

А. Смітюх

Ідея добросовісності як імператив приватного права

«Знання права є вмінням відрізнити справедливе від несправедливого» (*Juris prudentia est... justī atque injustī scientia*) — ця максима Ульпіана відкриває Інституції Юстиніана¹ — одну з найбільш відомих пам'яток правової думки людства.

Рація та виправдання існування позитивного права полягає в тому, щоб визначити, що саме є належним та справедливим. Тексти законів і угод є втіленням результатів волевиявлення людей — вони фіксують за допомогою певних ознак параметри належного та справедливого. Люди вважають, що така фіксація забезпечує сталість. Але не можна забувати, що характеристика об'єкта ніколи не є вичерпною, бо, окрім зазначених в тексті параметрів, об'єкт завжди характеризує багато інших.

Згідно з принципом суворого дотримання права, виконання зобов'язання, яке відповідатиме характеристикам договору та закону, буде належним, навіть, якщо матиме певні вади, котрі не застережені ані в договорі, ані в законі.

Втім, іноді, нехтування цими параметрами, навіть, за умов суворого дотримання букви закону і договору призводитиме до явної несправедливості.

Прикладом техніки суворого права є хрестоматійний випадок, коли римлянин програв справу про компенсацію заподіяної йому майнової шкоди лише тому, що замість сакрального, передбаченого законом «*de arboribus succisis*» (зрубав дерева), сказав звичайне «*de vitibus succisis*» (зрубав куші), бо насправді було знищено виноградник. Саме до таких випадків належав афоризм «*Summum jus summa injuria est*», тобто, «право, доведене до абсолюта, стає найвищою несправедливістю».

Отже, давньоримські претори почали впроваджувати нові процесуальні формули та надавати захист договірним зобов'язанням, що не відповідали вимогам суворого права квіритів. Щоб визначити, які саме відносини підлягають захисту, претори виходили з категорії *bona fides* — добросовісності, або відповідності поведінки суб'єкта правових відносин загально визначеним нормам обороту. Відтоді первісне право квіритів, як самодостатня система, було приречене, врешті-решт, позови *stricti juris* перестали бути частиною правозастосовчої реальності².

Правова традиція Європейського континенту, заснована на узагальненні давньоримського правового досвіду, давньогрецької філософії та ідей християнства, синтезувала єдиний принцип добросовісної поведінки суб'єктів приватноправових відносин, визнаний у правових системах країн континентального права, у праві міжнародної торгівлі (*lex mercatoria*) та новому договірному праві Європи, які будуються виходячи з розуміння ідеї добросовісності як головного імперативу³.

Класичну формулу загального застереження щодо добросовісності, розроблену пандектистами, містить § 242 Цивільного уложення Німеччини (*Bürgerliches Gesetzbuch*, або BGB): боржник має виконувати зобов'язання відповідно до вимог доброї совісті (*Treu und Glauben*) та з огляду на загально визнані звичаї.

Ідея добросовісності стала актуальною у Німеччині після поразки у Першій світовій війні, коли в цій країні відбулась небачена інфляція, що призвела до стану «економічної неможливості» — тобто неминучого банкрутства у разі виконання договору сторонами, які ще до війни зобов'язались передавати права щодо ліквідної нерухомості в обмін на знецінені тоді гроші. З огляду на це суди, всупереч закріпленому довосними законами номіналізму, здійснювали адаптацію умов

¹ I. 1,1,1.; Ulp., 1 reg. D.1,1,10,1.

² А н н е р с Э. История европейского права (пер. со швед.) / Ин-т Европы. — М., 1999. — С. 77;

³ Х а р и т о н о в Е.О. Основы римского права. — Ростов-на-Дону, 1999. — С. 99, 198.

Див., зокр.: Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С.Комарова. — М., 1996. — С. 328; Principles of European Contract Law // [http:// www.ufsia.ac.be/estorme/PECL.html](http://www.ufsia.ac.be/estorme/PECL.html).

договорів, які містили грошові зобов'язання щодо нерухомості, шляхом добросовісної переоцінки суми грошових боргів з посиланням на § 242 BGB⁴.

Тогочасна вітчизняна цивілістика, зокрема Л. Лунц, вважав таку практику проявом суддівської сваволі⁵. Він зазначав, що особа, яка бажає виконати зобов'язання в обесцінених грошах відповідно до їх номіналу, не робить нічого, що суперечить добрій совісті, бо діє відповідно до чинного права. Посилання на добросовісність можливе лише за наявності прогалин у праві, тому цей принцип не може виправдовувати винесення рішень *contra legem*.

