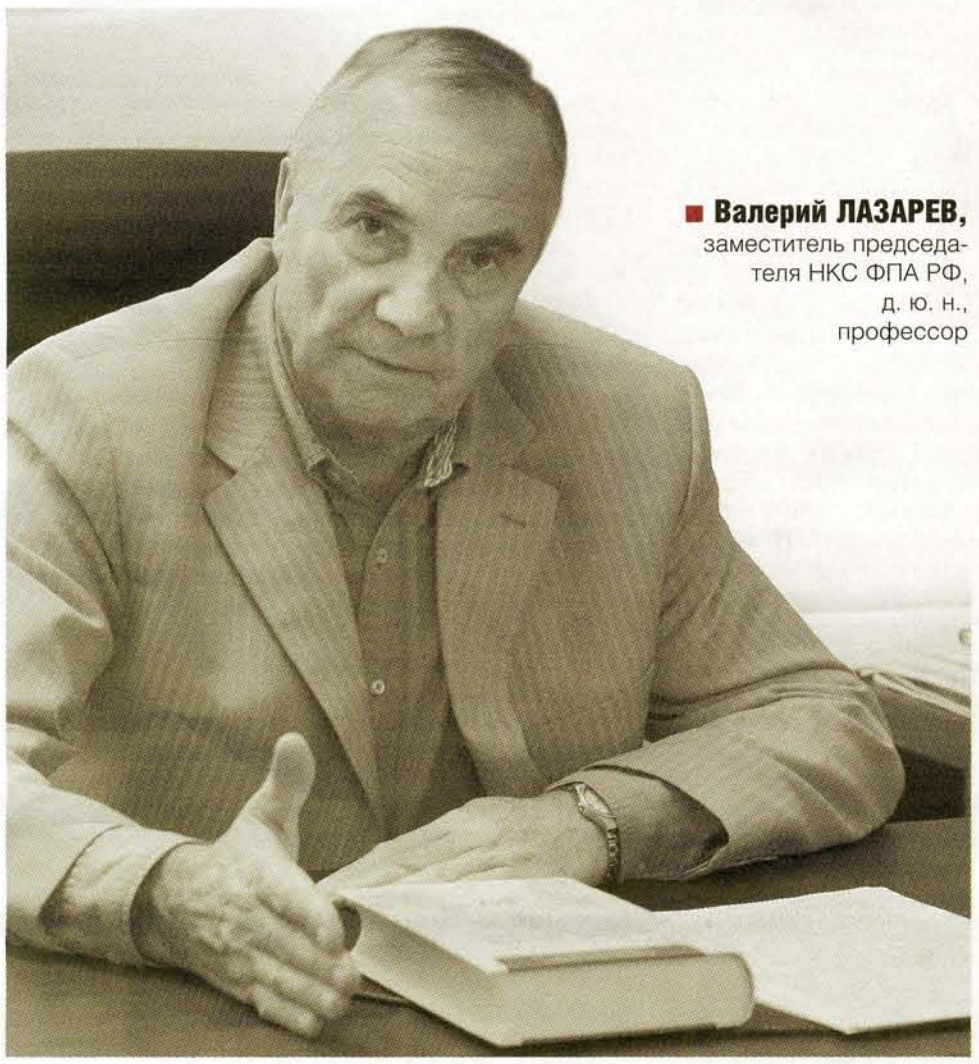
МОЖНО ЛИ ЗАКОН ОБОЙТИ?

Обход закона как разновидность злоупотребления правом



Валерий ЛАЗАРЕВ,
заместитель председателя НКС ФПА РФ,
д. ю. н.,
профессор

Обойти закон нельзя, за одно такое предложение надо отдавать под суд – эти ленинские слова цитировались в свое время всеми идеологами социалистической законности. И вот теперь в проекте закона о внесении изменений в ГК РФ обозначился «состав» данного правонарушения. Обход закона – это разновидность злоупотребления правом.

Что такое злоупотребление правом?

Злоупотребление правом запрещается гражданским законодательством. Однако в силу системности права такой запрет имеет общетеоретическое значение, распространяясь на разные сферы правоприменительной, прежде всего, судебной деятельности. Не случайно в последнее время появился ряд специальных работ в рамках теории права. В понимании злоупотребления правом ученые расходятся: для одних это правомерное поведение, для других – правонарушение, для третьих – особый вид правового поведения. Расходятся они и в том, каким правом злоупотребляют – объективным или субъективным. Признаки формулируют тоже по-разному.

В феврале защищалась диссертация, в которой злоупотребление правом представлено как «умышленное деяние, характеризующееся прямым умыслом на удовлетворение личных интересов...». Наверное, диссертация писалась без прямого умысла нанести ущерб юридической науке (общественному интересу), но и без какого-либо умысла приобрести ученую степень. Поэтому вопрос о злоупотреблении правом не поднимался! Здесь нет возможности для анализа всех нюансов проблемы. Ставится цель привлечь внимание к ней в интересах обсуждения на расширенном заседании НКС. Упор делается на интерпретации отдельных положений ст. 1 и 10 ГК в связи с введением принципа добросовестности в предлагаемых поправках.

