

УДК. 342.9

А. М. Шульга

ОБХІД ЗАКОНУ ЯК ВИД ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ

Визначено поняття та ознаки «обходу закону» як виду поведінки у сфері дії права, репрезентовано місце поняття «обхід закону» в структурі понятійного апарату загальної теорії права.

Определено понятие и признаки «обхода закона» как вида поведения в сфере действия права, указано на место понятия «обход закона» в структуре понятийного аппарата общей теории права.

The notion and features of “law evasion» as a kind of behaviour in the sphere of law are determined. The place of the notion “law evasion» in the structure of notions in the theory of law is pointed.

Термін «обхід закону» був відомий вже юристам Стародавнього Риму. У своєму слововжитку вони використовували термін «*fraus legi*» (букв.: шкода або обман закону) [1]. Часто-густо цей термін використовується і в сучасній цивілістиці [2]. Для широкого загалу термін «обхід закону» є традиційним терміном насамперед детективної літератури. Приміром, у романі Дж. Д. Карра «Чотири знаряддя вбивства» один із персонажів прямо каже: «...проти закону я не піду. Але обійти його зможу» [3, с. 349]. Але найчастіше термін «обхід закону» зустрічається в періодичних виданнях, на шпальтах газет. Наприклад, у зв'язку з економічною кризою в Україні (2008 р.) почав діяти шестимісячний мораторій на довстрокове зняття депозитів і розширення кредитування комерційними банками. Відповідне рішення, прийняте Нацбанком України, вважається економічно правильним, але юридично достатньо спірним, оскільки ст. 1060 ЦК України однозначно вказує, що банк зобов'язаний видати вклад або його частину на першу вимогу вкладника. Проте, як пише журналіст, «є інформація, що Нацбанк достатньо хитро прописав свою постанову, щоб обійти цю норму» [4, с. 8].

Оскільки поняття «обхід закону» відображає один із характерних проявів поведінки людей у сфері дії права, цей термін повинен знайти своє місце і в термінології (понятійному апараті) загальнотеоретичної юриспруденції. Зрозуміло, що термін «обхід закону» був неприйнятним для навчальних посібників, підручників з теорії держави і права радянського періоду, котрі писались з урахуванням режиму цензури, були заідеологізованими, мали тенденцію до ідеалізації тих чи інших сторін реальної життєдіяльності в СРСР. Але і в сучасних навчальних посібниках, підручниках з теорії держави і права зазначений термін чомусь не розглядається як самостійний, хоча огляд проблематики механізму реалізації норм права не може бути повним без вказівки на такий соціально-юридичний феномен, як обхід закону. Метою даної статті є визначення місця терміна «обхід закону» в термінології (понятійному апараті) загальнотеоретичної юриспруденції, висвітлення природи «обходу закону» як виду зловживання правом, визначення його поняття, основних ознак, репрезентації характерних прикладів «обходу закону», його відокремлення від певних суміжних явищ. В паперовому варіанті цього нема.

Поняття «обхід закону» має позначати одне з тих явищ, які відносяться до числа ексцесів або деформацій процесу реалізації юридичних норм суб'єктами права.

Зловживання правом [5, с. 39; 6, с. 237; 7, с. 463–465; 8, с. 418–419] є однією з можливих форм здійснення суб'єктивного права. Зловживання правом являє собою реалі-

зацію суб'єктивного права в такій формі, коли право здійснюється в суперечності з його призначенням і, одночасно, заподіюється шкода іншим учасникам суспільних відносин. Основні ознаки зловживання правом: а) заподіяння шкоди (застосування права спричинюється зло, котре розуміється і у спеціально-юридичному, і у власне етичному значенні); б) реалізація права в суперечності з його призначенням (не відповідно до його мети).

