



Проф. д-р Маркус Герляйн

Суддя Федерального Верховного суду у відставці
Лацареттґартен 34
76829 Ландау

ЕКСПЕРТНИЙ ВИСНОВОК ДО ПЕРШОЇ КНИГИ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

I. Вступ

Кабінет Міністрів України Постановою від 17 липня 2019 р. п. 650 «Про утворення робочої групи з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» доручив експертній комісії, що складалася переважно з науковців-правників, розробити фундаментальну концепцію оновлення Цивільного кодексу (ЦКУ) України. Ця комісія представила перший проєкт наприкінці 2020 року. Основу наступного звіту становить розроблена робочою групою концепція, що була представлена громадськості на початку березня 2021 року. На початку 2021 року Верховна Рада Україна розширила склад комісії, включивши до неї депутатів від усіх фракцій. Робота над проєктом оновленого Цивільного кодексу України має бути завершена у 2022 році.

II. Підстави оновлення всього Цивільного кодексу України

Наводяться різні причини, які вимагають оновлення Цивільного кодексу. До них належать (Концепція актуалізації Цивільного кодексу України, вступ стор. 1, далі у тексті – Концепція):

- час, що минув з моменту ухвалення Цивільного кодексу у 2003 році, та логіка подальшої трансформації українського суспільства, у тому числі подальшої розбудови реальної ринкової економіки;
- реалізація концепції єдиного кодексу приватного права та пов'язане з цим скасування Господарського кодексу;
- необхідність істотного оновлення всіх книг Цивільного кодексу;
- можливе включення Сімейного кодексу та міжнародного приватного

- права до оновленого Цивільного кодексу;
- врахування нових тенденцій розвитку ринкової економіки країни;
- врахування типових норм на міжнародному рівні;
- врахування досвіду оновлення відповідних кодексів у Франції та Німеччині як «бастіонів» приватного права;
- врахування новітніх і сучасних прикладів нових країн ЄС, особливо з колишнього «соціалістичного» табору;
- посилення потенціалу української приватноправової науки.

Автори Концепції під керівництвом Голови Верховної Ради професора Руслана Стефанчука вважають, що всі книги чинного Цивільного кодексу потребують оновлення.

III. Цілі рекодифікації Першої книги

Перша книга (Загальні положення) має бути суттєво доопрацьована, зокрема у зв'язку з намірами щодо скасування Господарського кодексу України. Він не відповідає параметрам законів, що регулюють ділові відносини, які за своєю природою є насамперед приватноправовими. Крім того, планується розширити перелік об'єктів цивільних прав з метою врахування подальшого розвитку цивільної реалізації та появи нових об'єктів, які ще не були відомі під час підготовки та затвердження чинної редакції Цивільного кодексу. Крім того, розглядається нове визначення строків позовної давності, особливо для правочинів, які визнані нечинними. Норми нової редакції Цивільного кодексу також мають забезпечити надійне функціонування цифрової торгівлі, смарт-контрактів та Інтернет-

банкінгу та врахування сучасних тенденцій цифрової економіки (примітка представництва Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва у Києві).

Далі, за ініціативою Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва, має бути складений експертний висновок щодо проєкту Першої книги оновленого ЦКУ. Заздалегідь слід зазначити, що, наскільки мені відомо, цей проєкт був перекладений з української мови на англійську, а з неї на німецьку. Тому не можна виключати непорозуміння через помилки перекладу. Крім того, я не знайомий з правовою традицією, догматикою та систематикою українського права. З огляду на ці невизначеності не можна виключати, що наступна розробка може страждати від неточностей.

IV. Коментар

Найвний Цивільний кодекс планується переглянути в рамках комплексної реформи. Щодо міркувань стосовно Першої книги можна стисло висловити такі думки.

1. Скасування Господарського кодексу

а) Пропозиція Комісії

У різних контекстах скасування «антиринкового» Господарського кодексу України розглядається як неминуче (Концепція, вступ, стор. 1). Це свідчить про те, що – невідомий мені – Господарський кодекс не відповідає правовим вимогам сучасної ринкової економіки (Концепція, § 1.1.).

