

Summary

The article includes invalids physical work defense analysis on level of international legal enforcement and on level of national legislation. The author gives own vision of world problem decision and proposes to society and governmental structures not only challenge a problem of invalid's state, but to make real steps to improving their life conditions.

Отримано 27.04.2009

**Д. В. ПШЕНИЧНЮК**

*Дмитро Владиславович Пшеничнюк,  
здобувач Інституту міжнародних відносин  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

**КОЛІЗІЙНА ДОКТРИНА ВИРІШАЛЬНОГО ВИКОНАННЯ  
ТА ПРИНЦИП ТІСНОГО ЗВ'ЯЗКУ: КОНТИНЕНТАЛЬНА ТРАДИЦІЯ**

Механізм колізійно-правового регулювання, закріплений у ст. 3 і 4 Конвенції про право, що застосовується до договірних правовідносин, складається із двох принципів: автономії волі та тісного зв'язку. Положення цих статей Конвенції спеціалісти називають серцем континентальної кодифікації, оскільки вони визначають механіку вибору права у сучасній Європі<sup>1</sup>. Так, за відсутності вибору права, що регулює правовідносини сторін, визначення права, що підлягатиме застосуванню, відбувається на підставі колізійного принципу тісного зв'язку. Цей колізійний принцип є абстрактним, відтак його зміст, тобто право, яке підлягає застосуванню, залежить від обставин конкретної справи та визначається через допоміжні презумпції тісного зв'язку.

Дослідження показують, що застосування тісного зв'язку було знайоме Європі, зокрема поширене в Англії, Франції, Німеччині та інших країнах. Проте використання колізійних презумпцій для встановлення тісного зв'язку стало справжньою правовою новелою для більшості європейських країн, за винятком хіба що Швейцарії, яка ще до появи Конвенції сформулювала фундаментальну доктрину та мала відповідну судову практику в цьому питанні.

Дія більшості колізійних презумпцій Конвенції побудована на доктрині вирішального виконання (characteristic performance). Це означає, що географічно право тісного зв'язку співпадає з країною, де сторона, яка здійснює вирішальне виконання для договору, проживає або веде підприємницьку діяльність.

Аналіз змісту презумпцій Конвенції показує, що вони покликані слугувати апріорними орієнтирами та настановами судді при визначенні виконання, що має вирішальне значення для договору. З одного боку, їх запровадження зумовлене бажанням надати процесу застосування колізійного принципу права тісного зв'язку рис об'єктивності, передбачуваності та прогнозованості в очах судді та сторін договору. З іншого боку, запровадження презумпцій дозволяє покінчити із застосуванням доктрини домислюваного наміру сторін (presumed intention), яка надавала судді право визначати тісний зв'язок суб'єктивно, спираючись не на об'єктивні елементи справи, а виходячи із власних уявлень про те, що вважати такими елементами. Розробники Конвенції, очевидно, не бажали допустити реалізації англійського підходу до встановлення тісного зв'язку, який був схожий на американський або латиноамериканський та зводився до того, що суд розглядав справу без об'єктивних презумпцій та жодних інших настанов.

Розглядаючи аргументи «за» і «проти» запровадження презумпцій у сукупності, насамперед слід позитивно оцінити наявність презумпцій у тексті Конвенції. На нашу дум-

ку, проблема полягає в тому, що суб'єктивність є недоліком будь-якого судового рішення, а стандарти судочинства повинні бути раціонально доведені та обґрунтовані і не залежати від бажання чи інтерпретації судді. Презумпції ж є об'єктивно виведеним орієнтиром, який може бути раціонально усвідомлений та виведений суддею або стороною. Вони мають подвійну захисну функцію, оскільки захищають, по-перше, – сторону від суддівського свавілля, а по друге, – суддю (арбітра) від суб'єктивізму сторони та можливих тенденційних апеляцій.

У доктрині МПРП склалася класифікація презумпцій. Так, усі презумпції тісного зв'язку, передбачені у Конвенції, поділяються на загальні та спеціальні презумпції.

