УДК 341.9

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.07>**Олександр Котуха,***канд. юрид. наук, професор,
професор кафедри цивільного права та процесу,
декан юридичного факультету
Львівського торговельно-економічного університету***Олена Чабан,***канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського торговельно-економічного університету*

ОСОБЛИВОСТІ ВИБОРУ ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ДОГОВОРУ

У статті досліджуються особливості вибору права, застосовуваного до договору. Зазначене питання постає тільки за наявності іноземного елемента у правовідносинах. Виходячи з чинного законодавства, констатується, що застосування права, вибраного сторонами правочину, розглядається як один із принципів міжнародного приватного права, а також як колізійна прив'язка, що входить до структури колізійної норми. Встановлено, що вибір права може здійснюватися за згодою сторін договору із дотриманням вимог права держави місця укладення договору. Також визначати застосовуване право може суд або інший компетентний орган у разі відсутності згоди сторін. У такому випадку застосовується право держави суду.

Встановлені межі застосування принципу автономії волі. Законом може бути заборонений вибір права до договору. Акцентовується увага, що вибір застосовуваного права не є обов'язковим для сторін за договором. Визначена низка вимог законодавства, яких сторони мають дотримуватися, реалізуючи суб'єктивне право на вибір застосовуваного права до змісту правових відносин, що виникають на підставі договору. Вказується, що вибір застосовуваного права за згодою сторін повинен мати певну форму виразу волі сторін у договорі. Обґрунтовується, що сторони для регулювання правовідносин за договором до переліку можливого вибраного права можуть включити не тільки право договірних сторін, а й право третьої держави. Визначаються випадки зворотної дії вибраного права.

Аналізуються особливості визначення права, що підлягає застосуванню до договору за відсутності згоди сторін про вибір права, згідно з колізійними нормами законодавства про міжнародне приватне право, міжнародними договорами України. Роз'яснюються особливості застосування принципу найбільш тісного зв'язку із правочином, який є визначальним у разі відсутності явно вираженої волі сторін договору щодо застосовуваного права. При цьому береться до уваги право сторони, що має здійснити виконання за договором, зокрема її місце проживання (для фізичної особи) або місцезнаходження (для юридичної особи).

Визначається сфера дії права, що застосовується до договору. Обґрунтовується, що обсяг дії застосовуваного права не обмежений тільки змістом правових відносин. Сфера дії компетентного права визначається у законодавстві про міжнародне приватне право в імперативному порядку і застосовується як у разі вибору права за згодою сторін, так і в разі визначення права за відсутності згоди сторін.

Ключові слова: іноземний елемент, автономія волі, прямо виражена воля, обхід закону, сфера дії застосовуваного права.

Постановка проблеми. Інтеграція суспільства, глобальна інтернаціоналізація світового господарства створили значні можливості для розширення географії договірних зв'язків. У міжнародній сфері договори укладаються у багатьох напрямках. Звісно, найбільш активною є сфери міжнародної торгівлі, створення та використання ІТ-технологій. Укладаючи договір, сторони повинні дійти згоди з усіх істотних

умов у належній формі. Бажано детально узгодити також усі інші договірні умови, оскільки договір укладається за участю іноземного елемента. Навіть якщо у договорі не обумовлені звичайні чи випадкові умови, це питання можна врегулювати шляхом визначення матеріального права, застосовуваного до змісту правових відносин. У разі спору суд визначає право, що підлягає застосуванню до договору, керуючись законодав-

