

УДК 347.4

Д.О. Тузов

**КОНФИСКАЦИЯ ПОЛУЧЕННОГО ПО СДЕЛКЕ, ПРОТИВНОЙ
ОСНОВАМ ПРАВОПОРЯДКА ИЛИ НРАВСТВЕННОСТИ,
В СУДЕБНО-АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКЕ И ПРОЕКТЕ ИЗМЕНЕНИЙ
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИИ¹**

Статья посвящена критическому анализу российской судебно-арбитражной практики и положений проекта изменений ГК РФ в части конфискационных последствий сделок, противных основам правопорядка или нравственности (ст. 169 ГК).

Ключевые слова: конфискация; недопущение реституции; сделки, противные основам правопорядка или нравственности; ничтожность сделки; проект изменений ГК; концепция совершенствования ГК.

За время, прошедшее после принятия в 1994 г. Части первой Гражданского кодекса РФ, содержащей положения о сделках и их недействительности, доктрина и судебная практика выявили многочисленные проблемы, связанные с применением данных положений, и выработали определенные подходы к их решению. Вполне естественно, что эти проблемы и подходы стали объектом пристального внимания в ходе начатых в 2008 г. в соответствии с Указом Президента РФ [1] законопроектных работ, направленных на совершенствование действующего ГК, – при разработке и обсуждении проекта Концепции совершенствования Гражданского кодекса Российской Федерации [2] (далее – проект Концепции), при составлении окончательной редакции указанной Концепции [3] (далее – Концепция) и, наконец, при разработке проекта изменений ГК РФ [4] (далее – Проект).

Предложения по изменению законодательства коснулись, в частности, положения ст. 169 ГК о взыскании полученного по сделке, противной основам правопорядка или нравственности, в доход государства, а также сходного положения ст. 179 ГК. Соответствующие новеллы проекта в целом заслуживают одобрения, однако не лишены и ряда недостатков². Их анализу посвящена настоящая статья.

¹ В настоящей публикации использованы результаты исследований, выполненных на средства гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых – докторов наук (МД-714.2010.6).

² Ряд этих недостатков уже был отмечен автором этих строк в 2009 г. при обсуждении проекта Концепции (Тузов Д.О. Общие вопросы недействительности сделок в проекте Концепции совершенствования Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. С. 38 и сл.).

1. «Гражданско-правовая» конфискация в действующем законодательстве и судебно-арбитражной практике

Гражданский кодекс РФ предусматривает обращение в доход Российской Федерации имущества, полученного по сделке и причитавшегося в возмещение полученного, в отношении недобросовестной стороны (сторон) сделок, противных основам правопорядка или нравственности (ст. 169 ГК) и совершенных под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств (ст. 179 ГК).

Согласно ст. 169 ГК «сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна» (абз. 1). В соответствии с той же статьей (абз. 2, 3) недобросовестная сторона (а если недобросовестны обе стороны, то это касается каждой из них) не вправе истребовать обратно предоставленное ею по таким сделкам (*недопущение реституции*). Как имущество, предоставленное фактически, так и то, что причиталось взамен предоставленного, но не было передано, подлежат взысканию в доход государства (*конфискация*). Речь применительно к данной статье должна идти о сделках, предоставления по которым зачастую являются уголовно наказуемыми действиями или граничат с таковыми либо, во всяком случае, резко осуждаются общественной моралью.

В советской и современной отечественной цивилистической доктрине известное распространение для обозначения подобного рода сделок получил термин «*антисоциальные сделки*», который в последнее время также вошел в терминологический аппарат судебной практики: он использован, в частности, в одном из определений Конституционного Суда РФ [5], а также в решении Арбитражного суда г. Москвы по нашумевшему делу ЗАО «Прайсвотерхаус-Куперс Аудит» и ОАО «НК «ЮКОС»¹. Прибегают к нему и авторы законопроектных работ по совершенствованию ГК РФ (см., напр., п. 1.2 § 2 разд. V проекта Концепции²). Этот термин, неизвестный действующему законодательству, представляется не вполне удачным, ибо помимо того, что оперирует внеюридическим критерием «социальности», который к тому же далеко не сводится к установленному ст. 169 ГК критерию соответствия основам правопорядка и нравственности, обозначение им лишь сделок, квалифицируемых по ст. 169 ГК, парадоксально предполагает признание, напротив, «социального» характера за сделками, не соответствующими закону и квалифицируемых по ст. 168 ГК.

¹ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20 марта 2007 г. по делу № А40-77631/06-88-185 (текст решения см.: Аудит – заведомо противный основам правопорядка и нравственности: Полный текст решения московского Арбитражного суда по делу ЗАО «ПрайсвотерхаусКуперс Аудит» и ОАО «НК «ЮКОС». Печальные итоги заведомо ложного аудиторского заключения URL: <http://www.prigovor.ru/info/37698.html>).

² Здесь и далее в настоящей статье проект Концепции используется и цитируется не только как исторический документ, отражающий ход работ по подготовке проекта изменений ГК, но и как своего рода «мотивы» или «объяснительная записка» к указанному проекту, большинство положений которой не вошли в окончательную редакцию Концепции лишь по причине ограниченного объема последней.

