закона” необходимо понимать:

1) несоответствие действий субъекта требованиям закона;

2) несоответствие действий субъекта основам правопорядка и нравственности, защищаемых данным обществом при помощи правовых средств, при том, что такие действия формально с точки зрения закона являются допустимыми. Вряд ли стоит специально указывать на то, что в рамках каждой национальной системы права существуют свои собственные критерии соблюдения основ правопорядка и нравственности, и что с течением времени они могут меняться;

3) наличие ущемления прав других лиц в результате осуществления субъектом его прав, признаваемых законом и соответствующих основам правопорядка и нравственности, но реализуемых именно и исключительно с целью ущемить такие права этих лиц. Следует отметить, что ситуация, при которой действия, реализуемые

именно и исключительно с целью ущемить права других лиц, являются еще и соответствующими основам правопорядка и нравственности, возможна в достаточно редких случаях. Несравненно чаще имеют место ситуации, в которых наличие ущемления прав других лиц в результате осуществления субъектом его прав, признаваемых законом (но реализуемых именно и исключительно с целью ущемить такие права этих лиц), соседствует с нарушением основ правопорядка и нравственности.

4.7. Соответственно, под **“использованием видимости правомерности”** в целях характеристики феномена “обхода закона” необходимо понимать любые способы, при помощи которых субъект пытается представить свои действия, направленные на достижение неправомерного результата (или уже достигшие такого неправомерного результата), как правомерные, пытается придать им вид законных, хотя при всем при этом они продолжают быть направленными на достижение неправомерного результата (или уже достигшими такого неправомерного результата). Можно выделить несколько типов использования видимости правомерности в зависимости от используемого для такого выделения критерия.

4.7.1. Во-первых, прибегая к критерию указания объекта, к которому прилагается использование видимости правомерности, можно указать на: **1)** использование видимости правомерности применительно к субъектам правоотношения (например, выдвижение утверждения о том, что определенный субъект обладает каким-либо правом, хотя такового у него в действительности не имеется), и **2)** использование видимости правомерности применительно к конкретному предмету правоотношения (например, выдвижение утверждения о том, что определенная вещь обладает некими полезными функциональными характеристиками, хотя таковых у нее в действительности не имеется), а также **3)** использование видимости правомерности применительно к сути правоотношения (например, выдвижение утверждения о том, что заключаемый договор является договором дарения, хотя в действительности он является договором купли-продажи).

4.7.2. Во-вторых, прибегая к критерию указания субъекта, к которому прилагается использование видимости правомерности, можно указать на: **1)** использование видимости правомерности одним субъектом правоотношения применительно к другому субъекту правоотношения, и **2)** использование видимости правомерности всеми субъектами правоотношения применительно к другим конкретным субъектам, в правоотношении не участвующим, а также **3)** использование видимости правомерности субъектом (или всеми субъектами правоотношения) применительно к неограниченному кругу субъектов, то есть применительно к обществу в целом.

4.7.3. И, наконец, в третьих, прибегая к критерию указания форм, при помощи которых реализуется использование видимости правомерности, можно указать на: **1)**

использование обмана (включая притворные и мнимые сделки), и **2)** осуществление злоупотребления правом, а также **3)** совершение противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий.

4.8. Перейдем теперь к более детальному рассмотрению всех таких форм, при помощи которых реализуется использование видимости правомерности. Принимая во внимание объем и цели настоящей работы, ниже будут указываться лишь самые существенные наблюдения автора по поводу таких форм[209].

Пункт 2. Формы феномена "обхода закона"

4.9. Первой формой, которую может принимать феномен "обхода закона", является обман. Вообще говоря, это правовое явление является настолько интересным и фундаментальным, что оно привлекает к себе и философов права, также рассматривающих его как одно из проявлений видимости в праве[210].

4.10. Для целей настоящей работы понятие "обман" следует понимать в максимально широком смысле: как любое сознательное создание у кого-либо искаженного представления о действительности. Поэтому обман неизбежно будет охватывать притворные и мнимые сделки (*supra* пункт 1.30.1)[211].

4.11. Укажем еще на некоторые примеры, иллюстрирующие подобное широкое понимание обмана. Так, обманом надлежит считать: публикацию книги с вводящим в заблуждение заголовком[212]; присвоение денежных средств, сокрытие документов,

---

[209] Интересные мысли по поводу некоторых из таких форм высказываются в превосходной работе И.А. Покровского "Основные проблемы гражданского права" (М., 1917), которая была переиздана в России в 1998.

[210] *"Право, которое в качестве* особенного *и, следовательно, многообразного получает в противоположность своей* в себе *сущей всеобщности и простоте форму* **видимости**, *есть такая видимость частью в себе или непосредственно, частью полагается* как **видимость** посредством субъекта, *частью* вообще как ничтожное; *это* непреднамеренное *или* гражданское **неправо**, **обман** *и* преступление.

Прибавление. ***Неправо есть, следовательно, видимость сущности, полагающая себя как самостоятельную***. *Если видимость есть только в себе, а не также и для себя, т. е. если неправо представляется мне правом, то это неправо непреднамеренно. Здесь* ***видимость для права****, но не для меня. Второй вид неправа - обман.* ***Здесь неправо не есть видимость для права в себе, но проявляется в том, что я представляю другому видимость как право***. ***Когда я обманываю, право есть для меня видимость***. *В первом случае неправо было видимостью для права; во втором - для меня самого, в ком воплощено неправо, право есть лишь видимость. И наконец, третий вид неправа есть преступление.* ***Оно есть неправо в себе и для меня: здесь я хочу неправа и не прибегаю даже к видимости права***. *Тот, по отношению к которому совершается преступление, и не должен рассматривать в себе и для себя сущее неправо как право. Различие между преступлением и обманом состоит в том, что в обмане в форме его совершения еще заключено признание права, чего уже нет в преступлении.*

... На этой второй ступени неправа относятся с уважением к особенной воле, но не к всеобщему праву. При обмане особенная воля не нарушается, так как обманутого заставляют верить, что с ним поступают соответственно праву. ***Следовательно, требуемое право положено как субъективное и только кажущееся, что и составляет обман****"* (выделение жирным шрифтом мое. – М.А.) (*Г.В.Ф. Гегель* Философия права. - с. 138-140).

[211] Далее к притворным и мнимым сделкам мы обращаться не будем. Интересующихся ими можно отослать к уже упоминавшимся работам Мейера Д. ("О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях") и Растеряева Н. ("Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная").

[212] Именно так квалифицируется такая публикация в "Jowitt's Dictionary of English law" (p. 828).

фальсификацию бухгалтерской отчетности[213]; внесение не соответствующей действительности информации в публичный документ[214].

4.12. Интересен и следующий случай обмана, представляющий собой пример "паразитарного прикрепления" (одной из форм недобросовестной конкуренции): *"Когда одно лицо открывает торговое предприятие и ведет его под определенной фирмой, имеет место "обман", если другой коммерсант использует ту же самую фирму или ее же, но с небольшими вариациями, таким образом, чтобы склонить других лиц иметь дело с ним, и так, что они считали бы что они имеют дело с лицом, впервые использовавшим такую фирму"*[215]. Любопытно заметить, что в одном отечественном источнике точно такая же ситуация была квалифицирована как злоупотребление правом[216], что еще раз указывает на родство и взаимозаменяемость последнего с обманом.

4.13. К обману в самом широком смысле этого термина следует также отнести сознательное приписывание себе субъектом права полномочий на статус или на совершение действий, на которые оно в действительности не имеет права[217].

К обману в самом широком смысле этого термина также следует отнести действия *per interpositam personam*, то есть совершение субъектом права чего-либо не лично, а при помощи другого лица как опосредующего звена, однако только в своих интересах и при полном контроле над таким опосредующим лицом. Последнее в таком случае является не более чем ширмой. В связи с этими двумя случаями нельзя не вспомнить, что еще Аккурсий выделял следующие способы, которыми может совершаться *fraus legi*: *de uno contractu ad eundem contractum* (лицо, которое не может вступать в обязательственное отношение, принимает на себя уже возникшее обязательство); *de persona ad personam* (лицо, которому запрещено совершение какого-либо действия, поручает его совершение другому лицу) (*supra* пункт 1.40).

4.14. Однако при всем при этом следует учитывать, что наличие обмана может быть констатировано только тогда, когда сознательное создание у кого-либо искаженного представления о действительности является нарушающим закон. В том же случае, когда такого нарушения нет, или когда закон сам разрешает использовать

---

[213] Ibid., p. 829.

[214] Ibid., p. 828.

[215] Wheat City Tannery Ltd. v. Abramson [1921] 1 W.W.R. 216 (The Encyclopedia of words and phrases. Legal maxims. Canada. 1825-1940). - Toronto, 1941, vol. II, p. 559.

[216] *"Лицо, вступающее в торговое товарищество и разрешающее включить в фирму этого товарищества свою фамилию, совпадающую с фамилией купца, уже приобретшего известный "авторитет в деловых кругах", является злоупотреблением"* (Гражданское и торговое право капиталистических стран. - М., 1949, с. 436).

[217] Можно отметить, что и статья 1529 IX тома Свода Законов Российской Империи устанавливала: *"Договор недействителен и обязательство ничтожно…. когда договор клонится к: … 2) подложному переукреплению имения во избежание платежа долгов…; 4)* ***к присвоению частному лицу такого права, которого он по состоянию своему иметь не может"*** (выделение мое. – М.А.). Привед. по: *Растеряев Н.* Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная. - с. 96-97.

создание такого искаженного представления о действительности, обман отсутствует. Например, не всякие действия *per interpositam personam* являются обманом: к нему нельзя отнести договорное представительство или институт юридических лиц с единственным участником в тех случаях, когда они законом допускаются.

4.15. Наконец, следует отметить еще один крайне интересный вид обмана, к которому мы еще обратимся позднее: сознательное неправильное, ложное толкование правовой нормы с целью обеспечить ее применение или избежать ее применения. Данный вид обмана был подмечен еще в римском праве. Так, в *Constitutio Theodosiana et Valentiniana* Кодекса Юстиниана указывается: *"Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat"*[218] (*l 5 C de leg. I 14*) (*"Без сомнения нарушает закон тот, кто, истолковывая слова закона, устремляется против воли закона: не избежит налагаемого наказания тот, кто, нарушая дух закона, обманным образом ссылается на неумелое соблюдение его буквы"*).

4.15.1. Поскольку сознательное неправильное толкование правовой нормы является не чем иным, как обманом, а обман, в свою очередь, выступает одной из форм "обхода закона", то становится вполне понятным истинный смысл следующего уже приводившегося высказывания: *"Не превратится ли "ученое" искусство толковать волю закона и создавать таковую ради практических надобностей и интересов в практическое искусство… попирать и обходить законы и право сообразно тем разнообразным "видам", "целям" и "интересам", в которых они в конкретных случаях действительно заинтересованы?"*[219]. Отметим, что обман в такой форме может использоваться не только субъектами права в отношении объективного права. К нему может прибегать и само объективное право, когда, например, закон пытается квалифицировать как имеющие обратную силу налоговые и уголовные нормы, отягчающие ответственность.

4.15.2. Указание на сознательное неправильное толкование правовой нормы как одну из форм обмана помогает понять смысл юридической максимы *"Fraus latet in generalibus"* (*"Обман кроется в общих выражениях"*). В самом деле: чем более общей является правовая норма, тем легче субъектам права исказить ее смысл и придать ей ложное толкование. Но, с другой стороны, чем более общей является правовая норма, тем легче правоприменителю истолковать ее в ложном смысле против субъектов права.

4.16. Второй формой, которую может принимать феномен "обхода закона", является злоупотребление правом. Вряд ли стоить подробно говорить о том, насколько это сложная и крайне неопределенная категория, сколько споров она

---

[218] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209.

[219] *Петражицкий Л.* Модные лозунги юриспруденции. – В кн.: Право добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. - с. 381.

вызывала и продолжает вызывать, и каким нелегким было ее утверждение в праве. Не имея возможности анализировать данное явление подробно, укажем лишь на некоторые важные моменты.

4.16.1. Во-первых, существует очень тесная связь между понятием "злоупотребление правом" и понятием "обман": об этом свидетельствует, в частности, и частая квалификация превышения полномочий как злоупотребления правом (в этом случае превышение полномочий осуществляется *sub colore officii*, то есть под прикрытием уже имеющегося статуса, что роднит превышение полномочий с притворными действиями), и максима *"Est autem vis legem simulans"* (*"Насилие также может надевать маску права"*). Но точно также существует тесная связь между понятием "злоупотребление правом" и понятием "противоречие основам правопорядка и нравственности". Понятие "злоупотребление правом" можно назвать инструментом защиты морали при помощи правовых средств.

4.16.2. Во-вторых, представляется, что в понятии "злоупотребление правом" (которое иногда понимается как нарушение управомоченным лицом пределов осуществления субъективных прав в форме реализации субъективного права *"в противоречии с его социальным назначением"*[220]) термин "субъективное право" как его составляющая часть должен пониматься достаточно широко: им должна охватываться не только реализация какого-либо конкретного субъективного права, но и реализация права на отказ от такого субъективного права (например, реализация права на отказ от иска[221]), а также реализация права на отказ от выполнения какой-либо обязанности (например, реализация права на отказ от оказания помощи раненому). Но в то же время подобное расширительное толкование понятия "субъективное право" должно сопровождаться определенными ограничителями, не позволяющими необоснованно широко толковать само понятие "злоупотребление правом".

4.16.3. Поэтому представляется, в-третьих, что любое злоупотребление правом всегда предполагает не одну исключительную форму реализации такого права, а по меньшей мере две, возможность выбора той или иной формы реализации такого права, одна из которых и будет представлять собой злоупотребление, в то время как другая не будет. Это является достаточно важным ограничителем: квалифицировать реализацию права как злоупотребление правом нельзя, если у правообладателя существовал только один способ такой реализации, и он им воспользовался за неимением других (или если другие имелись, но их использование влекло для такого субъекта какие-либо существенные неудобства).

---

[220] *Гражданское* право / Е.А. Суханов (отв. ред.) и др. - М., 1993, т. 1, с. 158-159.

[221] Подобная форма злоупотребления правом была подмечена еще в Древнем Риме: *"**CALUMNIARI** - est falsa crimina intendere, **praevaricari**, vera crimina abscondere, **tergiversari** in universum ab accusatione desistere" (три вида злоупотребления истцов правом: выдвигать ложные обвинения, утаивать действительно совершенные преступления, вообще отказываться от иска) (Marci. D. 48, 16, 1, 1)"* (*Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 384).

4.17. Наконец, как и в случае с понятием “обман”, максима *“Fraus latet in generalibus”* (*“Обман кроется в общих выражениях”*) также применима в двух смыслах и к злоупотреблению правом. Так, пользуясь неопределенностью категории “злоупотребление правом”, субъекты права получают возможность утверждать, что их действие злоупотреблением правом не является и потому должно считаться действительным. Но в совершенно противоположном направлении могут рассуждать правоприменительные органы: неопределенность категории “злоупотребление правом” позволяет им признавать недействительным действие, даже если в действительности оно злоупотреблением правом не является. Очевидно, что данное обстоятельство является той причиной, по которой понятие “злоупотребление правом” часто рассматривается как опасное для стабильности правового оборота[222].

4.18. Третьей формой, которую может принимать феномен “обхода закона”, являются противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия (например, заключение договора аренды имущества, самого по себе допустимого, но для, например, аморальных целей: совершения преступления и т. д.).

Объем и цели настоящей работы не позволяют автору, как бы это ему ни хотелось, подробно рассматривать вопрос о том, что есть противоречие основам правопорядка и нравственности. Отметим в этой связи лишь несколько моментов (с учетом того, что выше уже указывалось на тесную связь между собой всех понятий, обозначающих использование видимости правомерности).

4.18.1. Во-первых, как и в случае с понятием “злоупотребление правом”, это понятие является очень сложным и крайне неопределенным[223].

Во-вторых, как и в случае с понятием “злоупотребление правом”, оно вызывало и продолжает вызывать немало споров, а его утверждение в праве было не совсем легким[224].

В-третьих, в дополнение к неопределенности это понятие обладает достаточно большой изменчивостью[225]. Эта черта в нем выражена в гораздо большей степени, чем в понятии “злоупотребление правом”.

В-четвертых, как и в случае с понятием “злоупотребление правом”, максима *“Fraus latet in generalibus”* также применима в двух смыслах и к противоречащим основам правопорядка и нравственности формально допустимым действиям. Так, пользуясь неопределенностью категории “основы правопорядка и нравственности”, субъекты права получают возможность утверждать, что их действие основам

---

[222] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. - М., 1998, с. 106-119.

[223] Там же, с. 253-262.

[224] Там же. См. также: *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. - М., 1998, с. 149-151.

[225] *“Нередко договоры, которые только вчера считались противоправными, сегодня рассматриваются как действительные”* (*Цвайгерт К.*, *Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. - т. 2, с. 81). Далее в этой работе приводятся конкретные примеры такой изменчивости.

правопорядка и нравственности не противоречит и потому должно считаться действительным. Точно так же, но в совершенно противоположном направлении могут рассуждать и правоприменительные органы: неопределенность категории “основы правопорядка и нравственности” позволяет им признавать недействительными действия, даже если в действительности их противоречие таким основам отсутствует. Именно последнее обстоятельство и является той причиной, по которой категория “основы правопорядка и нравственности” ранее подвергалась критике[226].

Пункт 3. Структура феномена “обхода закона”

4.19. Выше уже упоминалось о структуре феномена “обхода закона”. Напомним, что во внутренней структуре и обмана, и злоупотребления правом, и противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий были обнаружены общие элементы, которые обусловливают связь всех этих трех явлений между собой и их частую взаимозаменяемость. Этими элементами являются вина и наличие неблагоприятных последствий (*supra* пункты 2.24 - 2.25). Соответственно, они же составляют структуру феномена “обхода закона”.

4.19.1. Можно также еще раз упомянуть о том, что структура злоупотребления правом и структура противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий во многом напоминает структуру притворных действий (*supra* пункт 2.26.2).

Скажем еще несколько слов о таких двух структурных элементах феномена “обхода закона”, как вина и наличие неблагоприятных последствий.

4.20. Итак, и обман, и злоупотребление правом, и противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия в результате своего осуществления с необходимостью и неизбежностью влекут неблагоприятные последствия в отношении других субъектов права. Не будем входить в детальное рассмотрение вопроса о том, что следует понимать под понятием “неблагоприятные последствия”: будем исходить из того, что под ними должен пониматься некий эффект, воспринимаемый объективным правом самостоятельно, а иногда и с учетом субъективных представлений, как негативный исходя из определенной аксиологической шкалы (в частности, любое нарушение закона должно будет рассматриваться как такой негативный эффект). Данные неблагоприятные последствия могут принимать различную форму, но тем не менее сам факт их наступления в результате осуществления рассматриваемых явлений не вызывает никаких сомнений.

4.21. Интересно то, что на это указывает даже и этимология понятия “обход”. Одно из значений слов *“fraus”* в латинском языке: “ущерб”, “убыток”, “вред”[227].

---

[226] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. - с. 253-262.
[227] *Латинско*-русский словарь Дворецкого И.Х. - с. 439.

Также и одним из значений слова *“circumvenire”* в латинском языке является “причинять ущерб”[228]. Можно встретить указание на возможную этимологическую связь между корнями слов со значением “обман” и понятием “ущерб” и в некоторых других языках, отличных от латинского[229]. Прослеживается такая связь и в русском языке[230].

4.22. Однако применительно к конечному кругу тех лиц, которые претерпевают такие неблагоприятные последствия, между двумя первыми формами феномена “обхода закона” и третьей формой имеется различие. Представляется, что и в отношении обмана, и в отношении злоупотребления правом следует исходить из того, что и тот, и другое возможны лишь в отношении других конкретных субъектов права, и что вне сферы интересов и прав последних ни обман, ни злоупотребление правом невозможны. Данное обстоятельство является достаточно важным ограничителем на пути необоснованного применения в праве понятий “обман” и “злоупотребление правом”: если отсутствует конкретный субъект, который утверждает, что у него было создано искаженное представление о действительности (или если он заранее согласился с созданием у него такого искаженного представления), то утверждать о наличии обмана невозможно. Равным образом, если отсутствует конкретный субъект, правомочия которого реализацией субъективного права ущемлены (или если он отказывается согласиться с тем, что его правомочия ущемлены), то утверждать о наличии злоупотребления правом невозможно.

4.22.1. Из сказанного следует, что субъект права не может совершить обман в отношении объективного права как такового или в отношении неограниченного круга субъектов права, то есть общества в целом (но может совершить его в отношении какого-то конкретного лица, выступающего представителем объективного права или общества в целом). Равным образом он просто объективно не может злоупотребить своим субъективным правом в отношении объективного права как такового, которое само наделило этого субъекта таким субъективным правом, равно как и не может злоупотребить своим субъективным правом в отношении неограниченного круга субъектов права, то есть общества в целом (но он может совершить злоупотребление правом в отношении какого-то конкретного лица, выступающего олицетворением объективного права или же в отношении общества в целом).

4.23. В то же время ситуация с противоречием основам правопорядка и нравственности несколько иная. Последнее отличается от обмана и злоупотребления

---

[228] Там же, с. 189.

[229] *Фасмер М.* Этимологический словарь русского языка. – СПб., 1996, т. II, с. 569.

[230] Например, слово “выманить”, однокоренное со словом “обман” (которое в свою очередь по смысловому значению близко понятию “обход” (*supra* сноска 145)), имеет в том числе значение “причинить ущерб”. Наконец, понятие “неправда” в русском языке также может обозначать причинение вреда (*Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка, т. 2, с. 529. См. там же на с. 583 слово “обида”).

правом в том плане, что оно может существовать безотносительно к сфере интересов и прав конкретных субъектов. Соответственно, возможны ситуации, при которых не будет иметься конкретных субъектов права, заявляющих о том, что их интересы и права затронуты, но тем не менее действие может быть квалифицировано как противоречащее основам правопорядка и нравственности. Более того, даже если в условиях действительно имеющего место нарушения основ правопорядка и нравственности таким нарушением будет затронута сфера прав и интересов конкретного субъекта права, но такой субъект будет утверждать, что никакого ущемления его прав и интересов не произошло, тем не менее такое нарушение должно быть констатировано. Иными словами, действие субъекта права может быть признано нарушающим основы правопорядка и нравственности применительно к неограниченному кругу субъектов права, то есть применительно к обществу в целом и применительно к самому объективному праву.

4.24. Соответственно, между правовыми институтами обмана, злоупотребления правом и противоречия основам правопорядка и нравственности существует разделение труда, что вполне разумно: первые два предназначены для защиты конкретных субъектов права и их субъективных прав, а третье - для защиты общества в целом и объективного права.

При этом понятие “противоречие основам правопорядка и нравственности” может использоваться не только для защиты общества, но и для подавления конкретного субъекта права: его субъективные представления об основах правопорядка и нравственности могут быть принесены в жертву коллективным представлениям о том же. Очевидно, что такое положение вещей не может приводить к образованию у некоторых субъектов права и их групп представлений о том, что законы на самом деле являются только средством “обхода” их прав и интересов.

4.24.1. Еще раз особо подчеркнем, что неблагоприятные последствия являются неотъемлемым элементом самого феномена “обхода закона” и всех трех его форм. Соответственно, если такие неблагоприятные последствия отсутствуют, то невозможно констатировать наличие ни обмана[231], ни злоупотребления правом, ни противоречия основам правопорядка и нравственности. Иными словами, в отсутствие таких неблагоприятных последствий говорить об “обходе закона” не приходится[232].

4.25. Вторым элементом, который присутствует и в обмане, и в злоупотреблении правом, и в противоречащих основам правопорядка и

---

[231] Например, создание у лица искаженного представления не будет являться обманом, если такое создание действительно преследует благую для данного лица цель, и если оно не запрещается законом или если оно защищается им.

[232] В этом случае можно скорее говорить об антиподе “обхода закона” (*supra* пункты 3.40 - 3.44).

нравственности формально допустимых действиях, иными словами в “обходе закона”, является вина субъекта.

При анализе понятия “обход закона” сразу же бросается в глаза субъективная его нагрузка, предполагающая определенную целенаправленность и целеустремленность. Представляется, что к предметам неживой природы понятие “обход” просто неприменимо. Именно поэтому можно утверждать, что “обход закона” как таковой невозможен без целенаправленных действий, то есть он предполагает наличие вины лица, “обходящего” закон, причем в форме умысла “обойти” закон.

4.25.1. Следует отметить, что по вопросу о наличии в “обходе закона” такого элемента, как вина, в теории права разгорались нешуточные споры. Среди сторонников взгляда, согласно которому “обход закона” является правовым институтом *sui generis*, преобладало мнение, что вина таким элементом не является. Понять такой их подход достаточно легко: он делал квалификацию юридического действия как “обхода закона” очень легкой, в то время как необходимость отыскания вины этому серьезно препятствовала. В то же время сторонникам такой точки зрения более чем убедительно возражали те, кто считал, что объявлять какое-либо действие “обходом закона” можно только после того, как будет установлена вина совершившего его субъекта права, намерение последнего “обойти” закон.

Цели и объем настоящей работы не позволяют подробно остановиться на обосновании последней позиции, но тем не менее непредубежденный анализ показывает, что обман, злоупотребление правом и противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия являются сами собой только при наличии в действиях их субъекта **вины** (причем только в форме умысла)[233]. По меньшей мере вина должна присутствовать хотя бы у одного участника действия, в котором присутствует одна из форм феномена “обхода закона”[234].

---

[233] На неизбежность наличия вины указывает сам смысл любого из этих трех понятий. Так, то, что обман не может быть сам собой без умысла, – более чем очевидно. То же самое можно сказать и о притворных, и о мнимых действиях. Они предполагают наличие вины в форме умысла, выражающегося в желании, как говорится в статье 170 ГК РФ, “*прикрыть другую сделку*” либо, соответственно, в отсутствии намерения, как говорится в той же статье, “*создать… юридические последствия*”.

Что касается злоупотребления правом, то можно ли предположить ситуацию, в которой лицо злоупотребляет правом без какой-либо вины со своей стороны? Представляется, что нет: в понятии “злоупотребление” незримо присутствует понятие “вина”.

Наконец, об умысле прямо говорит и статья 169 ГК РФ “Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка или нравственности”.

[234] В частности, можно заметить, что именно из этого исходит статья 169 ГК РФ “Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка или нравственности”, говоря об умысле хотя бы одной из сторон сделки. Между тем, если бы законодатель не исходил из принципа вины, ему бы пришлось признать, что существуют сделки, которые совершены с целью, противной основам правопорядка или нравственности, но при этом совершены без умысла. Однако он этого по вполне очевидным причинам не сделал.

4.25.2. В отечественном праве также нередко указывалось на необходимость обнаружения в “обходе закона” такого элемента, как вина. Так, И.Б. Новицкий писал: “*Что касается сделок в обход закона…, то по самому смыслу этих категорий сделок они не могут иметь места при отсутствии субъективного момента*”[235]. Признавалось это и в отечественной судебной практике применительно к статье 30 ГК РСФСР 1922 г. Так, Гражданская Кассационная Коллегия Верховного Суда РСФСР указывала: “*для применения ст. 30 суду необходимо установить, что сделка была совершена с целью, противной закону или в обход закона, причем что стороны знали об этом и сознательно допустили противозаконность или обход закона, т. е. выявили злую волю*”[236]; “*… для применения ст. 30 требуется сознательность, злостность сторон при совершении сделки”*[237].

Итак, если в действии субъекта права вина отсутствует, то оно может быть чем угодно, но только не обманом, не злоупотреблением правом и не может противоречить основам правопорядка и нравственности.

4.26. Из сказанного вытекает следующий вывод: для того, чтобы квалифицировать любое из действий субъекта права как действие в “обход закона”, необходимо доказать наличие вины этого лица в форме умысла “обойти” закон: *“Fraus est odiosa et non praesumenda”* (*“Обман гнусен и не презюмируется”*). Между тем доказать подобное наличие вины не всегда легко. Правда, в отношении обмана эта задача облегчается тем, что для его констатации в большинстве случаев достаточно просто установления факта несоответствия активных действий одного лица, направленных на создание у другого лица искаженного представления, действительному положению вещей.

4.27. Вышесказанное также помогает понять, почему понятие “обход закона” не находит широкого распространения в праве. Все дело в том, что в нем нет никакой необходимости. Мало того, что оно может быть заменено другими, более точными понятиями: для его адекватного использования необходима еще констатация вины субъекта права. Поэтому сама природа данного понятия обусловливает то, что его практическая ценность почти равна нулю.

Выводы к параграфу 1

4.28. Поскольку формами феномена “обхода закона” являются обман (в самом широком смысле), злоупотребление правом и противоречащие основам

---

[235] *Новицкий И.Б.* Сделки. Исковая давность. - с. 93.

[236] Определение № 150 из “Сборника определений за 1924 г.”. Привед. по: *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. Гражданский Кодекс РСФСР. Научный комментарий (с учетом гражд. код. союзных респ.). Выпуск V. - с. 17.

[237] Определение от 9 июля по делу № 3728 Курской конторы “Хлебопродукт” к правлению Московско-Казанской железной дороги о поставке лесоматериалов (Еженедельник советской юстиции, 1924, № 32). Привед. по: *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. Гражданский Кодекс РСФСР. Научный комментарий (с учетом гражд. код. союзных респ.). Выпуск V. - с. 17, и *Вавин Н.Г.* Ничтожные сделки (ст. 30 Гражданского Кодекса РСФСР и УССР и последствия ее нарушения). - с. 19-20.

правопорядка и нравственности формально допустимые действия, то на этом основании можно сделать вывод о том, что наличие любой из таких форм в действии субъекта права дает основание квалифицировать это действие как “обход закона”. В то же время такая квалификация не может быть распространена на явления с использованием “легальной” видимости.

4.29. Коль скоро содержания понятий “обман” (в самом широком смысле), “злоупотребление правом” и “противоречие основам правопорядка и нравственности” являются изменчивыми, то и феномен “обхода закона” с исторической точки зрения не может обладать раз и навсегда установленным содержанием. То, что раньше являлось “обходом закона”, может перестать им быть и, соответственно, наоборот. Следовательно, возникает еще один вопрос: каков тот критерий, который позволяет сказать, когда действия в “обход закона” перестают быть сами собой? Является ли им использование видимости само по себе или же что-то иное? Представляется, что таковым может являться только критерий правомерности и неправомерности, но никак не критерий использования видимости.

4.29.1. Именно изменение содержания понятий “правомерность” и “законность” обусловливает, будет ли являться использование видимости правомерным или нет. Например, в некоторых государствах был период, когда создание юридических лиц тем или иным образом ограничивалось. В таких условиях создание юридического лица и ведение с его помощью деятельности вполне могло бы быть квалифицировано как “обход закона”. Сегодня же, когда институт юридического лица получил широкое распространение, такая квалификация уже невозможна принципиально. В то же время и в современном праве имеется отрасль, в которой юридические лица могут рассматриваться как видимость правомерности, используемая для сокрытия неправомерной действительности, – антимонопольное право. Таким образом, для отнесения действия к “обходу закона” первостепенное значение имеет именно критерий правомерности.

Однако нельзя не учитывать и то, что, как показывает история права, имеются некоторые явления, которые могут быть названы “вечными символами” использования видимости правомерности: в первую очередь к ним относится обман.

4.30. Каждая из трех упомянутых форм феномена “обхода закона” может быть названа средством, при помощи которого соответствующие на первый взгляд требованиям закона действия субъектов права могут быть признаны лишенными правовой силы. В совокупности же все они представляют собой блок экстраординарных инструментов, при помощи которых правовая система осуществляет защиту себя и общества от ряда нежелательных для них явлений.

4.31. Наконец, в отношении таких крайне неопределенных понятий, как “злоупотребление правом” и “противоречие основам правопорядка и нравственности”, можно заметить, что их свойство неопределенности обусловлено изначальной неспособностью права охватить все богатство регулируемых им

общественных отношений. Это те запасные универсальные инструменты, при помощи которых право может в любой момент осуществлять свои ограничительные, запрещающие функции, даже очутившись один на один с неурегулированным им, но нежелательным для него социальным отношением.

По этой причине любое из таких понятий (или им аналогичных) можно назвать своего рода складом неисчислимого множества будущих, еще не оформившихся конкретных юридических норм, своего рода правовым прообразом неисчислимого множества будущих, еще не возникавших предписаний, который может получить конкретную форму всякий раз, когда право сталкивается с неурегулированным им, но нежелательным для него социальным отношением.

В литературе такое положение вещей отмечалось в отношении понятия "добрые нравы": *"...понятие "добрые нравы" только прикрывает собою целый ряд неосознанных чисто юридических проблем... Правило о "добрых нравах"... только знак, отмечающий неразработанное, топкое место в правовой системе"*[238]. Но то же самое справедливо и в отношении понятия "злоупотребление правом". И уж тем более это справедливо в отношении понятия "обход закона".

4.32. Соответственно, во всех этих понятиях, связанных с видимостью правомерности, мы в чем-то сталкиваемся с будущим права. А это обстоятельство в свою очередь является подтверждением сделанного выше вывода о том, что будущее права неразрывно связано с институтами, использующими видимость.

Параграф 2. Механизм действия феномена "обхода закона"

4.33. Из вышеизложенного с неизбежностью вытекает то, что механизм действия феномена "обхода закона" может состоять только во всевозможных типах использования различных форм видимости правомерности в их всевозможных вариациях. А поскольку таких форм насчитывается никак не меньше трех (обман, злоупотребление правом и противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия) и с учетом того, что каждая из них может выступать во всевозможных вариациях, то становится понятным, что механизм действия феномена "обхода закона" будет иметь множество проявлений сообразно специфике таких форм и их вариаций.

4.34. Весьма существенным является и вопрос о цели механизма действия феномена "обхода закона". Выше указывалось, что целью использования видимости правомерности является сокрытие неправомерной действительности (*supra* пункт 4.1), и было определено, что должно пониматься под "неправомерным результатом" (*supra* пункт 4.6).

4.34.1. Сейчас же этот вывод можно уточнить и указать на то, что целью использования видимости правомерности с точки зрения юридико-технической является: или **1) обеспечение применения благоприятной для заинтересованного**

[238] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. - с. 258.

лица правовой нормы с одновременным обеспечением неприменения другой, неблагоприятной правовой нормы, которая была бы применима, не будь использована видимость правомерности; или **2) обеспечение неприменения неблагоприятной для заинтересованного лица правовой нормы с одновременным обеспечением применения другой, благоприятной правовой нормы, которая не была бы применима, не будь использована видимость правомерности**.

4.34.2. Можно также заметить, что, по большому счету, в каждом из таких двух случаев речь идет об обеспечении применения какой-либо благоприятной для заинтересованного лица правовой нормы при помощи использования видимости правомерности, сопровождаемого обеспечением неприменения другой нормы: с точки зрения правового регулирования неприменение одной нормы всегда означает применение другой: *"Lege horrent vacuum"* (*"Законы не терпят пустоты"*). В связи с этим в дальнейшем без какого-либо ущерба для истины можно говорить только об обеспечении применения какой-либо благоприятной для заинтересованного лица правовой нормы при помощи использования видимости правомерности, сопровождаемом обеспечением неприменения другой нормы.

4.35. Хотелось бы особо подчеркнуть, что в механизме действия феномена "обхода закона" не последнее место занимает такой подвид обмана, как сознательное неправильное толкование правовых норм, их искажение и представление в неправильном свете с целью обеспечить применение какой-либо благоприятной из них, которая в действительности применяться не должна (*supra* пункты 4.15 - 4.15.2). В связи с этим можно сказать, что, подобно тому как выше при помощи такого явления видимости в самом объективном праве, как пробелы регулирования, был объяснен один из весьма необычных случаев употребления понятия "обход закона" (а именно его употребление в отношении правоприменителей (*supra* пункты 3.55 – 3.55.4), так и сейчас при помощи указания на механизм действия феномена "обхода закона" и такой подвид обмана, как сознательное неправильное толкование правовых норм, можно дать объяснение другим случаям использования понятия "обход закона", на которые было указано в самом начале настоящей работы и которые выглядели весьма необычно.

4.36. Во-первых, указание на данный подвид обмана является более чем исчерпывающим объяснением случая употребления понятия "обход закона" применительно к толкованию закона, и в связи с этим уже приводившееся (*supra* пункт 2.16.2) следующее высказывание более не может казаться непонятным: *"Не превратится ли "ученое" искусство толковать волю закона и создавать таковую ради практических надобностей и интересов в практическое искусство… попирать и обходить законы и право сообразно тем разнообразным "видам", "целям" и "интересам", в которых они в конкретных случаях действительно*

заинтересованы?"[239]. Интересно и то, что в одной из работ, посвященных проблеме "обхода закона", в качестве примера высказываний римских юристов по поводу понятия "обход закона" приводится следующая весьма любопытная выдержка из *Constitutio Theodosiana et Valentiniana* Кодекса Юстиниана: *"Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat"*[240] (*l 5 C de leg. I 14*) (*"Без сомнения нарушает закон тот, кто, истолковывая слова закона, устремляется против воли закона: не избежит налагаемого наказания тот, кто, нарушая дух закона, обманным образом ссылается на неумелое соблюдение его буквы"*). Знаменательно не столько то, что римские юристы обнаружили возможность использования видимости правомерности в форме обманного толкования закона, сколько то, что такое использование видимости правомерности объявляется "обходом закона" в работе, которая написана для доказательства самостоятельной правовой специфики понятия "обход закона и теории "обхода закона". На самом же деле этот пример доказывает как раз обратное, а именно отсутствие такой специфики и у понятия "обход закона", и у теории "обхода закона". Зато он доказывает то, что понятие "обход закона" является обозначением использования видимости правомерности в самых различных ее проявлениях. Вполне очевидно то, что римские юристы при формулировании такой нормы вовсе не хотели объяснять понятие *"fraus legi"*, а просто хотели указать на то, насколько многоликим может быть обман (или, иными словами, использование видимости правомерности) при преследовании цели обеспечения применения благоприятной правовой нормы.

4.37. Во-вторых, что касается вызывавших недоумение высказываний о том, что законодатель сам может своими действиями "обходить закон"[241] (*supra* пункт

---

[239] *Петражицкий Л.* Модные лозунги юриспруденции. – В кн.: Право добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. - с. 381.

[240] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209.

[241] *"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"* (*Халфина Р.О.* Договор в английском праве. - с. 198). Еще раз приведем 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"* (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: "Заключение 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

2.16.5), то и они могут быть легко объяснены при помощи указания на такую форму использования видимости правомерности, как сознательное неправильное толкование правовых норм, их искажение и представление в неправильном свете с целью обеспечить применение какой-либо благоприятной из них. Все просто: когда законодатель принимает какую-либо норму, то более чем очевидно, что она должна применяться в случаях, предусмотренных ее гипотезой. В свою очередь ее неприменение может иметь место в двух случаях: во-первых, когда заинтересованный субъект сознательно неправильно толкует ее с целью обеспечить ее неприменение, а во-вторых, когда сам законодатель устанавливает какие-либо исключения из нее путем принятия второй нормы, отличающейся от первой по содержанию и рассчитанной на более частный случай той ситуации, которая описывается в гипотезе первой нормы (или же устанавливая в первой норме возможность ее неприменения по решению какого-либо правоприменительного органа). Однако и в том, и в другом случае результат одинаков: первая норма не применяется, хотя из ее содержания следует, что она является применимой. И именно этот результат является тем основанием, по которому описанные действия законодателя вдруг называются "обходом закона": акцент делается именно на неприменении нормы с игнорированием при этом причин такого неприменения. Иными словами, в данном случае имеет место обычная логическая ошибка: исходя из идентичности результата, вызываемого двумя совершенно различными процессами, некоторые лица делают вывод об идентичности природы этих процессов.

4.37.1. Подробно критиковать подобный подход, который обычный юридический прием установления исключений из общего правила объявляет "обходом закона", вряд ли целесообразно. Укажем лишь, что если следовать ему, то необходимо сразу отказаться от правила *"Lex posterior derogat prior"* (*"Последующий закон отменяет предыдущий"*), не говоря уже о том, что не будет существовать никаких затруднений для того, чтобы объявить "обходом закона" огромное количество ныне действующих правовых норм. Таким образом, сделанный выше вывод о том, что бездумное применение понятия "обход закона" приведет к тому, что многие правовые институты и история права предстанут в непривлекательном образе "обхода закона", получает еще большее подкрепление. Кроме того, подобный подход будет означать только сковывание инициативы правоприменителей, поскольку все их действия по установлению исключений из какого-либо общего правила даже в том случае, когда это им прямо дозволено, будут

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).

называться “обходом закона”. В условиях повышения сложности и неопределенности правового регулирования вряд ли это будет иметь положительные последствия.

Все-таки это неслучайно, что падение значения понятия “обход закона” в западном праве совпадает с распространением концепций “государства судей” и им подобных. Весьма убедительно сказал об этом Давид Р.: *“Использовать общие формулы против конкретных - это значит перевернуть принцип “специальный закон имеет преимущество перед общим” (“Specialia generalibus derogant”). Это в свою очередь чревато риском поставить под угрозу правопорядок в целом, заменить судебную практику, основанную на толковании закона судебной практикой, руководствующейся несколькими весьма общими нормами. Гораздо лучше откровенно признать, что предписания закона, подобно статьям договора, привязаны к определенным условиям, и, если сложилась совершенно новая ситуация, непредвидимая в момент издания закона, судья может, исходя из требований справедливости, отказаться от его применения. Такой подход соответствует традиции романо-германской правовой системы”*[242].

Также само собой разумеется, что в случае с подобным “обходом закона” самим законодателем такой “обход закона” здесь наблюдают только те, кто полагает, что установление исключений не являлось необходимым. Однако такие наблюдения сложно не назвать самонадеянными.

4.37.2. И еще два замечания по поводу объявления юридического приема установления исключений из общего правила “обходом закона”. Нетрудно заметить, что установление исключений из общих правил производится не только законодателем, но и правоприменителями. В этой связи становится еще более понятным, почему в ряде случаев деятельность правоприменителей также объявляется “обходом закона” (*supra* пункты 2.16.4, 2.9 и 3.6): это обусловлено не только наличием в праве видимости в форме устаревшего регулирования, но и имманентной для права необходимостью постоянно подвергать корректировке общие правила, устанавливать из них исключения. Кроме того, если еще раз вспомнить о выражении *“Fraus latet in generalibus”*, то можно будет вывести следующую закономерность - чем более общей и абстрактной является формулировка нормы, тем больше вероятность того, что установление исключения из нее будет объявлено ее “обходом”.

4.38. В-третьих, результат функционирования механизма феномена “обхода закона” (а также такой подвид обмана, как сознательное неправильное толкование правовых норм, их искажение и представление в неправильном свете с целью обеспечить применение какой-либо благоприятной из них) позволяет объяснить те случаи использования понятия “обход закона”, в которых понятие “обход” может

[242] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. - М., 1988, с. 123-124.

использоваться для обозначения правомерных действий, противопоставляемых нарушению закона (*supra* пункт 2.16.2). Все также очень просто: во всех этих случаях речь опять-таки идет о неприменении какой-либо нормы, но только потому, что сам законодатель разрешает использовать те или законные средства для ее неприменения, либо только потому, что законодатель установил какие-то исключения из такой нормы. И точно так же именно подобный результат неприменения правовой нормы оказывается тем основанием, по которому законные действия вдруг объявляются “обходом закона”.

4.39. Наконец, дополнительно можно также отметить, что механизм действия феномена “обхода закона” действует более или менее идеально в зависимости от того, какая форма видимости в нем используется. С точки зрения степени фактического прикрытия неправомерной действительности видимостью правомерности нетрудно заметить, что при обмане такое прикрытие видимостью достигается в наибольшей степени, в связи с чем установить неправомерность действительности при обмане зачастую нелегко. Меньшее прикрытие видимостью существует при злоупотреблении правом, и, наконец, наиболее оно минимально у противоречащего основам правопорядка и нравственности формально допустимого действия. Именно этим и объясняется частота использования в правовом обороте обмана, относительная редкость злоупотребления правом и еще большая редкость использования противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий.

Но что касается степени прикрытия неправомерной действительности видимостью правомерности не с фактической точки зрения, а с точки зрения **юридической**, то наиболее защищенным в этом плане выступает злоупотребление правом. Ввиду этого неудивительно, что понятие “злоупотребление правом” вызывало и вызывает множество споров и представляет собой весьма сложную правовую категорию.

Выводы к параграфу 2

4.40. Анализ механизма действия феномена “обхода закона”, самого по себе очень простого, позволил объяснить три странных случая употребления понятия “обход закона” (*supra* пункты 4.36 - 4.38). В связи с этим можно утверждать, что логичное и гармоничное объяснение таких трех случаев (причем не самих по себе, а в их совокупности с другими случаями употребления понятия “обход закона”) возможно только при том условии, что понятие “обход закона” будет пониматься как синоним понятия “использование видимости правомерности”. Любое другое понимание понятия “обход закона” к подобному удовлетворяющему результату привести не может. Тем самым мы получили еще одно доказательство правильности выдвинутой в самом начале настоящей работы гипотезы о правовой сущности понятия “обход закона”.

Рассмотрим теперь вопрос о способах противодействия “обходу закона”.

Параграф 3. Способы противодействия “обходу закона”

4.41. Способы противодействия “обходу закона” задаются самой спецификой этого феномена и спецификой тех явлений, которые им охватываются.

Следовательно, нейтрализацией “обхода закона” будет являться противодействие видимости правомерности в любой ее форме и выявление неправомерности действительности: 1) раскрытие обмана в форме *suggestio falsi* или *suppressio veri* (включая констатацию притворности или мнимости действий с определением истинного их характера); 2) констатация злоупотребления правом; 3) объявление формально допустимых действий противоречащими основам правопорядка и нравственности[243]. *“Lex punit mendacium”* (*“Закон наказывает неправду”*).

4.42. Конечно же, в процессе нейтрализации “обхода закона” возникновение многочисленных сложностей неизбежно. Особенно это касается противодействия злоупотреблению правом. Как известно, утверждение в праве понятия “злоупотребление правом” было очень долгим и сложным. Еще в начале XX века И.А. Покровский критиковал использование в праве этого понятия, считая его внеправовым: *“... возложить на меня обязанность каждый раз сообразовываться со сравнительным положением тех лиц, интересы которых могут быть моими действиями затронуты, “взвешивать” интересы мои и чужие, предвидеть их, - это значит в действительности совершенно парализовать возможность всякой человеческой деятельности”*[244]; *“Быть может, при таком всеобщем контроле судов и будут охранены в отдельных случаях те или другие конкретные ценности известных конкретных лиц, но неизбежным конечным результатом его явится падение большой общей ценности - самого субъективного права”*[245]; *“Право может служить многим ценностям, и ничто не дает… права выбирать из них одну и отвергать другие; нельзя жертвовать свободой в пользу гипотезы”*[246]. Можно также отметить, что в российском праве концепция “злоупотребления правом” не устоялась до сих пор, и какой-либо обширной судебной практики по этому вопросу не имеется.

Тем не менее, все такие сложности, объективно заданные сущностью права и природой феномена “обхода закона”, вполне преодолимы.

---

[243] Само собой разумеется, что для противодействия всем этим проявлениям видимости правомерности нет никакой необходимости прибегать к понятию “обход закона”, поскольку использование такого слишком общего понятия в условиях, когда имеются гораздо более точные понятия, не вызывало бы ничего, кроме двусмысленности.

[244] *Покровский И.А.* Гражданское право в его основных проблемах. - с. 118.

[245] Там же, с. 117.

[246] *Roussel P.* L’abus du droit. - 1914, p. 112. Привед. по: Покровский И.А. Гражданское право в его основных проблемах. - с. 117.

4.43. Конкретное описание тех или иных способов противодействия использованию видимости правомерности ввиду объема настоящей работы невозможно (да и не нужно), и поэтому далее будут отмечены только некоторые из них, весьма специфические.

Как уже говорилось, видимость правомерности может выступать в виде заведомо ложных квалификации и толкования субъектами права применимых правовых норм с целью обеспечить применение какой-либо благоприятной из них (*supra* пункты 4.15 - 4.15.2). Следовательно, специфическим способом противодействия такому специфическому *suggestio falsi* будет выступать правильное толкование правовых норм самим законодателем либо правоприменительным органом, поскольку обязанностью каждого правоприменителя является правильное истолкование нормативного предписания. Таким образом, проблема нейтрализации такой специфической формы "обхода закона" сводится на самом деле к проблеме правильной интерпретации "обойденного" правового предписания.

4.44. Еще одним очень интересным способом противодействия *suggestio falsi* или *suppressio veri* в процессуальной сфере можно назвать эстоппель. *"Эстоппель" означает, что сторона не может, ввиду ее собственных действий, ссылаться на какое-либо свое право в ущерб другой стороне, которая имела право полагаться на такое поведение и действовало соответственно. ...Принцип, который предусматривает, что лицо лишается возможности отрицать определенный факт или утверждать об определенном факте... ввиду его собственного предшествующего поведения, утверждения или отрицания. ... Доктрина, которая устанавливает, что непоследовательные позиция, отношение или поведение не могут быть приняты во внимание в ущерб... другому"*[247]. Эстоппель благодаря своему механизму функционирования действительно является очень эффективным средством в борьбе против любого *suggestio falsi* или *suppressio veri*, и можно только жалеть о том, что этот инструмент применяется в отечественном праве крайне редко и казуистично. Кстати говоря, вряд ли случайно то, что в англо-американском праве, в котором и появился принцип эстоппеля, понятие "обход закона" распространено в крайне незначительных масштабах (причем преимущественно понимается как обозначение использования видимости правомерности), а теории *agere in fraudem legis* отсутствуют.

4.45. В рамках англо-американского права существует еще один весьма специфичный способ противодействия использованию видимости правомерности. Речь идет о доктрине *"clean hands"*, выработанной английскими канцлерами при создании права справедливости: *"Канцлер вмешивался только в тех случаях, когда считал поведение ответчика противоречащим совести и когда истец со своей стороны был безупречен: истец должен иметь "чистые руки", действовать без*

[247] *Black's* Law Dictionary. - p. 551.

неосновательного промедления и т. д. Начиная с XVII века были выработаны весьма точные нормы, регулирующие осуществление канцлером его дискреционной власти и включающие упомянутые формулы"[248]. Доктрина *"clean hands"* активно использовалась и в английском, и в американском праве для противодействия обману, притворности, недобросовестности, злоупотреблению правом и другим аналогичным проявлениям видимости правомерности[249]. Можно утверждать, что данная доктрина в англо-американском праве во многом сыграла ту роль, которая в континентальном праве в прошлые века отводилась теории *agere in fraudem legis*. Но при сравнении этих двух правовых инструментов юридико-технические преимущества доктрины *"clean hands"* очевидны: она концентрировала внимание на оценке действий субъекта права и соотносила эти действия с правом и принципами справедливости, после чего следовал конечный вывод о правомерности или неправомерности таких действий, в то время как теория *agere in fraudem legis* поступала наоборот, концентрируя внимание только на "целях" действующего права и соотнося их с действиями субъекта права. При этом благодаря позитивизму права о принципах справедливости забывалось, и очень часто действия субъекта "подгонялись" под такие "цели" и необоснованно объявлялись совершенными в "обход закона". Вполне очевидно, что соотнесение целей правовых актов с действиями субъектов права гораздо чаще будет приводить к выводу о противоправности этих действий, чем соотнесение действий субъектов права с целями правовых актов. Соответственно, наличие в англо-американском праве доктрины *"clean hands"* также сыграло свою роль в том, что понятие "обход закона"

---

[248] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. - М., 1996, с. 233.

