

Міжнародне приватне право

УДК 341.9

**Вартовнік Оксана Миколаївна**

*магістрантка*

*Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**Вартовник Оксана Николаевна**

*магистрантка*

*Института подготовки кадров для органов юстиции Украины*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого*

**Vartovnik Oksana**

*Master of Science of the*

*Personnel Training Institute for the Bodies of Justice of Ukraine*

*Yaroslav Mudryi National Law University*

**ІНСТИТУТ ОБХОДУ ЗАКОНУ В МІЖНАРОДНОМУ  
ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ОГЛЯД ПРОБЛЕМАТИКИ  
ИНСТИТУТ ОБХОДА ЗАКОНА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ  
ПРАВЕ: ОБЗОР ПРОБЛЕМАТИКИ  
THE EVASION OF LAW INSTITUTE IN PRIVATE INTERNATIONAL  
LAW: OVERVIEW OF THE PERSPECTIVE**

***Анотація.** У статті проведено аналіз окремих теоретичних та практичних проблем місця інституту обходу закону в міжнародному приватному праві. Особлива увага звертається на аналіз позицій представників доктрини міжнародного приватного права. Розглядаються різні підходи до визначення поняття обходу закону, його особливостей і значення, яке він має в механізмі регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.*

*Незважаючи на достатній науковий доробок щодо вивчення обходу закону, зокрема, як різновиду зловживання правом, в міжнародному приватному праві, наукою, на жаль, не розроблені загальні підходи щодо місця та значення обходу закону в системі підстав для незастосування норм права іноземної держави. В умовах активного розвитку й поширення приватноправових відносин, що становлять предмет галузі міжнародного приватного права, важливо здійснити аналіз правового інституту обходу закону у співвідношенні з категоріями «автономії волі» та «вибору права».*

*Актуальність дослідження проблематики, яку було розкрито у статті, обумовлюється тим, що у поєднанні зі свободою пересування, свободою розсуду, договірної свободою і автономією волі, властивими цивільним відносинам взагалі і регульованим міжнародним приватним правом зокрема, вимога обов'язкового і жорсткого підпорядкування таких відносин якомусь єдиному правопорядку (наприклад, громадянства або місця проживання) в нинішніх умовах виглядає анахронізмом. Таким чином, підкреслюється, що завдання обходу закону полягає у забезпеченні стійкості міжнародного приватного права при взаємодії національних правових систем, виключення «збурюючих» впливів на зазначену підсистему за допомогою угоди та інших дій, що відображають приватні інтереси на шкоду інтересам особистості, суспільства і держави.*

*На підставі аналізу наукових досліджень та міжнародно-правових актів розглядається одне із найважливіших питань щодо співвідношення інститутів міжнародного приватного права, таких як «обхід закону» та «автономія волі сторін». Також надається аналіз вищезазначених інститутів, положення яких закріплюються, перш за все, в Законі України «Про міжнародне приватне право».*

**Ключові слова:** обхід закону, інститут автономії волі, інститут обходу закону, вибір права, зловживання правом.

**Аннотация.** В статье проведен анализ отдельных теоретических и практических проблем места института обхода закона в международном частном праве. Особое внимание обращается на анализ позиций представителей доктрины международного частного права. Рассматриваются различные подходы к определению понятия обхода закона, его особенностей и значения, которое он имеет в механизме регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Несмотря на достаточный научный потенциал по изучению обхода закона, в частности, как разновидности злоупотребления правом, в международном частном праве, наукой, к сожалению, не разработаны общие подходы относительно места и значения обхода закона в системе оснований для неприменения норм права иностранного государства. В условиях активного развития и распространения частноправовых отношений, составляющих предмет отрасли международного частного права, важно провести анализ правового института обхода закона в соотношении с категориями «автономии воли» и «выбора права».

