

РОЗДІЛ 3

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 341.947

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-5/9>

ОЗНАКИ ТА НАСЛІДКИ ОБХОДУ ЗАКОНУ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

SIGNS AND CONSEQUENCES OF BYPASSING THE LAW IN THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF UKRAINE

Барабаш А.Г., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного, господарського права та процесу
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Никипорець І.О., студентка IV курсу юридичного факультету
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Стаття присвячена дослідженню ознак і наслідків обходу закону в міжнародному приватному праві України. З легітимного й доктринальних визначень обходу закону авторки статті виділяють такі ознаки: поняття обходу закону пов'язується з незастосуванням прив'язки колізійної норми Закону України «Про міжнародне приватне право»; обхід закону втілюється в активних вольових діях суб'єкта, які можуть здійснюватися як у формі умислу, так і з необережності; обхід закону є правопорушенням, специфічність якого проявляється в юридичній відповідальності; юридична відповідальність за обхід закону полягає в невизнанні державою наслідків обходу закону. Правочин, який виник унаслідок обходу закону, є нікчемним і може бути оскарженим у суді.

Першу групу нікчемних правочинів, які виникають унаслідок обходу закону, авторки статті пов'язують із недодержанням форми правочину, передбаченої Законом України «Про міжнародне приватне право». У науковому дослідженні аналізуються вимоги до форми правочину в контексті застосування різних колізійних прив'язок до регулювання такого правочину.

Другу групу нікчемних правочинів, які виникають унаслідок обходу закону, становлять правочини, укладені особами, які не мають потрібного обсягу дієздатності. У статті аналізуються способи визначення дієздатності фізичної та юридичної особи в контексті застосування відповідних колізійних прив'язок. Наголошено, що встановлення місцезнаходження юридичної особи не досить для з'ясування її правосуб'єктності. Після визначення, законодавством якої країни регулюється правосуб'єктність юридичної особи, доцільно з'ясувати організаційно-правову форму юридичної особи й цілі її діяльності згідно з установчим документом.

Третя група правочинів, яка може виникати в міжнародно-правових відносинах і є наслідком обходу закону, представлена правочинами, які порушують публічний порядок у державі чи суспільстві. Нормативні й доктринальні дефініції публічного порядку дуже широкі. У статті обґрунтовується думка про те, що інститут публічного порядку є не лише правовим надбанням, але й охоплює інші соціальні норми в суспільстві. Звідси пропонується висновок про те, що суди повинні трактувати публічний порядок в залежності від реальних обставин, що склалися.

Ключові слова: обхід закону, прив'язка, колізійна норма, нікчемний правочин, правопорушення, форма правочину, обсяг дієздатності, публічний порядок.

The article is devoted to the study of the signs and consequences of bypassing of the law in private international law of Ukraine. The authors of the article distinguish the following features from the legitimate and doctrinal definitions of bypassing of the law: the concept of bypassing of the law is associated with the non-application of the conflict rule of the Law of Ukraine "About Private International Law"; bypassing of the law is embodied in the active volitional actions of the subject, which can be carried out both in the form of intent and negligence; bypassing of the law is an offense, the specificity of which is manifested in legal liability; legal responsibility for bypassing the law lies in the state's failure to recognize the consequences of bypassing the law. A transaction that has arisen as a result of bypassing the law is null and void and can be challenged in court.

The authors of the article connect the first group of insignificant transactions that arise as a result of bypassing of the law with non-compliance with the form of the transaction provided by the Law of Ukraine "About Private International Law". The research analyzes the requirements for the form of the transaction in the context of the application of various conflicting links to the regulation of this transaction.

The second group of insignificant transactions that arise as a result of bypassing of the law are transactions concluded by persons who do not have the required amount of legal capacity. The article analyzes the methods of determining the legal capacity of individuals and legal entities in the context of the application of the relevant conflict of laws. It is emphasized that establishing the location of a legal entity is not sufficient to determine its legal personality. After determining the legislation of the country which regulates the legal personality of a legal entity, it is advisable to find out the organizational and legal form of the legal entity and the goals of its activities in accordance with the constituent document.

The third group of transactions, which may arise in international legal relations and are a consequence of bypassing of the law, is represented by transactions that violate public order in the state or society. Normative and doctrinal definitions of public order are very broad. The article substantiates the idea that the institution of public order is not only a legal property, but also covers other social norms in society. This proposes the conclusion that courts should interpret public order depending on the actual circumstances.