[249] *"Максима права справедливости, гласящая, что "тот, кто является в суд права справедливости, должен являться с чистыми руками", синонимична с другими, говорящими, что "кто совершает несправедливость, справедливости не обретет" и что "они должны являться с чистыми руками, с добросовестной заботой к правам других, готовыми совершать справедливость со своей стороны и ища только справедливости от рук суда"* (Little v. Cunningham, 92 S.W. 734, 736, 116 Mo. App. 545). Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - vol. 7, p. 443); *"Для того, чтобы установить, что истец не обладает правом на правовую защиту, основанную на праве справедливости, потому что он не обратился в суд права справедливости с чистыми руками, не является существенным, чтобы обман или мошенничество являлись таковыми, что на них мог бы основывать возражения ответчик по иску в рамках общего права или что могли бы потребовать от суда права справедливости аннулировать договор; но является достаточным, если окажется, что истец был виновен в практиковании неразборчивых сделок, или хитрости, или скрыл важные факты, хотя бы все это и не являлось в действительности мошенническим, или если он был виновен в уловках или в использовании не должным образом своим положением или недобросовестном поведении"* (Harton v. Little, 65 So. 951, 952, 188 Ala. 640). Привед. по: Ibid., p. 444; *"Максима права справедливости, гласящая, что "тот, кто является в суд права справедливости, должен являться с чистыми руками" выражает скорее идею бездействия, чем действия, и означает, что право справедливости не окажет свою помощь лицу, стремящемуся к его активному вмешательству, которое оказалось виновным в незаконных или не соответствующих справедливости действиях в том деле, в отношении которого он ищет правовую защиту"* (Danciger v. Stone, 187 F. 853, 858). Привед. по: Ibid., p. 443.

распространено в этой правовой семье в крайне незначительных масштабах (не говоря уже о теории *agere in fraudem legis*).

4.46. Следует отдельно подчеркнуть следующую мысль: все типы видимости в праве, как “легальные”, так и “нелегальные”, достаточно тесно между собой связаны, равно как каждый из них связан с различными типами видимости непосредственно в самом позитивном праве. Отсюда можно сделать два вывода: 1) активное использование “легальной” видимости неизбежно будет содействовать нейтрализации “нелегальной” видимости (иначе говоря, нейтрализации “обхода закона”); 2) борьба против видимости в самом праве также неизбежно будет содействовать нейтрализации “нелегальной” видимости (иначе говоря, нейтрализации “обхода закона”).

4.47. Выше уже указывалось, что в англо-американском праве различные типы видимости непосредственно в самом праве присутствуют в меньшей степени, чем в континентальном праве. Соответственно, усвоение континентальным правом некоторых эффективных институтов англо-американского права могло бы помочь континентальному праву бороться против видимости в самом праве, а это способствовало бы нейтрализации “обхода закона”.

4.48. Бесспорно и то, что рецепция континентальным правом некоторых эффективных институтов англо-американского права, направленных против использования видимости правомерности, также способствовало бы нейтрализации “обхода закона”. Одним из таких институтов является эсстопель.

4.49. Отметим также в качестве попутного замечания, что право само обладает средствами борьбы против укоренения в нем различных форм видимости (*supra* пункты 3.50 - 3.57). Появление в римском праве преторского права, а также возникновение в Англии права справедливости[250] доказывают, что право само способно нейтрализовать такую возникающую в нем форму видимости, как наличие регулирования, неадекватного имеющимся реалиям, в частности, излишне формализованного или устаревшего.

4.50. Кроме того, при противодействии “обходу закона” (иными словами, различным формам использования видимости) очень важен вопрос о необходимости констатации как наличия вины субъекта права (*supra* пункт 2.24.1), так и наличия неблагоприятных последствий, вытекающих из использования видимости таким субъектом (*supra* пункт 2.24.2). Повторим еще раз, что при отсутствии любого из этих элементов констатировать “обход закона” невозможно. Оставляя вопрос о наличии неблагоприятных последствий в стороне, скажем еще несколько слов о вине субъекта права в свете противодействия “обходу закона”.

---

[250] *Давид Р.*, *Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. - с. 230-236.

4.51. Как было сказано выше, для квалификации наличия “обхода закона” необходима констатация наличия вины субъекта права в форме умысла “обойти” закон. Однако такая констатация не всегда может быть легко осуществлена.

В связи с этим можно утверждать, что для того, чтобы признать лишенными правовой силы действия, состоящие в использовании видимости правомерности, нет никакой необходимости прибегать к понятию “обход закона” или к другим понятиям, им охватываемым. В случае невозможности доказать такую вину, имеются, тем не менее, правовые средства для нейтрализации действий, использующих видимость правомерности. Например, зачастую невозможно доказать вину лица, совершающего обман не в активной, а в пассивной форме (умолчание об определенных обстоятельствах). Но в том случае, если будет выяснено, что обстоятельства, о которых умалчивалось, в действительности существуют, и их наличие сделает невозможным применение к такому лицу определенного правового положения (иными словами, делает невозможным функционирование механизма “обхода закона”), вопрос о наличии вины станет излишним ввиду объективно существующего положения вещей, и все попытки заинтересованного лица обеспечить применение к себе определенного правового положения будут безуспешными.

4.52. То же самое можно сказать и о злоупотреблении правом. Для того чтобы квалифицировать действие как злоупотребление, необходимо, без сомнения, доказать вину лица, совершившего такое действие. Но для того чтобы лишить само действие правового эффекта, такая квалификация совсем не всегда обязательна: в некоторых случаях достаточно установления факта ущемления прав третьих лиц для того, чтобы воспретить лицу дальнейшее осуществление таких действий или отказать в признании за такими действиями правовой силы. Ссылка на злоупотребление правом (которой должна предшествовать констатация вины) в таком случае может служить лишь дополнительным аргументом или иметь значение для определения правовых последствий применительно к лицу, совершившему подобные действия.

4.53. Таким образом, для нейтрализации “обхода закона” в конечном счете необходима не столько констатация вины, сколько констатация видимости, обнаружение действительно существующего положения вещей. Для того чтобы лишить использующие видимость правомерности действия правовой силы, иногда не обязательно констатировать в их составе, например, обман или злоупотребление правом (констатация которых не может не предполагать наличие вины, которую, в свою очередь, требуется доказать). Субъективным моментом в некоторых случаях можно пренебречь, если действительное положение дел, которое заинтересованное лицо пыталось исказить, обнаружено.

4.54. Однако это также означает, что подобные действия субъектов права, направленные на искажение действительности, нельзя будет квалифицировать как

содержащие обман или злоупотребление правом, если не будет доказана вина лица, их совершившего. Равным образом такие действия нельзя будет квалифицировать как “обход закона”, пока такая вина не доказана. Само собой разумеется, что невозможность квалификации действия как “обхода закона” может иметь весьма существенные практические последствия для лица, такие действия совершившего.

4.55. Сказанное выше имеет ту ценность, что не позволяет слишком широко толковать понятие “обход закона” и необоснованно его распространять на правомерные действия. Несмотря на то, что предлагаемое толкование понятия “обход закона” становится более узким за счет необходимости констатации вины, представляется, что его правовая природа именно такова. Ввиду этого данное понятие может быть с полным основанием использовано очень редко, тогда как соблазн использовать его гораздо чаще может быть велик. Но бездумное и необоснованное его употребление не способствует правовой точности и не может быть оправдываемо никакими практическими потребностями.

4.56. Таким образом, можно сделать вывод, что право обладает достаточно действенными средствами для противодействия “обходу закона”, противодействия использованию видимости правомерности. Однако само употребление понятия “обход закона” такому противодействию содействовать не может.

4.57. Важнейшим принципом указанного противодействия использованию видимости правомерности всегда должно выступать стремление к выявлению существа, а не формы соответствующего правоотношения.

4.58. Хотелось бы отдельно указать на то важное обстоятельство, что для обнаружения видимости правомерности весьма действенным приемом может оказаться выявление “излишних” элементов в правоотношении. Выше уже указывалось на то, что для обеспечения успешного использования видимости правомерности может привлекаться “легальная” видимость. Соответственно, наличие в правоотношении какой-либо формы “легальной” видимости, наличие какого-либо промежуточного этапа, использование в правоотношении какого-либо третьего лица, присутствие какой-то дополнительной правовой формы с использованием “легальной” видимости, любое иное усложнение часто (но не однозначно и не автоматически) может являться достаточно верным признаком наличия в правоотношении видимости правомерности.

4.59. Однако в то же время упрощенно относиться к противодействию видимости правомерности нельзя. Как известно, в праве очень и очень часто используется “легальная” видимость. Поэтому при нейтрализации “обхода закона” в каждом конкретном случае необходимо помнить как о специфике нейтрализуемой видимости, так и выявлять то, является ли эта видимость видимостью правомерности или “легальной” видимостью. Так, например, в случае с антимонопольным законодательством видимость, присутствующая в институте юридических лиц, может для определенных целей квалифицироваться как

видимость правомерности, используемая субъектами права с целью создать искаженное представление об отсутствии монополизации рынка и наличии конкуренции между несколькими юридическими лицами, которые на самом деле контролируются одним лицом. Однако в сфере гражданского права такая видимость уже будет являться “легальной” и самостоятельная правосубъектность юридического лица должна признаваться независимо от того, кем оно контролируется. Таким образом, многое будет зависеть от конкретных обстоятельств дела, а также существа применимых к ним правовых норм.

4.60 Наконец, при противодействии “обходу закона” ни в коем случае нельзя забывать, в частности, о таких принципах доказательственного права как *“Fraus est odiosa et non praesumenda”* (*“Обман гнусен и не презюмируется”*) или *“Simulatio non praesumitur”* (*“Притворность не презюмируется”*).

Выводы к параграфу 3

4.61. Анализ способов противодействия “обходу закона” позволяет сделать два важных вывода. Во-первых, с точки зрения перспективы представляется весьма полезным рецепция континентальным правом некоторых принципов и институтов англо-американского права. Впрочем, этот процесс в государствах Западной Европы идет уже давно: в частности, значительно, по сравнению с прошлым, повысилась роль судов[251]. Соответственно, этот вывод является более актуальным для отечественного права. В частности, представляется, что необходима широкомасштабная рецепция отечественным правом принципа эстоппеля. Его утверждение имело бы следствием не только возможность противостоять использованию видимости правомерности отдельными субъектами права. Гораздо более важным является то, что ввиду его наличия само российское государство было бы лишено возможности использовать по отношению к субъектам права непоследовательность, прибегать к *suppressio veri* и иным образом извлекать выгоды из изменения своей позиции, другими словами, использовать по отношению к субъектам права видимость правомерности.

4.62. Во-вторых, с точки зрения перспективы представляется весьма целесообразным использовать все отмеченные средства противодействия видимости правомерности не только в сфере частного права, но и в публично-правовой сфере. На сегодняшний день в правовом регулировании существует определенный парадокс – в сфере публично-правового регулирования степень императивности гораздо выше, чем в сфере частноправового регулирования, и, следовательно, оснований для использования видимости правомерности существует гораздо больше, чем в сфере частноправового регулирования, особенно когда речь идет о

[251] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. - с. 30; *Давид Р.*, *Жоффре-Спинози К.*. Основные правовые системы современности. - с. 95-105.

публично-правовых имущественных отношениях[252]. Между тем способы противодействия использованию видимости правомерности более разработаны в частном праве. С исторической точки зрения отставание развития публичного права от частного вполне объяснимо: *"Римское право формулировало различие между публичным и частным правом, но лишь для того, чтобы оставить публичное право в стороне"*[253]; *"...все внимание юристов было сконцентрировано на частном праве; занятие публичным правом казалось бесплодным и одновременно опасным"*[254]. Однако с современной практической точки зрения такое положение становится нетерпимым. Представляется действительно оправданным более широкое использование в сфере публичного права (по меньшей мере, отечественного) таких понятий, как "обман", "притворность", "мнимость", "злоупотребление правом", "эстоппель" и других, обозначающих использование видимости правомерности или противостоящих ей. Все эти термины уже используются в публичном праве, однако недостаточно широко.

Представляется, что в современном праве процесс публицизации частного права не должен быть односторонним, и что возможно обогащение публичного права некоторыми приемлемыми для него понятиями и конструкциями частного права.

4.63. И, конечно же, использоваться все эти понятия в сфере публично-правового регулирования должны не только применительно к частным субъектам права, но также и государству и к его органам.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ IV

4.64. В настоящем разделе рассматривались достаточно специфические вопросы, связанные с феноменом "обхода закона", но при этом каждый из них является весьма важным для правовой идентификации такого феномена и понимания его правовой природы. В связи с этим указать на какие-либо общие выводы достаточно сложно.

4.65. По этой причине подчеркнем лишь еще раз все те сложности, которые возникают в отношении вопроса о феномене "обхода закона". Мы уже имели не один шанс убедиться в том, насколько сложные проблемы встают в связи с ним и насколько уникальным в праве является этот феномен. Он так близко подводит к самым общим правовым проблемам, самим основаниям права, что невольно приходишь к выводу о том, что оно относится к числу наиболее общих, "запредельных" категорий права, связанных с самой его сущностью.

4.66. Тем не менее, даже если понятие "обход закона" для теории права представляет интерес, то для практики оно абсолютно непригодно. Но как это ни

---

[252] Выше уже указывалось на то, что степень использования субъектами права видимости правомерности связана с императивностью регулирования *(supra* пункт 2.32).

[253] *Давид Р.*, *Жоффре-Спинози К.*. Основные правовые системы современности. с. 49.

[254] Там же, с. 60.

желательно, однако окончательно избавиться от его использования в праве невозможно (*infra* пункты 1.37 - 1.41 главы II). Остается надеяться на то, что настоящая работа заставит любого, ее прочитавшего, задуматься, прежде чем прибегнуть к выражению “обход закона”, и еще раз вспомнить о всех тех неточностях и двусмысленности, которые может повлечь непродуманное его употребление.

ВЫВОДЫ К ГЛАВЕ I

1. Итак, мы рассмотрели правовую природу понятия “обход закона” и феномена “обхода закона” в частном праве и в праве вообще. К важным выводам, сделанным в настоящей главе, относятся следующие: а) понятие “обход закона” присутствует не только в частном праве, но и во всех других отраслях права; б) оно присутствует во всех правовых семьях; в) оно также обладает весьма особенными характеристиками: необыкновенной неопределенностью и способностью быть употребляемым в очень разных ситуациях; “амбивалентностью”, то есть как правовым, так и околоправовым статусом; “эмоциогенностью”.

2. Самый же главный вывод состоит в том, что понятие “обход закона” не обладает правовой природой *sui generis*, но представляет собой просто общее собирательное выражение для обозначения совокупности неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности. К ним относятся: все формы обмана (включая притворные и мнимые действия), злоупотребление правом, а также противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия. Соответственно, понятие “обход закона” является синонимом понятия “использование видимости правомерности”. Ввиду этого оно относится к числу наиболее общих, “предельных” категорий права, связанных с самой его сущностью и связывающих многие правовые институты в единую “живую ткань”.

3. Но, в отличие от других “предельных” категорий права, уникальность данного понятия состоит именно в его “сверхпредельности”, невероятном смысловом объеме, достигающем состояния внутренней противоречивости.

Такая противоречивость проявляется, в частности, в том, что понятие “обход закона” является, с одной стороны, необычайно емким и насыщенным, а с другой – необычайно пустым. Образно можно даже сказать, что оно было настолько пустым, что смогло пленить очень большое количество обманутых им юристов.

4. Кроме того, хотя другие “предельные” категории права и вызывали немало дискуссий, однако никто не подвергал сомнению саму возможность их существования. А вот понятие “обход закона” ввиду своей внутренней противоречивости само обусловливает возможность поставить под вопрос необходимость его наличия в праве. По этой и по многим другим причинам оно является своего рода уникумом, редким экземпляром в музее права.

5. Несмотря на всю уникальность этого понятия, вопрос о необходимости его наличия в праве должен быть однозначно решен в пользу отсутствия таковой. Понятие “обход закона” не только является “негативно” неопределенным до степени внутренней противоречивости, не только относится к дилетантской или эмоциональной лексике: оно еще и является вводящим в заблуждение и маскирующим истинную природу обозначаемых им явлений. Но более того: современное право, находясь на достаточно высокой ступени развития, в нем просто не нуждается.

6. Кроме того, предпринятый в настоящей главе комплексный анализ понятия “обход закона” и его места в праве был далеко не бесплодным. Помимо того, что была определена его сущность, благодаря особой природе феномена, обозначаемого этим понятием, нам удалось сделать немало интересных наблюдений в отношении тех или иных правовых явлений. Так, была открыта закономерность уточнения “негативных” правовых понятий и сделано много других весьма ценных выводов. Одним из самых существенных можно считать вывод об особой природе видимости в праве, взгляд на нее как на неотъемлемый инструмент правового регулирования, сознательно используемый правом на самых различных ступенях его развития в форме различных правовых институтов.

7. Выяснив правовую природу понятия “обход закона” (а также обозначаемого этим понятием феномена), необходимо перейти к анализу его генезиса, причин возникновения и существования в праве этого весьма уникального понятия. Такой анализ поможет не только еще глубже вникнуть в его правовую сущность, но и подтвердить правильность выводов, сделанных выше.

ГЛАВА II. ПОНЯТИЕ “ОБХОД ЗАКОНА” В ИСТОРИЧЕСКОМ АСПЕКТЕ. КРИТИКА ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И НЕКОТОРЫХ ТЕОРИЙ “ОБХОДА ЗАКОНА”

РАЗДЕЛ I. ПРИЧИНЫ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И СУЩЕСТВОВАНИЯ В ПРАВЕ ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА”

1.1. Феномен “обхода закона”, как и другие правовые явления, имеет свои глубинные корни в общественных отношениях и в психологии людей. На него нельзя смотреть, несмотря на всю его правовую необычность, как на нечто, возникшее в праве случайно. Нет, его появление и существование является вполне закономерным и неизбежным следствием особенностей самого права как одного из механизмов регулирования социальных отношений, а также некоторых иных факторов.

Предпринимаемый ниже экскурс в историю права имеет целью кратко и очень схематично показать как появилось понятие “обход закона” в праве, какова была его судьба в нем, и что ждет это понятие в будущем[1]. Сначала будут проанализированы причины возникновения в праве понятия “обход закона” (*параграф 1*). Затем будут рассмотрены факторы, влияющие на существование в праве этого понятия (*параграф 2*).

Параграф 1. Причины возникновения в праве понятия “обход закона”

1.2. Несколько упрощая, можно утверждать, что развитие права началось с элементарного установления обществом определенных требований, прежде всего запретительных или предписывающих. Соответственно, любое из действий отдельного лица могло либо точно соответствовать запретительному или предписывающему требованию, либо не соответствовать ему как прямо нарушающее его. По этой причине понятия “нарушение закона” или “несоблюдение закона” возникли почти одновременно с появлением самого закона как особого регулятора общественных отношений.

1.3. Однако и наличествующий опыт правового регулирования, и простая логика подсказывают, а дальнейшее исследование только подтверждает то, что действиями, либо точно соответствующими конкретному требованию, либо не

[1] Предпринимаемое ниже исследование представляет из себя большую сложность, и каждый его отдельный аспект может составить тему для специальной работы. Поэтому, с учетом безбрежности материала и относительности глубины познаний автора в области истории права, особенно римского, необходимо помнить, что предпринимаемое ниже исследование является, скорее, только первым наброском той величественной картины, на полноценное создание которой могут потребоваться многие годы. Кроме того, следует сразу предупредить, что для объяснения причин появления и существования в праве понятия “обход закона” автором будут привлекаться не только правовые соображения, но и культурологические, социальные, исторические, лингвистические и даже психологические.

соответствующими ему, все богатство общественных отношений исчерпываться не может, и что возможны отношения, хотя **внешне** и соответствующие конкретному запретительному или предписывающему требованию, но **в действительности** ему не отвечающие: а) ввиду наличия в них особого **внутреннего элемента**; б) ввиду с неизбежностью проистекающего из них особого **внешнего элемента**.

1.4. К первому случаю относится отношение, в котором в роли особого внутреннего элемента выступает намеренное искажение одним из участников отношения представлений других участников отношения о действительности или намеренное искажение их воли (например, обман или принуждение в сделке). В качестве варианта этого отношения выступают отношения, в которых имеет место искажение представлений определенных лиц о действительности или искажение их воли не одним, а несколькими другими лицами посредством совместных и намеренных действий (например, мнимые и притворные сделки, если использовать терминологию современного права). В самом деле, в каждой из этих двух ситуаций правоотношение **внешне** соответствует конкретному запретительному или предписывающему требованию, тогда как ввиду искажения воли или представлений о действительности кого-то из его участников **в действительности** ему не отвечает.

1.5. Ко второму случаю относятся отношения, в которых в роли особого внешнего элемента, с неизбежностью проистекающего из таких отношений, выступает злонамеренное причинение другому лицу вреда (злоупотребление правом, если использовать терминологию современного права), равно как и отношения, в которых в роли такого особого внешнего элемента выступает не прямое нарушение конкретного предписания, а нарушение некоего принципа, который для общества очень важен, но одновременно настолько общ и абстрактен, что по какой-либо причине или еще не определен, или не может быть определен в форме конкретной правовой нормы, и который может выражаться только в очень общих категориях с той или иной степенью морального наполнения (например, таких, как “справедливость”, “принципы морали”, “добрые нравы”, “публичный порядок”, “добросовестность”, “интересы государства и общества”, “основы правопорядка и нравственности” и т. д.). В самом деле, в каждом из этих двух указанных случаев отношение на первый взгляд соответствует конкретному предписанию, но ввиду с неизбежностью проистекающего из такого отношения результата, такое соответствие должно быть квалифицировано только как “внешнее”, но не как “сущностное”.

1.6. Вышеприведенная классификация с точки зрения общего соотношения юридических действий и конкретных правовых требований является, пожалуй, исчерпывающей, и вряд ли можно добавить к ним иной вариант, позволяющий квалифицировать юридическое действие как соответствующее конкретному правовому предписанию только “внешне”, но не “сущностно”. И само собой разумеется, что такая приведенная классификация может быть осуществлена

исключительно благодаря достижениям современной юридической техники. Не следует забывать, что для того, чтобы сегодня иметь возможность научно оперировать такими, например, категориями, как “мнимые действия” и “притворные действия”, и тем более такими как “злоупотребление правом” и “нарушение основ правопорядка и нравственности”, праву пришлось пройти очень долгий путь, на отдельных этапах которого каждая из данных категорий подвергалась идентификации, отдельному и нелегкому осмыслению, прежде чем она могла занять свое место среди уже используемых понятий[2].

1.7. Как показывает история права, такой наиболее быстрой, четкой идентификации и правовому осмыслению подверглись те отношения, в которых в роли особого внутреннего элемента выступает намеренное искажение только одним из участников отношения представлений других участников отношения о действительности или искажение их воли (например, обман или принуждение в сделке). Так произошло именно из-за природы такого внутреннего элемента, крайне негативное действие которого мог испытать на себе любой участник правового оборота. Неодобрение обществом этого элемента было так сильно, что правовая регламентация достаточно быстро вылилась в установление прямого запрета на его привнесение в любое правоотношение. В итоге же правоотношения с таким элементом достаточно быстро перешли из разряда четырех вышеуказанных, то есть соответствующих конкретному запретительному или предписывающему требованию только внешне (*supra* пункт 1.4), в разряд прямо нарушающих такое требование. Древние источники права свидетельствуют о том, что запрет совершать действия, направленные на намеренное искажение представлений других участников отношения о действительности или искажение их воли появляется очень рано[3]. Именно наличие в действии субъекта права обмана оказывается тем фактором, который способен нейтрализовать эффект этого **внешне** действительного действия, которое оказывается **сущностно** недействительным.

1.8. И хотя сегодня данный принцип представляется нам более чем обоснованным, его утверждение, например, в римском праве даже во времена Цицерона (в предклассический период) происходило далеко не так просто, причем

---

[2] И при всем при этом данный путь в отношении некоторых из приведенных категорий не будет, вероятно, окончен никогда.

[3] *“Если хозяин пропавшей вещи не приведет свидетелей, знающих его пропавшую вещь, то он лжец, возводит напраслину; его должно убить”* (§ 11 Законов Хаммурапи, царя Вавилона, XVIII век до н. э.); *“Если (вызванный) измышляет оговорки (для неявки)…пусть (тот, кто его вызвал) наложит на него руку”* (пункт 1 таблицы I *Leges duodecem Tabularum* (Законов двенадцати таблиц), восходящих к 451-450 г.г. до н. э.); *“…уличенный в лжесвидетельстве сбрасывался с Тарпейской скалы”* (пункт 23 таблицы VIII *Leges duodecem Tabularum*); *“Надо говорить правду… не следует говорить приятную ложь – такова вечная дхарма”* (пункт 138 главы IV Законов Ману, составленных в Индии между II веком до н. э. и II веком н. э.); *“Обманный залог или продажу, обманный дар или принятие (его) – все, где виден обман, надо отменить”* (пункт 165 главы VIII Законов Ману). Привед. по: “Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран”. - М., 1984. В дальнейшем, однако, исследование будет проводиться только на основе римского права.

не в последнюю очередь из-за конфликта между внешней формой действия, соответствующей закону, и его сущностью[4].

1.9. Что же касается других форм **внешне** действительных действий, которые можно назвать одной из разновидностей обмана, а именно мнимых и притворных действий, то хотя и представляется, что их осмысление древним правом произошло позднее, чем это случилось в отношении обмана, но тем не менее это случилось также достаточно быстро. Об этом свидетельствуют следующие высказывания римских юристов: *"Simulatia nullius momenti sunt"* (*"Притворные правовые действия недействительны"*) (*Gai D. 32, 2, 30*); *"Acta simulata… veritatis substantiam mutare non possunt"* (*"Документы, составленные для видимости, не могут изменить истинное состояние дел"*) (*Diocl. C. 4, 22, 2*)[5].

Тем не менее задержка имела место и произошла она из-за того, что праву было необходимо достичь более высокого уровня развития для идентификации более "утонченной" природы подобных действий, которые, в отличие от обмана, угрожали не столько правам конкретных участников правового оборота, сколько самому правовому обороту, причем угрожали в менее прямой и открытой форме, чем обман, а иногда и вообще никак не затрагивали права других лиц. И точно так же, как и в случае с обманом, утверждение возможности нейтрализации таких действий в римском праве происходило далеко не просто все из-за того же конфликта между формой и содержанием данных действий[6].

1.10. Еще более сложной была судьба категории "злоупотребление правом". Точно так же, как и притворные и мнимые действия, злоупотребление правом угрожало другим правам участников оборота в менее прямой и открытой форме, чем обман, ввиду того, что несмотря на негативный внешний эффект, речь все же шла о реализации действительного права. Тем не менее римское право сумело выработать понятие *"aemulatio"* (*соперничество, зависть*), которое и имело значение

---

[4] *"Первоначальный формализм римского права вел к тому, что договор так называемого строгого права – stricti juris, заключенный под влиянием обмана, все-таки считался договором.*

Об этом нам рассказывает Цицерон. Его приятель, большой любитель рыбной ловли, хотел купить усадьбу близ Неаполя. Главным образом его привлекал пруд, и он хотел удостовериться, водится ли в нем рыба. Продавец нанял нескольких окрестных крестьян, которые взялись разъезжать на лодках по пруду, закидывая удочки и невода. Обрадованный покупатель уплатил деньги за имение, а на завтра выяснилось, что рыбная ловля оказалась ловко разыгранной сценой. Цицерон добавляет, что положение покупателя оказалось тяжелым потому, что претор Аквилий… еще не ввел иска в защиту от обмана: Nondum enium M. Aquilius collega et familaris meus protulerat de dolo malo formulas (Cicero, De officiis, 3.14.58). Мой товарищ и приятель Аквилий еще не ввел формулы для защиты от обмана" (*Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - с. 321).

[5] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 392.

[6] *"Возможные конфликты между действительной целью сторон и автоматическим эффектом абстрактной формы так и не нашли разрешения в римском праве. Расхождение между волей и формой, вольное (симуляция) или невольное (ошибка), не сказывается на действительности сделки. Защита от злоупотреблений, в принципе допускаемых абстрактными сделками, оказалась возможной – когда развитие товарного оборота и предметных интересов выявили прежде несуществующее противоречие – только преторскими средствами и так, что сделка, оставаясь действительной по цивильному праву, становилась оспоримой в плане jus honorarium"* (*Дождев Д.В.* Римское частное право. - М., 1996, с. 131).

“злоупотребление правом, использование права без выгоды для себя и с умыслом нанести ущерб другому [*animus nocendi*]”[7]. В римском праве над *“неограниченным осуществлением права собственности… постепенно брало верх стремление запретить aemulatio; элементы aemulatio проникли во многие институты римского гражданского права…”*[8]. Тем не менее эта категория использовалась весьма казуистично[9], и римские юристы пришли лишь к некоторым отдельным обобщениям[10], цельная теория *aemulatio* создана ими так и не была[11], а общее воспрещение злоупотреблять правом с единственной целью вредить другим римскому праву не было известно[12].

Кроме того, утверждение запрета злоупотребления правом также проходило достаточно сложно: римскому праву одновременно с понятием *“aemulatio”* был известен, например, такой принцип как *“Qui suo iure utitur, neminem laedit”* (*“Кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда”*) (*Scaev. D. 2, 15, 3 pr.*). Данный принцип и в последующие века имел настолько сильное влияние, что сколько-нибудь *“цельное учение об aemulatio нелегко далось и европейским правовым системам, пока они держались одного из принципиальных положений Дигест, согласно которому “никому не причиняется вред осуществлением своего права - neminem laedit, qui suo iure utitur”*[13]. То, что принцип нейтрализации злоупотребления правом утверждался в праве с таким трудом, совсем не является удивительным ввиду содержащегося в проблеме “злоупотребления правом” парадокса, нелегкого для осмысления даже новейшим рационализированным мышлением[14] и тем более представляющего собой загадку для древних[15]. Право СССР и современное российское право представляют собой наглядный и совсем не случайный пример того, что даже в современных развитых правовых системах

---

[7] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 26.

[8] Там же.

[9] *Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - с. 50; *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. - с. 86.

[10] *“Semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet” (“Кто прекратил владение со злым умыслом, продолжает считаться владельцем”) (Ulp. D. 50, 17, 157, 1).* Привед. по: *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 26. *“Male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio” (“Мы не должны дурно пользоваться своим правом; на этом основании расточителям запрещается управление их имуществом”) (Gai 1. 53); “Denique Marcellus scribet cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi (ne de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id facit)” (“Наконец, Марцелл пишет, что нельзя ничего взыскивать с того, кто, копая на своем участке, отвел источник соседа (нельзя также предъявлять иска об умысле: понятно, не должен иметь иска, если копавший сделал это без намерения причинить вред соседу, но для улучшения своего участка)”) (D. 39. 3. 1. 12).* Привед. по: *Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - с. 50.

[11] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 26.

[12] *Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - с. 50.

[13] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 26.

[14] Еще в начале XX века И.А. Покровский критиковал использование в праве понятия “злоупотребление” (*supra* пункт 4.42 главы I).

[15] С точки зрения логики понятие “злоупотребление правом” можно рассматривать как *contradictio in adjecto*, сочетание несоединимых категорий, внутренне противоречивый термин.

категория “злоупотребление правом” может занимать относительно незначительное место, несмотря на всю ее важность.

1.11. Что же касается четвертого инструмента, способного нейтрализовать правовой эффект действия, на первый взгляд соответствующего конкретному запретительному или предписывающему требованию, а именно использования очень общих категорий с той или иной степенью морального наполнения (“справедливость”, “добрые нравы” и прочих), то и он утверждался в римском праве весьма постепенно[16]: *“Вначале aequitas охватывает лишь отдельные случаи, однако всегда имеет тенденцию распространяться, обобщаться, переходить в ius – хотя бы в некоторых его частях. ... Однако теоретически римские юристы ее не разрабатывали и даже не дали определения aequitas…”*[17]; *“В отношении абстрактных сделок, которые не принимают идею causa, законодательное указание на порочность основания затруднено. Как правило, такая сделка будет иметь эффект”*[18]. Должно было пройти не так уж и мало времени, прежде чем были четко сформулированы следующие положения: *“Licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat”* (*“Хотя это и по праву, однако справедливость требует”*) (*Ulp. D. 15, 1, 32 pr.*)[19]; *“Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustatiae aequitatisque quam stricti iuris rationem”* (*“Во всех юридических делах правосудие и справедливость имеют преимущество перед строгим пониманием права”*) (*C. 3, 1, 8* (*314*))[20]; *“…quae facta… contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est”* (*“Исполнение, противоречащее добрым нравам, считается неисполненным”*) (*Pap. D. 28, 7, 9*)[21]; *“Turpes condiciones remittendae sunt”* (*“Постыдные условия не следует принимать во внимание”*) (*Marc. D. 35, 1, 20*)[22] и стал использоваться принцип: *“Даже если causa отдельного акта законна (скажем, договор о снабжении убийцы оружием может принять форму продажи, ссуды, аренды), но порочна общая цель – сделка ничтожна”*[23].

---

[16] В отношении таких категорий римское право стояло не перед проблемой идентификации, как в отношении, например, притворных действий или злоупотребления правом. Общие понятия с моральным наполнением использовались с незапамятных времен и достались в наследство римскому праву еще с предправовой стадии развития римского общества. Поэтому римское право стояло скорее перед проблемой соотношения новых правил правового регулирования и таких категорий, их состыковки для совместной успешной работы: *“Если прежде ius и aequum были синонимами и “aequum est” означало “ius (iustum) est”, выражая идею нормального, правильного, соответственного, - то теперь ius воспринимается как нечто установленное и жесткое, что может не всегда отвечать естественному порядку вещей, тогда как”aequum” получает этический оттенок смысла. Указанная оппозиция отражала… необходимость коррекции правовой системы”* (*Дождев Д.В.* Римское частное право. - с. 29).

[17] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 27.

[18] *Дождев Д.В.* Римское частное право. - с. 133.

[19] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 380.

[20] Там же, с. 405.

[21] Там же, с. 410.

[22] Там же, с. 430.

[23] *Дождев Д.В.* Римское частное право. - с. 133.

1.12. Все только что сказанное свидетельствует о том, что праву уже на самом раннем этапе его существования пришлось столкнуться не просто с очень сложными и разнообразными стихийными явлениями, требовавшими различной регламентации, но в том числе и с сознательными действиями, целью которых было создание тем или иным способом[24] **видимости** их соответствия конкретному запретительному или предписывающему требованию. И если столкновение с многообразием требующих регламентации стихийных отношений могло только озадачить делающий первые шаги механизм правового регулирования, а обнаружение прямых нарушений установленных им требований привести к его негодованию[25], то столкновение с такими создающими видимость сознательными действиями могло вызвать только изумление, затем перерастающее в негодование, которое, в свою очередь, должно было перемежаться сомнениями в своей обоснованности. Изумление обусловливалось попыткой субъекта права использовать само объективное право и устанавливаемые им формы для обоснования соответствия конкретному запретительному или предписывающему требованию вызывавшего сомнения действия; негодование обусловливалось либо наличием в действии видимости, отличающейся от действительности, либо неприемлемостью конечного результата действия; наконец, сомнения обусловливались неоднозначностью самой ситуации. И если с действиями, не соответствующими правовому требованию, было все относительно ясно, и они сразу были осмыслены и освоены объективным правом с присвоением им наименования “нарушение закона”, то с сознательными действиями, создающими видимость своей правомерности, положение обстояло иначе. Они не могли быть названы “соблюдением закона”, так как не были похожи на обозначаемые данным понятием действия. Но точно таким же образом они не могли получить и наименование “нарушение закона”.

1.13. Для дальнейшего более глубокого понимания рассматриваемой проблемы необходимо вспомнить о том, что древнее право во многом имело религиозные корни. Как один из специальных механизмов регулирования общественных отношений оно было порождено в том числе и религией как другим, более комплексным тогда социальным регулятивным механизмом, и произошло это в результате, в частности, увеличения числа содержащихся в религии регулятивных

---

[24] В форме обмана (*suppressio veri* или *suggestio falsi*), а также притворных и мнимых действий; или же в форме использования формы своего действительного права, но с нанесением в действительности вреда другому лицу; или, наконец, в виде использования формы дозволенного действия, но в противоречие с императивными моральными принципами.

[25] Которое могло выражаться в характерных для древнего права жестких формах наказания, не соответствующих по строгости реальной значимости нарушений.

норм и повышения специализации между ними[26]. Не является исключением в этом плане и римское право[27].

1.14. Важнейшей же характеристикой древнего права, еще хранящего следы религиозного происхождения, является отождествление права с божественным и даже богами как отдельными субъектами права[28].

Таким образом, можно предположить, что ввиду отождествления права с богами как отдельными субъектами, нарушение закона неизбежно должно восприниматься древним эмоциональным сознанием как содержащее субъективный момент, который можно назвать "субъективно-божественным". Он подчеркивал направленность нарушения закона против личной воли самих богов. Нарушение закона представляло собой сакральную провинность, которая должна была безусловно подвергнуть нарушителя мщению богов. При этом такая сакральная провинность указывала еще на один субъективный момент, который можно назвать "субъективно-человеческим". Он подчеркивал уже то обстоятельство, что нарушитель закона являлся виновным в совершении своего деяния[29]. И только после этого древнее сознание могло выделить в правонарушении "объективный" момент, состоящий в нанесении ущерба не богам лично, а в подрыве установленного ими права и через это нанесении еще раз ущерба их божественному статусу.

1.15. Что же касается сознательных действий, создающих видимость своей правомерности, то здесь ситуация была диаметрально противоположной – эти действия ввиду их неоднозначной природы не могли быть восприняты эмоционально как направленные против личной воли самих богов. Однако ввиду наличия в них видимости, отличающейся от действительности, или неприемлемого результата, в таких действиях прежде всего воспринимался "объективный" момент,

---

[26] Конечно, это никоим образом не исключает того, что в образовании права участвовали и иные социальные регулятивные механизмы. Тем не менее роль религии в образовании права представляется самой значимой.

[27] *"Первоначальные правовые представления в Древнем Риме отчетливо носили теономный характер. Это нашло свое отражение также и в соответствующей терминологии"* (*Нерсесянц В.С.* Право и закон. - М., 1983, с. 133); *Аннерс Э.* История европейского права. - с. 105-106; *Дождев Д.В.* Римское частное право. - с. 15.

Как известно, в римском праве выделялись и противопоставлялись друг другу *jus* и *fas*. Под первым понимались законы человеческие, право писанное, а под вторым – высший закон, веление неба, закон неписаный, естественное право. Более того, этимология слова *jus* также свидетельствует о его религиозном происхождении: *"Восстанавливая всю полноту содержания jus в том виде, как оно могло быть определено на основании этимологических соответствий и латинских производных слов, мы выходим за рамки "права". Смысл слова восходит не столько к моральным, сколько, и прежде всего, к религиозным представлениям…"* (*Бенвенист Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. - М., 1995, с. 311).

[28] Например, в произведениях Л. Аннея Сенеки Трагика (*L. Anneus Seneca Tragicus*) (философа и автора ряда трагедий (около 4 г. до н. э. - 65 г. н. э.) используется выражение *"fas omne mundi"* - *боги всего мира*.

[29] При этом следует учитывать, что древнее право вовсе могло не связывать наказание за нарушение воли богов с виной или небрежностью нарушителя. Многое указывает на то, что древнее право рассматривало нарушителя воли богов, который совершил нарушение без вины, как "без вины виноватого". Иными словами, объективное нарушение лицом воли богов вело к выводу о виновности этого лица вместо того, чтобы путем обнаружения вины констатировать подлежащее наказанию нарушение. Миф об Эдипе демонстрирует такой подход достаточно четко.

состоящий в нанесении ущерба не богам лично, а установленному ими праву, момент, посягающий на естественный порядок вещей, и только затем мог выявляться уже упоминавшийся “субъективный” момент (причем как “субъективно-божественный”, так и “субъективно-человеческий”).

1.16. Следовательно, для освоения римским правом феномена создающих видимость правомерности сознательных действий требовался термин, подчеркивающий прежде всего “объективный” момент, но в то же время не пренебрегающий и “субъективным”. И такой термин был найден. Им оказалось слово *“fraus”*. Весьма удивительно, но факт – это слово, которое позднее приобрело значение “обман”, в архаическом латинском языке имело другое значение: *“вред, причиненный кому-либо; ущерб, утрата в результате какой-то собственной ошибки или незнания или какой-то хитрости; и отсюда “обман, хитрость”:* mala fraus *как и dolus malus. В архаическом языке* se fraude, sine fraude = sine damno, sine noxa*; cf. также facere [dare] fraudem “причинить вред, вызвать ущерб”*[30]. Значение “обман” слово *“fraus”* приобрело позднее – *“Поскольку причинение ущерба сопровождалось обычно обманными действиями,* fraus *приобрело значение “уловка, хитрость, надувательство” и даже “западня” в семейном праве. Cic., Att. 11, 16, 1; Verr. II 4, 101; оно противопоставляется* vis, *и отождествляется с* dolus, fallacia etc.*”*[31].

Кроме того, такое изначальное значение слова *“fraus”* подтверждается еще и тем, что в словосочетании *“fraus legi”*, изначально используемом для передачи значения выражения “обход закона” слово *“lex”* употреблено не в родительном падеже, а в дательном[32]. В итоге дословный перевод латинского выражения *“fraus legi”* звучит не как “обход закона”, а по разному в зависимости от этапа развития римского права: изначально как “ущерб, вред закону”, затем как “ущерб, вред закону, нанесенный обманом” и наконец как “обман в отношении закона”.

1.17. Представляется, что происхождение в римском праве выражения *“fraus legi”* было именно таким: оно появилось на свет как результат изумления древнего правосознания и последовавшего за ним негодования (причем весьма

---

[30] *Ernout A.* et *Meillet A.* Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire des mots. - Paris, 1951, t. I, p. 448-449. В своем известном словаре Бергер А. также дает такое же значение слову *“fraus”: “вред, ущерб, злой умысел, ... любое действие или сделка, сопровождаемое намерением обмануть другого или лишить его законной льготы”* (*Berger A.* Encyclopedic Dictionary of Roman Law. - Philadelphia, 1953, p. 477). См. также: “Латинско-русский словарь” Дворецкого И.Х., где указывается, что одно из значений слова *“fraus”* – “вред, убыток, ущерб”, а также “преступление” (с. 439).

[31] *Ernout A.* et *Meillet A.* Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire des mots. - p. 448-449.

[32] Правда, следует помнить о том, что выражение *fraus legis* (использующее слово *lex* в родительном падеже), также распространено, но изначально слово *lex* все же использовалось в нем именно в дательном падеже. Данный оттенок можно проследить и в некоторых романских языках: точно такую же смысловую нагрузку несет во французском языке выражение *“fraude a la loi”*, а в итальянском *“frode alla legge”,* используемые для передачи понятия “обход закона”. Ввиду отсутствия в этих языках падежей значение дательного падежа передается в них соответствующими предлогами.

экспансивных), вызванных первыми столкновениями этого делающего только первые шаги и еще не освободившегося от религиозной эмоциональности правосознания с феноменом сознательных действий, создающих видимость своей правомерности.

1.18. Но гений римского права не был бы самим собой, если бы, произведя на свет в момент своего эмоционального негодования выражение *"fraus legi"*, на этом и остановился, а не пошел дальше. Подвергая дальнейшему осмыслению этот феномен, используя на основе диалектики Аристотеля в качестве основного методологического инструмента *"установление релевантных разделений (divisiones, distinctiones) правовых институтов на роды (genera)"*[33], а также основываясь на ранее освоенном им понятии *"dolus"* (а также других понятиях, имеющих только значение "обман") и привлекая другие естественно вошедшие в его состав понятия *"aequitas"*, *"mores boni"*, *"bona fides"*, римское право постепенно выделяло особенности той или иной разновидности создающих видимость правомерности сознательных действий и присваивало им те или иные наименования. В итоге из выражения *"fraus legi"* в результате анализа обозначаемых им действий выделились более специальные понятия: *"actio doli"* (*"иск против обмана"*)[34], *"exceptio doli"* (*"оговорка о наличии обмана"*), *"simulatio"* (*"симуляция"*)[35].

Точно так же из выражения *"fraus legi"* выделилось понятие "злоупотребление правом". Оно, в свою очередь, также стало подвергаться дальнейшему анализу: *"**CALUMNIARI** - est falsa crimina intendere, **praevaricari**, vera crimina abscondere, **tergiversari** in universum ab accusatione desistere"* (*три вида злоупотребления истцов правом: выдвигать ложные обвинения, утаивать действительно совершенные преступления, вообще отказываться от иска*) (*Marci. D. 48, 16, 1.1*)[36]. Таким ж образом римское право пришло к выводу о том, что *"Acta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitandi juris est"* (*"Несомненным законом является то, что действия, совершенные в нарушение законов и предписаний или добрых нравов, не имеют силы"*) и к другим выводам, аналогичным приведенному (*supra* пункт 1.11).

И хотя данный процесс выделения из выражения *"fraus legi"* более специальных понятий шел достаточно долго и сопровождался большими трудностями (*supra* пункты 1.8 - 1.9), тем не менее он был необратим. Этот процесс полностью соответствовал уже упоминавшейся закономерности уточнения понятий с большим негативным объемом (*supra* пункт 2.34.1 главы I).

---

[33] *Дождев Д.В.* Римское частное право. - с. 27.

[34] Названный Цицероном "бичом всех вероломств".

[35] И множество других, с ним связанных: *"numno uno", "fictio", "imaginarius", "dicis causa",* передающие тот или иной аспект фиктивности (*Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 297).

[36] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. с. 384.

1.19. Само же выражение *“fraus legi”*, однажды появившись, уже не могло исчезнуть, а оставшись, изредка использовалось в качестве общего термина для обозначения любой разновидности создающих видимость правомерности сознательных действий, или же в качестве синонима по отношению к выделившимся из него специальным понятиям. Но и его смысл не оставался неизменным: по мере повышения роли светского элемента в жизни общества, уменьшения значения религии, повышения рациональности в мышлении и позитивизма в праве, акцент с изначально доминировавшего “объективного” момента смещался в сторону “субъективного”, но не “субъективно-божественного”, который в нем присутствовал косвенно, а “субъективно-человеческого”. Право научилось идентифицировать обман в различных его формах и для нейтрализации попыток лиц, совершающих создающие видимость правомерности сознательные действия, оправдать свои действия, все больший акцент делало на субъективном моменте в форме вины. Тем не менее, значение “объективного” момента в этом понятии все же продолжало сохраняться и по этой причине ни один другой термин латинского языка не мог соперничать со словом *“fraus”*, ведь последнее передавало сразу два оттенка, тогда как другие (например, *“dolus”, “fallacia”, “machinatio”*) изначально имели в себе только “субъективно-человеческий” момент.

1.20. Ввиду развития юридической техники выражение *“fraus legi”* как слишком общее с неизбежностью должно было играть в праве все меньшую и меньшую роль. Тем не менее история готовила ему другую судьбу. После падения Римской Империи римское право было забыто на несколько веков. Однако после рецепции римского права в Европе выражение *“fraus legi”* обрело свою вторую жизнь как освященное сиянием римского права. *“В противовес разнобою и несовершенству местных обычаев существовало право, пригодное для изучения и восхищавшее всех - и профессоров, и студентов. Это было римское право. В то же время с этим правом легко было ознакомиться: кодификации Юстиниана излагали его нормы на языке, который церковь сохранила и упростила, на языке, которым пользовались все канцлерства и все ученые, - на латыни. Римское право было правом блестящей цивилизации, простиравшейся от Средиземного моря до Северного, от Византии до Бретани, вызывавшей в душе современников похожее на ностальгию чувство единства, утраченного христианским миром”*[37]. Ослепленная великолепием римского права, европейская правовая наука университетов с восторгом восприняла все римские конструкции и термины, в том числе и понятие *“fraus legi”*. На основе этого понятия и немногочисленных упоминаний о нем в некоторых кодификациях римского права и работах римских юристов, глоссаторы и постглоссаторы попытались “реконструировать” конструкцию *fraus legi* в римском праве и попытались создать цельную и самостоятельную теорию *agere in fraudem*

[37] *Давид Р.*, *Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. - с. 35.

legis (*supra* пункт 1.40 главы I). Дальнейшие попытки создания такой теории были предприняты в пандектистике: в конце прошлого века проблеме *fraus legi* было посвящено впечатляющее количество монографий (*supra* пункты 1.40 - 1.41 главы I). А поскольку именно в конце прошлого века начался период расцвета коллизионного права, теория *agere in fraudem legis* проникла и в него, получив наименование *"agere in fraudem legis domesticae"*.

1.21. Между тем само римское право не давало никаких оснований полагать, что в нем то, что именовалось *"fraus legi"*, существовало в виде какой-то особой конструкции или теории. Распространенные взгляды о противоположном и все попытки создания самостоятельной теории *agere in fraudem legis* являются примером одного из величайших заблуждений во всей истории права (впрочем, неправильной реконструкции подвергались и другие правовые институты римского права[38]). Такое заблуждение было обусловлено как правовыми, так и внеправовыми факторами (историческими и культурологическими) и, как показало дальнейшее развитие права, оказалось явлением достаточно временным.

1.22. Что касается внеправовых факторов, повлиявших на возрождение к жизни понятия *"fraus legi"*, то оказалось два следующих: забвение римского права в результате прекращения существования Римской Империи и особенности рецепции римского права. Рассмотрим несколько более подробно каждый из них, а затем перейдем к рассмотрению правового фактора, повлиявшего в средние века и позднее на распространение понятия *"fraus legi"*.

1.23. Забвение римского права привело к прерыванию преемственности его традиций, и в итоге результатом рецепции стало возрождение далеко не того римского права, каким оно было в действительности. Величие Римской Империи, величие самого римского права и отсутствие подлинно научных методов его изучения не позволяли объективно смотреть на него. *"...для итальянских юристов XI-XIII вв. римское право было не только предметом академической обработки. Они не только находились под духовным обаянием его источников, в которых они встречали научную терминологию и законченную систему; они не только видели в нем писанный разум, абсолютное право, пригодное для всех времен и народов..."*[39]. Такой подход привел к искажению понимания многих вещей. Среди них оказалось и понятие *"fraus legi"*. Сегодня уже достаточно ясно, что никакой специальной теории *fraus legi* в римском праве никогда и не было: *"...римляне не выработали настоящей доктрины fraus legi facta. Существовало различие между contra legem facere и in*

---

[38] *"Римское право в период его рецепции подвергалось многочисленным приспособлениям, далеко идущим толкованиям и переработке, и этим путем создавалось, преимущественно в Германии XVI-XVII вв. то "искаженное" римское право, которое получило название пандектного права... Многочисленные теории сделки и волеизъявления, договора и договорной ответственности, вины, понятия и защиты владения и т. п., базируются на текстах римского права. Но самих этих теорий в Риме, конечно, не было"* (*Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - с. 12-13). Сказанное распространяется в еще большей степени на понятие *"fraus legi"*.