Загальні презумпції, передбачені ч. 2 ст. 4 Конвенції, встановлюють, що право тісного зв'язку залежить від того, який характер має договір – комерційний або особистий. Коли стороною, яка здійснює вирішальне виконання для договору, є фізична особа, тоді правом, яке має найбільш тісний зв'язок із договором, буде право її місця проживання на момент укладення договору. Коли такою стороною є підприємство, то таким правом буде право його основного місцезнаходження або субсидіарного місцезнаходження за умови, якщо воно співпадає із місцем виконання зобов'язання на момент укладення договору.

Спеціальні презумпції встановлені ч. 3, 4 ст. 4 Конвенції для двох видів договорів. Для договорів, предметом яких є право власності на нерухоме майно або право користування таким майном, передбачено, що така угода має найбільш тісний зв'язок із місцем розташування нерухомості. Для договорів перевезення правом, що тісно пов'язане із договором, вважається право країни, де розташоване основне комерційне підприємство перевізника, за умови, що ця країна є одночасно місцем навантаження чи розвантаження або країною основного місцезнаходження комерційного підприємства вантажовідправника. В ст. 4 (4) Конвенції вказується, що ця презумпція також застосовується до чартер-партії та інших договорів, якщо їх метою є перевезення товару.

Складовою частиною усіх спеціальних та загальних презумпцій, закріплених у ст. 4 Конвенції, є колізійна доктрина вирішального виконання. Ця доктрина вважається визначальною ознакою континентального підходу тісного зв'язку, з чим погоджуються практично усі критики Конвенції<sup>2</sup>. Вона індивідуалізує та відрізняє принцип тісного зв'язку від американського гнучкого підходу суттєвого зв'язку, запропонованого у Другому зведенні правил з колізійного права та латиноамериканського підходу, використаного у Міжамериканській конвенції. Між тим, доктрина вирішального виконання залишається непростою для сприйняття, незважаючи на її поширення на європейському континенті, та порівнюється спеціалістами за рівнем складності із концепцією імперативних норм Конвенції.

Сутність доктрини вирішального виконання, на думку Л. Коллінса, полягає у тому, що вона виокремлює виконання однієї із сторін договору як таке, що має більш вирішальне значення для укладення договору в цілому. Таким виконанням, стверджує А. Джеффей, є виконання сторони, роль якої за договором є більш активною та суттєвою, чіє виконання відносно договору є більш складним»<sup>3</sup>.

На практиці завдання правильно визначити сторону, яка здійснює вирішальне виконання, є доволі простим, коли мова йде про односторонній правочин (договір). У таких договорах лише одна сторона здійснює виконання, яке одночасно є вирішальним для укладання усього договору. Складнішим виглядає завдання визначити регулююче право у двосторонньому правочині (договорі), де кожна із сторін зобов'язана здійснити взаємне виконання. Для цього у текст Конвенції була введена доктрина вирішального виконання.

Порівнюючи характер виконання обох сторін у синаллагматичному договорі, один із авторів Конвенції – професор О. Ландо констатує, що у більшості випадків вирішальним виконанням є виконання сторони, яка здійснює роботи, а не зустрічне виконання іншої сторони, яке полягає у зобов'язанні сплати грошей за виконану роботу. По суті, О. Ландо применшує значення обов'язку сторони сплатити кошти до другорядного виконання, яке не носить вирішального характеру. Розробники Конвенції прийняли до уваги той факт, що сучасна економіка має очевидний монетарний характер, тому грошове зо-

бов'язання може мати в сучасних умовах значення тільки другорядного виконання, за винятком певних випадків (наприклад, договорів позики, кредиту)<sup>4</sup>.

