

виду зовнішньоекономічної діяльності. Тому, було б доцільним доповнити ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. абзацом 9, який би законодавчо закріпив поняття зовнішньої торгівлі.

¹ *Омельченко А.* Місце та роль законодавства України про зовнішньоекономічну діяльність в системі законодавства України / А. Омельченко // *Право України*. – 2011. – № 6. – С. 169.

² Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности: Федеральный Закон РФ от 8 декабря 2003 года № 164-ФЗ // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.duma.gov.ru>

³ Там само.

⁴ О регулировании торговой деятельности: Закон Республики Казахстан от 12 апреля 2004 года № 544-2 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.zakon.kz>

⁵ Foreign Trade Law of the People's Republic of China // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.chinatoday.com/>

⁶ *Попов А. А.* Торговое право: Учеб. пособие / А. А. Попов. – Х.: Каравелла, 1999. – С. 257.

⁷ *Толстая К. И.* Совершенствование правового регулирования внешней торговли / К. И. Толстая // *Державне регулювання торгівлі в ринкових умовах: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (24–26 жовтня 2001 року, Київ) / Відп. ред. А. А. Мазараки*. – К., 2001. – С. 89.

⁸ *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права / по изданию 1914 года / Габриэль Феликсович Шершеневич. – Фирма «СПАРК», 1994. – С. 24.

⁹ *Нагребельний В. П., Коломацька С. П.* Торговля / В. П. Нагребельний, С. П. Коломацька // *Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.* – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 6: Т-Я. – 2004. – 768 с. – С. 103–104.

¹⁰ *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права / по изданию 1914 года / Габриэль Феликсович Шершеневич. – Фирма «СПАРК», 1994. – С. 25.

¹¹ *Міхеєва О. Г.* Роль міжнародного права у здійсненні митно-тарифного регулювання зовнішньоторговельної діяльності України : Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.11 «Міжнародне право» / О. Г. Міхеєва. – Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2003. – 19 с. – С. 14.

Резюме

У статті розглядається питання про розуміння поняття зовнішньоторговельної діяльності, виходячи з положень чинного законодавства України, законодавства інших держав та окремих точок зору науковців. На підставі аналізу відповідних положень пропонується розуміння сутності зовнішньоторговельної діяльності.

Ключові слова: зовнішня торгівля, зовнішньоторговельна діяльність, торгівля, зовнішньоекономічна діяльність.

Резюме

В статье рассматриваются вопросы понимания внешнеторговой деятельности, исходя из положений действующего законодательства Украины, законодательства других государств и отдельных взглядов учёных. На основании анализа соответствующих положений предлагается понимание сущности внешнеторговой деятельности.

Ключевые слова: внешняя торговля, внешнеторговая деятельность, торговля, внешнеэкономическая деятельность.

Summary

This article contains issues concerning understanding of foreign trade activity on the basis of current legislation of Ukraine, legislation of other countries and some scientists' point of view. Understanding of foreign trade activity is proposed with reference to analysis of corresponding provisions.

Key words: foreign trade, foreign trade activity, trade, foreign economic activity.

Отримано 2.12.2011

О. О. БАКАЛІНСЬКА

Ольга Олегівна Бакалінська, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного торговельно-економічного університету

КАТЕГОРІЯ «ДОБРОСОВІСНІСТЬ» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Категорія добросовісності з давніх часів була предметом дискусій науковців. Римські юристи визначали добросовісність набувача як визначальний чинник набуття права власності, встановлюючи таким чином для добросовісного набувача специфічний правовий статус, захищаючи його інтереси в порівнянні з недобросовісним набувачем. Таким чином, категорія добросовісності є однією з визначальних у системі приватного права. Питання добросовісності було предметом досліджень не тільки тогочасних юристів, а й філо-

софів. Зокрема Г. Гроцій зазначав: «Добросовісність обов'язкова стосовно ворогів... необхідно дотримуватися добросовісності відносно підступних.... Добросовісності можна не дотримуватися у разі завдання шкоди»¹.

Категорія добросовісності (*bona fides*) з'явилася в римському приватному праві. При цьому, «*bona fides*» в об'єктивному сенсі стосувалася зобов'язань, а в суб'єктивному – речових прав². Водночас більшість дослідників вказують на те, що категорія добросовісності є морально-етичною та оцінною, тому намагатися жорстко визначити її в законі, договорі чи рішенні суду практично неможливо, а в окремих випадках і не варто. Зокрема, І. А. Покровський наводить такий вислів німецького дослідника Є. Ерліха з приводу визначення поняття добросовісності: «Що таке за німецьким правом зловживання правом, в яких випадках має місце порушення «*Treu und Glauben*», або «добрих звичаїв» – цього ми наразі не знаємо, тому що закон з цього приводу нічого не говорить, ми дізнаємося про це тільки із судових рішень через сто років»³. Б. Зеллер у результаті свого дослідження категорії «добросовісність» дійшов висновку, що незважаючи на її «спокусливу простоту», добросовісність є невловимим поняттям⁴. На етичну природу добросовісності посилався і професор П. Ельцбахер, який писав: «питання про те, чи суперечить певний спосіб дій добрій вдачі, є питанням етичного характеру»⁵.