Еще несколько лет назад, несмотря на распространившуюся практику предъявления в арбитражные суды (как правило, налоговыми органами) исков о признании сделок недействительными по основаниям, предусмотренным ст. 169 ГК, и о взыскании всего полученного по таким сделкам в доход государства, случаи удовлетворения подобных требований были относительно редки. Не располагая точными статистическими данными о применении ст. 169 ГК в судебной практике, на основании материалов последней можно тем не менее сделать вывод, что по наиболее многочисленной категории дел, в которых истцами ставился вопрос о применении конфискации, а именно дел по искам налоговых органов о признании сделок недействительными согласно ст. 169 ГК как совершенных с целью уклонения от уплаты налогов и выполнения иных обязательств перед бюджетом (которую эти органы идентифицировали и продолжают идентифицировать с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности¹), арбитражные суды в большинстве случаев отказывали в удовлетворении исков, не находя оснований недействительности соответствующих сделок, в том числе констатируя недоказанность истцом наличия у сторон умысла, или же указывали на то, что предъявление исков по такого рода делам не входит в компетенцию налоговых органов² (см. также [6. С. 5]).

Интерес цивилистической доктрины и практикующих юристов к ст. 169 ГК, считавшейся до недавнего времени фактически «мертвой буквой», неожиданно проснулся³ в связи с рядом громких дел по искам налоговых органов о признании недействительными на основании ст. 169 ГК договоров, заключенных крупными предприятиями-ответчиками, такими как башкирская ТЭК, ОАО «НК «Русснефть»», ЗАО «ПрайсвотерхаусКуперс Аудит» и ОАО «НК «ЮКОС», и о взыскании – в качестве «применения последствий недействительности» этих договоров – всего полученного по ним в доход государства⁴.

Так, например, уже упоминавшимся решением Арбитражного суда г. Москвы от 20 марта 2007 г., вынесенным по делу ЗАО «ПрайсвотерхаусКуперс Аудит» и ОАО «НК «ЮКОС», исковые требования налоговой инспекции г. Москвы были удовлетворены в полном объеме: заключенные между ответчиками договоры об оказании аудиторских услуг признаны недействительными как сделки, совершенные с целью, противной основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК), а полученное по ним вознаграждение за аудиторские услуги в размере 16 млн 769 тыс. 249 руб. (= 480 тыс. долларов США) взыскано с ЗАО «ПрайсвотерхаусКуперс Аудит» в доход государства.

¹ На эту точку зрения встали и авторы реформы ГК, согласно которым «сделки, направленные исключительно на уклонение от уплаты налогов», представляют собой «вид противонравственного поведения» (абз. 3 п. 1.2.1 § 2 разд. V проекта Концепции).

² Тузов Д.О. Общие вопросы недействительности сделок в проекте Концепции совершенствования Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. С. 38 и сл.

³ До этого проблема привлекала внимание лишь немногих отечественных цивилистов. Она затрагивалась в отдельных работах советского периода (см., напр., [7–14]). В постсоветской литературе ее первое систематическое изложение и исследование было выполнено в 1999 г. [14. § 6. С. 159–198]. Более обширное, уже цитированное монографическое исследование, предпринятое в период отмеченного оживления интереса к данной теме, вышло в 2008 г. [6].

⁴ Согласно данным эксперта по налогам адвокатского бюро «Пепеляев, Гольцблат и партнеры» В. Заринова, по делам о взыскании полученного по сделкам в доход государства на основании ст. 169 ГК всего на февраль 2008 г. в пользу государства судами вынесено около десяти решений [15].

Постановлением 9-го Арбитражного апелляционного суда производство по апелляционной жалобе «ПрайсвотерхаусКуперс Аудит» прекращено, а решение суда первой инстанции объявлено вступившим в законную силу [16].

Дела вызвали столь сильный резонанс среди представителей российского бизнеса и адвокатского сообщества, что послужили импульсом к разработке и принятию специального постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ [17], поставившего определенный барьер отмеченной инициативе налоговых инспекций.

Нетрудно понять, что причиной этого резонанса, равно как и повышенного интереса налоговых органов к соответствующей категории дел, явилось не столько само по себе основание недействительности, предусмотренное ст. 169 ГК, – противоречие цели сделки основам правопорядка или нравственности, сколько установленная этой же статьей совершенно нетипичная для гражданского права санкция, позволяющая взыскивать полученное по такой сделке (а также причитавшееся в возмещение полученного) в доход государства и выполняющая, таким образом, карательную функцию, – конфискация. В публикациях, появившихся в связи с упоминавшимися судебными делами, неоднократно отмечалось, что ст. 169 ГК – «оружие, применяемое избирательно при отъеме бизнеса», что «статья удобна для конфискации имущества, полученного законным путем, без изменения законодательства» [18, 19], что, как «отражающая принцип экспроприации экспроприаторов» [20], «она едва ли не главнейшая правовая угроза бизнесу», что «в самой ее основе – беззаконие, пожертвование правом в угоду политической целесообразности» [21–23].

II. Общая характеристика конфискации по ст. 169 ГК

Карательный характер рассматриваемой санкции предполагает, что в основе ее применения лежит *правонарушение*, за совершение которого она установлена как мера ответственности. Это подтверждается и содержанием ст. 243 ГК, предусматривающей единственный случай прекращения права собственности безвозмездно против воли собственника и характеризующей безвозмездное изъятие имущества в доход государства (конфискацию) как *санкцию за совершение преступления или иного правонарушения*.

