

9. Распоряжение Путина не освобождает Россию от обязательств. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lb.ua/world/2016/11/17/350987_rasporyazhenie_putina_osvobozhdaet.html

10. Отчет о действиях по предварительному расследованию (2016 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Ukraine.pdf>

11. Philippines' Duterte says may follow Russia's withdrawal from 'useless' ICC [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reuters.com/article/us-philippines-duterte-icc-idUSKBN13C0GS>

12. Gambia: The ICC Should Be Called the International Caucasian. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://foreignpolicy.com/2016/10/26/gambia-the-icc-should-be-called-the-international-caucasian-court/>

Ж. В. Чевичалова¹

ЩОДО ПРИНЦИПУ ТІСНОГО ЗВ'ЯЗКУ В ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Як відомо, використання прив'язки найбільш тісного зв'язку означає застосування до приватного правовідношення з іноземним елементом права тієї держави, з якою воно найбільш тісно пов'язане. За своєю сутністю найбільш тісний зв'язок є абстрактним критерієм, зміст якого може трактуватися принципово різним чином. При цьому пошук об'єктивних критеріїв для встановлення права, що підлягає застосуванню, базується на підходах, окреслених у доктрині Ф. Савіньї, з іменем якого традиційно пов'язують виникнення концепції гнучкого колізійного права. Згідно з доктриною Ф. Савіньї, під час встановлення застосовного права відбувається відшукування для кожного юридичного відношення тієї правової сфери, до якої воно належить за своєю природою.

На сучасному етапі розвитку міжнародного приватного права вивченню найбільш тісного зв'язку присвячені численні праці як зарубіжних, так і вітчизняних науковців, з огляду на його дедалі зростаючу застосовуваність. Серед учених пострадянського простору можна назвати В. В. Буланова, В. В. Кудашкіна, З. І. Вороніну; в Україні – вивченню цього питання приділяли увагу А. А. Степанюк, А. С. Довгерт, Е. М. Грамацький та ін.

¹ Кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Звертаючись до історії формування закону найбільш тісного зв'язку, слід зазначити, що він обумовлений природою і сутністю міжнародних приватних правовідносин, які потребують урегулювання. Незмінним є існування об'єктивної потреби у визначенні тієї правової системи, яка має з правовідношенням найбільш тісний зв'язок. Природа зазначених правовідносин не виключає застосування іноземного права за умови, що вибір застосовуваного права повинен здійснюватися об'єктивно в порядку і з підстав, визначених відповідною національною системою.

Від самого початку закон найбільш тісного зв'язку як формула прикріплення склався в англо-американській доктрині та практиці. Згодом в англійській доктрині були сформовані дві теорії, в яких знаходить свій вияв принцип найбільш тісного зв'язку, це теорія наміру і теорія локалізації. Відповідно до теорії наміру, правом найбільш пов'язаним із договором, є право, застосування якого входило до наміру сторін. Сутність теорії локалізації полягає у тому, що правом, найбільш тісно пов'язаним із договором, є право, з яким максимально пов'язані всі основні елементи договору.

Більшість країн світу в розумінні найбільш тісного зв'язку застосовує елементи обох теорій. Українська доктрина, наслідуючи традиції доктрини вітчизняної, вказує на колізійну природу принципу найбільш тісного зв'язку. Тенденція до застосування «гнучкої» колізійної норми, що відсилає до права держави, з якою правовідношення найбільш тісно пов'язане, вивела її розуміння за межі звичайної формули прикріплення. На сьогодні найбільш тісний зв'язок набув значення як один з основних спеціальних колізійних принципів міжнародного приватного права поряд із автономією волі. «Закон найбільш тісного зв'язку стає головною, пріоритетною колізійною прив'язкою стосовно договірних зобов'язань після автономії волі» [5].

У науковій літературі висловлювалася точка зору, обґрунтованість якої необхідно підкреслити. Згідно із цією думкою, принцип найбільш тісного зв'язку є загальним принципом міжнародного приватного права, що визначає основоположні засади у правовому регулюванні міжнародних приватноправових відносинах. Зазначений принцип стоїть над колізійними і матеріально-правовими методами правового регулювання таких відносин, що висвітлюють тільки окремі аспекти правового регулювання у цій сфері. Водночас колізійний і матеріально-правовий методи є спеціальними принципами міжнародного приватного права, застосування яких обумовлене дією принципу найбільш тісного зв'язку [4].

У багатьох сучасних національних кодифікаціях міжнародного приватного права найбільш тісний зв'язок відіграє подвійну роль – і колізійної

прив'язки, і, можливо не загального, однак спеціального принципу міжнародного приватного права. Якщо йдеться про колізійну прив'язку, доречнішим є вжиття терміна «закон найбільш тісного зв'язку».

