

БАКАЛІНСЬКА О. О.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри комерційного права
(Київський національний торговельно-
економічний університет)

УДК 346.545

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ КАТЕГОРІЇ ДОБРОСОВІСНОСТІ В КОНКУРЕНТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу особливостей реалізації поняття добросовісності в конкурентному праві України. Застосування в конкурентному законодавстві норм з оціночними поняттями, в яких поєднані моральні ідеали та особливості ментального сприйняття добра і зла, що характерні для української нації, з правовими імперативами дозволять, на нашу думку, забезпечити необхідний вплив на конкурентні відносини та забезпечити розвиток добросовісної конкуренції.

Ключові слова: оціночні поняття, добросовісність, добросовісність конкуренції, судовий розсуд

Статья посвящена анализу особенностей реализации понятия добросовестности в конкурентном праве Украины. Применение в конкурентном законодательстве норм с оценочными понятиями, в которых совмещены нравственные идеалы и особенности ментального восприятия добра и зла, которые характерны для украинской нации, с правовыми императивами позволят, по нашему мнению, обеспечить необходимое влияние на конкурентные отношения и обеспечить развитие добросовестной конкуренции.

Ключевые слова: оценочные понятия, добросовестность, добросовестность конкуренции, судебное усмотрение

The article is dedicated to analysis of peculiarities of good faith notion implementation in competition law of Ukraine. Application of norms together with evaluative notions where moral ideals and peculiarities of mental perception of good and evil that are typical of Ukrainian people with law imperatives in competition law will enable, in our point of view, to provide with desired effect on competition relationships and fair competition development provision. Abstraction and lack of specificity of good faith notion content in competitive law give a possibility to take into account all local conditions, peculiarities of certain situations appeared in the process of competition as well as social-political conditions, psychological peculiarities of individuals to which relevant legal norm is applied, range of issues that were not put into the law making good faith notion in competition a specific mean of individual regulation of competition relationships.

Key words: evaluative notions, good faith, competition good faith, judicial discretion.

Вступ. Розширення сфери застосування в конкурентному законодавстві норм з оціночними поняттями є проявом свободи, яка надається законодавцем правозастосувачу, який має можливість обрати один з декількох варіантів. Таким чином, реалізація норм з оціночними поняттями передбачає свободу правозастосовчого розсуду, який супроводжується оцінкою. Тільки після процедури оцінки, на думку М.Ф. Лук'яненко, можна зробити висновок щодо змісту відповідної норми з оціночними поняттями, оскільки властивості предметів і явищ можуть бути відтворені і відображені в своїх змістовних характеристиках тільки через оціночний процес [1, с. 5].

Постановка завдання. С.С. Алексєєв припускає, що законодавче існування оціночних категорій в законі в одних випадках є показником юридичної невідпрацьованості тексту, невиправданого включення в нього ідеологічних положень, «теорії», в інших же випадках вони є цілком виправданими конструкцією правових норм [2, с. 104-105].

Метою дослідження є визначення теоретичних підходів до застосування і тлумачення категорій «добросовісність» та «недобросовісність» в конкурентному законодавстві і праві України, зокрема, при визначенні змісту поняття «недобросовісна конкуренція».

Результати дослідження. Застосування оціночних понять в теорії та практиці господарського права є неоднозначним: з одного боку, вони надають необхідної гнучкості правовому регулюванню з огляду на те,



що при їх застосуванні суд має можливість враховувати обставини конкретної справи, з іншого боку, використання оціночних понять призводить до певного суб'єктивізму при застосуванні та тлумаченні відповідних норм права конкретним представником правозастосовчого органу [1, с. 5].