Key words: bypassing of the law, binding, conflict rule, insignificant transaction, offense, form of transaction, scope of legal capacity, public order.

Постановка проблеми. У повсякденному житті ми часто зіштовхуємося з обходом закону. Скажімо, чоловік і жінка не реєструють шлюб і не зазначають у свідоцтві про народження дитини батька дитини, щоб жінка набула статусу одинокої матері й права на отримання соціальної допомоги. Роботодавць не укладає трудовий договір, щоб не надавати найманому працівнику тру-

дові й соціальні гарантії. Проблема реєстрації суб'єктів підприємництва в офшорних зонах із метою уникнення оподаткування відповідної діяльності набула глобальних масштабів.

Обхід закону в приватних відносинах за участі іноземного елемента має свою специфічність, яка об'єктивно зумовлена двома причинами:

– відмінностями правового регулювання одного й того ж правовідношення за законодавством різних країн;
– широким застосуванням «закону автономії волі сторін» (*lex voluntatis*). Реалізація колізійної прив'язки *lex voluntatis* означає, що в багатьох випадках право вибору законодавства відповідної країни для регулювання прав та обов'язків, визначених правочином, надається сторонам цього правочину.

Як наслідок вищезазначеного в деяких осіб виникає ілюзія того, що закон однієї країни легко обійти, створивши штучні умови для застосування закону іншої країни. Зважаючи на вищевикладене, наукове дослідження обходу закону в міжнародному приватному праві має важливе значення.

Аналіз досліджень і публікацій. Обхід закону досліджувався такими вченими, як В.В. Балдинюк, Е.М. Грамацький, А.С. Довгерт, О.С. Іоффе, В.І. Кисіль, О.Р. Кібенко, Л.А. Лунц, Ю.В. Підкова, Н.В. Погорецька. Більшість вчених досліджують поняття обходу закону, концепції обходу закону, обхід закону в контексті тих або інших відносин: співвідношення обходу закону із застереженням про публічний порядок, обхід закону в аспекті діяльності транснаціональних компаній, обхід закону в сімейних і шлюбних відносинах. Незважаючи на значний науковий інтерес до обходу закону, серед науковців не існує єдиного підходу щодо поняття обходу закону. Недостатньою мірою досліджені питання ознак і правових наслідків обходу закону.

Мега статті полягає в дослідженні ознак і правових наслідків обходу закону в міжнародному приватному праві України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Поняття обходу закону в міжнародному приватному праві неодноразово досліджувалось вітчизняними вченими. Так, В.В. Балдинюк пропонує викласти його в такій редакції: обхід закону – це дії осіб (особи) з порушення правил цього Закону з умислом або без нього, з умисного створення фактичних обставин (обсягу колізійної норми) через прихований намір, волю (удавані дії), з помилкової кваліфікації [1, с. 170]. На думку Є.Д. Боярського, обхідом закону є дії учасників приватноправових відносин щодо створення та/або припинення одного або кількох іноземних елементів із метою застосування до таких приватноправових відносин права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством [2, с. 163].

Згідно з п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» обхід закону – це застосування до правовідносин з іноземним елементом права іншого, ніж право, передбачене відповідним законодавством. З легітимного й доктринальних визначень обходу закону можна виділити такі ознаки цього діяння:

1) Легітимне поняття «обхід закону» пов'язується з *незастосуванням* норми Закону України «Про міжнародне приватне право». Іншими словами, під обходом закону в міжнародному приватному праві України розуміється обхід норми Закону України «Про міжнародне приватне право». Унаслідок обходу норми Закону України «Про міжнародне приватне право» суб'єкт застосовує норми права іншої країни, а не тієї країни, яка вказана в прив'язці колізійної норми;

2) Юридична конструкція «право, передбачене відповідним законодавством» має на увазі прив'язку колізійної норми. Саме в прив'язці колізійної норми зазначається, право якої країни повинно застосовуватись до регулювання відносин, ускладнених іноземним елементом. Отже, обхід закону – це незастосування *прив'язки колізійної* норми Закону України «Про міжнародне приватне право»;

3) Обхід закону втілюється в активних вольових діях суб'єкта (віїзд до певної іноземної держави, зазначення в договорі права певної держави, реєстрація на території певної держави правового статусу особи або правового

статусу майна тощо). Обхід закону особа може здійснити як шляхом умисних дій, так і з необережності;