Актуальность исследования проблематики, которая была раскрыта в статье, объясняется тем, что в сочетании со свободой передвижения, свободой усмотрения, договорной свободой и автономией воли, присущими гражданским отношениям вообще и регулируемым международным частным правом в частности, требование обязательного и жесткого подчинения таких отношений единому правопорядку (например, гражданства или места жительства) в нынешних условиях выглядит анахронизмом. Таким образом, подчеркивается, что задача обхода закона заключается в обеспечении устойчивости международного частного

*права при взаимодействии национальных правовых систем, исключение негативных воздействий на указанную подсистему с помощью соглашения и других действий, отражающих частные интересы в ущерб интересам личности, общества и государства.*

*На основании анализа научных исследований и международно-правовых актов рассматривается один из важнейших вопросов соотношения институтов международного частного права, таких как «обход закона» и «автономия воли сторон». Также предоставляется анализ вышеупомянутых институтов, положение которых закрепляются, прежде всего, в Законе Украины «О международном частном праве».*

**Ключевые слова:** *обход закона, институт автономии воли, институт обхода закона, выбор права, злоупотребление правом.*

**Summary.** *The article analyzes some theoretical and practical problems of the place of the institution of law evasion in private international law. Particular attention is paid to the analysis of evasion of law institute from the standpoint of its relation with the requirements for committing transaction, grounds and consequences of transaction invalidity.*

*Various approaches to definition of the concept of evasion of law, its features and the role it plays in the mechanism of regulation of private legal relations complicated by a foreign element are considered.*

*Despite sufficient scientific work on the study of law evasion, in particular as a type of abuse of law, in private international law, science, unfortunately, has not developed general approaches to the place and importance of law evasion in the system of grounds for non-application of foreign law. In the context of active development and dissemination of private law relations, which are the subject of private international law, it is important to analyze the legal institution of law evasion in relation to the categories of "autonomy of will" and "choice of law".*

*The relevance of the study, which was revealed in the article, due to the fact that in combination with freedom of movement, freedom of reason, contractual freedom and autonomy of will inherent in civil relations in general and regulated by private international law in particular, the requirement of mandatory and strict subordination of such relations uniform law (for example, citizenship or place of residence) looks like an anachronism nowadays. Thus, it is emphasized that the task of law evasion is to ensure the stability of private international law in the interaction of national legal systems, eliminating "disturbing" influences on the subsystem through agreements and other actions that reflect private interests to the detriment of the individual, society and state.*

*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.*

**Key words:** *evasion of law, autonomy of will principle, evasion of law institute, choice of law, abuse of rights.*

**Постановка проблеми.** Встановлення свободи зовнішньоекономічної діяльності вимагає розширення сфери можливого застосування іноземного права, а останнє вимагає розширення правового інструментарію для забезпечення відповідного контролю з боку держави в цілях захисту публічних та приватних інтересів. Тривалий процес кодифікації міжнародного приватного права (далі -МПрП), розпочатий в Україні ще на початку 90-х рр. XX 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 [1]. Питання концепції обходу закону у МПрП залишається незмінно актуальним протягом останніх десятиріч через розширення

господарських зв'язків між державами і постійного посилення процесів міграції населення за кордон.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У основу написання даної статті покладено аналіз чинного законодавства України і зарубіжних країн, яке стосується предмета дослідження, а також творчий доробок відомих учених, зокрема, А.О. Філіп'єва, С. М. Задорожної, Г. В. Онищенко, О. Р. Кібенко, А. І. Муранова, В. В. Кудашкіна та інших.

**Формулювання цілей статті (постановка завдання).** У зв'язку із збільшенням числа приватноправових відносин міжнародного характеру з'являється можливість використовувати механізм обходу закону в міжнародному приватному праві. Причиною цього явища можна назвати відмінності матеріального права країн світу, що застосовується до регулювання приватноправових відносин та недостатня уніфікація колізійних норм в даній галузі. За наявності такого складу приватноправових відносин, у якому хоча б один із елементів матиме правовий зв'язок з іноземною державою, виникає проблема вибору найбільш компетентного права для врегулювання відповідних правовідносин, що за відсутності міжнародних договорів із відповідними положеннями, вимагає застосування колізійного права.

**Виклад основного матеріалу.** Застосування, сприятливого, правопорядку забезпечується за допомогою штучного створення фактичної обставини, об'єктивного критерію, закріпленого у колізійній прив'язці. Тобто, суб'єкт навмисно входить або виключається зі складу правовідносин, чим створює більш вигідне стороні матеріально-правове становище та відповідне правове регулювання [2, с. 203]

Питання обходу закону як колізійної проблеми, мабуть, найдетальніше розроблені у сучасній французькій судовій практиці. Втім, історія виникнення інституту обходу закону сягає ще римського права, у межах якого виникнення зазначеного інституту пов'язували з потребою у



правовому інструментарії, за допомогою якого можливо було обґрунтувати незаконність дій у зв'язку з невідповідністю результату цілям закону. Такий підхід до визначення обходу закону призвів до досить широкого його трактування, а тому пізніше у Стародавньому Римі він трансформувався у новий, якому однак також були властиві невизначеність та розпливчастість. Під обходом закону почали розуміти неправомірні дії, яким у певний спосіб намагалися надати правомірного вигляду [3, с. 259]. Так, Павло писав: «Проти закону діє той, хто вчиняє дію, заборонену законом; в обхід законе діє той, хто зберігаючи слова закону, обходить його зміст, суть» («Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit» (D. 1.3.29)) [4].