Проблема використання оціночних понять в господарському праві має ще декілька аспектів. По-перше, введення нових оціночних понять в українське законодавство вказує на процес його бурхливого розвитку та використання досвіду правотворення розвинених країн, де принцип «bona fides» є визначальним для розвитку всієї системи приватного права. По-друге, заповнення прогалів правотворення розширенням сфери застосування оціночних понять потребує перегляду підходів до самого правотворення з боку законодавців і з боку суб'єктів правозастосування, оскільки це призводить до розширення сфери застосування адміністративного та суддівського розсуду, а в кінцевому рахунку – до зростання ролі прецеденту як результату правозастосування та джерела права. Разом з тим, розширення сфери застосування оціночних понять потребує від науковців розробки нових підходів до визначення змісту оціночних понять, відпрацювання критеріїв їх оцінки.

Поява в конкурентному праві оціночних понять, таких як «добросовісність», «недобросовісність», «чесні звичаї», «істотний вплив» та «істотне значення», стала не тільки поштовхом для розвитку всієї системи конкурентного права, але й приводом для дискусій серед науковців. Не секрет, що використання оціночних понять призводить до розширення сфери застосування правозастосовчого, переважно, судового розсуду і, на думку Й.О. Покровського, це може призвести до повного судового контролю всього цивільного обігу з точки зору суб'єктивних і довільних уявлень про «справедливість» та «соціальні ідеали» і т. і. [3, с. 261]. Аналогічної думки дотримувався В.П. Грибанов, який зазначав, що існуючі в буржуазному праві поняття «добра совість» та «добра вдача» є «каучуковими» правилами, які дозволяють значно розширяти межі вільного судового розсуду, тим самим виходити за межі законності [4, с. 21].

На нашу думку, поняття «добросовісність» є якісним оціночним поняттям в праві. Його використання пов'язане з сформованим у суспільстві відношенням до базових морально-етичних категорій добра і зла, добросовісності-вини-недобросовісності. Важливість визначення змісту категорії «добросовісність» виявляється не тільки з точки зору юридичної техніки, але й з точки зору суспільної моралі, яка, розвиваючись в умовах постійної невизначеності і перегляду пріоритетів, втрачає базовий цивілізаційний зміст.

Добросовісна конкуренція є особливою сферою відносин, що потребує державної підтримки і коригування не лише у вигляді конкурентної політики, але і законодавчої підтримки розвитку добросовісної конкуренції та формування свідомого ставлення до переваг добросовісної конкуренції в суспільстві. На неформальному рівні у свідомості українського суспільства закріпилися норми, що вступають в конфлікт з новими формальними інститутами. Яскравим прикладом протиріччя є конфлікт між формальними нормами захисту добросовісної економічної конкуренції, закріпленими у конкурентному законодавстві України, та існуючим у країні субінститутом корупції, що дозволяє навіть неефективно діючим суб'єктам господарювання перемагати своїх конкурентів шляхом набуття нечесними методами додаткових конкурентних переваг, створення для конкурентів різноманітного роду адміністративних бар'єрів. Відносно низький рівень довіри повинен бути компенсований. Наприклад, субінститутом довіри у Південній Італії традиційно виступає мафія, в Україні – кримінальні угруповання як гаранті виконання укладеної угоди [5, с. 39].

Свідоме та добровільне дотримання закону – одна з центральних вимог ринкової економіки в цілому та конкурентного середовища зокрема, тому що забезпечує поширення інших інституціональних норм, які повинні бути чітко задекларовані та неухильно виконуватися, перш за все, державою серед необмеженої кількості учасників угод. В українському суспільстві спостерігається інша ситуація: закріплені у законах норми вступають у протиріччя з дійсністю, тому масово порушуються як окремими суб'єктами господарювання, так і державою в особі її представницьких і виконавчих органів.

