

ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ОБХОДУ ЗАКОНУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Боярський Є. Д.,

молодший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті піддається критиці чинне визначення обходу закону, закріплене в Законі України «Про міжнародне приватне право», з точки зору традиційної концепції обходу закону та надаються пропозиції щодо його удосконалення.

Ключові слова: обхід закону, колізійна норма, намір, вибір права, автономія волі.

Актуальність проблеми. Ринкові засади економіки України з набуттям незалежності у 1991 р. зумовили необхідність реформування галузі міжнародного приватного права (далі – МПрП), оскільки, з одного боку, встановлення свободи зовнішньоекономічної діяльності вимагало розширення сфери можливого застосування іноземного права, а з іншого – останнє вимагало розширення правового інструментарію для забезпечення відповідного контролю з боку держави в цілях захисту публічних та приватних інтересів. Тривалий процес кодифікації МПрП, розпочатий в Україні ще на початку 90-х рр. ХХ ст., завершився прийняттям 23 червня 2005 р. Закону України «Про міжнародне приватне право» (далі – Закон України «Про МПрП»), яким до вітчизняної правової системи було привнесено низку раніше не відомих інститутів права, зокрема інститут обходу закону. Однак через недостатню увагу, приділену з боку вітчизняного законодавця до розробки даного Закону, деякі його положення, в тому числі й ті, що стосуються обходу закону, характеризуються неточностями та/або помилками, що створюють загрозу для належного функціонування всієї системи вітчизняного МПрП.

Метою даної статті є встановлення сутності та основних ознак обходу закону, аналіз визначення обходу закону, закріпленого в Законі України «Про МПрП», та розробка пропозицій щодо його вдосконалення.

Аналіз наукових джерел і публікацій. Теоретичним підґрунтям для розробки теми дослідження стали праці таких науковців: В. В. Балдинюка, В. І. Кисіля, Є. О. Крутій, В. В. Кудашкіна, Л. А. Лунца, Л. Раапе, Є. Д. Суворова та інших.

Зміст традиційної концепції обходу закону в МПрП. Як відомо, об'єктивною передумовою для виникнення колізії правопорядків у МПрП є утворення такого складу приватноправових відносин, в якому хоча б один з елементів (суб'єкт, об'єкт та/або юридичний факт) матиме правовий зв'язок з іноземною державою. За наявності такого складу виникає проблема вибору найбільш компетентного права для врегулювання відповідних правовідносин, що, за відсутності чинних міжнародних договорів відповідного змісту, вимагає застосування колізійного права. При цьому існують випадки, коли іноземний елемент (реальний або штучний) навмисно привноситься до/виключається зі складу приватноправових відносин з єдиною метою їх підпорядкування такому правопорядку, який забезпечує найбільш вигідне стороні/сторонам матеріально-правове регулювання. Такі дії традиційно відомі у сфері МПрП під назвою «обхід закону».

Виникнення обходу закону в МПрП зумовлено неможливістю заборонити учасникам міжнародних приватноправових відносин (далі – «МПрП-відносин») здійснювати дії, що можуть вплинути на прив'язку правовідносин до певного правопорядку. Інакше, міжнародне спілкування, для забезпечення якого функціонує колізійне право, було б взагалі неможливо, а, наприклад, змінити громадянство можна було б не інакше, як шляхом правонаступництва держав.

Більшість позицій дослідників інституту обходу закону в МПрП збігаються у тому, що його склад утворюється такими елементами:

1) об'єктивний – свідоме привнесення до складу правовідносин іноземного елемента, що має наслідком зміну їх підпорядкування;

2) суб'єктивний – зазначена зміна правопорядків здійснена навмисно та штучно.

Першим елементом є факт вилучення приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, із сфери дії правопорядку, якому вони підпорядковуються за звичайних умов, і передання їх під дію іншого правопорядку внаслідок свідомої дії учасників/учасника цих правовідносин. Такі дії є можливими у сфері суспільних відносин, які регулюються двосторонніми колізійними нормами із жорсткими прив'язками, даючи учасникам МПрП-відносин можливість маніпулювати ними при використанні власних свобод. Серед таких прив'язок, зазвичай, виділяють особистий закон фізичної/юридичної особи, закон держави місця вчинення акта, закон держави місця укладення правочину, закон держави місцезнаходження рухомого майна. При цьому факт вилучення має бути саме реальним, оскільки інститут обходу закону не поширює дію на випадки, коли прив'язка до певного правопорядку створюється учасниками МПрП-відносин фіктивно, наприклад, при зазначенні

у тексті правочину іноземної держави як місця його вчинення, коли насправді іноземний елемент у складі відповідних відносин відсутній.