ством із міжнародного приватного права та міжнародними договорами України. Тому актуальною темою дослідження є встановлення основних правил, яких повинні дотримуватися сторони майбутньої домовленості, вибираючи застосовуване до договору право. Якщо ж вони не здійснили дане суб'єктивне право, цю можливість, надану їм законом, у разі виникнення спору про право потребує вирішення питання: як має бути визначене матеріальне право, що можна застосувати до договору, у разі відсутності відповідних договірних умов.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вибрана тема наукової статті досліджувалася такими вченими з міжнародного приватного права, як А. С. Довгерт, В. І. Кисіль, Г. С. Фединак, Л. С. Фединак, І. В. Мироненко, С. Г. Кузьменко, В. Л. Чубарев. Попри ґрунтовність та багатоаспектність наукових досліджень вказаних вчених, окремі аспекти заявленої теми все ж таки потребують подальшого осмислення. Важливими є питання: які можливі способи вираження волі сторін щодо вибраного права, чи обов'язково сторонам у тексті договору зазначати застосовуване право, якщо все ж таки сторони здійснюють вибір права, чи може бути це право третьої держави, і звідси, яка сфера застосування визначеного права.

Метою даного дослідження є визначення особливостей вибору права, що підлягає застосуванню до договору.

Виклад основного матеріалу. Насамперед треба зауважити, що вибір права можливий тільки до договору, відносини за яким ускладнені іноземним елементом. Підтвердженням цього є ч. 6 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. (з наступними змінами), де передбачено, що вибір права не здійснюється, якщо відсутній іноземний елемент у правовідносинах. Застосування права, вибраного сторонами правочину, законодавець визначає як один із принципів міжнародного приватного права як галузі права, а також як колізійну формулу прикріплення. Вибір застосовуваного права у національному законодавстві має назву «автономія волі» (*lex voluntatis*). У п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що автономія волі – принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин. Як колізійну прив'язку вибір права сторонами правочину можна побачити, наприклад, у нормах ч. 2 ст. 39 або ч. 2 ст. 60, ч. 1 ст. 61 цього Закону.

Як стверджує В.Я. Калакура, принцип автономії волі має неабияке значення в міжнародному приватному праві, оскільки саме в ньому відображається диспозитивність регулювання приватних відносин. Генеза цього принципу бере витоки з принципу свободи договору в класичному приватному праві [1, с. 126]. Автономія волі дозволяє реалізувати сторонам договору свою свободу шляхом вибору норм того чи іншого правового порядку. У зв'язку з розвиненістю даного інституту він отримав закріплення як на міжнародному рівні, так і в законодавстві різних держав [2, с. 101]. Межі застосування свободи договору встановлені у Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 р. (з наступними змінами) (далі – ЦК України). Критерії застосування автономії волі, зокрема, до договору визначені у ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, сторони договору згідно із ст. 5 та 10 цього Закону можуть вибрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. Натепер такої прямої заборони у законодавстві України немає. Однак є імперативна норма, яка передбачає, що до засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується право держави, у якій буде створена юридична особа (ч. 1 ст. 46 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Як бачимо, автономія волі не має абсолютного характеру – є певні види договорів, до яких цей принцип не можна застосувати. Тобто законом встановлені випадки, коли вибір матеріального права до конкретного виду договору неможливий шляхом застосування імперативного методу правового регулювання. Необхідно звернути увагу на те, що ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає, що сторони договору можуть вибрати право, тобто це означає, що вибір застосовуваного права не є обов'язковим для сторін за договором.

Вибираючи право, що підлягає застосуванню до договору, необхідно враховувати вимоги ст. 5 та 10 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, у ч. 1 ст. 5 цього Закону України визначено, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Це означає, що вибір права можливий щодо змісту як одностороннього правочину, так і двостороннього, однак у випадках, передбачених законом.