Слід відзначити детальну розробленість закону найбільш тісного зв'язку саме на рівні регіональної уніфікації міжнародного приватного права. У Римській конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р., зокрема у ст. 4 зазначається таке: якщо сторони не обрали право, що підлягає застосуванню, то ним буде те право, з яким договір найбільш тісно пов'язаний.

Положення Римської конвенції 1980 р. тлумачили найбільш тісний зв'язок відповідно до концепції «характерного виконання». У документі закріплено максимально гнучке розуміння цього колізійного принципу. Згідно з Конвенцією, якщо з обставин справи в цілому вбачається, що договір має найбільш тісний зв'язок з країною іншою, ніж вищезазначені правила, то ці правила не застосовуються.

У 2008 р. Регламент ЄС Рим I увібрав у себе положення Римської конвенції. Зазначений Регламент передбачає застосування закону найбільш тісного зв'язку як субсидіарну прив'язку другого ступеня. Як генеральна колізійна прив'язка застосовується автономія волі. За умови відсутності реалізації автономії волі, а саме вибору права, застосовується закон країни звичайного місця проживання сторони, яка повинна здійснювати виконання, що є вирішальним для змісту договору.

Також ст. 4 Регламенту містить критерії вибору застосовного права для окремих видів договорів. Згідно із зазначеною статтею до договорів купівлі-продажу товарів застосовується право країни звичайного місця проживання продавця; до договору про надання послуг – право країни звичайного місця проживання постачальника послуг; до договору, предметом якого є речове право на нерухоме майно або оренду нерухомого майна – право місцезнаходження нерухомого майна; до договору комерційної концесії – право країни звичайного місця проживання правоволодільця; до договорів про збут продукції – право країни звичайного місця проживання сторони, яка здійснює збут; до договорів купівлі-продажу товарів з аукціону – право країни, де мала місце купівля-продаж з аукціону, якщо таке місце може бути визначено.

Протягом 1980 – х рр. принцип найбільш тісного зв'язку знайшов своє відображення і на рівні універсальних міжнародних договорів. У низці конвенцій було розроблено різні види критеріїв для визначення права, що підлягає застосуванню на підставі зазначеного принципу. Так, Віденська конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. у ст. 10

закріпила, що, якщо сторона має більш ніж одне комерційне підприємство, її комерційним підприємством вважається те, яке має найбільш тісний зв'язок із договором та його виконанням. Згідно зі ст. 8 Гаазької конвенції 1986 р., найбільш тісний зв'язок визначається через ділові відносини між сторонами. Стаття 3 Конвенції УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг при з'ясуванні тісного зв'язку виходить з обставин, що відомі сторонам або передбачалися ними в той чи інший момент до укладення або під час укладення договору.

Концепцію, закріплену в Римській конвенції 1980 р., було прийнято багатьма національними кодифікаціями. Федеральний закон Швейцарії «Про міжнародне приватне право» 1987 р., зокрема, є прикладом саме такого прийняття. Цей закон закріпив як базовий критерій визначення тісного зв'язку належність до права держави, в якій сторона, на яку покладено обов'язок здійснити подання, визначальне для суті зобов'язання, має звичайне місце перебування. У подальшому закон закріплює критерії визначення тісного зв'язку для окремих видів договорів: у договорах поруки, підядру та інших договорах про надання послуг – подання особи, що надає послуги; у договорах про відчуження майна – подання відчужувача і т.д.

На таких саме позиціях створення розвиненої системи критеріїв визначення сутності тісного зв'язку побудовано й закон України «Про міжнародне приватне право» 2005 р. Відповідно до ч. 2 ст. 32 Закону, у разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Далі у ст. 44 український законодавець закріпив запозичену з Римської конвенції концепцію «характерного виконання». Згідно із положеннями цієї статі, у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до частин 2 і 3 ст. 32 цього Закону, при цьому стороною, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, є: продавець – за договором купівлі-продажу; дарувальник – за договором дарування; одержувач ренти – за договором ренти; перевізник – за договором перевезення; підрядник – за договором підядру; страховик – за договором страхування і т. д. відповідно до виду договору.

Аналогічний підхід закріплено у Законі Румунії 1992 р. № 105, законі Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» 1996 р. та нормативних актах інших держав або суб'єктів федерацій і не тільки європейських. Як приклад можна навести Цивільний кодекс Квебеку 1991 р. Останній є одним із багатьох, що свідчать про необмеженість рамками Європейського Союзу значення Римської конвенції 1980 р. для розвитку принципу тісного зв'язку.