Другим і вирішальним елементом для встановлення обходу закону в МПрП є намір учасника МПрП-відносин уникнути застосування об'єктивно компетентного правопорядку. Як констатує Є. Д. Суворов, *«обійти закон без мотиву неможливо. Інакше це буде не обхід закону, а випадок. Обхід закону завжди є цілеспрямованою дією»* [9, с. 162]. Таким чином, обхід закону в МПрП має протиправний характер не через факт створення/зміни колізійної прив'язки правовідносин до певного правопорядку, а саме через намір, що лежить в основі такої прив'язки. В. В. Балдинюк з цього приводу сформулював положення про те, що теорія обходу закону показує, що *«значення акту є невід'ємним від його мети в момент, коли такий акт вчинюється. Законна мета не узаконює незаконний акт: мета не виправдовує засоби, але незаконна мета робить недійсним, власне, законний акт»* [3, с. 132].

Практика законодавчого регулювання питання обходу закону в МПрП. Застереження про неприпустимість обходу закону в МПрП на законодавчому рівні почали закріплюватися ще у кінці ХІХ ст. Перші відповідні норми з'явилися у законодавствах Іспанії, Швейцарії, держав Латинської Америки.

Як узагальнював ще Л. А. Лунц, значна більшість законодавств не регулює питання про наслідки обходу закону в МПрП [7, с. 234]. Більше того, В. І. Кисіль, досліджуючи процес кодифікації МПрП, констатував, що у досвіді іноземних кодифікацій та міжнародної уніфікації МПрП простежується тенденція відмови від концепції обходу закону. Зокрема, положення про обхід закону відсутнє у найновіших кодифікаціях МПрП Австрії, ФРН та Швейцарії [4, с. 208–209]. Однак такий висновок є дещо перебільшеним, оскільки, починаючи з 1989 р. по 2012 р., положення про обхід закону в МПрП було закріплено у відповідних законах Буркіна-Фасо, Румунії, Ліхтенштейну, Тунісу, Бельгії та Чехії. Окремо до цього переліку слід також додати шість пострадянських держав – Азербайджан, Казахстан, Киргизька Республіка, Республіка Білорусь, Узбекистан та Україна. Російська дослідниця Є. О. Крутій навіть зробила припущення про зростання популярності такого законодавчого способу вирішення даної проблеми [5, с. 185].

Проблема визначення обходу закону в законодавстві України. У п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про МПрП» визначено, що під обходом закону слід розуміти *«застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством»* [1]. Аналіз даного визначення дає змогу дійти таких висновків.

По-перше, з теорії права відомо, що застосування норм права є діяльністю компетентних органів держави з реалізації норм права щодо конкретних життєвих обставин через винесення індивідуально-конкретних правових приписів. Оскільки суб'єктом застосування колізійно-правових норм є, в першу чергу, суд, то з вищенаведеного визначення випливає, що саме суд виявляється суб'єктом обходу закону в МПрП, а не учасники МПрП-відносин.

По-друге, дане визначення вступає в протиріччя із закріпленням у ст. 5 Закону України «Про МПрП» принципом автономії волі, згідно з яким у випадках, передбачених законом, учасники МПрП-відносин можуть самостійно здійснювати вибір права до таких правовідносин, відходячи, по суті, від встановлених законодавцем колізійно-правових приписів [1].

По-третє, дане визначення не містить ключових ознак, характерних для інституту обходу закону в МПрП.

Не дивно, що і у судовій практиці України інститут обходу закону в МПрП одержав досить своєрідну інтерпретацію шляхом поширення його дії на випадки здійснення учасниками МПрП-відносин вибору права, коли такий вибір за законодавством України є неприпустимим. Для ілюстрації можна навести п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. № 13, де встановлено, що угода про підпорядкування іноземному праву відносин між акціонерами – іноземними фізичними та/або юридичними особами – а також між акціонерами та українським акціонерним товариством щодо діяльності товариства, є нікчемною на підставі ст. 10 Закону України «Про МПрП» (стосовно наслідків обходу закону) [2]. Даний висновок ґрунтується на тому, що *«діяльність АТ, зареєстрованого в Україні як юридична особа, відносини між товариством та акціонерами, між акціонерами АТ щодо його діяльності, а також корпоративного управління регулюються виключно законами та іншими нормативно-правовими актами України»* [2]. Іншими словами, принцип автономії волі підлягає поширенню на дані правовідносини.