Згідно з ч. 2 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права

має бути явно вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. Як стверджує В. В. Васильченко, зазвичай такий вибір здійснюється сторонами договору в самому тексті документа, і таким чином вирішується колізійна проблема. Сторони також можуть передбачити підпорядкування своїх зобов'язань праву певної іноземної держави і в окремому (додатковій угоді до договору) документі [3, с. 111]. Однак справа істотно ускладнюється, якщо угода сторін не визначає права, що підлягає застосуванню, прямо і чітко – *expressis verbis*. У такому разі судові органи змушені з'ясовувати мовчазно виражену (ту, що приписалася) волю сторін. Доктрина і практика міжнародного приватного права виходить із того, що в подібних випадках суд не має права «домислювати» зміст волевиявлення, що припускалося [3, с. 17]. Звісно, найбільш оптимальним варіантом є те, щоб воля сторін договору була явно вираженою щодо застосовуваного права, іншими словами, прямо вказана у тексті договору. Наприклад, у рішенні Господарського суду м. Києва № 77073352 від 03.10.2018 р. зазначено, що пунктом 10.1. Контракту передбачено, що усі правовідносини, що виникають з даного Договору або пов'язані із ним, у тому числі пов'язані із дійсністю, укладенням, виконанням, зміною та припиненням даного Договору, тлумаченням його умов, визначенням наслідків недійсності або порушення Договору, регламентуються даним Договором та відповідними нормами чинного в Україні законодавства, а також застосовними до таких правовідносин звичаями ділового обороту на підставі принципів добросовісності, розумності та справедливості. Отже, сторони за взаємною згодою визначили, що до правовідносин сторін, які виникли на підставі Контракту, застосовується законодавство України [4].

Тому вибір права, що застосовується до договору, за згодою сторін повинен мати певну форму виразу волі сторін у договорі. Водночас, якщо сторони досягли згоди щодо вибраного матеріального права за заявою хоча б однієї зі сторін, то ця умова договору є істотною. Як передбачено в абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України, істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. У Законі України «Про міжнародне приватне право» не встановлено обмежень

щодо вибору права однієї з договірних сторін, це означає, що сторони для регулювання правовідносин за договором можуть вибрати і право третьої держави.

У ч. 3 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що вибір права може бути здійснений щодо правочину в цілому або його окремої частини. Це означає, що, наприклад, права та обов'язки сторін регулюються обраним правом, а щодо інших умов договору вибір права відсутній. У такому випадку матеріальне право щодо окремих умов договору визначається згідно з колізійними нормами Закону України «Про міжнародне приватне право», інших законів, міжнародних договорів України. Проте згідно з ч. 4 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим. Отже, це є договірна умова, тобто один із пунктів договору.

Відповідно до ч. 5 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права або зміна раніше вибраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема під час вчинення правочину, на різних стадіях його виконання тощо. Тобто вибирати матеріальне право сторони можуть на стадії укладення договору або на будь-якій стадії його виконання. Якщо вибір права здійснюється на стадії укладення договору, то він має бути прямо визначений у тексті договору, якщо ж на стадії виконання договору – то оформляються зміни до договору за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог ст. 654 ЦК України. Як визначено в ч. 5 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», вибір права або заміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотню дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть: 1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми; 2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права. Цю норму необхідно застосовувати так: обране право можна змінити на стадії виконання договору, і воно діє з моменту укладення договору з урахуванням обмежень, встановлених законом.

Вибираючи право, що застосовується до договору, за згодою сторін, як зазначають Г. С. Фединак, Л. С. Фединак, сторони повинні зважати на законодавство України, яке регулює питання обходу закону [5, с. 193]. Так, згідно з ч. 1 ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», правочини та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих

відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону. Дотримання цього правила важливе з метою захисту публічних інтересів, що сприяє правильному застосуванню чинного законодавства.

Право, що підлягає застосуванню до договору, може визначатися сторонами, а у разі відсутності згоди сторін про вибір права – законом [6, с. 104]. Підтвердженням цього є норма, що міститься у ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: право, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України. Згідно з ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до ч. 2 і 3 ст. 32 цього Закону. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження. Вперше поняття «найбільш тісного правового зв'язку» було введено Законом про міжнародне приватне право Австрії 1978 р. [7]. Відповідно до чинного законодавства України цю колізійну прив'язку необхідно розуміти так. Якщо не здійснений вибір права, то до договору застосовується право, що має найбільш тісний зв'язок з договором. Це застосовуване право визначається за критерієм місця проживання або місцезнаходження сторони, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору. Зокрема, такою стороною за договором купівлі-продажу є продавець, договором дарування – дарувальник, договором ренти – одержувач ренти, договором довічного утримання (догляду) – відчужувач та ін. Загалом, за критерієм права, що має найбільш тісний зв'язок із договором, Закон України «Про міжнародне приватне право» передбачає 23 види договору. Проте з цього правила є винятки. Згідно з ч. 2 ст. 44 цього Закону правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається: 1) щодо договору про нерухоме майно – право держави,