Слід зазначити, що автори Конвенції вказували на очевидність закономірного зв'язку між договором та національною економікою держави через призму вирішального виконання. Так, вони наполягали на тому, що договір вкорінений до національної економіки тієї держави, в якій відбувається його вирішальне виконання, оскільки в межах такої економіки слід вчинити активні дії для створення предмету договору. Наприклад, для договору купівлі-продажу товару, як правило, в межах національної економіки продавця необхідно зібрати сировину для виготовлення товару, акумулювати інтелектуальні та людські ресурси, залучити фахівців, забезпечити технічний процес виготовлення товару та стандарти якості і безпеки продукції тощо. Очевидно, що національна економіка країни продавця буде більш глибоко пов'язана із договором купівлі-продажу у порівнянні із економікою країни покупця. Таким чином, через застосування доктрини вирішального виконання відбувається об'єктивізація тісного зв'язку між договором та національною економікою відповідної країни. Під час підготовки Конвенції доповідачі Джуліано і Легарде назвали такий зв'язок соціально-економічним феноменом договору, зауваживши, що «певне виконання відсилає до функцій, які юридичні правовідносини виконують в економічному та соціальному житті певної країни, пов'язуючи договір із соціальним та економічним середовищем цієї країни»<sup>5</sup>.

Варто вказати, що теза творців Конвенції про соціально-економічну функцію доктрини має своїх опонентів. Так, англієць К. Липстейн критикує соціальну функцію доктрини вирішального виконання, називаючи саме поняття «соціальне» пихатим і таким, що приховує реальну ціль застосування доктрини. Насправді мета доктрини, на думку вченого, полягає в пошуку одного місця виконання договору, в якому можливо сконцентрувати більшість правовідносин зобов'язання. Пошук такого єдиного місця дає змогу автоматично ідентифікувати право, що підлягає застосуванню, тобто вказує на ті правові положення, які у разі необхідності будуть доповнювати умови договору (*droit suppletif*), або які будуть впливати на юридичну чинність зобов'язання, зокрема, встановлювати його недійсність чи незаконність тощо (імперативне право). Вирішуючи дилему – застосування права держави, де знаходиться сторона, яка зобов'язана здійснити виконання у натурі або держави, де знаходиться сторона, що має сплатити кошти, – вчений виявляє схильність до першого варіанту. На його думку, закономірним та логічним є те, що сторона, яка зобов'язана здійснити виконання специфічних договірних обов'язків у натурі, буде покладатися на власне право та керуватися його настановами для з'ясування обсягу, умов та наслідків матеріального виконання власних обов'язків. Обстоюючи зазначений утилітарний підхід, К. Липстейн пояснює його вимогами раціональності та аксіоматичним постулатом, відповідно до якого слід застосовувати право держави вирішального виконавця для того, щоб визначити специфічні деталі та нюанси виконання зобов'язання в натурі, наслідки його неналежного виконання, неможливість його виконання або його незаконність.

Водночас надання переваги праву сторони, яка здійснює вирішальне виконання, підтримується іншими вченими. О. Ландо зазначає, що цей варіант є також економічно обґрунтованим. З одного боку, застосування до договору права місця його виконання дозволяє мінімізувати витрати цієї сторони на трансакцію, оскільки особа, на яку покладено обов'язок вирішального виконання, звертається до приписів власного права, які їй знайомі на відміну від приписів іноземного права іншої сторони. Таким чином, у такої сторони відсутня необхідність отримання консультацій щодо правових, технічних та інших стандартів виготовлення продукції. З іншого боку, в сучасних умовах розвитку економіки прогнозування ризиків та обчислення витрат підприємства, що можуть виникати внаслідок укладення комерційних договорів із контрагентами із різних юрисдикцій, може бути проведено коректно та достовірно підприємством лише за умов, коли зазначені договори регулюються одним правом, наприклад, правом місцезнаходження підприємства.