Застосування в конкурентному законодавстві норм з оціночними поняттями, в яких поєднані моральні ідеали та особливості ментального сприйняття добра і зла, що характерні для української нації, з правовими імперативами дозволяють, на нашу думку, забезпечити необхідний вплив на конкурентні відносини та забезпечити розвиток добросовісної конкуренції. Абстрактність, неконкретизованість змісту поняття «добросовісність» в конкурентному праві дає можливість враховувати всі місцеві умови, особливості конкретних ситуацій, що виникають в процесі конкурентного змагання та соціально-політичні умови, психологічні особливості осіб, до яких застосовується відповідна норма права, а також ряд моментів, що не знайшли відображення в законі, що робить поняття «добросовісність конкуренції» специфічним засобом індивідуального регулювання. З огляду на це варто розглянути поняття «добросовісність» з урахуванням етнокогнітивного сприйняття українського суспільства.

Етимологічне значення поняття «добросовісність» передбачає наявність у її носія таких властивостей як добро і совість.

Добро – благо, моральне, правильне, стверджувальне, позитивний початок, корисне, пожиточне, що протистоїть злу, поганому, руйнівному, негативному початку. Людській волі є властивим бажання добра, краси або правдивого щастя. Очевидно, що добро є пов'язаним з волею людини і залежить від якості волі



людини. Така інтерпретація представляє зовнішнє добро непостійним і мінливим в залежності від того чи іншого бажання людини. Всі люди, навіть ті, які сумніваються в існуванні Бога, усвідомлюють, що людина повинна робити добро і уникати зла. В розумінні добра прийнято виділяти три рівні: чуттєве добро, добро яке є корисним в зв'язку з якоюсь метою, чесотним моральним добром (*bonum honestum*), яке є добром незалежно від насолоди чи користі, яке воно може надати. В цьому сенсі чеснота добра може набувати форми терпимості, відваги, справедливості. Що справедливість є духовним добром, а не чуттєвим – очевидно кожному. Навіть коли це означатиме якусь смерть для нас, ми зобов'язані чинити справедливість, особливо тоді, коли несправедливість є глибокою. Це досконалість, що належить людині як людині, людині як раціональній істоті.

Совість – це категорія етики, що характеризує здатність людини здійснювати контроль за власною поведінкою, давати об'єктивну оцінку своїм діям. Досить цікава етимологія слова «совість»: у давньоруській мові воно походить від *совѣдъ*, в якому корінь *вѣд* (ведать). У структурі світогляду совість – це вищий морально-психологічний регулятор поведінки і дій особистості. Совість досить часто визначають як здатність особистості самостійно формулювати власні моральні обов'язки і реалізовувати моральний самоконтроль, вимагати від себе їх виконання і здійснювати оцінку здійснюваних нею вчинків; один з виразів моральної самосвідомості особистості. Совість виявляється і у формі раціонального усвідомлення морального значення скоєних дій, і у формі емоційних переживань, так званих «докорів сумління», тобто пов'язує воедино розум і емоції. Совість перебуває на одному рівні з почуттям «сумління», яке означає почуття і свідомість моральної відповідальності за свою поведінку перед собою і суспільством. Таким чином, добросовісність є знання про добро та чеснота особи, її схильність творити добро, обирати між добром і злом. В праві добросовісність проявляється через моральну відповідальність особи за свої дії, як форма реалізації морального обов'язку особистості перед іншими, державою та суспільством загалом.

Поряд з поняттям «добросовісність» в законодавчих актах, перекладах та судовій практиці застосовується термін «сумлінність». Варто відзначити, що категорія «сумління» є одним із найдавніших складників концептосфери української культури, центральним чинником моральної самосвідомості особистості [6, с. 162]. Чим складнішим є внутрішній світ індивіда, чим різноманітніші відносини людини з довкіллям, тим вищий рівень моральної самосвідомості, тим розвиненішими є почуття морального обов'язку, самоконтролю, оцінки своїх вчинків. Сумління – це ідеал, до якого тяжіє людина, щоразу роблячи свій вибір. Отже, сумління – це фундаментальна здатність визначати моральну дію» [7, с. 37].