Уже беглое ознакомление с содержанием ст. 169 ГК позволяет утверждать, что в качестве правонарушений, составляющих предпосылки недопущения реституции и конфискации, не могут рассматриваться сами предусмотренные указанными статьями сделки. Недействительная сделка как таковая не является юридическим фактом, а следовательно, и правонарушением. Противоправность, обуславливающая в соответствии с законом обращение предоставленного по сделке в доход государства, характеризует иные, хотя и связанные с ней действия, находящиеся за пределами сделки или составляющие лишь один из ее элементов; при этом сама сделка в состав правонарушения не входит¹. Такие действия могут сопутствовать совершению

¹ Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. Иного мнения придерживался В. П. Шахматов, отождествлявший состав рассматриваемого правонарушения с «составом противоправной сделки» и считавший

сделки или же заключаться в ее исполнении. Речь идет о произведенных по сделке *имущественных предоставлениях*¹. Их тесная связь со сделкой состоит в единстве цели, заведомо противной основам правопорядка или нравственности. Именно имущественные предоставления образуют *объективную сторону* правонарушения, предусмотренного ст. 169 ГК в качестве основания недопущения реституции и применения конфискации. Лишь с момента, когда стороны приступают к осуществлению имущественных предоставлений по сделке, начинает выполняться объективная сторона правонарушения. Без реального предоставления хотя бы одной стороны конфискация невозможна².

Существенная специфика санкции, установленной ст. 169 ГК, состоит не только в ее нетипичном для гражданского права штрафном характере, но также (и в этом отличие от идентичной по характеру санкции ст. 179 ГК) в неопределенности оснований ее применения, заключающихся в заведомом противоречии цели сделки основам правопорядка или нравственности. Статья 169 ГК – яркий пример так называемых «каучуковых» параграфов (или *clausulae generales*, согласно другой, более нейтральной терминологии), открывающих простор судейскому усмотрению. Достаточным подтверждением этому в российском праве уже явилась отмеченная выше практика рассмотрения арбитражными судами дел по искам налоговых органов.

III. Недопущение реституции, *soluti retentio* и конфискация

Соответствует ли конфискационная санкция, предусмотренная ст. 169 и 179 ГК, основным началам гражданского законодательства?

Коренное отличие конструкции *недопущения реституции*, основанной на римском праве и традиционно принятой в современных западных правопорядках, от конструкции недопущения реституции в праве российском и некоторых других (постсоциалистических) стран состоит в том, что если первая основана на принципе *soluti retentio* (*удержания исполненного*), то вторая неразрывно соединена со взысканием полученного по сделке в доход государства.

Ни одна европейская кодификация не предусматривает в качестве «последствия недействительности» соответствующих сделок взыскание полученного по ним в доход государства. В этих правопорядках действует другой принцип, определяющий судьбу полученного по таким сделкам имущества: *soluti retentio*. Согласно этому принципу сторона, действовавшая недобросо-

объективным признаком такой сделки ее повышенную общественную вредность [12. С. 222]. Критику этой позиции см. в моей цитированной выше работе [Теория недействительности сделок... С. 38–56, 128 и сл.]. По этой же причине нельзя согласиться с К. Сасовым, согласно которому «объективной стороной правонарушения является совершение сделки, заведомо противной основам правопорядка и нравственности» [20].

¹ Избегаю употребления термина «исполнение», поскольку конфискационные последствия связываются не только с исполнением в собственном смысле, но и с *конститутивным предоставлением* при заключении реальных договоров.

² Иначе обстоит дело в ГК Республики Казахстан 1994 г., который устанавливает конфискацию в качестве последствия одного лишь *совершения* (!) сделки, направленной на достижение преступной цели: конфискации подлежит все, что было *предусмотрено* к исполнению, независимо от того, исполнена ли такая сделка хотя бы частично (п. 4 ст. 157). Тем самым гражданский закон устанавливает наказание за одни лишь преступные намерения (преступный умысел), чего давно уже не допускает закон уголовный. Подобная норма вызывает серьезные сомнения в ее легитимности.

вестно, т.е. чье предоставление является «постыдным» (*turpis*), как противоречащее добрым нравам или публичному порядку, не может истребовать предоставленное обратно. В основе этого правила лежит соображение, что суд не должен выслушивать и удовлетворять требования того, кто в обоснование последних ссылается на собственную недобросовестность, на свое постыдное поведение. И это вполне обосновано. Однако на этом законодательства западных стран ставят точку: принцип *soluti retentio* означает, что при недопущении реституции в отношении недобросовестной стороны, сделавшей предоставление, последнее остается у другой стороны, даже если она также является недобросовестной (подробнее см. [6. § 5. С. 51 и сл. (там же библиографические ссылки)]).

Конечно, такое решение имеет свои недостатки и неудобства, отмечаемые и критикуемые в зарубежной юридической литературе (в частности, при таком подходе *de facto* достигается цель соответствующей сделки) [6. С. 55 и сл.; 24. Р. 745; 25. Р. 1087, 1091; 26. Р. 758; 27. § 697. S. 490], однако они несравнимы с теми вредными последствиями, которые влечет закрепление в отечественном законодательстве (одном из немногих) противоположного, конфискационного принципа.

Законодательное решение, принятое в отечественном гражданском праве, известно лишь немногим частноправовым системам современного мира, а в настоящее время – главным образом системам некоторых государств, ранее входивших в состав СССР в качестве союзных республик, испытавшим значительное влияние ГК РФ¹. Пользуясь терминологией компаративистики, его, таким образом, можно было бы назвать «стилевой особенностью» советского и постсоветского гражданского права. Согласно некоторым данным, положения, установившие конфискационные последствия по отдельным видам недействительных сделок, были включены в первый Гражданский кодекс РСФСР (1922 г.) по личному настоянию В.И. Ленина и явились конкретным нормативным воплощением проводимой им законодательной политики в области гражданского права [28. С. 245]. Как известно, конфискация находила в политике советского государства на первых этапах его развития самое широкое применение, а потому и ее закрепление в ГК в качестве санкции за исполнение противозаконных сделок было в тех условиях более чем естественным.