[39] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. - М., 1915, с. 9.

fraudem legis facere… Действия in fraudem legis рассматривались просто как нарушение закона"[40], *"практически приравнивались к действиям contra legem"*[41]. Никаких оснований приходить к противоположному выводу не давали и источники римского права. Даже убежденные сторонники взгляда, согласно которому теория *agere in fraudem legis* является самостоятельной и должна найти законодательное закрепление, признают, что дефиниции римского права в отношении понятия *"fraus legi"* представляют из себя скорее просто попутные высказывания, а не продуманные правовые определения[42]. И это именно так: римское право не могло проводить такое различие между *contra legem facere* и *in fraudem legis facere*, какое ему пытаются приписать сторонники теории *agere in fraudem legis* как самостоятельной правовой ценности, поскольку *in fraudem legis facere* являлось для него не чем иным, как тем же *contra legem facere*, но только с использованием каким-либо образом видимости правомерности, маскирующей неправомерные действия[43].

1.24. Несколько отвлекаясь от дальнейшего изложения, очень важно подчеркнуть в отношении различных действий, создающих каким-либо образом видимость правомерности (особенно в отношении злоупотребления правом и действий, противоречащих абстрактным принципам с той или иной степенью морального наполнения), что было бы ошибочно считать, что защищаемые в настоящей работе положения основываются на каких-то конкретных текстах римского права, и что понятие *"fraus legi"* осознанно понималось в римском праве образом именно так, как это описывается в настоящей работе. Конечно, это не так. Скорее, можно сказать, что в римском праве подобное понимание понятия *"fraus legi"* было не осознанным, а скорее интуитивным: в нем имелось некое смутное ощущение того, что некоторые, не имеющие, на первый взгляд, ничего общего, действия, предпринимаемые участниками правового оборота (обман, притворные и мнимые действия, злоупотребление правом, противоречащие основам нравственности формально допустимые действия), на самом деле имеют нечто общее, что уничтожает авторитет и силу закона. Именно это смутное, интуитивное ощущение и было отражено в понятии *"fraus legi"*. И, конечно, используемые в настоящей работе термины следует оценивать только с точки зрения сегодняшнего дня, а не как термины реального римского права. Точно так же настоящую работу необходимо рассматривать только как попытку выдвинуть гипотезу для объяснения появления понятия "обход закона" в праве, но не как описание реального положения дел в римском праве, о котором мы с полной уверенностью не узнаем уже никогда.

---

[40] *Berger A.* Encyclopedic Dictionary of Roman Law. - p. 477.

[41] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 30.

[42] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209.

[43] Неправомерные ввиду наличия обмана (в форме *suppressio veri* или *suggestio falsi*), ввиду наличия притворных и мнимых действий как разновидности обмана; или же ввиду использования формы действительного субъективного права, но в противоречии с результатом его использования; или, наконец, ввиду использования формы дозволенного действия, но в противоречии с определенными императивными моральными принципами.

1.25. Возвращаясь к вопросу о наличии самостоятельной теории *fraus legi* в римском праве, следует сказать, что также было бы ошибочно считать, что в римском праве присутствовало нечто, ее напоминающее, но что римские правоведы по какой-то причине не захотели или не смогли ее описать или просто почему-то не описали[44]. Подобная позиция является скорее желанием увидеть в римском праве то, чего в нем не могло быть. Римские юристы выразили в понятии *"fraus legi"* только то, что они хотели и могли выразить, но никак не больше: негодование, порождаемое изумлением, а также интуитивное понимание того, что некоторые, на первый взгляд, не имеющие ничего общего, действия, предпринимаемые участниками правового оборота, на самом деле чем-то связаны. И надо отдать римским юристам должное: несмотря на то, что их право было первой из всех правовых систем, столкнувшейся с такими сложными явлениями в их комплексе, они единственные смогли доступными им средствами очертить сущность этой сложнейшей проблемы, смогли точно так же, как это они умели делать и в отношении других правовых институтов, особенность которых состояла только в том, что их природа поддавалась определению с гораздо большей точностью.

1.26. Кроме того, ни в коем случае не следует забывать о том, что римское право было строго практически ориентированным, и ему не была известна культивация абстрактных принципов и понятий: *"…"правовые максимы"… взятые как отвлеченные принципы, имеют совершенно иное значение, чем то, какое они имели в контексте тех типов дел, в которых впервые были произнесены… Несомненно, что ни один римский юрист не относился к ним как к отвлеченным принципам. Когда Цицерон ратовал за более сложную систематизацию права, с четкими определениями и отвлеченными правовыми нормами, юристы "отвечали на эти упреки вежливым молчанием". У них не было никаких причин пытаться переделать гений римского права в области последовательного судопроизводства в философскую систему"*[45]; *"…концентрирование внимания на конкретных практических вопросах в части, касавшейся решения лишь отдельных типов конфликтных ситуаций, в конечном счете привело к тому, что римские юристы отказались от попыток дальнейшего развития и совершенствования общей правовой системы, основанной на формировании абстрактных понятий"*[46]. По этой причине было бы совершенно неправильно считать, что для римского права понятие "обход закона" носило такой же смысл, который был ему придан спустя века совсем другими правовыми системами. Римские юристы просто не могли создать какой-то

---

[44] *"Римские юристы… вовсе не хотели давать определение определенного для них понятия, ясно мысленно представляемого и продуманного"* (*Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 209). Об этом же свидетельствует и следующее замечание: *"В постклассический период понятие было используемо, но принципиальное освещение проблемы осталось на прежнем уровне"* (*Kunkel W.* Roemisches Privatrecht. Auf Grund des Werkes von P. Joers. - Berlin-Goettingen-Heidelberg, 1949, S. 105, Anm. 2).

[45] *Берман Г.Д.* Западная традиция права: эпоха формирования. - М., 1994, с. 141-142.

[46] *Аннерс Э.* История европейского права. - с. 108.

теории “обхода закона”, равно как и не могли придавать какое-то особое значение понятию *“fraus legi”*, поскольку это было для них глубоко чуждо и неинтересно. Появление в римском праве понятия *“fraus legi”* являлось не чем иным, как конкретной реакцией правоприменителей на конкретные случаи использования видимости правомерности, причем реакцией, не лишенной эмоциональности. Нет никаких оснований считать, что римское право посредством использования понятия *“fraus legi”* хотело сказать что-то особенное. Нет, весьма незначительное внимание к этому понятию в источниках римского права вполне соответствует истинному его положению в римском праве в целом.

1.27. Вместе с тем невозможно не признавать, что понятие *“fraus legi”* не являлось для римского права чем-то инородным. Напротив, его появление было вполне закономерным итогом действия многих факторов.

1.27.1. Один из таких факторов, создавших предпосылки для появления понятия *“fraus legi”* – переходный характер римского права, переходный в том смысле, что римское право из системы древнего права, подобной многим другим, стало превращаться в принципиально новый инструмент социального регулирования. Понятие *“fraus legi”* могло возникнуть только в такой системе права с переходным характером: возможность и степень распространения использования видимости правомерности обусловливаются во многом изменчивостью и динамизмом правового регулирования (*supra* пункт 3.75 главы I), что подтверждается ситуацией и в современном российском праве, находящемся в переходном периоде реформирования. Впрочем, данный фактор, как и следующий, имеет значение не только для рассматриваемого понятия: он в целом создал предпосылки для развития многих иных институтов римского права, и понятие *“fraus legi”* является здесь лишь одной из многочисленных иллюстраций действия этого фактора. Вторым фактором, создавшим предпосылки для появления понятия *“fraus legi”*, является характерный для римского права светский индивидуализм, без которого было бы невозможно и свободное использование субъектами права видимости правомерности, и решение правом вопроса о том, как следует расценивать такие действия[47]. В других государствах правовые системы не обладали данными характеристиками или же обладали ими в недостаточной степени, и по этой причине понятие “обход закона” в них, в отличие от римского права, появиться не могло.

1.27.2. Были и другие факторы, весьма непосредственно повлиявшие на появление понятия *“fraus legi”* в римском праве. Первый из них, достаточно тесно связанный с такой чертой раннего римского права, как его переходный характер, – архаичность римского права, его “младенческий” характер, проявлявшийся в

[47] Светский индивидуализм в римском праве был, в свою очередь, обусловлен небольшим количеством населения Древнего Рима, богатством природы и в огромной мере поощрялся военными завоеваниями и приносимыми ими материальными богатствами.

неразвитости юридической техники, равно как и в отсутствии аналитического взгляда на регулируемые явления. Только благодаря этому римский юридический гений взглянул на все случаи использования видимости правомерности не только очень наивно и непосредственно[48], но и синтетически, а не аналитически, квалифицировав их одним понятием и не будучи в состоянии немедленно их классифицировать. Появление понятия *"fraus legi"* в римском праве – результат реакции неумелого, юного правоприменителя и законодателя, обусловленной отсутствием в его распоряжении развитой юридической техники. А поскольку первыми творцами права являлись римские юристы, то можно предположить, что это именно они как правоприменители стали употреблять данное понятие, будучи, очевидно, при этом движимы и эмоциональными мотивами негодования и обиды на то, что создававшиеся ими конструкции служили не тем целям, для которых они создавались.

Отсюда можно сделать вывод о том, что понятие "обход закона" должно, как правило, встречаться в складывающихся, еще недостаточно развитых правовых системах и отраслях права[49]. Кроме того, использование понятия "обход закона" должно, как правило, свидетельствовать либо об отсутствии надлежащей юридической техники для квалификации явления, называемого "обходом закона", либо об особой эмоциональности, протестующей против использования видимости правомерности.

1.27.3. Можно отметить и следующий нюанс: понятие *"fraus legi"*, появление которого в римском праве было во многом обусловлено архаичностью, неразвитостью, переходным характером последнего и наличием в нем многочисленных пробелов, могло служить и для законодателя, и для правоприменителя достаточно удобным инструментом корректировки правового регулирования, состоящего в возможности нейтрализации правом каких-либо

---

[48] Подобно тому, как очень часто дети одни словом могут выразить суть явления, которая от взрослого рационального взгляда является скрытой.

[49] В связи с этим некоторый интерес представляет то, что понятие "обход закона" было использовано в начале развития московского муниципального права в сфере ограничения обращения товаров. Так, в Распоряжении вице-мэра Москвы от 3 декабря 1991 г. № 374-РВМ "О временном ограничении вывоза товаров народного потребления из Москвы" говорится: *"В результате прекращения поставок в Москву рядом регионов продуктовых и промышленных товаров в городе сложилась критическая ситуация в обеспечении ими населения, усугубляющаяся многочисленными фактами вывоза товаров, приобретаемых в обход установленных правил.*

В целях стабилизации положения в городе:

1. Запретить… вывоз из города… товаров народного потребления и продовольствия, приобретенных с нарушением правил торговли, установленных в г. Москве. …

3. … Ужесточить контроль за продажей товаров в розничной торговой сети в строгом соответствии с нормами их отпуска. …

8. Просить Мосгорсуд дать разъяснения народным судам о необходимости использования всех предусмотренных законом мер воздействия в отношении лиц, совершивших сокрытие товаров и отпуск их сверх установленных норм, а также скупающих товары в спекулятивных целях" (Вестник Мэрии Москвы, 1992, № 1). Как видно из этого распоряжения, то, что в его начале именуется "обходом", в дальнейшем называется "нарушением", причем в одном случае в этом нарушении присутствует обман в виде *suppressio veri*.

нежелательных действий, которые право еще не успело ограничить или запретить. Иными словами, *de lege ferenda* понятие *“fraus legi”* являлось для римского права, делающего лишь первые шаги и неспособного мгновенно заранее ограничить или запретить какие-то действия субъектов права, весьма полезным средством: любое нежелательное действие, которое, однако, еще не подверглось ограничительному или запретительному регулированию, могло быть легко объявлено “обходом закона”.

Тем не менее, оно использовалось очень редко: римские юристы предпочитали совершенствовать свою юридическую технику, а не превращать понятие *“fraus legi”* в подобный универсальный корректирующий инструмент. Немалую роль в таком подходе сыграл опять-таки господствующий в римском праве светский индивидуализм: он не мог смириться с тем, что права субъектов права будут ограничиваться не конкретными запрещениями и исключениями из общих правил, входящими к тому же в исчерпывающий перечень, а неким универсальным институтом с неопределенным содержанием, при использовании которого предсказуемость и стабильность правового оборота, четкость возникновения и прекращения индивидуальных прав ставились под угрозу.

Поэтому можно утверждать, что римские юристы сознательно отказались от широкого использования понятия *“fraus legi”* как универсального корректирующего инструмента в праве и сделали упор на поощрение индивидуализма, выработку конкретных запрещений и исключений из общих правил, входящих к тому же в исчерпывающий перечень. Бесспорно то, что такой подход привел к многочисленным издержкам и негативным последствиям. Однако оценивать такие издержки и последствия надлежит не сами по себе, а в сравнении с теми положительными итогами, которых достигли римские юристы, создав самую развитую систему права, живущую в измененном виде до сих пор. Бесспорно, что такие плюсы во много раз перевешивают отмеченные минусы.

1.27.4. Следующим важным фактором, непосредственно повлиявшим на появление понятия *“fraus legi”* в римском праве, является формализм римского права (при этом он также является тесно связанным с факторами, отмеченными выше). Влияние формализма как одного из проявлений видимости непосредственно в самом праве на регламентацию использования видимости правомерности было весьма сложным и многосторонним. Так, урегулирование правом одних вопросов при полном отсутствии регламентации других могло способствовать использованию субъектами права видимости правомерности, что поощряться не могло. В то же время использование видимости правомерности могло оставаться не нейтрализованным благодаря наличию в действиях субъекта права каких-либо моментов, полностью отвечающих формальностям регулирования. В литературе указывается, что при толковании законодательных запретов римские юристы первоначально придерживались строго формального подхода, так что не

подпадающие под прямой запрет действия были действительными; подход, базирующийся на различении духа и буквы закона (которое часто используется для характеристики понятия “обход закона”), появился уже в классический период, причем в специальном применении к некоторым законам[50]. Кроме того, формализм также дал рождение таким интересным явлениям с использованием видимости, как “типичные” притворные и мнимые действия и “притворный” процесс (*supra* пункт 3.29 главы I), “обходом закона” в римском праве не являвшиеся, но впоследствии часто им именовавшиеся.

Наконец, именно благодаря формализму римское право было вынуждено само прибегнуть к использованию видимости. С одной стороны, этот процесс привел к возможности проведения различия между “легальной” и “нелегальной” видимостью (но только такая возможность появилась в праве гораздо позднее), а с другой – к возможности смешения этих двух видов видимости (причем эта возможность возникла немедленно). В итоге это еще больше закрепило неопределенность правовой судьбы понятия “обход закона” в римском праве. Римское право металось между двумя крайностями: оно само активно использовало видимость и в то же время противилось ей, когда речь заходила о *fraus legi*. Но противопоставить “легальной” видимости “нелегальную” оно было еще не в состоянии из-за недостаточного развития юридической техники и отсутствия интереса к теоретизированию. Таким образом, не будет преувеличением сказать, что понятие *“fraus legi”* есть во многом дитя формализма права Древнего Рима.

1.27.5. Еще одним важным фактором, закрепившим понятие *“fraus legi”* в римском праве и невозможность отказа от него, являлся консерватизм римской юриспруденции: *“Римский юрист был консерватором не на практике, а лишь в теории, и в этом-то несоответствии теории практике и заключается консерватизм юриспруденции. Содержание относящихся сюда процессов мышления определяется предложением: сознание юриста отставало от явлений юридической жизни, или: инстинкт самосохранения юридических понятий действовал сильнее инстинкта самосохранения институтов, на которых основаны были понятия. Такое несовершенство процессов юридической мысли обусловливалось прежде всего конкретностью мышления древних юристов практиков; отсюда проистекала нерасторгаемость связи юридических понятий с конкретными представлениями, лежавшими в их основании”*[51]. Иными словами, понятие *“fraus legi”* во многом сохранялось в римском праве скорее по инерции, чем по необходимости. Более того, оно сохранялось скорее в теории (или в том, что являлось в римском праве теорией), но не на практике.

1.27.6. И, наконец, еще раз упомянем уже указывавшийся фактор, оказавший влияние на появление в римском праве понятия *“fraus legi”,* а именно религиозные

---

[50] *Kunkel W.* Roemisches Privatrecht. Auf Grund des Werkes von P. Joers. - S. 105, Anm. 2.
[51] *Муромцев С.* О консерватизме римской юриспруденции. - М., с. 11-12.

истоки римского права. Он сыграл немаловажную роль в процессе идентификации *fraus legi* и различных форм использования видимости правомерности. Архаичному праву было бы крайне сложно нейтрализовать обман и иные формы видимости правомерности, если бы в нем отсутствовала переплетенность с религией и моралью. Религия же и мораль как составные части архаичного права помогли ему идентифицировать уже знакомые для них явления, после чего право оказалось способным противостоять им самостоятельно[52].

1.27.7. Но если формализм, с одной стороны, помог развитию в римском праве институтов с наличием "легальной" видимости (и посредством этого, а также и сам по себе способствовал возникновению понятия *"fraus legi"*), а консерватизм римского права, с другой стороны, закрепил это понятие в правовом обороте, то другая черта римского права предотвратила дальнейшее развитие данного понятия в римском праве и развитие в нем каких-либо теорий *agere in fraudem legis*. Речь идет о практицизме римского права, который явился неодолимым препятствием на пути понятия "обход закона" в праве, но препятствием только временным, поскольку такой ценнейшей чертой правовые системы, наследовавшие богатство римского права, не обладали. Представляется, что именно этим объясняется тот факт, почему сохранившиеся определения римского права в отношении *fraus legi* можно скорее назвать замечаниями попутного характера, а не продуманными правовыми дефинициями подобно тем, какие умели формулировать римские юристы (*supra* пункт 1.36 главы I). Очевидно, что это было обусловлено практицизмом римского права в сочетании с его нелюбовью к теоретизированию. Римские юристы были совершенно правы, ограничившись самыми общими замечаниями в отношении понятия, не имевшего и могущего по своей природе иметь для них какую-либо практическую ценность.

1.28. Последовавшая в Европе в средние века рецепция римского права характеризовалась как чрезмерным восхищением всеми конструкциями и терминами римского права, так и непониманием правильной сути многих из них. Забвение не только освятило римское право, но и привело к потере его духа практицизма. Практиковавшаяся римскими юристами конкретность и практичность, их недоверие к теоретизированию были забыты. На смену им пришло проникновение в изучение права схоластического метода, слияние права с философией, что не могло не вызвать пренебрежение к практическому применению норм и излишнее теоретизирование в

---

[52] Отметим и следующий интересный момент, связанный с религией в римском праве и понятием "обход закона". Использование видимости правомерности на первых этапах развития права имеет преимущественно форму обмана. Обман же, хотя и может состоять в фактических действиях, чаще всего ограничивается словесной формой и, более того, без такой словесной формы его реализация практически невозможна. Таким образом, совершение обмана возможно в подавляющем большинстве случаев только при использовании акта речи. В то же самое время латинское слово *fas* по своей этимологии *"должно быть сближено с лат. fari "говорить, возвещать"* (*Бенвенист Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. - с. 319). Таким образом, в случае с "обходом закона" римское право столкнулось с противопоставлением субъектом права своего акта речи акту божественной речи.

праве. *“Наука права была оторвана от позитивного права. Изучение обычаев интересовало судебную практику, практикующих юристов. Ордонансы князей интересовали правительства различных стран. Однако ни обычаи, ни ордонансы не привлекали внимание тех, кто размышлял о праве и писал о нем. Так было, в частности, в университетах, где презирали разнобой и варварский характер обычаев и ордонансов и считали единственно благородным и нужным изучение и преподавание только настоящей науки права, метода, при помощи которого можно открыть основы общей для всех стран справедливости. Этот метод видели в изучении римского права и канонического права, которые в трудах их комментаторов выступали как всеобщее право цивилизованного мира, ограниченного тогда рамками христианства”*[53].

Все это не могло не привести к появлению различных теорий *agere in fraudem legis*: встречающееся в текстах римского права выражение *“fraus legi”* не только не истолковывалось, но и превращалось в целые доктрины, хотя никаких оснований для этого само римское право не давало. Средневековые юристы *“обращались с римскими текстами, как с каучуковым платьем, которое растягивали, чтобы одеть в него чрезмерно разросшееся тело новой общественной жизни с ее непредусмотренными правоотношениями”*[54].

1.28.1. Кстати говоря, в тех странах, которые не испытали на себе влияния римского права, теории *agere in fraudem legis* так и не появились. Наиболее ярким примером является английское право. В нем также присутствуют понятия, аналогичные понятию “обход закона”, но тем не менее они играют в английском праве весьма незначительную роль. Иными словами, место и значение понятия “обход закона” в английском праве очень напоминает место и значение выражения *“fraus legi”* в римском праве, а современное английское право показывает, к чему могло придти 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[55]. 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,*

---

[53] *Давид Р.* Основные правовые системы современности. - с. 24.

[54] *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. - с. 10.

[55] *“…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. - с. 281-282).

который чужд поколению юристов с небольшим опытом обращения с абстрактной теорией и меньшей склонностью к ней"[56].

1.29. На основании сказанного можно с уверенностью утверждать, что первоначальное возрождение понятия "обход закона" было вызвано преимущественно чисто историческими и культурологическими причинами, но никак не правовой необходимостью.

1.30. Но, как уже упоминалось (*supra* пункт 1.21), на появление и сохранение в праве понятия "обход закона" и связанных с ним теорий оказали влияние и правовые факторы. Ими являлись и являются отсутствие в праве адекватной юридической техники и все связанные с этим последствия. Именно он обусловливал сохранение понятия "обход закона" в законодательстве и судебной практике многих стран вплоть до начала современного века. И хотя это время было периодом его господства, это понятие по самой своей природе было обречено на постепенное исчезновение. Например, несмотря на то, что его предлагалось ввести в Германское Гражданское Уложение 1896 г., это не было сделано, поскольку оно было расценено как слишком опасное для стабильности правового оборота[57]. С тех пор ввиду резкого улучшения юридической техники выражение "обход закона" все более вытесняется из правового оборота в околоправовые сферы, причем используясь с эмоциональным оттенком[58].

1.31. Следует признать, что в логике или в рациональном никаких оснований для сохранения в праве выражения "обход закона" и тем уж более теорий "обхода закона" не существует. Тем не менее имеется множество факторов – исторических, культурологических, социальных и психологических, активно влияющих на положение понятия "обход закона" и связанных с ним теорий в праве. Перейдем к их рассмотрению.

Параграф 2. Факторы, влияющие на существование в праве понятия "обход закона"

1.32. Теоретический анализ причин возникновения понятия "обход закона" являлся бы весьма неполным без изучения тех факторов, которые как оказывали, так и продолжают оказывать влияние на его существование в праве. А таких факторов немало. Начнем с тех, действие которых противодействует существованию понятия "обход закона" в современном праве.

---

[56] *Hambro E.I.* Ordre public and fraus legis in Norwegian conflict law. - Internationales Recht und Diplomatie, 1957, Heft 4, S. 324.

[57] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 297.

[58] Сбывается предсказание немецкого юриста XIX века О. Бэра *(O. Baehr)*, советника Рейхсгерихта, который после отказа включить понятие "обход закона" в ГГУ заключил: так как поскольку *"теперь ГГУ это и без того в практике искривленное учение оставляет без внимания, то, по видимому, оно совсем скоро исчезнет из виду"* (*O. Baehr* Besprechung des Entwurfes zum BGB. – В кн.: Kritische Vierteljahrsschrift fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1888 (XXX), 330 f.). Привед. по: *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 4.

1.33. Первым и основным из этих факторов является процесс развития юридической техники, способной по мере своего развития отражать все более тонкие нюансы создающих видимость сознательных действий и противостоять им с помощью все более действенного инструментария[59]. Закономерность зависимости процесса диверсификации права от степени развития права не нуждается в каких-то особых доказательствах. Как уже отмечалось, данный процесс диверсификации применительно к понятию “обход закона” начался немедленно после появления последнего в форме возникновения более точных понятий. Он продолжается также и сегодня, полностью соответствуя существующей в праве закономерности уточнения понятий с большим негативным объемом и “монолитности” понятий с большим позитивным объемом (*supra* пункт 2.34.1 главы I). И хотя проявляется эта закономерность достаточно медленно и не без трудностей, ее воздействию подвергается все большее количество отраслей права. Именно благодаря ей понятие “обход закона” уже вскоре после своего появления стало занимать маргинальное положение среди всех других правовых понятий. В идеальном праве, рассматриваемом как *ratio scripta*, место для понятия “обход закона” не найдется никогда.

1.34. Вторым фактором, действие которого направлено против существования в праве понятия “обход закона”, является процесс коммерциализации гражданского права, процесс распространения в нем принципов торгового права[60]. Представляется, что рассматривать процесс коммерциализации как распространяющийся только на гражданское право, было бы не совсем верно: коммерциализации в той или иной степени подвергаются и иные отрасли права, и дух денег распространяется в них все более и более. Составляющие природу этого процесса явления объективно противодействуют распространению понятия “обход закона”. Во-первых, понятию “обход закона”, как уже указывалось, благоприятствуют, в частности, запретительный характер регулирования (*supra* пункт 2.32 главы I), отсутствие в нем

---

[59] В качестве примера приведем еще раз формулировку статьи 60 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 “О средствах массовой информации”: *“Нарушение законодательства Российской Федерации о средствах массовой информации, выразившееся:*

в учреждении средства массовой информации через подставное лицо, получении свидетельства о регистрации либо лицензии на вещание обманным путем, скрытой уступке лицензии, уклонении от уплаты потиражного сбора, повышенного регистрационного сбора или неправомерном получении льгот, установленных для специализированных средств массовой информации; ... - влечет уголовную, административную, дисциплинарную или иную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации” (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 7, ст. 300). Хотя эта статья и свидетельствует о еще недостаточном развитии юридической техники, выразившемся в отсутствии дифференцированных санкций, все же она дает наглядную иллюстрацию того, **насколько более примитивно выглядела бы подобная норма, если бы в ней все перечисленные действия были заменены на одно понятие - “обход закона”. Мысленно осуществить такую замену не составляет труда, и такая замена странной не выглядит. Другое дело, что являться естественной она не может.**

[60] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. - с. 20.

точности (*supra* пункт 3.52 главы I) или его формальность (*supra* пункт 3.54 главы I). Между тем денежный капитал, основной функцией которого является увеличение самого себя, объективно не терпит запретов и формальностей, равно как и неточных формулировок закона. Формальности и запреты препятствуют капиталу совершать с наименьшим количеством трудностей наибольшее количество сделок, а нормативные неточности ставят под удар надежную фиксацию прав из таких сделок. Во-вторых, функция капитала может быть реализована только при условии массовости совершения приносящих прибыль сделок, а массовость сделок становится затруднительной при наличии запретов, формальностей или же нормативных неточностей. В-третьих, коммерсанты по своему духу являются теми субъектами права, у которых наиболее сильно стремление к максимальной свободе предпринимательства, свободе договора и устранению всяческих запретов и формальностей, что просто устраняет питательную среду для существования понятия "обход закона" и развития теорий *agere in fraudem legis*. В-четвертых, именно в торговом праве ввиду его специфики сильно господство таких абстрактных категорий с позитивным содержанием, как "добросовестность", "честность". Между тем, широкое использование данных категорий крайне мало совместимо с частым использованием понятия, несущего диаметрально противоположное, "негативное" значение. Там, где господствует понятие "обход закона", добросовестность царить не может и, соответственно, наоборот. В-пятых, именно в торговом праве наиболее распространено использование легальных правовых конструкций, в той или иной степени содержащих в себе тот или иной аспект видимости (абстрактных сделок, представительства, фидуциарных сделок, перемены лиц в обязательстве, третейского разбирательства, юридических лиц; ценных бумаг на предъявителя; бланкового индоссамента; символических действий; приобретательной давности; добросовестного приобретения; отступного; прощения долга; новации; традиции). Такое законное и "положительное" использование "легальной" видимости во многом имеет следствием снижение интереса к "нелегальной" видимости и устраняет в отношении "легальной" видимости предвзятость и ошибочные мнения.

Все сказанное позволяет придти к выводу, что природа торгового права менее других совместима с понятием "обход закона"[61], и распространение принципов торгового права имеет следствием появление "иммунитета" к этому понятию и в других отраслях права. Впрочем, не все так однозначно: отметим и то, что стремление капитала к прибыли и к избежанию различных законодательных препятствий равным образом может принять форму использования видимости правомерности, вместо оказания законного влияния на правотворческую и правоприменительную деятельность. Тогда эффект коммерциализации права в интересующем нас аспекте оказывается противоположным.

[61] Интересно отметить, что в учебниках торгового права понятие "обход закона" практически никогда не упоминается.

1.35. Третьим фактором, действию которого особенно способствует торговое право и коммерциализация права вообще, является все более распространяющееся взаимодействие различных правовых систем, их взаимопроникновение и взаимообогащение. Знакомство европейских правовых систем с общим правом, в котором понятие “обход закона” используется в несравненно меньших масштабах (а если и используется, то в него вкладывается смысл, отличающийся от того, который придается ему в странах континентального права), а для борьбы с использованием видимости правомерности используется несколько иная юридическая техника (*supra* пункты 4.44 - 4.45 главы I), не может не иметь последствием сомнения в обоснованности использования понятия “обход закона” и теорий “обхода закона”. Но и тут далеко не все так просто: именно различия в правовом регулировании различных правовых систем при повышении степени интернационализации правового оборота дали толчок к развитию теории “обхода закона” в коллизионном праве (*infra* глава III).

1.36. И все же, несмотря на то, что закономерность уточнения понятий с “негативным объемом”, совершенствование юридической техники, процесс коммерциализации права, а также взаимопроникновение правовых систем являются сильнейшими факторами, снижающими значение понятия “обход закона” в праве, к сожалению, необходимо констатировать, что существуют другие, не менее мощные факторы, благодаря которым понятие “обход закона” будет присутствовать в праве или околоправовых сферах всегда.

1.37. Первый из этих факторов – идущий еще с начала настоящего века процесс публицизации права, выражающийся во все большем активном вмешательстве государства во все больший спектр общественных отношений[62]. Можно с большим основанием утверждать то, что в истории права вполне явственно прослеживается закономерность не только его диверсификации по мере развития, но также и его публицизации.

Итогом такого вмешательства является повышение числа императивных норм и все более сложная регламентация правоотношений, ставящая все более узкие рамки для проявления свободы в деятельности индивидов и нередко способная достичь степени зарегламентирования. Само собой разумеется, что подобные последствия могут иметь следствием со стороны субъектов права как протест в форме открытого нарушения императивных норм, так и стремление нарушить его, но с помощью использования видимости правомерности, иными словами, “обойти закон”[63].

---

[62] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. - с. 22.

[63] При этом следует исходить из того, что действительно предпринятые действия, направленные на избежание применения к ним определенной нормы посредством использования мер и конструкций, находящихся вне пределов нормативных запретов, не могут квалифицироваться как “обход закона”, независимо от того, могут ли они оказаться вне таких пределов по воле законодателя

Как уже указывалось, частота сознательного использования субъектами права видимости правомерности, прикрывающей неправомерность действительности, прямо зависит от степени императивности регулирования, прямо пропорциональна ей (*supra* пункт 2.32 главы I). В связи с этим можно легко объяснить и тот факт, что понятие “обход закона” сегодня чаще всего обнаруживается в источниках, относящихся именно к различным отраслям публичного, а не частного права, и тот факт, что в сфере публичного права существует несравнимо большее по сравнению с частным правом количество понятий, обозначающих использование видимости правомерности[64]. Таким образом, хотя понятие “обход закона” и появилось сначала именно в частном праве, однако диспозитивность регулирования последнего явилась отнюдь не последним фактором, повлиявшим на исчезновение из него этого понятия. Напротив, публичное право объективно предоставляет для использования понятия “обход закона” гораздо большее поле деятельности. Можно даже утверждать, что в ходе исторического развития права наблюдается дрейф понятия “обход закона” из частноправовой сферы в публично-правовую. По этой причине имеющий сегодня место процесс публицизации частного права объективно может способствовать возрождению понятия “обход закона” в частном праве.

или по его недосмотру (но только если они не являются злоупотреблением правом или если они не противоречат основам правопорядка и нравственности) (*infra* пункты 2.24 - 2.24.8).

[64] Например: “мошенничество”, “клевета”, “лжепредпринимательство”, “легализация (отмывание) денежных средств”, “предоставление неполной или заведомо ложной информации”, “фальсификация избирательных документов”, “подмена ребенка”, “присвоение полномочий должностного лица”, заведомо ложные показания, “уклонение от уплаты налогов”, “подделка документов”, “контрабанда”, “изготовление и сбыт поддельных денег” и т. д.

Как уже говорилось, именно отмеченной особенностью можно также объяснить наличие понятия “обход закона” в ГК РСФСР 1922 г. и его употребление в советском гражданском праве вплоть до 60-х годов: последнее представляло из себя не собственно частное право, а лишь одну из многочисленных частей советского права, которое все по своей природе было публичным. Характерными в этой связи являются взгляды П. Стучки, ратовавшего за слияние гражданского права с уголовным: *“...ГК в известной мере должен равняться по УК”* (*Стучка П.* Курс советского гражданского права. - М., 1931, т. 1, с. 85).

Наконец, в связи с особой важностью для государства публичных сфер деятельности, регулирование, направленное против использования видимости правомерности в этих сферах, неизбежно должно быть более детальным, чем аналогичное регулирование в частной сфере. Достаточно сравнить, например, положения ГК об обмане и притворных сделках и Указ Президента РФ от 4 апреля 1992 г. № 361 “О борьбе с коррупцией в системе государственной службы”: *“2. Запретить служащим государственного аппарата:*

заниматься предпринимательской деятельностью; ...

выполнять иную оплачиваемую работу на условиях совместительства (кроме научной, преподавательской и творческой деятельности), а также заниматься предпринимательской деятельностью ***через посредников****, а равно* ***быть поверенным у третьих лиц*** *по делам государственного органа, в котором он состоит на службе;*

самостоятельно или ***через представителя*** *принимать участие в управлении акционерными обществами, товариществами с ограниченной ответственностью или иными хозяйствующими субъектами.*

3. Установить для государственных служащих обязательное представление при назначении на руководящую должность декларации о доходах, движимом и недвижимом имуществе, вкладах в банках и ценных бумагах, а также обязательствах финансового характера. Непредставление таких сведений или ***умышленное представление неполной, недостоверной или искаженной информации*** *является основанием для отказа в назначении на должность”* (выделение мое. – М.А.) (Российская газета, 7 апреля 1992 г.).

1.37.1. Процесс публицизации права также имеет одним из своих следствий повышение неопределенности правового регулирования. Данный феномен весьма сложен для осмысления[65]. Выше уже указывалось, что неопределенность правового регулирования является одним из типов проявления видимости непосредственно в самом праве и стимулирует использование субъектами права видимости правомерности (*supra* пункт 3.56 главы I). Сейчас же можно указать еще и на то, что, с точки зрения проблематики настоящей работы, данный процесс имеет следствием стимулирование использования "размытых", неопределенных понятий, в числе которых может оказаться и понятие "обход закона". И хотя не вызывает сомнения, что в подобных складывающихся условиях достойные цели правового регулирования могут быть достигнуты только посредством использования неопределенных понятий с "положительным" наполнением, а не с "отрицательным", неопределенность понятия "обход закона" может быть оценена сама по себе, а о его "отрицательности", способной вызвать самые нежелательные последствия, может быть просто забыто.

1.38. Наконец, наряду с процессом публицизации права можно выделить еще и процесс социализации права. Неразрывно связанный с процессом публицизации, он находит свое выражение в отказе от крайнего индивидуализма, переносе акцента с индивидуального на коллективное и, что самое главное – в рассмотрении любых юридических действий через призму "социальных целей". Данный процесс идет в праве довольно активно и категория "социальных целей" или ей аналогичные ("социализация собственности", в частности)[66] все более находят закрепление в законодательстве различных стран. Не является исключением и право современной России. Одним из важнейших последствий этого процесса (которое, правда, в России еще не проявилось) является, в частности, повышение роли судов, настолько значительное, что можно уже утверждать, что позитивистский период в развитии права закончился, и оно вступает в новую эру своего развития: эру судей. Подробное рассмотрение процесса социализации не входит в задачи настоящей работы[67], но с точки зрения ее проблематики следует указать, что отмеченный выше процесс повышения неопределенности правового регулирования в ходе его публицизации во многом может быть объяснен именно социализацией права и использованием в

---

[65] Следует указать, что это явление представляет из себя, скорее всего, свидетельство кризиса механизма современного права, отдельные элементы которого (такие, как законодательная техника, но в самой большой степени правоприменительные органы) не оказались способными соответствовать реалиям действительности.

[66] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. - с. 22.

[67] Данный процесс еще в начале нынешнего века был описан Л. Дюги достаточно подробно, весьма образно и с интересными иллюстрациями (например, по мысли Л. Дюги следствием социализации права является то, что защиту получает лишь акт внешней воли, соответствующий социальной цели. Право стремится защищать выраженную внешне волю только как социальный акт, а не внутреннее хотение). См. подробнее: *Дюги Л.* Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона. - М., 1919.

качестве правового ориентира “социальных целей”, что опять-таки имеет следствием стимулирование использования “размытых”, неопределенных понятий, в числе которых может оказаться и понятие “обход закона”. Кроме того, можно проследить связь процесса социализации права с понятием “обход закона” по следующей линии: понятие “социальные цели” является вполне заменимым с понятиями “основы нравственности и правопорядка” и “противодействие злоупотреблению правом”[68]. Вполне очевидно, что и использование обмана также можно назвать нарушением социальной цели. Таким образом, упрощая и осуществив замену соответствующих терминов, можно придти к следующему утверждению: любое действие, не совместимое с социальной целью, является “обходом закона”. Однако такое утверждение, в чистой теории допустимое (но только с учетом всего сказанного выше и ниже, а также с некоторыми дополнительными оговорками), вряд ли является приемлемым с практической точки зрения. Кроме того, по ряду вполне очевидных причин вместо того, чтобы исследовать такое утверждение, является гораздо более практичным признать, что на сегодняшнем этапе развития права вместо использования понятия “социальные цели” было бы более целесообразно использовать понятия “противодействие обману”, “противодействие злоупотреблению правом”, “основы нравственности и правопорядка”.

1.39. Что же касается других факторов, благодаря которым понятие “обход закона” будет, скорее всего, присутствовать в праве или околоправовых сферах всегда, то они относятся не к сфере права, а к особенностям человеческой психики. Проводимое далее сравнение может показаться недостаточно корректным, но зато в яркости ему отказано быть не может, при условии понимания того, что все излагаемое ниже должно восприниматься с известной долей условности, скепсиса и иронии.

1.40. Если вспомнить то, что понятие *“fraus legi”* родилось на свет как следствие эмоционального изумления и интуитивного негодования древнего права[69]

---

[68] Так, значение понятия “злоупотребление правом” можно передать через указание на то, что субъективное право реализуется не в соответствии с его истинной социальной целью. Кроме того, совсем не случайно, что в работе Л. Дюги вопросу о злоупотреблении правом уделено большое внимание. Интересно и то, что в качестве примера договора, нарушающего социальную цель, он приводит договор займа, предоставленный для безнравственной цели (*Дюги Л.* Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона. - с. 56-57). Иными словами, он указывает на то, что выше уже было нами определено как противоречащее основам правопорядка и нравственности формально допустимое действие (*supra* пункт 1.30.3 главы I).

[69] Хотя и в дальнейшем будет употребляться именно слово “право”, было бы неправильным воспринимать это понятие буквально и считать, что право обладает некоей правосубъектностью и действительно переживает те психические процессы, о которых говорится далее. Нет, слово “право” и его уподобление субъекту используется автором исключительно для большей образности. На самом деле более правильным было бы говорить об индивидуальных и коллективных психических процессах, переживаемых отдельными индивидуумами как носителями права и их группами (например, практикующими юристами, законодателями, учеными-правоведами, судьями). Тем не менее все эти процессы, несмотря на их субъективный характер, в то же время являются объективными, оказывают реальное воздействие на право, формируют его, и именно поэтому право можно в определенной условной мере отождествить с самостоятельным субъектом.

от столкновения с сознательными действиями, создающими видимость правомерности (*supra* пункт 1.17), причем что право находилось в состоянии “младенчества”, то, применяя категории психоанализа, можно сказать, что действия, получившие обозначение *“fraus legi”*, были восприняты древним правом как “агрессия” против него, а это имело результатом образование у древнего правосознания “травмы”. Последняя привела к образованию у права “невроза”, периодически проявляющегося в “страхе” вновь пережить подобную агрессию, “сомнений” в отношении правомерности некоторых действий субъектов права, и иногда даже “истерии” в их отношении. Если далее проводить аналогию со схемой развития невроза согласно теории психоанализа (ранняя травма – защита – латенция – вспышка невроза – частичное возвращение вытесненного), то можно заметить, что развитие понятия “обход закона” в праве вполне гармонично укладывается в эту цепочку.

1.40.1. В самом деле, пережитая “травма” привела немедленно к появлению защитной реакции в следующих сменяющих одна другую формах: выработке понятия “обход закона”; приравниванию *in fraudem legis facere* к *contra legem facere*; принятию законов, упоминающих о запрете *fraus legi*; выработке специальных понятий, позволяющих более эффективно бороться с использованием видимости правомерности. За этим может последовать период латенции, когда право “успокаивается” и даже само начинает использовать, как показывает римское право, различные формы видимости для достижения тех целей, которые не могут быть еще достигнуты с помощью иной юридической техники (*supra* пункт 1.27.4). Однако за периодом латенции следует “невроз” (как уже было сказано, проявляющийся в “страхе”, “сомнениях”, иногда даже “истерии” в отношении использования видимости, причем как “легальной”, так и “нелегальной”), проявляющийся в правотворческой и правоприменительной практике, ставящей себе целью уничтожить “обход закона”. Все это опять приводит к выработке правом защитных мер. И наконец, происходит “частичное возвращение вытесненного”: право само начинает использовать по отношению к субъектам права ту или иную форму видимости правомерности, подобно тому, как это делалось по отношению к нему[70]. Иными словами, закон совершает “обход” самого себя.

1.40.2. Примеры подобного явления, заимствованные из советского права, уже приводились (*supra* пункты 3.32 - 3.35 главы I). На основании этого можно сказать, что советское право на протяжении всего периода своего существования переживало “невроз” со всеми присутствующими в нем фазами, и что российское право, хотя и избавилось от многих “страхов” и “сомнений”, еще не утратило основной “невротической характеристики” в форме “частичного возвращения вытесненного”. Между тем подобное отношение права к субъектам может иметь следствием только

[70] Конечно, все сказанное выглядит несколько схематично, и на самом деле последовательность указанных фаз может быть иной, а сами они могут переплетаться друг с другом.

стимуляцию желания этих субъектов совершать “агрессию” против права и тем самым образование и окончательное замыкание “порочного круга”.

1.40.3. Итак, понятие “обход закона” можно назвать проявлением в праве присутствующего в нем “невроза боязни агрессии со стороны субъектов права, обусловливающего борьбу с ними”. В качестве наглядного примера подобного “невроза” права можно привести правовое регулирование сбора налогов в современной России: постоянные жалобы на недобор налогов ввиду “злокозненности” субъектов права с одновременным усиливающимся нагнетанием истерии и использованием угроз по отношению к налогоплательщикам.

1.40.4. Но было бы несправедливо считать, что такой “невроз” присутствует только у права. Равным образом он имеется и у субъектов права как результат использования правом по отношению к ним видимости правомерности. Проявления его могут быть самыми различными: от открытого бунта против механизма правосудия до безысходной покорности ему, от открытой его апологии до восприятия его как иррационального и бессмысленного. При всем при этом данный процесс переплетается с последствиями публицизации и социализации права. Рост числа норм, запутанность регулирования, “нечеткость” и “неоднозначность” правовых норм, выход на правовую арену понятия “социальная цель” – все это ведет к “размытости” и “неопределенности” права. В итоге четкая черта между “правомерным” и “неправомерным” исчезает, и сказать заранее, будет то или иное действие правомерным или нет, невозможно. Субъект права может изначально, сам того не ведая, обнаружить себя по другую сторону правомерности и оказаться изначально виновным, тем более что этому способствует принцип *“Незнание закона не освобождает от ответственности”*[71]. Свойство определенности в праве по мере его развития все более сохраняет только наказание. В таких условиях сфера эмоционального как со стороны субъекта, так и самого права может оказаться доминирующей и вполне может способствовать очередному возрождению эмоционального понятия “обход закона”.

1.40.5. Ввиду сказанного можно утверждать, что в условиях современного регулирования наиболее безопасно с психологической точки зрения могут чувствовать себя только те субъекты права, которые либо разбираются в праве, либо обеспечивают механизм его функционирования. При этом в плане психологической защищенности на самой низкой ступени оказываются частнопрактикующие юристы и адвокаты (но даже при таком положении вещей они по сравнению с другими, не связанными с правом субъектами находятся в завидном положении), а за ними следуют работники правоохранительных органов, судьи, а также государственные чиновники и депутаты различных уровней. Сказанное может в чем-то объяснить

[71] Следует отметить, что процессы публицизации и социализации в праве также могут быть частично объяснены с психологической стороны на основе теории психоанализа. См. работу: *Делез Ж.* Представление Захер-Мазоха (Холодное и Жестокое). М., 1992, с. 260-270.

такие присутствующие в современных российских условиях явления, как стремление получить юридическое образование, страх перед правоохранительными органами, вожделение депутатского статуса, статуса государственного чиновника, судьи и многие другие.

1.40.6. Таким образом, можно утверждать, что понятие “обход закона” является обозначением не только “невроза” права, но и “невроза”, переживаемого субъектами права, борьбы двух “неврозов” друг с другом. Такое положение вещей иными словами можно обозначить как один из аспектов извечной борьбы между субъектами права и правом по поводу границы между свободой и ограничениями. Но при этом понятие “обход закона” не является самостоятельным правовым инструментом, субсидиарным по отношению к понятиям “законность” и “незаконность” как основным орудиям борьбы против нежелательных для права и общества явлений. Нет, оно является только образным и емким обозначением тех не признаваемых правом уловок и хитростей, которые субъекты права используют против права.

1.40.7. Заканчивая рассмотрение вопроса о связи понятия “обход закона” с психическим, можно также отметить, что это понятие обладает еще одной психологической характеристикой, неразрывно связанной с уже отмеченной. С точки зрения психологии понятие “обход закона” является символом, архетипом, праформой и прообразом для всех других многочисленных понятий, обозначающих различные формы использования видимости правомерности.

1.40.8. Как известно, все сферы человеческой культуры наполнены различными символами, сохранившимися в ней еще со времен “младенчества” человечества. Поэтому бесспорно то, что точно такие же архетипы должны существовать и в праве, и что при их помощи можно заглянуть на истоки права. И одним из них является понятие “обход закона”. Именно оно было первым, которое использовалось для обозначения всех форм использования видимости правомерности и именно из него выделились все иные, более точные понятия, обозначающие такие формы. Благодаря своей необычайно глубокой абстрактности и “неуловимости”, которая тем не менее передает одну из глубочайших правовых проблем, а именно проблему соотношения видимости и действительности в праве, это понятие и было, и продолжает оставаться одним из символов, которым обозначается сама сущность права[72], символом, когда-то исполненным для древних тайным смыслом, но сегодня во многом забытым в результате рационализации, которой он был подвергнут. Тем

[72] Так, можно провести аналогию между тремя принципами, которых римляне считали основой права: *“Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (“Жить честно, другому не вредить, каждому воздавать должное”)*, и, соответственно, тремя соответственно “зеркально” противоположными им действиями, создающими “обход закона”: обманом, злоупотреблением правом, причиняющим вред, и противоречащими основам правопорядка и нравственности формально допустимыми действиями с вытекающим из них не должным результатом (которым, однако, в конце концов воздается должное).

не менее, как архетип это понятие навсегда будет принадлежать к коллективному правовому бессознательному и периодически всегда будет всплывать из его глубин, подвергаясь рационализации со стороны правового сверх-Я, но так и оставаясь рационализированным не до конца. Более того, объективные особенности таких процессов рационализации у различных субъектов права будут обусловливать то или иное его наполнение и ту или иную частоту его использования. Наконец, отмеченная сейчас характеристика понятия “обход закона” как архетипа и элемента коллективного правового бессознательного, переплетаясь с другой, уже отмечавшейся “невротической” его характеристикой (и наоборот), неизбежно приводит к фиксации этого понятия в психике субъектов права и, следовательно, в самом объективном праве.

1.41. Таким образом, на основании сказанного можно сделать вывод, что несмотря на процессы, имеющие в своем основании логику и рациональное и объективно сводящие на нет основания существования в праве понятия “обход закона”, благодаря другим, не менее мощным процессам, некоторые из которых вообще не имеют отношения к праву как к *ratio scripta*, это понятие всегда будет присутствовать в праве или околоправовых сферах[73].

1.42. Однако сказанное, как уже указывалось, никоим образом не означает призыв использовать это понятие в праве и отказаться от дальнейшего развития юридической техники. Культивирование символов и архетипов практической юриспруденции не пристало: это прерогатива иных областей человеческого знания (право же может заниматься им только в историческом, философском, социологическом или культурологическом аспекте). Сознательное использование понятия “обход закона” возможно, но только в специальных исследованиях, а также в тех случаях, когда для обозначения ситуации не может быть использован более точный термин, или когда это оправдывается эмоциональностью стиля изложения или же стилем, относящимся к околоправовой сфере. Во всех иных случаях использование этого термина в области правотворчества или правоприменения будет являться или неточностью, или будет способствовать регрессу в праве (в крайнем случае его стагнации) или, наконец, свидетельством доминирования эмоционального над рациональным.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ I

1.43. Предпринятое краткое рассмотрение причин возникновения и существования в праве понятия “обход закона” позволяет еще раз удостовериться в правильности точки зрения, гласящей, что “обходом закона” может быть названо

[73] Или во всяком случае до тех пор, пока человек будет обладать имеющейся у него психикой. Тем не менее, хотелось бы верить в то, что суды при осуществлении своих функций, значимость которых в современное время необыкновенно возрастает (*supra* пункт 1.38), даже в условиях неопределенности права не откажутся от применения отточенной юридической техники и не будут употреблять понятие “обход закона”.

только сознательное использование в любых формах видимости правомерности, пытающееся скрыть неправомерную действительность. Представляется, что только такой взгляд может являться удовлетворительным для объяснения многих неоднозначных фактов и явлений, связанных с историей и статусом понятия “обход закона” как в римском праве, так и в других правовых системах на протяжении всей их истории.

1.44. Рассмотренные причины возникновения и существования в праве понятия “обход закона” также позволяют удостовериться в правильности многих выводов, сделанных выше применительно к правовым институтам, непосредственно используемым для “обхода закона”. Так, история возникновения в римском праве понятия “обход закона” весьма ярко демонстрирует генетическое родство таких понятий, как “обман”, “притворные и мнимые действия”, “злоупотребление правом” и “противоречие основам правопорядка и нравственности”.

1.45. И, наконец, именно рассмотрение причин возникновения и существования в праве понятия “обход закона” позволило нам наиболее глубоко проникнуть в его правовую сущность, обусловившую все перипетии его правовой судьбы: чуть ли не от сакрализации в римском праве до профанизации в современном регулировании. Такое рассмотрение позволило еще лучше понять проблему “обхода закона”, этого необыкновенно интересного явления, правовой загадки, одновременно обладающей и низким, и высоким правовым смыслом, высвечивающей то одну свою грань, то другую.

