

**Смітюх А. В.,**

*аспірант кафедри загально-правових дисциплін та міжнародного права економіко-правового факультету Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова*

## **Механізм винесення справедливих рішень, заснованих на позитивному праві, із використанням загального застереження про добросовісність**

Давньоримський вислів «*Summum jus summa injuria est*» можна перекласти українською так: «Право, доведене до абсолюту, стає найвищою несправедливістю». Саме до цього може призвести суворе дотримання права в разі, якщо воно не обмежене принципом добросовісності.

Справа в тому, що параметри належної поведінки встановлюються законом чи договором за допомогою певних ознак: з метою забезпечення сталості відносин влада або особи, що укладають договір, намагаються дати належному та справедливому відповідну характеристику.

Саме в цьому позитивне або проявлене право знаходить сенс та виправдання свого існування - воно має чітко визначити, що саме є належним та справедливим. Але іноді правотворець самовпевнено вважає, що його характеристика є вичерпною, забуваючи, що, окрім окреслених ним параметрів, об'єкт завжди характеризується багатьма іншими ознаками.

Згідно з принципом суворого дотримання права, виконання зобов'язання, яке відповідатиме характеристикам договору та закону, буде належним навіть тоді, коли матиме певні вади, про які не застережено ані в договорі, ані в законі.

Втім, можливі випадки, коли нехтування цими параметрами, навіть за умови суворого дотримання букви закону та договору, задовольнятиме вимоги позитивного права, але призводитиме до явної несправедливості.

Прикладом техніки суворого права, доведеної до абсолюту, є загальновідомий випадок, коли римлянин, вимагаючи компенсації за заподіяну майнову шкоду, програв справу лише тому, що замість «*de arbortibus succisis*» (зрубав дерева), як це було передбачено законом, казав «*de vitibus succisis*» (зрубав кущі), бо насправді було знищено виноградник.

У Давньому Римі таке суворе дотримання права не сприяло розвитку комерції, тому ще в III сторіччі до н.е. претори, поряд із позовами за правом квіритів, почали за допомогою нових процесуальних формул, що визнавали той ступінь свободи, якого вимагала практика міжнародної торгівлі еліністичного світу, надавати захист договірним зобов'язанням, які не відповідали вимогам суворого права. Для цього претори використовували категорію «*bona fides*» - тобто добросовісності, або відповідності поведінки суб'єкта правового спілкування

загально визнаним нормам обороту<sup>1</sup>. Згодом позови *bona fides* зовсім витіснили формалізовані та абстрактні позови *stricti juris*.

За тисячу років на Європейському континенті запанувала традиція, заснована на узагальненні давньоримського правового досвіду, переосмисленого на засадах давньогрецької філософії та ідей християнства. Тривалий теоретичний синтез дозволив створити єдиний принцип добросовісної поведінки суб'єктів приватноправових відносин.

У наш час цей принцип визнають правові системи всіх країн континентального права так само, як, наприклад, право міжнародної торгівлі (*lex mercatoria*) та нове договірне право Європи<sup>2</sup>.

Найбільшу роль у теоретичному становленні ідеї добросовісності відіграли пандектисти Німеччини. Як наслідок § 242 Цивільного уложення Німеччини (*Bürgerliches Gesetzbuch*, або *BGB*) містить формулу, що стала класичною: боржник має виконувати зобов'язання відповідно до вимог доброї совісті (*Treu und Glauben*), та з огляду на загально визнані звичаї.

Принцип добросовісності дозволяє не лише вирішувати питання незначної важливості, які «не варті» окремої норми, за його допомогою можна заповнювати прогалини та ліквідувати двозначності, залишені розробниками нормативного документа, або, найчастіше, створені змінами дійсності, які не можна було передбачити. Іноді німецькі судді використовували цей принцип навіть усупереч спеціальним нормам права.