Однак, на нашу думку, застосування інституту обходу закону в даному випадку є невинуватим, оскільки обмеження принципу автономії волі/свободи учасників МПрП-відносин самостійно здійснювати вибір права до правовідносин між ними реалізується, насамперед, за допомогою імперативного правового регулювання – колізійного та матеріального, від яких сторони не мають права відступати. Відповідно, суду достатньо лише пересвідчитися, що сфера застосування угоди про вибір права не поширюється на правовідносини, стосовно яких вибір права є неприпустимим (інакше суду достатньо просто не враховувати зміст такої угоди). В будь-якому випадку на сьогодні в правовій системі жодної держави світу інститут обходу закону не використовується як санкція за відступ учасників МПрП-відносин від встановлених законодавцем меж для реалізації принципу автономії волі.

З цього приводу варто процитувати узагальнення, зроблене німецьким вченим Л. Раапе: «сутність справжнього обходу закону полягає в тому, що закон зовнішньо, формально дотримується, а порушується лише внутрішньо, по суті [...]. При справжньому обході закону дотримуються літери закону, але нехтують його духом, при несправжньому обході не дотримуються також і літери закону. Справжній обхід закону завуальовано, несправжній обхід закону є очевидним» [8, с. 138]. Тобто основою обходу закону виявляються виключно правомірні дії.

При цьому слід відмітити, що, на думку багатьох науковців з різних держав, інститут обходу закону в МПРП охоплює випадки зловживання принципом автономії волі, коли учасники МПРП-відносин укладають угоду про вибір права з метою уникнути застосування до їх правовідносин матеріальних норм права певного правопорядку. Однак на прикладі Закону України «Про МПРП» нескладно довести, що такий підхід є хибним (принаймні в МПРП України).

Стаття 33 та 47 Закону України «Про МПРП» визначають, що сфера дії права, що підлягає застосуванню до правочину та/або договору, охоплює, серед іншого, питання дійсності правочину та/або договору [1]. При цьому на підставі ст. 32 та 44 Закону України «Про МПРП» учасники МПРП-відносин мають право самостійно визначати право, застосовне до змісту їх правочину та/або договору. Враховуючи те, що норми права щодо дійсності правочинів/договорів мають імперативний характер, Закон України «Про МПРП», по суті, прямо дає можливість уникнути їх застосування. Адже вирішуючи питання про те, яке право погодити для застосування до змісту правочину/договору, зокрема для регулювання відносин його дійсності, учасники МПРП-відносин в будь-якому випадку змушені обирати з-поміж правопорядків, норми яких встановлюють недійсність відповідного правочину/договору, та правопорядками, норми яких визнають такі правочини/договори дійсними. Звідси поширення сфери дії обходу закону в МПРП України на випадки цілком правомірного вибору права є неможливим.

Аналогічної думки дотримується російський вчений В. В. Кудашкін, який зазначає, що питання про обхід закону не виникає у сфері диспозитивного колізійного регулювання, насамперед, у тих сферах МПРП, в яких діє автономія волі сторін [6, 72–73].

Варто відмітити, що автор даної статті не є першим, хто піддає критиці визначення обходу закону, закріплене в п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про МПРП». Так, вітчизняний дослідник інституту обходу закону в МПРП В. В. Балдинюк також пропонує змінити формулювання даного визначення і викласти його в такій редакції: «*обхід закону – це дії осіб (особи) по порушенню правил цього Закону з умислом або без нього, по умисному створенню фактичних обставин (обсягу колізійної норми) через прихований намір, волю (удавані дії), по помилковій кваліфікації*» [3, с. 170]. Однак запропоноване визначення є абсолютно неприпустимим з огляду на таке.

У даному визначенні В. В. Балдинюк намагається охопити одразу всі відомі йому концепції обходу закону в МПРП, які існують як у вітчизняній, так і в іноземній правовій науці, незважаючи на те, що вони суперечать одна одній. В результаті склад обходу закону взагалі стає неможливо чітко встановити, оскільки обхід закону можуть становити як реальні дії учасників МПРП-відносин, так і удавані, такі дії можуть бути вчинені як з умислом, так і без умислу. Більше того, оскільки кваліфікація в МПРП може здійснюватися лише судом та/або іншим органом правозастосування, дивною виглядає вказівка на помилкову кваліфікацію в запропонованому визначенні. Як наслідок, даний правовий засіб потенційно може використовуватися органами правозастосування для уникнення застосування іноземного права та/або учасниками судових процесів для затягування розгляду відповідних справ.