Важливе значення для встановлення вирішального виконання відіграє з'ясування природи (властивостей) правовідносин<sup>6</sup>. Як бачимо, природа договору є визначальним

критерієм не лише для цивілістичної класифікації та диференціації договорів за типами, а й має суттєве значення для об'єктивного встановлення права, що підлягає застосуванню (ідентифікації сторони, яка здійснює вирішальне виконання). Фактично взаємозв'язок між колізійною доктриною вирішального виконання та цивілістичною класифікацією договорів розкривається через пошук у конкретному договорі того обов'язку, зміст якого визначає характер та тип такого договору. З цим погоджується професор К. Ліпстейн, який наголошує, що поняття «вирішальне виконання» є тотожним поняттю «вирішальний обов'язок» (зобов'язання) та відзначає, що ідентифікація самого вирішального виконання відбувається шляхом пошуку у договорі вирішального обов'язку, зміст якого визначає природу договору та надає такому договору індивідуальні риси договору певного типу (купівлі-продажу, зберігання, транспортування)<sup>7</sup>. В юридичній літературі, узагальнює Г. де Олівера, такий вирішальний обов'язок, тобто властивості правовідносин, які здатні забезпечити індивідуалізацію договору, часто називають наступними термінами: властива природа (*intrinsic nature*), сутність (*essence*), істинна природа (*true nature*) або вроджена ознака правовідносин (*inherent qualities*)<sup>8</sup>. Досліджуючи поняття вирішального обов'язку, слід звернути увагу на особливість, яка стосується грошового виконання у договорі. Йдеться про те, що обов'язок сторони сплатити кошти за договором, як правило, не може розглядатися як вирішальний, оскільки цей обов'язок не здатний забезпечити диференціацію договорів на основні види (*не надає договору індивідуальних ознак купівлі-продажу, перевезенню, зберіганню тощо – Д.П.*), за винятком договору кредиту (позики)<sup>9</sup>.

З наведеного вище логічно випливає, що вирішальний обов'язок традиційно залежить від типології (природи) договору. Наприклад, вирішальним обов'язком для договору купівлі-продажу є передача товару, для договору кредиту – передача грошей, для договору надання послуг – надання послуг, для договору перевезення – надання послуг із перевезення. У контексті викладеного вище стає більш зрозумілою теза скандинавського професора О.Ландо, який констатує: «... в Європі ми любимо покласти кожен із видів договорів на окрему полицю або розділити на відповідну категорію»<sup>10</sup>.

Повертаючись до аналізу витоків такого диференціального європейського підходу до правовідносин, слід пам'ятати, що ідея досліджувати характер правовідносин (*Eigentumliche Natur*) для того, щоб визначити право, що підлягає застосуванню, належить Ф. К. Фон Савіні. Однак повноцінне вчення про типологію (класифікацію) договорів в європейському МПрП з'явилося пізніше – наприкінці XIX століття, завдяки науковому внеску німецьких колізіоністів Г. Харбергера, Л. фон Бара, Гієєра. Так, у 1896 році Г. Харбергер презентував власну класифікацію договорів у залежності від так званої диференціальної ознаки (*differentia specifica*) – сутності/природи, яка притаманна певному договору.

На початку XIX століття, вже після появи вчення про типологію договорів, в Європі утвердилася думка, що тип договору впливає на визначення права, що підлягає застосуванню. За твердженням професора Гутцвіллера, правильний спосіб визначення контрольної прив'язки у сфері договірної права передбачає необхідність групування правовідносин за їх спільною юридичною природою та економічними функціями і визначення шляхом ретельного аналізу міжнародних зв'язків для кожної із цих груп<sup>11</sup>.

Здійснюючи аналіз диференціальної ознаки договору для МПрП, слід констатувати, що саме ця гіпотеза стала причиною спеціалізації колізійних прив'язок: якісного переходу від застосування загальних колізійних правил (*lex loci contractus/solutionis*) до застосування індивідуального колізійного рішення – спеціалізованої прив'язки. По суті диференціальна ознака стала містком, який поєднав різні види договірних правовідносин із індивідуальним колізійним рішенням, чим у значній мірі забезпечила завершення процесу раціоналізації колізійного регулювання договірних відносин у сучасному МПрП.