Вперше це сталося на початку 20-х років ХХ ст., коли після поразки у першій світовій війні у Німеччині відбулось небачене падіння вартості грошей (за 7 років марка обезцінилась у 1000 мільярдів разів)<sup>3</sup>, що призвело до стану «економічної неможливості» - невинуватого обтяжливості виконання договору особами, які мали передавати права щодо ліквідної нерухомості в обмін на обезцінені гроші. Отже, суди почали, всупереч закріпленому довоєнними законами принципу номіналізму, здійснювати «демаркацію сфери ризику» із посиланням на § 242 *BGB*<sup>4</sup>, тобто адаптацію умов договорів, які містили грошові зобов'язання щодо нерухомості шляхом добросовісної переоцінки суми грошових боргів.

Класик вітчизняної цивілістики Лазар Адольфович Лунц піддав цю практику німецьких судів нищівній критиці, називаючи її проявом суддівської сваволі<sup>5</sup>. На його думку, особа, що бажає виконати зобов'язання в обезцінених грошах відповідно до їх номіналу, не робить нічого, що протирічить добрій совісті, бо діє згідно з началом, яке містить чинне право. Відхилення від цього начала можливе лише внаслідок прямого припису закону. Навпаки, посилання на добросовісність можливе лише за наявності прогалин у праві та неприпустиме, якщо воно протирічить його чинній нормі. Тому принцип доброї совісті не виправдовує винесення рішень *contra legem*.

Він також дискутує з німецьким юристом Еннекерусом, який, як і Модестин<sup>6</sup>, вважав, що метою принципу номіналізму було забезпечення сталості відносин, але не безпідставне збагачення одних осіб за рахунок інших.

<sup>1</sup> 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.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА. - М., 1999. - С. 290; Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д.В.Дождева - М.: Издательство БЕК, 2000. - С. 108; Харитонов С.О. Римське приватне право / Конспект лекцій. Практикум. -Х.: Одісей, 2000. - С. 114.

<sup>2</sup> Див. зокрема: Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С.Комарова. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. - 328 С.; Principles of European Contract Law // <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL.html>.

<sup>3</sup> Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. - М.: Статут, 1999. - С. 113,204.

<sup>4</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. - Том 2 / Пер.-с нем. - М.: Междунар.отношения, 1998. - С. 266.

<sup>5</sup> Лунц Л.А. Вказ.твір. - С. 113, 203-206.

<sup>6</sup> Модестин зазначав: «Ні в якому разі значення закону... не дозволяє, щоб встановлене задля користі людей було звернено шляхом жорсткого тлумачення на суворість, яка йде врозріз із їх добробутом».

Рене Давід займає більш виважену позицію, він визнає логічний характер процедури тлумачення: за наявності двох норм (принципів номіналізму та добросовісності, втілених у позитивному праві), перевага надається тій із них, яка призводить до найкращого в умовах, що склалися, вирішення питання. Про іншу кажуть, що вона, за цих обставин, «втратила сенс». Однак Давід визнає цю аргументацію хибною і критикує практику нейтралізації спеціальних норм законодавства через посилення на більш загальні, вважаючи це нехтуванням принципу *specialia generalibus derogant*<sup>1</sup>.

Але в Німеччині принцип добросовісності розуміють не як звичайну загальну норму, а як ґрунтовний принцип, його порівнюють із природним законом гравітації, який не можна відмінити.

Загальне застереження є нормою позитивного права, але його коріння значно глибше. На думку Петера Шлехтрайма, зміст принципу добросовісності становлять не стільки стандарти та цінності, закріплені в Конституції Німеччини та нормах BGB, скільки «колективні переконання, або віра кожної розумної особи, яку можна розглядати як чесну та порядну»<sup>2</sup>. Еріх Аннерс проводить з цього питання пряму аналогію з давньоримським претором, який визначав зміст *bona fides*, використовуючи абстрактну особу *bonus pater familias*<sup>3</sup>.

П. Шлехтрайм та Е. Аннерс зауважують, що вся система приватного права може розглядатись як утілення ідеї *bona fides*. Отже, це - «конституційна ідея» приватного права, норма вищого порядку. Подібно до того, як суди України не застосовують закони, котрі не відповідають Конституції, суди Німеччини не застосовували спеціальні закони за обставин, коли вони протирічили принципу добросовісності.