Застосування понять «добросовісність» та «недобросовісність» в конкурентному праві вказує на усвідомлення законотворами певних обмежень в державно-правовому регулюванні відносин в сфері конкуренції, визнання ефективності саморегулювання ринку та необхідності формування в українському суспільстві культури конкуренції, що заснована на поєднанні легальних і неформальних механізмів взаємодії учасників конкурентного змагання. Поряд з використанням поняття добросовісності, науковці та практики все частіше використовують поняття доброї совісті, яке є рецепцією ще римської конструкції «*bona fides*» в сучасному цивільному і конкурентному праві. Посилання на класичні цивілістичні конструкції можна пояснити намаганням використати понад 2000-річний досвід їх застосування при розбудові власної правової системи і одночасно збагатити сучасну правозастосовчу практику, надавши їй рис моральності та цивілізованості не тільки в європейському, а й загальноцивілізаційному вимірі. Оскільки добросовісність та справедливість є загальними морально-правовими ідеалами.

На нашу думку, паралельне використання двох понять добросовісності та доброї совісті не суперечить принципу визначеності в правовому регулюванні, дозволяє краще зрозуміти їх суть. Однак інший висновок виникає при порівнянні поняття «добросовісності» і поняття «добрих звичаїв». Оскільки поведінка, що суперечить принципу «доброї совісті», зачіпає інтереси тільки приватних осіб, а поведінка, що суперечить «добрим звичаям», носить антисуспільний характер, тобто порушує інтереси суспільства в цілому. Аналізуючи ці поняття, І. Б. Новицький також приходив до висновку, що вони не мають нічого спільного між собою. Добросовісність є необхідністю у співставленні приватних інтересів з інтересами суспільними, добрі звичаї – це уявлення суспільства про благо, чесність, порядність, а також інші умовні правила суспільного благополуччя [8, с. 68].

Вважаємо, що в наведеній точці зору поняття добра ототожнюється з поняттям моральності, а моральність не ототожнюється з поняттям добросовісності. Юридичне поняття добросовісності передбачає згоду з чинними нормами права, а не з приписами моральності або того, що називається справедливістю. В.І. Смельянов також відмежує поняття «добросовісність» від поняття «добрих звичаїв». Перше, вважає він, властиве окремій особі, воно характеризує її дії, інше є правилами поведінки в суспільстві, сформульованими на основі узагальнення значної кількості сумлінних вчинків, які прагнуть до узагальнення [9, с. 99]. Ми вважаємо, що поняття «добросовісність» та «добра совість» є синонімами і розмежовувати їх немає сенсу.

Всі спроби з'ясування сенсу поняття добросовісності в правовій доктрині Європи зводяться до вказівки на синоніми. У правовій науці добросовісність стосовно договірних правовідносин визначається виходячи з розуміння, яке було притаманне римському праву. Вказується, що добросовісність – вірність наданим обіцянкам. В джерелах



зазначається, що сумлінний – це той, хто веде себе чесно і щиро. У німецькому праві для позначення добросовісності використовується вираз «Treu und Glauben» – вірність і довіра. Тут «Treu» означає вірність, лояльність, достовірність, надійність, а «Glaube» – усвідомлення довіри та впевненості. «Treu und Glauben» передбачає стандарт чесною, вірною і продуманою поведінки, дотримання інтересів іншої сторони, а також захист розумної (обгрунтованої) довіри. Підкреслюється, що «Treu und Glauben» включає в себе: вимогу чесності та добросовісності, яка знаходить своє вираження в поведінці особи, що відповідає соціальним і моральним стандартам, що існують в суспільстві і певним очікуванням партнерів; за загальним правилом в процесі своєї діяльності особа при здійсненні своїх прав і обов'язків має приймати до уваги інтереси учасників цивільного обороту [10, с. 153].