IV. «Гражданско-правовая» конфискация, принципы штрафной ответственности и частное право

Сегодня закономерно возникает вопрос об обоснованности и целесообразности сохранения рассматриваемой меры в современном Гражданском кодексе. Прежде всего следует отметить, что при конфискации в том виде, в каком она установлена в настоящее время, не может быть речи о *соразмерности* между общественной вредностью содеянного и строгостью наказания – фундаментальном принципе штрафной ответственности. На данное обстоятельство обращалось внимание и в советской литературе. Иногда, отмечал

¹ См., напр., п. 4 ст. 157 ГК Казахстана. В связи со сказанным интересно обратить внимание на то, что новое законодательство ряда стран, бывших союзных республик СССР, отказалось от конфискации при недействительности сделок (см. новые гражданские кодексы Украины, Эстонии).

И.Г. Ташкер, «тяжесть имущественных последствий, наступающих для участников сделки, явно несоразмерна ни их вине, ни причиненному сделкой вреду. В отсутствии такой соразмерности – “ахиллесова пята” ст. 147 ГК» [9. С. 116] (= ст. 169 действующего ГК).

Тезис о несоразмерности конфискации по ст. 169 ГК степени тяжести правонарушения несколько лет назад приобрел в России особую актуальность в связи с судебными делами по искам налоговых органов о признании ничтожными сделок, направленных, по мнению этих органов, на уклонение от уплаты налогов. Имущество, передаваемое по сделкам, может в несколько раз превышать по стоимости сумму неуплаченного налога, как это имело место, например, в деле по иску налогового органа о взыскании в доход государства акций предприятий ТЭК [29, 30]. Справедливо отмечается, что «в такой ситуации отсутствует баланс частных и публичных интересов. Фактически конституционная обязанность по уплате налогов, которая не оспаривается, ставится выше таких конституционных принципов, как равная защита всех форм собственности, соразмерность применяемой ответственности (налоговой санкции в виде конфискации имущества) совершенному правонарушению (неуплате налога), принцип стабильности гражданского оборота» [29].

Кроме того, как известно, за неуплату налога Налоговый кодекс РФ устанавливает достаточно эффективные санкции: с нарушителя взыскиваются сумма самого неуплаченного налога, пеня, а также – в качестве меры ответственности – штраф в размере 40 % от неуплаченной суммы. Более того, при наличии в действиях налогоплательщика состава соответствующего преступления виновный подлежит также уголовной ответственности, в том числе в виде лишения свободы. Применение при таких условиях еще и конфискации по ст. 169 ГК противоречит другому фундаментальному принципу штрафной ответственности – *ne bis in idem*.

Между тем в рабочем проекте уже цитированного Постановления Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. содержалось разъяснение, которое, как было отмечено при обсуждении данного проекта в Президиуме ВАС (см. об этом [31]), при его буквальном толковании фактически создавало бы официальную основу такой «двойной» ответственности. «При рассмотрении споров, возникающих из административных, налоговых и иных публичных правоотношений, – указывалось в п. 5 Проекта, – судам следует учитывать, что предусмотренное статьей 169 Кодекса последствие в виде взыскания всего полученного по сделке в доход Российской Федерации является самостоятельной мерой, применяемой исключительно в качестве специального последствия недействительности ничтожной сделки. Санкции, установленные за совершение публичных правонарушений, не могут квалифицироваться в качестве последствий недействительности сделок. Соответствующие требования имеют самостоятельный характер и должны рассматриваться в спорах, вытекающих не из гражданских, а из публичных правоотношений, с учетом норм соответствующего законодательства»¹.

Окончательная редакция этого положения Проекта не претерпела существенных изменений. Не меняет сути данного разъяснения и добавленный к

¹ Проект постановления во время его обсуждения был размещен на сайте ВАС РФ [32].

цитированной формулировке абзац следующего содержания: «В тех случаях, когда сделка сама по себе образует состав публичного правонарушения либо указанное правонарушение связано с совершением такой сделки, *в рамках рассмотрения спора, вытекающего из публичных правоотношений*, подлежат применению санкции, установленные законодательством в качестве меры ответственности за совершение данного правонарушения, а не последствия, предусмотренные статьей 169 ГК РФ» (абз. 2 п. 5; курсив мой. – Д.Т.).

Нетрудно заметить, что и эта формулировка не исключает применения к участникам той же самой сделки, уже понесшим «публичную» ответственность, штрафной санкции, предусмотренной ст. 169 ГК, хотя бы и *в другом процессе* – в рамках рассмотрения спора о признании сделки недействительной и применении соответствующих последствий.

Наконец, практика применения ст. 169 ГК приводит к тому, что невозможность охватить формально-определенными составами административных проступков и уголовных преступлений все случаи существенного нарушения государственных интересов восполняется по сути субсидиарным действием норм ГК, устанавливающих штрафную ответственность, не отличающуюся по своей тяжести от административной или уголовной, в том числе за правонарушения, описанные с использованием крайне неопределенных признаков, каковыми являются критерии основ правопорядка и нравственности.

Все сказанное не означает, однако, что институт «гражданско-правовой» конфискации, представленный ст. 169 ГК (а также ст. 179 ГК, анализ которой выходит за пределы предмета настоящего исследования), необходимо развивать и совершенствовать. Если в угоду традиции и сохранять ст. 169 ГК как устанавливающую *основание недействительности сделки* (что, как было показано выше, также нежелательно), то институт конфискации, думается, в любом случае должен быть исключен из гражданского законодательства как инородное тело, не соответствующее сущности и принципам частного права, не говоря уже об отмеченной неопределенности самих критериев, по которым сделка должна признаваться недействительной, а к ее сторонам – применяться конфискационные санкции, неопределенности, открывающей широкое поле для судебного усмотрения и практически превращающей конфискацию из юридического средства в средство политическое. Если сторона недействительной сделки, делая предоставление, совершила тем самым правонарушение, заслуживающее имущественного наказания, в законе должны быть четко описаны составы подобных правонарушений, установлена четкая процедура применения наказаний за их совершение, предусмотрены гарантии соблюдения законности при применении этих наказаний. Но все это – задача публичного, а не частного (гражданского) права¹.