Давід вбачає в цьому загрозу правопорядку в цілому та заміну судової практики, заснованої на тлумаченні закону, судовою практикою, яка керується лише кількома вельми загальними нормами - «принцип добросовісності дійсно може замінити собою всі норми будь якого кодифікованого акта, але чи задля цього свого часу цю кодифікацію було запроваджено?»<sup>4</sup>.

З іншого боку, Е. Аннерс називає загальне застереження «важливим, навіть якщо небезпечним нововведенням»<sup>5</sup>. Небезпечним, бо застереження уособлює законодавство в мініатюрі, ним легко зловживати, якщо якість підготовки суддів не відповідає довірі, яку виявив до них законодавець.

Треба погодитись із зауваженнями Е. Аннерса та Р. Давіда: небезпека зловживань дійсно існує. Навіть Шлехтрайм, послідовний захисник принципу добросовісності, вказує, що він служить іноді «правовим якорем» для пропозицій (*wildest propositions*)<sup>6</sup>.

Але будь-яка правова норма, найліпша ідея може бути перетворена на свою протилежність, особливо у суспільстві, де право є «фіговим листком», покликаним прикрити несправедливість та оформити застосування державного примусу корумпованої влади. Втім, схильність до зловживань - це властивість певних осіб, яка стає важливим чинником, якщо їм дозволяють займати суддівські посади, але не вада самої ідеї. Іноземні автори дискутують щодо абстрактної можливості зловживань ідеєю добросовісності, але не наводять прикладів цього у Німеччині або у практиці міжнародних комерційних арбітражів.

Хоча тавтологія неминуча, треба зазначити, що 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».

<sup>1</sup> Давид Р. Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А.Тума- нова. - М.: Междунар.отношения, 1999. - С. 88.

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

<sup>3</sup> Аннерс Е. Вказ. твір. - С. 318-320.

<sup>4</sup> Давид Р. Жоффре-Спинози К. Вказ. твір. - С. 88.

<sup>5</sup> Аннерс Е. Вказ. твір. - С. 320.

<sup>6</sup> Schlechtriem Peter. Вказ. твір // <http://www.cnr.it/crdcs/slechtriem.htm>.

Отже, добросовісне застосування принципу добросовісності вимагає виходити з тест, ті: творці правових норм мали на увазі добросовісну і розумну поведінку суддів та учасників відносин як результат своєї діяльності. Системний аналіз Преамбули, ст.1.6.,1.7. Приз. з міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та коментарів до них, ст. 1.104., 1.106. Принципів Європейського договірної права - найсучасніших документів з цього питання, дозволяє зробити саме такий висновок<sup>1</sup>.

Курт Цвайгерт та Хайн Кьотц зазначають, що запобігання «безконтрольному росту хаотичної судової практики» та уніфікація застосування загального застереження є завданням доктрини, яка має критично досліджувати, впорядковувати прецеденти та зробити аргументацію суддів доступною для вивчення<sup>2</sup>.

Наведені думки видатних іноземних дослідників не повинні вводити в оману (мовляв, добросовісність - лише проблемне питання, але не складова правозастосовчої реальності). Цей принцип у країнах континентальної правової родини загально визнаний, дискусії тривають лише щодо меж його застосування.

У зв'язку з цим не можна не згадати англійських правників, які з гордістю говорять, що не уявляють собі чітко, чим є загальний та обов'язковий принцип добросовісної поведінки суб'єктів суспільних відносин - англійське право оперує лише «обмеженим» поняттям добросовісності, яке не має характеру загальної вимоги, а застосовується в окремих випадках. Так, агент має добросовісно діяти в інтересах принципала, директор - в інтересах своєї компанії, довірчий власник (trustee) - в інтересах бенефіціарія.

Англійський правник Рой Гуд виправдовує цей підхід тим, що можливість спрогнозувати рішення у справі є значно важливішою, ніж досягнення абсолютної справедливості в кожному випадку, бо саме сталість англійського права приваблює іноземців та надає йому авторитету. Отже, іноді виникають справи, за якими справедливі інтереси окремих осіб треба принести в жертву спільному інтересу ділової громади<sup>3</sup>.