Наразі ставлення сучасного науковця до обходу закону в МПрП може бути неоднаковим. Можна розглядати обхід закону: (1) як один із випадків застосування застереження про публічний порядок; (2) як ситуацію, в якій сторони не мали наміру уникнути застосування певного закону, а лише обрали норми, що не можуть регулювати правовідносини, оскільки вони, ці норми, призначені для інших відносин; (3) як відхід сторін від обов'язкових для них імперативних норм закону.

Втім, слід звернути увагу на те, що у досвіді іноземних кодифікацій і міжнародної уніфікації МПрП чітко простежується тенденція відмови від концепції обходу закону. Положення про обхід закону відсутні у найновіших прогресивних кодифікаціях МПрП Австрії, ФРН, Швейцарії. Друга редакція Зводу законів США про колізійне право також відкидає цю теорію. В Англії вона взагалі ніколи не визнавалася. Щоправда, окремі кодифікації, здійснені раніше, застосовують положення про обхід закону. Зокрема, ст. 26 Цивільного кодексу Португалії [5], встановлює, що «застосування колізійної норми не повинно виправдовувати фактичних

правових ситуацій, створених для того, щоб уникнути застосування закону, який за інших обставин був би належним».

На рівні міжнародної уніфікації колізійних правил норма про обхід закону також не дістала підтримки. Римська конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань, 1980р., Гаазька конвенція про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, 1986 р. і Міжамериканська конвенція про право, що застосовується до міжнародних контрактів, не містять положень про заборону обходу закону.

Що стосується існування інституту обходу закону в законодавстві України, то цей інститут дістав своє регламентування на рівні закону. Проте, до того, як перейти до цитування і аналізу відповідних законодавчих положень, варто зупинитися на наступному.

У науковій літературі та судовій практиці значного розголосу набула справа принцеси Бофремон як одне з перших судових рішень з приводу обходу закону. Французька принцеса Бофремон мала намір розлучитися із своїм першим чоловіком. Оскільки французьке право 1878 р. не знало такого правового інституту як розлучення, принцеса виїхала у Німеччину та набула німецького громадянства, після цього розлучилася і взяла новий шлюб з румунським принцом. Повернувшись до Франції, вона зіткнулася з тим, що французьке право не визнало її розлучення і шлюб, який вона уклала, тому що вони були здійсненні в обхід французького закону. Такий підхід є притаманним і сучасній французькій судовій практиці. Країни англосаксонської правової сім'ї не визнають обхід закону у повному обсязі. Застереження про неприпустимість обходу закону в МПрП на законодавчому рівні почали закріплюватися ще у кінці XIX ст. Перші відповідні норми з'явилися у законодавствах Іспанії, Швейцарії та держав Латинської Америки. В свою чергу в Україні положення про обхід закону дістали свого прояву з 1989 р. [6].



Тож слід виходити з того, що головною перевагою нормативного закріплення концепції обходу закону вважається те, що цей інститут спрямований проти створення фіктивної прив'язки відносин до іноземного права. У той самий час головні її недоліки, як і в українському правозастосовчому просторі, - це неясність, складність застосування, а також неможливість виконання судових рішень, які встановлюють обхід закону. Звернімося до більш предметних роздумів.

Отже, відповідно до 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» [7].

З формально-логічного і семантичного аналізу можна зробити наступні висновки, висловлені Боярським Є.Д. Науковець робить наступні уточнення. 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, за переконанням частини наукової спільноти, 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].

Слід навести п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. № 13 [9], 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» (регулює питання наслідків обходу закону)

Іншими словами, принцип автономії волі підлягає поширенню на дані правовідносини

Варто зацентувати, що обхід закону – це *свідомо обраний* суб'єктом правовідносин варіант поведінки, який виступає засобом для досягнення певної мети. Обійти закон можна лише не порушивши його, принаймні не порушивши нормативно-правові приписи, що сформульовані законодавцем. Отже, можна говорити про обхід закону як правомірну поведінку, але правомірну лише за формальними ознаками. Це різновид зловживання правом, тобто це така можлива поведінка, яка не була врахована законодавцем при встановленні юридичних прав та обов'язків у контексті врегулювання відповідних суспільних відносин [9, с. 44-45]. 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).

