

К дискуссии об обходе закона в современном международном частном праве

Елена Леанович

В статье показаны ключевые факторы процесса совершенствования национального законодательства, изложены представления автора о значении механизма «обход закона» для современного международного частного права. В дискуссии по этой проблеме автор присоединяется к сторонникам сохранения механизма обхода закона и излагает свою формулировку статьи об обходе закона в нормативном правовом акте о международном частном праве. Автор настаивает на том, что это должен быть кодекс о международном частном праве. Попутно в статье затрагиваются вопросы сравнения обхода закона с наиболее близкими механизмами международного частного права, оговоркой о публичном порядке и императивными нормами. Кроме того, автор высказывает свои соображения о принципах международного частного права, критерии наиболее тесной связи и автономии воли. В статье показано их воздействие на механизм обхода закона.

Обход закона (*fraus legi, agere in fraudem legis, fraude a la loi, evasion of law, Gesetzesumgehung, fraude de ley, frode alla legge*) — это многоаспектное, многозначное и сложное правовое понятие, зародившееся в праве Древнего Рима. Оно известно всем национально-правовым системам и наиболее широко регламентировано в нормах гражданского права. В международном частном праве механизм «обход закона» имеет свои особенности. Под ним понимают специальные правила, корректирующие применение коллизионной отсылки. В Гражданском кодексе Республики Беларусь эти правила закреплены в статье 1097, в которой сказано: «Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых гражданским законодательством, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право соответствующего государства, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом» [1].

Обход закона можно сопоставить с оговоркой о публичном порядке (ст. 1099 Гражданского кодекса Республики Беларусь) и с императивными нормами (ст. 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь). Эти три механизма могут ограничить применение иностранного права, к которому отсылала коллизионная норма или соглашение сторон (автономия воли).

В доктрине международного частного права отношение к обходу закона неоднозначно. Ряд авторов высказывается за состоятельность концепции «обход закона в международном частном праве» и необходимости наличия в законодательстве соответствующих положений. Ярким представителем такого подхода является В. В. Кудашкин [5]. Другие авторы высказываются против механизма обхода закона. Наиболее жесткую позицию занимает А. И. Муранов, написавший несколько работ и защитивший диссертацию по этому вопросу [7; 8; 9]. В белорусской доктрине его воззрения разделяет А. Ю. Корочкин [3; 4].

В последнее время стала превалировать точка зрения о том, что обход закона является рудиментом и от него необходимо отказаться. В обоснова-

ние данного утверждения приводятся примеры нормативных правовых актов, в которых нет положений об обходе закона, в частности ссылки делаются на третью часть Гражданского кодекса Российской Федерации [2]. Рассуждая о бесполезности обхода закона, некоторые авторы говорят о том, что его можно с успехом заменить оговоркой о публичном порядке или императивными нормами. Цель настоящей статьи — показать отличительные особенности обхода закона, которые не позволяют подменять его другими механизмами международного частного права и делать вывод о его бесполезности и устаревании.

Корни правовой конструкции «обход закона» лежат в понятии «злоупотребление правом». Такой генезис прослеживается в иностранной доктрине [12], но в отечественной доктрине на нем редко заостряется внимание. Специфика предмета правового регулирования в обходе закона состоит в том, что рассматриваемое правоотношение носит легитимный характер. Лицо имеет право на совершение определенных действий, но если они намеренно причиняют вред другим лицам и несовместимы с общими понятиями морали, справедливости и разумности, то они недопустимы. В Гражданском кодексе Республики Беларусь концепция недопущения злоупотребления правом закреплена в статье 9, согласно которой не допускаются действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также пресекается злоупотребление правом в иных формах. Эти действия (злоупотребление) оцениваются через призму их добросовестности и разумности. Наиболее распространенной областью применения конструкции «злоупотребление правом» является ограничение конкуренции, что нашло отражение в формулировке второго абзаца пункта 1 статьи 9 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Однако это только частный случай, и рассматриваемая конструкция применяется ко всему спектру гражданских правоотношений. В целях недопущения злоупотребления правом суд может отказать лицу в защите его права. Соответствующая свобода усмотрения органа, рассматривающего дело (суда, хозяйственного суда или третейского суда), предусмотрена в пункте 2 статьи 9 Гражданского кодекса Республики Беларусь.