РАЗДЕЛ II. КРИТИКА ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И НЕКОТОРЫХ ТЕОРИЙ “ОБХОДА ЗАКОНА”

2.1. Все сказанное выше заставляет относиться к теориям “обхода закона” и к самому понятию “обход закона” с достаточной долей критичности и осторожности. Для обоснования этого тезиса сначала будет дана критика понятия “обход закона” (*параграф 1*), а затем критика некоторых теорий “обхода закона” (*параграф 2*) и будут выдвинуты некоторые общие дополнительные возражения против использования в праве понятия “обход закона” (*параграф 3*). Кроме того, будут приведены дополнитенльные аргументы в пользу понимания понятия “обход закона” как обозначения видимости правомерности (*параграф 4*). В заключение настоящего раздела будет обрисовано место понятия “обход закона” в отечественном праве (*параграф 5*).

Параграф 1. Критика понятия “обход закона”

2.2. Как уже указывалось, понятие “обход закона” обладает весьма особенными характеристиками: необыкновенной неопределенностью и способностью быть употребляемым в очень разных ситуациях (*supra* пункты 2.16 - 2.16.7 главы I); “амбивалентностью”, то есть как “правовым”, так и “околоправовым” статусом

(*supra* пункты 2.17 - 2.17.2 главы I); “эмоциогенностью” (*supra* пункты 2.18 - 2.18.1 главы I). Однако нельзя не признать, что каждая из таких характеристик, и даже их совокупность, еще не могут однозначно свидетельствовать о нежелательности или сомнительности понятия “обход закона” в сфере права. Дело в том, что в праве существует множество и других понятий, к которым применима каждая из указанных особенностей или даже их совокупность.

Тем не менее, не следует забывать и о другой характеристике данного понятия, а именно его “негативном” смысле, благодаря которому произошло его уточнение (*supra* пункт 1.18). В совокупности с этой чертой все три указанные особенности предстают в новом свете.

2.3. Понятие “обход закона” в праве является не просто неопределенным. Более того, это не та правовая неопределенность, которая характерна для других правовых понятий. Во-первых, это сверхнеопределенность. Разве можно говорить серьезно об использовании в праве понятия, которое является родовым по отношению к понятиям “обман”, “злоупотребление правом” и “противоречие основам правопорядка и нравственности”? Если адекватное использование каждого из них представляет для права невероятно сложную проблему, которая не решена и не будет решена никогда, то как же право сможет решить ту же самую проблему, возведенную в куб? Во-вторых, такая сверхнеопределенность понятия “обход закона” вызвана внутренней для самого этого термина причиной - слишком большим “негативным” объемом этого понятия, которому было тесно в его рамках, и который при достижении правом определенного уровня “вырвался” из них, вылившись в новые “негативные” понятия, более узкие по объему. Прежняя же форма термина еще не успела исчезнуть, но уже настолько утратила “репутацию”, что каждый считает возможным использовать его в том значении, которое считает нужным (правда, все такие значения генетически между собой связаны). Более того, благодаря той же самой негативной неопределенности и утрате своей “репутации” понятие “обход закона” постепенно стало утрачивать свой изначальный и истинный смысл как обозначения использования видимости правомерности и стало использоваться просто для обозначения видимости в праве. В результате в понятие “обход закона” стали вкладываться диаметрально противоположные значения: под “обходом закона” одновременно могут пониматься как незаконные действия, так и совершенно законные (*supra* пункт 2.16.2 главы I). А если вспомнить о том, какое важное место в праве занимает институт “легальной” видимости, то станет понятно, что дальнейшее использование понятия “обход закона” будет означать только дальнейшее его отождествление с понятием “видимость”, в результате чего будут потеряны все ориентиры, многие легальные правовые институты и явления с использованием видимости незаслуженно приобретут наименование “обход закона”, “обход закона” превратится в важный институт правового оборота, а большая часть

самого позитивного права предстанет в неожиданном и непривлекательном виде “обхода закона”.

2.4. На современном этапе развития права подобную неопределенность понятия “обход закона” по аналогии с выражением “дурная бесконечность” также можно назвать “дурной”, противопоставляя ее иным видам неопределенности, присутствующим в праве и обусловленным, в частности, “положительной” природой соответствующих понятий[74] или объективными причинами, например, отсутствием достижения той или иной отраслью права необходимого уровня развития. И если против последнего вида неопределенности возражать невозможно, то наличие в праве первого вида должно вызывать только резкое неприятие.

2.5. Уже по одной этой причине не является оправданным использование в праве понятия “обход закона” как не просто сверхнеопределенного, но неопределенного до степени внутренней противоречивости. Кроме того, не является целесообразным использование этого понятия как слишком близкого к обыденному сознанию и не до конца вписывающегося в правовую терминологию. Даже если в термине “обход закона” и сохранилось что-то правовое, то при наличии более точных терминов, из него выделившихся, сознательно использовать его было бы по меньшей мере бесперспективно.

2.6. Также особо укажем на то, что в условиях наличия в праве категорий “законность” и “незаконность” для понятия “обход закона” не может найтись самостоятельное место. Зачем говорить об “обходе закона” в том случае, когда имеется нарушение закона? С другой стороны, если нарушения закона не имеется, говорить об “обходе закона” тем более бессмысленно. Это породило бы только терминологическую путаницу и привело бы к удвоению терминов, что весьма нежелательно для правового оборота. Повторяя слова одного из английских судей, апелляционный суд канадской провинции Онтарио совершенно справедливо заметил о понятии *“fraud”*, при помощи которого в английском языке иногда передается выражение “обход закона”: *“Это нечто нечестное и предосудительное с точки зрения морали, и было много причинено вреда, равно как и нанесено ненужных страданий, тем, что его использовали там, где “незаконность” и “незаконный” являются действительно подходящими выражениями”*[75].

Также и в отечественном праве в 20-е годы настоящего столетия, в условиях наличия в ГК РСФСР статьи 30, упоминавшей об “обходе закона”, такие результаты

---

[74] В качестве примера можно указать на “положительную” неопределенность понятия “добрые нравы”.

[75] (C.A.) Washburn and Wright (1914) 31 O.L.R. 138; 6 O.W.N. 131; 19 D.L.R. 412. Привед. по: The Encyclopedia of words and phrases. Legal maxims. Canada. 1825-1940. - vol. II, p. 559).

Повторены были следующие слова: *“Fraud' in my opinion, is a term that should be reserved for something* ***dishonest*** *and* ***morally wrong****, and much mischief is, I think, done, as well as much pain inflicted, by its use where “illegality” and “illegal” are the really appropriate expressions”* (per Wills J., Exp. Watson 21 Q.B.D. 301) (выделение мое. - М.А.). Привед. по: Stroud's judicial dictionary of words and phrases. –vol. 2, p. 1095.

уже имели место: *“И ст. 30 ГК, имеющая крайне важное значение, на деле применялась чрезвычайно распространительно. Бывали случаи, что договоры отменялись”* когда *“просто была нарушена статья закона, а не то, что целью договора было совершить противозаконную сделку или в обход закона”*[76].

2.7. Конечно же, с абстрактной точки зрения в условиях наличия или отсутствия нарушения закона использование понятия “обход закона” возможно, тем более что истинный смысл этого понятия как раз и состоит в обозначении противоправности, которой только пытаются придать видимость правомерности. Более того, очень часто понятие “обход закона” употребляется именно в качестве синонима понятия “нарушение закона”[77]. Однако с практической точки зрения такое употребление совершенно бессмысленно. *“Когда какое-то действие осуждается как “обход”, то имеется в виду, что оно находится за чертой противоправности, обозначенной преследуемыми законом целями, если и не простой его буквой. Когда закон проводит подобную черту, любое дело находится либо по одну ее сторону, либо по другую, и если оно на защищаемой законом стороне, то с правовой точки зрения нимало не предосудительно то, что сторона использовала в своих интересах полностью все то, что закон дозволяет”*[78]. Соответственно, при употреблении понятия “обход закона” в таком смысле необходимо, по меньшей мере, специально это оговаривать[79].

2.8. Так и в настоящей работе использование термина “обход закона” обусловлено только специальной целью исследования и никоим образом не означает

---

[76] Энциклопедия государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. - т. I, столбик 718.

[77] *“Сделка недействительна… когда она совершена вопреки постановлению закона (negotium in fraudem legis)”* (*Гримм Д.Д.* Лекции по форме римского права (в связи с балтийским правом). – СПб., 1893, с. 97). См. также, например: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 января 1996 г. № 7770/95 (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 3), в котором Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, совершенно непонятно почему, для характеристики нарушения закона употребил понятие “обход закона”. Наконец, в латинском языке одно из значений слова *“circumvenire”* было не только “обходить”, но и “нарушать, не исполнять” (Латинско-русский словарь Дворецкого И.Х. - с. 189).

[78] Bullen v. State of Wisconsin (Wis.) 36 S.Ct. 473, 474, 240 U.S. 625, 60 L.Ed. 830. Привед. по: Words and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. – vol. 17, p. 354).

[79] Так, хотя в одном из дел апелляционный суд канадской провинции Альберта и употребил понятие “обход закона”, тем не менее он специально подчеркнул его особый смысл: *“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”* ((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.

призыв использовать этот термин вообще. Его сознательное использование возможно только в тех случаях, когда это оправдывается эмоциональностью стиля изложения (но при этом встает вопрос о допустимости эмоциональности в серьезных правовых сферах) или же стилем, относящимся к околоправовой сфере. Во всех иных случаях использование этого термина оправдано быть не может.

Параграф 2. Критика некоторых теорий "обхода закона"

2.9. Итак, понятие "обход закона" не обладает никакой специфической самостоятельной природой, а представляет собой общее собирательное выражение для обозначения совокупности неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности. Подобное выяснение природы понятия "обход закона" было предпринято автором далеко не случайно. Дело в том, что существует определенная тенденция придавать этому понятию самостоятельное правовое содержание и доказывать, что обозначаемый им феномен представляет собой правовое явление *sui generis*. В отечественном праве подобная тенденция не успела заметно себя проявить (хотя в 20-х годах нынешнего столетия такие попытки предпринимались (*supra* пункты 1.4 - 1.4.1 главы I), но она проявила себя на Западе, причем, как показало время, - без особого успеха. Отметим, что указанная тенденция проявила себя в возникновении и существовании многих теорий "обхода закона", доказывающих самостоятельную правовую специфику понятия "обход закона"[80]. Правда, большинство из них уже принадлежит истории, но их отголоски время от времени еще дают о себе знать, и само продолжение существования в праве понятия "обход закона" не исключает возможности нового обращения к ним. В связи с этим было бы целесообразно кратко рассмотреть хотя бы в самых общих чертах некоторые из таких теорий.

2.10. Одна из подобных теорий "обхода закона" пытается обосновать крайне любопытный и парадоксальный взгляд на "обход закона" как правовой институт *sui generis*, суть которого состоит в борьбе против использования законных сделок и действий, в итоге приводящих, однако, к противоправным результатам ввиду нарушения ими некоей цели (или смысла) закона. *"Сделка признается совершенной в обход закона, когда она по своему содержанию соответствует закону, но в результате этой сделки, в совокупности с иными обстоятельствами, - возникает положение, находящееся в несоответствии с законом"*[81]; *"Сделкою, совершенною в обход закона, считается такое соглашение, в силу которого стороны заключают один или несколько договоров, из которых каждый формально законен и*

---

[80] Вспомним, что и римские юристы, указывая на "обход закона", противопоставляли "**букву**" закона его "**смыслу**".

[81] *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. Гражданский Кодекс РСФСР. Научный комментарий (с учетом гражд. код. союзных респ.). Выпуск V. - с. 18.

действителен, но по существу каждый способствует достижению незаконной цели…"[82].

2.10.1. В ответ на это можно только предварительно сказать, что любая комбинация законных средств иметь результатом незаконность не может, если только их законность не является видимостью правомерности. Поэтому не удивительно, что когда для иллюстрации подобных высказываний приводятся какие-либо примеры, то оказывается, что в них присутствует либо прямая противоправность, либо использование видимости правомерности, либо полная законность. К такому выводу, помимо автора, приходили и другие лица, исследовавшие проблему "обхода закона": Г.Ф. Дормидонтов отмечал применительно к таким случаям: *"Мы имеем дело или с прямым нарушением закона или, напротив, действительным совершением одного или нескольких законом дозволенных действий, влекущих все связанные с ними законные последствия"*[83].

2.10.2. Однако рассмотрим данную теорию более подробно.

Бесспорно то, что взгляд, согласно которому использование законных сделок и действий может приводить к противоправным результатам ввиду нарушения ими некоей цели (или смысла) закона и что именно это является "обходом закона", выглядит, по меньшей мере, весьма странно. Однако он может быть объяснен рационально.

2.10.3. Представляется, что сторонники такого взгляда выступают в отношении конкретных правоотношений, в которых они усматривают "обход закона" с точки зрения будущего, *de lege ferenda.* Само собой разумеется, что в роли будущего законодателя они видят себя и оценивают конкретные правоотношения только исходя из своих представлений о том, что должно быть дозволено, а что запрещено.

Выше уже указывалось, что понятие *"fraus legi"*, появление которого в римском праве было во многом обусловлено архаичностью, неразвитостью, переходным характером последнего и наличием в нем многочисленных пробелов, могло служить и для законодателя, и для правоприменителей достаточно удобным инструментом корректировки правового регулирования, состоящего в возможности нейтрализации правом каких-либо нежелательных действий, которые оно еще не успело ограничить или запретить.

Иными словами, *de lege ferenda* понятие *"fraus legi"* являлось для римского права, делающего лишь первые шаги и неспособного мгновенно заранее ограничить или запретить какие-то действия субъектов права, весьма полезным средством:

---

[82] *Новицкий Т.Н.* Общая часть Гражданского Кодекса РСФСР. - с. 35. Можно привести и иные примеры: *"Обход закона состоит в том, что участники запрещенной сделки избирают для достижения результатов, запрещенных законом, какую-нибудь дозволенную сделку, с помощью которой пытаются осуществить свои цели"* (*Зимилева М.В.*, *Серебровский В.И.*, *Шкундин З.И.* Гражданское право. Учебник для юридических школ. - М., 1944, с. 48).

[83] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 74.

любое нежелательное действие, которое, однако, еще не подверглось ограничительному или запретительному регулированию, могло быть легко объявлено “обходом закона”. Но верно и обратное: если кто-то использует понятие “обход закона” в отношении законного действия, то это значит, что он рассматривает правовое регулирование такого действия как неразвитое и содержащее пробелы, в результате чего, по его мнению, признается законным то, что должно быть конкретными нормами ограничено или запрещено. Именно в этом состоит смысл употребления понятия “обход закона” в утверждениях о том, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, и что поэтому они являются “обходом закона”.

2.10.4. Нельзя не согласиться с тем, что в основе подобных взглядов некоторое рациональное зерно в принципе имеется. Его суть можно сформулировать следующим образом: поскольку идеальное нормативное регулирование в форме установления общих норм существовать просто не может, и любая подобная нормативная система будет с точки зрения *de lege ferenda* являться неразвитой и содержащей пробелы, а они в свою очередь могут препятствовать нейтрализации нежелательных действий субъектов права, которые могут рассматриваться как законные, поскольку право просто еще не успело или не смогло конкретными предписаниями ограничить или запретить их, то возникает необходимость ввести в правовое регулирование некие общие правила, которые позволят нейтрализовать такие нежелательные действия даже и в отсутствие конкретных предписаний в их отношении. Альтернативой таким общим правилам может быть только признание таких нежелательных действий влекущими все юридические последствия. История римского права показывает, что на первых этапах своего существования нормативное регулирование именно так и поступало. Тем не менее, на дальнейших ступенях своего развития право пришло все же к выводу о необходимости выработки таких неких общих правил, поскольку их использование влечет более благоприятные для общества результаты, чем их отсутствие.

2.10.5. Однако при дальнейшем продвижении в указанном направлении возможно использование двух диаметрально различных подходов: **1)** признание допущения таких неких общих правил без попытки установить их содержание; **2)** определение содержания таких общих правил, установление тех условий, при которых соответствующие требованиям закона действия могут быть объявлены лишенными правовой силы. Вполне очевидно, что с точки зрения поиска баланса между стабильностью правового регулирования и возможностью нейтрализации некоторых нежелательных действий второй подход предпочтительнее в несравненно большей степени. Однако, как всегда, это еще не значит, что первый подход будет отвергнут как менее перспективный.

2.10.6. История римского права показывает, что в самом начале своего развития право еще могло допускать использование такого первого подхода: понятие *“fraus legi”*, появление которого в римском праве было во многом обусловлено архаичностью, неразвитостью, переходным характером последнего и наличием в нем многочисленных пробелов, могло служить и для законодателя, и для правоприменителей достаточно удобным инструментом корректировки правового регулирования, состоящего в возможности нейтрализации правом каких-либо нежелательных действий, которые право еще не успело ограничить или запретить. Однако впоследствии по ряду причин римское право в принципе отказалось от использования такого инструмента и предпочло уточнить те условия, при которых соответствующие требованиям закона действия могут быть объявлены лишенными правовой силы.

2.10.7. Но первый подход продолжал жить: несложно заметить, что его исповедуют именно те, кто без каких-либо уточнений заявляют, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, и что поэтому они являются “обходом закона”.

2.10.8. На самом деле, если все же уточнить, о чем идет речь, то все предстанет в несколько ином свете. Бесспорно то, что у каждой правовой нормы есть своя юридическая цель. Однако с точки зрения юридической техники любая правовая норма может выражать такую свою цель исключительно двумя способами: **1)** либо регламентацией конкретных и четко определенных действий и ситуаций безотносительно к достигаемому при их помощи конечному результату (в качестве примера можно привести запрет одной коммерческой организации осуществлять дарение в пользу другой коммерческой организации. Такая норма является безотносительной к конечному результату дарения, то есть к переходу права собственности, поскольку коммерческая организация может приобрести право собственности на такое имущество без дарения, а, например, путем его покупки); **2)** либо регламентацией достижения конечного результата безотносительно к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых такой конечный результат достигается (в качестве примера можно привести запрет одной некоммерческой организации приобретать право собственности на любое имущество от коммерческой организации. Такая норма является безотносительной к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых достигается конечный результат, то есть переход права собственности, поскольку приобретение права собственности на имущество становится невозможным ни путем дарения, ни путем покупки, ни каким-либо иным путем). **Представляется, что с точки зрения юридико-технической один из двух отмеченных типов регламентации и есть непосредственная правовая цель правовой нормы, в то время как какие-либо другие правовые цели у нее отсутствуют (но при этом в**

норме можно выделять помимо правовой цели экономические, политические и другие, не путая ни в коем случае их с правовой целью).

Впрочем, не исключается и сочетание этих двух типов регламентации (однако в дальнейшем для упрощения анализа мы будет исходить из их раздельности). Кроме того, для упрощения дальнейшего анализа предположим также, что каждый из таких типов регламентации носит запретительный характер.

2.10.9. Несложно заметить, что во втором из отмеченных случаев достижение какого-либо конечного результата будет неправомерным вне зависимости от используемых способов, в то время как в первом случае неправомерным будет использование только какого-то одного конкретного и четко определенного действия. Таким образом, можно сделать вывод о том, что в тех случаях, когда правовая норма запрещает какое-либо конкретное и четко определенное действие, но не запрещает достижения конечного результата, к которому ведет такое действие, то использование любого другого действия для достижения такого конечного результата будет являться правомерным.

2.10.10. Между тем очень часто так не считают сторонники взгляда, согласно которому использование законных сделок и действий может приводить к противоправным результатам ввиду нарушения ими некоей цели (или смысла) закона, и что именно это является "обходом закона". Например, даже в тех случаях, когда правовая норма запрещает какое-либо конкретное и четко определенное действие, но не запрещает достижения конечного результата, к которому ведет такое действие, то использование любого другого действия для достижения такого конечного результата они объявляют незаконным и "обходом закона": *"Обходом постановления закона о круге законных наследников… будет акт дарения имущества постороннему лицу, совершенный умирающим"*[84]. Такие примеры можно приводить в большом количестве: так, "обходом закона" объявлялась выплата работодателем вознаграждения супругу работника этого работодателя, на заработную плату которого третьими лицами было обращено взыскание (хотя невозможность обращения взыскания на такое выплачиваемое супругу вознаграждение была подтверждена судом)[85]; "обходом" запрета наследования объявлялись договоры дарения[86]. Количество таких примеров можно лишь умножать. Интересно указать и на то, что последний пример с "обходом" запрета наследования демонстрирует то, что договор дарения может, оказывается, являться,

---

[84] *Зимилева М.В.*, *Серебровский В.И.*, *Шкундин З.И.* Гражданское право. Учебник для юридических школ. - с. 48.

[85] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 1.

[86] И.Б. Новицкий указывает в отношении Декрета ВЦИК от 27 апреля 1918 г. "Об отмене наследования": *"Для того, чтобы предупредить обход этого закона путем дарения имущества еще при жизни собственника будущим наследникам, почти одновременно (20 мая 1918 г.) был издан декрет о дарениях, которым дарения на сумму свыше 10000 признавались недействительными"* (*Новицкий И.Б.* История советского гражданского права. - с. 56).

по мнению сторонников понятия “обход закона”, как “обходом” закона, запрещающего наследование, так и “обходом” закона, разрешающего наследование.

2.10.11. Несложно заметить, что во всех отмеченных случаях квалификация конкретного и четко определенного действия как “обхода закона” осуществлялась не потому, что закон запрещал такое действие, а только потому, что закону произвольно приписывалась такая цель (или смысл), которая якобы запрещала такое действие, причем эта выдуманная цель отличалась от действительной правовой цели нормы. Иными словами, лица, употреблявшие понятие “обход закона” в таких случаях, брали на себя функцию законодателя и вводили по существу новую норму, распространяя запрет, установленный для одного конкретного и четко определенного действия, на некоторое иное конкретное и четко определенное действие, исходя при этом из некоей новой цели (или смысла) закона, которую, как они полагали, закон преследовал (или имел). В этом и состояла их ошибка: они не имели никакого основания распространять запрет, установленный для одного конкретного и четко определенного действия, на другое конкретное и четко определенное действие, которое вело к точно такому же конечному результату, причем в условиях, когда запрет для первого действия устанавливался безотносительно к такому конечному результату.

2.10.12. Между тем, рассматривая функционирование механизма “обхода закона”, мы уже сталкивались с рассуждениями, напоминающими логику сторонников рассматриваемого в настоящий момент взгляда на “обход закона”. Тогда было объяснено, почему некоторые действия законодателя вдруг называются “обходом закона”: все дело в том, что имеет место обычная логическая ошибка, при которой действие законодателя, направленное на неприменение какой-то нормы путем установления исключения из нее, приравнивается к использованию видимости правомерности, при которой также имеет место неприменение определенной нормы. Тем самым, исходя из идентичности результата, вызываемого двумя совершенно различными процессами, некоторые делают совершенно неправильный вывод об идентичности природы этих процессов.

Та же самая логическая ошибка имеет место и в рассматриваемом случае: забывая о том, что запрет для первого конкретного и четко определенного действия устанавливался безотносительно к его конечному результату, сторонники рассматриваемого в настоящий момент взгляда на “обход закона” обращали внимание только на конечный результат, а он и при первом, и при втором конкретном и четко определенном действии был абсолютно идентичен. Отсюда они делали вывод о том, что эти два действия по природе идентичны, и следующим логическим их шагом было приписывание запретительной норме дополнительной цели, хотя она у нее и отсутствовала.

2.10.13. В то же время можно утверждать то, что сторонники рассматриваемого взгляда на “обход закона” совершали другую логическую и правовую ошибку,

поскольку они отождествляли между собой два способа юридической техники, которыми норма выражает свою действительную правовую цель (*supra* пункт 2.10.8): регламентация конкретных и четко определенных действий и ситуаций безотносительно к достигаемому при их помощи конечному результату превращается у них в регламентацию конкретных и четко определенных действий и ситуаций с учетом достигаемого при их помощи конечного результата. Между тем исходить следует из действительной правовой цели нормы, игнорирующей конечный результат: *"В случае, когда обязательное предписание не содержит строгого запрета в отношении определенного результата сделки, а регламентирует лишь средства достижения данного результата, это не означает признания недействительной сделки, при которой результат достигается с помощью иных, помимо запрещенных средств"*[87]; *"...все, что не запрещено, считается дозволенным и, если дозволенная цель может быть достигнута разными способами, не запрещенными законом, то выбор того или другого способа принадлежит участвующим в сделке сторонам..."*[88]; *"...согласно общему методу толкования, принятому нами, в тех случаях, когда какой-нибудь вопрос не был предусмотрен законодателем, его молчание нас не связывает"*[89].

2.10.14. Итак, в том же случае, когда закон запрещает совершение какого-либо конкретного и четко определенного действия, но делает это безотносительно к достигаемому при его помощи конечному результату, то нет никаких оснований при рассмотрении иного действия, ведущего к точно такому же результату, полагать, что данный закон запрещает такое иное действие, отыскивать несуществующую у этого закона цель (или смысл), которыми можно было бы оправдать запрещение второго действия и тем самым обнаружить несуществующий "обход закона". Любой иной взгляд основывается на элементарной логической ошибке и незнании юридической техники.

2.10.15. Тем не менее такой вывод подлежит уточнению: упоминавшееся иное действие (с учетом того, что в нем отсутствует использование обмана) тем не менее должно быть признано лишенным правовой силы, если только оно представляет собой злоупотребление правом или является противоречащим основам правопорядка и нравственности формально допустимым действием. Однако лишение такого действия правовой силы обусловливается не гомогенностью его конечного результата с конечным результатом конкретно и четко запрещенного действия, а наличием в нем использования видимости правомерности.

---

[87] *Сакаэ Вагацума*, *Тору Ариидзуми* Гражданское право Японии. – кн. 1, с. 109.

[88] *Саатчинян А.Л.* Гражданское уложение. Проект высочайше утвержденный редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. Проект высочайше утвержденной редакционной комиссии по составлению гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов редакционной комиссии). – СПб., 1910, т. 2, с. 192.

[89] *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. - М., 1947, с. 40

2.10.16. Но можно ли говорить об “обходе закона” в случае, когда правовая норма выражает свою цель регламентацией достижения конечного результата безотносительно к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых такой конечный результат достигается? Представляется, что нет: если норма запрещает достижение какого-либо конечного результата, то использование для такого достижения любого способа будет являться незаконным, и привлечение понятия “обход закона” ничего в этом отношении нового дать не сможет, так как такой способ будет являться незаконным сам по себе. Зачем именовать “обходом закона” то, что может быть названо “неправомерным”?

2.10.17. Соответственно, взгляды, согласно которым законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона и что поэтому они являются “обходом закона”, просто-напросто несостоятельны как основанные на логических и правовых ошибках.

2.10.18. В то же время можно, уточняя, сказать, что даже если действие субъекта права и не нарушает ту действительную правовую цель определенной нормы (которая состоит либо в регламентации конкретных и четко определенных действий и ситуаций безотносительно к достигаемому при их помощи конечному результату, либо в регламентации достижения конечного результата безотносительно к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых такой конечный результат достигается), тем не менее оно может быть признано лишенным правовой силы при условии использования им видимости правомерности. Во всех же остальных случаях такая норма должна находить полное применение, а действия субъектов права, на которые она распространяется (или не распространяется), должны обладать полной правовой силой. Очевидно, именно таким ограничительным образом следует понимать известное изречение Ульпиана *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*)[90].

2.10.19. Как уже говорилось, следует признать, что хотя теория “обхода закона”, которая объявляет, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, и базируется на логических и правовых ошибках, но в то же время она пытается выступать с точки зрения идеального правового регулирования, *de lege ferenda*. Иными словами, определенная доля рациональности в ней присутствует, но она является сокрытой под пластом неправильного понимания некоторых частей механизма действия права. Тем не менее, разделяя озабоченность такой теории

[90] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 396.

некоторой неадекватностью правового регулирования, согласиться с теми методами, которыми она пытается такую проблему неадекватности решить, невозможно. Действительно, нельзя утверждать, что в механизме правового регулирования континентального права все идеально. Напротив, он обладает очень серьезными недостатками, с которыми данная теория "обхода закона" и пытается бороться. Поэтому эмоционально понять сторонников такого взгляда на "обход закона" можно, но рационально разделять их позицию с точки зрения юридических реалий, с точки зрения настоящего, *de lege lata* - нельзя. В противном случае можно *a priori* отказаться от такой великой ценности права как формализм правового регулирования (в самом положительном смысле этого понятия), его стабильности и предсказуемости, а также отказаться от прогресса юридической техники в области права. В самом деле, зачем нужны все эти сложности, когда можно обойтись одним понятием "обход закона" и применять его от случая к случаю по мере необходимости?

2.10.19.1. В связи с этим можно вспомнить и о том, что римские юристы сознательно отказались от широкого использования понятия *"fraus legi"* как универсального корректирующего инструмента в праве и сделали упор на поощрение индивидуализма, выработку конкретных запрещений и исключений из общих правил, входящих к тому же исчерпывающий перечень. Результат такого подхода был более чем впечатляющим. Получается, что римские юристы были гораздо дальновиднее современных юристов, предлагающих считать, что законные действия могут вести к незаконным результатам.

2.10.19.2. Поэтому нужно сознавать, что тот способ борьбы, который предлагает рассматриваемая теория "обхода закона" в борьбе против недостатков принципов регулирования континентальной системы права, себя не оправдывает. Является гораздо более эффективным продолжать допускать нормативное регулирование с пробелами и определенной немобильностью и неадекватностью, которое сопровождается предсказуемостью, четкостью и надежной фиксацией прав субъектов (пусть и не всегда желательных *de lege ferenda*), то есть тем, что называется "формализм закона", чем допустить в нормативное регулирование широкое использование понятия "обход закона" как универсального корректирующего инструмента. *"Закон… может быть только формален, ибо понимание его и толкование его смысла и содержания строго обусловливается его формою, не оставляя места никаким догадкам и предположениям. Материальная правда в законе обусловливается его формализмом и единообразием применения"*[91]; *"гарантией правосудия может быть только строжайший формализм закона"*[92]. Любой иной подход такой гарантией служить не может.

---

[91] *Гольденвейзер Я.С.* О материальной, а не формальной правде" и "о широком просторе усмотрения суда" в проекте об обязательствах. - Киев, 1901, с. 1.

[92] Там же, с. 14.

2.10.20. Тем не менее попытки обосновать такой иной подход периодически предпринимаются. Например, вот какое определение понятия “обход закона” дается в одной из работ, являющейся апологией этому понятию: “*Обходом закона является образ действий, нарушающий предписание закона не прямо, но подрывающий цель, на достижение которой это предписание направлено*”[93]. Несложно заметить, что это определение является в принципе не более чем повторением определения римских юристов (*supra* пункт 1.35 главы I). Между тем уже указывалось, что римское определение носит скорее характер попутного замечания, чем продуманной правовой дефиниции. Сейчас же можно указать еще на одну причину, по которой это определение является неприемлемым: в нем одно неизвестное определяется через другое неизвестное (логическая ошибка *idem per idem*), а именно: “**обходом”** называется **“подрывающее цель действие”**, что никоим образом не проясняет суть дела и не может не оставлять места для многочисленных интерпретаций. Кроме того, нельзя согласиться с тем, что определение сущности “обхода закона” дается не посредством указания на его отличительные существенные признаки, а посредством указания на то, что “обход закона” отличается по своей природе от прямого нарушения закона. Однако такое указание может иметь значение только после определения существа “обхода закона”, но никак не ранее. В противном случае его ценность равнозначна ценности утверждения о том, что “обход закона” отличается по своей природе от договора купли-продажи.

2.10.21. В свете всего вышесказанного нельзя не признать, что и только что приведенное определение, и определения римского права не могут удовлетворять требованиям развитой системы права. На всех них лежит печать тех же особенностей, которыми обладает понятие “обход закона”, – эти определения являются слишком неопределенными, эмоциональными и подходящими скорее для публицистической статьи, чем для правового использования.

2.10.22. Несмотря на подобные несообразности приведенного выше определения “обхода закона” (*supra* пункт 2.10.20), его автор выступал не просто за введение в законодательство понятия “обход закона”, но и за его законодательное определение в предлагаемой им форме. Можно хорошо представить, к каким нежелательным последствиям привела бы реализация таких предложений. Поэтому вполне можно понять мнение большинства членов комиссии по рассмотрению проекта Германского Гражданского Уложения, во втором чтении, отвергнувшим предложение ввести в ГГУ подобное предписание, которое было сделано одним из членов комиссии. Комиссия сочла, что фиксирование в законодательстве данного понятия создало бы возможность злоупотреблений, выражающихся в требованиях

[93] *“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 Gesetszes. S. 12).

признать недействительными как совершенные *in fraudem legis* вполне законные сделки[94].

2.10.23. По всем указанным причинам любые подобные определения и вообще взгляды о том, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, и что поэтому они являются "обходом закона", не только не подходят для практического использования, но даже являются опасными для правового оборота: они скорее только намечают проблему, чем помогают ее решить. Более того, они препятствуют ее решению благодаря своим свойствам. *"Опасно становиться на путь противопоставления духа и буквы закона. Необходимы твердые гарантии прав граждан и организаций"*[95].

2.10.24. Но как же быть с теми некими общими правилами, которые позволят нейтрализовать неизбежно возникающие нежелательные действия субъектов права даже и в отсутствие конкретных предписаний в отношении таких действий (*supra* пункты 2.10.4 - 2.10.5)? Ответ очень прост: их выработало еще римское право и их наименования – "злоупотребление правом" и "противоречие основам правопорядка и нравственности" (или им аналогичные). Вся история права показывает, что до сих пор все нежелательные для объективного права действия субъектов права успешно нейтрализовались при помощи этих двух корректирующих инструментов, и никакой необходимости прибегать к другим не было и в обозримом будущем не будет. А если к ним добавить понятие "обман" (в самом широком смысле), и все их объединить понятием "использование видимости правомерности", то механизм правового регулирования континентальной системы права будет, с одной стороны, надежно защищен от любых нежелательных действий субъектов права, но при этом для правового оборота, с другой стороны, будут обеспечены и предсказуемость, и четкость, и надежная фиксация прав субъектов (пусть и не всегда желательных *de lege ferenda*).

2.10.25. И уж по меньшей мере использование в праве понятий "обман" (в самом широком смысле), "злоупотребления правом" и "противоречия основам правопорядка и нравственности" является несравненно более предпочтительным по сравнению с использованием понятия *"подрыв цели, на достижение которой направлено правовое предписание"*: для стабильности правового оборота надлежит считать, что даже если у каждой правовой нормы имеется некая имманентная цель, помимо той, которая в ней выражена, то такой целью может быть только противодействие видимости правомерности, а не то, что может произвольно пониматься от случая к случаю. Только таким образом может быть достигнут баланс между формализмом закона и принципом *"Aequum et bonum est lex legum"* (*"Справедливость и должное есть закон законов"*).

---

[94] Ibid., S. 297.

[95] *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. - М., 1963, с. 95.

2.10.26. Автор настоящей работы не может отрицать, что и его работа, и рассматриваемая теория “обхода закона”, согласно которой законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, во многом направлены на одни и те же ориентиры и в чем-то перекрывают друг друга. Но есть и то, что делает их абсолютно несовместимыми: способы достижения таких ориентиров. Автор стоит на позиции соблюдения принципа формализма закона, который может претерпевать корректировку только в случаях, когда в действиях субъектов права присутствует видимость правомерности, а рассматриваемая теория “обхода закона” предлагает несравненно более широкий подход к возможности оценки действий субъектов права, а он автоматически не может не влечь самые негативные последствия. Если уж и выбирать, что принести в жертву будущему континентального права: неполную адекватность его регулирования с соблюдением формализма закона или же рассматриваемую теорию “обхода закона”, то выбор должен пасть на вторую.

2.10.27. Выше уже указывалось, что степень допущения в правовом обороте легальных конструкций с наличием видимости свидетельствует о степени свободы в обществе. Теперь же можно сформулировать и другое утверждение: **степень распространения в обществе понятия “обход закона” и взглядов, согласно которым законные действия могут вести к незаконным результатам, обратно пропорциональна степени свободы в обществе и стремлению защищать индивидуальные права**.

2.10.28. На основании сказанного рассмотренную теорию “обхода закона”, которая объявляет, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, можно назвать выражением романтизма в праве, своего рода “маниловщиной” и правовым “дон-кихотством”, отказывающимся принимать во внимание реалии правового регулирования. Учитывая же, что период господства романтизма в гуманитарной сфере прошел еще в XIX веке, можно констатировать, что теории “обхода закона” и само понятие “обход закона” являются в современном правовом регулировании не чем иным, как реликтом. Поэтому если еще можно понять, почему авторы XIX века использовали и теории “обхода закона”, и само понятие “обход закона”, то понять, почему это делается сегодня – нельзя.

2.10.29. Несложно также заметить и то, что рассмотренная теория “обхода закона”, которая объявляет, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, исходит из принципа **расширительного толкования** закона, который преследует свою цель путем регламентации конкретных и четко определенных действий и ситуаций безотносительно к достигаемому при их помощи конечному результату. Автор же настоящей работы предлагает такого **расширительного толкования**

закона не придерживаться, и в таком случае любая необходимость в понятии “обход закона” исчезает.

2.10.30. Кроме того, что касается закона, в котором действительная правовая цель состоит в регламентации достижения конечного результата безотносительно к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых такой конечный результат достигается, то можно также отметить, что в его отношении речь должна идти не о его “обходе”, а не более чем о его адекватном толковании и его правильном применении к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых может быть достигнут запрещаемый конечный результат. В таком случае любая необходимость в понятии “обход закона” также исчезает: любое действие, на которое такой закон будет признан распространяющимся, будет считаться противоправным, и наоборот[96]. Соответственно, использование понятия “обход закона” в данном случае просто затемняет истинную суть дела.

2.11. В связи со сказанным можно вспомнить и о том, что одна из теорий “обхода закона” утверждает, что суть феномена “обхода закона” состоит в том, что субъекты права посредством сознательного неправильного толкования правовых норм стремятся исключить применение к ним каких-либо из таких норм или, напротив, обеспечить применение какой-либо из них. Безусловно, с этим следует согласиться: использование видимости правомерности в форме обмана может принимать и форму заведомо ложного толкования применимых правовых норм. Однако вместе с этим следует заметить, что такой “обход закона” является не более чем частным случаем использования видимости правомерности, и что существует множество других форм такого использования. Соответственно, подобная теория является весьма неполной и уже поэтому не может быть верной.

2.11.1. Но она в совокупности с предыдущей теорией “обхода закона” помогает понять другое: феномен “обхода закона” тесно связан с проблемой толкования правовых норм. Это помогает еще раз по-новому взглянуть на уже упоминавшуюся максиму *“Fraus latet in generalibus”* (*“Обман кроется в общих выражениях”*). Как уже указывалось, чем более общей является норма, тем легче субъектам права сознательно придавать ей ложное толкование. Но данная максима подчеркивает еще один момент: чем более общей является норма, тем легче обвинить субъектов права в ее “обходе”, который на самом деле отсутствует. В самом деле, чем более общей является норма, тем легче сторонникам рассматриваемой теории “обхода закона”

[96] Трудно не согласиться со словами английского судьи Крэнворта, сказанными в деле Edwards v. Hall (25 L.J. Ch. 84): *“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”.* Привед. по: Stroud’s judicial dictionary of words and phrases. - vol. II, p. 946.

утверждать, что она преследует некую общую цель, а чем более общей является такая цель, тем легче отыскивать и “успешно найти” ее “подрыв”.

2.12. Сказанное помогает понять еще один нюанс генезиса понятия *“fraus legi”* в римском праве. Первоначально древнее мышление было конкретным и формулируемые им нормы также были казуистичны и конкретны. Данное обстоятельство препятствовало появлению понятия *“fraus legi”*. Но оно не замедлило появиться, как только в римском праве появились более-менее общие нормы.

2.13. Кроме того, сказанное еще раз указывает на то, почему понятие “обход закона” широко известно континентальному праву и мало известно англо-американскому: все дело в том, что в первом господствуют абстрактные нормы, а во втором – конкретные и казуистичные.

2.14. Представляется также, что именно господство в романо-германской правовой семье общих норм и обусловливает во многом то, что она обладает по сравнению с англо-американской правовой семьей правом большей насыщенностью видимостью непосредственно в самом праве (*supra* пункты 3.74 - 3.74.2 главы I): чем больше и абстрактнее объем правовой нормы, тем менее она отражает действительность, которая всегда конкретна, и тем более такая норма утрачивает свой смысл, “исчезает”.

2.15. На основании сказанного следует сделать следующие выводы: **1)** к общим нормам права следует относиться с осмотрительностью как законодателю, так и правоприменителю. Благодаря богатству социальных отношений они изначально оказываются направленными на регулирование тех отношений, которые в идеале не должны были под них подпадать. Соответственно законодателю следует при формулировании общих норм по меньшей мере всегда предусматривать в ней или ряд конкретных исключений из них или возможность установления таких исключений другими нормативными актами. Это и будет являться противодействием видимости в самом праве; **2)** следует относиться с осмотрительностью и к толкованию общих норм. Прежде всего, оно не должно быть расширительным. И уж ни в коем случае не следует отыскивать некую общую цель, к которой эта норма якобы стремится, отличную от той действительной правовой цели, которая состоит либо в регламентации конкретных и четко определенных действий и ситуаций безотносительно к достигаемому при их помощи конечному результату, либо в регламентации достижения конечного результата безотносительно к конкретным и четко определенным действиям и ситуациям, при помощи которых такой конечный результат достигается. Вместо таких “поисков” в случае необходимости следует ограничиваться только использованием институтов, противостоящих использованию видимости правомерности. Во всех же остальных случаях такая норма должна находить полное применение, а действия субъектов

права, на которые она распространяется (или не распространяется), должны обладать полной правовой силой.

2.16. Наконец, в отношении рассмотренной теории “обхода закона”, которая объявляет, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, можно заметить еще и следующее: для того чтобы обосновать наличие “обхода закона”, она прибегает ни к чему иному, как к вымыслу, обману, пытаясь представить наличие у правовой нормы некоей цели (или смысла), которые на самом деле у нее отсутствуют. Поэтому, с точки зрения настоящей работы, истинным “обходом закона” является сама такая теория. Это действительно так еще и потому, что данная теория предлагает самому позитивному закону отказаться от лежащего в его основе принципа формализма, и тем самым использовать по отношению к субъектам права обман: подвергнуть их регулированию, которое отличается от заявленного изначально.

2.16.1. Кроме того, если вспомнить, что понятие “обход закона” является своего рода складом неисчислимого множества будущих, еще не оформившихся конкретных юридических норм, правовых заготовок, которые могут получить конкретную форму всякий раз, когда право сталкивается с неурегулированным им, но нежелательным для него социальным отношением (*supra* пункт 4.31 главы I), то не будет ошибкой сказать, что целью такой рассмотренной теории “обхода закона” является формулирование еще несуществующей нормы. Между тем это является присваиванием функций правотворца, которое в свою очередь может быть названо злоупотреблением правом в случае попыток воплотить такую теорию на практике. Тем самым такая теория, стремясь нейтрализовать “обход закона”, который в действительности отсутствует, сама превращается в подлинный “обход закона”.

2.17. Поэтому если сторонники подобной теории “обхода закона” настаивают на том, что она нужна для корректирования недостатков существующего нормативного регулирования, им можно дать более мудрый совет: вместо ее использования в условиях наличия подобных недостатков абстрактного нормативного регулирования было бы гораздо проще сделать его более конкретным, а также отказаться от устаревшего догмата о том, что суды не творят право, и предоставить им большую свободу в решении конкретных дел, установив в качестве исходного принципа нормативного регулирования то, что суды в случае необходимости могут отступать от предписаний закона или корректировать их.

Иными словами, использование некоторых принципов англо-американского права в гораздо большей степени способствовало бы устранению таких недостатков, чем рассмотренная пресловутая теория “обхода закона”. Выше уже указывалось, что противодействие “обходу закона” как обозначению использования видимости правомерности в праве должно быть тесно увязано с противодействием видимости непосредственно в самом праве. Между тем последнее возможно только через

восприятие континентальным правом некоторых принципов англо-американского права.

2.17.1. Но при этом необходимо понимать, что тогда у судов не будет никаких оснований прибегать к использованию понятия “обход закона”: зачем им искать в действиях субъектов права какой-то “обход закона”, когда у них есть полномочия не применять по отношению к ним ту или иную норму и тем самым просто объявлять такие действия либо правомерными, либо противоправными?

2.18. В целях критики взгляда на понятие “обход закона” как правовой институт *sui generis* можно провести еще следующее образное сравнение, вспомнив о том, что понятие “обход закона” является своего рода складом еще не оформившихся конкретных юридических норм (*supra* пункт 4.31 главы I): сторонники понятия “обход закона” как правового института *sui generis* искренне хотят создать конкретную правовую норму, которая может, по их мнению, помочь им нейтрализовать нежелательное, на их взгляд, действие, однако при этом они хотят почерпнуть эту норму из склада, в котором таких конкретных правовых норм нет и быть не может, поскольку в нем есть только три понятия, обозначающие использование видимости правомерности, сами являющиеся складом еще не оформившихся конкретных юридических норм. Не находя там такую конкретную правовую норму и не желая признавать наличие в складе только этих трех понятий, сторонники понятия “обход закона” как правового института *sui generis* тем не менее продолжают искать требующуюся для них конкретную правовую норму, однако безуспешно.

2.19. Возвращаясь к квалификации рассматриваемой теории “обхода закона” как истинного “обхода закона”, следует специально отметить, что такая квалификация возможна только с точки зрения позитивного права, имеющихся реалий континентального права, *de lege lata*. В то же время она невозможна с точки же зрения идеального регулирования, *de lege ferenda*.

2.20. По этой же причине сейчас следует сделать еще одно очень важное замечание. Как уже говорилось, рассмотренную теорию “обхода закона”, которая объявляет, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, с точки зрения идеального регулирования, *de lege ferenda*, можно хотя бы понять. Более того, если заменить слова “цель закона”, “смысл закона” понятием “справедливость”[97], то с той же самой точки зрения, отвлекаясь от современных реалий правового регулирования, эту теорию можно и принять.

Но такое согласие с ней предполагает коренное изменение механизма правового регулирования, из которого всегда исходило континентальное право,

[97] В том, что это можно сделать – нет никаких сомнений. Понятие “обход закона” по большому счету является именно попыткой достичь цель справедливости, правда, попыткой крайне неудачной и ненужной.

предполагает отказ от механизма заранее установленных норм и установление в качестве исходного начала необходимости черпать правовые нормы из принципа справедливости. Целесообразно ли это?

2.21. Сегодня имеются некоторые свидетельства того, что континентальное право двигается именно в этом направлении[98]. Поэтому все сказанное выше следует воспринимать с учетом того, что все отмеченные недостатки континентального права, вызвавшие к жизни понятие "обход закона" и теории "обхода закона", были рельефны в нем в прошлом, а сегодня уже начинают сглаживаться.

Тем не менее они продолжают в нем присутствовать, и поэтому во имя соблюдения принципа формализма закона следует признать, что соблюдение принципа справедливости в современном континентальном праве может состоять только во все большем использовании и развитии институтов, противодействующих обману, злоупотреблению правом и противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимым действиям. На сегодняшнем этапе развития права синонимом понятия "справедливость" могут являться только эти институты[99]. Соответственно, все то, что охватывается понятиями "обман", "злоупотребление правом" и "противоречащие основам правопорядка и нравственности формально допустимые действия", будет признаваться недействительным, и в таком ограничительном понимании понятия "справедливость" или "обход закона", который можно рассматривать в качестве его синонима, и должна состоять выдержанность и последовательность правового регулирования.

2.22. Однако при этом сторонникам понятия "обход закона" как правового явления *sui generis* не следует думать, что в идеальной системе правового регулирования, основанной на черпании правовых норм из принципа справедливости, все то, что справедливости не соответствует, будет называться "обходом закона" или "обходом справедливости". Вовсе нет: в такой идеальной, гипотетической правовой системе возможны только два критерия – "справедливое" или "неправедное", "законное" или "незаконное". Пример англо-американской системы права демонстрирует это с достаточной очевидностью.

Поэтому можно констатировать, что если понятие "обход закона" и присутствует в современном праве, то это только потому, что оно еще недостаточно развито.

2.23. Что касается других взглядов на сущность "обхода закона", то можно отметить еще и следующий момент: очень часто специфика "обхода закона" усматривается в том, что субъекты права при совершаемом ими "обходе закона" якобы желают действительного наступления юридических последствий их действий,

---

[98] *Давид Р.*, *Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. - с. 108-111.

[99] Поэтому неудивительно, что в последнее время в континентальном праве большое внимание, как следует из указаний Р. Давида и К. Жоффре-Спинози, обращается на понятия "злоупотребление правом", "добрая совесть" или им аналогичные (*Давид Р.*, *Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. - с. 108-111).

в то время как при совершении притворных или мнимых они такого наступления не желают. На этом основании между ними проводится различие: *"Сделки в обход закона, на первый взгляд, напоминают притворные сделки. Разница между теми и другими заключается в следующем: притворная сделка сама по себе - сделка законная, но стороны вовсе не желают ее, и поэтому она не получает силы; сделка в обход закона также по своему содержанию законна, причем стороны именно эту сделку и хотят совершить. Однако эта, сама по себе законная, сделка должна по мысли сторон привести к незаконному результату. Стороны не совершают какой-либо другой сделки ("прикрытия"), а само содержание сделки представляют так, чтобы обойти препятствия, которые они встречают в законе, и все-таки прийти к своей цели, хотя и не прямым путем"*[100]; *"Сделки в обход закона (in fraudem legis). Желая достичь цели, противной закону, стороны заключают сделку, не подходящую по букве под текст закона, но ведущую к достижению того практического результата, с которым борется закон… Такие сделки ничтожны, ибо нормы права должны применяться не по букве своей, а согласно с их целью. Здесь нет симуляции, ибо стороны действительно желали заключить ту сделку, которую заключили"*[101].

С подобными взглядами также нельзя согласиться: никакой подобной спецификой "обход закона" не обладает. Лучше всего сказал об этом Г.Ф. Дормидонтов, слова которого затрагивают и только что рассматривавшийся вопрос о запрещении законом какого-то конкретного и четко определенного действия (правда, следует отметить некоторую нечеткость в его рассуждениях и терминологии, что, впрочем, на конечном итоге неудовлетворительно не сказывается): *"К притворным сделкам очень часто прибегают в обход закона, in fraudem legis, т. е. с целью достигнуть противных закону практических последствий, не вступая в противоречие с буквальным содержанием закона. Некоторые из новейших авторов, как нам кажется, без достаточных оснований противополагают сделки в обход закона… притворным сделкам, выделяя характеристический отличительный признак их в том, что стороны хотят здесь сделки и ее последствий, имея в виду достигнуть при ее помощи практических последствий, оспариваемых законом. Но нам думается, что и при всех других сделках, принадлежащих к категории притворных, стороны также хотят достигнуть при помощи притворной сделки известных практических последствий, для достижения которых хотят самой сделки и наступления тех нормальных последствий ее, которые согласны с видами симулянтов. Тот, кто прибегает к выдаче бронзовых векселей и к перераспределению имущества, чтобы спастись от законных требований кредиторов, также хочет, чтобы выданный им вексель и мнимо совершенная продажа имущества имели те последствия, которые для него желательны. Тот, кто покупает дом на чужое имя, не желая, чтобы знали о том,*

[100] *Новицкий И.Б.* Сделки. Исковая давность. - с. 87.
[101] *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. - с. 154.