Идея «добросовестности» в законодательстве?

Идея «добросовестности» лица (физического или юридического, если у последнего есть совесть) требует обращения к чему-то такому, чего нет в законодательстве. По общему правилу в законах содержится или запрет, или дозволение на соответствующее поведение. Нарушение запрета – недобросовестное поведение в такой степени, что обозначается уже в иных категориях: правонарушение, преступление. Осуществление дозволения – правомерное поведение, и в силу его правомерности расценивается как добросовестное.

Однако картину меняет «неправовой», «аморальный» закон. Поэтому я прихожу к выводу, что признание поведения правомерным или противоправным должно исключать оценку в категориях добросовестности. Кстати, п. 5 ст. 1 ГК в предлагаемой проектом закона новой редакции различает незаконное и недобросовестное поведение. Казалось бы, «добросовестность» следовало вообще вывести за пределы юриспруденции. Некоторые правовые системы делают именно так, другие, напротив, не употребляя данной категории, ставят явление добра, справедливости и пр. в основу системы (существование судов справедливости).

Системы романо-германской правовой семьи предлагают синтетический вариант. Они вводят понятие добросовестности в законодательство в расчете на его конкретизацию правоприменительными органами. К такому варианту решения вопроса склоняют два обстоятельства: во-первых, существование пробелов в законодательстве, когда нет ни запретительных, ни управомочивающих норм, в то время как норма необходима; во-вторых, отсутствие ясности, когда действует принцип «что не запрещено – дозволено» и принцип «разрешено только то, что прямо дозволено законом». Принцип добросовестности закрепляется в законодательстве для разрешения ситуаций отсутствия закона и для предупреждения в такой ситуации решений *contra legem* и *fraudem legem*. Таким образом, он представляет дополнительную гарантию в обеспечении прав граждан. В действительности же все зависит от того, кто реализует данный принцип (что представляет собой суд в реальности) и от того, какие ценности являются определяющими в условиях данного пространства и времени.

Обход закона

Буквально понимаемый текст проекта ст. 1 ГК предполагает широкое понимание действия принципа добросовестности: во-первых, ему нужно следовать и при установлении, и при осуществлении, и при защите гражданских прав; во-вторых, ему надо следовать и при исполнении обязанностей. Вместе с тем, этот текст сужает сферу действия данного принципа. Он, как представляется, не адресован ни законодателю, ни правоприменителю. Адресатом нормы являются «участники гражданских правоотношений», т. е. граждане и их объединения. Данный вывод имеет определяющее значение в установлении субъекта злоупотребления правом.

Представляется неудачной формулировка п. 5 предлагаемой в ст. 1 поправки: «Никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения». Все это можно, во-первых, трактовать так, что вести себя можно и незаконно, и недобросовестно, только преимуществ для себя (а для других?) не извлекать и, во-вторых, «из своего» нельзя, а из чужого недобросовестного или незаконного поведения – можно.

Серьезного осмысления требует п. 1 ст. 10 ГК. Во-первых, здесь речь идет уже не о трех формах правового поведения, а только об осуществлении гражданских прав. И об обязанностях умалчивается. Во-вторых, фактически формулируется запрет на недобросовестное поведение («не допускается»). Тем самым в каких-то пределах недобросовестное поведение объявляется правонарушением в силу данного общего запрета. В-третьих, данное правонарушение обозначается как «злоупотребление правом». Таким образом, фактически отвергается доктринальная позиция, согласно которой злоупотребление правом является разновидностью правомерного поведения.

Нельзя сказать, что законодатель совсем отказался от формулирования признаков состава данного правонарушения. Некоторые элементы состава названы. С объективной стороны это причинение вреда другому, ограничение конкуренции, злоупотребление доминирующим положением на рынке, а с субъективной – прямой умысел на совершение данных действий. Однако состав правонарушения остается неопределенным по той причине, что в объективную сторону включено «иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав», а субъективную сторону (прямой умысел) практически трудно установить («исключительно с намерением», «заведомо недобросовестное»).

В объективной стороне правонарушения значатся «действия в обход закона». Это новая категория. Она не раскрывается. Она вообще кажется излишней, если исходить из того, что проблема добросовестного и недобросовестного поведения возникает там, где нет закона, или вообще за рамками позитивного права. Неясно, являются ли эти действия целью или средством? Относится ли к ним указание на прямой умысел? Обход закона без намерения причинить вред другому, а с единственным намерением извлечь пользу для себя – это злоупотребление правом? Ч. 3 ст. 10 дает основание считать, что «обход закона» – самостоятельный состав злоупотребления правом и независимо от субъективной стороны влечет ответственность, даже если она не установлена конкретной правовой нормой.