б) Коментар

У багатьох країнах традиційно розрізняють загальне приватне право і спеціальне приватне право господарюючих суб'єктів, комерційне право¹. У Німеччині це призвело до формування німецького Цивільного кодексу (BGB), який є чинним для всіх суб'єктів приватного права, і Комерційного кодексу (HGB) як спеціального кодексу для господарюючих суб'єктів. Якщо Україна має намір скасувати попередній Господарський кодекс, цей план не обов'язково повинен бути реалізований у рамках оновлення Цивільного кодексу. Принаймні це виглядає незвичним, коли новий закон вводиться зі скасуванням іншого закону. Можливо, більш належною була би ліквідація Господарського кодексу

за допомогою – дуже стисло – окремого закону. Навіть після скасування Господарського кодексу все одно доведеться розглянути питання, чи можна повністю відмовитися від спеціального законодавства для господарюючих суб'єктів, яке відповідає вимогам ринкової економіки. Наскільки можна зрозуміти, не передбачається цілісне перенесення норм Господарського кодексу у змінній формі до Цивільного кодексу (Концепція, § 1.4.), який лише вибірково стосується «бізнес-середовища» (Концепція, § 5.8. п. 3, § 5.13.). Можливо, має сенс зарезервувати спеціальний розділ для тих положень комерційного законодавства, які потребують нового формулювання. Мені не зовсім зрозуміло, чи має оновлений Цивільний кодекс об'єднувати всі норми цивільного законодавства України. Це була б дуже амбітна мета. У Німеччині Цивільний кодекс (BGB) є ключовим елементом цивільного права, але за межами BGB існує ціла низка таких важливих законів, як, наприклад, Положення про проведення конкурсного провадження, Комерційний кодекс, Закон про товариства з обмеженою відповідальністю та Закон про акціонерні товариства. Так само і право інтелектуальної власності міститься у таких самостійних законах, як Закон про боротьбу з недобросовісною конкуренцією, Закон про товарні знаки, Закон про промислові зразки, Закон про авторське право. Безперечно, досить привабливим є бажання об'єднати всі норми в одному законі. Втім слід усвідомлювати, що визначеність може постраждати, якщо певні поправки, джерелом яких є, наприклад, законодавство ЄС, спричинять глибокі зміни в окремих галузях.

2. Фундаментальні положення

а) Пропозиція Комісії

За допомогою «фундаментальних положень» необхідно з'ясувати сфери, у яких приватноправові відносини регулюються цивільним законодавством. У цьому відношенні слід навести сфери, що виходять за межі ст. 9 Цивільного кодексу (Концепція, § 1.2.). Крім того, у ст. 3 Цивільного кодексу слід конкретизувати та виділити загальні принципи цивільного права стосовно того, що ці основні принципи не утворюють закриту систему, а є відкритими для доповнень (Концепція, § 1.3.).

¹ Див. інформацію до відома щодо іноземного права у Норт, Комерційний кодекс, 38 видання, Einl v § 1 примітка на полях 25 і наступні.

б) Коментар

аа) Регулювання сфер, у яких складаються приватноправові відносини, цивільним законодавством та через відмежування від публічного права

Оскільки через Цивільний кодекс у рамках внесення змін мають бути оформлені «додаткові сфери соціальної реальності» (Концепція § 1.2.), то, ймовірно, це торкнеться найрізноманітніших нормативних комплексів. Уже зараз відповідно до ст. 9 Цивільного кодексу до регулювання відносин у сфері господарської діяльності, використання природних ресурсів, захисту навколишнього природного середовища та трудових і сімейних відносин застосовується Цивільний кодекс, оскільки ці питання не врегульовані іншими законодавчими актами. Поширення дії закону на інші можливі приватноправові нормативні комплекси не викликає жодних принципових побоювань. Проте було б корисно детальніше конкретизувати щодо змісту нові намічені сфери – регулювання приватноправових відносин у сферах захисту навколишнього природного середовища, праці, сім'ї, підприємництва (Концепція § 1.4.).