что он разбогател и тот, кто в акте купли-продажи показывает высшую или низшую против истинной цены, также хотят, чтобы эти показания их имели последствия. ... Указывают, что при сделках в обход закона, закон запрещает известное действие ввиду именно его практических последствий, а потому должно считаться запрещенным и достижение этих последствий каким бы то ни было обходным путем. Это совершенно справедливо. Но притворная сделка, совершенная в ущерб правам стороннего лица (in fraudem creditorum, напр.) в этом отношении ничем не отличается от притворной сделки в обход закона. Правда, возможны случаи обхода законного запрещения и без притворства, но это возможно лишь тогда, когда само законодательство дает возможность достигнуть запрещенной цели посредством действительного совершения законных действий. Напр., запрещено оставлять легаты иностранцам; но можно поручить в завещании наследнику выдать иностранцу известную сумму… В этих и подобных случаях, хотя и обходится законное распоряжение, но сами по себе действия, для этого совершаемые, являются вполне законными и влекут свои нормальные последствия. Здесь можно говорить лишь о недостатках законодательства, а не о нормальных явлениях юридического быта с точки зрения применения юридических определений к фактам. Таким образом, противуполагать сделки в обход закона сделкам притворным, по крайней мере с той точки зрения, с которой мы здесь рассматриваем явления юридического быта, нет оснований"[102].

2.24. Наконец, следует отметить, что существует еще один специфический взгляд, согласно которому к действиям в "обход закона" должны быть причислены действия, направленные на сознательное создание субъектами права определенного фактического состава с целью обеспечить по отношению к нему действие одного правового предписания и/или не допустить действие другого[103]. Учитывая то, что механизм "обхода закона" состоит именно в обеспечении применения заинтересованным лицом какой-либо благоприятной правовой нормы при помощи использования видимости правомерности, сопровождаемого обеспечением неприменения другой нормы (*supra* пункты 4.34.1 - 4.34.2 главы I), данная теория не может не представлять интереса.

В качестве примеров сторонниками данной теории "обхода закона" приводились, например, следующие случаи: в ожидании обращения взыскания на свое имущество должник заключает сделки, направленные на отчуждение этого имущества; поскольку в Древнем Риме выступать в качестве актеров без каких-либо негативных для себя последствий могли только лица, признанные "бесчестными", многие римские граждане специально предпринимали какие-либо действия, влекущие предъявление к ним *actio famosa* с целью обеспечить вынесение в

---

[102] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 73-75.

[103] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 230-234.

отношении себя решения о признании “бесчестным” и тем самым обеспечить себе возможность заниматься актерской профессией[104]; поскольку в Древнем Риме согласно *Lex Julia et Papia Poppaea* отсутствие у римского гражданина статуса состоящего в браке или отсутствие детей влекло за собой определенные имущественные санкции, многие вступали в брак только с целью не подпадать под действие этого закона, а впоследствии расторгали этот брак, либо же усыновляли или удочеряли других лиц также с единственной целью избежать распространения на них этого закона[105]. Все такие действия сторонниками данной теории “обхода закона” предлагается без каких-либо оговорок объявить “обходом закона”, не влекущим никаких правовых последствий.

Встречаются подобные взгляды и сегодня (правда, в несколько видоизмененной форме, признающей иногда законность подобных действий): *“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”*[106].

Согласиться с таким взглядом и приведенными примерами нельзя. Рассмотрим этот вопрос несколько более подробно, поскольку он будет иметь в последующем для коллизионной сферы достаточно важное значение.

2.24.1. Во-первых, в трех первых приведенных примерах речь должна идти только о том, предпринимались ли соответствующие действия в действительности либо только для видимости правомерности. В том случае, если они являются не более чем видимостью правомерности в той или иной форме, не может быть и речи о наступлении юридических последствий таких действий. Однако в том случае, если все эти действия были предприняты действительно и без цели злоупотребления правом (равно как и не являлись противоречащими основам правопорядка и нравственности формально допустимыми действиями), за ними должны признаваться все их последствия, устанавливаемые законом. Во всех таких случаях *“Мы имеем дело… с… действительным совершением одного или нескольких законом дозволенных действий, влекущих все связанные с ними законные последствия”*[107].

---

[104] Ibid., S. 233.
[105] Ibid., S. 233-234.
[106] *Годмэ П.* Финансовое право. - с. 410-411.
[107] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 74.

Считать по-иному невозможно: закон устанавливает в отношении тех или иных фактических составов определенные виды регулирования, и в том случае, если какой-то определенный фактический состав действительно присутствует, к нему должно применяться соответствующее правовое регулирование. Такое регулирование может быть не применимо исключительно в тех случаях, когда в таком фактическом составе присутствует видимость правомерности (в форме обмана, притворности, мнимости, злоупотребления правом или противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий). При объективном же наличии фактического состава и отсутствии в нем указанных элементов вопрос о возникновении данного фактического состава уже не имеет никакого значения, равно как и вопрос о мотивах, которыми руководствовались субъекты права при его создании.

2.24.2. Во-вторых, что касается примера с "обходом" налога, то хотя вывод о законности соответствующих действий является более чем справедливым, однако с используемыми логикой и формулировками согласиться нельзя принципиально. В самом деле, если придерживаться их, весь правовой оборот предстанет в форме "обхода" тех или иных правовых предписаний: договор купли-продажи товара будет считаться заключенным в целях "обхода" правовых норм о мене такого товара на другой (и наоборот); обращение лица в один нотариальный орган будет являться "обходом" прав другого нотариуса; наконец, желание физического лица жить можпо будет квалифицировать как стремление "обойти" нормы налогового законодательства об уплате наследниками налога на наследство, которое должно было бы перейти к ним после смерти такого этого лица. В конце концов, при использовании подобной логики под угрозу будет поставлен весь правовой оборот, поскольку любое сознательное действие субъекта права можно будет объявить "обходом закона": сознательную покупку лицом менее дорогостоящего имущества можно будет объявить "обходом", например, законодательства о контроле над расходами; избрание какого-либо лица депутатом можно будет объявить недействительным ввиду того, что на самом деле оно стремилось стать депутатом только для получения неприкосновенности и тем самым совершило "обход" уголовного закона и т. д.

Подобный подход, который можно обозначить как "панобходизм", трудно не отождествлять с абсурдом. В самом деле, мыслить правовой оборот через категории "обход" и "умысел "обойти" просто бессмысленно. Единственно же возможным является рассмотрение правового оборота через призму понятий "законность" и "незаконность" (с поправками на случаи использования видимости правомерности). Пожалуй, трудно найти более правильные и точные слова, чем слова английского судьи Крэнворта, сказанные в деле *Edwards v. Hall*[108]: *"Я никогда не понимал, что*

[108] 25 L.J. Ch. 84.

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"[109].

2.24.3. Подводя итог, можно также сказать, что во всех приведенных примерах, с помощью которых была сделана попытка отрицать правомерность искусственного создания правоотношения с целью вызвать действие одного правового предписания и не допустить действие другого, присутствует односторонний взгляд на взаимодействие права и социальных отношений. Для такого взгляда право - регулирующая система, а социальные отношения - объект такого регулирования. Однако данный взгляд является односторонним и механистическим в том отношении, что не учитывает всю сложность проблемы взаимоотношений между объективным правом и социальными отношениями, которые оно призвано регулировать.

Не следует забывать, что возможен и иной тип взаимодействия, когда уже само право становится объектом воздействия субъектов в правоотношении. Данное явление известно как **обратная связь права с социальным отношением**[110]. Более того, подобная обратная связь является неотъемлемым элементом любой правовой системы, и тем более частного права, характеризующегося наибольшей свободой воли субъектов. Например, как известно, передача права собственности может происходить несколькими способами: заключением договора купли-продажи или мены, или дарения, или займа, и лицо, преследующее цель передачи права собственности может беспрепятственно определить ее конкретный способ, равно как и требовать от других лиц признания юридической силы за таким способом в соответствии с положениями объективного права. Гражданско-правовой оборот не является стихийно действующим процессом, напротив, очень часто он поддается целенаправленному воздействию (разумеется, в рамках, определяемых самим

---

[109] 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"* ((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.

[110] В последующей аргументации частично используются идеи А.А. Рубанова, высказанные им, в частности, в работе "Автономия воли" в международном частном праве как теоретическая проблема" (Советский ежегодник международного права. 1986. - М., 1987, с. 217).

правом). Отрицать возможность и допустимость такого воздействия было бы просто наивно. Любой субъект права может свободно реализовывать ту меру поведения, возможность реализации которой признается объективным правом. Объективное право является не чем-то довлеющим над субъектами права, а не более чем подвижными рамками, ограничивающими степень их свободы. В противном случае, как уже указывалось, любое сознательное действие в праве при желании можно объявить "обходом" если не одной, так другой правовой нормы и на этом основании признать его недействительным.

2.24.4. Таким образом, необходимо признать, что сознательное и искусственное создание определенного фактического состава с целью обеспечить и вызвать по отношению к нему действие одной нормы и исключить действие другой нормы не является чем-то предосудительным с правовой точки зрения[111]. Однако желательная для заинтересованного лица правовая регламентация не может быть распространена на такой фактический состав, только когда в нем присутствует видимость правомерности в той или иной форме.

2.24.5. При этом крайне существенно то, что такое присутствие видимости правомерности должно быть **объективным**, но никак не **субъективным**. *Non efficit affectus nisi sequatur effectus* (*Намерение не имеет значения, если не следует результат*).

Обман или злоупотребление правом, преследующие цель избежать применения определенного правового предписания, должны найти свое действительное выражение в определенных действиях субъекта права, и для констатации наличия действительного "обхода закона" простого присутствия намерения лица избежать действия определенного правового предписания еще недостаточно. Ситуация, в которой лицо, движимое желанием избежать действия правового предписания, искусственно создает определенный фактический состав с целью вызвать по отношению к нему действие другого правового предписания и не допустить действия первого, не является "обходом закона", если создание такого фактического состава имеет место в действительности (а не является видимостью правомерности,

---

[111] Вообще говоря, мысль о том, что лицо пьет воду, чтобы избежать налога на алкогольные напитки, действительно могла родиться только в сфере налогового права, где многие правовые понятия и принципы получают искаженную форму благодаря неадекватному желанию государства пополнить свою казну. К этому же разряду относятся часто встречаемые в современной России высказывания налоговых чиновников о том, что российский бюджет теряет огромные суммы денег благодаря действию международных договоров об избежании двойного налогообложения. Во всех этих случаях субъект права рассматривается как не самодостаточное, а зависимое от права лицо и благодаря этому любые его самостоятельные действия квалифицируются как "обход закона".

Более того, среди чиновников государственной налоговой службы распространено мнение о том, что международные соглашения России об избежании двойного налогообложения являются средством "обхода" внутренних налоговых норм российского права. На основании сказанного объяснить такую точку зрения легко: международные соглашения устраняют действие внутренних норм, которые, как ошибочно полагают такие чиновники, являются применимыми при любых обстоятельствах. Результат в форме неприменения таких норм и дает им основание утверждать о наличии "обхода закона" при помощи международных соглашений. Такая логика выше уже анализировалась (*supra* пункты 4.37 - 4.37.1 главы I).

то есть обман или иная форма видимости правомерности в объективной форме не присутствует), и если само объективное право связывает с созданием этого фактического состава действие по отношению к нему того предписания, действие которого лицо и хотело вызвать. **Наличие в намерениях субъекта права желания обеспечить действие по отношению к нему одного правового предписания и не допустить действие другого правового предписания не может изменить такую квалификацию по причине объективного наличия созданного фактического состава и содержания самого права, признающего свободу лица действовать в тех пределах, которые оно само определяет, и требующего применения к таким обстоятельствам соответствующей правовой нормы**. То, что право имеет дело не с внутренними намерениями лица, а со внешним их выражением, является аксиомой: *"Мотивы лежат вне сделки, они необычайно разнообразны и индивидуальны. Поэтому признание их в качестве повода для оспаривания сделки подрывало бы устойчивость гражданского оборота…"*[112].

2.24.6. Было бы очень странным рассматривать под различным углом зрения одинаковые действия двух разных субъектов права только в зависимости от того, что один из них осознавал цель, к которой он стремится, а другой – не осознавал. Между тем рассматриваемая теория "обхода закона" предлагает именно это – делать акцент на мотивах субъектов, а не на действительном положении вещей, с которым право связывает тот или иной результат.

То же самое можно сказать и о злоупотреблении правом: одно наличие желания субъекта права сознательно злоупотребить своим правом не может быть поводом для квалификации его действий как "обхода закона", если объективно его действия не наносят ущерба третьим лицам. Примером может служить сознательная распродажа будущим банкротом своего имущества с целью причинить ущерб кредиторам, который не знает, что кредиторов уже нет в живых. Любой противоположный подход означал бы только отказ от принципа *"Cogitationis poenam nemo patitur"* (*"Никто не подвергается наказанию за один лишь умысел"*), что в цивилизованной системе права невозможно.

2.24.7. Впрочем, объяснить, почему сторонники такой теории "обхода закона" к "обходу закона" причисляют действия, направленные на сознательное создание субъектами права определенного фактического состава с целью вызвать по отношению к ним действие одного правового предписания и/или не допустить действие другого, достаточно просто: они совершают все ту же логическую ошибку, на которую выше уже указывалось неоднократно. Речь идет о той же самой ошибке, из-за которой "обходом закона" объявлялось, например, использование "легальной" видимости (*supra* пункты 3.7 - 3.8 главы I) и действия законодателя, устанавливавшего исключения из общего правила (*supra* пункты 4.37 - 4.37.1 главы

[112] Комментарий к ГК РСФСР. - М., 1982, с. 84.

I): в каждом из этих двух случаев на основании отдельных признаков, которыми обладает и действительный феномен “обхода закона”, и некоторые иные правовые явления, последние отождествлялись с первым. То же самое имеет место и в рассматриваемом случае: и при функционировании механизма “обхода закона”, и при проявлении обратной связи права с социальным отношением речь идет об обеспечении применения заинтересованным лицом какой-либо благоприятной правовой нормы, сопровождаемого обеспечением неприменения другой нормы. Однако в первом случае это достигается при помощи использования видимости правомерности, а во втором – благодаря природе действия самого принципа обратной связи права с социальным отношением.

2.24.8. В связи со сказанным можно утверждать, что механизм “обхода закона” состоит в использовании субъектом права принципа обратной связи права с социальным отношением, но только в совокупности с использованием видимостью правомерности. Однако очевидно, что на этом самом основании объявлять сознательное использование субъектами права принципа обратной связи права с социальным отношением “обходом закона” было бы совершенно неверно.

По всем вышеназванным причинам рассмотренная теория “обхода закона”, согласно которой к действиям в “обход закона” должны быть причислены действия, направленные на сознательное создание субъектами права определенного фактического состава с целью обеспечить по отношению к нему действие одного правового предписания и/или не допустить действие другого, должна быть отвергнута как ошибочная.

Параграф 3. Некоторые общие дополнительные возражения против использования в праве понятия “обход закона”

2.25. Во-первых, использование в праве понятия “обход закона” ведет к повышению степени инквизиторности процесса. Как следует из смысла этого понятия, любое действие субъекта права может быть признано юридически состоятельным **только в том случае**, если оно не было вызвано желанием совершить “обход закона”. Следовательно, юрисдикционный орган во имя соблюдения этого принципа обязательно будет вынужден выяснить, нет ли в рассматриваемом им деле “обхода закона”. Элементом, которому придается решающее значение во многих теориях *in fraudem legis*, является вина, то есть **намерение** лица избежать применения какого-то определенного предписания или обеспечить применение какого-то предписания. Само собой разумеется, что приветствовать такое повышение степени инквизиторности процесса невозможно.

Все-таки далеко не случайно, что понятие “обход закона” и теории “обхода закона” не получили распространения в Англии и США, где процесс является состязательным, а распространились именно в континентальном праве, в котором процесс характеризовался большей инквизиторностью. Весьма характерное мнение в

связи с этим высказывает представитель скандинавского права, которое испытало большее влияние английского права по сравнению с остальными странами Европы: он признает в отношении концепции *agere in fraudem legis,* что *"судам чуждо выяснять мотивы, лежащие за во всем остальном законными действиями"*[113].

2.25.1. Отметим также, что обращение правоприменительными органами особого внимания на мотивы действий субъектов права в качестве особого принципа рассмотрения дел в большинстве случаев будет скорее препятствовать стабильности правового оборота и защите прав его субъектов, чем способствовать им.

2.26. Во-вторых, использование понятия "обход закона" неизбежно приведет к произволу сначала правоприменителей, а затем и правотворцев. Благодаря необыкновенной неопределенности этого понятия при соответствующем желании и стремлении "обходом закона" может быть названо практически любое сознательное действие субъекта права. Все-таки далеко не случайно, что понятие "обход закона" было введено в ГК РСФСР 1922 г., если вспомнить отношение советской власти к праву вообще и к частному праву в особенности[114]. Таким образом, использование понятие "обход закона" будет означать бесконтрольное вмешательство государства в ту сферу, где это вовсе не является необходимым.

2.27. В-третьих, использование понятия "обход закона" выступает препятствием на пути развития юридической техники, поскольку является своего рода "подушкой для ума". Несравненно легче объявить какое-либо действие "обходом закона", чем вникнуть в действительную природу этого действия в попытке установить нередко сложную истину. Необыкновенная неопределенность понятия "обход закона" не может не провоцировать правоприменителя на интеллектуальную леность, что в условиях усложняющегося правового регулирования может иметь катастрофические последствия.

2.28. В-четвертых, можно отметить, что использование в современных условиях понятия "обход закона" никак не соответствует уровню развития права и поэтому может только способствовать неоправданной неопределенности правового регулирования, иными словами, может только укреплять характеристику непосредственно самого права как видимости (*supra* пункт 3.56 главы I).

Параграф 4. Понятие "обход закона" как обозначение использования видимости правомерности

2.29. В качестве окончательного довода в критике понятия "обход закона" и теорий "обхода закона" следует еще раз специально отметить, что в праве

---

[113] *Hambro E.I.* Ordre public and fraus legis in Norwegian conflict law. - Internationales Recht und Diplomatie, 1957, Heft 4, S. 326.

[114] *"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..."* (В.И. Ленин о социалистической законности. - М., 1961, с. 510).

существует огромное количество примеров, подтверждающих то, что у понятия “обход закона” отсутствует особенная специфика, и что оно представляет собой общее собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности.

2.30. О таком понимании понятия “обход закона” свидетельствуют, в частности, современные переводы многих максим римского права, отождествляющих *fraus legi* и *circumventio* с обманом: *“Alterius circumventio alii non praebat actionem”* (*Ulp. D. 50.17.49*) (*“Обман одного лица не дает права на иск другому”*)[115]; *“In pretio emtionis et venditiones naturaliter lecere contrahentibus se circumvenire”* (*Pomp. у Ulp. D. 4.4.16.4*) (*“Относительно цены покупки и продажи является естественным, что стороны обходят (т. е. обманывают) друг друга”*)[116].

2.31. Кроме того, на тождество *fraus legi* с обманом, а также злоупотреблением правом указывает и присутствующая в римском праве аналогичность термина *“fraus legi”* с терминами *“fraus patrini”* и *“fraus creditoris”*[117], а также аналогичность понятия *“facere in fraudem legis”* с понятием *“alienatio in fraudem creditorum”*[118].

2.32. Указания на связь понятия “обход закона” с понятием “злоупотребление” имеются и во многих других правовых источниках[119]. Иногда встречаются указания и на связь понятия “обход закона” с основами правопорядка и принципами морали[120].

2.33. Но чаще всего “обход закона” отождествляется с обманом, притворностью и мнимостью[121]. В этой связи очень большой интерес представляет

---

[115] *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 385.

[116] Там же.

[117] Бартошек М. переводит выражения *“fraus patrini”* и *“fraus creditoris”* как *“мошенническое нанесение ущерба”* в отношении патрона или кредитора (*Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 137).

[118] Бартошек М. придает этому термину следующее значение *“мошенническая сделка должника по отчуждению своего имущества в ущерб кредитору”* (*Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - с. 137).

[119] Д.И. Мейер указывает на *“страшные* ***злоупотребления*** *в обход… закона”* (выделение мое. - М.А.) (*Мейер Д.И.* Русское гражданское право. – СПб., 1902, с. 7); К. Змирлов упоминает об “обходе” в отношении фиктивной сделки должника с целью лишить кредиторов возможности обратить взыскание на его имущество (*Змирлов К.* О недостатках наших гражданских законов (ч. 1 т. X, кн. 4). - Журнал гражданского и уголовного права, 1885, кн. 6, с. 43-44); Г.Ф. Шершеневич указывает на то, что *“… договор недействителен… когда договор клонится… к* ***лихоимственным*** *изворотам, напр., условия, направленные в обход закона 24 мая 1893 г. о ростовщичестве…”* (*Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. - М., 1911, с. 444-445).

[120] Статья 2922 Свода гражданских узаконений губерний прибалтийских устанавливала: *“Действия недозволенные и* ***неприличные****, которых цель противна религии, законам и* ***добрым нравам****, или которые направлены к тому, чтобы* ***обойти закон****, не могут быть предметом юридической сделки…”* (выделение мое. – М.А.). Привед. по: *Буковский В.* Гражданские законы губерний прибалтийских с разъяснениями. – Рига, 1909, с. 358). Также и статья 1415 Гражданского закона Латвийской Республики 1937 г. предусматривает: *“Недозволенное или неприличное действие, цель которого противна* ***религии****, законам или* ***добрым нравам*** *или которое направлено к тому, чтобы* ***обойти закон****, не может быть предметом юридической сделки; такая сделка является недействительной”* (выделение мое. – М.А.) (Гражданский закон Латвийской Республики 1937 г. - Рига, 1993).

[121] *“… извороты и кляузы, которые могут придумать ловкие люди в обход закона…”* (*Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения

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., возвратить 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*”[122].

фикций. - 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, 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. - 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, 1895, с. 19); О.С. Иоффе и Ю.К. Толстой характеризовали сделки в “обход закона” как *“облеченные **внешней** видимостью законности при **фактически** противозаконном их содержании”* (выделение мое. - М.А.) и отмечали в отношении отсутствия в ГК 1964 г. понятия “сделки в обход закона”: *“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**…”* (выделение мое. - М.А.) (*Иоффе О.С.*, *Толстой Ю.К.* Новый Гражданский кодекс РСФСР. - Л., 1965, с. 61); Р. Джурович употребляет слово “обойти” в отношении договора с фиктивным основанием (*Джурович Р.* Руководство по заключению внешнеторговых контрактов, М., 1992, с. 44); *“Но еще в начале XX в. законодательство о разводах было настолько ограничительным, что была разработана обстоятельная система его обхода путем **фиктивного** нарушения супружеской верности”* (выделение мое. - М.А.) (*Аннерс Э.* История европейского права. - с. 366-367).

[122] Привед. по: *Джанишев Г.А.* Ведение неправых дел (этюд по адвокатской этике). – В кн. Сборник статей / *В.А. Обнинский* (отв. ред.). - М., 1914, с. 485.

Все эти доказательства окончательно демонстрируют всю бесперспективность использования в современном праве понятия “обход закона”.

Параграф 5. Место понятия “обход закона” в отечественном праве

2.34. Конечно же, все сказанное выше имеет определенную теоретическую ценность. Но автор ставил целью своего анализа понятия “обход закона” прежде всего практические цели: недопущение неправильного понимания этого понятия в отечественном праве, недопущение его распространения в нем и уж тем более недопущение рецепции российским правом критикуемых автором теорий “обхода закона”. А ввиду того, что понятие “обход закона” в отечественном праве в той или иной мере присутствовало всегда, было бы полезно критически взглянуть на него через призму отечественных реалий и показать истинное его место для того, чтобы ни у кого не возникало по этому поводу неверных представлений.

2.35. Вообще говоря, в истории данного понятия в отечественном праве можно выделить четыре этапа: период Российской Империи, 20-е годы XX века, 30-80 годы XX века и современный период.

2.36. В праве Российской Империи понятие “обход закона” использовалось весьма редко, причем в основном в доктрине и в судебной практике. Но при этом, как уже показывалось на отдельных примерах (*supra* пункты 2.32 - 2.33), под ним всегда понималось использование видимости правомерности (правда, не всегда осознанно). В специальных же работах была дана обстоятельная критика иного понимания понятия “обход закона”[123]. Принимая во внимание логику развития юридической техники и окончание периода романтизма в праве, перспективы понятия “обход закона” в отечественном праве назвать было радужными нельзя. Соответственно, иначе как “вялотекущим с печальными перспективами” этот период применительно к данному понятию назвать нельзя.

2.37. Однако логика развития отечественного права была нарушена Октябрьским переворотом 1917 г., привнесшим в право несколько иные подходы. В связи с этим второй этап описываемой истории можно назвать кульминацией значения понятия “обход закона” в отечественном праве. Он знаменовался включением в ГК РСФСР 1922 г. статьи 30, упоминавшей об “обходе закона”. О том, к каким несуразностям эта статья приводила в теории и на практике, уже говорилось выше (*supra* пункты 1.9 и 1.24 главы I). Но при этом и в данный период понятие “обход закона” преимущественно понималось (хотя зачастую и неосознанно) как обозначение использования видимости правомерности.

2.37.1. В то же время можно с уверенностью утверждать, что включение понятия “обход закона” в ГК РСФСР 1922 г. являлось не более чем случайностью, правда случайностью, весьма отвечавшей интересам советской власти. Как известно,

---

[123] *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. - с. 73-75.

работа над ГК РСФСР 1922 г. длилась всего лишь несколько месяцев, причем в неблагоприятных условиях[124], а в качестве основы для его составления было взято немецкое право[125], в котором понятие "обход закона" в определенной степени присутствовало. Скорее всего, понятие "обход закона" было механистически заимствовано составителями этого ГК, причем заимствовано достаточно некритически[126], 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[127]. Очевидным является и то, что законодательная техника в этом кодексе была принесена в жертву быстроте его составления[128]: *"Техническая ценность их редакции поразительно непропорциональна ценности их социологического содержания… недостатки формы, внешние недостатки, которые безобразят эти Кодексы, находят себе объяснение и извинение в лихорадочной поспешности, с которой были введены в действие эти Кодексы"*[129].

2.37.2. Однако эта случайность, как уже указывалось, весьма соответствовала интересам советской власти и возможно, что этот фактор был не последним в ходе принятия решения о введении понятия "обход закона" в ГК РСФСР 1922 г. Используя неопределенность понятия "обход закона", советская власть могла признать недействительной любую сделку, не отвечавшую ее интересам, и именно на это были нацелены все ее устремления[130]. В самой литературе по частному праву

---

[124] *"Авторы Гражданского Кодекса 1922 г. работали над проектом в самых неблагоприятных условиях, в условиях необычайной для кодификационного творчества срочности. Они не имели перед собою 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, 1928, с. 15-16).

[125] По словам С. Раевича *"Комиссия специалистов начала с широкой рецепции буржуазного права, подражая, главным образом, германским образцам"* (Энциклопедия государства и права / П. Стучки (отв. ред.) и др. - т. 2, столбик 702).

[126] П. Стучка утверждал: *"Мы ограничились частичной рецепциею права Запада"* (Там же, столбик 714).

[127] П. Стучка отмечал: *"При быстроте его составления он представляет много пробелов и недостатков, но мы никакого совершенного кодекса дать и не собирались"* (Там же, столбик 717).

[128] *Ландкоф С.* Советский гражданский кодекс в иностранной критике. - Иностранная критика советского Гражданского кодекса. Переводы статей Проф. Ламбера и Д-ра Фройнда. - с. 16.

[129] *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. - с. 27.

[130] *"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

признавалось, что признание некоторых сделок сделками в “обход закона” обусловлено особенностью советского хозяйственного строя[131], и тот же подход демонстрировала судебная практика[132]. Следует также отметить, что включение 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[133] (*supra* пункты 2.32 - 2.33 главы I).

2.37.3. Соответственно, сказанное помогает более критически относиться к тому, что понятие “обход закона” было законодательно закреплено в одном из гражданских кодексов отечественного права.

2.38. Третий период истории понятия “обход закона” в отечественном праве может быть охарактеризован как “затухание интереса и стагнация”. Начиная с 30-х годов понятие “обход закона” перестает привлекать внимание, 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[134]. В результате ГК РСФСР 1964

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” (*Новицкий И.Б.* История советского гражданского права. - с. 99-100). В письме Д.И. Курскому 27 февраля 1922 г. Ленин требовал *“...продвинуться дальше в усилении вмешательства государства в частноправовые отношения, в гражданские дела”* (Там же, с. 100).

[131] *Гойхбарг А.Г.* Основы частного имущественного права. - М., 1924, с. 66.

[132] *“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. - с. 83.

[133] *“...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. - с. 65). 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*...”* (В.И. Ленин о социалистической законности. - М., 1961, с. 510).

[134] *“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 социальном гражданском праве - 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:

г. отказывается от использования понятия “обход закона”, и оно практически исчезает из советского гражданского права, хотя изредка и используется[135]. В самом начале действия ГК РСФСР 1964 г. о нем еще с сожалением вспоминали (правда, говоря при этом по сути дела опять-таки о видимости правомерности)[136].

2.38.1. 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”. И хотя в советском обществе использование видимости правомерности все ширится, по этой самой причине никакой острой необходимости в использовании понятия “обход закона” не возникает: на смену ему пришли более точные специальные термины. Лишь изредка о нем продолжают вспоминать[137].

2.38.2. 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: понятие “обход закона” в отечественном частном праве разделило судьбу этого понятия в частном праве западных государств. Можно утверждать, что в данном аспекте право СССР пришло к точно такому же результату, к которому бы пришло и право Российской Империи, но только случилось это на несколько десятилетий позднее.

“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., 1960, с. 22-25). Тем не менее ее критика была не совсем последовательной, ввиду чего с некоторыми высказанными в ее работе взглядами по поводу “обхода закона” согласиться нельзя.

[135] *“Если же под видом договора поручения фактически привлекается постоянный работник, например, юрисконсульт, должность которого не предусмотрена штатным расписанием данной организации, современная сделка признается недействительной, как направленная в обход закона”* (*Иоффе О.С.* Обязательственное право. - с. 511-512).

[136] 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. -с. 61).

[137] *“Суд не вправе утверждать мировое соглашение, если оно противоречит закону или когда таким соглашением нарушаются чьи-либо права и охраняемые законом интересы. Недопустимо, например, утверждение мирового соглашения, если его условия нарушают трудовые права граждан или* ***в обход закона*** *направлены на освобождение лиц от материальной ответственности за ущерб, причиненный при исполнении ими трудовых обязанностей”* (выделение автора) (часть 4 пункта 12 Постановления № 10 Пленума Верховного Суда СССР от 1 декабря 1983 г. “О применении процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции”. - Бюллетень Верховного Суда СССР, 1983, № 6).

2.38.3. Следует также отметить и то, что в советском праве до 90-х годов XX века во многом отсутствовали предпосылки для активного использования видимости правомерности в сфере чисто публично-правового регулирования: этого не позволяла сама природа отечественного права и доминирование государства над субъектами права.

2.39. Казалось бы, все вышеуказанные факты однозначно убеждают в том, что сегодня в отечественном праве использовать понятие “обход закона” не стоит, принимая во внимание специфичность его употребления в праве Российской Империи и весьма оригинальное его происхождение и место в советском праве.

2.40. Однако с начала 90-х годов XX в отечественном праве века начинается процесс возрождения понятия “обход закона”, причем такими темпами, что к началу 1999 года можно говорить уже и о том, что это понятие стало весьма и весьма популярным не только в обыденном сознании и среди рядовых юристов, но также и среди представителей доктрины и законодателей и, более того, среди правоприменителей. “Наступление” понятия “обход закона” идет по всем направлениям: оно очень часто употребляется в правовой литературе, причем как в массовой[138], так и в доктринальной[139]; оно появилось, по меньшей мере, в одном международном договоре с участием России[140], в одном проекте Федерального закона[141], в одном Указе Президента[142], в одном постановлении Правительства[143]; оно очень часто фигурирует в актах министерств и ведомств[144]; оно встречается и в

---

[138] Достаточно набрать слово “обход” в строке поискового редактора любой серьезной компьютерной базы данных, помещающей правовые статьи.

[139] *Хейфец Ф.С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. - М., 1999, с. 85; Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. - М., 1996, с. 161, 173, 257; *Суханов Е.* Акционерные общества и другие юридические лица в новом гражданском законодательстве. - Хозяйство и право, 1997, № 1, с. 91); *Кабалкин А.* Договор дарения. - Российская юстиция, 1997, № 8, с. 22).

[140] *Пункт* 5 статьи 28, статья 31 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейским сообществом и их государствами-членами, с другой стороны, от 24 июня 1994 г., пункт 3 Приложения 2 к этому Соглашению, совместная декларация в отношении статьи 31, совместная декларация в отношении статьи 52 (определения) “Текущие платежи” этого Соглашения (Бюллетень международных договоров, 1998, № 8).

[141] *Проект* Федерального закона “О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон “Об основах туристской деятельности в Российской Федерации” (не опубликован. Содержится в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)).

[142] *Раздел* 4 “Концепции развития рынка ценных бумаг в Российской Федерации”, утвержденной Указом Президента РФ от 1 июля 1996 № 1008 (Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 28, ст. 3357).

[143] *Пункт* 3 Постановления Правительства РФ от 8 мая 1998 г. № 341 “Об изменении порядка ввоза на таможенную территорию Российской Федерации ковров и текстильных напольных покрытий, происходящих из Европейского Союза” (Собрание законодательства Российской Федерации, 1998, № 19, ст. 2125).

[144] *Пункт* 7 “Методологических положений по расчету основных параметров скрытой (неформальной) экономики”, утвержденных Постановлением Госкомстата РФ от 31 января 1998 г. № 7 (не опубликованы. Содержатся в электронной справочной правовой системе “Гарант” (версия 4.05.3)); последний абзац информации ЦБ РФ “Платежный баланс Российской Федерации за I полугодие 1997 года” (Вестник Банка России”. 1997, № 79).

нормативных актах субъектов Российской Федерации[145]. В одном из недавних определений его использовала Судебная Коллегия Верховного Суда РФ[146]. Наконец, оно приобрело сторонников в Высшем Арбитражном Суде РФ[147]. И на этом фоне единственными, кто выступил против такой практики во внутреннем российском праве, был автор настоящей работы[148] и еще один автор, позиция которого, однако, последовательна не до конца[149].

2.41. Все эти факты внушать оптимизм не могут, даже несмотря на то, что во всех отмеченных в предыдущем абзаце случаях понятие "обход закона" употребляется либо как синоним понятия "нарушение закона", либо как обозначение использования видимости правомерности. Можно лишь повторить, что даже такое использование понятия "обход закона" неизбежно будет иметь для современного российского права весьма негативные последствия.

2.42. Но еще более настораживает другое: употребление понятия "обход закона" терпимо до тех пор, пока оно употребляется либо как синоним понятия "нарушение закона", либо как обозначение использования видимости правомерности. Но его опасность состоит еще и в том, что при его помощи возможно возрождение теорий "обхода закона", объявляющих наличие у понятия "обход закона" самостоятельной специфики и непреходящей правовой ценности. Впрочем, в какой-то степени такое возрождение уже происходит: один из заместителей Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ призывает обратиться к опыту ГК РСФСР 1922 г. и использовать понятие "обход закона" как обладающее самостоятельной спецификой и необходимое для современного регулирования[150]. При этом для иллюстрации такого подхода им приводится пример, в котором на самом деле речь идет о прямой противоправности. Представляется, что вряд ли названный автор сделал такой вывод, будь он ближе знаком со спецификой понятия "обход закона" в советском гражданском праве.

---

[145] *Преамбула* Распоряжения вице-мэра Москвы от 3 декабря 1991 г. № 374-РВМ "О временном ограничении вывоза товаров народного потребления из Москвы" (Вестник Мэрии Москвы, 1992, № 1).

[146] *Определение* СК Верховного Суда РФ от 21 июля 1997 г. (Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 1997, № 4).

[147] *Постановление* Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 января 1996 г. № 7770/95 (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 3); Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 апреля 1998 г. № 2201/97 (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1998, № 6); Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 апреля 1998 г. № 2203/97 (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1998, № 6).

[148] *Муранов А.И.* К вопросу о проблеме "обхода закона" в международном частном праве. - Московский журнал международного права, 1997, № 3; *Муранов А.И.* К вопросу об "обходе закона" в проекте раздела VII "Международное частное право" части третьей ГК РФ. - Юрист, 1997, № № 5, 6.

[149] *Филиппов А.Г.* Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве. – В кн.: Актуальные проблемы гражданского права. - М., 1998, с. 445-447.

[150] *Витрянский В.В.* Недействительность сделок в арбитражно-судебной практике. В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. - с. 152-153.

2.43. Основная причина таких достаточно тревожных явлений вполне объяснима: имеющее в современных российских условиях широкое распространение использование видимости правомерности со стороны субъектов права не могло не вызвать автоматически распространение использования в праве понятия “обход закона” (даже если при этом его истинная природа не осознается). В свою очередь широкое распространение использования видимости правомерности со стороны субъектов права обусловлено хотя бы тем, что российское право находится в стадии реформ, проводимых весьма неудачно, в результате чего в нем на сегодняшний день присутствуют в совокупности и в интенсивной форме все присущие непосредственно самому праву типы видимости (*supra* пункты 3.51 - 3.57 и 3.75 главы I).

2.44. Можно также утверждать, что распространение в российском праве использования видимости правомерности и понятия “обход закона” является свидетельством и много другого. В частности, оно позволяет сделать следующие выводы: 1) современное российское право обладает всеми характеристиками, которые превращают его в видимость. При этом данная ситуация во многом спровоцирована неквалифицированными действиями прежде всего отечественного законодателя и в меньшей степени действиями правоприменителей; 2) современное российское право, вследствие многочисленных факторов является все-таки достаточно “юным”, особенно в сфере публично-правового регулирования, не обладает достаточно развитой юридической техникой и ввиду этого является недостаточно адекватным механизмом регулирования социальных отношений; 3) в таких условиях следует признать, что в российском праве наблюдается, скорее всего, переизбыток свободы использовать институты с “легальной” видимостью, причем их использование в противоправных целях привело к тому, что многие из таких “невинных” правовых институтов уже успели стать символом противоправности и мошенничества (например, векселя и юридические лица); 4) в связи с этим необходимо либо избавление российского права от характеристик, которые превращают его в видимость, либо ограничение использования некоторых институтов с “легальной” видимостью; 5) современное российское право, как и советское, продолжает совершать по отношению к субъектам права“обход закона”, “обход самого себя”, чем во многом объясняется использование видимости правомерности субъектами права (*supra* пункт 3.35 главы I); 6) в российском праве продолжает преобладать императивность и публично-правовой характер регулирования; 7) российское право не отличается стремлением защищать индивидуальные права, а правоприменительные органы к формализму права не стремятся.

2.45. Все сказанное позволяет заключить, что российское право ждет очередной период повышения значения понятия “обход закона” и теорий “обхода закона”. Настоящая работа вряд ли этому серьезно помешает.

2.46. Однако в связи с этим можно заметить еще лишь одно: если употребление понятия “обход закона” в сфере отечественного публично-правового регулирования еще можно как-то объяснить неразвитостью такого регулирования, то его употребление в частноправовой сфере отечественного права не может не удивлять, тем более принимая во внимание, что в современном ГК РФ содержится более чем достаточный инструментарий для нейтрализации использования видимости правомерности: и норма об обмане (статья 179), и норма о притворных и мнимых сделках (статья 170), и понятие “злоупотребление правом” (статья 10), и понятие “основы правопорядка и нравственности” (статья 169). Очевидно, истинные причины такого положения вещей кроются все-таки в иных сферах, в частности, в сфере правоприменения.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ II

2.47. Итак, для объяснения и обоснования понятия “обход закона” создавалась не одна теория. Однако ко всем ним необходим крайне осторожный и критический подход. Только так может быть выявлена неосновательность всех тех взглядов, которые рассматривают понятие “обход закона” как правовое явление *sui generis*.

2.48. Следует особо отметить, что несмотря на все попытки автора обнаружить в доступных ему трудах по теме “обхода закона” какие-либо примеры, действительно обосновывающие природу “обхода закона” как явления *sui generis*, ему это не удалось. Во всех приводимых примерах могла быть, в частности, либо обнаружена видимость правомерности в той или иной форме, либо речь шла о правовом институте с использованием “легальной” видимости, либо “обходом закона” вообще объявлялись правомерные действия. Таким образом, вывод о том, что “обход закона” не обладает никакой правовой спецификой *sui generis*, но представляет собой просто общее собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности, остается незыблемым.

2.49. Равным образом следует отвергнуть как несостоятельные и те теории “обхода закона”, которые пытаются обосновать природу “обхода закона” как явления *sui generis*. Даже если в каких-то из них и есть рациональное зерно, то при ближайшем рассмотрении они оказываются либо неполными, либо предлагающими такие основанные на обычных логических и правовых ошибках юридические “рецепты”, которые ставят под угрозу стабильность правового оборота.

2.50. Критический анализ понятия “обход закона” и некоторых теорий “обхода закона” был предпринят в данном разделе исключительно для цели предотвращения необоснованного употребления данного понятия в отечественном праве и тем более для цели предотвращения появления в нем любой из теорий “обхода закона”. История появления и существования в советском праве понятия “обход закона”, его

весьма печальная и поучительная судьба являются достаточно убедительными доказательствами отсутствия у российского права необходимости в этом понятии.

2.51. Таким образом, основное значение всего сказанного в настоящем разделе состоит в том, что оно ограничивает возможность произвольного распространения понятия “обход закона” на вполне правомерные действия, на институты с использованием “легальной” видимости, и в особенности на предпринимаемые участниками гражданского и торгового оборота сознательные действия, направленные на создание того или иного фактического правового состава.

2.52. Все сказанное в данном разделе также является попыткой отстоять свободу участников гражданского и торгового оборота, свободу сознательного использования ими своих прав и предоставляемых правом пределов тех или иных действий. Это имеет особое значение для отечественного права, где традиционно обратная связь права с социальным отношением рассматривается с явным подозрением, и где доминирование объективного права, выражающего интересы государства, над частными субъектами традиционно велико.

2.53. Не исключено, что настоящая работа может быть расценена как попытка оправдать то, что должно быть осуждено, то есть оправдать “обход закона”. Представляется, однако, что такая оценка может быть дана только исходя из допущения произвола объективного права по отношению к субъектам права, абсолютизации его ценности, принципа его самодостаточности и безусловного доминирования над субъективными правами. Единственно же правильным способом представляется рассмотрение процесса взаимодействия объективного и существующего субъективного права как взаимодействия равных величин, в котором реализация субъективного права не может причинять ущерб объективному праву в той мере, в какой она происходит в рамках, устанавливаемых самим объективным правом. Представляется, что использование обратной связи социального отношения с правом находится именно в таких рамках.

2.54. Наконец, все сказанное в настоящем разделе является попыткой еще раз обратить внимание на недопустимость оценки действий субъектов права через призму мотивации этих действий в тех случаях, когда закон умалчивает о необходимости выяснения таких мотивов. Единственно возможный в таком случае подход состоит в использовании нейтральных понятий “законность” и “незаконность” (с возможностью обращения к правовым средствам, противостоящим использованию видимости правомерности).

ВЫВОДЫ К ГЛАВЕ II

1. Анализ истории появления в праве понятия “обход закона”, анализ факторов, влияющих на его существование в праве и анализ различных теорий “обхода закона” свидетельствуют о том, что единственным правильным подходом является рассмотрение понятия “обход закона” как обозначения использования в праве

видимости правомерности. Автор надеется, что ему удалось в целом продемонстрировать, что при таком понимании понятия “обход закона” действительно можно объяснить причины всех противоречивых или необоснованных на первый взгляд случаев использования этого понятия: в частности, его использование или существование в различных отраслях права и в различных правовых семьях; его использование в случаях, когда речь идет о совершенно законных действиях, его использование в отношении законодателя и правоприменителей и т. д.

2. Все эти наблюдения удалось сформулировать только благодаря выявлению специфических качеств феномена “обхода закона”. Таким образом, можно утверждать, что он является своего рода универсальным правовым инструментом, “лакмусовой” бумажкой, при помощи которой могут быть успешно исследованы многие правовые явления в различных аспектах: догматическом, социологическом, психологическом и других.

3. Подметим еще один интересный момент. Анализируя различные случаи употребления понятия “обход закона” и теории “обхода закона”, мы неоднократно обнаруживали, что многие законные правовые явления необоснованно именовались “обходом закона”. Так, это происходило в отношении институтов с использованием “легальной” видимости. Кроме того, мы выяснили, что странные случаи употребления понятия “обход закона” в отношении законных действий законодателя и правоприменителей объясняются только тем, что такие действия на основании того, что их правовой результат идентичен результату действия механизма использования видимости правомерности, квалифицируются как “обход закона”. Наконец, и в отношении теории “обхода закона”, которая объявляет, что законные действия могут вести к незаконным результатам ввиду нарушения такими действиями некоей цели (или смысла) закона, было отмечено, что на самом деле речь должна идти о проблеме толкования правовых норм.

3.1. Иным словами, выясняется, что во всех этих случаях многие законные правовые явления и действительные проблемы без каких-либо оснований отождествлялись с совершенно другими явлениями и проблемами, подменялись ими. Так, феномен институтов с использованием “легальной” видимости и законных действий законодателя и правоприменителей подменялся на феномен “обхода закона”, а действительно существующая и насущная проблема толкования правовых норм была подменена на искусственную и не необходимую проблему “обхода закона”.

3.2. Все это более чем наглядно демонстрирует отсутствие у теорий “обхода закона” и понятия “обход закона” какого-либо самостоятельного правового смысла. Все эти теории и само понятие являются не более чем искусственными, ненужными в праве построениями, обусловленными многочисленными правовыми и логическими ошибками, теми измышленными образованиями, которые

паразитируют на действительно существующих явлениях и правовых проблемах, пытаясь их подменить их собой.

4. На основании сказанного можно утверждать, что понятие “обход закона” является не только обозначением видимости правомерности в праве. Оно разделяет судьбу описываемого им предмета: в праве оно во многом является фантомом, фикцией, видимостью, пригодной только, например, для построения теоретических конструкций, но никак не для овладения практикой, требующей более реальных и конкретных понятий.

5. Тем не менее существуют мощные факторы, которые вновь и вновь вызывают его к жизни, несмотря на всю его неточность, беспредметность, бессмысленность и обманчивость (*supra* пункты 1.37 - 1.41).

6. На этом рассмотрение проблемы “обхода закона” в частном праве и в праве вообще пора закончить и перейти к заключительной части настоящей работы, а именно к рассмотрению вопроса о том, каким образом проблема “обхода закона” проявляется в коллизионном регулировании.

6.1. Все изложенное выше должно служить своего рода вступлением к анализу данной проблемы в коллизионном праве. Именно в этом состоит смысл двух первых глав: как ни интересны были полученные в них выводы, их ценность по многом умаляется тем, что понятие “обход закона” играет во внутреннем праве довольно-таки малую роль. Но эта ценность может быть сохранена и даже приумножена посредством приложения сформулированных выводов к коллизионному праву.

6.2. Бесспорно то, что проблема “обхода закона” в последнем является достаточно самостоятельным вопросом. Теми не менее автор полагает, что рассмотрение этой проблемы безотносительно к общеправовой специфике “обхода закона” вряд ли привело бы к удовлетворительным результатам, а ограничилось скорее бы описанием различных норм законодательства и точек зрения тех или иных авторов на эту проблему. Приемлемым такой анализ назвать было бы нельзя. По этой причине предварительное рассмотрение проблемы “обхода закона” в праве вообще было неизбежным. Тот факт, что такое рассмотрение дало весьма многообещающие результаты, позволяет надеяться, что не менее интересные выводы позволит сформулировать и анализ проблемы “обхода закона” в коллизионном праве, причем применительно к очень многим институтам и явлениям последнего, а также тенденциям его развития. Иными словами, проблема “обхода закона” также вполне может оказаться “лакмусовой” бумажкой как для коллизионной сферы в целом, так и для многих ее институтов.

ГЛАВА III. ПРОБЛЕМА “ОБХОДА ЗАКОНА” В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ

Предварительные замечания

1. Как было показано в двух предыдущих главах, проблема “обхода закона” в сфере материального регулирования обладает достаточно большой сложностью. Но эта сложность увеличивается по меньшей мере на порядок при переходе к рассмотрению проблемы “обхода закона” в коллизионной сфере. А если вспомнить о том, что через понятие “обход закона” могут быть поняты многие коллизионные институты (подобно тому, как это имеет место в материальном праве), то, учитывая всю сложность и многоаспектность коллизионной проблематики, следует признать, что для комплексного рассмотрения такой коллизионной проблемы как “обход закона”, потребовалось бы гораздо больше страниц, чем то их количество, которое содержится в настоящей работе. Ввиду этого автор будет вынужден ограничиться только кратким и выборочным изложением результатов тех изысканий, к которым он пришел в ходе анализа этой проблемы (в частности, он не сможет детально показать положение с ней в отечественном международном частном праве).

1.1. Неизбежность краткости анализа проблемы “обхода закона” в коллизионном праве диктует необходимость сделать некоторые предварительные методологические замечания, без которых такой анализ будет непонятным.

2. Точно так же, как и в материальном регулировании, в коллизионном праве до сих пор не установилось единодушное согласие по поводу того, что же все-таки является в нем “обходом закона”, не говоря уже о том, что многими существование такой проблемы просто отрицается[1]. И точно так же, как и в материальной сфере, в коллизионном праве существует немало различных точек зрения на данную проблему[2], которые в рамках настоящей работы детально описать просто невозможно.

Тем не менее можно по меньшей мере утверждать о существовании в коллизионном праве цельной теории “обхода собственного закона” (*agere in fraudem legis domesticae*), сложившейся еще в XIX веке, имеющей многочисленных сторонников и описателей, причем закрепленной в законодательстве и судебной практике некоторых государств. В дальнейшем мы будем называть ее

---

[1] Например, еще в середине XIX века Вэхтер (*Waechter*) первым на Западе дал критику традиционной теории “обхода закона” в коллизионном праве (*Waechter.* Ueber die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. - Archiv fuer zivilistische Praxis, 1842, (XXV), S. 413, Anmerkung; S. 416). Легко догадаться, что автор настоящей работы также не является сторонником данной теории в коллизионном праве и в принципе выступает против использования в нем самого термина “обход закона”.

[2] Следует заметить, что уже одно это говорит о том, что институты “обхода закона” в материальном и в коллизионном праве должны иметь много общего. При этом любопытно то, что некоторые трактовки понятия “обход закона” в коллизионном праве идентичны, как будет показано ниже, тем, которые используются в материальном праве.

традиционной, в отличие, например, от теории “обхода закона” в коллизионном праве, предлагаемой автором настоящей работы[3].

Анализ проблемы “обхода закона” в коллизионном праве целесообразно начать именно с краткого описания такой традиционной теории.