Много опасностей подстерегает здесь гражданина. Например, будучи одним из наследников по закону, гражданин не проявляет никакой активности по извещению родственников о смерти наследодателя или, более того, предпринимает некое действие для сокрытия факта смерти. Это явно недобросовестное поведение при том, что он знает о причитающейся им доли по закону. «Обход закона»? В доктрине «обход закона» видят там, где посягают на интерес, защищаемый законом с намерением не вызывать действие самого закона (Е.Д. Суворов). Достаточно ли определенен такой состав, тем более что он не раскрывается в самом законе?

Противоречивые трактовки

Вопросы возникают и в связи с тем, что абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК выделяет два конкретных состава правонарушения. Охватываются ли они понятием «злоупотребление правом»? Распространяется ли на них указание на прямой умысел соответствующих действий?

Странной кажется норма п. 2 ст. 10. Она противоречит п. 1 данной статьи. Она признает факт принадлежности права лицу и факт частичной охраны его,

если даже не соблюдены требования п. 1 этой статьи. Другими словами, злоупотребление правом есть, правонарушение налицо, но характер и последствия его таковы, что суд может частично защитить эти права. Более коррупционной формулы и придумать трудно. Тем более что эта формула пунктом 3 распространена и на обход закона.

Окончательно вопрос об обходе закона затемняется, если предположить, что «злоупотребление правом» – исключительно формальный состав, в котором есть намерение причинить вред, но вред не причинен и даже права других лиц не нарушены. А такое можно предположить, поскольку согласно п. 4 ст. 10 в новой редакции, «если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица», то и последствия иные, чем в остальных случаях.

Даже беглый анализ предлагаемых новаций (и те вопросы, которые поставлены) позволяет выразить опасение, что в практике будет наличествовать необоснованное усмотрение в защите прав. Мы имеем оценочное понятие «злоупотребление правом», рассчитанное на конкретизацию его в судебной практике. Условия конкретизации определены общим образом и весьма противоречиво. Обращение правоприменителя к идеям добра, справедливости, совести и т. п. можно было бы приветствовать, если бы была уверенность в том, что эти ценности разделяются самими правоприменителями в интересах человека и гражданина. К сожалению, такой уверенности нет.

Остается обратить внимание на положение адвоката и оценку адвокатской деятельности в связи с установлением принципа добросовестности и введением своего рода ответственности за обход закона. При этом будем иметь в виду, что интересы и положение адвоката и представляемого им гражданина не во всем совпадают. Более того, адвокат может сознательно действовать в ущерб подзащитному, что образует состав злоупотребления правом и влечет ответственность в соответствии с законом об адвокатуре и кодексом профессиональной этики. Точно так же будет состав правонарушения (злоупотребления правом), если преследуется цель обвинить заведомо невиновного с тем, чтобы отвести вину от своего подзащитного. Это очевидная недобросовестность, хотя в свете п. 3 ст. 13 кодекса профессиональной этики не все так просто.

Если признаком злоупотребления правом признать неконституционный интерес (позиция проф. В.И. Крусса), то исходный вопрос: какие цели и интересы преследует адвокат в своей правозащитной деятельности? Какова их иерархия: интерес подзащитного? интерес общественный (адвокатура – составная часть гражданского общества)? государственный? свой собственный? В одной статье я прочитал, что гражданин заинтересован в том, чтобы платить больше налогов, поскольку это укрепляет государство. Это иллюстрация того, что интересы всегда находятся в противоречии и при желании всегда можно найти недобросовестность, злоупотребление правом. А если на минуту согласиться с существованием неправовых законов, с тем, что какой-то закон принят явно к выгоде и интересу отдельных лиц или группы лиц, более того, реализуется во вред государству – его обойти можно? Для адвоката существен запрет наносить ущерб интересам адвокатуры.

Стратегия адвоката

Адвокат всегда осуществляет свои процессуальные права. Однако похоже, что в ст. 10 ГК идет речь о злоупотреблении материальными гражданскими правами. Если это так, хотя в этом еще необходимо разобраться, то адвокат может злоупотребить только чужими правами, правами своего доверителя. Это меняет картину и влечет некоторые ограничения в возможностях злоупотребления правом.

Адвокат всегда ищет «щель» в законе, чтобы выиграть дело в интересах своего подзащитного («причинить вред» интересу потерпевшего, интересу государства). Он не нарушает закон, и свой интерес у него на втором плане. А интерес и право гражданина имеют конституционный приоритет. Почему тогда можно вести речь о злоупотреблении правом? Да, от выигрыша одной стороны страдает другая сторона. Но суд не должен использовать состав злоупотребления правом для корректировки состязательного процесса.