у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація; 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; 3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводиться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Відповідно до абз. 15 п. 17 Листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.05.2013 р. № 24-754/0/4-13 «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» колізійні норми у сфері зобов'язального права містяться також у двосторонніх договорах про правову допомогу. Наприклад, відповідно до ст. 48 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, ратифікованого Законом України від 10.01.2002 р. № 2927-III, договірні правовідносини регулюється законодавством, яке вибирається за згодою їх учасників, а за відсутності згоди – законодавством сторони, на території якої було укладено договір, за винятком договорів щодо нерухомого майна, де застосовується законодавство держави, на території якої знаходиться нерухомість. Форма договору регулюється законодавством тієї Договірної Сторони, яким регулюється і саме договірне зобов'язання. Справи з вирішення спорів, що виникають із договірних відносин, перебувають у сфері компетенції органів юстиції тієї Договірної Сторони, на території якої має місце проживання, перебування чи знаходження відповідач або знаходиться спірне нерухоме майно. Дана колізійна норма підтверджує застосування принципу автономії волі, а у разі відсутності згоди сторін договору застосовується право держави, де укладено договір, крім договорів щодо нерухомого майна. У коментованому міжнародному договорі розширені межі сфери дії права, що застосовується до договору, зокрема, ним охоплюється форма договору. Хоча варто зазначити, що це застосовується у разі вибору права однієї з Договірних Сторін.

Згідно зі ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, ратифікованого Постановою Верховної Ради України від 04.02.1994 р., зобов'язання, що виникають з договірних відносин, визначаються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої була укладена угода, хіба що учасники договірних відносин підпорядкують ці відносини вибраному ними законодавству. Колізійна норма

цього міжнародного договору вказує на можливість сторін вибрати застосовуване право до договору, а у разі відсутності згоди сторін зобов'язання за договором регулюється правом держави, де була укладена угода.

Визначений компетентний правопорядок, що застосовується до договору, має певну сферу дії. Виходячи зі змісту норми, що міститься у ч. 1 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», видається, що обсяг дії застосовуваного права обмежений тільки змістом правових відносин. Як відомо, зміст правовідносин становлять права та обов'язки сторін. Однак щодо договору необхідно застосовувати спеціальну норму, передбачену у ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», у якій вказано, що право, що застосовується до договору, охоплює: дійсність договору; тлумачення договору; права та обов'язки сторін; виконання договору; наслідки невиконання або неналежного виконання договору; припинення договору; наслідки недійсності договору; відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором. Також щодо сфери дії компетентного права необхідно зазначити, що ця норма застосовується як у разі вибору права за згодою сторін, так й у разі визначення права за відсутності згоди сторін. До сфери дії застосовуваного права не входить форма договору. Недодержання вимоги закону щодо письмової форми договору має відповідні правові наслідки для сторін. Тому, згідно з ч. 3 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», право, що застосовується до форми договору, визначається відповідно до ст. 31 цього Закону.

Наведена у ст. 47 Закону «Про міжнародне приватне право» сфера дії права, що застосовується до договору, відповідає загальноприйнятим міжнародним стандартам. Така ж концепція відображена у ст. 12 Гаазької конвенції про право, застосовне до договорів міжнародної купівлі-продажу, від 22.12.1986 р., ст. 10 Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань, від 19.06.1980 р., ст. 14 Міжамериканської конвенції про право, застосовне до міжнародних договорів, від 17.03.1994 р. [3, с. 124].