Звісно, з німецької точки зору у цьому контексті може виникнути певна невизначеність щодо того, чи дійсно частина зазначених у статті 9 Цивільного кодексу питань стосується виключно цивільного права, а не також і публічного права. Відповідно до суб'єктної теорії, застосовуваної в німецькому праві, завжди йдеться про публічно-правовий спір у тому разі, якщо принаймні одна із причетних сторін є органом державної влади і відповідна норма, що має вирішити спір, надає певне право або зобов'язує виключно його². Трудові та сімейні відносини, зазначені у ст. 9 Цивільного кодексу, а також майнові правовідносини носять приватноправовий характер, оскільки державні органи не причетні до цих правовідносин або принаймні не беруть у них участь як носії владних прав з особливими повноваженнями. Між тим можна вважати, що використання природних ресурсів і охо-

рона навколишнього природного середовища носять публічноправовий характер, оскільки є завданнями, які мають виконувати державні носії владних повноважень.

У сенсі приватноправового регулювання інша ситуація має місце, якщо на питання використання природних ресурсів або охорони довкілля мають зважати, наприклад, двоє власників земельних ділянок у рамках сусідських правовідносин. У зв'язку з цим може бути доречним роз'яснення статті 9 Цивільного кодексу у тому сенсі, що Цивільний кодекс регулює лише відносини між приватними особами, а також і відносини між приватними особами та органами державної влади, тобто державними установами.

Ймовірно, ця ідея знайшла свій вираз у § 1.4. Концепції, згідно з яким мають бути визначені пріоритети у застосуванні Цивільного кодексу до регулювання приватноправових відносин у сферах охорони навколишнього природного середовища, праці, сім'ї, підприємництва. Це може зводитись до дії фундаментальних прав щодо третіх осіб у приватноправових відносинах³, відомої у німецькому праві. Зрештою, зі статті 8 Цивільного кодексу можна було би зробити висновок, що закон хоче оформлювати лише «цивільно-правові», а не публічноправові відносини.

Український законодавець має бути відкритим для розуміння того, що право на горизонтальні відносини між приватними, принципово рівноправними учасниками ринку та право на відносини владного характеру між державою та органами публічної влади, з одного боку, та громадянами – з іншого, оформлюються за різними принципами та, що законодавча робота полегшується завдяки врахуванню цієї відмінності через розмежування приватного та публічного права⁴. Втім ст. 16 п. 10 Цивільного кодексу, згідно з якою правові акти державних установ можуть бути визнані незаконними, не допускає розмежування приватного права та публічного права.

² Об'єднаний сенат вищих федеральних судів, постанова від 29 жовтня 1987 року – GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280, 283, Beschluss vom 10 7 1989 – GmS – OGB 1/88, NJW 1990, 1527.

³ Федеральний Конституційний суд, постанова від 06 листопада 2019 року – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152 примітка на полях 76 і наступна.

⁴ *Knieper y Hulshorster/Mirow*, Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland, 2021, стор. 283 і наступна.

6б) Загальні принципи цивільного законодавства

У статті 3 Цивільного кодексу вже перелічені загальні принципи цивільного законодавства, що виражають такі важливі принципи приватноправового режиму, як свобода укладання угод та судово-правовий захист. Оскільки є заборона щодо неприпустимості свавільних втручань у сферу приватного життя (ст. 3 п. 1 Цивільного кодексу) і гарантується захист власності (ст. 3 п. 2 Цивільного кодексу), то не зовсім зрозуміло, чи це положення розглядає як зобов'язаного – відповідно до німецького розуміння – насамперед державу та її органи чи приватних осіб. Відповідно до німецького розуміння захист сфери приватного життя гарантується загальним правом особистості, передбаченим статтею 2 абзац 1 у поєднанні зі статтею 1 абзац 1 Основного закону, та захистом власності, передбаченим статтею 14 Основного закону.