В заключение два примера для более предметной дискуссии и наглядности выстраиваемой теории.

Адвокат проявляет настойчивость в проведении своей позиции (задает вопросы, подобные которым суд уже отклонял; заявляет ходатайства, однотипные отклоненным и т. п.), которая явно наносит ущерб другим подсудимым, нервирует участников процесса, затягивает процесс. Может ли председательствующий расценить это как злоупотребление правом и в соответствии со ст. 258 УПК поставить вопрос о замене защитника? Такие случаи известны и, более того, оценку ситуации давал Конституционный Суд (определение от 21 февраля 2008 г. № 131-О-О). Подобная ситуация возникает и в случае реализации нормы ст. 159 ГПК. Существует также определение КС от 16 января 2007 г. № 33-О-О, содержащее оценку ситуации злоупотребления правом адвокатом.

Второй пример. Суды сегодня завалены обращениями людей, которых именуют сутяжниками. Их жалобы, во-первых, препятствуют нормальной реализации прав другими субъектами и, во-вторых, отнимают время у судей, которые в этой связи не могут полноценно обеспечить права других граждан. Спрашивается, могут ли судьи отказывать в рассмотрении очередной жалобы, взяв за основание норму о злоупотреблении правом? АГ

АДВОКАТЫ НЕ ПРЕТЕНДУЮТ НА КУСОК НОТАРИАЛЬНОГО ПИРОГА

Слухи о наделении адвокатов функциями нотариусов оказались несколько преувеличенными

Информация о письме за подписью статс-секретаря Минэкономразвития Игоря Манылова с предложением обсудить возможность передачи права удостоверения корпоративных решений адвокатам вызвала достаточно широкий резонанс в прессе.

Инициатива Манылова преподносилась как критика в адрес нотариусов. «Низкая заинтересованность нотариусов и их невысокий профессионализм привели к росту издержек ООО», – указывается в печати со ссылкой на письмо.

Однако, по заметкам журналистов, это не единственная инициатива, с которой выступило Минэкономразвития. Среди предложений к проекту закона о внесении изменений в Гражданский кодекс содержится критика регулирования корпоративных отношений и регистрации юридических лиц. Но если эти тезисы были восприняты обществом как обычные рабочие прения, то вопрос о наделении адвокатов частичными функциями нотариусов стал темой для газетных заголовков.

С уточняющими вопросами по этой теме мы обратились к И.Е. Манылову.

Новая адвокатская газета: Чем вызвано появление идеи передачи адвокатам права визирования некоторых корпоративных процедур?

И.Е. Манылов: Идею, о которой вы говорите, приписывают моему письму В.Ф. Яковлеву, хотя ее там нет. Цель письма была – обозначить четыре момента, по которым министерство и разработчики нового ГК нашли возможным согласовать позиции. Там перечислены несколько вопросов, касающиеся корпоративных отношений и вопросов регистрации юридических лиц. К письму приложен ряд текстов-предложений, в которых содержались мнения экспертов нашего министерства по поводу ГК. В одном из этих предложений была идея про адвокатов. На самом деле это даже не официальная позиция министерства, а одно из экспертных мнений, которые мы предложили рассмотреть. К сожалению, предложения стали публично обсуждать, хотя это обычная рабочая переписка. Считать решенным вопрос о включении адвокатов в корпоративные отношения было бы неверно.

АГ: Как вы думаете, эта публикация не станет яблоком раздора между сообществами адвокатов и нотариусов?

И.Е. Манылов: Думаю, это не повод для ссор. Если говорить по существу идеи, то рассматриваемый в проекте вариант предполагает слишком значительное нотариальное участие в корпоративных отношениях: большинство корпоративных процедур у юридических лиц будут сопровождаться участием нотариуса и их удостоверением. На наш взгляд, это перебор. Есть смысл проанализировать ситуации, в которых действительно необходимо подключать этот механизм, а в некоторых случаях визирование вообще исключить, так как это повышает издержки бизнеса. Поэтому мы предложили этот проект пересмотреть. Одним из вариантов было предложение рассмотреть возможность участия адвокатов. На самом деле неважно, кто – адвокаты или нотариусы, важно – какие процедуры хотят отдать профессиональным юристам. Мы не пытались противопоставить адвокатов и нотариусов.

АГ: На каком законотворческом этапе находятся предложенные в письме положения?

И.Е. Манылов: Нормы в части нотариусов остались в законопроекте, и он был внесен рабочей группой на рассмотрение. Насколько я знаю, в ближайшее время будет какая-то реакция со стороны Президента, будут даны поручения по дальнейшей его доработке. А в части адвокатов: этого в проекте нет, и, насколько я знаю, не предполагается.

АГ

Екатерина ГОРБУНОВА,
корр. «АГ»