Розробленість цього принципу вже вийшла за регіональні межі і була сприйнята країнами, що належать до різних правових систем.

Такий підхід притаманний національним кодифікаціям міжнародного приватного права, що відбулися вже після 1980 р. Вони закріпили базові критерії, відповідно до яких визначається сутність тісного зв'язку з урахуванням традицій, притаманних тому чи іншому національному праву. У більш ранніх кодифікаціях, що містили закріплення тісного зв'язку, він застосовувався як принцип без закріплення у законі критеріїв його визначення. Зокрема, до таких належать Цивільний кодекс Португалії 1966 р. і Федеральний закон Австрії «Про міжнародне право» 1978 р.

Разом із тим прийняття Римської конвенції позбавило країни – члени ЄС необхідності приймати національні норми щодо створення системи критеріїв визначення тісного зв'язку. Одним із шляхів сприйняття підходу Римської конвенції стало відсилання до її норм, як це було зроблено в Італії, що демонструє повну згоду країни з критеріями, запропонованими цим міжнародним договором.

Підсумовуючи викладене, підкреслимо незамінність на сьогодні самої концепції найбільш тісного зв'язку, оскільки широке її застосування і зміна позитивного регулювання міжнародних приватних відносин є результатом об'єктивних світових процесів, визначальними серед яких є інтернаціоналізація міждержавних соціально-економічних відносин і глобалізація. Разом із тим найбільшої розробленості концепція тісного зв'язку дістала перш за все у сфері договірних відносин, хоча як гнучкий підхід найбільш тісний зв'язок можливо плідно застосовувати для відшукування найбільш пов'язаного з правовідношенням правопорядку в багатьох інститутах міжнародного приватного права. Зокрема, зазначена концепція пропонується на сьогодні одним з найуспішніших шляхів подолання такої складної проблеми, як «мобільний конфлікт» [1, с. 64].

Література:

1. Гармацький Е. Проблема мобільного конфлікту у міжнародному приватному праві / Ернест Гармацький // Підприємництво, гос – во і право. – 2011. – № 5. – С. 62–64.
2. Довгерт А. С. Законодавство України з міжнародного приватного права: Джерела запозичення. Теоретико – методологічні підходи до розуміння приватного права в сучасних умовах [Електронний ресурс] / А. С. Довгерт. – Режим доступу: [irbis – nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe](http://irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe)
3. Ерпылева Н. Ю. Коллизионные нормы в международном частном праве России и Украины / Н. Ю. Ерпылева, У. Е. Батлер // Государство и право. – 2007. – № 7. – С. 84–91.

4. Кудашкин В. Правовое регулирование международных частных отношений. [Электронный ресурс] / В. Кудашкин. – Режим доступа: <https://books.google.com.ua/books?isbn=5040068492>

5. Международное частное право [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://rutlib.com/book/6600/p/23>

V. Isakova¹

CONTRACTUAL CHOICE AND GOOD FAITH UNDER THE CISG

The role of contractual choice is identified in the general principle of Article 6, which provides that: «The parties may exclude the application of this Convention or, subject to Article 12, derogate from or vary any of its provision».

The limitation of Article 12 identifies that derogation or limitation will not be allowed if the contracting Member State makes an Article 96 declaration to this effect [16]. However, as the CISG is both international in nature and within the text allows leeway within its provisions for party autonomy, the effect of Article 12 CISG does not remove contractual choice in its entirety [14]. The impact of Article 12 simply requires that the CISG is the binding set of principles for contract, which overall provides a broad model of choice [15, p. 258]. In fact, the only mandatory Article in the whole of the CISG is Article 12 if one considers the text of Article 6 [15, p. 261]. There are inferences that there are other mandatory elements under the CISG, of which Article 7 is considered an important balance to freedom of contract [1].

The question of balance is an important consideration when dealing with an international regime that upholds the primacy of contractual freedom [13, p. 781]. The rationale for this is that having principles, such as good faith or fair dealing ensures that both parties really have freely engaged in and agreed to the given contractual terms [13, p. 790]. The problem present in cross – border contracting there is that there will always be a conflict of laws, unless there is international agreement that international laws and norms will take precedent (i.e. an international law merchant (*lex mercatoria*)) [9, p. 133]. The concept of *lex mercatoria* dates back to Medieval Europe, in which freedom to contract is the key underpinning with *pacta sunt servanda* [9]. In this period «international trade

¹ Ph.D., Senior Lecturer at the International Law department of the Yaroslav Mudryi National Law University.