Визначаючи місце колізійної доктрини вирішального виконання у структурі класичної колізійної норми, правомірно ототожнювати цю доктрину із обсягом колізійної норми. Цей висновок випливає із тези К. Ліпстейн, який називає колізійну доктрину вирішального виконання категорією правовідносин, посилаючись на те, що вона містить

фактичні умови застосування (operative facts) кожної із чотирьох колізійних прив'язок, які її супроводжують: місце проживання або місцезнаходження сторони, місцезнаходження адміністративного органу тощо. На нашу думку, слід погодитись з цим висновком К.Ліпстейна, адже, якщо ідентифікація вирішального виконання відбувається за допомогою визначення вирішального обов'язку у договорі, то очевидно, що йдеться про аналіз правовідносин, їх відмінних властивостей.

В сучасному МПрП існують деякі види договірних правовідносин, наприклад, договори міни, спільної діяльності, партнерства, де визначити вирішальне виконання практично неможливо<sup>12</sup>. Окремо слід виділити складності із визначенням змісту вирішального виконання у договорах дистрибуції, оскільки цей вид договору є складним та не вкладається у конструкцію простих договорів (виконання проти грошового виконання)<sup>13</sup>.

Якщо вирішальне виконання не може бути ідентифіковане судом за допомогою презумпцій, передбачених ч. 2-4 ст. 4 Конвенції, і виявляється, що договір має більш тісний зв'язок із іншою державою, ст. 4 (5) Конвенції дозволяє як виняток не застосовувати ці презумпції. Для цього колізійний принцип тісного зв'язку споряджений так званим запобіжним клапаном (safety valve). Робоча група запозичила таку техніку із швейцарського права. Швейцарські вчені А. Рожін, Ф. Вішер обґрунтовували потребу мати такий механізм тим, що він дозволяє захиститися від отримання механічного результату<sup>14</sup>. Однак, ще до появи Конвенції, це положення було піддано жорсткій критиці. Так, К. Недельман зазначив, що враховуючи існування керівних презумпцій для встановлення тісного зв'язку, наявність так званого «правила чорного ходу» є нелогічною та підкреслює еклектичність змісту ст. 4, оскільки не містить жодних настанов щодо того, як та коли його (*правило – Д.П.*) необхідно застосовувати<sup>15</sup>.

До того ж, у зв'язку із наявністю «правила чорного ходу» актуальною стала проблема «міцності» презумпцій та з'ясування обставин, коли презумпцію вирішального виконання можна змінювати на більш адекватну прив'язку. Вивчаючи цю проблему, англійські вчені С. Атрілл, Дж. Морсе вказують на два підходи<sup>16</sup> в МПрП. Відповідно до першого підходу суд може нехтувати презумпціями вирішального виконання лише у виняткових обставинах. Цей підхід отримав назву міцної моделі презумпції та застосовувався у *Sierratel v Barclays Bank* (Англія, 1998) *Societe Nouvelle des Papeteries de l'Aa v Machniefabriek BOA* (Нідерланди). Цю модель також обстоюють автори Конвенції. Згідно другого підходу англійський суд повинен ігнорувати місце вирішального виконання, коли таке місце має незначний зв'язок із договором на користь права найтіснішого зв'язку. Ця модель була реалізована під час розгляду справ *Bloch v. Lima* (Франція 1991), *Definitely Maybe (Touring) v. Marker Lieberberg* (Англія, 2001).

Оцінюючи ці моделі, С. Атрілл розглядає два підходи як дві протилежні межі спектру міцності презумпцій вирішального виконання<sup>17</sup>. Він дійшов висновку, що модель міцної презумпції покликана посилити юридичну сталість (legal certainty), оскільки дозволяє підприємствам та комерційним особам отримати передбачувану юридичну систему, яка дозволяє їм здійснювати ефективне планування<sup>18</sup>. На нашу думку, такий підхід є логічним і тому, що слабка модель презумпції «розв'язує руки» судді та дозволяє застосовувати будь-які колізійні прив'язки для визначення права. По суті застосування моделі слабкої презумпції перетворює конвенційний принцип тісного зв'язку на аналог американського принципу суттєвого зв'язку, який може базуватися на зваженні або арифметичному перерахуванні більшості колізійних прив'язок, наявних у справі (центр ваги зобов'язання).