Так, 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. 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 [10, с. 72–73].

Також сутність даного явища не можна встановити, не дослідивши його крізь призму підходу до його структури і завдання.

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 [1].

Аналогічно констатує Є. Д. Суворов: «обійти закон без мотиву неможливо. Інакше це буде не обхід закону, а випадок. Обхід закону завжди є цілеспрямованою дією» [11, 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» [12, с. 132].

Отже, підсумовуючи підходи науковців до розуміння проблематики даної статті, можна констатувати, що під обходом закону необхідно розуміти форму поведінки у виді виключно правомірних дій, яка є цілеспрямованим використанням суб'єктом правовідносин недосконалості законодавства.

Не можна не зазначити, що невід'ємне завданням обходу закону є забезпечення стійкості міжнародного приватного права при взаємодії національних правових систем, виключення «збурюючих» впливів на

зазначену підсистему за допомогою угоди та інших дій, що відображають приватні інтереси на шкоду інтересам особистості, суспільства і держави.

Проте, варто зауважити, що більшість представників доктрини виступає проти включення інституту обходу закону в законодавство: теорія «*evasion of law*» є застарілою і в даний момент функції інституту обходу закону повністю поглинає інститут норм безпосереднього застосування (надімперативні норми).

Більше того, як було зазначено вище, можна посилатися і на те, що міжнародному приватному праву притаманні два, з першого погляду, взаємовиключні інститути. Такими інститутами є «обхід закону» та інститут «автономія волі сторін». Ознайомившись лише з дефініціями, які закріплені у ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право», можна допустити, що вказані інститути є самостійними за своїм змістом та не виключають один одного, незважаючи на те, що, з одного боку, інститут автономії волі сторін надає змогу сторонам підпорядковувати свої відносини будь-якому праву на їх вибір, а з другого такі дії сторін призводять до нікчемності дій, спрямованих на зміну правопорядку, який регулює існуючі відносини.

Деякі дослідники вважають, що ці два поняття несумісні саме з огляду на методологію вирішення колізій законів. Наявність у законі цих двох інститутів свідчить не стільки про встановлення загального правила і винятку з нього, скільки про певний законодавчий еклектизм, намагання залучити до механізму колізійного регулювання якнайбільше засобів, що може, навпаки, завадити належному функціонуванню такого механізму. З огляду на зміст, що його вкладають у поняття "обхід закону" в МПрП, як впливає із попередніх роздумів, це поняття, на відміну від категорії «автономія волі», стоїть ближче не до загальних підстав недійсності угоди, а до недопущення зловживання правом.

Оскільки обхід закону можливий в МПрП лише при самотійному обранні сторонами права, що застосовується, то й сама концепція обходу закону не може допускати автономії волі в принципі. Тоді виникає запитання: чи є сенс в застереженні про обхід, якщо автономія волі визнається і здійснюється, не вступаючи в пряму суперечність із законом? Очевидно, що для встановлення факту обходу закону необхідні дві передумови, які б свідчили, по-перше, що правовідносини з іноземним елементом є вилученим зі сфери правопорядку, в якому вони за звичайних умов (тобто за відсутності вибору права) підпорядковуються, й переданими під дію іншого правопорядку, вигіднішого за своїми приписами. І, по-друге, що вибір здійснено штучно і свідомо, тобто присутній факт зловживання правом. Безумовно, тут постає питання про встановлення критеріїв, за якими суд має визначити, чи добросовісно здійснюється вибір [13].

Також одним з основних питань, що виникають під час практичного застосування норми щодо автономії волі та кореспондуються з класичною теорією Дюмулена, є питання меж прояву волі. Однак, можна лише сказати, що сторони можуть обирати право будь-якої держави без будь-яких обмежень. На нашу думку, в дане визначення слід було б включити ряд уточнюючих положень, які б вказували на специфіку застосування цього правила, зокрема на те, що при обранні права сторони мають діяти добросовісно, згідно з правилами чесної ділової поведінки, не порушувати прав третіх осіб, а обране право не має шкодити публічному порядку держави та її імперативним нормам, призводити до «обходу закону» тощо. Тим більше, що українськими правознавцями розроблена достатня теоретична база з питань обмеження автономії волі сторін, яка може послужити для вдосконалення наведених визначень [14, с. 433].

