The author identifies main conditions for application of the balance of probabilities standard in foreign judicial practice: 1) this standard is not merely a surmise based on guesses or suspicions; such surmise shall be based on certain evidence, which in total is not enough to establish presence or absence of a certain fact unequivocally; 2) the graver is an allegation, the less probable is the occurrence of the fact, and hence it must be proved with harder evidence; 3) the less probable is an event, the more evidence there must be to prove that it might have truly occurred; 4) there is no direct connection between graveness of an allegation (consequences) and probability of an event: some grave harmful conduct may be fairly common or, on the contrary, may happen rather infrequently.

The paper identifies step-by-step implementation of standards of proof in practice of the European Court of Human Rights (ECHR): at the first stage one can find references to standards of proof only in cases against the United Kingdom; at the second stage there are judgments made on complaints against other countries, though in such judgments the ECHR does not assess standards of proof, but merely reflects that those have been applied by national courts. At the third (contemporary) stage the ECHR only distinguishes between application of standards of proof in criminal and quasi-criminal cases.

The author concludes on the basis of study of empirical data that the balance of probabilities standard of proof is already applied in the national judicial practice, however principles of its application in the judicial practice have not been developed yet. It is noted that though the doctrine of the standards of proof was developed in the common law countries, application thereof does not contradict the concept of judicial activism: an idea, according to which a decision must be made in favour of the party, whose statements are reliable not per se, but in comparison with statements of the adverse party, enables courts to make judgments in cases when positions of both sides are impeccable, and evidence for unequivocal conclusions is not enough.

Key words: proof, standard of proof, truth, credibility, balance of probabilities standard of proof, civil procedure.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.41

УДК 347.1(477)

О.О. ГАЙДУЛІН, І.М. ШАРКОВА

Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України*
ORCID: 0000-0002-1269-7007

Ірина Миколаївна Шаркова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»**

ORCID: 0000-0002-2010-3811

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ДОБРОСОВІСНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПИТАННЯ РЕКОДИФІКАЦІЇ

Постановка проблеми. Стаття присвячена одній з важливих проблем рекодифікації цивільного законодавства в Україні – процесу подальшого впровадження принципу добросовісності в Цивільний кодекс. Загальновизнано, що важливим кроком на шляху модернізації цивільного законодавства є перекодифікація чинного законодавства. Саме з цією метою наприкінці 2020 р. була опублікована Концепція оновлення Цивільного кодексу України.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій. Проблеми сучасної рекодифікації Цивільного кодексу України знайшли своє осмислення у новітніх працях таких українських вчених як Н.Ю. Голубєва, І.В. Давидова, І.О. Дзера, А.С. Довгерт, В.М. Єрмоленко, В.Я. Калакура, О.О. Кот, О.В. Кохановська, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, О.І. Сафончик, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Стефанчук, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova, М.М. Хоменко та інші.

Особливо необхідно виокремити колективну монографію, яка вийшла під редакцією Є.О. Харитонova англійською мовою¹ та матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції «Оновлення Цивільного кодексу України: концептуальні засади», які частково знайшли відображення в цій публікації. Високий рівень наукової дискусії з цього питання завдала публікація А.С. Довгерта, яка була видана у 2019 р.² Однак наукові підходи щодо подальшої імплементації принципу добросовісності в цивільне законодавство, ще не розроблені.

© О.О. Гайдулін, І.М. Шаркова, 2020

* **Oleksandr Gaydulyn**, Ph.D. in Philosophy; Ph.D. in Law, Associate Professor, Senior Research Associate of Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine

** **Irina Sharkova**, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman

Формулювання мети статті. Дане дослідження націлене на розробку конкретних пропозицій щодо внесення змін до статей ЦКУ, в яких закріплений порядок реалізації принципу добросовісності.