<sup>1</sup> North P. M., Fawcett J. J. Private International Law 13-th edition, – pp. 553.

<sup>2</sup> Jeunger F. The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation: Some Critical Observations//Virginia Journal of International Law № 22, 1981-1982. – pp. 132.

<sup>3</sup> Jaffey, A.J.E., The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention // International Comparative Law Quarterly № 33, 1984 – pp. 547.

<sup>4</sup> Official Report by Giuliano and Lagarde// Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050// [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_en.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm).

<sup>5</sup> Official Report by Giuliano and Lagarde/ Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050/[http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_en.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_en.htm).

<sup>6</sup> Див.: Мережко А. Наука міжнародного частого права: история и современность, – К., 2006. – С. 89-113, Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право» під заг. ред. А.С.Довгерт, – Х., 2008. – С. 200 (у співавтор. з Серьогіним О. Ю.), В. І. Кисіль, Міжнародне приватне право: питання кодифікації, – К., 2000р. – С. 99.

<sup>7</sup> Lipstein K. Characteristic Performance A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for EEC//Northwestern Journal of International Law & Business № 3 1981 – pp. 404

<sup>8</sup> Jessurun d'Olivera H.U. «Characteristic Obligation» in the Draft EEC Obligation Convention // American Journal of Comparative Law № 35 1977. – pp. 308.

<sup>9</sup> Scitner 2 Handbuch des Internationalen Privatrechts 1958 – pp. 643.

<sup>10</sup> Lando O. Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligation// The King's College Law Journal, № 7, 1996-1997. – pp. 67.

<sup>11</sup> Gutzwiller P. International Privatrecht. – pp. 1609.

<sup>12</sup> Lando O. Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligation// The King's College Law Journal, № 7, 1996-1997. – pp. 68.

<sup>13</sup> Більш детально див. Hill J. Choice of Law in Contracts under Rome Convention the Approach of the UK Courts // International and Comparative Law Quarterly, № 53, 2004. – pp. 334.

<sup>14</sup> Nedelmann K. H. Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations// American Journal of Comparative Law, № 24, 1976. pp. 10.

<sup>15</sup> Nedelmann K. H. Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations// American Journal of Comparative Law, № 24, 1976. – pp. 12

<sup>16</sup> Цей доктринальний поділ презумпцій на дві моделі, передбачений у рішенні по справі Definitely Maybe (Touring) v Marker Lieberberg (2001) 1WRL 1745.

<sup>17</sup> Simon A. Choice of Law in Contracts: The Missing Pieces of the Article 4 JIGSAW? // International and Comparative Law Quarterly № 53, 2004. – pp. 551.

<sup>18</sup> Simon A. Choice of Law in Contracts: The Missing Pieces of the Article 4 JIGSAW? // International and Comparative Law Quarterly № 53, 2004. – pp. 552.

#### Резюме

Статья содержит анализ порядка применения коллизионного принципа тесной связи в странах ЕС. В статье показана связь между доктриной решающего исполнения и данным принципом.

#### Summary

The article contains legal analysis of application of choice-of-law principles of the closest connection in EU's states. This article shows interrelation between doctrine of characteristic performance and aforementioned principle.

Отримано 17.06.2009

**М. С. ТУМАКОВА**

*Марія Едуардівна Тумакова, аспірантка  
Українського державного університету  
фінансів та міжнародної торгівлі*

### МІЖНАРОДНЕ ІНВЕСТИЦІЙНЕ ПРАВО ЯК ГАЛУЗЬ СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

У правовій доктрині однією з найскладніших та суперечливих проблем традиційно вважається питання про розподіл систем права на самостійні галузі. В останні роки в

© М. С. Тумакова, 2009