Сторони повинні обирати матеріальне право певної держави; вони не можуть обрати тільки норму закону чи окремий закон відповідної держави



(п. 3.1 Роз'яснення Президії Вищого Господарського суду України № 04-5/608 від 31.05.2002 р. «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій») [15].

Втім, якщо виходити з правової природи угоди про вибір права і теоретичної основи інституту автономії волі, то необхідно зауважити, що свобода вибору права не повинна бути обмежена. Разом з тим правові системи багатьох країн практикують інше.

Зокрема, французька судова практика, «локалізують» договір за допомогою висунення об'єктивних факторів, які як би «прив'язують» його до певного місця - місцем укладення договору, виконання, знаходження зовнішнього його предмета (речі) і т. д., обґрунтовуючи тим самим застосування саме цього правопорядку; у правопорядку США, Великобританія також за допомогою наявності певних ознак у конкретному фактичному складі відносини обмежують свободу автономії волі сторін шляхом відшукування «власного права договору» (*proper law of the contract*).

Так, у ст. 1-105 Єдиного торгового кодексу США [16] говориться, що «за винятками, встановленими цією статтею, сторони вправі у випадках, коли угода має розумний зв'язок як з даним, так і з іншим штатом або державою, домовитися про те, що їхні права та обов'язки будуть визначатися за правом або даного, або іншого штату чи держави; за відсутності такої угоди справжній закон застосовується до угод, які мають належний зв'язок з даним штатом».

Обмежувачем автономії волі сторін в даній ситуації виступає, як видно, «розумний зв'язок» з тим чи іншим штатом або державою. У судовій практиці англо-американських країн в тих випадках, коли воля сторін не виражена або виражена недостатньо однозначно, має місце обговорення питання про «гіпотетичну волю сторін», за допомогою якої може бути визначено уживане право. Воля сторін повинна бути виражена

прямо або з усією очевидністю витікати з обставин справи або умов договору, що розглядаються в сукупності. Аналогічні приписи швейцарського Закону про міжнародне приватне право [17]: «Вибір права має бути певним або впливати з договору або обставин» (п. 2 ст. 116).

Однак, на нашу думку, застосування інституту обходу закону в даному випадку є невиправданим, 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).

У будь-якому випадку на сьогодні в правовій системі жодної держави світу обхід закону не використовується як підстава для санкцій за відступ учасників МПрП-відносин від встановлених законодавцем меж для реалізації принципу автономії волі.

Щодо зарубіжного досвіду використання інституту обходу закону, то наприклад, чеський законодавець забороняє обхід імперативних та альтернативних колізійних норм: "Не приймаються до уваги факти, створені навмисним поведінкою сторін з метою обійти положення цього Закону, від якого не можна відступати допомогою угоди сторін" (ст. 5 Закону про МПрП [18]). Англійський законодавець виключає обхід національних матеріальних імперативних норм в результаті угоди про вибір застосовного права: "Цей закон має силу, незважаючи на будь-яка умова договору, яке застосовує... право будь-якої країни за межами Сполученого Королівства, коли... така умова видається суду... нав'язаним...

з метою дати право... ухилитися від дії цього Закону" (ст. 27.2 Закону Великобританії про недобросовісних умов договору [19]).

В Угорщині іноземне право не застосовується, "коли воно прив'язується до іноземному елементу, створеного сторонами штучно або шляхом симуляції метою обходу іншим чином діяти норми закону (обманная прив'язка)" (ст. 8.1 Закону про МПрП [20]). Цікавою видається і точка зору мексиканського законодавця, згідно з якою обхід закону має місце, коли штучним чином є забутими основоположні принципи мексиканського права. Суддя повинен визначити «обманний» намір такого обходу.

Проте, важко викрити підприємця в «обманному» обході закону і переконати його заснувати компанію, наприклад, у Франції, а не в Ірландії, якщо ірландський правопорядок надає великі переваги для законної діяльності, аніж Франція. Наочним прикладом сучасного «обходу закону» за допомогою звернення до використання переваг, що надаються системами офшорних зон, є схема, розроблена концерном «Філіпс». Її суть полягає в наступному: на Бермудських островах зазначеним концерном було засновано дочірнє підприємство - страхова компанія «Кінгстоун Кептів Іншуеренс», єдиним клієнтом якого став сам концерн «Філіпс». За високими ставками було застраховане майно голландського концерну, у тому числі таке, яке зазвичай у страховому бізнесі не страхується, оскільки шанси його псування або загибелі незначні. Відповідні суми страхових премій стали перекладатися за кордон Голландії - на Бермуди. Звідти кошти у вигляді позик були надані материнському товариству. У поєднанні страхові платежі та суми плати за користування кредитом істотно змінювали обсяги прибутку і, отже, знижували оподатковувану базу. Економія тільки за один річний період склала кілька мільйонів доларів. Головним фактором є її юридична невразливість.