4) Віднесення обходу закону до таких юридичних фактів, як дії, зумовлює питання про правомірність чи неправомірність цих дій. На думку Ю.В. Підкови, дії, в яких втілюється обхід закону, «не є ні правопорушеннями, ні правомірною поведінкою, але, як і будь-які дії, що становлять зловживання правом, являють собою різновид дій, які умовно можна визначити як «непідтримувана правовою системою реалізація права» [3, с. 203]. Ми не згодні з позицією Ю.В. Підкови. На наш погляд, обхід закону є правопорушенням. Як і будь-якому правопорушенню, обходу закону притаманні такі ознаки, як соціальна небезпечність, протиправність, винність особи, яка його вчинила. Обхід закону має свідомо-вольовий характер. Специфічність обходу закону як правопорушення проявляється в юридичній відповідальності. Юридична відповідальність полягає в невизнанні державою наслідків обходу закону.

Згідно зі ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право» правочин 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. Тільки на перший погляд наслідки обходу закону у вигляді нікчемності правочину вбачаються логічними й зрозумілими. На практиці проблема виявляється складнішою. Закон України «Про міжнародне приватне право» не визначає ні поняття нікчемного правочину, ні його ознак. Згідно із ч. 2 ст. 215 Цивільного кодексу України недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У такому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається.

Ми не поділяємо думку законодавця про те, що визнання правочину нікчемним не належить до повноважень суду. Нам ближча позиція Є.В. Свтушенка, Б.Д. Леонова, які вважають, що висновок про відповідність того чи іншого правочину вимогам закону дуже часто потребує ґрунтовного юридичного аналізу, а отже, є справою суду [4, с. 117]. У розвиток досліджень зазначених вчених вважаємо за необхідне додати: правочин, який виник внаслідок обходу Закону України «Про міжнародне приватне право», може бути оскаржений до суду. Суд має право й обов'язок встановити дійсність або недійсність такого правочину.

Нікчемні правочини в наукових доробках називають «абсолютно недійсними» або «мертворожденними» [4, с. 117]. Нікчемність правочину означає нездатність такого правочину породжувати правові наслідки.

У загальному вигляді нікчемні правочини, які визнані такими за законодавством України, можна класифікувати таким чином:

- правочини, які укладені з недодержанням форми, що передбачена законодавством;
- правочини, укладені особами, які не мають потрібного обсягу дієздатності;
- правочини, які порушують публічний порядок у державі чи суспільстві.

1. *Правочини, які укладені з недодержанням форми, що передбачена законодавством.* Форма правочину в міжнародному приватному праві насамперед визначена ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право». Згідно із ч. 1 ст. 31 Закону, якщо інше не передбачено законом, форма правочину має відповідати вимогам права, яке застосовується до змісту правочину. Зміст правочину може регулюватися правом, яке обрано сторонами, якщо інше не передбачено законом. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найтісніший зв'язок із правочином. Як бачимо, обрання форми правочину насамперед пов'язується з колізійною прив'язкою «закон автономії волі сторін» (*lex voluntatis*).

Якщо сторони правочину не обрали закон, тоді застосовується колізійна прив'язка «закон найтіснішого зв'язку» (*lex connectionis fermitatis*).

Згідно із ч. 1 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» для того, щоб форма правочину відповідала законодавству, досить дотримання вимог права місця його вчинення, а якщо сторони правочину знаходяться в різних державах, – права місця проживання або місцеперебування сторони, яка зробила пропозицію, якщо інше не встановлено договором. З такої норми слідує, що до форми правочину також може застосовуватись колізійна прив'язка «закон місця проживання фізичної особи» (*lex domicilii*) або «закон місця вчинення угоди» (*lex loci solutionis*).

Згідно із ч. 2 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» форма правочину щодо нерухомого майна визначається відповідно до права держави, в якій знаходиться це майно. У такому випадку йдеться про «закон місця знаходження речі» (*lex rei sitae*).

Зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається у формі, передбаченій Законом України «Про міжнародне приватне право», незалежно від місця його укладення, якщо інше не встановлено міжнародним договором України. Вказана норма визначає пріоритетність норм міжнародних договорів. Якщо той чи інший вид зовнішньоекономічного договору не регулюється міжнародною угодою, тоді він регулюється Законом України «Про міжнародне приватне право».