Шкода у спеціально-юридичному значенні (залежно від правової системи даної країни, конкретної галузі права) – це, приміром: а) пряма дійсна шкода (реальна матеріальна шкода) або матеріальна шкода як сукупність реальної шкоди та упущеної вигоди чи шкода як сукупність матеріальної та моральної шкоди; б) порушення прав, свобод, законних інтересів суб'єктів права, а також створення ситуації, коли їх неможливо здійснити. У разі заподіяння шкоди в спеціально-юридичному значенні зловживання правом кваліфікується як правопорушення (злочин або, приміром, цивільно-правовий делікт).

Шкода у власне етичному (загальносоціальному, загальнолюдському) значенні – це певна шкода суто соціально-морального характеру, спричинена суспільним відносином у процесі здійснення суб'єктивного права (шкода з огляду на вимоги до моральності поведінки особи, моральні цінності суспільства). У разі заподіяння шкоди тільки у власне етичному значенні зловживання правом кваліфікується як правомірна поведінка (за формальними ознаками), але фактично (за етичною природою) – це аморальний вчинок. І такого роду вчинки (що мають дуалістичну природу) людству відомі вже давно. Саме про такі вчинки вже понад два століття тому писала французька письменниця А. Сталь (1766–1817) як знавець моральності своєї епохи: «Є тисячі способів бути дуже поганою людиною, не порушуючи при цьому жодного закону» [9, с. 136].

Окрім зазначеного, під час зловживання правом мета суб'єктивного права не збігається з метою суб'єкта його реалізації (право, надане для одних цілей, використовується для досягнення зовсім інших цілей). Законодавство забороняє використання прав для обмеження прав і свобод інших осіб, тобто покладає на власників суб'єктивних прав відповідний обов'язок стосовно їх реалізації. Використання суб'єктивного права в суперечності з його призначенням є невиконанням цього обов'язку, кваліфікується як зловживання правом. Приміром, не інакше як «зловживання правом» слід кваліфікувати дії суддів Каховського райсуду Херсонської області, які протягом ледь не півроку скасовували постанови про порушення кримінальної справи» проти свого колеги, який вчинив зумисне вбивство [10, с. 10].

За правовою кваліфікацією необхідно розрізняти зловживання правом правомірне (легальне) і протиправне. Правомірне (легальне) зловживання правом, наприклад, створення не одного, а двох юридичних осіб для мінімізації оподаткування, оскільки невідгідно перевищувати певну величину прибутку юридичної особи, не тягне за собою юридичної відповідальності. Протиправне зловживання правом – вид правопорушень, передбачає юридичну відповідальність. Приміром, нещодавно Інтерпол викрив міжнародне угруповання, офіційним прикриттям якого було надання посередницьких послуг в оформленні різних платіжних систем. Шахраї відкривали корпоративні рахунки, видаючи їх клієнтам за індивідуальні. Коли клієнти переконувалися, що рахунки нормально функціонують, і переводили на них чималі кошти, злочинці, маючи рівні клієнтські права, використовували гроші на власний розсуд [11, с. 17].

За своєю юридичною природою «обхід закону» – це також зловживання правом. Обхід закону – це зумисне правомірне зловживання правом, спрямоване на використання недоліків законодавства, легальне отримання (збереження) певного блага (матеріального, нематеріального), унеможливлення юридичної відповідальності.

«Обхід закону» – поведінка суб'єкта права, котру слід розглядати у контексті схеми «засіб – мета – юридична відповідальність». «Обхід закону» – той варіант поведінки суб'єкта права, котрий він свідомо обирає як засіб досягнення певної мети. Приміром, у країні встановлено заборону на проведення певної медичної операції, але громадянин даної країни цілеспрямовано їде до сусідньої держави, законодавство якої дозволяє проведення відповідної операції. Термін «обхід закону» передбачає правову кваліфікацію відповідних дій суб'єкта права як правомірну поведінку. «Обійти закон» означає «не порушити закон». Нелогічно казати: «обійти закон, порушивши закон», «обійти закон» можна, лише його не порушивши. Принаймні, не порушивши «букву» закону, відповідні, прямо сформульовані законодавцем нормативно-правові приписи («порушення закону» – це недотримання юридичної заборони чи невиконання юридичного обов'язку). Терміни «обхід закону» і «правопорушення» – несумісні. І навпаки, за логікою речей, терміни «обхід закону» і «правомірна поведінка» – сумісні терміни (у формально-логічному плані).