На відміну від Л. Лунца, Рене Давід визнає логіку думки німецьких суддів: за наявності, принципів номіналізму та добросовісності, втілених в позитивному праві, перевага надається тому з них, який призводить до найкращого в умовах, що склалися, вирішення питання. Однак Давід вважає що аргументацію хибною та називає нейтралізацію спеціальних норм законодавства через посилання на більш загальні нехтуванням принципу *specialia generalibus derogant* — «принцип добросовісності дійсно може замінити всі норми будь-якого кодифікованого акта, але чи задля цього свого часу дану кодифікацію було запроваджено?»⁶.

Втім, німецькі судді виходили з того, що застереження стосовно добросовісності не є звичайною загальною нормою. Це основний принцип, подібний до закону гравітації, він існує в об'єктивній реальності і його не можна відмінити. Сучасний дослідник Петер Шлехтрайм зазначає, що найважливішою складовою змісту принципу добросовісності є «колективні переконання, або віра кожної розумної особи, яку можна розглядати як чесну та порядну»⁷. Ерік Аннерс проводить з цього приводу пряму аналогію з давньоримським претором, який визначав зміст *bona fides*, використовуючи абстрактну особу *bonus pater familialis*.

На думку Шлехтрайма та Аннерса, приватне право, як таке, є втіленням ідеї *bona fides*, отже, суди Німеччини не застосовували спеціальні закони за обставин, коли вони суперечили ґрунтовному принципу приватного права. Але вказані автори роблять важливі зауваження — Аннерс називає загальне застереження «небезпечним нововведенням», а Шлехтрайм вказує, що воно служить іноді «правовим якорем» для найдиких пропозицій (*wildest propositions*) — застереження уособлює законодавство в мініатюрі, ним легко зловживати, якщо якість підготовки суддів не відповідає довірі, що виявив до них законодавець.

Дійсно, у суспільстві, де право покликане прикрити несправедливість та оформити застосування державного примусу влади, можливе зловживання будь-якою правовою ідеєю. Втім, причиною цієї небезпеки є схильність до зловживань осіб, які займають суддівські посади, але не вада самої ідеї. Застосування принципу добросовісної поведінки учасників суспільних відносин вимагає добросовісності того, хто цей принцип застосовує, на чому наголошує, наприклад, ч. 1 ст. 7 Віденської конвенції ООН 1980 р. «Про міжнародну купівлю-продаж товарів».

Іноземні автори обговорюють абстрактну можливість зловживань ідеєю добросовісності, але не наводять прикладів цього у Німеччині, Франції або у практиці міжнародних комерційних арбітражів. Отже, принцип *bona fides* став важливою складовою правозастосовчої реальності країн Європейського континенту, дискусії тривають лише щодо меж його застосування.

Тільки англійські правники не визнають загальний та обов'язковий принцип добросовісної поведінки. Поняття добросовісності (*goodfaith*), яким оперує англійське право, є «обмеженим» та застосовується лише в окремих випадках — агент має добросовісно діяти в інтересах принципала, директор — компанії, довірчий власник (*trustee*) — в інтересах бенефіціарія.

На думку Роя Гуда, іноді справедливий інтереси окремих осіб треба принести в жертву спільному інтересу ділової громади, бо сталість англійського права, можливість спрогнозувати рішення у справі є значно важливішими, ніж відповідність цього рішення розмитому та невизначеному поняттю добросовісності або досягненню абсолютної справедливості в кожному випадку⁸.

Давід з цього приводу зауважує, що традиція приватного права Європи, ця «моральна теологія», навпаки, не визнає рішення, які здаються соціально несправедливими¹⁰ — на відміну від Англії, де жорсткі та примітивні норми спільного права (*common law*) доводилося нейтралізувати через застосування канцлерським судом права справедливості (*law of equity*), в решті Європи справедливість завжди була частиною права. Розумне очікування підприємця, що він матиме

⁴ Ц в а й г е р т К . , К ё т ц Х . Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. — Т. 2 / Пер. с нем. — М., 1998. — С. 266.

⁵ Л у н ц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. — М., 1999. — С. 113,203—206.

⁶ Д а в и д Р . , Ж о ф ф р е - С п и н о з и К . Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. — М., 1999. — С. 88.

⁷ S c h l e c h t r i e m P e t e r . Good Faith in German Law and in International Uniform Laws // <http://www.cnr.it/crdcs/schlechtriem.htm>.

⁸ А н н е р с Э. Вказ. праця. — С. 318, 320.

⁹ R o u G o o d e . The Concept of «Good Faith» in English Law // <http://www.cnr.it/crdcs/goode.htm>; Див. також: Р о м а н о в А.К. Правовая система Англии: Учеб. пособ. — М., 2000. — С. 35.