¹ Тузов Д.О. Реституция в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 197. Сегодня, когда данный аспект проблемы актуализировался, эту же по сути идею, но, как правило, без предложений *de lege ferenda*, высказывают и некоторые другие авторы (см., напр., [33, 34]). Лишь немногие прямо высказываются за исключение ст. 169 из ГК [20–22].

V. Тенденции и новеллы в законопроектных работах по совершенствованию ГК

Как отмечено самими авторами предстоящей реформы Гражданского кодекса РФ, «в Концепции предлагается несколько по-иному взглянуть на соотношение частных и публичных элементов в гражданском праве. Поиск баланса между указанными элементами характерен для всей истории развития гражданского права. Концепция предлагает свое видение этого баланса, основанное на достижениях европейской доктрины частного права и учитывающее отечественные реалии, которые отражаются в судебной практике». В частности, «в ряде случаев предлагается отказаться от публичных элементов регулирования в пользу частноправовых подходов. Таковы предложения об отказе от санкции конфискационного характера, содержащейся в статье 179 ГК, и об ограничении сферы применения аналогичной санкции для противонаправленных сделок (статья 169 ГК)» (Введение, п. 8).

Переосмысление роли «гражданско-правовой» конфискации и ее места в системе мер юридической ответственности заслуживает безусловной поддержки и является, несомненно, одним из позитивных элементов реформы ГК РФ. Совершенно обоснованны высказанные авторами соображения о неадекватности конфискационных мер гражданскому праву, о том, что функцию наказания должно выполнять публичное право.

«Конфискационная санкция... – указывается применительно к ст. 179 ГК, – нетипична для гражданского права и не известна большинству зарубежных правовых порядков. В тех случаях, когда в действиях лица, спровоцировавшего недействительность сделки, присутствует состав преступления, должны работать меры уголовной ответственности. Если же за соответствующие действия уголовное наказание не установлено, последствия недействительности сделки должны оставаться в сфере регулирования гражданского права, основанного на принципах частной автономии и диспозитивности» (абз. 1 п. 1.6.7 § 2 разд. V проекта Концепции).

Вполне справедливы и замечания, сделанные в отношении ст. 169 ГК (п. 1.2.2 § 2 разд. V проекта Концепции), о том, что изъятие в доход государства всего полученного по сделке «носит характер санкции со значительными публично-правовыми элементами» (абз. 1)¹, что «в данном случае частное право начинает нести функцию наказания, т.е. выполнять роль уголовного или административного права» (абз. 2), что при этом зачастую «санкция в виде изъятия всего полученного нарушителем в доход государства не отвечает критерию соразмерности» (абз. 5), что «частное право не обладает в должном объеме инструментарием, необходимым для выполнения указанной функции...», а значит, «...возможности частного права гораздо в меньшей степени позволяют выполнять публичную функцию наказания, чем возможности права публичного» (абз. 2)².

Из этих абсолютно правильных замечаний следовало бы сделать только один вывод: существование в современной гражданско-правовой кодифика-

¹ Следовало бы, однако, уточнить: оно *является* по сути публично-правовой санкцией.

² Добавим лишь, что частное право и не должно выполнять публичную функцию наказания и, следовательно, обладать необходимым для этого инструментарием.

ции рассматриваемой санкции, введенной впервые в отечественное законодательство с принятием ГК РСФСР 1922 г. в целях борьбы с эксплуататорскими классами, в современных условиях ничем не оправдано, а потому данная санкция как архаизм должна быть исключена из Гражданского кодекса.

Однако последовательно эта идея реализована в проекте изменений ГК лишь применительно к ст. 179, из которой предложено полностью исключить конфискационную меру. Иначе обстоит дело со ст. 169 ГК. Новая редакция этой статьи, предлагаемая в Проекте, выглядит так:

Сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна и влечет последствия, установленные статьей 167 настоящего Кодекса. В случаях, предусмотренных законом, суд может взыскать в доход Российской Федерации все полученное по такой сделке сторонами, действующими умышленно, или применить иные последствия, установленные законом.

Можно выделить два существенных элемента данного нововведения.

Во-первых, отказываясь от конфискации как непреложного «последствия» сделок, квалифицируемых по ст. 169 ГК, Проект не воспринимает принцип *soluti retentio*, а вводит – путем отсылки к ст. 167 – в качестве общего правила двустороннюю реституцию¹.

Обоснованность этого решения вызывает сомнения. Вспомним, что принцип *soluti retentio*, которым пренебрегли авторы реформы, утвердился в западных правопорядках именно в качестве препятствия основанным на соответствующих сделках реституционным требованиям, удовлетворение которых противоречило бы как правовому и нравственному сознанию общества, так и достоинству суда. Действительно, согласно предлагаемой редакции ст. 169 ГК, например, скупщик краденого может обратиться в суд с требованием о возврате уплаченной им покупной цены, ссылаясь в обоснование этого требования именно на заведомое противоречие заключенной им сделки купли-продажи основам правопорядка и нравственности², а значит, на собственную недобросовестность и – более того – на собственное преступное, уголовно-наказуемое поведение. И такое требование будет подлежать удовлетворению.