Зазначена інтерпретація терміна «обхід закону» повною мірою відповідає літературно-мовним нормам, адже поняття «в обхід», зокрема, означає: «обходячи, оминаючи що-небудь стороною» [12, с. 655], «...ухилиючись від дотримання чого-небудь. Діяти в обхід правил» [13, с. 386]. «Обхід закону» – правомірна

поведінка, котра, що є загальновідомим, не передбачає, навіть унеможливає юридичну відповідальність як таку, тоді як «юридична відповідальність» – логічний наслідок «правопорушення» (нелогічно визнавати діяння правопорушенням, одночасно не встановивши юридичну відповідальність за дане діяння). Отже, «обхід закону» – поведінка, котра є легальним засобом досягнення суб'єктом права відповідної мети.

Таким чином, «обхід закону» – форма правомірної поведінки, але правомірної лише за формальними ознаками (з огляду на її конкретні, фактичні ознаки як предмет правової кваліфікації). Також «обхід закону» – форма можливої поведінки суб'єкта права. Можливу поведінку суб'єктів права насамперед уособлює така категорія, як суб'єктивне право. Проте «обхід закону» – це зловживання правом: це можлива поведінка, яку не враховував законодавець, коли врегульовував відповідні суспільні відносини, формулюючи юридичні права та обов'язки їх учасників. Тобто «обхід закону» – форма поведінки, яка є свідомим використанням суб'єктом права недосконалості законодавства. Щоб обійти закон, його треба знати. Відповідне знання недоліків законодавства (приміром, знання про «прогалини у законодавстві», «колізії в законодавстві», «техніко-юридичну недосконалість норми права») використовується для досягнення певної мети, як правило, для легального отримання (збереження) певного блага (матеріального, нематеріального).

За правовою кваліфікацією (юридичною оцінкою), зазначені ознаки «обходу закону» як певної юридично значущої поведінки є ознаками відповідного зумисного правомірного зловживання правом. Приміром, «фірма» оголошує про прийом на роботу перекладачів з іноземної мови. Оскільки трудове законодавство передбачає випробування кандидата на посаду, претенденти, щоб довести рівень своєї кваліфікації, мають зробити для «фірми» переклад певного тексту, але обсяг цього тексту – не абзац або декілька абзаців сторінки, а 10–15 сторінок. У процесі «випробування» 20–30 дипломованих спеціалістів «фірма» так і не знаходить підходящу особу, нікого не приймає на роботу, але абсолютно безоплатно отримує «запланований переклад».

Приклади обходу закону життя породжує перманентно. Обумовлено це тим, що саме по собі таке явище, як зловживання правом, є досить розповсюдженим явищем, його можна розглядати як постійний супутник реалізації суб'єктивних прав. Здійснюючи права і свободи, одні люди неминуче (зумисно або з необережності) заподіюють зло іншим.

Таке явище, як зловживання правом у формі обходу закону, не обмежене кордонами якогось одного правового поля. Відповідну поведінку суб'єктів права можна спостерігати у будь-якій

державі світу. Приміром, в Україні після встановлення (2006 р.) мораторію (тимчасової заборони) на продаж землі сільськогосподарського призначення її фактичний продаж почав здійснюватися за допомогою укладання фіктивного договору позики грошей: у суді укладалася мирова угода, за якою боржник передавав кредиторіві в рахунок погашення боргу свою земельну ділянку (пай). Але для сфери «тіньового розподілу земельних ділянок» не менш характерною є і «схема використання студентів»: «За 100–150 гривень вони надають свої документи (копію паспорта та ідентифікаційного коду), пишуть заяву на отримання цієї земельної ділянки, виписують нотаріальне доручення на певну особу, яка потім представлятиме їхні інтереси під час виготовлення землепорядної документації та відчуження цієї земельної ділянки третім особам» [14, с. 4].