Щодо вимог матеріальних норм внутрішнього законодавства країн, то як за законодавством України, так і за законодавством зарубіжних країн правочини можуть укладатися: а) в усній формі; б) у письмовій формі; в) у письмовій нотаріально посвідченій формі; г) у письмовій формі й реєструвались у відповідних органах.

На думку К.О. Єременко, в сучасному європейському законодавстві простежується спрощення значення форми правочину. Найбільш лояльними в питаннях вимог щодо форми правочину є країни англо-американської системи права, де особливі вимоги до форми правочину розглядаються як вимушений захід, необхідний для забезпечення інтересів слабшої сторони правочину або публічного інтересу, більшість договорів за такої умови є простими, які можуть укладатися як у письмовій, так і в усній формі [5, с. 11]. Водночас у всіх країнах світу сформовані жорсткі вимоги щодо форми правочину, за яким відчується нерухоме майно.

2. *Правочини, укладені особами, які не мають потрібного обсягу дієздатності.* Обсяг дієздатності фізичної особи визначається її «особистим законом» (*lex personalis*). Різновидами «особистого закону» фізичної особи є «закон громадянства особи» (*lex patriae, lex nationalis*) та «закон місця проживання особи» (*lex domicilii*). «Закон громадянства» означає застосування права тієї держави, громадянином якої є така особа. «Закон місця проживання» означає застосування права тієї держави, де відповідна особа постійно чи переважно проживає.

Законодавство всіх країн пов'язує набуття повної цивільної дієздатності з настанням повноліття. Водночас слід враховувати три моменти: в країнах англо-американської правової сім'ї звичного для нашого розуміння інституту дієздатності не існує, вік повноліття в різних державах суттєво відрізняється, на обсяг дієздатності впливає інститут емансипації. Як зазначає М.С. Саградян, положення емансипованої особи наближене до правового статусу повнолітньої особи, але в таких статусах є різниця [6, с. 71]. Вказана різниця може мати вирішальне значення для визначення обсягу дієздатності. Загалом, набуття фізичною особою цивільної дієздатності до досягнення повноліття (емансипація) може пов'язуватись з одруженням, вступом на військову службу, працевлаштуванням за

трудоим договором, здатністю забезпечувати себе матеріально тощо.

Обсяг дієздатності юридичної особи визначається «законом національності» юридичної особи (*lex societatis*) та «особистим законом» юридичної особи. Формула прикріплення *lex societatis* означає застосування права тієї держави, якій належить юридична особа.

Положеннями Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлено, що цивільна правоздатність і дієздатність юридичної особи визначається «особистим законом» юридичної особи. «Особистим законом» юридичної особи вважається право держави місцеперебування юридичної особи. Місцеперебуванням юридичної особи є держава, в якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена згідно з правом цієї держави (теорія інкорпорації). Якщо місце реєстрації юридичної особи встановити не можливо, застосовується право держави, в якій знаходиться виконавчий орган управління юридичної особи (теорія осілості).

На наш погляд, встановлення місцеперебування юридичної особи не досить для з'ясування її правосуб'єктності. Після визначення, законодавством якої країни регулюється правосуб'єктність юридичної особи, доцільно з'ясувати організаційно-правову форму юридичної особи й цілі її діяльності згідно з установчим документом. Організаційно-правова форма юридичної особи й цілі її створення повинні відповідати вимогам законодавства країни її створення. Якщо місце реєстрації юридичної особи встановити не можливо, то форма юридичної особи й цілі її створення мають відповідати вимогам законодавства країни, в якій знаходиться її виконавчий орган.

3. *Правочини, які порушують публічний порядок у державі чи суспільстві.* Ні Закон України «Про міжнародне приватне право», ні інші законодавчі акти України не визначають поняття публічного порядку. Згідно з п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» під публічним порядком належить розуміти правопорядок держави, визначальні принципи й засади, які становлять основу чинного в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо). Згідно зі ст. 5 проекту Закону «Про публічний порядок» від 19 листопада 2018 року публічний порядок – це урегульована правовими й іншими соціальними нормами система суспільних відносин, що забезпечує захист прав і свобод громадян, їх життя та здоров'я, повагу до честі й людської гідності, дотримання норм суспільної моралі [7].

Мартін Лодж визначав публічний порядок як заснований на національних соціальних, політичних, культурних та інших особливостях устрій конкретної країни (спільноти), що дозволяє його членам задовольняти свої власні інтереси, зберігаючи свою внутрішню ідентичність, з одного боку, й будучи відкритими до сприйняття зовнішніх впливів, – з іншого [8, с. 273–288].