При цьому, визнаною є теза про неоспорюваність права особи на податкове планування. З цього приводу суддя Верховного суду США Дж. Сандерленд 1935 року зазначав: «Право платника податків уникати податків з використанням всіх дозволених законом засобів ніким не може бути оскаржене» [21, с. 401].

У поєднанні зі свободою пересування, свободою розсуду, договірної свободою і автономією волі, властивими цивілістичним відносинам взагалі і регульованим міжнародним приватним правом зокрема, вимога обов'язкового і жорсткого підпорядкування таких відносин якомусь єдиному правопорядку (скажімо, громадянства або місця проживання) в нинішніх умовах виглядає анахронізмом.

У той же час не можна не визнати, що проблема негативних наслідків обходу закону постає, якщо мова йде про *обхід імперативних норм чинного правопорядку*. Слід доповнити, що в класичній теорії *agere in fraudem legis* підкреслюється, що "обходиться" не колізійна, а матеріальна норма: "При обході закону України... переходять у сферу дії іншого правопорядку, що містить бажані матеріальні норми, і потім приноравливаються до останніх... Обходиться матеріальна норма... Колізійна норма - тільки знаряддя для такого обходу". Крім того, у цьому контексті варто зазначити, що у міжнародному приватному праві, на думку Довгерта А. С. розрізняють такі дві категорії, як обхід власного закону (*fraus legi domesticae*) й обхід іноземного закону (*fraus legi externaе*). Українська стаття за формулюванням повністю належить до першого випадку. Більше того, О. Р. Кібенко вважає, що вказані в законодавстві України наслідки обходу закону (*fraus legi domesticae*) суперечать загальним принципам правового регулювання, які склалися в міжнародному приватному праві, оскільки «штучна криміналізація» обходу закону, переведення його у статус протиправного суперечить

самому змісту цього поняття – обхід закону є легальним ухиленням від його дії, а не його порушенням [10, с. 45].

**Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі.** Обхід закону в цивільних відносинах об'єктивно існує. Проаналізувавши численні наукові роботи, предметом розгляду яких є інститут обходу закону, можна резюмувати, що найбільш релевантними правопорядку України є такі підходи до розуміння інституту обходу закону: 1. інститут обходу закону практично спрямований на використання недоліків законодавства; 2. це легальне отримання (збереження) певного блага (матеріального, нематеріального); 3. це цілеспрямовані дії з обходу закону за суттю не можуть бути підставою юридичної відповідальності; 4. цей інститут є різновидом зловживання правом; 5. це можлива поведінка, яка не була врахована законодавцем при встановленні юридичних прав та обов'язків у контексті врегулювання відповідних суспільних відносин; 6. «обходиться» не норма колізійного права, а норма матеріального права, але колізійна норма виступає засобом такого обходу; 7. у співвідношенні з автономією волі сторін, можна припустити, що ці інститути виключають один одного, і зараз обхід закону є зайвим, бо існують інші засоби усунути застосування неналежно обраного права. У зв'язку з вищенаведеними тезами обумовлюється необхідність подальшого досить широкого дослідження проблематики даної статті.

Також можна резюмувати, що у разі, якщо суб'єкт, який намагається «обійти» імперативні норми закону або ж положення, що стало обов'язковим для нього в силу договору, завдає шкоди правам та інтересам свого контрагента, третій особі чи державі, суд має стати на захист порушених такими діями прав.

Втім, у реаліях національного законодавчого регулювання у сфері МпрП-відносин інститут обходу закону повинен використовуватися в

ситуаціях, пов'язаних з навмисним обманом про наявність зв'язку правовідносини зі "зручним" іноземним законом (помилкове зазначення в договорі, що він укладений в одній державі, хоча дійсне місце укладання – інша держава). Поняття обходу закону може мати на увазі і дії, які заінтересована особа, прагнучи уникнути застосування об'єктивно компетентного права, робить винним чином з метою обмежити законні права та інтереси третіх осіб.