Характерним прикладом обходу закону є відповідна діяльність осіб, зацікавлених в отриманні надприбутків у сфері грального бізнесу. Так, з початку вісімдесятих років XX ст., коли у США відкрити ігрові будинки дозволили лише у двох містах – Лас-Вегасі та Атлантик-Сіті, поступово гравальному бізнесові в тій чи тій формі за допомогою юридичних лазівок вдалося легалізуватися ще у 46 штатах. У 23 штатах – шляхом отримання дозволу на відкриття гральних закладів в індіанських резерваціях (індіанці аргументували право відкривати ігрові будинки своїм незалежним статусом стосовно влади штатів), в 11 – поза межами міст, у 7 – на іподромах, ще в 6 – на річкових судах. На території Ізраїлю азартні ігри повністю заборонені законом. Проте місцевий бізнес обходить обмеження, відкриваючи казино на борту яхт, що курсують уздовж узбережжя країни, і літаків [15, с. 18].

Під час «обходу закону» «буква» закону використовується проти нього ж самого: як засіб досягнення мети, котра ним не передбачена. Поведінка, що за формальними ознаками відповідає «букві» закону, є правомірною, але не будь-яка правомірна поведінка відповідає цілям правового регулювання («духу» закону). Саме така поведінка має місце під час «обходу закону», як правило, у ситуації, коли воля законодавця не збігається з інтересами суб'єкта права. Інакше кажучи, іноді юридично значущу поведінку суб'єкта права слід кваліфікувати як зумисне правомірне зловживання правом, спрямоване на використання недоліків законодавства, легальне отримання (збереження) певного блага (матеріального, нематеріального), унеможливлення юридичної відповідальності.

Приміром, ст. 535 ЦК УРСР 1964 р. було передбачено, що незалежно від змісту заповіту спадкодавця певні особи (неповнолітні, утриманці, непрацездатні діти тощо) мали право на

певну частку в його спадщині. Бажаючи позбавити спадкоємців передбаченої законом обов'язкової частки у спадщині, спадкодавець, використовуючи договір дарування, передавав усе своє майно тому, кого хотів бачити в колі своїх спадкоємців, тобто внаслідок укладання договору дарування відповідна стаття Цивільного кодексу переставала працювати. Або, приміром, у зв'язку з наявністю можливості ввозу фізичною особою товару на певну суму без оплати мита, з'явилися підприємці, які стали розподіляти придбаний ними товар між найнятими за винагороду людьми (т. зв. «піджаками»), розміщати їх в автобусі. Під час проходження митного контролю відповідні особи заявляють, що кожний з них перевозить свій товар.

Факти прояву інтересу до того, як один закон дозволяє успішно ухилитися від виконання вимог іншого можна виявити не тільки у сфері індивідуальної правосвідомості громадян. Загальновідомо, що форми легальної діяльності вже не одне століття традиційно використовуються спецслужбами держав як «прикриття» агентурної роботи. Наприклад, представник іноземної розвідки нерідко прибуває в країну своїх професійних інтересів як журналіст, турист і т. ін. Або, приміром, у країнах СНД певна частина науково-технічних робіт фінансується «грантами» – за рахунок іноземних замовників. Але при позитивній оцінці цього процесу, орієнтуючись на інтереси національної безпеки, також необхідно звернути увагу на те, що робота за «грантами» дозволила розвиненим країнам зменшити свої видатки на технічну розвідку.

На перший погляд, ідея народного капіталізму, її реалізація в Україні не має і не може мати нічого спільного з таким явищем, як «обхід закону». Зазначена ідея передбачає, що пересічні громадяни, ставши акціонерами відповідних комерційних структур, стають їх співвласниками, отримують дивіденди, багатшають і т. ін. Але практика свідчить, що не так сталося, як гадалося. Приміром, банк, з огляду на його статутний фонд, створено на акціонерній основі, шляхом залучення великої кількості акціонерів, їхніх грошей, але у подальшому керівництво банку цілеспрямовано здійснює декілька додаткових емісій акцій. Їх наслідок: контрольний пакет акцій отримує той, хто ініціював проведення зазначених емісій акцій (виключно у власних інтересах) [16, с. 12].