По-видимому, именно для подобных ситуаций из общего правила о «двусторонней реституции» все же делается исключение в пользу принципа *soluti retentio*. Это исключение предусмотрено в п. 4 ст. 167 ГК (в редакции Проекта)³:

¹ В общем-то, такая отсылка, не привнося сама по себе ничего нового, лишь засоряет текст закона, ибо для реализации новеллы достаточно было бы только второго предложения ст. 169 в новой редакции. При избранной разработчиками Проекта юридической технике общие правила ст. 167 ГК становятся просто излишними.

² Так квалифицируется «скупка краденого» и авторами новой редакции ст. 169 ГК (см. абз. 3 п. 1.2.1 § 2 разд. V проекта Концепции).

³ Ранее его предлагалось предусмотреть непосредственно в ст. 169: «В текст ст. 169 ГК РФ также может быть включена оговорка о том, что суд вправе не применять общие последствия недействительности, если это не соответствует в конкретном случае основам правопорядка и нравственности» (абз. 1 п. 2.2.2 § 2 разд. V проекта Концепции). Сходное правило предлагалось установить и для сделок, квалифицируемых по ст. 179 ГК: «В ряде случаев (в частности, для сделок, совершенных под влиянием обмана и насилия) можно допустить отказ в применении реституции стороне, действующей недобросовестно, в пользу другой, потерпевшей стороны в сделке» (абз. 2 п. 2.6.6 § 2 разд. V проекта Концепции). Включение соответствующей оговорки в ст. 167 ГК делает ее

4. Суд вправе не применять последствия недействительности сделки (пункт 2 настоящей статьи), если их применение будет противоречить основам правопорядка и нравственности.

Против подобной новеллы могут быть высказаны два основных возражения. В первую очередь диспозитивная формулировка «суд вправе...» совершенно неоправданно наделяет юрисдикционный орган дискреционной властью решать, применять или нет реституцию, *даже в том случае, когда установлено, что такое применение будет противоречить основам правопорядка и нравственности*. Трудно, конечно, представить, когда отказ суда «воспользоваться» подобным «правом» мог бы соответствовать задачам правового регулирования в области недействительности сделок. Другой же, более общий, недостаток анализируемой новеллы состоит в том, что на усмотрение суда вообще оставляется решение вопроса о противоречии применения реституции основам правопорядка и нравственности. Подобное нововведение еще более расширит и без того широкую свободу судейского усмотрения при применении ст. 169 ГК, что не пойдет на пользу определенности права и стабильности гражданского оборота.

Во-вторых, для некоторых исключительных случаев Проект все же сохраняет конфискацию. «Такое последствие, как изъятие в доход государства всего полученного по сделке, – говорится в Концепции, – должно применяться как альтернативное последствие недействительности сделки лишь в ограниченном числе случаев, прежде всего, когда то или иное общественно неприемлемое имущественное деяние не получает адекватной санкции в уголовном или административном праве»¹ (Общие положения, п. 5.2.2).

Кроме того, первоначально, по мысли авторов реформы (насколько можно судить из материалов подготовительных работ), эти исключительные случаи также должны были определяться по усмотрению суда. Так, в проекте Концепции (п. 2.2.1 § 2 разд. V) предлагалось «внести коррективы в содержание ст. 169 ГК РФ, предусмотрев применение конфискационной санкции не в качестве обязательного последствия недействительности соответствующей сделки, а в качестве механизма, который *может применяться судом* в тех случаях, когда затруднено или невозможно использование иных публично-правовых средств защиты и наказания нарушителей общественного порядка и нравственности» (курсив мой. – Д.Т.).

В проекте изменений ГК, как мы видели, применение конфискации ограничено лишь случаями, прямо предусмотренными законом. В то же время Проект сохранил положение об усмотрении суда в применении этой меры в конкретных случаях, когда это допускается законом («В случаях, предусмотренных законом, суд *может* взыскать в доход Российской Федерации...»).

Изложенный подход не может быть принят независимо от тех или иных изменений формулировок. Основная опасность конфискационной санкции ст. 169 ГК и ее неуместность в частноправовой кодификации как раз в том и

общей и означает право суда по своему усмотрению отказывать в реституции при любом основании недействительности сделки.

¹ В проекте Концепции эти случаи определялись более широко, так как содержалось следующее дополнение: «...а также когда применение упомянутых санкций затруднено» (абз. 4 п. 1.2.2 § 2 разд. V).

состоят, что она позволяет правоприменителю по сути восполнять пробелы уголовного законодательства и законодательства об административных правонарушениях, наказывая лицо теми же конфискационными мерами, однако там, где его деяние не подпадает под предусмотренные законом составы преступлений или административных правонарушений (не случайно разработчики Проекта, как мы только что видели, прибегают при описании соответствующего деяния к такому изобретенному ими *ad hoc* неюридическому термину, как «*общественно неприемлемое имущественное деяние*»). Тем самым по существу перечеркиваются гарантии публичного права, согласно которым никто не может быть наказан за деяние, не предусмотренное законом в качестве преступления или административного правонарушения.

Разработчиками проекта изменений ГК были названы частные случаи, для которых, по их мнению, было бы целесообразно сохранение конфискационной санкции ст. 169 ГК: (а) «совершение сделки с вещью, изъятой из оборота (незаконная продажа оружия, реализация фальшивых денег или ценных бумаг, поддельных лекарств или алкогольной продукции, опасных для жизни и здоровья населения и т.п.)»; (б) «совершение сделки, предметом которой является деяние, обладающее признаками преступления или административного правонарушения» (абз. 7 п. 2.2.2 § 2 разд. V проекта Концепции).