Пропозиції щодо вдосконалення законодавства. З огляду на вищенаведене пропонуємо викласти п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про МПРП» таким чином: «*обхід закону – це дії учасників приватноправових відносин щодо створення та/або припинення одного або кількох іноземних елементів з метою застосування до таких приватноправових відносин права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством*». Вважаємо, що дане визначення більшою мірою відображає сутність даного правового засобу і сприятиме його належному впровадженню у правозастосовну діяльність компетентних органів влади України, насамперед судових.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – С. 1278.
2. Постанова «Про практику розгляду судами корпоративних спорів, Верховний Суд України» від 24.10.2008 р. № 13 [Текст] // Вісник Верховного господарського судочинства. – 2009. – № 2. – С. 7.
3. Балдинюк В. В. Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві [Текст]: дис... канд. наук: 12.00.03. – 2008. – 194 с.
4. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: питання кодифікації [Текст]. – К.: Україна, 2000. – 430 с.

5. Крутий Е. А. Современные кодификации международного частного права [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – М., 2012. – 236 с.
6. Кудашкин В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в МЧП [Текст] // Законодательство. – 2004. – № 3. – С. 65–73.
7. Лунц Л. А. Курс международного частного права [Текст]: в 3-х т. – М.: Спарк, 2002. – 1007 с.
8. Raane Л. Международное частное право / Под ред. и с пред. Л. А. Лунца [Текст] / Сокр. пер. с 4 нем. издания А. М. Гурвича. – М.: Изд-во Иностранной Литературы, 1960. – 607 с.
9. Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона [Текст] / Суворов Е. Д. – М.: Издат. дом В. Ема, 2008. – 188 с.

The article provides for criticism of current definition of evasion of law, embodied in the Law of Ukraine «On Private International Law», from the standpoint of traditional concept of evasion of law and outlines suggestions for its improvement.

В статье отражена критика действующего определения обхода закона, закрепленного в Законе Украины «О международном частном праве», с точки зрения традиционной концепции обхода закона и изложено предложения по его усовершенствованию.

МІСЦЕ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Ватрас В. А.,

кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Стаття присвячена дослідженню місця міжнародного договору України в системі джерел сімейного права. Автор аналізує правове регулювання застосування міжнародного договору при регулюванні сімейних відносин, з'ясовує його поняття, сутність та юридичну природу. Важливе місце відводиться класифікації міжнародних договорів та їх ролі у регулюванні сімейних відносин з урахуванням принципу пріоритету міжнародного договору над іншими актами сімейного законодавства.

Ключові слова: міжнародний договір України, сімейні відносини, джерела права, конвенція, двосторонній договір про правову допомогу.

У системі джерел сімейного права важливе місце займають міжнародні договори України, які є не лише частиною національного законодавства, а й мають перевагу у застосуванні порівняно з правилами, встановленими в інших актах сімейного законодавства. Незважаючи на досить детальну увагу до міжнародного договору як регулятора суспільних відносин з боку теорії права та вчених-міжнародників (Я. Броунлі, О. В. Буткевич, В. І. Кузнецов, І. І. Лукашук, Ф. Ф. Мартенс, О. О. Мережко, Л. Оппенгейм, А. М. Талаласєв, Г. І. Тункін та ін.), у сімейному праві це питання залишається малодослідженим. У зв'язку з вищенаведеним спробуємо дослідити питання місця міжнародного договору в системі джерел сімейного права, з'ясувати його особливості та дослідити стан участі України у міжнародно-правовому регулюванні сімейних відносин, що й визначено нами за мету в даному науковому проекті.

Правове закріплення міжнародного договору України як частини національного законодавства відбулося ще під час попередньої кодифікації законодавства про шлюб та сім'ю. Так, у ч. 2 ст. 203 КпШС УРСР 1969 року було вказано, що якщо міжнародним договором України встановлені інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство про шлюб та сім'ю України, то застосовуються правила відповідного міжнародного договору [9]. Із прийняттям Конституції України у 1996 році закріплено правило, за яким Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України, що стало приводом для запровадження заборони у застосуванні міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, в тому числі і в сфері сімейних відносин [10]. Це також впливає з п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 року № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя», згідно з яким, виходячи з положення ст. 9 Конституції України про те, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, суд не може застосувати закон, який регулює правовідносини, що розглядаються, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України [20]. Таким чином, принцип пріоритету міжнародного договору над національним законодавством було обмежено положенням щодо відповідності його