Це положення фактично зводиться до такої формули, якою має керуватися правозастосувач (судовий орган): якщо немає сумнівів у добросовісності вибору сторонами застосовуваного права, цей вибір приймається в цілому. Якщо вибір сторін є явно недобросовісним, то суд має право відхилити такий вибір і визначити застосоване право на основі колізійної норми.

### **Література**

1. Боярський Є. Д. Проблеми законодавчого визначення обходу закону в міжнародному приватному праві України / Є. Д. Боярський // Приватне право і підприємництво. 2015. Вип. 14. С. 161-164. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip\\_2015\\_14\\_41](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_41)
2. Підкова Ю.В. "Обхід закону" в аспекті діяльності транснаціональних компаній / Ю. В. Підкова // Форум права. 2016. № 3. С. 203–208.
3. Погорецька Н. В. Щодо питання про співвідношення інститутів автономії волі сторін та обходу закону у міжнародному приватному праві / Н. В. Погорецька // Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія». 2014. Вип. 2. С. 253–267.
4. Юридический словарь. URL: [http://www.allpravo.ru/law\\_dictionaries/dictionary656/67d685.html](http://www.allpravo.ru/law_dictionaries/dictionary656/67d685.html)



5. Código Civil Portugals. Actualizado atii a Lei n.e 61/2008, de 31 de ouvubro. Вилучено з <http://www.porto gal.com/CodigoCivil.html>
6. Короткий курс лекцій з дисципліни «Міжнародне приватне право». URL: <https://studme.com.ua/158407207606/pravo/>
7. Про міжнародне приватне право (Закон України). № 2709-IV. (2019). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>
8. Про практику розгляду судами корпоративних спорів: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. № 13. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>
9. Кибенко Е.Р. Международное частное право : учебно-практическое пособие / Е.Р. Кибенко. Х. : Эспада, 2003. 512 с.
10. Кудашкин В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в МЧП [Текст] // Законодательство. 2004. № 3. С. 65–73.
11. Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона [Текст] / Суворов Е. Д. – М.: Издат. дом В. Ема, 2008. – 188 с.
12. 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.
13. Довгерт А. С. Проблема обходу закону в міжнародному приватному праві. URL: <http://westudents.com.ua/glavy/65008-6-problema-obhodu-zakonu-v-mjnarodnomu-privatnomu-prav.html>
14. Проценко І. М. Принцип автономії сторін та окремі проблеми його правового регулювання законодавством України / І. М. Проценко // Правова держава. 2017. Вип. 28. С. 429-436. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe\\_2017\\_28\\_52](http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe_2017_28_52)
15. Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій: Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України від 31 травня 2002 р. № 04–5/608. URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v\\_608600-02](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02) .

- 16.Єдиний комерційний кодекс США // Юридична енциклопедія : [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.] К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998. Т. 2 : Д — Й. 744 с. ISBN 966-7492-00-8.
- 17.Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987. URL: <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-fc61-e805-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>
- 18.ZAKON ze dne 4.prosince 1963 o mezinarodnim pravu Ceske Republiky soukromem a procesnim -97/1963 Sb.
- 19.Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравнительно-правовое исследование. М., 1999. с. 401– 416
- 20.Act XXVIII of 2017 on private international law (as in force on 2 January 2018) URL: [https://www.njt.hu/translated/doc/J2017T0028P\\_20180102\\_FIN.pdf](https://www.njt.hu/translated/doc/J2017T0028P_20180102_FIN.pdf) .
- 21.Kirkbride James and Abimbola A. Olowofogeku. Revenue Law. Principles and Practice/ Kirkbride James and Abimbola A. Olowofogeku . Tudor, 1998. P. 401.

### **References**

1. Bojarskyj Je. D. Problemy zakonodavchogho vyznachennja obkhodu zakonu v mizhnarodnomu pryvatnomu pravi Ukrajiny / Je. D. Bojarskyj // Pryvatne pravo i pidpryjemnyctvo. 2015. Vyp. 14. S. 161-164. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip\\_2015\\_14\\_41](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_41)
2. Pidkova Ju.V. "Obkhid zakonu" v aspekti dijalnosti transnacionaljnykh kompanij / Ju. V. Pidkova // Forum prava. 2016. # 3. S. 203–208.
3. Poghorecjka N. V. Shhodo pytannja pro spivvidnoshennja instytutiv avtonomiji voli storin ta obkhodu zakonu u mizhnarodnomu pryvatnomu pravi / N. V. Poghorecjka // Visnyk Cherniveckogho fakul'tetu

