

Смітюх А. В.,
Одеський національний університет
ім. І. І. Мечникова

Добросовісність за проектом ЦК України: проблема визначення змісту поняття

Україна планує приєднатись до правової традиції, яка визнає загальний принцип добросовісного виконання зобов'язань — ст.550 проекту Цивільного кодексу (ЦК) України застерігає, що зобов'язання виконуються згідно з принципами добросовісності, розумності та справедливості.

Сучасні вітчизняні дослідники вважають ці засади найважливішими оціночними критеріями, за допомогою яких суди встановлюватимуть, чи належним чином виконане зобов'язання¹.

З огляду на відсутність суддівської практики, нерозробленість проблеми у вітчизняній літературі, необхідно розглянути питання про те, яким чином суди визначатимуть зміст поняття добросовісності.

Уперше добросовісність як правова категорія була використана преторами Давнього Риму для «посилення, доповнення, або виправлення цивільного права»² — тобто для оновлення суворого права квіритів із його традиціями суто буквального розуміння волі законодавця та сторін.

Сучасні дослідники вважають, що римляни розуміли «*bona fides*» або добросовісність як конформність праву, відповідність поведінки суб'єктів правового спілкування загальноновизнаним нормам обороту³, «яка ... вважалась би ... належною для порядного, добродійного громадянина»⁴.

Але єдиного визначення добросовісності, як і визначень багатьох інших загальних понять у римському праві не існувало — Яволін проголосив, що «всі визначення (*definitiones*) у цивільному праві небезпечні тому, що майже завжди вони можуть бути перекручені»⁵.

Римські юристи бачили живу матерію права у сукупності казусів, до яких вони застосовували не добре відрегульовану, внутрішньо несуперечливу систему юридичних понять, а загальні уявлення про справедливе та належне⁶, тобто ґрунтовні, найбільш глибинні принципи права.

Римське право було значно менше структуроване, ніж сучасне право, що дозволяло прив'язуватись лише до первісних понять, не визначаючи їх, виходити з *внутрішнього* знання, *відчуття* справедливості, добросовісності, яке певною мірою властиве кожній людині, але може бути розвинуте та відточене як результат величезного досвіду правової роботи, як наслідок зайняття «мистецтвом доброго та справедливого».

За дві тисячі років, що минули з часів класичного періоду римського права юридична техніка стала зовсім іншою, правові системи — нащадки римського права, переробленого середньовічними глосаторами та коментаторами тяжіють до узагальнення понять та закріп-

¹ Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В.Дзера, Н.С.Кузнецова, В.В.Луць та інші; За ред. О.В.Дзери — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С.46.

² Д. 1.1.7.1., 1.1.8.1.

³ Аннерс Э. История европейского права (пер. со швед.) / Ин-т Европы. — М.: Наука, 1999. — С. 77; Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. — 2-е изд. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. — С. 290.

⁴ Харитонов Е.О. Основы римского частного права. — РнД: Феникс, 1999. — С. 99.

⁵ Д. 50,17.

⁶ Дождев Д. В. Вказ.праця. — С. 108.

люють їх визначення у позитивному праві. Втім, сучасні представники цих систем подібно до давніх римлян не наважуються визначати, чим, власне, є добросовісність.

Цивільне Уложення Німеччини (Bürgerliches Gesetzbuch або BGB) у § 242, який є прототипом ст.550 проекту ЦК України, виголошує, що боржник має виконувати зобов'язання відповідно до вимог доброї совісті (*Treu und Glauben*)¹, та з огляду на загальновизнані звичаї, але ані BGB, ані проект ЦК України не визначають змісту принципу добросовісності, покладаючи на широкий загал осіб обов'язок, що прямо не роз'яснюється.

З першого погляду це здається дивним — BGB дуже деталізований та глибоко продуманий кодекс, офіційна розробка якого тривала чверть століття. Втім, як зазначають М.Брагинський та В. Вітрянський, «оціночні норми створюються законодавцем. І якщо він відмовляється від визначення їх змісту, тим самим він виражає свою волю розширити межі вільного угляду тих, хто застосовує норму»¹.

Отже, сутність поняття добросовісності полягає у тому, щоб бути «великим невизначеним». Зазначеним, але не визначеним. Право як таке є «великим невизначеним» — мабуть найбільш логічний витвір людського розуму не може бути вичерпно визначений стільки, скільки він існує.

Г. Дж. Берман зауважує, що «нам необхідно подолати зведення права лише до сукупності технічних прийомів ведення справ... у право треба вірити, інакше воно не буде працювати; а це обіймає не лише розум, але відчуття, інтуїцію та віру»².