І. А. Покровський, аналізуючи поняття добросовісності, виступав проти значного розширення цього поняття, зокрема в судових рішеннях, посилаючись на те, що використання широкого підходу до визначення поняття «добросовісність» може призвести до повного судового контролю всього цивільного обігу з точки зору суб'єктивних і довільних уявлень про «справедливість», «соціальні ідеали» тощо⁶.

У Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) поняття «добросовісність» використовується в різних значеннях: як один з принципів цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України), як презумпція при оцінюванні поведінки учасника правовідносин (п. 5 ст. 12 ЦК України), як підстава виникнення прав у учасника цивільних правовідносин (ст.ст. 330, 338, 341, 344 ЦК України). Питання добросовісності досліджувалось в працях таких науковців як: Є. Богданов, О. Є. Богданова, В. П. Грибанов, Г. К. Дмитрієва, Т. Ю. Дроздова, А. А. Маліновський, І. Б. Новицький, М. Ф. Лук'яненко, Р. А. Каламкарян, В. Д. Примаєв, Н. В. Тарабаєва та ін. Підкреслимо, що незважаючи на значну увагу, що приділяється науковцями питанням розвитку цивільного права, досліджень категорії добросовісності в правовій системі України не достатньо. Питання застосування поняття добросовісності як у сфері матеріального, так і процесуального права є дуже актуальним. Річ у тому, що добросовісність завжди була і залишається оцінною категорією цивільного права та процесу. Її використання пов'язане зі сформованим у суспільстві ставленням до базових морально-етичних категорій добра і зла, добросовісності-вини-недобросовісності. Важливість визначення категорії «добросовісність» виявляється не тільки з точки зору юридичної техніки, а й з точки зору суспільної моралі, яка, розвиваючись в умовах постійної невизначеності та втрати пріоритетів, втрачає базовий цивілізаційний зміст.

В. П. Грибанов вважав, що існуючі в буржуазному праві поняття «добра совість» та «добра вдача» є «каучуковими» правилами, які дають змогу значно розширяти межі вільного судового розсуду і тим самим виходити за межі законності⁷.

І. Б. Новицький, аналізуючи підходи до визначення поняття добросовісності, зазначав: «численні випадки, коли цивільно-правові норми прямо або опосередковано залучають засади доброї совісті, можна звести до двох основних груп. В одних випадках добра совість виступає в об'єктивному значенні як відоме зовнішнє мірило, яке береться до уваги законом, судом, що застосовує закон, і яке рекомендується членам цивільного обігу у їх стосунках один з одним... В інших випадках категорія доброї совісті сприймається в суб'єктивному сенсі як певне сприйняття тієї чи іншої особи, її обізнаність чи необізнаність, з приводу певних обставин, з якими закон вважає зв'язати ті чи інші юридичні наслідки»⁸.

Сучасні науковці намагаються поєднати об'єктивні та суб'єктивні підходи до визначення поняття «добросовісність», зокрема О. Є. Богданова зазначає, що під добросовісністю слід розуміти таку систему уявлень про моральність поведінки при набутті, здійсненні та захисті прав і виконанні обов'язків, що склалася у суспільстві та визнана законом, звичаями або судовою практикою. Моральність поведінки має оцінюватись за допомогою протиставлення категорій добра та зла⁹. М. Ф. Лук'яненко виокремлює такі ознаки добросовісності: чесність, щирість, свідомість, старанність, акуратність у виконанні цивільно-правових обов'язків¹⁰. На думку В. Воронова та інших дослідників, вважається, що принцип добросовісності є універсальним і здійснює свій вплив як на розвиток та захист суб'єктивних цивільних прав, так і юридичних обов'язків¹¹.

На нашу думку, варто погодитись з тим, що поняття «добросовісність» має подвійний характер. В об'єктивному сенсі добросовісність являє собою визначені нормами права, звичаями ділового оборота вимоги до поведінки невизначеного кола учасників цивільних правовідносин. У суб'єктивному розумінні добросовісність – це оцінка поведінки суб'єкта цивільних правовідносин на відповідність сформованим у суспільстві нормам моралі, поваги до прав інших учасників правовідносин.