Висновки

Особливостями вибору права, що застосовується до договору, є: 1) автономія волі застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонений законами України; 2) вираження волі сторін дого-

вору щодо застосовуваного права має бути у формі, визначеній законом; 3) вибір права може бути здійснений до договору в цілому або окремих його умов (пунктів); 4) вибирати матеріальне право сторони можуть на стадії укладення договору або на будь-якій стадії його виконання; 5) сфера дії права, що застосовується до договору, визначається законодавством про міжнародне приватне право держави, право якої є обраним за згодою сторін або визначене за відсутності згоди сторін про вибір права; 6) договір, ускладнений іноземним елементом, вважається укладеним навіть і тоді, якщо вибір права відсутній.

Оскільки сторони договору можуть вибрати й право третьої держави до договору, то для уникнення спірних ситуацій щодо вибору права, що впливає з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, пропонуємо ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» доповнити частиною 2 такого змісту: «Вибір права, що застосовується до договору, повинен бути явно вираженим». Вважаємо за необхідне включити до сфери дії права, що застосовується до договору, зміну або розірвання договору. Тому пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» пунктом 9 такого змісту: «9) зміну або розірвання договору».

Список використаних джерел:

1. Міжнародне приватне право : підручник / за ред. А.С. Довгєрта і В.І. Кисіля. 2-ге видання. Київ : Алерта, 2014. 656 с.
2. Покачалова А. Г. Автономія волі як основоположний принцип регулювання забезпечення зобов'язань. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2016. Випуск 128. С. 93–102. URL: <http://journals.iir/kyiv/ua/index.php/apmv/article/download/3037/2726> (дата звернення: 29.11.2019).
3. Васильченко В.В. Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право». Київ : Істина, 2007. 200 с.
4. Рішення Господарського суду м. Києва № 77073352 від 03.10.2018 URL: <https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/77073352/> (дата звернення: 29.11.2019).
5. Фединак Г.С., Фединак Л.С. Міжнародне приватне право : підручник. Київ : Алерта, 2017. 504 с.
6. Міжнародне приватне право навчальний посібник / уклад.: Котуха О.С., Чабан О.М. Львів : вид-во ЛКА, 2015. 200 с.
7. Закон зарубіжної країни в області МПРП. URL: <http://kimo.univ.kiev.ua/MPP/22.htm> (дата звернення: 20.12.2019).

The article explores the peculiarities of the choice of the law applicable to the contract. The stated question arises only in the presence of the foreign element in legal relations. Based on the current legislation, it is stated that the application of the law chosen by the parties to the transaction is considered as one of the principles of private international law, as well as a conflict of the attachment, which is a part of the law structure of the conflict. It is established that the choice of the law can be made with the consent of the parties to the contract, subject to the requirements of the law of the state of the place of the conclusion of the contract. The determination of the applicable law may also be made by a court or other competent authority in the absence of the agreement of the parties. In that case, the law of the State of the court shall apply.

The limits of application of the principle of autonomy of the will are set. The law may prohibit the right to contract. Attention is drawn to the fact that the choice of the applicable law is not obligatory for the parties to the contract. There is a number of legal requirements that the parties must observe when exercising the subjective right to choose the applicable law to the content of legal relations arising from the contract. It is stated that the choice of the applicable law with the consent of the parties should have a form of the will expression of the parties in the contract. It is argued that parties to regulate a legal relationship under a contract may include not only the law of the contracting parties, but also the law of a third country in the list of possible elected law. The cases of retroactive effect of the chosen right are determined.

The peculiarities of determining the law to be applied to the treatment in the absence of the parties' consent to the choice of law in accordance with the conflict of law rules of private international law and international treaties of Ukraine are analyzed. The peculiarities of the application of the principle of the closest connection with the transaction, which is decisive in the absence of the explicit will of the parties to the contract on the applicable law, are explained. This takes into account the right of the party to enforce the contract, including its place of residence (for an individual) or location (for a legal entity).

The scope of the law applicable to the contract is determined. It is justified that the scope of the applicable law is not limited only by the content of legal relations. The scope of the competent law is defined in the legislation on private international law in an imperative manner and applies both in the case of the choice of law with the consent of the parties, and in determining the law in the absence of the consent of the parties.

Key words: foreign element, the autonomy of the will, directly expressed will, circumvention of the law, scope of law.