Таким чином, щодо сутності поняття добросовісності склалися дві точки зору. Ряд дослідників вбачає у суті даного поняття інтелектуальний момент, тому що вважає, що добросовісність вказує на неусвідомлене порушення чужих прав [11, с. 321], інші переконані, що зміст поняття відноситься до області етики, воно випливає з морального усвідомлення своєї поведінки [12, с. 26].

Діяти добросовісно, на нашу думку, означає поводити себе лояльно, щиро та чесно, тримати слово та дотримуватись обіцянок. Добросовісною може вважатися будь-яка поведінка суб'єктів господарювання, що позбавлена неправомірних впливів та шахрайства і не має на меті жодних шкідливих наслідків. Цікаво, що окремі дослідники вказують, що визначити поняття добросовісності можна лише шляхом протиставлення добросовісності та недобросовісності. Слід мати на увазі, що питання про добросовісність суб'єкта виникає у разі порушення ним прав інших осіб, але з'ясування її наявності у суб'єкта необхідно не у всіх випадках порушення прав інших осіб, а тільки тоді, коли закон вказує, що в конкретному випадку, добросовісність або недобросовісність суб'єкта тягне певні наслідки. Зокрема, в принципах УНИДРУА [13] та Проекті принципів європейського договірної права [14] для визначення вимог добросовісної поведінки в договірних правовідносинах використовується загальна заборона недобросовісної поведінки, що дозволяє виключити випадки обмеження добросовісності в договірних відносинах [15, с. 9-10]. Схожий підхід використано законодавцем при визначенні поняття недобросовісна конкуренція в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції». Варто відзначити, що в практиці застосування чинного конкурентного законодавства антимонопольними органами України поняття «добросовісність» є стандартом оцінки по відношенню до поняття недобросовісна конкуренція. Саме з огляду на це, встановлення критеріїв «добросовісності» в конкурентному праві є важливим завданням, спрямованим на розвиток не тільки теорії цивільного і господарського права, а і конкурентного, податкового та інших, з огляду на застосування в цих сферах правозастосування класичних категорій цивілістики таких як добросовісність.

Поняття добросовісності в цивільному чи господарському праві включає як об'єктивні так суб'єктивні характеристики. Добросовісність в господарських правовідносинах вимагає від особи, що реалізує свої права, проявляти необхідну турботливість про права і інтереси іншої особи виходячи з принципу рівності учасників господарських правовідносин, свободи здійснення господарської діяльності та поваги до іншого суб'єкта господарювання як належної та відповідальної сторони правовідносин.

Добросовісність поведінки суб'єкта господарювання у конкурентних правовідносинах має оцінюватися на основі аналізу поведінки суб'єкта господарювання по відношенню до конкурентів, споживачів та держави. При оцінці добросовісності конкурентної поведінки, необхідно враховувати, що: суб'єкт господарювання не має можливості впливати на поведінку інших суб'єктів господарювання на ринку і умови конкурентного змагання; придбані суб'єктом переваги в конкурентній боротьбі є його досягненнями (результатом його ринкової стратегії); дії суб'єкта господарювання у конкуренції відповідають наявним в суспільстві морально-етичним стандартам, вимогам моральності і звичаям ділового обороту, принципам добросовісності, розумності та справедливості; суб'єкт господарювання в конкурентних відносинах діє розумно та свідомо.

З іншого боку, якщо предметом оцінки є поведінка певного суб'єкта господарювання в договірних відносинах, зокрема, в процесі вчинення узгоджених дій, економічної концентрації, поряд з критеріями добросовісності дій учасників конкурентного змагання мають застосовуватися і загальні критерії оцінки добросовісності, що забезпечують підтримання справедливого балансу прав і інтересів сторін договірних зобов'язання.