Виклад основного матеріалу. Правове життя не стоїть на місці і тому практика правореалізації у сфері приватного права наполегливо вимагає певних заходів в іншій, дотичній сфері, – царині законотворчості. Такими заходами вбачаються певні зміни до чинних нормативно-правових актів, що вписуються в процес рекодифікації цивільного (приватного) права як «системного (а не фрагментарного) оновлення ЦК України».

Загальний аналіз Концепції модернізації вказує на один важливий висновок. Документ передбачає, мабуть, рекодифікацію усталеного законодавства і не змінює основних принципів, викладених у Цивільному кодексі, хоча кожна зміна законодавства в кожному конкретному випадку вимагає загальних пояснень. Незрозуміло, чи передбачає цей процес перекодифікацію або поступовий розвиток (посткодифікацію), але очевидним є те, що необхідно здійснити оновлення системи цивільного законодавства.

Щоправда, Концепція оновлення Цивільного кодексу України не містить конкретних пропозицій щодо змін в імплементації принципу добросовісності. Однак слід урахувати запропоновані в цьому акті підходи до модернізації ЦКУ або дух системного оновлення цивілістики. Так, важливими передумовами рекодифікації цивільного законодавства визначено: а) «сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права; б) «законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн «соціалістичного табору»; с) необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки»³.

Урахування саме цих принципів змушує звернутися до античних витоків приватного права, де, власне, й сформувався принцип добросовісності (*bona fides*).

У сучасній цивілістичній романістиці загальноприйнятими є три гіпотези виникнення принципу добросовісності в Стародавньому Римі: 1) діяльність преторів перегрівів, які регулювали відносини між римським громадянами та негромадянами на першому етапі формулярного процесу; 2) діяльність міських преторів, що здійснювали загальну юрисдикцію на першому етапі легісакційного процесу; 3) діяльність «самоврядного» арбітражу під впливом традиції Вірності (*fides*)⁴. Водночас показовим є те, що всі три гіпотези пов'язані з процесуальною діяльністю і саме в ситуаціях подолання зловживанням правом. Тому вбачається більш переконливою версією виникнення добросовісності, що пов'язується із запровадженням спеціальних засобів преторського захисту – позовів доброї совісті (*actio bona fide*) та ексепції зі злого умислу (*exceptio doli*).

На основі порівняльного історичного аналізу давньоримського принципу добросовісності, а також рецепції цього принципу в приватне право основних європейських країн було побудовано загальну дефініцію, яка містить такі вузлові положення: «надісторична сутність добросовісності полягає в тому, що цей загальноцивілістичний принцип природного права, основним призначенням якого є встановлення граничних засад здійснення суб'єктивних цивільних прав, виконує головну функцію протидії зловживанню правом і містить об'єктивні критерії: (а) оцінки справедливості розподілу прав і обов'язків, благ і витрат та супутніх ризиків між суб'єктами певних правовідносин на основі товарно-грошової еквівалентності; (б) тлумачення, пов'язаних з ними юридичних фактів, мотивів та обставин відповідної поведінки сторін цих зобов'язань на основі критерію природної розумності (здорового глузду)»⁵.

Новітня історія імплементації принципу добросовісності в законодавство України розпочалася практично з ухвалення «Декларації про державний суверенітет України» 16 липня 1990 р. Як свідчать результати емпіричного дослідження, за період з 1991 р. до ухвалення ЦК України 16 січня 2003 р. поняття добросовісності та похідні від нього поняття згадувалися 105 разів у 66 статтях 34 Законів України⁶.

Найбільш активно відбувалася рецепція норм добросовісності у ті акти, які традиційно відносять до конкурентного законодавства. Вирішальне значення для цього мало легальне закріплення поняття «недобросовісна конкуренція» в ст. 42 Конституції України від 28 червня 1996 р.⁷

Уперше в законодавстві України добросовісність як загальногалузевий принцип була закріплена разом із справедливістю та розумністю 10 січня 2002 р. з ухваленням Сімейного кодексу України⁸. Однак буде логічним припустити, що це відбулося не без впливу тривалих законопроектних робіт навколо Цивільного кодексу України.