международное публичное, международное частное и европейское право

В международном частном праве развитие конструкции недопущения злоупотребления правом нашло свое особое развитие. Поскольку предмет международного частного права обладает специфическими признаками и свойствами, принципы гражданского права не просто переносятся в него, они уточняются и в известной степени трансформируются. Для сравнения приведем принцип автономии воли сторон договора (ст. 1124 Гражданского кодекса Республики Беларусь), в основе которого лежит принцип свободы договора (п. 2 и 3 ст. 391 Гражданского кодекса Республики Беларусь). Стороны договора вольны в определении его условий. Они даже могут заключить договор, который специально не упомянут в гражданском законодательстве. Поэтому вполне логично, что свобода сторон договора, который характеризуется иностранным элементом, расширена до возможности самостоятельно определить право того или иного государства для регулирования данного договора. В нормах международного частного права об автономии воли уточняется свобода сторон договора касательно времени, способа, условий и границ выбора применимого права. В частности, белорусское коллизионное право закрепляет презумпцию автономии воли, возможность ее совершения как в момент заключения договора, так и после этого, запрет на выбор применимого права для некоторых видов договоров. При отсутствии такой подробной регламентации автономии воли в нормах седьмого раздела Гражданского кодекса Республики Беларусь было бы непонятно, каким именно образом применять принцип свободы договора в международном частном праве.

В развитии международного частного права прослеживается следующая схема:

- доктринальный анализ общих принципов и норм права в контексте отношений, осложненных иностранным элементом,
- формулировка специальных правил международного частного права,
- применение этих специальных правил в судебной практике,
- закрепление их в нормативных правовых актах.

По такому пути развития прошли практически все правила, которые содержатся в седьмом разделе Гражданского кодекса Республики Беларусь. Причем сформулированы они благодаря мировому опыту со времен глоссаторов. Уже один только временной фактор заставляет задуматься о целесообразности отказа от обхода закона. Двадцать лет формирования права Республики Беларусь и практики его применения не дают оснований для того, чтобы сделать вывод о том, что механизм обхода закона прошел достаточную апробацию в белорусской правовой системе.

Основные отличительные признаки обхода закона указаны в статье 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Они состоят в том, что действия, его составляющие:

- умышленны,
- легитимны,

— ведут к применению права иного, чем указано в коллизионных нормах, регулирующих соответствующее правоотношение.

Однако этих признаков недостаточно для того, чтобы четко разграничить обход закона и другие механизмы международного частного права, в частности при сопоставлении его с оговоркой о публичном порядке и императивными нормами. Представляется, что именно по этой причине нормы об обходе закона подвергаются критике. Ведь если применить статью 1097 к автономии воли, то статья 1124 Гражданского кодекса Республики Беларусь вообще не имеет смысла, а применимое право к договору должно определяться только по правилам статьи 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Для устранения такого противоречия целесообразно толковать и применять статью 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь с учетом ст. 9 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Причем соответствующее указание есть в пункте 1 статьи 1093 Гражданского кодекса Республики Беларусь, где сказано: «Право, подлежащее применению... определяется на основании *настоящего Кодекса*...». Текст статьи 1093 Гражданского кодекса Республики Беларусь четко разделяет термины «*настоящий Кодекс*» (т. е. весь Гражданский кодекс Республики Беларусь) и «*настоящий раздел*» (т. е. раздел седьмой «Международное частное право» Гражданского кодекса Республики Беларусь). В качестве неотъемлемого признака обхода закона необходимо считать его негативные последствия, хотя об этом не сказано в статье 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь. Они могут выразиться в противоречии интересам государства или частных лиц.