Р.Давід зазначає, що юристи країн романо-германського права, навпаки, не погоджуються із рішенням правового питання, яке здається їм соціально несправедливим<sup>4</sup>. У континентальній Європі справедливість завжди була частиною права, на відміну від Англії, де жорсткий та примітивний характер спільного права вимагав існування ще й створеного канцлерським судом права справедливості. Особа, яка вступає з іншою особою у діловий зв'язок, очікує, що матиме справу з лояльним, добросовісним контрагентом, отже, таке загальне припущення добросовісності заслуговує на правовий захист, оскільки без нього нормальний, сталий розвиток ділового обороту став би неможливим<sup>5</sup>.

Наведене свідчить, що погляди континентальних правників та англійських юристів на роль принципу добросовісності у забезпеченні сталості ділового обороту цілком протилежні.

Втім, здається, справжні мотиви несприйняття принципу добросовісності англійськими правниками полягають не в тому, що він не сприяє сталості відносин. Мабуть, справа в тому, що цей принцип притаманний іншій правовій цивілізації та є продуктом «моральної теології», пов'язаної із філософією правової доктрини континентальних країн<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С.Комарова. - М.: Международный центр финансово-экономического развития. - 1996. - С. 15-21; Principles of European Contract Law // <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL.html>.

<sup>2</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Указ.соч. - Т. 1. - С. 231.

<sup>3</sup> Roy Goode. The Concept of «Good Faith» in English Law // <http://www.cnr.it/crdcs/goode.htm>.

<sup>4</sup> Давид Р. Жоффре-Спинози К. Указ.соч. - С. 108. Див. щодо цього питання також: Романов А.К. Правовая система Англии / Учеб.пособие. - М.: Дело, 2000. - С. 35.

<sup>5</sup> Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. - М.: Юридлит, 1991. - С.46-50.

<sup>6</sup> Щодо особливостей розуміння природи правової норми англійськими правниками див.: Давид Р. Жоффре-Спинози К. Указ.соч. - С. 228, 240, 244-247; Цвайгерт К., Кётц Х. Указ.соч. - Т.1. - С. 274, 283, 292, 293; Романов А.К. Указ.соч. - С. 97-98.

Як зауважив ще у 1881 р. англійський правник Холмс, основою права є досвід, але не логіка. Спільне право створювали судді, що діяли в рамках, встановлених судовою процедурою. Вони не дуже турбувались про системну логіку, але приймали до уваги найдрібніші деталі фактів справи. Тому поняття, які вживає англійський юрист, відображують відчутні, повсякденні, конкретні, наочні речі. Вони є безпосередніми відбитками реальних фактів, замкненими на одиничному, але не результатом логічних операцій сходження від абстрактного до конкретного чи навпаки.

Норма англійського права (legal rule), навіть якщо вона сформульована законодавцем, значно конкретніша та казуїстичніша від норм континентального права та тісніше пов'язана із історією й обставинами конкретної справи, ніж із абстрактними та філософськими категоріями. Це - стильова риса спільного права.

Тому англійці сприймають загальні формули, особливо принципи із загальної частини пандектних кодексів, як моральні приписи, що викликають у них певне роздратування: вони надто емпірики та зовсім не філософи, що надихаються позачасовими ідеями. Отже, загальне застереження неможливе в англійському праві, бо для англійця це - немов би гасло, заклик, побажання поводитись чемно та ввічливо, але не норма права.

Втім, одні й ті самі завдання в різних правових системах можуть виконувати зовсім різні правові інститути. Іноді трапляється так, що правник, який намагається визначити необхідну норму чужої правової системи, нічого не знаходить, лише тому, що не там шукає, бо дивиться на іноземне право крізь призму власного правосприйняття.

Основний закон порівняльного права, на думку Цвайгерта та Кьотца, полягає в тому, що різні правопорядки, не дивлячись на різницю в історичному розвитку, доктринальних поглядах та стилі практики, дуже часто вирішують одні й ті самі проблеми аж до найменших дрібниць однаково<sup>1</sup>.