Про стан імплементації принципу добросовісності в ЦК України як максимальної за всю історію цивільного права України насамперед свідчить та обставина, що як загальна засада цивільного законодавства добра совість вперше знайшла своє легальне закріплення з набуттям чинності Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 р. Слід зауважити, що це поняття увійшло в законодавство в одному контексті з поняттями справедливості та розумності, що цілком відповідає загальній тенденції ототожнення римськими юристами добросовісності (*bona fides*) зі справедливістю взагалі (*aeguitas*)⁹.

Принцип добросовісності та норми, що впливають з нього, розподілені по основних структурних елементах Кодексу.

Так, у Книзі першій «Загальні положення» «добросовісність» та похідні поняття згадуються сім разів у шести статтях, що становить близько 25 % від загальної кількості таких згадувань у ЦК України. Особливо виділяється Розділ I «Основні положення», у якому вимога добросовісності прямо передбачена в трьох статтях (ст. ст. 3, 12, 13). У Розділі II «Особи» загальних положень такі згадування репрезентовані в двох статтях (ст. 39 та ст. 92). У Розділі IV «Правочини. Представництво» такі згадування відмічаються двічі у ст. 212.

Найбільш репрезентативним принцип та норми добросовісності виявилися в Книзі третій «Право власності та інші речові права». Тут у шести статтях виявлено 19 згадувань норм добросовісності, що становить близько 60 % від загальної кількості. Переважна більшість цих статей містяться у Розділі I «Право власнос-

ті» (330 – двічі, 344, 388 – чотири рази, 389, 390 – шість разів. У ст. 400, що належать до Розділу II «Речові права на чуже майно», передбачений обов'язок недобросовісного володільця негайно повернути майно особі, яка має на нього право власності чи інше право або яка є добросовісним володільцем.

Значно менше згадувань «добросовісності та похідних понять у Книзі четвертій «Право інтелектуальної власності» – шість згадувань у п'яти статтях (ст. ст. 470, 480, 484, 500, 507 – двічі).

Мінімальною є вербалізована рецепція добросовісності в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право». Одне таке згадування відмічається в Розділі I «Загальні положення про зобов'язання» (ст. 509), де, як вже зазначалося, закріплені добросовісність, розумність та справедливість як засади зобов'язального права. Інше – у Розділі II «Окремі види зобов'язань», підрозділ 2 «Недоговірні зобов'язання» (ст. 1215).

Системне переосмислення змісту цих норм веде до висновку про необхідність істотного корегування конструкцій тих норм, через які, власне, імплементується принцип добросовісності до Цивільного кодексу України.

Не маючи можливості докладно обґрунтувати в рамках цієї публікації кожен з пропозицій, які доцільно реалізувати, мусимо обмежуватися викладенням порівняльної таблиці змін та доповнень до Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р., що пропонуються здійснити під час рекодифікації.

Стаття чинної редакції Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.	Зміни або доповнення, що пропонуються
Стаття 3. Загальні засади цивільного законодавства 1. Загальними засадами цивільного законодавства є: ... 6) справедливість, добросовісність та розумність.	Стаття 3. Загальні засади цивільного законодавства 1. Загальними засадами цивільного законодавства є: ... 6) <i>добросовісність, справедливість та розумність учасників цивільних відносин.</i>
Стаття 8. Аналогія 2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).	Стаття 8. Аналогія 2. У разі неможливості <i>застосування актів цивільного законодавства або договору, а також використати аналогію закону</i> цивільні відносини регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства <i>та моральних засад суспільства</i> (аналогія права).
Стаття 12. Здійснення цивільних прав 1. Особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. 5. 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.	Стаття 12. Здійснення цивільних прав 1. Особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд <i>та добросовісно</i> . 5. Вважається, що поведінка особи є добросовісною, якщо інше не встановлено судом.
Стаття 13. Межі здійснення цивільних прав 1. Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. 4. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства.	Стаття 13. Межі здійснення цивільних прав 1. Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй <i>актами цивільного законодавства, договором та звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту</i> . 4. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися <i>вимог добросовісності, справедливості та розумності</i> .
Стаття 229. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки 2. У разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті її власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки.	Стаття 229. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки 2. У разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті її власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій <i>добросовісній</i> стороні завдані їй збитки. Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій <i>(добросовісній)</i> стороні завдані їй збитки.
Стаття 230. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману 2. Сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.	Стаття 230. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману 2. Сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій <i>(добросовісній)</i> стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.