3. Но прежде чем описать ее, необходимо сделать важное методологическое замечание, позволяющее в дальнейшем все расставить по своим местам и избежать многих неточностей: традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* может существовать не абстрактно сама по себе, а исключительно в пределах определенной национальной правовой системы. Поэтому можно говорить о французской традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*, латиноамериканской теории и т. д. Однако между ними существует и что-то общее, и поэтому дальнейшее исследование можно было бы построить двояко: либо анализировать эту теорию абстрактно, отвлекаясь от того, что она существует только в рамках конкретной национальной правовой системы, и тем самым вникать в ее суть, прибегая к абстрактным понятиям типа “первая национальная правовая система”, “вторая национальная правовая система” и т. д., то есть как бы смотря на все национальные правовые системы “сверху”, либо взять за точку отсчета некую воображаемую конкретную правовую систему, в которой, как мы предположим, существует эта традиционная теория, и строить свой анализ исходя не из абстракций о взаимодействии неких национальных законов, а опираясь на эту конкретную правовую систему, в отношении которой все остальные правовые системы будут выступать как иностранные, и рассматривая аспекты проблемы “обхода закона” в коллизионном праве с точки зрения этой конкретной системы, то есть смотря на другие национальные правовые системы не “сверху”, а как бы “изнутри” их. Возможны оба пути. Однако первый из них неудобен тем, что требует слишком сложного и абстрактного языка анализа, необходимость повторов и оговорок, а также обусловливает сложность восприятия проблематики и постоянное напряжение абстрактного мышления читателя. Второй же, продолжая являться абстрактным, все же будет более конкретным и отмеченные неудобства во многом устраняет, ввиду чего его использование является более приближенным к реальности, более понятным и, соответственно, более целесообразным.

---

[3] В дальнейшем, если из контекста не вытекает, что речь идет о традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*, понятие “обход закона” будет использоваться только для обозначения того понимания категории “обход закона”, которое разработано и предлагается автором настоящей работы и которое имеет мало общего с традиционным пониманием, что есть *agere in fraudem legis domesticae*. При этом при использовании в своей теории понятия “обход закона” автор исходит из следующего: коль скоро у понятия “обход закона” и теорий “обхода закона” по уже указывавшимся причинам (*supra* пункты 1.36 - 1.42 главы II) всегда будут иметься твердые сторонники, и оно из правового оборота вряд ли исчезнет, было бы целесообразно предоставить и правовому обороту, и таким твердым сторонникам возможность использовать и это понятие, и эту теорию, но только не в том виде, в каком они существуют сейчас, а в том виде, в каком их предлагает автор с тем, чтобы минимизировать вред, приносимый как неправильным пониманием понятия “обход закона” и теорий “обхода закона” в коллизионном праве, так и ими самими.

3.1. Но при этом важно понимать то, что та некая национальная правовая система, с точки зрения которой мы будем рассматривать феномен *agere in fraudem legis domesticae*[4], также будет являться своего рода абстракцией, однако характеристики этой абстракции будут соответствовать характеристикам реально существующих правовых систем. Наша цель будет состоять совсем не в том, чтобы анализировать феномен *agere in fraudem legis domesticae* с точки зрения реально существующего национального права, например, французского, и не в том, чтобы, используя его, описать существующие в нем нюансы в отношении этой теории. Вовсе нет, мы просто предположим, что существует некая национальная правовая система (точно такая же, как и реально существующие правовые системы), в которой используется традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae,* назовем эту систему, например, **"национальным законом X"** и будем анализировать феномен *agere in fraudem legis domesticae* с ее точки зрения и с точки зрения существующей в ней традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*. На этом пути для нас не имеет значения национальная принадлежность этой правовой системы, но имеет значение только то, что она является правовой системой и в ней существует такая традиционная теория. Тем самым мы сможем рассуждать не абстрактно, а с точки зрения национального закона, даже если он не существует, а именуется **X**. А это значит, что, хотя наши рассуждения и будут абстрактными, но в то же самое время будут являться верными и в отношении реально существующих правовых систем, использующих традиционную теорию *agere in fraudem legis domesticae*, а не окажутся малопонятными измышлениями наднационального характера. Следует исходить из того, что международное частное право носит по преимуществу национальный характер и разобраться в нем, используя наднациональный подход, практически невозможно. По этой причине мы и будем использовать хотя и абстрактный, но в то же время носящий национальный характер подход[5].

4. Возвращаясь к традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*, следует указать на то, что, хотя ее истоки имеют начало в работах статутариев, в цельном виде она сложилась во второй половине XIX века, в период формирования коллизионной техники и коллизионного права, основы которых заложил Савиньи, и которые с точки зрения тенденций развития современного международного частного права могут быть условно названы "классическими". Их особенностью является отказ от средневекового территориализма, коллизионной техники теории статутов и

---

[4] Под "феноменом *agere in fraudem legis domesticae"* ниже будет пониматься то явление, которое традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* объявляет "обходом закона" в коллизионном праве".

[5] Кроме того, даже в тех случаях, когда мы не будем использовать такой национальный закон X, мы всегда будем подразумевать, что то или иное утверждение всегда высказывается с точки зрения какой-то национальной правовой системы. Например, выражение "иностранные элементы в правоотношении" всегда будет означать, что такие элементы могут быть иностранными не сами по себе, а только с точки зрения определенной правовой системы, в то время как с точки зрения другой правовой системы, в сфере которой эти элементы локализованы, они будут совсем не иностранными.

использования преимущественно двусторонних коллизионных норм с широким объемом и жесткой привязкой. Ввиду этого традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* и классическое коллизионное право очень тесно связаны между собой: в частности, эту теорию используют именно те правовые системы, которые основаны на классической коллизионной технике. В то же самое время наблюдается интересное явление: в тех странах, в которых классическое коллизионное право в европейском варианте получило меньшее распространение (например, в англо-американском праве), или в тех странах, в которых сегодня наблюдается постепенный отказ от классической коллизионной техники, традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* или исчезла, или приходит в упадок. Это явление крайне симптоматично, и в свое время оно будет объяснено. Сейчас же мы будем исходить из того не требующего доказательства факта, что традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* тесно связана с классическим коллизионным правом и по этой причине будем считать, что в нашем национальном законе X коллизионное право является именно классическим. Теперь перейдем к описанию традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*.

5. Итак, в сфере действия национального закона X в его классическом коллизионном праве под феноменом *agere in fraudem legis domesticae* будет пониматься намеренное и искусственное создание заинтересованным лицом коллизионной привязки гражданско-правового отношения к какой-либо иностранной национальной правовой системе и создание тем самым коллизии между этой системой и законом X с целью обеспечить применение к правоотношению первой и избежать применения второго при помощи применимой к такому правоотношению классической коллизионной нормы закона X, содержащей указание на привязку, которая и была этим лицом намеренно создана[6]. При этом такая иностранная национальная правовая система, применения которой заинтересованное лицо добивается, должна являться в каком-либо отношении более благоприятной для него, чем закон X. Очевидно и то, что коллизионная норма закона X должна применяться правоприменительным органом, действующим в сфере закона X и рассматривающим искусственно созданную коллизию законов.

5.1. Смысл же традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* состоит в том, что она объявляет намеренное и искусственное создание коллизионной привязки недействительным. Соответственно, ввиду этого правоприменительный орган закона X должен будет отказаться применять коллизионную норму своего

---

[6] Л.А. Лунц писал об “обходе закона” в коллизионном праве: *“Привязка к определенному законодательству… иногда создается искусственно лицами, желающими избежать применения к их правоотношению принудительных законов…”*(*Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. – М., 1973, с. 333). Похожие утверждения см. также: *Галенская Л.Н.* Международное частное право. - Л., 1983, с. 29; *Международное* частное право. Современные проблемы. - М., 1994, с. 457; *Раапе Л.* Международное частное право. - М., 1960, с. 136; *Repertoire* de droit international. - Paris, 1969, t. II, p. 55, para. 6.

закона X, и вследствие этого применение благоприятного иностранного права станет невозможным.

5.2. Очень существенным является то обстоятельство, что в качестве причины признания намеренного и искусственного создания коллизионной привязки недействительным традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* признает не сам по себе факт создания коллизионной привязки, а только факт искусственности ее создания, **стремление (*fraus*) заинтересованного лица уклониться от применения неблагоприятной для него национальной правовой системы, которая должна была бы применяться, не будь создана коллизионная привязка, и тем самым "обойти" эту национальную правовую систему.** Иными словами, искусственное создание коллизионной привязки может быть объявлено недействительным традиционной теорией *agere in fraudem legis domesticae* только в силу констатации того, что именуется *"fraus"*: наличия стремления совершить "обход" того национального права, которое подлежало бы применению к правоотношению, не будь такая привязка создана.

5.3. Соответственно, правоприменительный орган закона X должен будет отказать в применении коллизионной нормы закона X и иностранного права не просто так, а только после обнаружения стремления лица "обойти" закон X. При этом с точки зрения традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* в национальном законе X именно закон X является тем законом, в отношении которого совершается попытка "обхода", и, соответственно, нет ничего удивительного в том, что такая попытка "обхода" подвергается со стороны закона X санкции в виде его отказа применять свою коллизионную норму и иностранное право, благоприятное для заинтересованного лица, на которое такая норма указывает.

5.4. Следует также отметить, что практически всегда характеристикой правоотношения, которое заинтересованное лицо пытается путем создания искусственной коллизионной привязки подчинить иностранному праву, является то, что все фигурирующие в нем обстоятельства изначально "привязывают" его к неблагоприятному для заинтересованного лица национальному закону, тогда как действиями этого лица создается своеобразная "интернационализация" правоотношения с целью вызвать применение другого, иностранного закона. *"Стороны, желая создать определенное правоотношение, запрещенное законом страны X, искусственным и необычным путем создают коллизионную привязку к стране Y, где закон благоприятствует их цели"*[7]. В том что это так, несложно убедиться, обратившись к многочисленным примерам того, что традиционно объявлялось *agere in fraudem legis domesticae* в коллизионной доктрине и в судебной практике. Соответственно, это означает, что в нашем случае национальный закон X

[7] *Вольф М.* Международное частное право. - с. 159.

должен являться тем законом, к которому правоотношение было изначально привязано, и что его коллизия с другой национальной правовой системой возникла только после “интернационализации” правоотношения заинтересованным лицом. В последующем в целях удобства изложения автор будет называть такой национальный закон, применения которого заинтересованное лицо стремится избежать, и к которому правоотношение изначально привязано, устоявшимся еще со времен статутариев термином – *“lex domesticae”*. Соответственно, наш национальный закон X также будет являться *lex domesticae*, применяющим санкции к феномену *agere in fraudem legis domesticae* (“обходу” его самого) в форме отказа применять коллизионную норму, указывающее на иностранное право, к которому была искусственно создана коллизионная привязка, и, соответственно, отказа применять такое иностранное право.

5.5. В качестве иллюстраций к вышесказанному можно привести конкретные примеры из сферы наиболее близкого читателю российского законодательства, в отношении которых утверждается, что в них присутствует феномен *agere in fraudem legis domesticae*[8]. Их образность поможет более полно уяснить уже сказанное, а

[8] Эти примеры, соответствующим образом измененные применительно к реалиям российского права, заимствованы автором из книги М. Вольфа “Международное частное право” (с. 159-161). Что касается примеров, приводившихся в отечественной литературе, то их можно обнаружить, в частности, в работах, приведенных выше под сноской 6.

Итак: 1) акционерное общество, для осуществления деятельности в качестве юридического лица исключительно в России, учреждается российскими резидентами в другой стране, где требования акционерного права менее обременительны; 2) брак проживающих в России российских граждан, между которыми не существует препятствующих к вступлению в брак обстоятельств, по религиозным соображениям намеренно заключается в другой стране в форме обязательного в ней церковного венчания, тогда как по российскому законодательству необходима государственная регистрация брака; 3) проживающий в России российский гражданин, обладающий значительным состоянием, переезжает на постоянное место жительства в другое государство единственно для того, чтобы обеспечить применение к наследованию после его смерти иностранного права и не подпадать под действие российской нормы наследственного права об обязательной доле, ограничивающей в интересах определенных лиц его свободу распоряжаться своим имуществом путем завещания; 4) российские граждане, проживающие в России, заключают договор, подлежащий исполнению в России, в иностранном государстве, в соответствии с законодательством которого определенные условия этого договора признаются действительными, между тем как с точки зрения российского права эти условия ничтожны. При этом стороны своим соглашением еще и подчиняют этот договор действию такого иностранного права.

Во всех этих случаях вполне закономерным будет возникновение вопроса о том, являются ли подобные действия “обходом российского закона” как *lex domesticae* и как должны реагировать на них российский закон и российские правоприменительные органы: признавать за ними юридическую силу и применять иностранный закон (то есть признать акционерное общество иностранным юридическим лицом, признать действительность брака, завещания и договора) или же нет - при том, что в первом примере российская коллизионная норма предписывает определять гражданскую правоспособность иностранных юридических лиц по праву страны, где учреждено юридическое лицо (статья 161 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.); во втором она исходит из принципа *“Locus regit formam actum”* и говорит о том, что при отсутствии обстоятельств, препятствующих заключению брака, браки между гражданами России, заключенные за пределами территории России с соблюдением законодательства государства, на территории которого они заключены, признаются действительными (статья 158 Семейного Кодекса РФ); в третьем примере коллизионная норма устанавливает, что отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства (статья 169 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.); и, наконец, в четвертом примере российская коллизионная норма исходит из того, что права и обязанности сторон по сделке определяются по

также разобраться в последующих рассуждениях автора. В конце же настоящей главы, после выяснения сущности истинного “обхода закона” в коллизионном праве, осуществить квалификацию приведенных примеров и определение того, действительно ли они являются “обходом закона” в коллизионной сфере, не составит труда.

6. Следует особо отметить, что рамки настоящей работы позволяют уделить внимание только феномену *agere in fraudem legis domesticae*. Между тем коллизионному праву известна не только традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae*, но также и теория “обхода иностранного закона” (*agere in fraudem legis extraneae*). К сожалению, подробно проанализировать последнюю автор возможности не имеет и будет вынужден ограничиться в последующем в ее отношении лишь попутными замечаниями. Сейчас же применительно к ней можно только отметить, что необходимость ее существования подвергается в доктрине большому сомнению. В судебной же практике она занимает весьма незначительное место, не говоря уже о том, что, насколько известно автору, она не закреплена в законодательстве ни одного государства.

7. Кроме того, для большей точности исследования сделаем еще одну оговорку: необходимо помнить о том, что автор ограничится рассмотрением проблемы “обхода закона” только в праве коллизий законов. Между тем такое право является составной частью международного частного права, которое с точки зрения своей структуры далеко не однородно.

В нем можно выделить несколько частей, которые могут быть условно названы: а) “право коллизий законов”; б) “право коллизий юрисдикций”; в) “материальное право международного гражданского и торгового оборота”, и г) “процессуальное право международного гражданского и торгового оборота”[9]. С точки зрения методов регулирования первые две части можно противопоставить двум последним[10].

праву места ее совершения, если иное не установлено соглашением сторон (пункт 2 статьи 165 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.).

[9] Для целей настоящей работы под процессуальным правом международного гражданского и торгового оборота автор понимает непосредственно процессуальное право, применяемое государственными и третейскими судами при разрешении споров, в которых присутствует иностранный элемент (за исключением норм, относящихся к коллизиям юрисдикций).

[10] В материальном и процессуальном праве международного гражданского и торгового оборота используется “прямой” метод регулирования, основанный на непосредственном определении содержания прав и обязанностей сторон правоотношения, тогда как в праве коллизий законов и коллизий юрисдикций используется “отсылочный” метод (в праве коллизий юрисдикций всегда используется “односторонне-отсылочный” метод, тогда как в праве коллизий законов “отсылочный” метод может быть как “односторонним”, так и “двусторонним”).

Право коллизий законов и право коллизий юрисдикций совместно подлежат противопоставлению материальному и процессуальному праву международного гражданского и торгового оборота как ввиду несомненного родства используемых в них методов регулирования, так и ввиду того, что при рассмотрении в международном частном праве проблемы “обхода закона” понятие “коллизии юрисдикций” играет ничуть не меньшую роль, чем понятие “коллизии законов”, а иногда даже и большую, поскольку то, что традиционно называется *agere in fraudem legis domesticae* зачастую возможно только благодаря существованию “коллизий юрисдикций”.

Следовательно, в международном частном праве понятие “обход закона” может обладать различными характеристиками в зависимости от того, в какой из выделенных его частей оно употребляется. Так, в сфере права коллизий законов традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* объявляет “обходом закона” искусственное создание коллизионной привязки. В то же время в праве коллизий юрисдикций понятием “обход закона” иногда именуется феномен, называемый *forum shopping*, который хотя и является действительно не чем иным, как аналогом феномена *agere in fraudem legis domesticae* в праве коллизий законов, но тем не менее обладает некоторыми особенными чертами.

Анализ в свете понятия “обход закона” трех других частей международного частного права, отличных от права коллизий законов, автор должен отложить до следующего случая. При этом можно только отметить, что по мнению автора в сферах материального и процессуального права международного гражданского и торгового оборота понятие “обход закона” и обозначаемое им явление, хотя и обладают некоторой спецификой, но все же в целом их правовая природа и статус в принципе не отличаются от природы и статуса понятия “обход закона” и обозначаемое им явление в материальном праве, которые были описаны в двух предыдущих главах: понятие “обход закона” в этих двух частях международного частного права по-прежнему будет представлять собой не более чем образное выражение для обозначения некоторых неправомерных действий с использованием видимости правомерности, а обозначаемое этим понятием явление будет состоять в использовании видимости правомерности.

8. Для понимания излагаемого ниже также очень важно подчеркнуть, что по мнению автора проблема “обхода закона” в коллизионном праве традиционным феноменом *agere in fraudem legis domesticae* далеко не исчерпывается.

Более того, автор полагает, что природа истинного феномена “обхода закона” в коллизионном праве[11] далеко не совпадает с природой традиционного феномена *agere in fraudem legis domesticae*, а лишь в чем-то пересекается.

8.1. Так, природа истинного феномена “обхода закона” в коллизионном праве состоит, по мнению автора, именно в использовании видимости правомерности, но только в коллизионном плане. Традиционный же феномен *agere in fraudem legis domesticae* не может в рамках классического коллизионного метода регулирования рассматриваться как использование видимости правомерности. Соответственно, искусственное создание коллизионной привязки в рамках классического коллизионного метода регулирования не может рассматриваться как не влекущее правовые последствия. Однако традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* может рассматриваться и как использование видимости правомерности в

[11] Под истинным феноменом “обхода закона” в коллизионном праве автор будет понимать те явления, которые, по его мнению и следует именовать “обходом закона”. Вполне очевидно то, что предлагаемая автором трактовка сильно отличается от традиционного подхода.

коллизионном плане, но только с точки зрения коллизионного принципа “наиболее тесной связи”. Подробнее эти утверждения будет объяснено ниже.

8.2. Поэтому следует считать, что традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* является лишь одним из аспектов истинного феномена “обхода закона” в коллизионном праве. Тем не менее исследование первого является весьма важным хотя бы для того, чтобы показать его подлинную сущность и не допустить неправильное понимание традиционной теории “обхода закона” и ее распространение.

В дальнейшем автор будет исходить именно из такого различения истинного феномена “обхода закона” в коллизионном праве и традиционного феномена *agere in fraudem legis domesticae*.

9. В настоящем разделе сначала будут рассмотрены некоторые аналогии между проблемой “обхода закона” в коллизионном праве и проблемой “обхода закона” в материальном праве (*раздел I*). Затем критически будет проанализирована традиционная теория “обхода закона” в коллизионном праве и будет раскрыта подлинная сущность традиционного феномена *agere in fraudem legis domesticae* (*раздел II*). И в заключение будут рассмотрены причины, породившие различное отношение к традиционному феномену *agere in fraudem legis domesticae* в странах континентальной и англо-американской правовых семей.

10. Также следует отметить, что краткость приводимого ниже исследования некоторых аспектов проблемы “обхода закона” в коллизионном праве, принимая во внимание всю сложность последнего, не может не обусловить то, что такое исследование неизбежно будет являться в чем-то несколько абстрактным, схематичным и условным.

РАЗДЕЛ I. НЕКОТОРЫЕ АНАЛОГИИ МЕЖДУ ПРОБЛЕМОЙ “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ И В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ

1.1. Тщательный анализ проблемы “обхода закона” в коллизионном праве приводит к довольно-таки любопытному выводу: истинная правовая природа понятия “обход закона” и обозначаемого им феномена при переходе в коллизионную сферу принципиально не изменяется. Соответственно, все теоретические выводы, сделанные в предыдущих главах, сохраняют всю свою ценность и продолжают быть применимыми и для коллизионного права. Основанием для этого утверждения является, конечно, не идентичность материального и коллизионного права, а принципиальная однородность механизмов истинного явления “обхода закона” в каждой из этих правовых сфер.

Схожесть характеристик и положения понятия “обход закона” (а также истинного феномена “обхода закона”, механизма его действия и связанных с ними правовых явлений) в материальном праве с характеристиками и положениями

понятия “обход закона” (а также с истинным феноменом “обхода закона”, механизмом его действия и связанных с ними правовыми явлениями) в коллизионном праве действительно заслуживает внимания.

Тем не менее, ввиду ограниченности объема настоящей работы автор вынужден отказаться от подробного анализа таких аналогий и укажет кратко лишь на самые любопытные моменты:

1.2. Точно так же как и в материальном праве, в коллизионном праве различные авторы вкладывают в понятие “обход закона” различный смысл и употребляют его в ситуациях, на первый взгляд не имеющих друг с другом ничего общего. Соответственно, существуют отличающиеся друг от друга мнения по поводу того, что же все-таки является “обходом закона” (при этом, например, точно так же, как и в материальном праве, имеются мнения о том, что “обход закона” в коллизионном праве состоит в неправильном толковании коллизионной нормы[12] или что “обходом закона” в коллизионном праве может являться совершенно законное действие, а именно выбор сторонами применимого права, причем в условиях, когда такой выбор законом допускается[13]).

1.3. Многими отрицается самостоятельная правовая специфика понятия “обход закона” в коллизионном праве и само существование в нем проблемы “обхода закона”.

1.4. Механизмы дейсрвия феномена “обхода закона” и в материальном и в коллизионном праве принципиально идентичны: и в том и в другом случае речь идет об обеспечении применения какого-либо благоприятного для заинтересованного лица регулирования при помощи видимости правомерности.

Различие состоит только в том, что в первом случае можно говорить о микроуровне, в то время как во втором – о макроуровне (с точки зрения того, что национальные системы права можно уподобить внутренним материальным нормам), и еще в том, что в коллизионной сфере для применения национальной системы как макрообразования иногда требуется промежуточный элемент в виде коллизионной нормы, в то время как в материальном праве такой элемент отсутствует.

1.5. Точно также как и в материальном праве, понятием “обход закона” в коллизионном праве должно обозначаться использование видимости правомерности

---

[12] *“...обход закона может вызываться и неправильным истолкованием и применением коллизионной нормы, установленной законодательными актами, скажем, неверной трактовкой ее объема или привязки. Пример этого - применение к договору подряда правил, регламентирующих близкий к нему договор купли-продажи”* (Международное частное право. Современные проблемы. - с. 457).

[13] *“Чаще всего обход закона происходит при реализации участниками договора их права определить подлежащий применению правопорядок”* (Международное частное право. Современные проблемы. - с. 457); *“Предоставляя сторонам договора самим регулировать свои отношения путем определения применимого права, государство тем самым исключает эти отношения из сферы своего правового влияния, отказывается от правового воздействия на существо этих отношений. Отрицательным следствием такой правовой инертности может быть обход тех норм права данного государства, которые установлены с учетом прежде всего интересов общества в целом…”* (*Иванов Г.Г.*, *Маковский А.Л.* Международное частное морское право. – М., 1984, с. 26-27).

в форме обмана, злоупотребления правом или противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий.

1.5.1. Хотя вплоть до настоящего момента еще никто не приходил к этому выводу комплексно, тем не менее по меньшей мере в отечественном международном частном праве аналогичные точки зрения уже высказывались, правда, в менее систематизированном виде. Так, коллизионный "обход закона" уже предлагалось понимать как обман, как создание искаженного представления о существовании коллизионной привязки: *"Еще можно было бы назвать действие совершенным in fraudem legis, если бы стороны, не выезжая вовсе заграницу, сговорились подчинить свою сделку не туземному, а иностранному праву, которое имеет более легкие формы, например, ложно датируя сделку заграничным местом, или назначив, если в их стране договоры обсуждаются по lex loci solutionis, место исполнения заграницей"*[14].

1.5.1.1. Стоит заметить, что создание искаженного представления о коллизионной привязке можно, бесспорно, назвать "обходом закона" в коллизионном праве. Однако в этом нет никакого смысла: с точки зрения юридической техники гораздо более перспективным является простая констатация отсутствия коллизионной привязки и тем самым вывод об отсутствии необходимости применять иностранное право.

1.5.2. Точно также указывалось и на то, что "обход закона" в коллизионной сфере должен рассматриваться как злоупотребление правом[15]. Однако такой вывод А.Г. Гойхбарга был недостаточно точен. Так, с его мнением о том, что искусственное создание действительной коллизионной привязки является злоупотреблением правом, согласиться в принципе можно, но с определенными очень серьезными оговорками. В первой главе уже указывалось, что злоупотребление правом возможно только по отношению к конкретным субъектам права (*supra* пункты 4.22 - 4.22.1 главы I). Соответственно, искусственное создание действительной коллизионной привязки может являться злоупотреблением правом только в том случае, если в результате такого создания привязки и применения иностранного права нарушаются права других лиц. В отсутствие такого нарушения искусственное создание действительной коллизионной привязки злоупотреблением правом являться не может и иностранный закон должен применяться.

Кроме того, злоупотребление правом в коллизионном плане может принимать и другие формы. В частности, оно не обязательно должно состоять в причиняющем вред другим лицам в сфере действия *lex domesticae* искусственном создании коллизионной привязки к иностранному праву с целью обеспечить его применение в

---

[14] *Брун М.И.* Международное частное право (Курс, читанный в Московском коммерческом институте в $19^{10/11}$)". На правах рукописи. - М., год издания не указан. с. 309-311. Аналогичные суждения повторены М.И. Бруном в его работе "Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок - locus regit actum". – СПб., 1911, с. 51-52.

[15] *Гойхбарг А.Г.* Международное право. - М., 1928, с. 43.

сфере действия *lex domesticae*: оно может состоять, например, и в перемещении заинтересованного лица в сферу действия иностранного права (причем без намерения обеспечить его применение в сфере действия *lex domesticae*), а только с намерением принципиально исключить действие *lex domesticae*, применение которого являлось бы для заинтересованного лица неблагоприятным. В качестве иллюстрации к сказанному можно указать на выезд должника за границу с целью уклониться от исполнения своих обязательств.

В связи с этим становится понятным смысл норм статьи 15 Федерального закона от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию"[16]: все эти нормы направлены на недопущение злоупотребления правом выехать из Российской Федерации, преследующего цель ущемить права других лиц и причинить им вред.

1.5.2.1. Также бесспорно то, что злоупотребление правом в коллизионной сфере можно назвать "обходом закона" в коллизионном праве. Однако никакого смысла в этом нет: с точки зрения юридической техники гораздо более перспективным является использование термина "злоупотребление правом".

1.5.3. Далее, в коллизионной сфере аналогом противоречащих основам правопорядка и нравственности формально допустимых действий будут являться действия, допустимые согласно иностранному праву, но противоречащие публичному порядку *lex fori*. Тем самым выясняется довольно-таки неожиданная вещь: понятие "нарушение публичного порядка" в коллизионном праве, несмотря на всю его неопределенность, должно считаться более узким по сравнению с понятием "обход закона" и охватываемым последним. В пользу этого говорят и примеры, свидетельствующие о том, что понятие "обход закона" является взаимозаменяемым с категорией "нарушение публичного порядка"[17].

В свете сказанного становится понятным, почему, например, в коллизионном праве Германии традиционный феномен "обхода закона" рассматривается как

---

[16] *"Право гражданина Российской Федерации на выезд из Российской Федерации может быть временно ограничено в случаях, если он: ...*

2) в соответствии с законодательством Российской Федерации призван на военную службу или направлен на альтернативную гражданскую службу, - до окончания военной службы или альтернативной гражданской службы;

3) задержан по подозрению в совершении преступления либо привлечен в качестве обвиняемого, - до вынесения решения по делу или вступления в законную силу приговора суда;

4) осужден за совершение преступления, - до отбытия (исполнения) наказания или до освобождения от наказания;

5) уклоняется от исполнения обязательств, наложенных на него судом, - до исполнения обязательств либо до достижения согласия сторонами. …" (Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 34, ст. 4029).

[17] Так, в частности В.М. Корецкий указывает, что категория публичный порядок была применена судом одного из штатов США для непризнания развода, совершенного в другом штате одним из супругом, специально туда на короткое время уехавшим (*Корецкий В.М.* Избранные труды": В 2-х кн. - Киев, 1989, кн. 1, с. 251). В другом месте В.М. Корецкий спорит с Куном (*Kuhn*), предлагая видеть "обход закона" в том, в чем Кун увидел нарушение публичного порядка (Там же, с. 242).

частный случай нарушения публичного порядка[18]. Бесспорно то, что для отождествления этих двух явлений коллизионные реалии дают все основания. Однако все-таки представляется, что их истинное соотношение является обратным тому, какое зафиксировано в коллизионном праве Германии: именно понятие “нарушение публичного порядка” является частным случаем обозначения истинного феномена “обхода закона” в коллизионной сфере, через которое осуществляется противодействие использованию видимости правомерности в коллизионном плане.

1.5.4. Очевидно, что во всех трех отмеченных случаях речь о применении иностранного права идти не должна: всегда применяться должен *lex fori*, с точки зрения которого имеют место обман или злоупотребление правом в коллизионном плане или действия, допустимые согласно иностранному праву, но противоречащие его публичному порядку.

1.5.5. Следует отметить, что категория “нарушение публичного порядка”, направленная на противодействие использованию видимости правомерности в коллизионном плане, используется в международном частном праве очень активно. В то же время этого нельзя сказать о категориях “обман” и “злоупотребление правом”. Соответственно, можно констатировать, что в коллизионном праве следовало бы более интенсивно прибегать к этим двум понятиям для целей противодействия использованию видимости правомерности в коллизионном аспекте.

1.6. Характеристиками понятия “обход закона” в коллизионном праве точно так же, как и в материальном праве, являются необыкновенная неопределенность, околоправовой статус и эмоциональная нагрузка.

1.7. Точно так же, как и в материальном праве (*supra* пункт 2.52 главы I, пункт 4 “Выводов к главе II”), в коллизионном праве понятие “обход закона”, а также традиционная теория “обхода закона” являются вводящими в заблуждение и маскирующими истинную проблему. В частности, действительное наименование коллизионной проблемы, которую безуспешно пытается решить традиционная теория “обхода закона” - “искусственное создание “ложных” коллизий законов” (*infra* пункты 2.3.5 – 2.3.5.8).

1.8. Причины возникновения в коллизионном праве понятия “обход закона”, а также традиционной теории “обхода закона” по правовой сути совершенно аналогичны причинам, вызвавшим к жизни понятие “обход закона” в римском праве. Соответственно, наличие в коллизионном праве традиционной теории “обхода закона” является не чем иным, как указанием на слабое развитие этой отрасли права и слабое развитие коллизионной техники (*infra* пункт 2.3.5.3).

1.9. Подобно тому, как в материальном праве существует тесная связь между феноменом “обхода закона” и другими правовыми явлениями, на первый взгляд не имеющими с ним ничего общего, в коллизионном праве также существует тесная

[18] *Раапе Л.* Международное частное право. - с. 140.

взаимосвязь между истинным феноменом “обхода закона” и другими коллизионными институтами, в частности, направленными на неприменение иностранного права: сверхимперативными нормами, обратной отсылкой, взаимностью, квалификацией, территориальным и экстерриториальным применением закона.

В частности, распространение института императивных норм автоматически ведет к падению в коллизионном праве роли традиционной теории “обхода закона”. Кроме того, традиционная теория “обхода закона” возможна только в условиях широкого допущения экстерриториального применения в сфере *lex domesticae* иностранных законов. Количество указаний на такие взаимосвязи можно только умножать.

1.10. Правовые институты с использованием “легальной” видимости присутствуют и в коллизионном праве. При этом в этом плане в их отношении можно сделать очень много интересных наблюдений.

1.10.1. Так, у многих правовых институтов с использованием “легальной” видимости, существующих в материально-правовой плоскости, существуют коллизионные аналоги. Так, например, в коллизионном плане институт презумпций находит выражение в распространении коллизионных норм-презумпций. Далее, с точки зрения принципа “наиболее тесной связи” классические жесткие коллизионные нормы являются не чем иным, как фикциями: они наделяют компетенцией регулировать правоотношение ту национальную систему права, которая на самом деле компетентной с точки зрения данного принципа не является. Кроме того, явлением, представляющим собой аналог такой формы использования видимости в материальном праве, как ценные бумаги на предъявителя и бланковый индоссамент, в коллизионном праве выступает не что иное, как институт неограниченной “автономии воли”: стороны простым своим волеизъявлением могут придать статус компетентного любому закону, подобно тому как таким же волеизъявлением они могут назначить обладателем прав из ценной бумаги любое лицо. Далее, распространенное в практике советского международного коммерческого арбитража правило о возможности применения к внешнеторговому договору советского права в случае указания в этом договоре на г. Москву как место его совершения (хотя на самом деле договор заключался в другом государстве) вполне можно назвать коллизионным аналогом символических действий в материальном праве. И количество таких примеров можно также только умножать.

1.10.2. Кроме того, можно утверждать, что в коллизионной сфере многие институты с использованием видимости приобретает еще большую видимость. В качестве примера достаточно указать на институт юридического лица: иностранные юридические лица с точки зрения *lex fori* должны неизбежно обладать большей видимостью, чем его собственные юридические лица. В этом одна из разгадок того, почему в условиях современной России для совершения многочисленных

нарушений используются иностранные оффшорные компании: они являются не более чем средством очень надежной маскировки неправомерной действительности.

1.10.3. Наконец, само международное частное право, частью которого является право коллизий законов, обладает внутренне присущей позитивному праву видимостью в гораздо большей степени по сравнению с другими отраслями права. Достаточно вспомнить типы видимости непосредственно в самом праве (“пробелы” закона как в форме полного отсутствия регулирования, так и в форме нечеткого регулирования; отсутствие механизма реализации имеющегося подробного регулирования; наличие регулирования, неадекватного имеющимся реалиям, в частности, излишне формализованного или устаревшего; повышение неопределенности правового регулирования) и внимательно посмотреть на положение дел в международном частном праве, чтобы понять, как ярко все эти типы видимости в нем выражены. Достаточно вспомнить о проблеме исполнения иностранных судебных и арбитражных решений, а также о противоречии между международной природой регулируемых международным частным правом правоотношений и национальным характером применимого регулирования, чтобы рассеять последние сомнения в этом плане. В связи с этим неудивительно, что уже давно идут разговоры о кризисе международного частного права как правовой отрасли: для таких разговоров есть все основания. Однако следует сделать поправку: это не столько кризис, сколько болезни роста. Международное частное право еще слишком молодо, чтобы в адекватной мере избавиться от отмеченных типов видимости.

1.11. Практически все закономерности и наблюдения, сделанные в двух предыдущих главах, имеют силу и в коллизионной сфере, причем они получают в ней очень интересное преломление.

1.12. Для того чтобы все сказанное выше не выглядело бездоказательным, в следующем разделе автор намеревается через критический анализ традиционной теории “обхода закона” и понятия “обход закона” в коллизионном праве кратко обосновать правильность некоторых из тезисов, выдвинутых выше.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ I

1.13. Анализ аналогий между проблемой “обхода закона” в материальном и в коллизионном праве не только интересен, но и многообещающ как с теоретической, так и с практической точки зрения. Однако он должен составить тему отдельной работы.

1.14. Аналогичность феноменов “обхода закона” в материальном и в коллизионном праве позволяет придти к выводу о том, что коллизионное регулирование имеет с материальным гораздо больше общего, чем это может показаться на первый взгляд. Иными словами, феномен “обхода закона”

демонстрирует, что в праве существуют закономерности, общие для всех его отраслей, которым подчиняется как материальная, так и коллизионная сфера.

1.15. Истинная проблема “обхода закона” во всем международном частном праве далеко не исчерпывается традиционным феноменом *agere in fraudem legis domesticae* в праве коллизий законов, а является гораздо более широкой. В частности, в сфере права коллизий юрисдикций формой, аналогичной традиционному *agere in fraudem legis domesticae*, является такое явление как *forum shopping*. Более того, если вспомнить, что в коллизионном праве существует еще и институт “конфликта квалификаций”, то можно утверждать, что нечто, аналогичное традиционному *agere in fraudem legis domesticae*, должно существовать и в нем. Соответственно, проблема “обхода закона” может приобретать три формы в зависимости от того, идет ли речь о коллизиях законов, коллизиях юрисдикций или конфликте квалификаций.

1.16. Из сказанного выше равным образом вытекает, что проблема “обхода закона” в международном частном праве тесно связана со многими другими его институтами, в частности, с автономией воли, коллизиями юрисдикций, исполнением иностранных судебных решений, отношением к иностранному праву как к праву и как к факту и многими другими. Эта проблема действительно является “лакмусовой бумажкой”, которая позволяет понять суть этих институтов. Через нее также могут быть связаны между собой различные институты международного частного права, на первый взгляд не имеющие друг с другом ничего общего. Однако анализ всех этих вопросов также должен составить тему отдельного исследования.

Перейдем теперь к критическому рассмотрению традиционного понятия “обход закона” и традиционной теории *agere in fraudem legis* в коллизионном регулировании.

РАЗДЕЛ II. КРИТИКА ПОНЯТИЯ “ОБХОД ЗАКОНА” И ТРАДИЦИОННОЙ ТЕОРИИ *AGERE IN FRAUDEM LEGIS DOMESTICAE* В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ

2.1. Принимая во внимание необходимость развития российского международного частного права, автор полагает, что доктринальная критика понятия “обход закона” и традиционной теории “обхода закона” в коллизионном праве должна быть дана именно исходя из российских реалий, тем более что они предоставляют соответствующий материал.

Более того, использование российских реалий позволит также кратко показать историю понятия “обход закона” и традиционной теории “обхода закона” в отечественном международном частном праве, что весьма актуально: возрождение последнего, на взгляд автора, невозможно без обращения к его истокам.

2.1.1. Само собой разумеется, что все излагаемое ниже следует рассматривать только как краткое политико-правовое обоснование крайней нежелательности

традиционной теории “обхода закона” для отечественного международного частного права.

2.2. Как известно, в настоящее время в России идет работа над проектом третьей части ГК РФ, в которую должно войти и коллизионное регулирование. Работа над разделом VII “Международное частное право” третьей части ГК РФ к моменту написания настоящей работы во многом завершена: уже опубликован проект этого раздела[19]. Невозможно не оценить высоко работу, проделанную авторами этого проекта. И можно целиком разделить почти все его положения (кроме некоторых моментов, которые на нынешнем этапе развития российского коллизионного права не являются принципиальными), за исключением одного, на которое нельзя не обратить внимание, - статьи 1231 “Последствия обхода закона”, являющейся нововведением в российское коллизионное право традиционной теории “обхода закона”. Эта статья гласит: *“Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых настоящим Кодексом, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом”*.

2.3. Представляется, что включение данной статьи об “обходе закона” в раздел VII части третьей ГК РФ являлось бы крупной ошибкой и шагом назад в развитии российского коллизионного регулирования, поскольку ее наличие в действующем законодательстве означало бы:

1) разрыв с лучшими традициями дореволюционного российского и советского коллизионного права;

2) **игнорирование печальной судьбы понятия “обход закона” в зарубежном и советском частном праве, которая в итоге ждет это понятие и в коллизионном праве**;

3) **введение в российское коллизионное законодательство внутренне противоречивого околоправового термина “обход закона”**;

4) **создание в механизме коллизионного регулирования неоправданных технических сложностей и логических противоречий**;

5) **использование для разрешения коллизионных вопросов устаревшей, рудиментарной юридической техники**;

6) **игнорирование опыта большинства развитых западных стран по этому вопросу**;

7) **игнорирование современных тенденций в развитии коллизионного права в мире и очередное “своеобразие” российского права**;

8) **уменьшение степени состязательности процесса при рассмотрении российскими юрисдикционными органами отношений с иностранными**

[19] “Российская газета”, 30 ноября 1996.

характеристиками с одновременным очередным повышением степени его инквизиторности, от чего так сложно и медленно отходит российская правоприменительная практика;

9) **введение в российское коллизионное регулирование "защитной оговорки", совершенно излишней для защиты интересов российского права**;

10) **предоставление преобладающему большинству российских судей очередной "подушки для ума", которой они (при их расположенности в пользу исключительно *lex fori*, а также недостаточно высоком уровне подготовки в сфере международного частного права) не преминут с большой охотой воспользоваться**;

11) отказ учитывать сложность взаимоотношений объективного права и социальных отношений, могущей проявляться в явлении, именуемом в теории "обратной связью права с социальным отношением".

В качестве же итога будет фигурировать не только сведение на нет многих положительных нововведений проекта раздела VII части третьей ГК РФ, но и уменьшение случаев применения иностранного права российскими государственными судами и иными правоприменительными органами, а в качестве более далекого результата – содействие отрыву российского права от других правовых систем и другие последствия, в частности, нежелание западных предпринимателей инвестировать в экономику России.

Следует кратко пояснить тезисы, выдвинутые против данной статьи об "обходе закона"[20].

2.3.1. В опубликованном в "Российской газете" от 30 ноября 1996 г. комментарии "Мы в мире, мир у нас" к проекту раздела VII части третьей ГК РФ говорится, что при подготовке проекта учитывались история, традиции и опыт отечественного международного частного права. Если под историей, традицией и опытом этой отрасли права понимать, в частности, дореволюционный период, то в отношении проблемы "обхода закона" положение является диаметрально противоположным сказанному.

2.3.1.1. Дореволюционному российскому законодательству, при всей его приверженности иностранному влиянию, понятие "обход закона" в коллизионном смысле не было известно. Дореволюционной судебной практике по вопросам международного частного права, достигшей достаточно высокого для своего времени уровня развития, термин "обход закона" также не был известен[21]. Более

---

[20] Предварительно для правильного понимания излагаемого ниже необходимо указать, что автор не отрицает существования в международном частном праве проблемы, породившей традиционную теорию *agere in fraudem legis* в коллизионном праве. Однако он считает, что эта теория совершенно не годится для разрешения такой проблемы и, более того, только затемняет истинную правовую природу последней и мешает ее решению.

[21] В работе М.И. Мыша "Об иностранцах в России. Сборник узаконений, трактатов и конвенций, с относящимися к ним правительственными и судебными разъяснениями" (СПб., 1911), в

того, в тех случаях, когда обстоятельства дела давали все основания сослаться на традиционный “обход закона”, Правительствующий Сенат этого не делал и использовал иную технику для разрешения таких коллизий законов[22]. Что касается традиционной теории “обхода закона” в доктрине, то интересно отметить, что все крупнейшие отечественные правоведы, занимавшиеся непосредственно международным частным правом, - прежде всего М.И. Брун, а также Н. Иванов, Т.М. Яблочков, Л.В. Шалланд, А.Н. Мандельштам - выступали против нее[23]. И хотя касались они этой теории скорее мимоходом и ограничивались ее критикой только в отношении принципа *“Locus regit formam actum”*, а в высказываниях некоторых из них чувствуется сильное влияние Вэхтера, является очевидным, что это их сознательная позиция, а не простой пересказ взглядов западных коллизионистов.

2.3.1.2. В советской доктрине коллизионного права традиционной теории “обхода закона” внимание практически не уделялось, а если и уделялось, то только на описательном, а не на аналитическом уровне. Достаточно сказать, что А.Н. Макаров и С.Б. Крылов, каждый из которых заслужил себе громкое имя в науке, относились к ней отрицательно[24]. Поскольку данная теория скорее кратко описывалась, чем защищалась и разрабатывалась, нельзя сказать, что в советском праве произошла ее рецепция. Сохранению ее описания в доктрине во многом также способствовало наличие в ГК РСФСР 1922 г. статьи 30, объявляющей недействительной сделку, совершенную в “обход закона”. После того как правоприменительная практика и развитие советской доктрины гражданского права показали непригодность теории “обхода закона” в материальном праве, ГК РСФСР 1964 г. от нее отказался, однако традиционная теория “обхода закона” в коллизионной доктрине СССР сохранилась, скорее, по традиции, чем по необходимости. Следует сказать, что отсутствие разработанности данного вопроса в советской доктрине являлось следствием того, что для нее сама проблема “обхода закона” в коллизионном праве не имела никакой практической ценности. В СССР отсутствовали предпосылки для совершения действий по созданию коллизионной привязки с целью не допустить применение советского закона. Именно отсутствие у

которой собраны практически все решения Правительствующего Сената по коллизионным вопросам, нет ни одного решения, в котором упоминалось бы об “обходе закона”.

[22] См., например, разъяснение Правительствующего Сената № 2, 1889 г. (*Мыш М.И.* Об иностранцах в России. - с. 393-394); решение гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената № 39, 1889 г. (Там же, с. 172-173); решение гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената № 1780, 1870 г. (Там же, с. 269).

[23] *Брун М.И.* Международное частное право. Курс, прочитанный в Московском коммерческом институте в 1910/1911 г. г. - с. 309-311; *Брун М.И.* Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок - locus regit actum. - с. 51-52; *Иванов Н.* Основания частной международной юрисдикции. - Казань, 1865, с. 51-52; *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. - Ярославль, 1909, с. 98; *Шалланд Л.В.* О форме актов и сделок, совершенных за границей, по русскому законодательству и судебной практике. - СПб., 1902, с. 70-71; *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. – СПб., 1900, т. II, с. 218.

[24] *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. - М., 1924, с. 79-80; *Крылов С.Б.* Международное частное право. - Л., 1930, с. 63.

этой проблемы практической значимости и предопределило решающим образом полное отсутствие к ней и теоретического интереса: в советском международном частном праве не было написано ни одной специальной статьи на эту тему, а упоминание о традиционной теории “обхода закона” включалось далеко не в каждый учебник[25]. Если же эта теория и упоминалась, то ей уделялось не более нескольких абзацев или одной страницы[26].

Что же касается советского законодательства и судебной практики, то в них, как уже говорилось, понятие “обход закона” широко употреблялось только в гражданском праве и только в 20-х годах. В законодательстве и судебной практике международного частного права этот термин просто не встречался. Не встречается этот термин и в опубликованных решениях ВТАК при ТПП СССР и МАК при ТПП СССР.

Остается только отметить, что 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”[27] (излагающая традиционную теорию “обхода закона” в коллизионном праве), содержание которой и было, видимо, учтено при подготовке проекта раздела VII ГК РФ. 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 получившая, по мнению В.С. Позднякова, недостаточное обоснование в комментариях к ней[28].

Таким образом, понятие “обход закона” не имеет никаких корней в лучших традициях дореволюционного российского и советского международного частного права. Следует, правда, признать, что введение традиционного понятия “обход закона” в современное российское коллизионное регулирование являлось бы логическим продолжением менее достойной традиции советского и отчасти дореволюционного российского международного частного права - излишнего крена в сторону территориализма.

2.3.2. Судьба понятия “обход закона” в частном праве весьма поучительна и может являться указанием на то, что ждет это понятие в коллизионном регулировании (*supra* пункты 1.34 – 1.44 главы I, пункты 1.33 и 2.36 – 2.38.3 главы II). Если вспомнить, что коллизионное право начало развиваться в XII веке, то можно сказать, что на сегодняшний момент оно достигло только той аналогичной

---

[25] См., например, учебник: *Лунц Л.А.*, *Марышева Н.И.*, *Садиков О.Н.* Международное частное право. - М., 1984.

[26] Единственным исключением из этого правила являются шесть страниц в работе: *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть” (с. 333-339). При этом этот параграф не относится к тому лучшему, что было написано Л.А. Лунцем.

[27] Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды 49. - М., 1991, с. 126.

[28] Там же, с. 157.

ступени развития, на которой частное право было в начале XX века. Соответственно, для коллизионного права наступил момент, когда понятие “обход закона” должно начать исчезать из него.

2.3.3. Как уже говорилось, понятие “обход закона” в действительности представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения ряда неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности (обман, притворность, мнимость, злоупотребление правом), простым обозначением их совокупности это понятие исчерпывается, и у него отсутствует самостоятельная правовая природа.

Понятие “обход закона”, родившись в сфере права, претерпело, как уже было показано, определенную эволюцию, все более утрачивая правовой смысл, и на сегодняшний день перешло в околоправовые сферы, в которых собственно право смешано с политикой и обыденными представлениями о праве. Все это свидетельствует о том, что понятие “обход закона” в праве не просто не определено. Это не та правовая неопределенность, которая характерна для многих терминов коллизионного права и которая вызвана внешней причиной – отсутствием достижения последним определенного уровня развития. Эта неопределенность вызвана внутренней для самого этого термина причиной - слишком большим “негативным” объемом этого понятия, которому было тесно в его рамках, и который при достижении правом определенного уровня “вырвался” из них, вылившись в новые “негативные” понятия, более узкие по объему. Прежняя же форма термина еще не успела исчезнуть, но уже настолько утратила “репутацию”, что каждый считает возможным использовать его в том значении, которое считает нужным. И уже по одной этой причине не является оправданным использование в ГК России понятия “обход закона” как противоречивого, слишком близкого к обыденному сознанию и не до конца вписывающегося в чисто профессиональную терминологию. Даже если в понятии “обход закона” и сохранилось что-то правовое, то при наличии более точных терминов, им охватываемых и из него выделившихся, сознательно использовать его было бы, по меньшей мере, бесперспективно.

2.3.4. Использование традиционной теории “обход закона” означало бы создание в механизме коллизионного регулирования России неоправданных технических сложностей и логических противоречий.

2.3.4.1. При использовании традиционной теории “обхода закона” и без того сложный механизм коллизионного регулирования претерпит еще большее усложнение. При применении иностранного права необходимо будет удостовериться не только в том, что оно не противоречит публичному порядку России и что в российском праве не имеется императивных норм, которые должны быть применены независимо от компетентного правопорядка. Как следует из смысла анализируемой статьи об “обходе закона”, применение иностранного права может иметь место **только в том случае**, если оно не было вызвано намерением совершить

традиционный “обход закона”. Следовательно, юрисдикционный орган во имя соблюдения этого предписания до момента применения иностранного права обязательно будет вынужден выяснить, нет ли в данном случае еще и намерения лица “обойти” российский закон, и если он это не сделает, то данное предписание будет им нарушено. Если же в дополнение к публичному порядку и императивным нормам вспомнить еще и об обратной отсылке, взаимности и проблеме установления содержания иностранного закона, то представляется, что введение еще одного усложняющего элемента будет способствовать только либо нежеланию юрисдикционного органа применять иностранное право, либо снижению качества разбирательства.

2.3.4.2. Как известно, в международном частном праве выделяют как “обход собственного закона” (*fraus legi domesticae*), так и “обход иностранного закона” (*fraus legi extraneae*). Формулировка статьи об “обходе закона”, предлагаемой в проекте, охватывает оба случая, что крайне неоправданно и непоследовательно. Если в опубликованном проекте отказались от института применения императивных норм третьей страны[29] (который, однако, имеется в проекте части третьей Модели ГК для стран СНГ (статья 1201)), то на каком основании российский юрисдикционный орган должен заботиться об “обходе закона” третьей страны и нейтрализовать его? Даже если придерживаться традиционной теории “обхода закона”, то невозможно не признать, что российское коллизионное право еще не достигло того уровня, когда оно может позаботиться не только о своих интересах, но и об интересах “обойденного” иностранного права. Польза от статьи с такой формулировкой будет состоять не более чем в возможности провести в комментарии к ней различие между *fraus legi domesticae* и *fraus legi extraneae*.