В юридичній літературі прийнято розглядати категорію добросовісності в якості принципу, або презумпції цивільного права. Має сенс розглянути категорію добросовісності з цих позицій. У цивільно-правовій традиції достатньо тривалий час точилася дискусія щодо належності категорії добросовісності до фундаментальних принципів цивільного права, так зокрема І. Б. Новицький зазначав, що принцип доброї совісті є основою для побудови всієї системи зобов'язальних правовідносин¹². Водночас Ю. Х. Калмиков, аналізу-

ючи питання класифікації принципів цивільного права, зазначав, що принцип добросовісності повністю поглинається принципом товариського співробітництва та взаємодопомоги¹³. Серед прибічників віднесення добросовісності до визначальних принципів цивільного права варто відзначити С. М. Братуся та В. П. Грибанова, який не тільки визначив принцип добросовісності як самостійний, а й розглядав його паралельно з принципом товариського співробітництва¹⁴. Разом з тим варто підкреслити, що поняття «принцип права» – це категорія об'єктивна. С. М. Братусь дав визначення принципу права: принцип – це провідний початок, закон руху матерії та суспільства, а також явищ, що включені в ту чи іншу форму руху. З огляду на це, в теорії цивільного права визначення принципу добросовісності є об'єктивним і, як правило, розглядається як універсальний принцип здійснення цивільних прав і виконання обов'язків¹⁵. Цю позицію відображено і в чинному ЦК України (ч. 1 ст. 6), де зазначено, що сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства, до яких і відносяться відповідно до п. 6 ст. 3 ЦК України справедливість, добросовісність та розумність. Аналогічна норма міститься і в ч. 2 ст. 8 ЦК України: «У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права)».

Докладніше важливість об'єктивного визначення категорії добросовісності закріплено в ст. 12 ЦК України: «Особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд....Якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом». Цікаво, що положення ч. 5 ст. 12 ЦК України сформульовано вже не в якості принципу права, а саме як презумпція, тобто добросовісність та розумність поведінки учасників цивільних відносин визнається законом у будь-якому разі, якщо інше не буде встановлене судом. Таким чином, вищенаведене дає змогу дійти висновку про те, що добросовісність – це об'єктивне явище, визнаний і закріплений законодавством принцип сучасного цивільного права.

Встановлення в ч. 5 ст. 12 ЦК України презумпції добросовісності поведінки учасників цивільних правовідносин має дуже велике значення як для оцінювання дій самих учасників правовідносин, так і для захисту їхніх прав та законних інтересів. Зокрема В. С. Єм зауважує: «Оцінка законності дій щодо здійснення цивільних прав і обов'язків крізь призму моральності не виключає самостійності принципу та презумпції розумності та добросовісності суб'єктів при здійсненні ними суб'єктивних прав і обов'язків»¹⁶. Встановлення презумпції добросовісності, з одного боку, дозволяє стороні вільно реалізовувати свої права і обов'язки, з другого – бути захищеною від недобросовісних чи недружніх дій з боку інших учасників цивільних правовідносин, таких як зловживання правом чи недобросовісна конкуренція. З огляду на це встановлену в ст. 12 ЦК України презумпцію добросовісності учасників правовідносин належним чином підкріплено положенням ч. 3–5 ст. 13 ЦК України, яка визначає, що: «Не допускаються дії особи, що чиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монополієм становичем на ринку, а також недобросовісна конкуренція».

З огляду на вищезазначене необхідно визначити, що являє собою презумпція добросовісності. Д. І. Мейер зазначав: «визнання факта таким, що існує з відповідною вірогідністю прийнято вважати припущенням (презумпцією)»¹⁷. Професор В. А. Ойгензихт вказував, що припущення – це родове поняття, з якого необхідно виокремити як певний вид – правове припущення, яке за своєю суттю і є презумпцією¹⁸. Таким чином, варто зробити висновок, що на відміну від принципу права, який по суті є об'єктивною категорією, що чітко визначено в законодавстві, категорія «презумпція» характеризується значною мірою невизначеності, і разом з тим правова презумпція набуває свого змісту лише в тому разі, коли вона реалізується в об'єктивній дійсності. Як зазначав В. А. Ойгензихт, презумпція – це універсальний колективний досвід, який спрощує процес доведення, або робить його зайвим, тим самим звільняючи органи судочинства від необхідності доводити одні й ті самі факти¹⁹. І тим важливіше визнання добросовісності в якості презумпції цивільного права і процесу, оскільки презумпція як така не потребує доведення, оскільки доведеною вважається її вірогідність.

У російській правовій літературі постійно точиться дискусія щодо законодавчого закріплення цивілістичної презумпції добросовісності. Зокрема більшість вчених зазначають, що презумпцію добросовісності законодавчо закріплено в ст. 10 ЦК Російської Федерації (далі – ЦК РФ)²⁰. Є Богданов, аналізуючи положення п. 3 ст. 10 ЦК РФ, робить висновок про те, що презумпція добросовісності існує лише тоді, коли закон пов'язує захист цивільних прав з добросовісністю учасника правовідносин, тобто ця презумпція не є загальною для всіх учасників правовідносин²¹. В. Вороной, визначаючи презумпцію добросовісності, вказує: «презумпція добросовісності – це законна, спростовна матеріально-правова презумпція невизначеного факту»²².