Чтобы провести разграничение обхода закона, оговорки о публичном порядке и императивных норм, выделим последствия применения этих механизмов. Согласно статье 1099 Гражданского кодекса Республики Беларусь суд отказывается применять нормы иностранного права, по статье 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь суд применяет некие особые нормы. На основании этих статей суд определяется с применимым правом и в принципе не принимает коллизионную отсылку. Нет необходимости выяснять обстоятельства (в частности наличие умысла сторон), которые привели к применению (оговорка о публичном порядке) или к неприменению (императивные нормы) определенного права. Иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречит публичному порядку. Право страны суда или иностранное право применяются независимо от коллизионной отсылки. Процесс и последствия применения статьи 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь сконцентрированы вокруг совершенно иной проблемы — соглашения и иные действия сторон отношений с иностранным элементом признаются недействительными. Независимо от того, в рамках какой юрисдикции совершены эти соглашения и действия, рассматриваемые как обход закона, в стране суда или в иностранном государстве, и не-

зависимо от того, какое право регулирует эти действия, они являются недействительными. Применение же судом права государства, которое стороны старались избежать, является уже второстепенным вопросом.

Специфика статьи 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь состоит в том, что в ней тесно переплетены коллизионный и материальный методы правового регулирования. Нет необходимости выяснять, искусственность коллизионной привязки или неприятие материальных норм, к которым она отсылает, главенствуют в механизме «обход закона». Эти обстоятельства неразделимы и для квалификации ситуации в качестве обхода закона в международном частном праве они оба должны присутствовать. В отличие от статьи 1099 и статьи 1100 статья 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь не ограничивается решением вопроса о применимом праве. Поскольку последствия применения механизма «обход закона» в международном частном праве» очень серьезные, она должна применяться в исключительных случаях. Причем, на наш взгляд, область ее применения должны составлять преимущественно некоммерческие отношения. Применение положений об обходе закона может быть оправдано необходимостью защиты интересов слабой стороны в договоре, потребителя, пострадавшего, работника. Особый интерес в применении правил об обходе закона связан с брачно-семейными отношениями с иностранным элементом. Именно применение правил об обходе закона может содействовать эффективной защите интересов детей, лиц, которым причитаются алименты или находящихся на иждивении. Сложно рассуждать о наличии тенденции отказа от обхода закона в современном международном частном праве. Нет ни одного нормативного правового акта, где были бы закреплены соответствующие положения. Для сравнения обратимся к истории развития механизма обратной отсылки. Гражданский кодекс Республики Беларусь, Регламент Европейского союза (далее — ЕС) 593/2008 от 17 июня 2008 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам» (известен как «*Rome I*», «Рим 1»), Регламент ЕС 864/2007 от 11 июля 2008 г. «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» (известен как «*Rome II*», «Рим 2»), совершенно четко оговаривают отношение к проблеме отсылок и закрепляют общее правило о том, что иностранное право понимается как совокупность материальных норм, а не коллизионных (Источники права ЕС содержатся в свободном доступе и размещены в электронной базе, размещенной по адресу в Интернете: <http://eur-lex.europa.eu/>, источники на английском языке — <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>). Такой определенности в отношении обхода закона в источниках международного частного права нет. Кроме того, необходимо принимать во внимание историю принятия, природу и объект регулирования конкретного нормативного правового акта. Отсутствие такого акта в Гражданском кодексе Российской Федерации до сих пор вызывает де-

баты, Рим 1 и Рим 2 закрепили то взаимопонимание, которое страны-члены смогли достичь на момент их принятия, а источники, посвященные регулированию договорных коммерческих отношений, в частности Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г., вполне обоснованно могут исключать обход закона.

При осуществлении предпринимательской и профессиональной деятельности оснований для применения правил об обходе закона меньше, поскольку в отличие от некоммерческих отношений они требуют большей осторожности и осмотрительности для сторон. В коммерческих отношениях обход закона могут составить действия по ограничению конкуренции, нарушению принципа добросовестности. В этом случае принимается во внимание не только право страны суда, но и международное коммерческое право, например пункт 1.7 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА [10].

Налоговое планирование и учреждение оффшорной компании, выбор договорного права, предоставляющего сторонам более гибкий вариант регулирования договора — это наработанные практикой международного предпринимательства приемы использования преимуществ, которые обусловлены естественными причинами. Нет двух одинаковых стран, не может быть двух совершенно одинаковых национально-правовых систем. Коллизия законов — ситуация естественная и неизбежная. Отношения, в которых есть иностранный элемент, могут быть более или менее связаны с тем или иным иностранным государством, поэтому суд не должен предъявлять к ним такие же требования, как к отношениям сугубо внутренним, т. е. без иностранного элемента. Следовательно, уважая право сторон конструировать и развивать свои отношения международного характера, он не должен в них необоснованно вмешиваться. Негативные последствия использования различий в национально-правовых системах должны быть четко установлены.