Стаття чинної редакції Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.	Зміни або доповнення, що пропонуються
Стаття 231. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом насильства 1. Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним. 2. Винна сторона (інша особа), яка застосувала фізичний або психічний тиск до другої сторони, зобов'язана відшкодувати їй збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.	Стаття 231. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом насильства 1. Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску, <i>якій мав сприйматися як реальна загроза її правам та інтересам</i> з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним. 2. Винна сторона (інша особа), яка застосувала фізичний або психічний тиск до другої (<i>добросовісної</i>) сторони, зобов'язана відшкодувати їй збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.
Стаття 232. Правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною 2. Довіритель має право вимагати від свого представника та другої сторони солідарного відшкодування збитків та моральної шкоди, що завдані йому у зв'язку із вчиненням правочину внаслідок зловмисної домовленості між ними.	Стаття 232. Правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною 2. <i>Добросовісний</i> довіритель має право вимагати від свого представника та другої сторони солідарного відшкодування збитків та моральної шкоди, що завдані йому у зв'язку із вчиненням правочину внаслідок зловмисної домовленості між ними.
Стаття 233. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини 2. При визнанні такого правочину недійсним застосовуються наслідки, встановлені статтею 216 цього Кодексу. Сторона, яка скористалася тяжкою обставиною, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки і моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку з вчиненням цього правочину.	Стаття 233. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини 2. При визнанні такого правочину недійсним застосовуються наслідки, встановлені статтею 216 цього Кодексу. Сторона, яка скористалася тяжкою обставиною, зобов'язана відшкодувати другій (<i>добросовісній</i>) стороні збитки і моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку з вчиненням цього правочину.
Стаття 509. Поняття зобов'язання та підстави його виникнення 3. Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості.	Стаття 509. Поняття зобов'язання та підстави його виникнення 3. Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, <i>справедливості та розумності</i> .

Висновки. Очікується, що запропоновані зміни до чинного Цивільного кодексу України мають стати предметом наукової дискусії та всебічного обговорення з практикуючими юристами-цивілістами.

Водночас необхідно зауважити, що збільшення в тексті оновленого Цивільного кодексу України кількості спеціальних норм, у яких реалізується принцип добросовісності, не тільки не бажане, а й суперечить самому духу цього принципу. Це, до речі, стосується й усіх інших загальних засад цивільного законодавства. Існує реальна загроза обернення надмірної каузальної врегульованості практично всіх відомих правових ситуацій у сфері цивільних відносин за результатами «дріб'язкової» рекодифікації на некеровану декодифікацію.

¹ Current issues of recodification of Ukrainian civil legislation : collective monograph / E.O. Kharytonov, N.Yu. Golubeva, O.I. Safonchik, V.O. Goncharenko, etc. – Lviv-Torun : Liha-Pres, 2020. 136 p.

² Dovgert, A.S. (2019). Recoding of the Civil Code of Ukraine: Basic Factors and Prerequisites for Starting. Law of Ukraine, 1, 27–42.

³ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 3.

⁴ Сорокина Е.А. Категория добросовестности в западной традиции права: историко-теоретический аспект : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2009. С. 45–55.

⁵ Шаркова І.М. Принцип добросовісності у римському приватному праві : історія та сучасність: монографія / наук. ред. В.Ф. Опришко. Київ: КНЕУ, 2011. С. 38.

⁶ Там само. С. 116.

⁷ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

⁸ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21. Ст. 135.