Оскільки в 2009 р. внаслідок світової та національної фінансової кризи в Україні взаємини банків та їх боржників отримали характер соціального конфлікту і у зв'язку з тим, що в Україні є лише законопроект про банкрутство людини, тому суд (відповідно до чинного закону про банкрутство) може визнати банкрутом лише фізичну особу-підприємця, якщо така особа не

має можливості сплатити кредит, наданий банком, з огляду на зазначену ситуацію, українські юристи рекомендують скористатись відповідними нормами Цивільного кодексу України і «передати усі боргові зобов'язання... приватному підприємцю, який оголосить себе банкрутом» [17, с. 11].

«Обхід закону» слід відрізняти від «порушення закону з урахуванням закону» (даний, запропонований термін є лише одним із можливих варіантів назви відповідного явища, приміром, як альтернативний може використовуватись термін «прораховане порушення закону»).

Види «порушення закону з урахуванням закону»: 1) зумисне правопорушення, скоєне недеклєтздатним суб'єктом («об'єктивно протиправне діяння»), яке не може спричинити юридичну відповідальність, що було передбачено правопорушником; 2) зумисне правопорушення, яке може спричинити застосування лише мінімальних заходів юридичної відповідальності, що було передбачено правопорушником.

Як відомо, до кола діянь-правопорушень, що не тягнуть за собою юридичну відповідальність, належать об'єктивно протиправні діяння – діяння, скоєні недеклєтздатним суб'єктом. Відповідні діяння іноді також мають статус «запланованих». Приміром, затримують «наркокур'єра», котрий цілком свідомо працює на певну злочинну організацію, але виявляється, що відповідна особа ще не досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. У контексті такої теми, як «порушення закону з урахуванням закону», останній приклад навіть можна назвати «класичним», оскільки використання у злочинних цілях осіб, що не досягли віку кримінальної відповідальності, для представників «криміналітету» є достатньо усталеним явищем. Так, приміром, наразі в Україні є актуальною проблема крадіжок на залізниці. З'ясувалося, що існує декілька типів крадіїв. Один із них – діти до 14 років. «Вони не несуть відповідальності перед законом, і «добрі дядьки», збираючи дітей у групи по 20 осіб, використовують їх для грабунку вагонів з металобрухтом...» [18, с. 6].

«Порушення закону з урахуванням закону» – засіб унеможливлення (у певних випадках) юридичної відповідальності (як логічного і фактичного наслідку для відповідного суб'єкта). Однак перспектива невідворотності притягнення до юридичної відповідальності іноді спонукає правопорушника орієнтуватись на «порушення закону з урахуванням закону» як на засіб мінімізації негативних наслідків, передбачених санкціями норм права, які він свідомо порушує. Відповідні дії є зумисним правопорушенням, яке може спричинити застосування лише мінімальних заходів юридичної відповідальності, що було передбачено правопорушником.

Так, приміром, для крадіїв у супермаркетах є перспектива як кримінальної, так і адміністративної відповідальності. Але остання є менш суворою і настає, коли скоєне кваліфікується як «дрібне викрадення чужого майна», тобто «якщо вартість такого майна на момент вчинення правопорушення не перевищує» суми, зазначеної у ст. 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Тому «крадії-професіонали» завжди орієнтуються на відповідну вартість майна, яке крадуть, щоб у разі затримання їх можна було притягнути лише до адміністративної відповідальності.

Характерним прикладом цілком свідомої «нормативної орієнтації» правопорушників на адміністративну відповідальність як на можливий «юридичний результат» їх діяльності може бути також і ситуація, пов'язана з торгівлею в Україні дисками (CD і DVD). Незважаючи на зусилля правоохоронних органів, усе ще залишається актуальною проблема торгівлі дисками контрафактного походження (у деяких торгових точках їхня частка сягає 100 %). Продавці «лівих» дисків «відверто плюють на закон», відкрито торгуючи ними навіть у найбільш багатолюдних місцях: диски «зберігаються у кількості 200–300 штук, що недостатньо для порушення кримінальної справи» [19, с. 5].