Заметим, что в большинстве случаев, попадающих под первое основание, вещь и так подлежит изъятию государством, однако не в качестве санкции за правонарушение, а просто потому, что соответствующее имущество не может находиться у частного лица (фальшивые деньги или ценные бумаги, поддельные лекарства или алкогольная продукция, опасные для жизни и здоровья населения). В случаях же, попадающих под второе основание, когда речь идет о действиях, содержащих признаки преступлений или административных правонарушений, конфискационную санкцию должен устанавливать сам соответствующий закон – уголовный или об административной ответственности, и если он этого не делает, ГК не должен его восполнять.

Учитывая, что Проект, указывая на право суда применить конфискацию «в случаях, предусмотренных законом», говорит о законе *вообще*, т.е. о *любом* законе, а не только об Уголовном кодексе и Кодексе об административных правонарушениях, можно предположить, что помимо двух гипотезированных авторами Проекта оснований нередкими будут иные случаи, в которых обсуждаемая санкция при ее сохранении в ГК будет вводиться за пределами УК и КоАП и затем применяться по усмотрению суда.

При анализе «права» суда применить конфискацию необходимо, далее, учитывать положения п. 4 ст. 166 ГК (в редакции Проекта):

5. Суд вправе применить последствия недействительности ничтожной сделки по своей инициативе в случаях, когда это необходимо в целях защиты публичных интересов, и в иных случаях, предусмотренных законом.

Таким образом, конфискация в принципе может быть применена, как и реституция, по собственной инициативе суда, независимо от каких-либо требований сторон или третьих лиц.

Даже при положительном решении вопроса о целесообразности сохранения санкции ст. 169 ГК подобная компетенция суда в отсутствие иска заинтересованного в конфискации государственного органа, а также сама исполни-

мость подобного судебного решения выглядят весьма сомнительными¹. Думается, нет никаких оснований возлагать на суд совершенно не свойственные ему фискальные функции². Если соответствующие государственные органы бездействуют, обращаться за защитой публичных интересов должен прокурор, что является его прямой обязанностью.

Подводя итог сказанному, следует еще раз подчеркнуть, что потребность установления наказания конфискацией отдельных деяний, не предусмотренных в настоящее время УК или КоАП, должна удовлетворяться путем совершенствования этих последних кодексов, т.е. путем установления в них четких составов деяний, за которые данное наказание предусматривается. Без установления таких составов, но при сохранении конфискации в ст. 169 ГК, на Гражданский кодекс и на судью в гражданском процессе возлагаются совершенно не свойственные им функции, а для произвольного применения конфискации сохраняется широкий простор.

Таким образом, необходимо полностью исключить конфискационную санкцию ст. 169 из ГК (следовательно, исключить 2-й и 3-й абзацы указанной статьи), как это предложено в Проекте относительно аналогичной санкции ст. 179 ГК, скорректировав, если в этом есть необходимость, нормы УК РФ и КоАП РФ.

Помимо этой законодательной меры, которую необходимо осуществить *во всяком случае*, представляется также целесообразным вообще отказаться от неопределенных критериев, использованных для установления основания ничтожности сделки в ст. 169 ГК, исключив данную статью из ГК полностью. Можно с уверенностью сказать, что никаких неблагоприятных последствий для правопорядка это не вызовет (долгое время отечественная практика вполне обходилась без применения данной статьи), однако будет, несомненно, способствовать правовой определенности.

Следует заметить, что большинство сделок, которые могли бы быть подведены под основание недействительности, предусмотренное ст. 169 ГК, и примеры которых приводятся разработчиками Проекта (см. п. 1.2.1 § 2 разд. V проекта Концепции), в то же время противоречат закону, а значит, недействительны по ст. 168 ГК. Поэтому вряд ли от основания недействительности, предусмотренного ст. 169 ГК, есть сколько-нибудь существенная польза. Напротив, неопределенность, расплывчатость такого критерия ничтожности, как противоречие сделки основам правопорядка и нравственности, способна вызвать только отрицательные последствия для того же правопорядка.

¹ То же следует сказать и о предоставлении суду права по собственной инициативе применять двустороннюю реституцию, «в результате которой государству возвращается незаконно приватизированное имущество при уклонении уполномоченных государственных органов от предъявления соответствующего иска» (абз. 6 п. 1.10 § 1 разд. V проекта Концепции).

² По той же причине несостоятельно и предложение закрепить «право суда обращаться в компетентные органы с уведомлением об обнаруженных судом случаях незаконных сделок, в которых по итогам соответствующего расследования могут быть применены меры изъятия в доход государства какого-либо имущества у сторон сделки, если суд не применяет изъятие имущества в доход государства ввиду недоказанности умысла сторон и по иным соображениям» (абз. 2 п. 2.2.2 проекта Концепции).

Авторы Проекта, считая необходимым сохранение ст. 169 ГК, исходят из убеждения в полезности законоположения, объявляющего ничтожными сделки, совершенные с целью, противной основам правопорядка или нравственности, приводя обзор иностранных законодательств, содержащих аналогичное правило, а также зарубежной практики применения последнего (п. 1.2.1 § 2 разд. V проекта Концепции). Однако этот анализ имеет несколько односторонний характер, оставляя без внимания и оценки противоположную точку зрения, которая издавна высказывалась и продолжает высказываться как в зарубежной, так и в отечественной доктрине. Согласно этой точке зрения закрепление столь неопределенных критериев недействительности сделки, как ее противоречие общественному или публичному порядку, основам правопорядка, добрым нравам, благочинию, основам нравственности и т.п. («каучуковые параграфы»), является неоправданным и лишь открывает дорогу ничем не ограниченному судейскому произволу (см., напр., [35. С. 12 и сл.; 36. С. 216 и сл.; 37]). Свидетелем этого в последние годы стала, как уже отмечалось, российская юридическая общественность: чтобы сдержать наметившуюся практику удовлетворения арбитражными судами исков налоговых органов о признании ничтожными на основании ст. 169 ГК договоров, направленных, по мнению этих органов, на уклонение от уплаты налогов, потребовалось специальное разъяснение Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ.