Допустим, стороны договорились избрать применимым к договору право государства, которое ни по национальности сторон, ни по критерию места заключения и исполнения договора никак не связано с имеющимся правоотношением. Если стороны руководствовались стремлением получить какую-то выгоду, то суд не может только на этом основании применить статью об обходе закона. Необходимо, чтобы последствия применения оговорки о применимом праве причиняли ущерб одной из сторон, третьим лицам или имели другие четко обозначенные негативные последствия.

Критики концепции «обход закона в международном частном праве» отмечают чрезвычайную опасность судейского усмотрения, которую представляют соответствующие нормы. Так, А. И. Муранов, рассуждая об обходе закона, заявляет о том, что он является пережитком «незрелой» правовой системы, когда государство демонстрирует обществу свое недоверие и создает основания для судей-

ского произвола. По мнению этого, ученого закрепление в нормах понятия «обход закона» является стратегической ошибкой [см.: 6].

Однако практически такие же претензии можно предъявить нормам об оговорке о публичном порядке и об императивных нормах. Они довольно абстрактны в используемых понятиях и предоставляют суду определенный простор для усмотрения. Избежать этого практически невозможно. Чрезвычайно сложно сформулировать предельно точно, какие именно нормы составляют публичный порядок и какие понимаются под императивными для целей международного частного права. Но убрать соответствующие нормы, в частности статьи 1099 и 1100, из Гражданского кодекса Республики Беларусь никто не предлагает. По нашему глубокому убеждению, именно наличие в седьмом разделе Гражданского кодекса Республики Беларусь статьи об обходе закона может ограничить произвол суда в разрешении спора с иностранным элементом, поскольку поставит его в четкие заранее оговоренные законом условия вынесения обоснованного решения. Нельзя признать действующее законодательство о международном частном праве Республики Беларусь совершенным. Действующая редакция статьи 1097 оставляет очень много вопросов.

Выделив курсивом текст предлагаемых нами нововведений статьи 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь, сформулируем его следующим образом: *«В исключительных случаях суд может признать недействительными соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых гражданским законодательством, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву, когда такие соглашения или действия противоречат интересам государства, общества, личности согласно принципам права страны суда или международно-го права, включая общепризнанные правила международного коммерческого оборота. В этом случае применяется право соответствующего государства, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом».*

К сожалению, при анализе норм права нередко совершается грубая ошибка, заключающаяся в том, что норма исследуется не в контексте нормативного правового акта, а сама по себе. В качестве основных условий правильного толкования и применения предложенной нами формулировки ст. 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь обозначим следующее.

1. При раскрытии понятий этой статьи необходимо обращаться к действующим нормам права, как к нормам Гражданского кодекса Республики Беларусь (в первую к ст. 2, 9, 1093), так и к нормам, закрепленным в других источниках международного частного права (Конституция Республики Беларусь, международные договоры с ее участием и др.).

Наибольшую проблему в применении рассматриваемой статьи вызывает субъективно-оценочный подход, заложенный в формулировке

«соглашения или действия противоречат интересам государства, общества, личности». Однако она вполне разрешима, если учесть, что основанием для применения механизма «обход закона» должна быть ссылка на источники правового регулирования, в которых содержатся принципы, которым не соответствуют рассматриваемые судом соглашения и действия. В соответствии со статьей 2 Гражданского кодекса Республики Беларусь это может быть принцип приоритета общественных интересов, согласно Принципам УНИДРУА — принцип добросовестности.

Нормативный правовой акт о международном частном праве должен быть в гораздо большей степени определенным, чем седьмой раздел Гражданского кодекса Республики Беларусь, в отношении таких источников международного частного права, как обычаи и обыкновения (п. 1 ст. 1093, п. 6 ст. 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь). Причем, по нашему мнению, только Кодекс о международном частном праве является лучшим вариантом для определения значения и роли международных обычаев и правил международного коммерческого оборота в регулировании гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом.