На нашу думку, закріплення в українському законодавстві презумпції добросовісності має виходити з того, що вона є законною, спростовною матеріально-правовою презумпцією невизначеного факту, а поширення використання цивілістичної презумпції добросовісності на норми чинного сімейного, трудового, міжнародного приватного права лише підкреслює загальний цивілістичний характер приватного права.

Завдяки розвитку правової системи України окремі інститути сучасного публічного права поступово включають класичні категорії, такі як добросовісність та розумність до цивільного права, а порушення прин-

ципів чи презумпцій добросовісності розглядають як правопорушення. Подібні явища отримують своє безпосереднє закріплення в нормах конкурентного законодавства. Привертає увагу той факт, що заборону дій, які мають ознаки зловживань монопольним становищем чи недобросовісної конкуренції, закріплено в ч. 5 ст. 13 ЦК України, тобто розглядається як зловживання правом. І вже на цій основі таку заборону встановлено в спеціальному законодавстві.

- ¹ Гроций Г. О праве войны и мира. – М.: Ладомир, 1994. – С. 6–38.
- ² Краснова С. А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве // Журнал российского права. – М., 2003. – № 3. – С. 6.
- ³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 275.
- ⁴ Zeller V. Good faith – The Scarlet Pimpernel of the CISG // [<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html>] 2000
- ⁵ Сливацкий В. И. Право на честное к себе отношение (из уроков западно-европейской гражданско-правовой жизни) // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти проф. Г. Ф. Шершеневича. – М., 2005. – С. 489.
- ⁶ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 261.
- ⁷ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 21.
- ⁸ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник Гражданского права. Петроград. – 1916. – № 6. – октябрь.
- ⁹ Богданова Е. Е. Добросовестность и право на защиту в договорных отношениях. – М.: Закон и право. ЮНИТИ, 2010. – С. 26.
- ¹⁰ Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. – М.: Статут, 2010. – С. 366–369.
- ¹¹ Вороной В. Добросовестность как гражданско-правовая категория // <http://www.center-bereg.ru/348.html>
- ¹² Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник Гражданского права. Петроград. – 1916. – № 6. – октябрь.
- ¹³ Калмыков Ю. Х. Принципы советского гражданского права / Ю. Х. Калмыков // Изв. вузов. Сер. Правоведение. – 1980. – № 3. – С. 71.
- ¹⁴ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 226.
- ¹⁵ Братусь С. Н. Принципы советского гражданского права // Правоведение. – 1960. – № 1. – С. 48.
- ¹⁶ Ем В. С. Осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей // Гражданское право. Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. – М., Бек, 2004. – Т. 1. – С. 532–538.
- ¹⁷ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Часть 1. – М.: Статут, 1997. – С. 29–31.
- ¹⁸ Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. – Душанбе: Ирфон, 1976. – 190 с. – С. 26.
- ¹⁹ Там само. – С. 27.
- ²⁰ Гражданский кодекс (ГК РФ) – Часть первая. Раздел I. Общие положения. – Подраздел 1. Основные положения. – Глава 2. Возникновение гражданских прав и обязанностей, осуществление и защита гражданских прав // <http://base.garant.ru/10164072/2/>
- ²¹ Богданов Е. Категория добросовестности в гражданском праве // http://www.juristlib.ru/book_1366.html
- ²² Вороной В. Добросовестность как гражданско-правовая категория // <http://www.center-bereg.ru/348.html>

Резюме

Статтю присвячено аналізу одного з основних принципів цивільного законодавства, презумпції цивільного права – добросовісності. Автор розкриває основні теоретичні підходи до визначення поняття «добросовісність» та особливості застосування цієї категорії в цивільному праві та процесі України.

Ключові слова: принцип, презумпція, оцінні категорії, добра совість, добросовісність.

Резюме

Статья посвящена анализу одного из основных принципов гражданского законодательства, презумпции гражданского права – добросовестности. Автором раскрываются основные теоретические подходы к определению понятия добросовестности и особенности применения этой категории в гражданском праве и процессе Украины.

Ключевые слова: принцип, презумпция, оценочные категории, добрая совесть, добросовестность.

Резюме

This article analyzes the basic principles of civil law – the principle of good faith. The author reveals the main theoretical approaches to the definition of integrity and characteristics of this category of civil law and litigation in Ukraine.

Key words: principle, the presumption, the evaluation categories, a good conscience, good faith.

Отримано 14.10.2011