З огляду на зазначене, насамкінець слід сказати, що «порушення закону з урахуванням закону» може розглядатись як за-сіб: а) абсолютного ухилення від юридичної відповідальності (відповідну особу об'єктивно не можна притягнути до відповідальності); б) відносного ухилення від юридичної відповідальності (відповідна особа притягується до менш суворої відповідальності, що було передбачено, заплановано правопорушником як один із можливих наслідків його дій).

«Порушення закону з урахуванням закону», яке унеможливає юридичну відповідальність правопорушника, певною мірою хоча й нагадує «обхід закону» як поведінку, котра також унеможливає юридичну відповідальність її суб'єкта, проте «порушення закону з урахуванням закону» і «обхід закону» – це різні речі. Право передбачає «права» (легальні можливості), якими іноді зловживають, прикладом чого є «обхід закону». Але право не передбачає «право на правопорушення», тобто таким «правом» не можна скористатись, щоб «обійти закон», оскільки такого «права» взагалі не існує.

Отже, інакше кажучи, у навчальній літературі з проблем теорії держави і права у контексті такої усталеної, класичної теми, як «Реалізація норм права», має розглядатись і таке питання, як «Ексцеси (деформації) реалізації норм права». При цьому запропонований варіант назви питання є робочим, дискусійним, може зазнати певної трансформації. Таке питання,

як обхід закону, може розглядатись і у контексті теми «Юридично значуща поведінка», оскільки обхід закону є одним із видів такої поведінки, є одним із проявів зловживання правом як виду поведінки у сфері дії права.

Список літератури: 1. Обход закона. Понятие и правовые последствия [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lawmag.ru/blog/lectures/294.html>. 2. Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона / Е. Д. Суворов. – М. : Изд. дом В. Ема, 2008. – 188 с. 3. Карр Дж. Д. Четыре орудия убийства: детективные романы / Дж. Д. Карр. – М. : ЗАО Центрполиграф, 2003. – 415 с. 4. Мишутин С. Спокойствие, только спокойствие / С. Мишутин // Аргументы и факты в Украине. – 2008. – № 42. 5. Малиновский А. А. Злоупотребление правом. / А. А. Малиновский. – М. : МЗ-Пресс, 2002. – 128 с. 6. Общая теория государства и права : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М. : Юрист, 1996. – 472 с. 7. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / О. Ф. Скакун. – Х. : Консум, 2000. – 704 с. 8. Теория государства и права : курс лекций / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 1996. – 475 с. 9. Сборник мыслей, изречений, афоризмов / Сост. О. Азарьев, Л. Демидова и др. – Симферополь, «Таврида», 1996. – 688 с. 10. Талаева Е. Два дня без суда / Е. Талаева // Аргументы и факты в Украине. – 2008. – № 47. 11. Дученко Ю. Тонкощі картографії... / Ю. Дученко // Моменти (додаток до тижневика «Іменем Закону»). – 2008. – № 10. 12. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с. 13. Ожегов С. И. Словарь русского языка : ок. 57000 слов / С. И. Ожегов. – М. : Рус. яз., 1984. – 816 с. 14. Репіч А. Піщаних справ махінатори / А. Репіч // Іменем закону. – 2009. – № 11. 15. Шкоба О. Енергію азарту – у цивілізоване русло / О. Шкоба // Урядовий кур'єр. – 2008. – № 93. 16. Повторение пройденного // Аргументы и факты в Украине. – 2008. – № 40. 17. Натуральный банкрот // Аргументы и факты в Украине. – 2009. – № 16. 18. Нестерова А. Частная проблема или социальное явление? / А. Нестерова // Аргументы и факты в Украине. – 2008. – № 43. 19. Нарыжная Л. Торговцы пиратскими дисками обнаглели / Л. Нарыжная // Комсомольская правда в Украине. Харьковский выпуск. – 2009. – № 158.

Надійшла до редколегії 06.07.2010