Усі вищезазначені дефініції публічного порядку дуже широкі. Для них характерна наявність значної кількості оцінних понять і відсутність чіткого змісту. Деякі вчені пропонують елементи публічного порядку, за наявності одного з яких діяння можна кваліфікувати як несумісне з публічним правопорядком в Україні. Так, В.І. Кисіль виділяє такі елементи, які входять до змісту «основи правопорядку» України: 1) основні фундаментальні принципи національного права України, які охоплюють такі імперативні норми публічного, приватного й процесуального права, що становлять скелет правопорядку в Україні; 2) загальновизнані принципи моралі й справедливості, важливі для українського правопорядку й панівні в українському суспільстві;

3) законні інтереси українських фізичних та юридичних осіб, української держави й українського суспільства, захист яких є основним завданням української правової системи; 4) загальновизнані принципи й норми міжнародного права, які є частиною української правової системи, й особливо міжнародно-правові стандарти прав людини [9, с. 376]. Не применшуючи важливість досліджень В.І. Кисіля, слід відзначити, що сформульовані ним елементи правопорядку також не конкретизовані.

На наш погляд, проблема чіткого окреслення публічного порядку в суспільстві зумовлена тим, що такий інститут не є суто правовим інститутом, а охоплює інші соціальні норми в суспільстві. А соціальні норми за своєю сутністю не є конкретними, деталізованими. Соціальні норми не прописані в нормативних актах чи інших офіційних джерелах, вони «живуть» у свідомості людей. Тому, досліджуючи публічний порядок, ми приєднуємось до думки І.Н. Звягіної про те, що головною ознакою публічного порядку вбачається його трактування залежно від обставин реальної ситуації. Загальновизнаним є те,

що запобігання злочинам, захист меншин і суспільного здоров'я охоплюються захистом публічного порядку. Фактично категорія публічного порядку є найвідкритішою для тлумачення, адже стосується будь-якого аспекту ефективного функціонування суспільства й держави [10, с. 25–28].

Висновки. Поняття обходу закону в міжнародному приватному праві України пов'язане з незастосуванням колізійних прив'язок норм Закону України «Про міжнародне приватне право». Обхід закону втілюється у вольових активних діях суб'єкта, які кваліфікуються як правопорушення. Наслідком обходу закону є визнання правочинів та інших дій учасників приватноправових відносин нікчемними. Обхід закону може проявлятися в недотриманні форми правочину, укладенні правочину особами, які не мають потрібного обсягу дієздатності, порушенні публічного порядку в державі чи суспільстві. Правочин, який виник внаслідок обходу Закону України «Про міжнародне приватне право», може бути оскаржений до суду. Суд має право й обов'язок встановити дійсність або недійсність (нікчемність) такого правочину.

ЛІТЕРАТУРА

1. Балдинюк В.В. Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2008. 194 с.
2. Боярський Є.Д. Проблема законодавчого визначення обходу закону в міжнародному приватному праві. *Приватне право і підприємництво*. 2015. Вип. 14. С. 161–164.
3. Підкова Ю.В. «Обхід закону» в аспекті діяльності транснаціональних компаній. *Форум права*. 2016. № 3. С. 203–208.
4. Євтушенко Є.В., Леонов Б.Д. Недійсність правочину у цивільному судочинстві. *Інформація і право*. 2017. № 4. С. 116–121.
5. Єременко К.О. Цивільно-правові наслідки недотримання вимог щодо форми правочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2014. 22 с.
6. Саградян М.С. Цивільна дієздатність фізичної особи в Україні та в зарубіжних країнах. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 4. С. 69–73.
7. Про публічний порядок : Проект Закону № 9300 від 19 листопада 2018 р. / *Верховна Рада України*. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=9300&skl=9
8. Lodge M. Comparative Public Policy. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods* / Ed. By F. Fischer, D.J. Miller, M.S. Sidney. New York : CRC Press, 2007. P. 273–288.
9. Міжнародне приватне право. Загальна частина : підручник / за заг. ред. А.С. Довгерта, В.І. Кисіля. Київ : Алерта, 2012. 376 с.
10. Звягіна І.Н. Питання публічного порядку під час визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу в Україні. *Приватне та публічне право*. 2018. № 1. С. 25–28.