2.3.4.3. Технические сложности вызовет и неоднозначность термина “обход закона”. Выше уже было показано, что его понимают зачастую в диаметрально противоположных значениях. Так какой смысл сознательно вводить в ГК термин, о котором заранее известно, что он внутренне противоречив? Это совсем не тот случай, когда неясный вопрос можно оставить для разрешения судом. Как понимать “обход закона” в коллизионном праве: как намеренное, но **действительное** создание коллизионной привязки к иностранному закону (намеренная поездка за границу и заключение там договора с целью использовать форму договора, установленную иностранным правом) или же как **фиктивное** создание привязки (простое указание в договоре на то, что он совершен за границей); необходимо ли намерение лица подчинить правоотношение иностранному праву для квалификации его действий как “обхода закона” (например, в традиционной теории “обхода закона” это признается необходимым условием, а О.Н. Садиков придерживается иного мнения[30])?

---

[29] В статье 1229 опубликованного проекта раздела VII говорится только об императивных нормах законодательства России.

[30] Международное частное право. Современные проблемы. - с. 459.

Подобные вопросы можно только умножать. С этой точки зрения статья 7 “Последствия обхода закона о подлежащем применению праве” проекта Закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе оставляла гораздо меньшее место для противоречивых толкований и сомнений (что, однако, совсем не превращает ее в образец для подражания).

2.3.4.4. Представляется, что статья об “обходе закона” вызовет проблемы и для международного коммерческого арбитража в России. Вообще говоря, традиционное понятие “обход закона” и международный коммерческий арбитраж - мало совместимые явления. Международный коммерческий арбитраж в случае необходимости имеет право применять оговорку о публичном порядке или императивные нормы, но не должен выяснять, имели ли стороны, осуществляя то или иное действие, намерение совершить традиционный “обход закона”. Однако учитывая существующую возможность отмены решений международного коммерческого арбитража государственными судами, международному коммерческому арбитражу в России в определенных случаях волей неволей придется учитывать и статью об “обходе закона”. Подобное нововведение вряд ли будет способствовать развитию столь перспективного инструмента разрешения споров. Кстати говоря, в XIX веке и в начале XX века третейские суды очень серьезно рассматривались как один из инструментов “обхода закона”, направленного на изъятие споров из ведения государственных судов. Ирония заключается в том, что теперь статья об “обходе закона” была предложена в том числе и профессиональными третейскими судьями как разработчиками проекта.

2.3.4.5. Введение статьи об “обходе закона” создаст в известной степени неопределенность, а также неуверенность в стабильности регулирования правоотношений с иностранным элементом. Еще в конце XIX века один из авторитетнейших американских авторов отмечал, что не существует таких документов, составленных за границей, в отношении которых нельзя было бы выдвинуть обвинение в “обходе закона”, и вряд ли найдутся такие случаи, в которых можно было с полной уверенностью говорить о нем[31]. И это вполне соответствует действительности.

Конечно, можно говорить, что данный аргумент не “работает”, поскольку неопределенность регулирования является одной из характерных особенностей международного частного права. Все это так, но, пожалуй, в отличие от других случаев подобной неопределенности, в случае с “обходом закона” имеет место, если так можно сказать, “негативная” неопределенность.

2.3.4.6. Что же касается не технических, а логических сложностей при применении статьи об “обходе закона”, то основная состоит в том, что эта статья резко выделяется на фоне других статей проекта и противоречит единому

[31] *Wharton* A treatise on the conflict of laws or private internationale law. - Philadelphia, 1881, p. 635.

методологическому подходу, в котором эти другие статьи выдержаны. Прежде всего, как примирить данную статью об “обходе закона” с неограниченной автономией воли в отношении договоров? Неограниченная автономия воли все время вызывала нападки сторонников традиционной теории “обхода закона”. Кстати говоря, отсутствие интереса к проблеме “обхода закона” в советском международном частном праве вызывалось еще и тем, что в нем признавалась неограниченная автономия воли, а эти два понятия несовместимы именно с точки зрения методологии разрешения коллизий законов. Не зря при обсуждении проекта Закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе И.С. Зыкин высказывал более чем обоснованные сомнения в отношении статьи об “обходе закона” как ограничивающей действие принципа автономии воли[32].

Но может быть, принцип неограниченной автономии воли следует рассматривать как исключение из действия традиционной теории “обхода закона”? Нет, скорее тут дело в другом. Одновременное наличие в проекте и института неограниченной автономии воли, и института “обхода закона” говорит не об установлении общего правила и исключений из него, а о некотором неоправданном эклектизме, стремлении включить в механизм коллизионного регулирования побольше инструментов “для полного ассортимента”, хотя подобный лишний инструмент может только застопорить работу такого механизма.

Диаметральность методологических подходов, в которых выдержана статья об “обходе закона” и остальные статьи проекта, проявляется и при сопоставлении статьи об “обходе закона” с правилом о правоспособности иностранных юридических лиц и правилом *“Locus regit formam actum”*. Так, в первом правиле сначала устанавливается, что правоспособность иностранных юридических лиц определяется по критерию их инкорпорации. Но ведь данный критерий из всех, применимых к юридическим лицам, наиболее удобен для совершения того, что традиционно в коллизионном праве именуется “обходом закона” (недаром пунктом 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8[33] понятие “место нахождения юридического лица” было истолковано не как место регистрации юридического лица, а как место нахождения его органов, что вполне понятно в свете действующего налогового законодательства и появления в России “оффшорных” зон). Ввиду этого из правила о компетенции закона места инкорпорации необходимо делать исключения для случая, когда юридическое лицо было специально зарегистрировано в иностранном государстве для так называемого “обхода российского закона”. То же самое можно сказать и о правиле *“Locus regit formam actum”*. Но зачем было нужно устанавливать такие коллизионные привязки,

[32] Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды 49. - с. 157.

[33] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 9.

которые наиболее “удобны” для совершения того, что традиционно именуется коллизионным “обходом закона”? Ведь в итоге из-за диаметральной противоположности используемых принципов эти статьи и статья об “обходе закона” друг другу по своей сути противоречат.

Гораздо более последовательным и выдержанным было бы либо использование таких привязок, которые не являются наиболее “удобными” для совершения того, что в коллизионном праве традиционно именуется “обходом закона”, либо, при использовании именно таких “удобных” привязок, отказаться от идеи об “обходе закона”.

2.3.4.7. Логические затруднения вызовет и то, что в формулировке статьи об “обходе закона” не удалось даже **правильно** передать суть традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*. В этой статье говорится об *“обходе правил настоящего раздела о подлежащем применению праве”*, то есть предполагается, что при традиционном “обходе закона” “обходятся” именно коллизионные нормы. Между тем в традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* общепризнанно, что “обходится” не коллизионная норма, а **внутренняя материальная норма** “обходимого” закона. “Обходится” именно внутренняя материальная норма, тогда как коллизионная норма - только орудие для такого “обхода”[34]. То, что в традиционной теории “обхода закона” это действительно так, вытекает хотя бы из того, что, вообще говоря, механизм “обхода закона” имеет целью неприменение той или иной нормы, а в случае с коллизионным “обходом закона” цель “обходящего закон” состоит именно в применении коллизионной нормы ввиду наличия в ней “удобной” для него привязки, результатом чего является применение иностранного права и неприменение внутренней материальной нормы *lex domesticae*, коллизионная норма которого и была применена. Из того, что коллизионная норма применяется, вытекает, что в традиционной теории “обхода закона” она - лишь средство для “обхода”, но никак не объект “обхода”. Таким образом, в проекте даже не удалось правильно изложить суть традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*.

2.3.4.8. И последнее по поводу неоправданных технических сложностей и логических противоречий. Если считать, что коллизионная норма - лишь средство для “обхода”, но никак не то, что “обходится”, то можно утверждать, что предлагаемая статья об “обходе закона” ущербна еще и в том, что применить ее, исходя из содержащихся в ней формулировок, **просто невозможно**. Данная статья содержит следующую формулировку: *“в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом”*. Попробуем применить такую норму на практике.

[34] *Раапе Л.* Международное частное право. - с. 136; *Audit B.* La fraude a la loi. – Paris, 1972, p. 8.

Предположим, российские лица, не желающие нотариально удостоверять в России сделку (по причине высокой государственной пошлины), выезжают в другое государство, где в отношении таких сделок установлена простая письменная форма, и там совершают ее, а впоследствии в России утверждают о применимости к ней правила *"Locus regit formam actum"*. С точки зрения традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* "обход закона" налицо. Но если теперь попробовать применить предлагаемую статью об "обходе закона", то ничего не получится. Во-первых, можно ли будет говорить, что такие действия совершены "*в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве"* (помня, что при "обходе" нормы цель заключается в том, чтобы сделать эту норму неприменимой, хотя условия ее применения имеются)? Ответ должен быть однозначным - "обхода" в данном случае нет, поскольку "правило настоящего раздела о подлежащем применению праве" (вводящее принцип *"Locus regit formam actum"*) как раз и должно быть применено, и на этом настаивают стороны. Во-вторых, можно ли будет говорить, что такие действия совершены с целью "*подчинить соответствующие отношения иному праву"*, чем то, на которое указывают нормы раздела VII? Ответ также однозначный - нет, стороны подчинили форму сделки не какому-то иному праву, а именно тому, на которое и указывает норма раздела VII, - праву места совершения сделки. И в-третьих, даже если наличие "обхода" будет признано, то каким будет последствие? Как это ни странно, в соответствии с формулировкой статьи об "обходе закона", придется применить опять-таки именно право места совершения сделки, на применении которого как раз и настаивают стороны.

Формулировка данной статьи заставляет задаваться многими вопросами. Если есть иное право, которому лица стремятся подчинить свое отношение, то, очевидно, имеется и право, применения которого эти лица стремятся избежать, "обойти" его? Но как определить, какая национальная система права является первой, а какая второй? Кроме того, если удалось их определить, то почему бы не установить, что применению в таком случае подлежит именно второе право, которое пытались "обойти", а не делать ссылку на *"право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом"*? Ответы на данные вопросы в предлагаемой статье об "обходе закона" мы не получим. Создается впечатление, что формулировка этой статьи не проработана (но вместо "доработки" ее текста более оптимальным был бы полный отказ от нее).

Можно предложить еще одно толкование критикуемой статьи об "обходе закона", для того чтобы избежать полученного противоречивого результата. Правда, такое толкование основывается на соображениях, не вытекающих с необходимостью из самой формулировки этой статьи. Слова *"в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом"* можно толковать следующим образом: всякая коллизионная

норма рассчитана на применение к такому составу, в котором нет намерения избежать применения какого-то из национальных законов. Если это намерение появляется и создается искусственная привязка к иному закону, то имеет место недобросовестная трактовка коллизионной нормы и, следовательно, ее "обход"[35]. Но ввиду такого намерения коллизионная норма в том виде, в котором ее требует применить заинтересованное лицо, применяться не должна. Следует применить либо коллизионную норму с другим объемом (если лицо настаивает на применении коллизионной нормы с одним объемом, в то время как правоотношение должно регулироваться коллизионной нормой с другим объемом), либо, если состав правоотношения и объем коллизионной нормы, на применении которой настаивает заинтересованное лицо, совпадают, следует применить эту самую коллизионную норму, но так, чтобы в итоге был применен не благоприятный для лица закон, а тот, который он стремился "обойти". Но добиться такого результата можно, только если прибегнуть к квалификации терминов в привязке, причем к квалификации не в коллизионном смысле.

В приведенном примере с избежанием нотариального удостоверения и правилом *"Locus regit formam actum"* такое толкование выглядело бы следующим образом: фигурирующее в привязке коллизионной нормы место совершения сделки должно было бы квалифицироваться не как **действительное** место совершения сделки, а как то место, где стороны **должны были бы совершить**, но не совершили сделку. Можно даже предложить специальный термин для такой квалификации – "фикционная" квалификация.

При подобном толковании "обойденными" являлись бы именно коллизионные нормы, формулировка статьи об "обходе закона" выглядела бы "логично", и избегались бы те противоречия, на которые было указано выше. Но в итоге одни сложности заменялись бы на другую - как определить то место, где стороны должны были бы совершить сделку, но не совершили, уехав в другое государство? Следовательно, при таком толковании все время будет необходима "фикционная" квалификация. Уже одно это заставляет задуматься над перспективой внедрения подобного сложного толкования предлагаемой статьи, не говоря уже о необходимости разрешения проблемы такой квалификации.

Впрочем, метод разрешения этой проблемы существует, но все дело в том, что его использование означало бы автоматическое исчезновение традиционной теории "обхода закона" из коллизионного права и, более того, вытеснение из коллизионного регулирования классических коллизионных норм с жесткими привязками.

---

[35] Согласно одной из теорий "обхода закона" в коллизионном праве, суть "обхода закона" как раз и заключается в том, что "обходимая норма" толкуется неправильно с целью добиться ее неприменения (*Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 215). В связи с этим можно вспомнить, что и в материальном праве существует аналогичная теория (*supra* пункты 2.11 - 2.11.1 главы II).

Перейдем к рассмотрению этого вопроса, который покажет, что использование традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* для разрешения коллизионных вопросов является устаревшей и несовершенной юридической техникой.

2.3.5. Классический коллизионный метод регулирования из всей совокупности связей между правовыми системами и правоотношением с иностранным элементом выделяет лишь одно обстоятельство, связывающее правоотношение с одним из законов, которое и служит "привязкой", указателем на этот определенный закон, в силу такого указания становящийся компетентным регулировать отношение. Неоценимым достоинством такого метода является определенность и предсказуемость разрешения коллизии законов. Но нельзя не заметить, что при таком способе возможно возникновение ситуаций, когда применимым окажется право, с которым ситуация имеет только случайную связь (например, в случае причинения лицу вреда применимым может оказаться право государства, в котором и деликвент, и потерпевший находились очень недолгое время), и тем самым в силу указания коллизионной нормы произойдет перераспределение компетенции объективно более компетентного закона (то есть того, с которым у правоотношения имеются связи более преобладающие, чем те, которые имеются у него с другим законом) в пользу объективно менее компетентного (то есть того, с которым у правоотношения имеются связи более слабые, чем те, которые имеются у него с другим законом)[36]. Именно поэтому в целях недопущения такого перераспределения компетенции советского закона в пользу иностранного закона, например, в статье 167 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. было введено положение, которое в изъятие из общего правила о компетенции *lex loci delicti commissi* устанавливает, что права и обязанности сторон по деликтным обязательствам, возникающим за границей, если стороны являются советскими гражданами или юридическими лицами, определяются по советскому праву. Основы в данном случае исходят из того, что недопустимо применять иностранный закон в отношении ситуации, которая не связана с ним тесным образом.

2.3.5.1. Если использовать понятия "действительной" и "ложной" коллизии[37] в рамках коллизионного метода регулирования, то можно сказать, что существует

---

[36] Идея "наиболее тесной связи" *"как исходная логическая предпосылка выбора компетентного закона… лежит в основе не только англо-саксонской, но, пожалуй, любой системы коллизионного права"* (*Лебедев С.Н.* К пересмотру Гаагской Конвенции 1955 г. – В кн.: Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей. - М., 1985, с. 67-68).

[37] Коллизию законов можно определить как "действительную" тогда, когда каждый из коллидирующих законов может быть применен к правоотношению по причине наличия тесных и существенных связей между ним и конкретным составом этого правоотношения. Коллизия законов является "ложной" тогда, когда имеются тесные и существенные связи конкретного состава правоотношения только с одним из таких законов. Определение же "природы" коллизии является результатом многостороннего анализа ситуации и принятия во внимание многочисленных факторов, фигурирующих в правоотношении. Данные термины были впервые использованы американским юристом Д. Каверсом (*D. Cavers*) еще в 30-х годах XX века. Анализ коллизий законов с помощью этих категорий оказался очень плодотворным и получил широкое распространение не только в США.

тесная связь между “ложной” коллизией законов и тем, что традиционно именуется в коллизионном праве “обходом закона”. В самом деле, поскольку обеспечение применения благоприятного иностранного закона заключается в искусственном создании фактического обстоятельства, фигурирующего в коллизионной привязке, то нельзя не заметить, что чем меньше будет его значимость и чем более тесными будут связи правоотношения с *lex domesticae*, тем более “ложной” будет коллизия между *lex domesticae* и иностранным законом и тем более необоснованным будет перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу иностранного закона в случае применения последнего. С другой стороны, можно утверждать, что традиционный “обход закона” в коллизионном праве несовместим с “действительной” коллизией законов.

Коротко можно сказать, что лицо, желающее совершить традиционный “обход закона” в рамках классического коллизионного метода, намеренно создает “ложную” коллизию законов с целью обеспечить необоснованное перераспределение компетенции объективно более компетентного закона в пользу объективно менее компетентного и тем самым добиться применения последнего.

Необходимым следствием из сказанного будет то, что средством для создания “ложной” коллизии законов, необоснованного перераспределения компетенции одного закона в пользу другого (что может повлечь квалификацию таких действий как традиционного “обхода закона”) является не что иное, как коллизионная норма. Нетрудно заметить, что если теория “обхода закона” и возникла в коллизионном праве, то только благодаря существованию негибких коллизионных норм. Объективно необоснованное перераспределение компетенции между законами в случае применения классических коллизионных норм превращается во вполне нормальную и распространенную ситуацию. При наличии коллизионной привязки к иностранной правовой системе классическая коллизионная норма сама “освящает” применение иностранного закона, так как содержание коллизионной привязки составляет саму сущность этой нормы, стремящейся к предсказуемости и четкости определения компетентного правопорядка. Побочным и имманентным следствием действия этого правового механизма и являются “ложные” коллизии и ситуации объективно необоснованного перераспределения компетенции между национальными законами. Иными словами, это та цена, которую классический коллизионный метод регулирования платит за несомненные достоинства механизма своего действия.

2.3.5.2. Но не всякая коллизионная норма предоставляет возможность заинтересованному лицу обеспечить перераспределение компетенции между законами. Такая возможность возникает только тогда, когда коллизионная норма, определяя компетентный закон, допускает установление применимого права по воле субъекта, или когда коллизионная норма использует привязку, которая может быть легко изменена по желанию субъекта.

Так, именно отсутствие в коллизионной норме, устанавливающей компетенцию *lex rei sitae*, возможности такой манипуляции объясняет тот факт, почему невозможно при ее помощи перераспределить в пользу иного закона компетенцию закона места нахождения строения. Просто заинтересованное лицо не может по своему желанию изменить место нахождения недвижимости в целях обеспечения применения по отношению к ней иностранного закона. Таким образом, можно установить следующую закономерность: чем большая роль в коллизионной норме отводится индивидуальной воле или чем в большей степени в ней указывается на коллизионную привязку, могущую быть измененной субъектом по своему желанию, тем легче обеспечить объективно необоснованное перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу иностранного закона.

2.3.5.3. В свете вышесказанного происхождение традиционной теории “обхода закона” в коллизионном праве становится объяснимым. Ее корни - в эпохе формирования классических коллизионных норм. При своем становлении коллизионное право не могло не начинать с формулирования общих коллизионных норм, характеризующихся, с одной стороны, четким указанием на привязку, а с другой стороны, абстрактным и широким объемом. Время дифференциации коллизионных норм, конкретизации их объема и привязки началось значительно позже и, между прочим, продолжается и сегодня. Не удивительно, что в результате между конкретными составами правоотношений (где один фактор связывал правоотношение с иностранным законом, тогда как все остальные связывали его более тесно с *lex domesticae*) и коллизионной нормой возникало противоречие. Коллизионная норма на основании этого одного фактора требовала применения иностранного закона, а остальной состав правоотношения требовал применения *lex domesticae*. Противоречие было тем более вопиюще, когда фактор, указываемый в привязке коллизионной нормы, сознательно привносился в правоотношение заинтересованным лицом. Для разрешения именно этого противоречия и появилась традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* в качестве способа исключить необходимость применять иностранный закон, на который указывает коллизионная норма. В качестве же оправдания этого исключения было выдвинуто не что иное, как намерение заинтересованного лица обеспечить применение иностранного права. Само собой разумеется, что даже если в каком-либо конкретном случае такого намерения не было, и традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* не являлась применимой, то само указанное противоречие не исчезало. Однако коллизионное право под предлогом необходимости соблюдать требования классических коллизионных норм мирилось с ним вплоть до первой половины XX века.

Соответственно, традиционную теорию *agere in fraudem legis domesticae* можно назвать “детской болезнью” коллизионного права, через которую ему было необходимо пройти, и которая была вызвана во многом объективно заданным

несовершенством юридической техники, выразившейся в чрезмерно широком формулировании объема коллизионных норм и жестким указанием на конкретную привязку. Это очень хорошо почувствовал один из крупнейших российских дореволюционных коллизионистов А.А. Пиленко: *"Ошибка в определении объема чужого закона может обнаружиться при юридических фактах, происшедших не на данной территории, а за границей. Как тогда быть? Теория ordre public очевидно не применима: ибо нельзя сказать, что французский публичный порядок страдает от заключения французами брака в Венгрии, по форме лишенного гласности. ...в коллизионном праве должен существовать предохранительный клапан и для этих случаев. Ибо ошибка в определении объема чужого закона безнаказанно пройти не может. ...искомый клапан существует. Он столь же экстраординарен и неуловим, как и публичный порядок. Он называется: in fraudem legis domesticae"*[38].

2.3.5.4. Итак, в традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* соответствующие действия заинтересованного лица объявляются совершенными в "обход закона" только потому, что они с помощью коллизионной нормы обеспечивают объективно необоснованное перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу какого-либо иностранного закона. Происходит это из-за того, что у правоотношения имеется только одна, причем искусственно созданная связь с иностранным законом, тогда как все другие связи "прикрепляют" это правоотношение к *lex domesticae*.

Совсем нетрудно заметить, что такая позиция исходит из принципа "наиболее тесной связи". А уже на основании этого можно утверждать, что классический коллизионный метод в том виде, в каком он существует сегодня, в целом не способен разрешить сам по себе традиционную проблему коллизионного "обхода закона". Можно сказать, что для этого ему приходится отрицать самого себя и "искать спасение" в принципе "наиболее тесной связи".

Более того, можно утверждать, что и объяснить феномен "обхода закона", оставаясь только в рамках коллизионного метода, невозможно. Такая попытка приводит к двусмысленностям и неточностям. Например, вот как озаглавил свою работу французский юрист Мори (*Maury*), рассматривавший проблему "обхода закона": *"Устранение действия обыкновенно компетентного закона: публичный порядок и обход закона"* (*"L'eviction de la loi normalement competente: l'ordre public et la fraude a la loi"*). В связи с этим возникает вопрос: а что может являться обычно

---

[38] *Пиленко А.А.* Очерки по систематике частного международного права. - СПб., 1911, с. 212-213. Сказанные Пиленко А.А. там же слова о публичном порядке можно с полным основанием отнести к теории "обхода закона": *"Всякий раз, как мы - ошибочно - присвоим иностранной норме такой объем действия, которого мы во всех выводах сохранить за этой нормой не можем, - мы тотчас же должны выдвинуть на помощь "экстраординарный публичный порядок". С этой точки зрения публичный порядок есть сигнал отбоя, свидетельствующий о ранее допущенной ошибке. Избежать этого "экстраординарного" понятия можно только одним путем: с самого начала воздерживаясь от установления таких широких объемов чужих норм, которые содержат в себе захват части компетенции нашего закона"*.

компетентным законом в классической коллизионной системе, кроме того закона, на который указывает сама коллизионная норма? Точно такая же двусмысленность возникает, когда Л.А. Лунц, определяя сущность "обхода закона" в коллизионном праве, писал: *"Привязка к определенному законодательству... иногда создается искусственно лицами, желающими избежать применения к их правоотношению принудительных законов, которым подчинено это правоотношение"*[39]. Само собой разумеется, что им имелась в виду "объективная" подчиненность, а не подчиненность в силу указания коллизионной нормы, но поскольку об этом не упоминалось, можно опять задать вопрос: какому другому закону в классической системе коллизионного регулирования правоотношение может быть подчинено кроме того, на который указывает сама коллизионная норма? По той же самой причине формулировки критикуемой статьи об "обходе закона" проекта раздела VII третьей части ГК РФ являются противоречивыми: в них делается попытка дать регулирование только "внутри" классического коллизионного метода, не прибегая ни к каким "внешним" критериям, что и приводит к указанным неудовлетворительным результатам.

2.3.5.5. Таким образом, для своего собственного обоснования традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* не может не исходить из принципа "наиболее тесной связи". Однако прямо об этом ей не заявляется. Напротив, выдвигается совершенно другое обоснование для отказа применить иностранный закон, а именно так называемый *"fraus"* - субъективное намерение заинтересованного лица обеспечить применение иностранного закона путем создания привязки (на которую указывает коллизионная норма) правоотношения к такому иностранному закону. Между тем, как было уже сказано, объективное противоречие, которое попыталась разрешить традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae*, задается отнюдь не субъективным намерением заинтересованного лица, а несоответствием между содержанием коллизионной нормы, требующим применения иностранного закона, и конкретным составом правоотношения, требующим применения *lex domesticae*. Субъективное же намерение углубляет, но не порождает это противоречие. Однако ссылка на субъективное намерение создавала видимость возможности полного разрешения такого противоречия в рамках собственно классического коллизионного метода регулирования и видимость самодостаточности такого метода в этом вопросе, хотя разрешение отмеченного противоречия было в лучшем случае половинчатым. Кстати говоря, именно то, что традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* лишь частично разрешала возникшее в недрах классического коллизионного метода регулирования противоречие, определило крайне двойственное и шаткое ее положение в коллизионном праве и двойственное отношение к ней. С одной стороны, от этой

[39] *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. - с. 333.

теории отказаться нельзя было хотя бы потому, что никакого другого средства противодействовать намеренному созданию ситуаций объективно необоснованного перераспределения компетенции между законами еще не было, а с другой стороны, всеми явственно ощущалась ее половинчатость и неудовлетворительность. Очень удачно высказался по этому поводу Ветш, сказавший, что понятию "обход закона" уже давно отведена некоторая роль в международном частном праве, однако роль нисколько не ободряющая, в которой это понятие не может ни полноценно жить, ни окончательно умереть[40].

2.3.5.6. Итак, данная теория сама по себе не способна разрешить противоречие, которому она обязана своим появлением. Но коллизионное право уже давно обладает гораздо более эффективными способами борьбы с намеренным созданием "ложных" коллизий и ситуациями объективно необоснованного перераспределения компетенции между законами. С одной стороны, это отказ от классических коллизионных норм, усложнение структуры и появление новых коллизионных норм, их дифференциация и специализация. С другой - все более широкое распространение на все большее количество правоотношений заимствованного из англо-американской системы принципа "наиболее тесной связи". **Само собой разумеется, что в механизме регулирования коллизий законов, основанном на этой теории, не может быть и речи о создании ситуации объективно необоснованного распределения компетенции между законами, поскольку один из них практически всегда будет более тесно связан с правоотношением, чем другой.**

2.3.5.7. Кроме того, необходимо сказать о том, что в коллизионной сфере возможно использование метода регулирования, отличного как от классического коллизионного метода, так и от принципа "наиболее тесной связи". Речь идет о методе, исторически предшествующем классическому коллизионному, о том методе, который использовала теория статутов. Этот метод состоял в определении сферы применения и действия определенного конкретно взятого закона, а не в поиске компетентного закона. Путем отыскания сферы применения и действия определенного закона этот метод устанавливал применим ли данный закон к конкретной ситуации или нет. Именно при его помощи глоссаторы оспорили незыблемый до них территориальный принцип действия закона в формуле *"Statutum non ligat nisi subditos"* (*"Статут не связывает лиц, кроме тех, которые ему подчинены"*).

Несмотря на то, что данный метод принадлежит в основном истории, он продолжает жить, и имеются признаки того, что возможно его дальнейшее успешное использование. Он применяется сегодня в международной сфере всех отраслей публичного права (уголовной, налоговой, административной). Когда определенное

[40] *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - S. 5.

отношение осложнено иностранным элементом, в соответствии с действующим в этих отраслях принципом необходимо определить, компетентен или нет закон суда регулировать такое отношение. В случае же негативного ответа иностранный закон, носящий публичный характер, не применяется и даже не говорится о том, что компетентен этот иностранный закон.

Между тем диверсификация современного права привела к тому, что стало очень трудно провести разницу между частным и публичным правом. Явлением, знаменующим XX век, стало распространение правовых предписаний, относительно которых трудно сказать, относятся ли они к публичному праву или к частному. Все чаще возникают ситуации, относительно которых необходимо решить, возможно ли допустить неприменение по отношению к ним закона суда. Переплетение публичного и частного права сегодня приводит к необходимости использовать указанный метод и в коллизионном регулировании. Представляется, что именно он имеет непосредственную связь с коллизионной проблемой применения императивных норм *lex fori* или третьего государства, которая уже давно обсуждается в западных странах, которая с недавнего времени стала подниматься и в российском праве и нашла отражение в проекте раздела VII третьей части ГК.

Как известно, в последнее время в коллизионном праве некоторых стран проявилась тенденция включать в законодательство и международные договоры положения о возможности применения в некоторых случаях не компетентного иностранного права, на которое указывает *lex fori*, а императивных норм *lex fori* или третьего правопорядка[41]. При всем при этом оговорка о публичном порядке продолжает сохранять свое значение, то есть в коллизионное регулирование вводится новый институт императивных норм, имеющий непосредственную связь с методом, применявшимся еще статутариями. Для традиционной же теории *agere in fraudem legis domesticae* этот новый институт имеет то значение, что он окончательно устраняет те основания, которыми эта теория еще может оправдывать свое существование, так как он еще более сужает возможность намеренного создания ситуации объективно необоснованного распределения компетенции *lex domesticae* в пользу иностранного закона.

В технико-юридическом обеспечении достижения той цели, ради которой появилась традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae*, и принцип “наиболее тесной связи” и институт применения императивных норм значительно ее превосходит, из чего можно сделать вывод, что у последней не существует правового будущего. Эта теория - реликт в современном коллизионном праве. На определенном этапе его развития возникновение данной теории было неизбежным,

[41] *Жильцов А.Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы)”: Дис. … канд. юрид. наук. – М., 1998); *Жильцов А.Н.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве. - Законодательство и экономика, 1997, № 23/24, с. 37-48; *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве. - Московский журнал международного права, 1992, № 2, с. 71-84.

она сыграла свою положительную роль но, отыграв ее, должна стать достоянием истории, уступить место новому. Ее “золотой век”, приходившийся на конец XIX столетия, прошел. И если причины существования этой теории в прошлом вполне объяснимы и понятны, то ее распространение сегодня в тех условиях, когда коллизионное право обладает несравненно лучшим и восприимчивым к дальнейшему совершенствованию инструментарием, являлось бы не чем иным, как правовым регрессом и тормозом для его дальнейшего развития. О какой прогрессивной новелле в российском праве в случае включения в проект раздела VII “Международное частное право” третьей части ГК РФ статьи об “обходе закона” можно было бы говорить, если еще в начале XX века один из крупных российских коллизионистов А.А. Пиленко назвал условие о действиях *“in fraudem legis domesticae” “рудиментарным”* и *“сохранившимся в старых законодательствах”*[42]?

Кроме того, важно указать на следующее. Нельзя не заметить того, что авторы опубликованного проекта раздела VII третьей части ГК РФ, хотя и использовали принцип “наиболее тесной связи”, но отвели ему второстепенное место по сравнению с классическими коллизионными привязками. Возможно, что такой подход не вполне оправдан, однако более существенно другое: было необходимо придерживаться его более последовательно. Дело в том, что традиционная теория “обхода закона” базируется на тех же основаниях, что и принцип “наиболее тесной связи”, является своего рода “прототипом” последнего, но прототипом в форме “обратного отражения”, и то, что в принципе “наиболее тесной связи” “стоит на ногах”, в традиционной теории “обхода закона” поставлено на голову. По этой причине возникает вопрос: если принципу “наиболее тесной” связи в проекте раздела VII отведено только второстепенное место, то на каком основании уделяется внимание традиционной теории “обхода закона”, являющейся не более чем “прототипом” такого принципа? Проект раздела VII, одной рукой отказываясь во многом от полноценного введения принципа “наиболее тесной связи”, другой рукой вводит этот же принцип, но только в “зеркально-искаженной” форме.

Гораздо более прогрессивным было бы полномасштабное введение в проект принципа “наиболее тесной связи” с одновременным отказом от традиционной теории “обхода закона”: “зеркально-искаженная” форма не нужна в условиях наличия “правильной” формы.

Сказанное имеет еще и то значение, что критика традиционной теории “обхода закона” одновременно является пропагандой принципа “наиболее тесной связи”, от использования которого российское коллизионное право только выиграло бы.

2.3.5.8. Таким образом, даже после краткого анализа традиционной теории “обхода закона”, раскрывшего далеко не все ее недостатки, нельзя не придти к выводу, что хотя создание ситуаций необоснованного перераспределения

---

[42] *Словарь* юридических и государственных наук / А.Ф. Волков, Ю.Д. Филиппов (отв. ред.) и др. – СПб., т. I, выпуск III, с. 1226.

компетенции между законами и искусственно вызываемые “ложные” коллизии - явления, естественно, нежелательные, но бороться с ними, используя понятие “обход закона”, еще более нежелательно: существуют гораздо более прогрессивные способы противодействия таким “ложным” коллизиям.

2.3.6. Введение в раздел VII “Международное частное право” третьей части ГК РФ статьи об “обходе закона” означало бы также и игнорирование практики ведущих стран в коллизионной сфере, отказавшихся от традиционной теории “обхода закона”[43]. Последняя не нашла отражения в кодификациях международного частного права Австрии и ФРГ (хотя в некоторых проектах Вводного закона к ГГУ она фигурировала) и даже Италии[44], где она была довольно широко распространена. Самостоятельное значение традиционной теории “обхода закона” не признается и в некоторых менее развитых странах, например, Китае[45].

Окончательный отказ от данной теории произошел и в США (хотя там она никогда и не пользовалась большим распространением). Так, 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. Что касается Англии, то она там никогда не признавалась[46].

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[47]. Количество подобных примеров можно было бы только умножать.

Конечно, такая теория сохраняется еще в судебной практике Франции[48], коллизионном законодательстве Испании[49], Венгрии, Португалии, Румынии,

---

[43] Против нее выступал еще Савиньи (System des heutigen Roemischen Rechts. - Berlin, 1849, B. VIII, S. 358).

[44] *Franceseschelli Vincenzo* Il nuovo diritto internazionale privato/ La legge n. 218/1995 di reforma del sistema italiano. - Milano, 1995.

[45] *Tung-Pi Chen* Private international law of the People’s Republic of China. - American journal of comparative law, 1987, vol. 35, № 3, p. 459.

[46] *Вольф М.* Международное частное право. - с. 163; *Graveson R. H.* The doctrine of evasion of the law in England and America. - Journal of comparative legislation and international law, 3th Series, 1937, vol. XIX, part I.

[47] *International* encyclopedia of comparative law, vol. III “Private international law”, chapter 24 “Contracts”. - Tuebingen, Mouton, The Hague, Paris, 1976, p. 32.

[48] Однако, как показал в своей работе Б. Оди (*Audit B.* La fraude a la loi), во Франции очень часто под формой теории “обхода закона” используются совсем другие инструменты коллизионного права. Есть во Франции и противники этой теории: так, в 1955 г. при голосовании по вопросу о

некоторых стран Латинской Америки. Но суть от этого не меняется – она перестала удовлетворять нужды современного коллизионного регулирования и становится все более лишней в коллизионной области[50].

2.3.7. Тенденции современного коллизионного регулирования[51] свидетельствуют, что у традиционной теории "обхода закона" нет правового будущего. Об этом говорит и распространение принципа "наиболее тесной связи", которая автоматически упраздняет проблему "обхода закона", и распространение института применения императивных норм *lex fori* и третьей страны (использование которых часто противопоставляется теории "обхода закона")[52], и все возрастающая специализация и детализация коллизионных норм[53]. Свидетельством снижения значения теории "обхода закона" является и то, что даже в специальной литературе ей уделяется все меньше внимания[54].

2.3.8. Предлагаемая в проекте раздела VII третьей части ГК РФ статья об "обходе закона" ведет к повышению степени инквизиторности процесса при рассмотрении российскими юрисдикционными органами отношений с иностранными характеристиками. Как следует из смысла этой статьи, применение иностранного права может иметь место **только в том случае**, если оно не было вызвано стремлением совершить "обход закона". Следовательно, юрисдикционный орган во имя соблюдения этого предписания до момента применения иностранного права обязательно будет вынужден выяснить, нет ли в данном случае "обхода закона", в противном случае данное предписание будет им нарушено. Элементом, которому придается решающее значение в традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*, является **намерение** лица избежать применения *lex domesticae* и подчинить правоотношение иному праву. В итоге для применения данной статьи будет необходимо установить намерение лица подчинить правоотношение иному праву, что не может не вести к законодательному закреплению инквизиторности процесса, к которой российские суды и так неоправданно склонны.

включении статьи об "обходе закона" в проект закона о международном частном праве, за ее включение проголосовало лишь незначительное большинство голосов (Comite francais de droit international prive. Discussion de l'avant-projet de la Commission de reforme du Code Civile (20-21 mai 1955). – Paris, 1956, p. 291-292).

[49] *Goldschmidt W.* The evasion of law in Spanish private international law". -Revue hellenique de droit international, 1949, № 2-4.

[50] *Junger F.K.* The recognition of money judgments in civil and commercial matters - American journal of comparative law, 1988, vol. 36, № 1, p. 25.

[51] *Sauveplanne J.G.* New trends in the doctrine of private international law and their impact on court practice. - Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye, t. 175 (1982-II); *Vischer F.* General course on private international law. - Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye, t. 232 (1992-I).

[52] *Fawcett J.J.* Evasion of law and mandatory rules in private international law. - Cambridge Law Journal, 49 (1) March 1990.

[53] *Садиков О.Н.* Коллизионные нормы в современном международном частном праве. - Советский ежегодник международного права. 1982. - М., 1983, с. 205-220.

[54] *Mosconi F.* Exceptions to the operation of choice of law rules. - Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye, t. 217 (1989-V).

2.3.8.1. Все-таки далеко не случайно, что традиционная теория “обхода закона” не получила распространения в Англии и США, где процесс являлся состязательным, а распространилась именно во Франции, в которой процесс отличался большей инквизиторностью. Характерное мнение в связи с этим высказывает представитель скандинавского права, которое испытало несколько большее влияние английского права по сравнению с остальными странами Европы: он признает в отношении концепции *fraus legi,* что *“судам чуждо выяснять мотивы, лежащие за во всем остальном законными действиями”*[55].

Это соображение все время являлось одним из аргументов против традиционной теории “обхода закона”: *“Пусть, в том случае, когда лицо поехало за границу для того именно, чтобы там совершить акт, его уклонение от соблюдения форм его отечественного законодательства не находит себе оправдания; но как знать, с какой целью оно поехало за границу? Нужно было бы заставлять суды копаться в тайных намерениях сторон и, в конце концов, карать их только за то, что они воспользовались дозволением самого закона”*[56]; *“Исследовать истинную волю сторон немыслимо”*[57].

2.3.8.2. Конечно, с категоричностью последнего мнения соглашаться вряд ли следует - в большинстве случаев волю сторон выявить можно. Вопрос в другом: сопровождающее такое выяснение воли повышение степени инквизиторности процесса должно быть оправдываемо той целью, ради которой оно вводится. Какую же цель преследует такое повышение степени инквизиторности? Как это ни странно, однако ею является обеспечение применения прежде всего российского права в любой ситуации, в которой присутствует явное или скрываемое намерение обеспечить применение не российского, а другого национального права (конечно, не надо забывать, что формулировка статьи об “обходе закона” имеет ввиду и *fraus legi extraneae*). И при этом такое применение российского права обеспечивается статьей об “обходе закона” вне зависимости от того, действительно ли такое применение **необходимо или оправданно для интересов самого российского права**. Если, как уже говорилось, в проекте раздела VII допускается, с одной стороны, неограниченная автономия воли (то есть намерение избежать применения одного и обеспечить применение другого закона - чем не традиционный *fraus legi*!) в отношении договоров (что является по сути дела признанием безразличности по отношению к тому, каким правом регулируется договор), то почему же не признать такую же безразличность применительно к тому, каким будет являться компетентный закон, и в отношении всего остального? Однако нет, в отношении всего отличного от договоров такая безразличность статьей об “обходе закона”

---

[55] *Hambro E.I.* Ordre public and fraus legis in Norwegian conflict law. - Internationales Recht und Diplomatie, 1957, Heft 4, S. 326.

[56] *Брун М.И.* Международное частное право. Курс, прочитанный в Московском коммерческом институте в 1910/1911 г.г. - с. 311.

[57] *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. - с. 98.

почему-то исключается, хотя и в этих случаях ввиду существующей в частном праве диспозитивности регулирования для российского права должно быть безразлично, что стороны решили обеспечить применение иностранного права. С другой стороны, если российское право действительно имеет заинтересованность быть применимым к правоотношению, то это тогда, когда применение российского права действительно необходимо для его собственных интересов. Но в таких случаях применение российского права обеспечивается оговоркой о публичном порядке или оговоркой о применении его императивных норм. Какой же смысл обеспечивать применение российского права в ситуации, когда стороны стремятся избежать его применения, если для интересов самого российского права это безразлично (а именно в этом и состоит смысл предлагаемой статьи об "обходе закона")? **Создается впечатление, что обеспечение применения российского права оправдывается просто стремлением его применять и не чем иным.** Возможно, что никогда не признававшиеся в нашей стране теории необходимости учета интересов национальных правовых систем действительно являются бессодержательными (хотя в западных странах некоторые плоды они дали), и любое действие, направленное на подчинение правоотношения иному праву, должно быть признано недействительным *ipso facto*. Возможно, это и так. Но тогда необходимо забыть о составляющем саму суть теории "обхода закона" **намерении** подчинить правоотношение иному праву и признать, в чем же все-таки лежат действительные корни этого явления в коллизионном праве, а это, в свою очередь, будет означать неизбежное признание принципа "наиболее тесной связи" в качестве доминирующего начала в современном коллизионном регулировании, а не в качестве второстепенного, как это сделано в опубликованном проекте раздела VII третьей части ГК РФ.

2.3.8.3. Во всем необходима последовательность: если мы признаем принцип "наиболее тесной связи" доминирующим началом, то традиционная проблема "обхода закона" исчезает сама по себе; но если мы признаем этот принцип второстепенным началом по сравнению с установленными в законе классическими коллизионными привязками, то уже невозможно делать оговорку об "обходе закона", поскольку это явление - неизбежное следствие классического коллизионного метода, а стремление искоренить это явление в рамках самого такого метода является, с одной стороны, использованием двойных стандартов в коллизионном регулировании, а с другой – просто-напросто отрицанием самого коллизионного метода, перспективой его "самоубийства" и увеличением шансов на отказ от него, что вряд ли желательно в условиях современной России, которая только-только закончила начальную школу коллизионного регулирования.

2.3.9. Итак, традиционная оговорка об "обходе закона" для защиты интересов российского права является совершенно излишней. Между тем, любая норма, тем более вводимая впервые, должна преследовать определенную практическую цель. И

вот этого-то и нельзя сказать о статье об “обходе закона”. Как показывает опыт западных стран, защиту интересов национального права при его взаимодействии с иностранными правовыми системами более чем надежно обеспечивают коллизионные оговорки о публичном порядке и об императивных нормах. Поэтому с данной точки зрения норма об “обходе закона” в системе российского коллизионного регулирования рискует оказаться “безработной”.

Но это было бы еще полбеды. Беда состоит в том, что сочетание нормы об “обходе закона” с другими оговорками о неприменении иностранного закона - о публичном порядке, об императивных нормах, об обратной отсылке - объективно несет такой потенциально опасный заряд даже просто для возможности применения иностранного права, что поневоле начинаешь задумываться о том, действительно ли проект раздела VII третьей части ГК посвящен **применению** иностранного права. И если на современном этапе развития коллизионного права необходимость включения в данный проект оговорок о публичном порядке и об императивных нормах не подлежит сомнению, то добавление в него еще и оговорки об “обходе закона” как раз и превышает допустимую “критическую массу” “защитных оговорок” в нем.

2.3.10. Последний довод о нежелательности предоставления российским судьям очередной “подушки для ума”, которой они не преминут с большой радостью воспользоваться, вряд ли нуждается в подробном обосновании для любого, кто знаком с судебной системой России и царящими в ней судейскими обыкновениями и крайним формализмом. Достаточно указать лишь на то, что несмотря хотя бы на существование СНГ, Высший Арбитражный Суд РФ до недавнего времени не считал нужным обращать какое-либо внимание на вопросы коллизионного права, и лишь в течение 1996 г. в его деятельности появились первые признаки некоторого интереса к этой проблематике (справедливости ради нужно отметить, что Верховный Суд РФ уделял ей несколько большее внимание). Исходя из сказанного, можно представить себе ситуацию в нижестоящих инстанциях как той, так и другой системы судов.

Следует подчеркнуть также то, что само собой разумеется, – каждый из авторов проекта раздела VII третьей части ГК на протяжении многих лет профессионально занимается коллизионными вопросами. Многие из них также являются арбитрами, разрешающими споры в рамках международного коммерческого арбитража. И представляется, что эти факторы не в последнюю очередь повлияли на включение в проект статьи 1231: профессиональные занятия международным частном правом имеют следствием стремление привнести в каждое дело, которым занимаешься, определенный творческий изыск (в данном случае статью об “обходе закона”, причем покрывающую не только традиционный *fraus legi domesticae*, но и *fraus legi extraneae*), а профессиональное умение разрешать международные коммерческие споры обусловливает уверенность в том, что любые недостатки, могущие иметь из-за этого место, будут нейтрализованы тщательным и добросовестным рассмотрением дела. Однако то, что возможно в коллизионной

теории и в рамках международного коммерческого арбитража, не всегда является приемлемым для практики и для судебной системы, тем более такой, как российская.

Перефразируя высказывание одного из французских коллизионистов, можно сказать, что традиционная оговорка об “обходе закона” является еще более страшным “дамокловым мечом”, висящим над иностранным законом, чем оговорка о публичном порядке.

Сегодня состояние российской судебной системы таково, что судьям необходимо как можно чаще применять иностранное право, чтобы научиться это делать квалифицированно. И само собой разумеется, что предоставление им еще одной возможности отказывать в применении иностранного права совсем не способствует решению этой задачи, а только поощряет их произвол, нежелание мыслить и воспринимать иностранное право как имеющее свою ценность. Как уже было указано выше, последствия этого в долгосрочной перспективе являются более чем негативными.

2.3.11. И последнее, что можно сказать в отношении рассматриваемой проблемы, состоит в том, что традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* является односторонней и механистической в том отношении, что не учитывает всю сложность проблемы взаимоотношения объективного права и социальных отношений, которые оно призвано регулировать. Обычно этот процесс взаимодействия состоит в том, что право является регулирующей системой, а общественные отношения - объектом такого регулирования. Но не следует забывать, что возможен и иной тип взаимодействия, когда уже само право становится объектом воздействия субъектов в правоотношении. Данное явление известно как обратная связь права с социальным отношением, и оно уже рассматривалось применительно к материальному праву (*supra* пункты 2.24.3 - 2.24.4 главы II). Рассмотрим его теперь применительно к коллизионной сфере.

2.3.11.1. Напомним, что подобная обратная связь является неотъемлемым элементом любой правовой системы, тем более частного права, характеризующегося наибольшей свободой воли субъектов. Например, как известно, передача права собственности может происходить несколькими способами: заключением договора купли-продажи, или мены, или дарения, или займа, и лицо, преследующее цель передачи права собственности, может беспрепятственно определить конкретный способ ее реализации, равно как и требовать от других лиц признания юридической силы за таким способом в соответствии с положениями объективного права. Гражданско-правовой и торговый обороты не являются стихийно действующим процессом, напротив, очень часто они поддаются целенаправленному воздействию (разумеется, в рамках, определяемых самим правом). Отрицать возможность и допустимость такого воздействия было бы просто наивно. Любой субъект права может свободно реализовывать ту меру поведения, возможность реализации которой признается объективным правом, и создавать своими действиями права и

обязанности для себя и для других лиц. Таким образом, можно сделать вывод о том, что сознательное и искусственное создание определенного фактического состава с целью вызвать по отношению к нему действие одной нормы и исключить действие другой нормы не является чем-то предосудительным с правовой точки зрения. Желательная для заинтересованного лица правовая регламентация не может быть распространена на такой фактический состав только в двух случаях: 1) когда этот фактический состав или его отдельные существенные элементы в действительности не существуют, а заинтересованное лицо намеренно создает искаженное впечатление о его или их существовании (например, когда в договоре указывается иностранное государство как место его заключения, тогда как на самом деле оно таковым не является); 2) когда заинтересованное лицо, пользуясь своим правом создать фактический состав, тем самым ущемляет субъективные права третьих лиц, иными словами, совершает злоупотребление правом[58].

2.3.11.2. В соответствии с основополагающим принципом коллизионного права наличие "иностранного элемента" в правоотношении создает возможность применения иностранного закона. Вопрос же о том, как возник этот "иностранный элемент", является совершенно несущественным, и одна только его постановка предполагала бы непризнание принципа возможности реализации субъективных прав в пределах, устанавливаемых объективным правом. Бесспорно то, что ситуации, ведущие к коллизии законов, рождаются чаще всего сами по себе, а применение коллизионных норм по отношению к ним и является выражением "прямой" связи между правом и общественными отношениями. Но нельзя и отрицать возможность "обратной связи". Например, нет ничего неправомерного в перемене физическим лицом своего гражданства или домицилия. Возможность подобного свободного выбора является одним из основополагающих принципов организации цивилизованного общества. Таким образом, искусственная "интернационализация" определенного отношения является вполне допустимой, и создание коллизии законов намеренным и искусственным образом само по себе еще не должно рассматриваться как что-то предосудительное или неправомерное. Но, более того, даже если создание коллизии законов предпринимается с целью уклониться от действия одного национального закона и обеспечить применение другого закона, оно тем не менее не может само по себе объявляться неправомерным. Искусственное создание коллизии законов с целью обеспечить применение иностранного закона является неправомерным только тогда, когда в нем присутствуют либо намеренно созданное искаженное представление о существовании иностранного элемента, на которое указывает коллизионная норма, либо когда действительное создание коллизионной привязки нарушает

[58] Не следует забывать, что возможен и третий случай: противоречие формально допустимого действия основам правопорядка и нравственности. Однако от него автор абстрагируется ввиду специфики коллизионного права и наличия в нем оговорки о публичном порядке.

субъективные права третьих лиц в сфере действия *lex domesticae*, иными словами, является злоупотреблением правом (при этом автор абстрагируется от случаев нарушения публичного порядка). Только при наличии этих двух факторов возможен отказ заинтересованному лицу, искусственно создавшему коллизионную привязку к иностранному закону, в применении такого иностранного закона.