Висновки. Ми ж вважаємо, що, спираючись на запропоновані критерії оціночного поняття, суддя або інший правозастосовчий орган в кожному конкретному випадку буде вирішувати питання про наявність чи відсутність добросовісності суб'єкта. Оскільки особистий досвід судді, професіоналізм, власне розуміння і тлумачення норми права стають вирішальними факторами при прийнятті рішення у справі, коли в статті закону домінують поняття оціночного характеру чи присутній недостатньо чітко розроблений понятійний апарат. Неналежне використання даного права породжує процесуальні зловживання, але відсутність такого позбавляє суддю самостійності. Чим більше прогалин у законі, невизначеності в правилах тлумачення матеріальної та процесуальної норми, тим важливіше для прийняття конкретного рішення має судовий розсуд.

Список використаних джерел:

1. Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, ответственность. М.: Статут 2010. – 423 с.



2. Алексеев С.С. Право. Азбука теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М. Издательская группа НОРМА – ИНФРА 1999. – 712 с.
3. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. Статут. 1998. – 353 с.
4. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., Статут. 2001. – 411 с.
5. Лозова Г.М. Аналіз сучасних форм адвокатування конкуренції. (код дослідження 04-12)// К.: ЦКД АМК України. 2012 – 249 с.
6. Єщенко Т.А. Концепт «сумління/совість» в етнокогнітивному та біблейському аспектах //Наука. Релігія. Суспільство. – 2011. – № 2. – С. 158-166
7. Принципи морального життя / Перекл. з польськ. А. Шкраб'юка. – Львів: Монастир Монахів Студійського Уставу; видавничий відділ «Свічадо», 1996. – 133 с.
8. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 1916. № 6.
9. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, не злоупотребление гражданскими правами. М: Лекс-Книга, 2002. – 160 с.
10. Бакаліньська О.О. Концептуальні підходи до визначення змісту поняття добросовісність в західній правовій доктрині.// Часопис Київського університету права – 2012 – № 2 – С. 150 – 154.
11. Петражицкий Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1902.// <http://www.russianpeople.ru/en/comment/reply/310>
12. Бабаев В.Н. Презумпции в советском праве. Горький: Горьковская высш. школа МВД СССР, 1974.- 124 с.
13. Chapter 5: Good Faith //www.legiscompare.fr/.../13._CH_5_Good_faith... – 43 p. – p.21.
14. O LANDO, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les Principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences », RDC,jan. 2006
15. Бакаліньська О.О. Застосування оціночних понять в цивільному праві України.// Підприємництво, господарство і право – 2012 – № 10. – С. 8.

БЩАЙ А. В.,
аспірант кафедри правосуддя
(Київський національний
університет імені Тараса Шевченка)

УДК 347.965.42:343.137.9

МОДЕЛІ МЕДІАЦІЇ У СВІТІ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ДЛЯ УКРАЇНИ

Визначено поняття «модель медіації», з'ясовано її сутність та функції; досліджено моделі медіації залежно від їх інтеграції у судову систему країни, а також залежно від ролі медіатора та предмета спору; визначено перспективи України стосовно запровадження медіації у національну правову систему.

Ключові слова: моделі медіації, інтеграція у судову систему, роль медіатора, предмет спору, перспективи впровадження медіації в Україні.

Определено понятие «модель медиации», выяснены ее сущность и функции; исследованы модели медиации в зависимости от их интеграции в судебную систему страны, а также в зависимости от роли медиатора и предмета спора; определены перспективы Украины относительно внедрения медиации в национальную правовую систему

Ключевые слова: модели медиации, интеграция в судебную систему, роль медиатора, предмет спора, перспективы внедрения медиации в Украине.

The article defined the concept of «the model of mediation», found its nature and function; studied mediation models depending on their integration in the court system of the country, and depending on the role of mediator and subject matter of a dispute: identified prospects of Ukraine concerning the introduction of mediation into the national legal system.

Key words: models of mediation, integration in the court system, the role of mediator, subject matter of a dispute, mediation prospects in Ukraine.

Вступ. З метою формування цілісного уявлення про медіацію як правове та соціальне явище, її потенціал в якості способу урегулювання конфлікту, видається за актуальне проаналізувати дану процедуру з