Ч. Санфіліппо називає право «відбиттям суспільної свідомості», та зауважує, що держава має створювати норми права не довільно, а відшукувати серед безлічі норм релігійних та моральних саме ті, які суттєво важливі, або хоча б корисні для суспільства³. Ці норми не припиняють свого буття у первинній якості, але становляться також частиною правопорядку.

Існують правила настільки змістовні, що їх не можна обмежити однією системою норм: «не убій» — це водночас моральне правило, релігійна заповідь та юридична норма мабуть усіх суспільств.

Право має бути «етично змістовним», або, хоча б, «етично нейтральним», людина не повинна мати можливості вчинювати «етично неприйнятні» дії з посиланням на норми права.

Право, не засноване на етиці втрачає властивість легітимності та не в змозі досягти головної своєї мети — справедливості, воно перетворюється на формалізовані та суто механічні «норми поведінки», які не мають ґрунту в кращих проявах природи людини.

С. Алексеев, аналізуючи правовий аспект філософської спадщини І.Канта зазначає, що у площині трансцендентних (позавідчуттєвих) начал чистого розуму у духовному світі перше місце посідають саме *добро* та *совість*⁴, поєднанням яких, як можна бачити, є добросовісність.

З огляду на це треба зазначити, що принцип добросовісності настільки ж правовий, наскільки філософський та етичний — він має багато спільного з категоричним імперати-

¹ Германское право. Часть 1. Гражданское уложение: пер. с нем. Серия: Современное зарубежное и международное частное право. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. — М.: Статут. — 1998. — С. 112.

³ Берман Гарольд Дж. Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. — М.: НОРМА- ИНФРА, 1998. — С. 17.

⁴ Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д. В. Дождева. — М.: БЕК, 2000. — С. 2, 7.

⁵ Алексеев С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. — М.: НОРМА, 1998. — С. 67.

вом І. Канта, який вимагає від особи поводитись так, щоб норма її поведінки могла стати загальним законом.

Добросовісність—це саме те поняття, визначення якого у позитивному праві небезпечне, бо воно претендуватиме на безапеляційне та остаточне відмежування недобросовісних, тобто неетичних вчинків. Як каже Ж.-Л. Бержель «іноді спеціалісти повинні відмовитись від точної дефініції, коли мають справу з суто якісними концептами, які розуміються краще, ніж визначаються (виділено А.С.).. використовуються як юридичні поняття, але не мають точного змісту, їх рухомість є відображенням рухомості понять, які вони означають, ... які грають роль коригуючих елементів та факторів пристосування юридичних правил до фактів дійсності»¹.

Суспільна свідомість розвивається, отже, право має слідувати свідомості. Через згадану законом, але не визначену ним безпосередньо категорію добросовісності, уявлення суспільства про належну поведінку втілюватимуться у право. П. Шлехтрайм визначає зміст *Treu und Glauben* у правовій системі Німеччини виходячи з трьох джерел: цінностей, закріплених конституцією Німеччини; стандартів, які містить BGB; «колективних переконань, або віри кожної розумної особи, яку можна розглядати як чесну та порядну»². П. Шлехтрайм вважає ці переконання важливішими навіть за стандарти та цінності, закріплені в Конституції та BGB, не кажучи вже за інші акти позитивного права.

Отже, застосовано технічний засіб, винайдений ще давніми римлянами — Е. Аннерс, з огляду на застосування § 242 BGB, проводить пряму аналогію з давньоримським претором, який визначав зміст *bona fides*, використовуючи уявлену абстрактну особу *bonus pater familias*³.

Утім, іноді у правових системах, які не мають генетичного зв'язку із римським правом, та до яких поняття добросовісності прищеплюється вперше, позитивне право містить справжні юридичні визначення добросовісності.

Пункт 19 ст. 1-201 Єдиного торговельного кодексу США (ЕТК) визначає добросовісність купівлі-продажу через посилання на «фактичну чесність поведінки або угоди, про які йдеться»⁴, подібно до ст.61(3) англійського Закону про купівлю-продаж товарів (*Sale of Goods Act*), яка передбачає, що дія вважається зробленою добросовісно у разі, якщо вона фактично діяла чесно, незалежно від того, чи зроблена вона недбало⁵.

Йдеться про суб'єктивний критерій, за яким визначальним є відношення особи до своїх дій — він вимагає, щоб сторона «чесно» (*honestly*) вважала, що вона діє добросовісно.