2.3.11.3. При этом необходимо проводить разницу между действиями, умышленно направленными на создание у правоприменительного органа искаженного представления о действительно существующих обстоятельствах либо на ущемление прав третьих лиц, и действиями, приводящими к таким же последствиям помимо намерения заинтересованных лиц. Иными словами, разграничительная линия должна основываться на субъективном признаке: вине заинтересованных лиц. Автор полагает, что если понятию "обход закона" и есть место в коллизионном праве, то под него могут подпадать только действия, умышленно направленные на создание у правоприменительного органа искаженного представления о существовании такого иностранного элемента, который привязывает правоотношения к благоприятному иностранному закону (таким действием, например, может быть указание в договоре иностранного государства как *locus contractus*, а не действительного места его совершения), а также действия, которые заинтересованное лицо, осуществляя свое право перейти из сферы действия *lex domesticae* в сферу действия иностранного закона, действительно предпринимает виновным образом с целью ущемить субъективные права третьих лиц.

2.3.11.4. Наконец, в коллизионном праве под понятие "обход закона" в истинном его значении могут подпадать также и действия, направленные на обеспечение применения иностранного закона, противоречащего публичному порядку *lex fori* (*supra* пункт 1.5.3). Однако такая возможность, интересная в теории, на практике не имеет никакого смысла. Такой пример с категорией "публичный порядок" показывает очень ярко, что нет никакого смысла прибегать к общему термину в условиях, когда имеется более специальный. Равным образом вместо понятия "обход закона" более целесообразным и разумным было бы использование и развитие в коллизионном плане понятий "обман" и "злоупотребление правом". Поэтому приведенный выше вывод о том, что понятию "обход закона" есть место в коллизионном праве, имеет исключительно умозрительное значение.

2.4. На основании сказанного можно еще раз повторить уже упоминавшийся вывод (*supra* пункты 8 - 8.1 "Предварительных замечаний"): следует помнить, что истинная проблема "обхода закона" в и традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* являются в коллизионном праве совершенно различными вещами.

Как уже указывалось, истинный феномен "обхода закона" в коллизионном праве заключается в использовании видимости правомерности в коллизионном плане, в то время как традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* является лишь искусственным созданием "ложных" коллизий законов, которые,

более того, в рамках классического коллизионного метода регулирования использованием видимости правомерности являться не могут принципиально. Но между этими двумя феноменами есть и пересечение: несложно заметить, что в рамках принципа “наиболее тесной связи” искусственное создание “ложных” коллизий законов и попытка претендовать на применение закона, не являющегося *lex domesticae*, на том основании, что с ним у правоотношения все-таки существует какая-то связь, будет являться видимостью правомерности, попыткой представить истинное положение дел в искаженном свете, попыткой представить дело так, будто закон, не являющийся *lex domesticae*, таковым является.

Именно поэтому использование принципа “наиболее тесной связи” превращает искусственное создание “ложных” коллизий законов и искусственное перераспределение компетенции между законами в использование видимости правомерности и тем самым бесповоротно обрекает их на неудачу. В рамках же классического коллизионного метода регулирования такое просто невозможно.

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ II

2.5. Высказанные выше аргументы против использования в российском коллизионном праве традиционной теории “обхода закона” являются очень серьезными. При этом следует учесть, что приведенная критика этой теории была дана в рамках преимущественно российских условий и преимущественно применительно к российскому коллизионному праву. Однако не стоит забывать о том, что такая критика вполне применима к использованию традиционной теории “обхода закона” в рамках и других национальных систем права. При этом не вызывает никаких сомнений то, что реалии последних способны предоставить дополнительные возражения против использования этой теории в коллизионном праве.

2.6. Таким образом, дело действительно стоит того, чтобы выступать против включения в проект раздела VII “Международное частное право” третьей части ГК РФ статьи об “обходе закона”. Автор приложил некоторые усилия для этого: им была подготовлена специальная записка, распространенная среди членов рабочей группы по созданию проекта раздела “Международное частное право” третьей части ГК РФ, на основании которой им были опубликованы две научные статьи. Наконец, автор выступал с изложением своей позиции на конференциях, посвященных обсуждению проекта раздела “Международное частное право” третьей части ГК РФ.

2.7. Следует отметить, что авторы проекта раздела “Международное частное право” третьей части ГК РФ продолжили серьезное его совершенствование. Тот проект, который существует на сегодняшний день, претерпел существенные изменения по сравнению с тем проектом, который был опубликован в “Российской газете”. В частности, статья об “обходе закона” из него была исключена. Кроме того, одной из основ проекта стал принцип “наиболее тесной связи”. В проект было также

включено положение о возможности применения императивных норм третьего государства. Наконец, в проекте появилась норма применительно к выбору права в отношении договора о том, что если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора права, следует, что договор реально связан лишь с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действия императивных норм первой страны. Бесспорно то, что данная норма направлена против искусственного создания “ложных” коллизий законов. Однако насколько в юридико-техническом плане она превосходит традиционную теорию “обхода закона” в коллизионном праве!

2.8. Хотелось бы надеяться, что последняя редакция проекта раздела VII “Международное частное право” третьей части ГК РФ со всеми отмеченными в ней изменениями вступит в силу именно в таком виде, и что Россия обретет коллизионное регулирование, находящееся на мировом уровне. Конечно же, это приведет к многочисленным сложностям для российских правоприменителей, однако рано или поздно такие сложности для них создать было необходимо.

2.9. В заключение настоящей работы следует с компаративистской точки зрения рассмотреть причины различных подходов к традиционной теории “обхода закона” в различных правовых системах. Такой анализ станет своего рода завершающим штрихом в создании более или менее целостной картины, отображающей проблему “обхода закона” в коллизионном праве.

РАЗДЕЛ III. КРАТКИЙ АНАЛИЗ ПРИЧИН СУЩЕСТВОВАНИЯ РАЗЛИЧИЙ В ПОДХОДАХ К ТРАДИЦИОННОЙ ТЕОРИИ *AGERE IN FRAUDEM LEGIS DOMESTICAE* В КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ РАЗЛИЧНЫХ ГОСУДАРСТВ

3.1. Как известно, традиционная теория “обхода закона” в коллизионном праве была разработана преимущественно во французском коллизионном праве, и в нем же она в наибольшей степени распространена. Однако во французском законодательстве она не закреплена, но зато поддерживается судебной практикой.

3.2. В Германии данная теория занимает гораздо меньшее место: институт традиционного “обхода закона” рассматривается как частный случай нарушения немецкого публичного порядка[59]. Следует также сказать, что в 1986 г. в ФРГ была принята новая редакция Вводного закона к ГГУ (содержащего коллизионное регулирование), в котором традиционная теория *agere in fraudem legis domesticae* не нашла никакого отражения, хотя в ряде проектов она присутствовала.

3.3. В Англии же искусственное создание привязки к иностранному закону с целью обеспечить его применение никогда не рассматривалось как нечто предосудительное с правовой точки зрения, и в литературе можно часто встретить утверждения о том, что что-либо, аналогичное французской коллизионной теории

[59] *Раапе Л.* Международное частное право. - с. 140.

“la fraude a la loi”, английскому праву не известно[60]. М. Вольф утверждал: *“Английское право… никогда не придерживалось этой доктрины”*[61].

3.4. В коллизионном праве США в целом существует терпимое отношение к искусственному созданию коллизионной привязки, и на сегодняшний день в нем традиционная теория “обхода закона” популярностью, мягко говоря, не пользуется.

3.5. Очевидно, что различные подходы к этой традиционной теории обусловлены определенными объективными причинами. Ввиду этого можно попытаться кратко объяснить, почему в различных государствах к ней существует различный подход. Само собой разумеется, что определенное влияние в этом плане имели те факторы, которые обусловили то или иное отношение к проблеме “обхода закона” в материальном праве (на эти факторы уже указывалось в первой и второй главах настоящей работы). Так, вполне очевидно, что отсутствие интереса к понятию “обход закона” в материальном праве англо-американской семьи права во многом вызвало отсутствие интереса к нему и в коллизионном праве данной правовой семьи. Но существуют и чисто коллизионные моменты, обусловливающие указанные различия.

3.6. Отсутствие традиционной теории “обхода закона” в коллизионном праве Англии и США объясняется хотя бы тем, что в них эта правовая отрасль испытывает значительное влияние процессуального права, то есть вопросы коллизии законов носят во многом вторичный характер по сравнению с вопросами коллизии юрисдикций, между тем как основное орудие традиционного феномена *agere in fraudem legis domesticae* - коллизионная норма. Конечно же, аналог традиционного *agere in fraudem legis domesticae* существует и в праве коллизий юрисдикций, а как известно, коллизии юрисдикций являются важной предпосылкой для возникновения “ложных” коллизий законов. Но тем не менее перенос акцентов в англо-американском праве на право коллизий юрисдикций имел следствием, с одной стороны, предпочтение использования *lex fori* при рассмотрении правоотношений с иностранным элементом, а с другой – обращение особого внимания на вопрос о компетенции иностранного суда, рассматривавшего правоотношение. В результате искусственное создание “ложных” коллизий, ситуаций объективно необоснованного перераспределения компетенции между законами было во многом заранее обречено на неудачу.

3.7. В дополнение можно назвать и иные факторы, воспрепятствовавшие развитию традиционной теории “обхода закона” в англо-американском праве:

а) значение прецедента, обусловившее невероятную сложность и запутанность коллизионных вопросов, так что заранее невозможно сказать, какой иностранный закон будет применен;

---

[60] *Graveson R. H.* The doctrine of evasion of the law in England and America. - Journal of comparative legislation and international law, 3th Series, 1937, vol. XIX, part I.

[61] *Вольф М.* Международное частное право. - с. 163.

б) сравнительно позднее начало развития коллизионной техники и изначальная склонность английских и американских судов к применению *lex fori* в качестве компетентного материального закона;

в) достаточно раннее развитие теории “наиболее тесной связи”;

г) специфичность некоторых коллизионных привязок, по самому своему характеру не допускающая их легкое изменение (например, привязки к закону домицилия);

д) отношение к иностранному праву не как к праву, а как к факту, требующему доказывания, что создает сложности для применения такого права;

е) традиция индивидуализма и свободолюбия, не допускающая излишнего стремления вникать в мотивы, подвигшие лицо на те или иные действия, и связанная с этим состязательность процесса, не допускающая инициативы суда в рассматриваемых им частных делах;

3.8. В континентальном праве дело обстояло во многом иначе:

а) основное место в его международном частном праве занимали коллизии законов, а не коллизии юрисдикций;

б) коллизионные нормы характеризовались четкостью и жесткостью привязки, а их содержание было нередко заранее известно ввиду их частого закрепления в писанном законодательстве;

в) ввиду развития коллизионного права еще с начала тысячелетия и существования теоретических обоснований применения иностранного права склонность к применению *lex fori* была меньшей;

г) многие коллизионные привязки поддавались относительно свободному манипулированию только на основании волеизъявления заинтересованного лица (например, привязка к закону гражданства);

д) иностранное право рассматривалось не как подлежащий доказыванию факт, а как право;

е) близость правовых систем стран Европы не делала проблему применения права другого европейского государства такой острой, как это было в Англии;

ж) степень вмешательства государства в частные дела была гораздо более высокой, что позволяло судам придавать судебным тяжбам инквизиторный характер.

Именно всеми этими причинами и объясняется распространение традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae* в коллизионном праве континентальной семьи, особенно во Франции.

3.9. Что же касается Германии, то объяснение того, что ее коллизионное право оказалось не столь подверженным влиянию данной теории, как французское право, кроется, как полагает автор, во многом в том, что фундаментом, на котором было воздвигнуто величественное здание немецкого права, были логика и правовой формализм. *“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…[62]. Выше уже было показано (*supra* пункты 2.3.4.6 - 2.3.4.8), что традиционная теория "обхода закона" в требования, выдвигаемые этими двумя основами немецкого права, не укладывается. Поэтому не удивительно, что первым юристом, давшим критику этой теории именно с позиций логики и правового формализма, был немец Вэхтер[63].

ВЫВОДЫ К РАЗДЕЛУ III

3.10. Каждая национальная система коллизионного права выработала свое собственное отношение к традиционной теории "обхода закона", и такой процесс был обусловлен многочисленными правовыми и внеправовыми факторами. Однако так получилось, что с точки зрения конечного результата подход англо-американского коллизионного права оказался предпочтительнее. При этом такой конечный результат явился не более чем логичным следствием тех начал, которые были в это право заложены изначально.

Поэтому, когда континентальное международное частное право стало такие начала осторожно воспринимать, традиционная теория "обхода закона" была

---

[62] *Цвайгерт К.*, *Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – т. 1, с. 109.

[63] "In fraudem legis *действует лишь тот, кто устраивает свои действия так, что они, с внешней стороны, букве закона не противоречат, а по существу содержат то, что противно требованию закона, его действительной воле и смыслу (1 29 D. 1.3 ...) ... Но когда наши законы позволяют гражданину руководствоваться за границей иностранными законами, когда даже утверждают, что из общего принципа с необходимостью следует, что действие, совершенное за границей и действительное в соответствии с иностранным законом признается действительным и у нас, то нельзя называть действие предпринятым* in fraudem legis*, когда наш гражданин отправляется за границу, чтобы в соответствии с иностранным законом заключить договор, поскольку ему выгоднее и удобнее соблюсти иностранную форму договора, а не форму, устанавливаемую нашим внутренним законодательством. Он только пользуется в таком случае разрешением закона и тем, что из него следует и не стремится, используя видимость, достичь чего-то запрещенного законом и тем самым извратить установленный законом запрет, как это, например, делает тот, кто выговаривает себе ростовщические проценты под прикрытием договора купли-продажи или договорного штрафа. ... Действие само по себе разрешено; при наличии совершенно разрешенного действия в области частного права те мотивы, которыми руководствуется лицо, ничего не определяют и само по себе разрешенное действие, предпринимаемое с целью избежать применения и недостатков какого-то другого закона, не представляет из себя* fraus legis*"*; "Fraus*, нарушающий закон, присутствовал бы только тогда, когда обычное право (locus regit actum) разрешало бы соблюдение форм, установленных за границей, для совершаемых в иностранных государствах сделок, только в случаях крайней необходимости, и наш гражданин за границей создал бы видимость такого случая, чтобы воспользоваться такими иностранными формами. Само обычное право, при самом своем возникновении имеющее целью удовлетворить практические нужды, не ограничивает свое действие случаями крайней необходимости, и поэтому когда, например, наш гражданин за границей совершает завещание по форме, предписанной иностранным правом, то его завещание является действительным и у нас, без того, что сначала необходимо выяснить, составлял ли он за границей завещание по форме, предписанной иностранным правом, как раз потому, что он находился за границей, или же он так поступил потому, что иностранная форма для него представлялась удобнее и менее обременительной или менее дорогостоящей чем предписываемая внутренним правом"* (*Waechter* Ueber die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. - Archiv fuer zivilistische Praxis, XXV (1842), S. 413, Anmerkung; S. 416).

обречена на то, чтобы приходить в упадок. Подобно тому как в материальном праве континентальной семьи наблюдается постепенная рецепция некоторых подходов англо-американской семьи, ведущих к нейтрализации видимости непосредственно в самом позитивном праве (*supra* пункт 3.74.3 главы I) и к появлению юридико-технических способов противодействовать использованию видимости правомерности, так и в континентальном коллизионном праве использование концепции “наиболее тесной связи” и отказ от слишком жестких классических коллизионных норм привели к резкой утрате коллизионным регулированием характеристик видимости и наделили такое регулирование несравненно более совершенным юридическим инструментарием, позволяющим более чем успешно противостоять искусственному созданию “ложных” коллизий законов.

3.11. Все это свидетельствует о большой гибкости коллизионного права Европы. Соответственно, на современном этапе развития за его ближайшее будущее можно быть спокойным.

3.12. Вполне понятно, что сказанное также является достаточно ярким примером значения сравнительного правоведения, выгодности сотрудничества правовых семей между собой и доводом против правовой автаркии. Было бы более чем целесообразно, чтобы российское международное частное право также начало двигаться в направлении рецепции всего того лучшего и приемлемого в коллизионном регулировании англо-американской правовой семьи, с учетом опыта других европейских государств.

ВЫВОДЫ К ГЛАВЕ III

1. Понятие “обход закона” и традиционная теория “обхода закона” в международном частном праве являются весьма интересными и плодотворными для научного исследования в коллизионной сфере. При их помощи могут быть выявлены многие скрытые нюансы коллизионного регулирования, а многие привычные коллизионные институты, да и само коллизионное право могут предстать в неожиданном свете.

В этом плане также весьма перспективным, с теоретической точки зрения, является исследование проблемы наличия и использования видимости в этой правовой области.

2. Традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* также демонстрирует, что в праве существуют закономерности, общие для всех его отраслей, которым подчиняется как материально-правовое, так и коллизионное регулирование.

3. Результаты исследования традиционного феномена *agere in fraudem legis domesticae* могут иметь и немалую практическую значимость. Так, такое исследование во многом способно помочь прогрессу коллизионного права, демонстрируя все недостатки классического коллизионного регулирования,

вызвавших к жизни традиционную теорию “обхода закона”, и призывая к использованию несравненно более совершенной коллизионной техники, в частности, принципа “наиболее тесной связи” или института применения императивных норм *lex fori* или третьего государства.

4. Традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* является одним из тех немногих правовых институтов, которые резко демонстрируют различия в решении одинаковых правовых проблем континентальной и англо-американской системами права. Компаративистское изучение этих различий на примере таких институтов также способно во многом содействовать прогрессу юридической техники коллизионного регулирования.

5. Впрочем, следует помнить, что истинная проблема “обхода закона” в коллизионном праве и традиционный феномен *agere in fraudem legis domesticae* являются совершенно различными вещами. Как с очевидностью следует из вышеизложенного, истинная проблема “обхода закона” в коллизионном праве неразрывно связана с проблемой определения действительно компетентного закона и с проблемой противодействия попыткам лишить компетентный закон его компетенции. В частности, она оказывается связанной с коллизионной проблемой применения императивных норм *lex fori* или третьего государства, являющейся на сегодняшний день одной из самых актуальных[64]. Иными словами, через нее открывается выход к самым острым вопросам современного коллизионного регулирования и ввиду этого ее детальный анализ не может не представлять огромный интерес. Однако он должно составить задачу уже другой работы.

Что же касается традиционной теории *agere in fraudem legis domesticae*, то она на современном этапе развития коллизионного права превратилась в реликт и большого интереса представлять не может. Впрочем, ее изучение в рамках систем классического коллизионного регулирования (такой, например, как российская), может иметь весьма полезные результаты и способствовать совершенствованию последнего.

6. В качестве примера влияния такого изучения на коллизионное регулирование можно указать на то, что изыскания автора настоящей работы в данной сфере в чем-то содействовали тому, что статья, вводящая в российское законодательство традиционную теорию “обхода закона”, из проекта раздела “Международное частное право” третьей части ГК РФ была исключена.

Соответственно, если в материальном праве России понятие “обход закона” начинает вновь завоевывать определенное место, то в коллизионном праве России этого пока не случилось. Это дает основания питать некоторую надежду и в

[64] *Жильцов А.Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы)”: Дис. … канд. юрид. Наук. – М., 1998); *Жильцов А.Н.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве. - Законодательство и экономика, 1997, № 23/24, с. 37-48; *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве. - Московский журнал международного права, 1992, № 2, с. 71-84.

отношении того, что начавшаяся в последние годы экспансия понятия “обход закона” в материальном праве может быть остановлена. Российское коллизионное регулирование в этом и в других отношениях может стать тем эталоном, на который будут ориентироваться другие отрасли отечественного права.

ПЕРЕЧЕНЬ МАТЕРИАЛОВ, ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ПРИ НАПИСАНИИ ДИССЕРТАЦИИ

МАТЕРИАЛЫ НА РУССКОМ ЯЗЫКЕ

1. *Андрианов С.Н., Берсон А.С.*, *Никифоров А.С.* Англо-русский юридический словарь. - М., 1993.

2. *Аннерс Э.* История европейского права. - М., 1994.

3. *Бартошек М.* Римское право. Понятия, термины, определения. - М., 1989.

4. *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейских социальных терминов. - М., 1995.

5. *Берман Г.Д.* Западная традиция права: эпоха формирования. - М., 1994.

6. *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. - М., 1998.

7. *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. - М., 1963.

8. *Брун М.И.* Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок - locus regit actum. – СПб, 1911.

9. *Брун М.И.* Международное частное право (Курс, читанный в Московском коммерческом институте в 19$^{10/11}$)". На правах рукописи. - М., год издания не указан.

10. *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. - М., 1915.

11. *Буковский В.* Гражданские законы губерний прибалтийских с разъяснениями. – Рига, 1909.

12. *Вавин Н.Г.* Ничтожные сделки (ст. 30 Гражданского Кодекса РСФСР и УССР и последствия ее нарушения). - М., 1926.

13 *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. - М., 1917.

14 *В.И. Ленин* о социалистической законности. - М., 1961.

15. *Витрянский В.В.* Недействительность сделок в арбитражно-судебной практике. – В кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. - М., 1998.

16. *Вольф В.Ю.* Основы хозяйственного права. - М., 1928.

17 *Вольф М.* Международное частное право. - М., 1948.

18 *Вольфсон В.И.* Гражданское право. - М, 1929.

19. *Выступление* Президента РФ на специальном торжественном заседании ГА ООН (Российская газета, № 207 (1318) от 24 октября 1995 г.).

20. *Гаджиев Г.* Непосредственное применение судами конституционных норм. - Российская юстиция, 1995, № 12.

21. *Гай.* Институции. Перевод Додынского Ф. - М., 1997.

22. *Галенская Л.Н.* Международное частное право. - Л., 1983.

23. *Гегель Г.В.Ф.* Философия права. - М., 1990.

24. *Герцен А.И.* Собрание сочинений. – М., 1950, т. 7.

25. *Годмэ П.* Финансовое право. - М., 1978.

26. *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. - М., 1947.

27. *Гойхбарг А.Г.* Международное право. - М., 1928.

28. *Гойхбарг А.Г.* Основы частного имущественного права. - М., 1924.

29. *Гойхбарг А.* Хозяйственное право РСФСР. - М., 1924, т. I.

30. *Гольденвейзер Я.С.* О материальной, а не формальной правде" и "о широком просторе усмотрения суда" в проекте об обязательствах. - Киев, 1901.

31. *Гражданский* закон Латвийской Республики 1937 г.. – Рига, 1993.

32 *Гражданский* кодекс советских республик. Текст и практический комментарий / проф. Ал. Малицкий (отв. ред.) и др., - Харьков, 1927.

33. *Гражданское* и торговое право капиталистических стран. - М., 1949.

34. *Гражданское* и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев (отв. ред.) и др. - М., 1993.

35. *Гражданское* право / Е.А. Суханов (отв. ред.) и др. - М., 1993, т.1.

36. *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. - СПб., 1914.

37. *Гурлянд* О третейском суде. Обход закона о переходе прав на недвижимые имущества. - Судебный вестник, 1872, №№ 37, 38, 45.

38. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. - М., 1988.

39. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. - М., 1996.

40. *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. - М., 1989, т. 2.

41. *"Декларация* о позиции России на современном этапе кризиса на Балканах и об инициативах по боснийскому урегулированию" Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. - Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 26, ст.2417.

42. *Джанишев Г.А.* Ведение неправых дел (этюд по адвокатской этике). – В кн. Сборник статей / *В.А.Обнинский* (отв. ред.). - М., 1914.

43. *Дженкс Э.* Английское право. - М., 1947.

44. *Джурович Р.* Руководство по заключению внешнеторговых контрактов, М., 1992.

45. *Дигесты* Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского. - М., 1984.

46. *Дождев Д.В.* Римское частное право. - М., 1996.

47. *Дормидонтов Г.Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.

48. *Дормидонтов Г.Ф.* Система римского права. Общая часть. – Казань, 1910.

49. *Дюги Л.* Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона. – М., 1919.

50. *Дыдынский Федор* Латинско-русский словарь к источникам римского права. - М., 1997.

51. *Егорьев В.В., Лашкевич Г.Н., Плоткин М.А., Розенберг Б.Д.* Законодательство и международные договоры Союза ССР и союзных республик о правовом положении иностранных физических и юридических лиц (Систематизированные материалы с указателями). - М., 1926.

52. *Жильцов А.Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы)": Дис. … канд. юрид. наук. – М., 1998).

53. *Жильцов А.Н.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве. - Законодательство и экономика, 1997, № 23/24.

54. *Жюллио де ла Морандьер Л.* Гражданское право Франции. - М., 1958.

55. *"Заявление* об агрессии Республики Хорватии и ее последствиях" Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. - Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 34, ст. 3437.

56. *Зенгер, Х. фон* "Стратагемы. О китайском искусстве жить и выживать". - М., 1995.

57. *Зимилева М.В.*, *Серебровский В.И.*, *Шкундин З.И.* Гражданское право. Учебник для юридических школ. - М., 1944.

58. *Змирлов К.* О недостатках наших гражданских законов (ч. 1 т.Х, кн.4). - Журнал гражданского и уголовного права, 1885, кн. 6.

59. *Иванов Г.Г.*, *Маковский А.Л.* Международное частное морское право. – М., 1984.

60. *Иванов Н.* Основания частной международной юрисдикции. - Казань, 1865.

61. *Иоффе О.С.* Обязательственное право. - М., 1975.

62. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. - Л., 1958.

63. *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. - М., 1967.

64. *Иоффе О.С.*, *Толстой Ю.К.* Новый Гражданский кодекс РСФСР. - Л., 1965.

65. *Испанско*-русский словарь. - М., 1988.

66. *Кабалкин А.* Договор дарения. - Российская юстиция, 1997, № 8.

67. *Козырин А.Н.* Налоговое право зарубежных стран: вопросы теории и практики. - М., 1993.

68. *Комментарий* к ГК РСФСР. - М., 1982.

69. *Комментарий* к Федеральному закону "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации". С приложением нормативных актов. - М., 1999.

70. *Комментарий* части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. - М., 1996.

71. *Корецкий В.М.* Избранные труды: В 2-х кн. - Киев, 1989, кн. 1.

72. *Короткова Л.П.* Что таит фиктивный брак? - Государство и право, 1993, № 8.

73. *Кулагин М.И.* “Избранные труды”. - М., 1997.

74. *Ландкоф С.* Советский гражданский кодекс в иностранной критике. - Иностранная критика советского Гражданского кодекса. Переводы статей Проф. Ламбера и Д-ра Фройнда. – Харьков, 1928.

75. *Латинско*-русский словарь Дворецкого И.Х. - М., 1976.

76. *Латинские* юридические изречения. - М., 1996.

77. *Лебедев С.Н.* К пересмотру Гаагской Конвенции 1955 г. – В кн.: Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей. - М., 1985.

78. *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. – М., 1973.

79. *Лунц Л.А.*, *Марышева Н.И.*, *Садиков О.Н.* Международное частное право. - М., 1984.

80. *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, 1928.

81. *Майзель Б.Н.*, *Скворцова Н.А.* Русско-итальянский словарь. - М., 1972.

82. *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. - М., 1924.

83. *Крылов С.Б.* Международное частное право. - Л., 1930.

84. *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. - СПб, 1900, т. II.

85. *Материалы* по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды 49. - М., 1991.

86. *Мачковский Г.И.* Французско-русский юридический словарь. - М., 1995.

87. *Международное* частное право. Современные проблемы. - М., 1994.

88. *Раапе Л.* Международное частное право. - М., 1960.

89. *Мейер Д.* О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. – Казань, 1854.

90. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. – СПб, 1902.

91. *Минаков А.И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. - М., 1985.

92. *Муромцев С.* Гражданское право древнего Рима. - М., 1883, с. 605).

93. *Нарышкина Р.Л.* Доверительная собственность в гражданском праве Англии и США. - М., 1965.

94. Немецко-русский юридический словарь. - М.-Берлин, 1985.

95. *Нерсесянц В.С.* Право и закон. - М., 1983.

96. *Новицкий И.Б.* Борьба с противозаконными сделками. – В кн.: Вопросы советского гражданского права в практике суда и арбитража. - М., 1959.

97. *Новицкий И.Б.* История советского гражданского права. - М., 1957.

98. *Новицкий И.Б.* Римское частное право. - М., 1994.

99. *Новицкий И.Б.* Сделки. Исковая давность. - М., 1954.

100. *Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С.* Римское частное право. - М., 1994.

101. *Новицкий Т.Н.* Общая часть Гражданского Кодекса РСФСР. - Самара, 1927.

102. *О симулятивных* сделках с целью обхода закона. - Судебная газета, 1883, № 4.

103. *О совершении* фиктивных в обход закона сделок. - Судебная газета, 1883, № 6.

104. *Пахман С.В.* Гражданское право. Лекции. Выпуск I. – СПб, 1900-1901.

105. *Перетерский И.С.* Сделки, договоры. Гражданский Кодекс РСФСР. Научный комментарий (с учетом гражд. код. союзных респ.). Выпуск V. - М., 1929.

106. *Перетерский И.С.* Техника общих вопросов договорного права в германском, французском и английском праве. – В кн.: Гражданское право современного империализма. Сборник статей. - М., 1932.

107. *Петражицкий Л.* Модные лозунги юриспруденции. – В кн.: Право добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. - СПб, 1897.

108. *Пиленко А.А.* Очерки по систематике частного международного права. - СПб., 1911.

109. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. - М., 1998.

110. *Пословицы* русского народа. Сборник В. Даля в трех томах. - М., 1993, т. 2.

111. *Постатейный* комментарий к Конституции Российской Федерации / Ю.В. Кудрявцев (отв. ред.) и др. -. М., 1996.

112. *Постатейный* Комментарий к Уголовному кодексу РФ 1996 г. / Наумов А.В. (отв. ред) и др. – М., 1997.

113. *Практический* комментарий Гражданского кодекса РСФСР (законодательный и ведомственный материал и судебная практика до 1 октября 1930 г.). - М., 1931.

114. *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и ее последствия. - Л., 1960.

115. *Раевич С.И.* Гражданское право буржуазно-капиталистического мира в его историческом развитии (1789-1926). - М.-Л., 1929.

116. *Растеряев Н.* Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная. – СПб, 1900.

117. *Ривлин Х.* О симулятивных сделках. - Журнал юридического общества при императорском С.-Петербургском Университете, 1897, кн. 6.

118. *Рубанов А.А.* Автономия воли” в международном частном праве как теоретическая проблема. - Советский ежегодник международного права. 1986. - М., 1987.

119. *Рубинштейн Б.М.* Советское хозяйственное право. - М., 1935.

120. *Русско*-немецкий юридический словарь. – Берлин-М., 1986.

121. *Рясенцев В.* Вопросы недействительности сделок в судебной практике. - Социалистическая законность, 1950, № 8.

122. *Рясенцев В.А.* Лекции на тему “Сделки по советскому гражданскому праву” (1-я и 2-я) для студентов ВЮЗИ. - М., 1951.

123. *Саатчинян А.Л.* Гражданское уложение. Проект высочайше утвержденный редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. Проект высочайше утвержденной редакционной комиссии по составлению гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов редакционной комиссии). – СПб, 1910, т. 2.

124. *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве. - Московский журнал международного права, 1992, № 2.

125. *Садиков О.Н.* Коллизионные нормы в современном международном частном праве. - Советский ежегодник международного права. 1982. - М., 1983.

126. *Сакаэ Вагацума*, *Тору Ариидзуми* Гражданское право Японии. - М., 1983, кн. 1.

127. *Свердлов Г.М.*, *Тадевосян В.С.* Гражданский кодекс РСФСР в судебной практике. Очерки под редакцией С.М. Прушицкого. - М., 1929.

128. *Словарь* современного английского языка. Специальное издание. - М., 1992, т. 1.

129. *Словарь* юридических и государственных наук / А.Ф.Волков, Ю.Д. Филипов (отв. ред.) и др. – СПб, т. I, выпуск III.

130. *Стучка П.* Курс советского гражданского права. - М., 1931, т. 1.

131. *Суханов Е.* Акционерные общества и другие юридические лица в новом гражданском законодательстве. - Хозяйство и право, 1997, № 1.

132. *Сыродоева О.Н.* Акционерное право США и России. - М., 1996.

133. *Сюкияйнен Л.Р.* Мусульманское право. Вопросы теории и практики. - М., 1986.

134. *Фасмер М.* Этимологический словарь русского языка. – СПб, 1996, т. II.

135. *Федоров А.Ф.* История векселя. Историко-юридические исследования. – Одесса, 1895.

136. *Филиппов А.Г.* Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве. – В кн.: Актуальные проблемы гражданского права. - М., 1998.

137. *Фогельсон Ю.* Регулирование страхования в нормах нового Гражданского кодекса. - Хозяйство и право, 1996, № 12.

138. *Халфина Р.О.* Договор в английском праве. - М., 1959.

139. *Хвостов В.М.* Система римского права. Учебник. - М., 1996.

140. *Хейфец Ф.С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. - М., 1999.

141. *Хрестоматия* по истории государства и права зарубежных стран". - М., 1984.

142. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. - М., 1998, тт. 1, 2.

143. *Шалланд Л.В.* О форме актов и сделок, совершенных за границей, по русскому законодательству и судебной практике. - СПб., 1902.

144. *Шахматов В.П.* Сделки, совершаемые с целью, противной интересам государства и общества. – Томск, 1966.

145. *Шахматов В.П.* Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. – Томск, 1967.

146. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. - М., 1911.

147. *Штумпф Г.* Лицензионный договор. - М., 1988.

148. *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. - М., 1950, полутом 2.

149. *Энциклопедия* государства и права / П. Стучка (отв. ред.) и др. - М., 1925-1926, т. 1.

150. *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. - Ярославль, 1909.

151. *Якушев М.А.* Интернет и право. - Законодательство, 1997, № 1.

МАТЕРИАЛЫ НА ИНОСТРАННЫХ ЯЗЫКАХ

1. *Adam J.H.* Longman dictionary of business English. – 1993.

2. *Afschrift T.* La costitution d'une personne morale de droit etranger dans l'unique but d'eluder l'impot belge. – В кн.: Melanges offerts a Raymond Vander Elst. - Bruxelles, 1986, vol. II.

3. *Baxter Ian F.G.* The United Kingdom and tax havens: a comparative comment. - American journal of comparative law, 1985, vol. 33.

4. *Baz* Essai sur la fraude a la loi en droit musulman. - Lyon, 1938 (these).

5. *Berger A.* Encyclopedic Dictionary of Roman Law. - Philadelphia, 1953.

6. *Black's* Law Dictionary. - St. Paul, Minn., 1990.

7. *Calvosa Carlo* Riflessioni sulla frode alla legge nel processo. - Rivista di diritto procesuale, 1949, vol. IV – parte I.

8. *Carnelutti Francesco* Processo in frode alla legge. - Rivista di diritto processuale, 1949, vol. IV – parte II.

9. *Cessari Aldo* L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro. – Milano, 1959.

10. *Coing* Simulatio und Fraus in der Lehre der Bartolus und Baldus. - В кн.: Festschrift Koschaker, Weimer, 1939, B. III.

11. *Comite* francais de droit international prive. Discussion de l'avant-projet de la Commission de reforme du Code Civile (20-21 mai 1955). – Paris, 1956.

12 *The Encyclopedia* of words and phrases. Legal maxims. Canada. 1825-1940. - Toronto, 1941, vol. I-II.

13 *Ernout A.* et *Meillet A.* Dictionnaire etymologique de la langue latine. Histoire des mots. - Paris, 1951, t. I.

14. *Fawcett J.J.* Evasion of law and mandatory rules in private international law. - Cambridge Law Journal, 49 (1) March 1990.

15. *Ferrara Francesco* Constituzione di persona guiridica in frode alla legge. – В кн.: Scritti guiridici in onore di Santi Romano. - Padova, 1940, vol. IV.

16. *Franceseschelli Vincenzo* Il nuovo diritto internazionale privato/ La legge n.218/1995 di reforma del sistema italiano. - Milano, 1995.

17. *Goldschmidt W.* The evasion of law in Spanish private international law". -Revue hellenique de droit international, 1949, № 2-4.

18. *Graveson R.H.* The doctrine of evasion of the law in England and America. - Journal of comparative legislation and international law. 3th series. – 1937, vol. XIX, part I.

19. *Guilhot Jacques* Les filiales de societes etrangeres et la notion de fraude a la loi en matiere fiscale. - Clunet, 1938.

20. *Hambro E.I.* Ordre public and fraus legis in Norwegian conflict law. - Internationales Recht und Diplomatie, 1957, Heft 4.

21. *Hensel Albert* Zur Dogmatik des Begriffs der “Steuerumgehung. – В кн.: Bonner Festgabe fuer Ernst Zitelman zum fuenfzigjaehrigen Doktorjubilaeum. - Muenchen und Leipzig, 1923.

22. *Hugueney Louis* Fraude a la loi. - Revue penitentiaire et de droit penal. Bulletin de la Societe generale des prisons. - 1924, № № 4, 6.

23. *International* encyclopedia of comparative law, vol. III “Private international law”, chapter 24 “Contracts”. - Tuebingen, Mouton, The Hague, Paris, 1976.

24. *Jowitt's* Dictionary of English law. – London, 1971.

25. *Junger F.K.* The recognition of money judgments in civil and commercial matters - American journal of comparative law, 1988, vol. 36, № 1.

26. *Kleinfeld G.*, *Gaylor D.* Circumvention of antidumping and countervailing duty orders through minor alterations in merchandise .- Journal of world trade, 1994, vol. 28, № 1.

27. *Komuro N.* U.S. anti-circumvention measures and GATT rules. - Journal of world trade, 1994, vol. 28, № 3.

28. *Loi* federale sur l’acquisation d’immeubles par des personnes a l’etranger (L.F.A.I.E.) du 16 decembre 1983. - Revue critique de droit international prive. – 1985, № 4.

29. *Mosconi F.* Exceptions to the operation of choice of law rules. - Recueil des cours de l’Academie de droit international de la Haye, t. 217 (1989-V).

30. *Pfaff I.* Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. - Wien, 1892.

31. *Ray J.* Essai sur la fraude a la loi en droit musulman (etude de droit musulman compare et de droit international prive). - Paris, 1938.

32. *Repertoire* de droit international. - Paris, 1969, t. II.

33. *Ricardo La Hoz Tirado* La simulacion y el fraude a la ley, en el derecho del trabajo. - Revista de jurisprudencia Peruana, Lima, 1973, № 351.

34. *Roemisches* Privatrecht. Auf Grund des Werkes von P.Joers. - Berlin-Goettingen-Heidelberg, 1949.

35. *Sauveplanne J.G.* New trends in the doctrine of private international law and their impact on court practice. - Recueil des cours de l’Academie de droit international de la Haye, t. 175 (1982-II).

36. *Stroud's* judicial dictionary of words and phrases. – London, 1972, vol. 2.

37. *Tung-Pi Chen* Private international law of the People’s Republic of China. - American journal of comparative law, 1987, vol. 35, № 3.

38. *Vetsch J.* Die Umgehung des Gesetzes. - Zurich, 1917.

39. *Vischer F.* General course on private international law. - Recueil des cours de l’Academie de droit international de la Haye, t. 232 (1992-I).

40. *Waechter* Ueber die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. - Archiv fuer zivilistische Praxis, 1842, (XXV).

41. *Wharton* A treatise on the conflict of laws or private internationale law. - Philadelphia, 1881.

42. *Wharton's* Law Lexicon, forming an epitome of the laws of England, under statute and case law… . – London, 1938.

43. *Weigand F.-B.* Evading EC Competition Law by Resorting to Arbitration. - Arbitration International, 1993, № 3.

44. *Words* and phrases. Permanent edition. 1658 to Date. All judicial constructions and difinitions of words and phrases by the state and Federal courts from the earliest times, alphabetically arranged and indexed. - St.Paul, Minn., 1940, vol. 4; vol. 7; vol. 17.

БИБЛИОГРАФИЯ НЕКОТОРЫХ РАБОТ, ПОСВЯЩЕННЫХ ПРОБЛЕМЕ “ОБХОДА ЗАКОНА” В МАТЕРИАЛЬНОМ И КОЛЛИЗИОННОМ ПРАВЕ

НА АНГЛИЙСКОМ ЯЗЫКЕ

Fawcett J.J. Evasion of law and mandatory rules in private international law. - Cambridge Law Journal, 1990 (49), p. 44-62.

Graveson R.H. The doctrine of evasion of the law in England and America. - Journal of comparative legislation and international law, 3th series, 1937, vol. XIX, part I.

Goldschmidt W. The evasion of law in Spanish private international law. - Revue hellenique de droit international, 1949.

Hambro E. Ordre public and fraus legi in Norwegian conflict law. - Internationale Recht und Diplomatie, 1957, p. 315-326.

Latty Pseudo-Foreign Corporations. - Yale Law Journal, 1955, p. 137.

Mouranov A. “Law evasion” problem in private international law and its possible solution in Russia. - Russian commercial law, May-June 1994 (1), № 3.

Verplaetse J.G. Reappraisal of the concept of evasion of law in private international law. - Revue hellenique de droit international, 1959, p. 264.

НА НЕМЕЦКОМ ЯЗЫКЕ

Barthelmes A. Das Handeln in fraudem legis. - Goettingen, 1889, (dissertation).

Bertram H. Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht / Bonner rechtwissenschaftliche Abhandlungen, Heft 6. – Bonn, 1928.

Coing Simulatio und Fraus in der Lehre der Bartolus und Baldus. – В кн.: Festschrift Koschaker. - Weimer, 1939, B. III, p. 409.

Fuchs W. Das Ehehinderniss des bestehenden Ehebandes nach osterreichischem Rechte und seine Umgehung. - Wien, 1879.

Fuchs W. Die sogennante Siebenbuergischen Ehen und andere Arten der Wiederverehelichung geschiedener oesterreichischer Katholiken. – Wien, 1889.

Fuchs W. Umgehung des Gesetzes (Fraus legi facta. Eine kritische Studie). - Goettingen, 1917.

Heyemann E., *Meister I.* Scheidungserschleichung durch migratory divorces nach der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten von Amerika. - В кн.: Festschrift anlaesslich des 25-jaehrigen Bestehens der deutschen Landesgruppe der International Law Association.

Hensel H. Zur Dogmatik des Begriffs der Steuerumgehung. - В кн.: Bonner Festgabe fuer E. Zitelmann. - Muenchen – Leipzig, 1923.

Hoffmann H. Der Begriff der Gesetzesumgehung. - Jena, 1905 (dissertation).

Korth F. Umgehung des Gesetzes und Scheingeschaeft. - Koeln, 1933 (dissertation).

Krueger K. Fraus. - Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte. Roemische Abteilung, 1943 (63), p. 117.

Kuhlenbeck L. Fiduziarische Cession, insbesondere zur Umgehung des par.110 CPO., ein Beitrag zur Lehre vom Scheingeschaefte, der sog. Umgehung des Gesetzes und Treuhaender. - Seufferts Blaetter fur Rechtsanwendung, 1905 (70), S. 337-343.

Ledermann Die Gesetzesumgehung im roemischen und buergerlichen Recht. – Breslau, 1912 (dissertation).

Luther Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht. - Zeitschrift fuer das gasamte Familienrecht, 1956.

Maday D. Die sogennante Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationensrecht. - Bern, 1941 (dissertation).

Magen R. Agere in fraudem legis. - Breslau, 1911 (dissertation).

Mosconi F. Exception to the operation of choice of law rules. - Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye, t. 217 (1989-V), p. 2-214.

Neff P. Beitraege zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten. - Berlin, 1895 (dissertation).

Pfaff I. Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. - Wien, 1892.

Roemer G. Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht. – Berlin, 1955.

Rotschild Gesetzesumgehung. - Marburg, 1912 (dissertation).

Schlosser P. Legislation in fraudem legis internationalis. Eine kritische Studie zu Problemen des grenzueberschreitenden Zustellungswesens. – В кн.: Festschrift fuer Ernst Stiefel. - 1984, p. 683-695.

Schurig K. Die Gesetzesumgehung im Privatrecht. Eine Studie mit kollisionsrechtlichen und rechtsvergleichenden Aspekten. - В кн.: Festschrift fuer Murad Ferid. - 1988, p. 375-422.

Vetsch J. Die Umgehung des Gesetzes. - Zurich, 1917.

Vischer Zum Probleme der missbraeuchlichen Anknuepfung im internationalen Privatrecht. - В кн.: Festschrift Simonius. - 1955.

Walz J. Zur Bekaempfung der Gesetzesumgehung. - Koeln, 1938 (dissertation).

Wette W. Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis. - Greifswald, 1900 (dissertation).

НА ФРАНЦУЗСКОМ ЯЗЫКЕ

Afschrift T. La costitution d'une personne morale de droit etranger dans l'unique but d'eluder l'impot belge. – В кн.: Melanges offerts a Raymond Vander Elst. – Bruxelles, 1986, vol. II, p. 27-42.

Arminjon La fraude a la loi en droit international prive. - Journal du droit international, 1920, p. 409; 1921, p. 63.

Audit B. La fraude a la loi. – Paris, 1972.

Bartin Etudes de droit international prive (La theorie de la fraude a la loi et l'idee de communaute international). - 1899.

Bartin Les dispositions d'ordre public, la theorie de la fraude a la loi et l'idee de communaute international. - Revue de droit international et de legislation comparee, 1897, (XXIX).

Baz Essais sur la fraude a la loi en droit musulman. - 1938 (these).

Brejon J. Fraus legi. - 1941.

Brejon J. Fraus legis. - Travaux juridiques de l'Universite de Rennes, 1942 (t. XVII), 1954 (t. XVIII).

Brejon J. Quelques cas de fraude a la loi dans Tite-Live. - Nouvelle Revue d'histoire du droit, 1949, p. 501.

Calbairac G. Considerations sur la regle “fraus omnia corrumpit”. - Recueil hebdomadaire de jurisprudence, en matire civile.

Castel J.G. La fraude a la loi en droit international prive quebecois. - Revue du Barreau de la province de Quebec, 1964, t. 24, p. 1-35.

Dubler C.E. Les clauses d'exception en droit international prive. - 1983.

Desbois H. La notion de fraude a la loi et la jurisprudence francais. - Paris, 1927 (these).

Fiore Changement de nationalite opere en fraude de la loi. - Journal du droit international prive, 1910, p. 753.

Hugueney Fraude a la loi en droit penale. - Revue penitentiaire et de Droit, 1924, p. 207; p. 389.

La Pradelle La fraude a la loi. – В кн.: Travaux de Comite francais de droit international prive. - 1971-1973.

Ligeropoulo A. Le probleme de la fraude a la loi. - Aix, 1928 (these).

Ligeropoulo A. Le probleme de la fraude a la loi; Etude de droit prive, interne et international de droit fiscal, penal et compare. - Marseille, 1928 (these).

Ligeropoulo A., *Aulagnon L.* Fraude a la loi. – В кн.: Repertoire de droit international. - 1930, t. VI, p. 439-487.

Maridakis G.S. Reflexions sur la question de la fraude a la loi d'apres le droit international prive. – В кн.: Melanges offerts a Jacque Maury. - Paris, 1960, t. 1, p. 231.

Maury J. L'eviction de la loi normalement competente: l'ordre public international et la fraude a la loi. - Valladolid, 1952.

Niboyet J.P. La fraude a la loi en droit international prive. - Revue de droit international et de legislation comparee, 3 series, 1926, t. 53, p. 485.

Niboyet J.P. La fraude a la loi en droit international prive. – Paris, 1927.

Perroud J. La fraude a la loi en droit international prive. - Journal du droit international, 1926, t. 53, p. 18.

Philonenko La fraude a la loi en matiere de marriage aux Etats-Unis. - Journal du droit international, 1928, p.1275.

Prat-Rousseau La notion de fraude a la loi; domaine d'application en droit civil francais. - Bordeaux, 1938 (these).

Revol Les divorces de Fiume. - Aix, 1925 (these).

Spiteri La fraude a la loi etranger. - Annales de la Faculte de droit et de sciences economiques de Toulouse, 1967, t. XV, fasc. II, p. 37-51.

Travers M. La fraude a la loi national en matiere de marriage. - Revue de droit international prive, 1910.

Valery Du divorce des italiens qui se font naturaliser dans un pays etranger. - Journal du droit international, 1918, p. 39.

Vander Elst R. La fraude a la loi en droit international prive. – В кн.: Melanges Jean Baugniet. - Bruxelles, 1976, p. 789-800.

Verplaetse J.G. La fraude a la loi en droit international prive. - Paris, 1938.

НА ДРУГИХ ЯЗЫКАХ РОМАНСКОЙ ГРУППЫ

Butera Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti in fraudem legis. - Turin, 1936.

Carraro Essenza della frode alla legge. - Diritto e giurisprudenza, 1946, p. 97.

Carraro Il negozio in frode alla legge. - Padoue, 1943.

Calvosa La frode alla legge nel negozio giuridico. - Diritto e giurisprudenza, 1949, p. 325.

Calvosa Riflessioni sulla frode alla lege nel processo. - Rivista di diritto processuale civile, 1949, p. 368.

Carnelutti Processo in frode alla legge. - Rivista di diritto processuale civile, 1949, p. 32.

Cessari La sruttura della fraus legi. - Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1953, p. 1071.

Cogliolo Fraus legi. – В кн.: Scritti vari di diritto privato. - Milan, 1940.

Fedozzi La frode alla legge nei rapporti di diritto internationale privato. - Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1900 (29), t. 1, p. 354-388; t. 2, p. 72.

Ferrara Constituzione di persona guiridica in frode alla legge. - В кн.: Scritti guiridichi in onore di Santi Romano. - t. IV, p. 23.

La Hoz Tirado R. Simulatio y el fraude a la leyen el derecho del trabajo. - Revista de jurisprudencia Peruana, April 1973, p. 398-408.

Lodigiani Ja-Je. G. Frode alla legge nel diritto internazionale privato. - Jus, Rivista di scienze giuridiche, 1968, t. 19, p. 178.

Mazzinghi J.A. Inexistencia o nulidad de matrimonio contraido en fraude a la ley argentina. - El Derecho, 1969, t. 29, p. 586.

Messina Sulla frode alla legge nel negozio quiridico di diritto privato. - Circuli guiridico, 1907.

Morello U. Frode alla legge. - Milano, 1969.

Ottolenghi La frode alla legge e la questione dei divorzi fra italiani naturalizzati all'estero. - Torino, 1909.

Pacchioni La frode alla legge nel diritto internationale privato. В кн.: Studi in onore di A.Ascoli. - 1931, p. 745.

Pastor Ridruejo El fraude de la ley en derecho interregional espanol. - Revista espanola de derecho internacional privado, 1959, p. 457-470.

Rotondi G. Gli atti in frode alla legge. - Torino, 1911.

Sanchez-Apellaniz F. El fraude de la ley exranjera. – В кн.: Estudios en homenagem ao prof. doutor A.Ferrer-Correia. – Coimbra, 1986, vol. 1, p. 733.

Zabalo Escudero El fraude de ley en el derecho interregional. Comentario a la sentencia del tribunal Supremo de 5 de abril de 1994. - Poder judicial, 1994, № 36, p. 397-402.

НА ИНЫХ ЯЗЫКАХ

Муранов А.И. К вопросу о “обходе закона”. - Московский журнал международного права, 1997, № 3.

Муранов А.И. К вопросу об “обходе закона” в проекте раздела VII “Международное частное право” части третьей ГК РФ. - Юрист, 1997, № № 5, 6.

Puhan I. In fraudem legis domesticae agere. - Anali Pravnog Faculteta u Beogradu, April 1961 (9).

Vrelles S.V. In fraudem legis domesticae agere kata Waechter. – В кн.: Recueil d'etudes en l'honneur du proffeseur Alexandre G.Ligeropoulos.- Athenes, 1985, t. 1, p. 91-113.