- Nacionaljnogho universytetu «Odesjka jurydychna akademija». 2014. Vyp. 2. C. 253–267.
4. Yuridicheskiy slovar. URL: [http://www.allpravo.ru/law\\_dictionaries/dictionary656/67d685.html](http://www.allpravo.ru/law_dictionaries/dictionary656/67d685.html)
  5. Código Civil Portugals. Actualizado atii a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. Вилучено з <http://www.portogal.com/CodigoCivil.html>
  6. Korotkyj kurs lekcij z dyscypliny «Mizhnarodne pryvatne pravo». URL: <https://studme.com.ua/158407207606/pravo/>
  7. Pro mizhnarodne pryvatne pravo (Zakon Ukrainy). # 2709-IV. (2019). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>
  8. Pro praktyku rozhljadu sudamy korporatyvnykh sporiv: postanova Plenumu Verkhovnogho Sudu Ukrainy vid 24.10.2008 r. # 13. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>
  9. Kibenko Ye.R. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebno-prakticheskoe posobie / Ye.R. Kibenko. Kh. : Espada, 2003. 512 s.
  10. Kudashkin V. V. Aktualnye problemy doktriny obkhoda zakona v MChP [Tekst] // Zakonodatelstvo. 2004. № 3. S. 65–73.
  11. Suvorov Ye. D. Obkhod zakona. Sdelka, oformlyayushchaya obkhod zakona [Tekst] / Suvorov Ye. D. – M.: Izdat. dom V. Yema, 2008. – 188 c.
  12. Baldynjuk V. V. Zabezpechennja zastosuvannja kolizijnoi normy: kvalifikacija, zворотne vidsylannja, obkhid zakonu v mizhnarodnomu pryvatnomu pravi [Tekst]: dys... kand. nauk: 12.00.03. 2008. 194 s.
  13. Dovghert A. S. Problema obkhodu zakonu v mizhnarodnomu pryvatnomu pravi. URL: <http://westudents.com.ua/glavy/65008-6-problema-obhodu-zakonu-v-mjnarodnomu-privatnomu-prav.html>
  14. Procenko I. M. Pryncyp avtonomiji storin ta okremi problemy jogho pravovogho rehuljuvannja zakonodavstvom Ukrainy / I. M. Procenko //

- Pravova derzhava. 2017. Vyp. 28. S. 429-436. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe\\_2017\\_28\\_52](http://nbuv.gov.ua/UJRN/PrDe_2017_28_52)
15. Pro dejaki pytannja praktyky rozghljadu sprav za uchastju inozemnykh pidpryjemstv i orghanizacij: Roz'jasnennja Prezydiji Vyshhogho ghospodarsjkogho sudu Ukrainy vid 31 travnja 2002 r. # 04–5/608. URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v\\_608600-02](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02) .
16. Jedynyj komercijnyj kodeks SShA // Jurydychna encyklopedija : [u 6 t.] / red. kol. Ju. S. Shemshuchenko (vidp. red.) [ta in.] K. : Ukrainjska encyklopedija im. M. P. Bazhana, 1998. T. 2 : D — J. 744 s. ISBN 966-7492-00-8.
17. Switzerland's Federal Code on Private International Law of December 18, 1987. URL: <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-fc61-e805-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>
18. ZAKON zc dnc 4. prosinca 1963 o mezinarodnim pravu Ceske Republiky soukromem a proccsnim -97/1963 Sb. 19. Osnovnye ynstytuty ghrazhdanskogho prava zarubezhnykh stran: sravnyteljno-pravovoe yssledovanye. M., 1999. s. 401– 416
19. Osnovnye instituty grazhdanskogo prava zarubezhnykh stran: sravnitelno-pravovoe issledovanie. M., 1999. s. 401– 416
20. Act XXVIII of 2017 on private international law (as in force on 2 January 2018) URL: [https://www.njt.hu/translated/doc/J2017T0028P\\_20180102\\_FIN.pdf](https://www.njt.hu/translated/doc/J2017T0028P_20180102_FIN.pdf) .
21. Kirkbride James and Abimbola A. Olowofogeku. Revenue Law. Principles and Practice/ Kirkbride James and Abimbola A. Olowofogeku . Tudor, 1998. P. 401.