Литература

1. Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2008. 23 июля.
2. Проект Концепции совершенствования Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 9 и сл.
3. http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=24
4. http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=100
5. Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 г. № 226-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества “Уфимский нефтеперерабатывающий завод” на нарушение конституционных прав и свобод статьей 169 Гражданского кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 11 статьи 7 Закона Российской Федерации “О налоговых органах Российской Федерации”» // СПС «КонсультантПлюс».
6. Тузов Д.О. Недопущение реституции и конфискация при недействительности сделок: Теоретический очерк. М.: Статут, 2008.
7. Винавер А. Неосновательное обогащение и ст. 147 Гражданского кодекса // Право и жизнь. 1924. № 1.
8. Генкин Д. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Учен. зап. ВИЮН. М.: Юриздат, 1947. Вып. 5.
9. Ташкер И.Г. Некоторые вопросы недействительности противозаконных сделок // Советское государство и право. 1958. № 8.
10. Райхер В.К. Об особом виде противозаконных сделок // Актуальные вопросы советского гражданского права. М., 1964.
11. Райхер В.К. Конфискационные последствия сделок, противных интересам социалистического государства и общества // Правоведение. 1965. № 1.
12. Шахматов В.П. Сделки, совершенные с целью, противной интересам государства и общества. Томск, 1966.
13. Виткявичус П.П. Изъятие имущества в доход государства по недействительной сделке как субъективное право советского государства // Вестник Московского университета. Сер. XII: Право. 1975. № 1.

14. *Васева Н.В.* Антисоциальные сделки по извлечению и реализации нетрудового дохода // Проблемы гарантии осуществления и защиты прав граждан: Материалы научно-практической конференции Тартуского университета. Тарту, 1977.

15. ВАС решит, насколько безнравственно не платить налоги // Учет. Налоги. Право: Еженедельная профессиональная газета. 2008. 1–7 апр. № 13. URL: <http://tlgsm.ru/news/news~299>

16. *Плешанова О.* «ПрайсвогтерхаусКуперс» оставили без суда: Апелляционная инстанция отказалась рассматривать его дело по существу // Коммерсантъ. 2008. 29 янв. № 12 (3829); <http://www.kommersant.ru/doc/846598>

17. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 10 апреля 2008 г. № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 5.

18. Сделки проверяют на нравственность (03.03.2008) // Business-News.Ru (Региональные бизнес-новости). URL: http://business-news.ru/novosti/makro_novosti/detail.htm?itemid=373138

19. *Селиванова М.* Налоги отделят от нравственности: ВАС уточнит, как применять статью 169 Гражданского кодекса (04.04.2008). URL: <http://www.rbcdaily.ru/2008/04/04/focus/333957>

20. *Сасов К.* Статья 169 Гражданского кодекса неконституционна? (27.06.2005) // Консультант. URL: <http://nashahause-rus.ru/cms/41/index.html>

21. *Пепеляев С.Г.* По-большевистски... // Налоговед [Пепеляев, Гольцблат и партнеры]. № 2, 7. URL: <http://nalogi-spor.ru/art/488>

22. *Пепеляев С.Г.* Налоги и право: Правоприменение по-большевистски (17.06.2007) // Ведомости. № 112 (1886). URL: http://www.prorazvitie.ru/show.php?action=show_stat&mykey=615

23. *Астахов С.* Наказание конфискацией: ВАС рассмотрит вопрос об «антисоциальных» сделках // Российская Бизнес-газета. 2008. 22 янв. № 637. URL: <http://www.rg.ru/2008/01/22/vas-sdelki.html>

24. *Rescigno P.* Manuale del diritto privato italiano. 7 ed. Napoli: Jovene, 1987.

25. *Alpa G.* Istituzioni di diritto privato. Torino: Utet, 1994.

26. *Gazzoni F.* Manuale di diritto privato. 7 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

27. *Medicus D.* Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung. 19., neubearb. Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002.

28. Роль В.И. Ленина в становлении и развитии советского законодательства. М.: Юрид. лит., 1969.

29. *Акчурина Г.* Нравственность как оружие (25.07.2007) // Корпоративный Юрист. URL: <http://www.clj.ru/news/30712.html>

30. *Трофимова Ж.* Взыскание с аморальным уклоном: В 2008 году казна может пополниться «безнравственными» доходами // Российская Бизнес-газета. 2008. 22 янв. № 637. URL: <http://www.rg.ru/2008/01/22/amoral.html>

31. *Занина А., Плешанова О.* Антисоциальные сделки не поддались определению: Президиум ВАС начал обсуждать 169-ю статью Гражданского кодекса // Коммерсантъ. 2008. 5 апр. № 57. URL: <http://www.kommersant.ru/doc/876707/print>

32. http://www.arbitr.ru/_upimg/3D5608C4061386395125E2DE141D2CFE_vas_zp_2008-04-04.pdf

33. *Суханов Е.А.* Антисоциальные сделки в науке и практике // ЭЖ-Юрист. 2005. № 8.

34. *Скловский К.И.* Актуальные проблемы применения статьи 169 ГК РФ в судебной практике // Закон. 2007. № 5.

35. *Покровский И.А.* Принудительный альтруизм // Вестник права. 1902. Кн. 2.

36. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1915.

37. *Тузов Д.О.* К вопросу о сделках, противных основам правопорядка и нравственности // Закон. 2008. № 6.