⁹ Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима / науч. ред. В.С. Ем ; отв. ред. А.Д. Рудоквас ; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. Москва: Статут, 2003. С. 34.

Резюме

Гайдулін О.О., Шаркова І.М. Реалізація принципу добросовісності в цивільному законодавстві: питання рекодифікації.

Стаття присвячена важливій проблемі рекодифікації цивільного законодавства в Україні, що стосується процесу подальшого впровадження принципу добросовісності в Цивільний кодекс. Загальновизнано, що важливим кроком на шляху модернізації цивільного законодавства є перекодифікація чинного законодавства. Саме з цією метою наприкінці 2020 р. була опублікована Концепція оновлення Цивільного кодексу України. З метою реалізації цієї Концепції пропонується внести зміни до таких статей Цивільного кодексу України: ст. ст. 3, 8, 12, 13, 229–233, 509. Головний висновок полягає в тому, що немає потреби деталізувати цей принцип через численні казуальні норми.

Ключові слова: цивільне право, цивільне законодавство, принцип добросовісності, кодифікація, рекодифікація.

Резюме

Гайдулін А.А., Шаркова И.Н. Реализация принципа добросовестности в гражданском законодательстве: вопросы рекодификации.

Статья посвящена важной проблеме рекодификации гражданского законодательства в Украине, что связано с процессом дальнейшего внедрения принципа добросовестности в Гражданский кодекс. Общеизвестно, что важным шагом на пути модернизации гражданского законодательства является перекодификация действующего законодательства. Именно с этой целью до конца 2020 г. была опубликована Концепция обновления Гражданского кодекса Украины. С целью реализации этой Концепции предлагается внести изменения в следующие статьи Гражданского кодекса Украины: ст. ст. 3, 8, 12, 13, 229–233, 509. Главный вывод заключается в том, что нет необходимости детализировать этот принцип через многочисленные казуальные нормы.

Ключевые слова: гражданское право, гражданское законодательство, принцип добросовестности, кодификация, рекодификация.

Summary

Oleksandr Gaydulyn, Iryna Sharkova. Implementation of the good faith principle in civil legislation: issues of recodification.

The article is devoted to one important problem of recoding of the civil legislation in Ukraine – the process of further implementation of the Good Faith principle in Civil Code.

It was generally accepted that the important step towards the modernization of the governing civil law is the re-codification of legislation in force. It is for this purpose that Concept of modernization of the Civil Code of Ukraine (Recodification) was published by the end of 2020.

The overall analysis of the Concept of modernization points to one important conclusion. The document involves it's probably the recodification of settled law and does not alter the main principles set out in Civil Code, although every change in legislation in any particular case requires a general explanation. It is unclear whether that process involves recodification or progressive development (post codification), but what was clear is that the system upgrade of civil legislation need to be done.

In this paper a comprehensive analysis of the reception of Roman good faith principle in the modern civil legislation of Ukraine is performed. In the Roman Jurisprudence this natural law principle has got the name *bona fides*. In this research paper is determined that *bona fide* principle is an effective means counteraction to abuse of subjective civil rights.

The meaning of good faith, though always based on honesty, may vary depending on the specific historical context in which it is used. As in Roman times well as nowhere two universal criterion of good faith: fair price and common sense. For example, a person buys in good faith when he or she holds an honest belief in his or her right or title to the property and has no knowledge or reason to know of any defect in the title.

In the modern doctrine of private law good faith is defined generally as honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

The process of reception of the good faith principle in the modern civil law is investigated separately. One can draw conclusion that further development of civil legislation of Ukraine should be based on the classic concept of good faith (*bona fides*).

With a view to enforcing this Concept of modernization, it is proposed to amend the following articles of the Civil Code of Ukraine: art. 3, 8, 12, 13, 229–233, 509. In these articles the principle of good faith is implemented.

The main conclusion is that there is no need to detail this principle with due to the numerous casual norms.

Key words: civil law, civil legislation, good faith principle, codification, recodification.