2. В каком бы нормативном правовом акте не содержалась статья об обходе закона, он должна предваряться положениями о принципах международного частного права. Раздел гражданского кодекса, закон или кодекс международного частного права обязательно должны начинаться с описания его принципов. Несмотря на то, что в доктрине этот вопрос обсуждается уже довольно давно, нет единообразия в описании системы принципов международного частного права [11, с. 24]. Назовем наиболее важные с нашей точки зрения:

— приоритет критерия наиболее тесной связи как при определении применимого права, так и в процессе применения механизмов, корректирующих коллизионную отсылку,

— приоритет автономии воли сторон, в договорных, коммерческих отношениях, а также в других специально предусмотренных случаях.

Первый из указанных принципов должен обеспечить выяснение судом степени интенсивности привязки правоотношения к определенному государству. Если все или большая часть обстоятельств дела, рассматриваемых в совокупности, указывают на иностранное государство, а не на страну суда, то суд не должен прибегать к механизму «обход закона».

Принцип приоритетного значения выбора сторонами применимого права означает, что суд не должен вмешиваться в их отношения. Он может сделать это только в исключительных случаях. Решение суда о признании соглашений и других действий по механизму «обход закона» должно быть достаточно обоснованным. В предлагаемой нами формулировке статьи об обходе закона, в отличие от статьи 1097 Гражданского кодекса Республики Беларусь, вопрос о недействительности открыт. Суд может принять такое решение, но только в крайнем случае.

ЛИТЕРАТУРА

1. Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 окт. 1998 г.; одобрен Советом Респ. 19 нояб. 1998 г.: текст Кодекса по состоянию на 3 июля 2011 г. [Электронный ресурс] / ИПС «Эталон 6.1». — Минск: НЦПІ, 2011.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». — М., 2011.
3. Корочкин, А. Ю. О перспективах применения статьи 1097 Гражданского кодекса в судебной практике / А. Ю. Корочкин // Международные отношения: история, теория, практика: материалы I науч.-практ. конф. молодых ученых фак. междунар. отношений БГУ, Минск, 4 февр. 2010 г. / редкол.: В.Г. Шадурский [и др.]. — Минск: Изд. центр БГУ, 2010. — С. 83—86.
4. Корочкин, А. Ю. Обход закона в коллизионном праве Республики Беларусь / А. Ю. Корочкин // Промышленно-торговое право. — 2009. — № 5. — С. 89—96.
5. Кудашкин, В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве / В. В. Кудашкин // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». — М., 2011.
6. Муранов, А. И. Инструмент недоверия / А. И. Муранов [Электронный ресурс] // Российская газета. — Режим доступа: <<http://www.rg.ru/2011/04/12/muranov.html>>. — Дата доступа: 1.07.2011.
7. Муранов, А. И. К вопросу об «обходе закона» / А. И. Муранов // Моск. журн. междунар. права. — 1997. — № 3. — С. 42—76.
8. Муранов, А. И. К вопросу об «обходе закона» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / А. И. Муранов // Юрист. — 1997. — № 5. — С. 2—8.
9. Муранов, А. И. Проблема «обхода закона» в международном частном праве / А. И. Муранов [Электронный ресурс] // Сайт Александра Муранова. — Режим доступа: <http://www.muranov.ru/pdf/Law_evasion_problem_MGIMO_collection.pdf>. — Дата доступа: 04.06.2009г.
10. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА [Электронный ресурс] // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». — М., 2011.
11. Толочко, О. Н. Принципы международного частного права / О. Н. Толочко // Белорус. журн. междунар. права и междунар. отношений. — 2001. — № 2. — С. 24—29.
12. Tetley, W. Glossary of conflict of laws / W. Tetley [Electronic resource] // McGill University. — Mode of access: <<http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/conflictlaws>>. — Date of access: 02.07.2011.

«Towards the Evasion of Law Debate in Contemporary Private International Law» (Elena Leanovich)

The article presents the author's opinion on the role of the evasion of law rule for the contemporary private international law. Joining the discussion on this topic the author shares the view that the provisions on evasion of law must be preserved. She formulates a corresponding rule to be included to the future Code of private international law. The article touches upon the questions of comparison of the evasion of law with other mechanisms of the international private law the public order and imperative mandatory provisions as well. Besides, the author makes the observations about principles of private international law (proper law and lex voluntatis). The article shows their influence on the mechanism of law.

Статья поступила 15 июня 2011 г.