Для комерційних відносин з купівлі-продажу ст.2-103 ЕТК розуміє добросовісність як фактичну чесність та додержання комерційних розумних стандартів чесного ведення справ у торгівлі. Отже, має місце «об'єктивний тест», який вимагає відповідності поведінки особи не її власним уявленням, а уявленням широкого загалу, «розумності поведінки, яка відповідає реальним стандартам чесної ділової практики»⁶.

¹ Бержель Ж. Л. Общая теория права: Пер. с фр. — М.: NOTA BENE, 2000. — С. 391, 470.

² Schlechtriem Peter Good Faith in German Law and in International Uniform Laws // <http://www.cnr.it/crdcs/slechtriem.htm>.

³ Аннерс Э. Вказ. праця. — С. 318.

⁴ Едиобразный торговый кодекс США: Пер. с англ. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — С.49.

⁵ Sale of Goods Act 1979 [England] // www.jus.uio.no/lm/england.sale.of.goods.act.1979/index.html.

⁶ Farnsworth Allan E. The Concept of «Good Faith» in American Law // <http://www.cnr.it/crdcs/farnswrt.htm>; щодо добросовісності у країнах спільного права див. також: Roy Goode The Concept of «Good Faith» in English Law // <http://www.cnr.it/crdcs/goode.htm>.

Питання про співвідношення суб'єктивного та об'єктивного критеріїв існує лише у літературі країн спільного права, оскільки в англійському праві, на відміну від континентальної Європи, існувало суб'єктивне, тобто неповне сприйняття добросовісності (*goodfaith*), для визначення добросовісності, як її розуміли на континенті довелося ввести об'єктивний критерій, втілений у застереження про «чесне ведення справ» (*fair dealing*).

Англійські тексти дозволяють легко розрізнити, про який критерій йдеться — якщо термін «добросовісність» (*goodfaith*) доповнено посиланням на «чесне ведення справ» (*fair dealing*), йдеться, безперечно, про об'єктивний критерій.

Принципи міжнародних комерційних договорів, затверджені у 1994 р. УНІДРУА¹ — найсучасніший міжнародний документ з загальних питань договірного права, подібно до BGB не визначають поняття добросовісності як такого, залишають його «великим невідомим». Принципи складено в двох автентичних версіях—англійській та французькій. Французька версія Принципів використовує співзвучний із давньоримським «*bona fide*» термін «*bonnefoi*». Те, що англійська версія Принципів оперує поряд із «добросовісністю» застереженням про «чесне ведення справ», а п.2 коментаря до ст.1.7 Принципів зауважує, що згадування в тексті документа окремо «добросовісності» або «чесного ведення справ» треба розуміти як «добросовісність та чесне ведення справ у міжнародній торгівлі», дозволяє зробити висновок, що мається на увазі не лише суб'єктивне уявлення сторони про добросовісність вчинюваних нею дій, але, головним чином, їх об'єктивна відповідність стандартам належної поведінки у певному секторі торгівлі, яку можна встановити свідченнями осіб, знайомих із цими стандартами².

Слово «добросовісність» у тексті проекту ЦК України не потребує нормативно-правових роз'яснень — його зміст має бути встановлений не законом «одного разу та назавжди», а поступово визначений доктриною та судовою практикою з урахуванням безлічі можливих ситуацій, виходячи з відчуття добросовісності учасників суспільних відносин, а також внутрішнього переконання професійних та незалежних суддів, заснованого на всебічному та повному вивченні обставин конкретних справ. Доцільно було б розуміти добросовісність у найширшому об'єктивному сенсі — подібно до того, як це роблять автори Принципів УНІДРУА, та визначати її зміст на підставі критеріїв, запропонованих П. Шлехтраймом.

Уявлення про добросовісність прямо пов'язані із особливостями відповідної культури: те що є нормальним в країнах Магрибу, може бути неприпустимим у Скандинавії, та навпаки, до того ж, як зауважує В.Селіванов «правові ідеї та принципи у свідомості кожного історичного народу поряд із загальним набувають особливого, конкретного звучання»³.

Важливо, щоб українське «звучання» загального принципу добросовісності у праві не стало збоченим та, враховуючи національний досвід, відповідало загальнолюдським поняттям, тому дуже корисним є вивчення змісту добросовісності виходячи з «класичних джерел», міжнародних документів, подібних до Принципів УНІДРУА, а також доктрини та судової практики країн, в яких цей принцип здавна визнається та застосовується

¹ Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. А.С.Комарова. — М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. — 328 с.

² Bonell Michael Joachim The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Nature, Purposes and First Experiences in Practice II www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html.

³ Селіванов В. Приватно-правові засади розвитку вітчизняної юридичної науки II Право України. — 2001, — №3, — С.28.