Хоча в праві Англії сталість є головним імперативом, а принцип добросовісності не визнається, воно містить свої, іноді дуже специфічні механізми, які компенсують цей недолік, та нейтралізують принцип суворого виконання (strict performance) - англійці дуже 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 та інші інститути.

На відміну від англійців, американці вже кілька десятиріч визнають загальний принцип добросовісності, за винятком переддоговірних відносин<sup>2</sup>, отже, американське право є перехідною моделлю, в якій існує чітка тенденція до розширення дії принципу добросовісності.

Можна бачити, що дослідники, які сперечаються з приводу загального застереження щодо добросовісності, виділяють дві мети права: справедливість та сталість. Суворе додержання права має за мету, по-перше, сталість. Але іноді сталість досягається ціною втрати справедливості.

«Знання права є вмінням відрізнити справедливе від несправедливого» (Juris prudentia est ... justū atque injustū scientia), - з цієї максими Ульпіана починаються Інституції Юстиніана - своєрідна «Біблія юриста»<sup>3</sup>. Одночасно це - підсумок шляху, на якому римляни відмовились від ідеї суворого виконання. Нехтування цією максимою є нехтуванням засад, на яких сформовано сучасну традицію права.

Отже, належне та справедливе є метою першого, тоді як сталість - метою другого порядку. Але чи є взагалі виправданою ця антитеза: справедливе або стале правове регулювання?

Треба погодитись із тим, що справедливе вирішення проблеми є гарантом соціальної стабільності. З іншого боку, стало-несправедливе розв'язання питань є передумовою соціального вибуху. До того ж можливі випадки, коли об'єктивно неможливо забезпечити сталість традиційними правовими засобами (наприклад, за умов гіперінфляції).

<sup>1</sup> Цвайгерт К, Кётц Х. Указ. соч. - Т.1.- С. 58-59.

<sup>2</sup> Farnsworth Allan E. The Concept of «Good Faith» in American Law // <http://www.cnr.it/crdcs/famswrt.htm>

<sup>3</sup> I. 1,1,1.; Ulp., 1 reg. D. 1,1,10,1.

Але об'єктивна неспроможність спеціальних норм досягти стабільності не означає, що суди повинні виносити несправедливі рішення: справедливість має бути досягнена в будь-якому разі.

Україна планує приєднатись до пануючої в світі традиції, яка визнає загальний принцип добросовісності. Стаття 550 проекту Цивільного кодексу України містить вимогу щодо виконання зобов'язань на засадах добросовісності, розумності та справедливості.

Треба погодитись із вітчизняними дослідниками, які розуміють ці засади як найважливіші у сучасному цивільному праві оціночні критерії, за допомогою яких треба визначати належність виконання зобов'язання<sup>1</sup>.

Саме судді вирішуватимуть, яка поведінка є добросовісною, але робитимуть це не довільно, а з огляду на певні критерії, які знаходяться поза межами позитивного права та, з одного боку, змінюються разом із уявленнями людства про добросовісність, а з іншого - не залежать від волюнтаризму законодавця. Загальне застереження, засноване на оціночному критерії, є засобом, який дозволяє в разі недосконалості закону або договору коригувати розуміння та застосування певних положень, або фактично виключати їх, не змінюючи самого тексту з метою досягнення справедливого результату.

У правовій системі України є процесуальні норми, які дозволяють суддям виносити рішення за внутрішнім переконанням. Але одного внутрішнього переконання замало для того, щоб запобігти застосуванню спеціальної норми позитивного права всупереч здоровому глузду. Як дуже вдало висловився Р. 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»<sup>2</sup>.

Протиріччя між правовою нормою та здоровим глуздом має бути вирішене лише через посилання на іншу, більш важливу норму.

Існування загального застереження про добросовісність, яке втілює в позитивне право саму мету приватно-правового регулювання, дозволить суддям за будь-яких обставин виносити справедливі рішення, засновані на позитивному праві, та запобігти законному, але несправедливому вирішенню проблеми.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Давид Р. Жоффре-Спинози К. Указ. соч. - С. 245.