¹⁰ Д а в и д Р . , Ж о ф ф р е - С п и н о з и К . Вказ. праця. — С. 108, 240.

справу з лояльним, добросовісним контрагентом, тобто загальне припущення добросовісності заслуговує на правовий захист. Навіть, більше — нормальний, сталий розвиток ділового обороту без нього неможливий¹¹.

Отже, уявлення юристів континентальних країн та Англії щодо значення принципу добросовісності у забезпеченні сталості правовідносин протилежні.

Але насправді, мабуть, англійські правники заперечують існування принципу добросовісності тому, що він притаманний іншій правовій цивілізації, головним методом правотворення якої є узагальнення. Норма англійського права (*legal rule*), навпаки, значно конкретніша та казуїстичніша за норми континентального права та тісніше пов'язана з історією й обставинами конкретної справи, ніж з абстрактними та філософськими категоріями. Англійці сприймають загальні формули пандектних кодексів як моральні приписи, що викликають в них певне роздратування, тому загальне застереження про добросовісність неможливе в англійському праві. Для англійця це — лише гасло, заклик, побажання, але не норма права.

Втім, основний закон порівняльного права, на думку Цвайггера та Кьотца, в тому, що різні системи права, не зважаючи на відмінності в історичному розвитку, доктринальних поглядах та стилі практики, дуже часто вирішують одні й ті ж проблеми — аж до найменших дрібниць однаково¹².

Спільне право містить свої специфічні механізми, які компенсують відсутність загального принципу добросовісності та нейтралізують принцип суворого виконання (*strict performance*). Англійці широко вживають поняття умов договору, що маються на увазі (*implied terms of contract*), позбавлення права на судове заперечення внаслідок попередньої поведінки (*estoppel*), категорію довірчої власності (*trust*) та інші інститути.

Взагалі учасники дискусії з питання добросовісності виголошують дві мети права: справедливість й сталість. Суворе додержання права покликане забезпечити сталість, навіть, якщо остання ціною втрати справедливості.

Згадаємо, що римляни відмовились від ідеї суворого виконання, а вираз «*Jurisprudentia est... justi atque injusti scientia*» є однією із засад, на яких сформовано сучасну традицію Європейського права. Отже, належне та справедливе є метою першого порядку. Але чи є взагалі виправданою дана антитеза: справедливе або стале правове регулювання?

Зрозуміло, справедливе вирішення проблем є гарантом соціальної сталості, а стало-несправедливе — передумовою соціального вибуху. До того ж іноді забезпечити сталість традиційними правовими засобами неможливо (наприклад, за умов гіперінфляції). Але така ситуація не виправдовує винесення несправедливих рішень — справедливість має бути досягнена в будь-якому випадку. Протилежне означатиме, що в суспільстві діють механічні «норми поведінки», імітатор права, але не право як таке.

Стаття 550 проекту Цивільного кодексу України містить вимогу щодо виконання зобов'язань на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Треба погодитись з вітчизняними дослідниками, які розуміють останні як найважливіші у сучасному цивільному праві оціночні критерії, за допомогою яких слід визначати належність виконання зобов'язання¹³. Додамо лише, що право, як уявлення про справедливе, є за своєю сутністю оціночним критерієм, тому не може повноцінно функціонувати без «каучукових» норм. Слідування традиціям приватного права європейських країн без запозичення практики вживання цих норм зробить нове приватне право України системою мертвих літер.

Справа в тому, що запобігти застосуванню спеціальної норми позитивного права всупереч здоровому глузду можна лише через посилання на іншу, більш важливу норму. Як висловився Давід, «системи континентального права утворюють злагоджений ансамбль, це «замкнені системи», де будь-яке питання може та має бути вирішене хоча б теоретично, шляхом «тлумачення» норм права»¹⁴.

Загальне застереження, засноване на оціночному критерії, втілює в позитивне право саму мету приватного права, отже, має бути його головним імперативом. Воно є вбудованим в тіло акта приладом, який дозволяє в разі недосконалості закону або договору коригувати розуміння та застосування певних положень або фактично виключати їх, не змінюючи самого тексту з тим, щоб за будь-яких обставин досягти справедливого результату, заснованого на позитивному праві, та запобігти законному, але несправедливому вирішенню проблеми.

¹¹ Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. — М., 1991. — С. 46—50.

¹² Цвайггер К., Кетц Х. Вказ. праця. — Т. 1. — С. 58—59.

¹³ Зобов'язальне право: теорія і практика: Навч. посіб. для студ. юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В.Дзера, Н.С.Кузнецова, В.В.Луць та інші; За ред. О.В.Дзери. — К., 1998. — С. 46.

¹⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 245.