Відповідно до німецького розуміння подальші свободи, які піддаються рекодифікації (Концепція, п. 1.3.), стосуються не стільки цивільно-правових повноважень, скільки більшою мірою гарантованих конституцією фундаментальних свобод. Загальне право особистості (ст. 2 п. 1 у поєднанні з ст. 1 п. 1 Основного закону) надає захист, оскільки втручання в приватне життя індивідууму розглядаються як неприпустимі через розвиток нових технологій та їхній розвиток (наприклад, неприпустимість свавільного втручання в геном людини; неприпустимість свавільного втручання в організм людини та її ембріон, у репродуктивну сферу людини; крім того, неприпустимість свавільного втручання у сферу особистої інформації, особистих даних). Фундаментальне право на свободу науки (ст. 5 п. 3 Основного закону) стосується свободи інтелектуальної (творчої) діяльності, фундаментальне право на свободу інформації та вираження поглядів (ст. 5 п. 1 і 2 Основного закону) забезпечує свободу інформації та обміну інформацією, включаючи взаємодію з автономними роботами та штучним інтелектом. Тут також слід поставити запитання, чи не слід закріпити ці об'єкти регулювання не у Цивільному кодексі, а в іншому контексті, можливо, навіть у Конституції.

Вже з нинішньої редакції ст. 3 Цивільного кодексу можна дізнатися, що перелік основних принципів є не закритим, а скоріше, доступним для подальшого розвитку. Це має впливати, зокрема, зі ст. 3 п. 6 Цивільного кодексу, згідно з якою мають дотримуватись «справедливість, добросовісність та розумність». При цьому маються на увазі ті принципи «добросовісності», яких слід дотримувати у німецькому законодавстві відповідно до § 242 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) і які вможливають подальший розвиток права.

3. Межі здійснення суб'єктивного цивільного права

а) Пропозиція Комісії

Положення статті 13 Цивільного кодексу про обсяг користування цивільними правами підлягає зміні. Наприклад, неприпустимим вважається зловживання законом (Концепція § 1.5.).

б) Коментар

Я не можу судити про наявність необхідності подальшого регулювання. У статті 13 Цивільного кодексу вже є розширені положення, наприклад, дотримання моральних принципів суспільства (§ 13, п. 4 Цивільного кодексу). Було б доцільно видати загальну норму, яка має наповнюватися змістом через судові тлумачення. Німецьке законодавство знає, наприклад, § 226 BGB, який містить так звану заборону використовувати суб'єктивне право з метою заподіяння шкоди іншому, здійснення права з єдиною метою завдати шкоди третім особам. Подальші групи справ щодо так званого недопустимого здійснення прав були розроблені судовою практикою у застосуванні §§ 138, 826 (аморальність) та § 242 BGB (добросовісність)⁵. Здійснення права є зловживанням незалежно від того, чи виконуються передумови § 226 BGB, якщо воно порушує значні інтереси іншої особи, але не ґрунтується на власному інтересі, який заслуговує на захист⁶. Така оцінка вимагає всебічного зважування інтересів судами у кожному окремому випадку.

⁵ *Deppenkemper у Pruttmg/Wegen/Wernreich*, BGB, 16 видання, § 226 примітка на полях 1.

⁶ Федеральний Верховний суд, рішення від 15 березня 2012 року – IX ZR 35/11, NJW 2012, 1717 примітка на полях 10.

4. З'ясування підходів до захисту суб'єктивних цивільних прав

а) Пропозиція Комісії

Слід уточнити текст розділу 3 «Захист цивільних прав та інтересів», зокрема деякі положення ст. 16 Цивільного кодексу, в якій визначені загальні підходи до захисту цивільних прав та інтересів судом (Концепція § 1.6.). Положення цієї статті слід уточнити щодо можливості застосування засобів оскарження, безпосередньо не передбачених законом чи договором, з метою гарантування права на належний та ефективний захист порушених суб'єктивних прав відповідно до останніх тенденцій у приватному праві (Концепція § 1.6.).

б) Коментар

Встановлення належного правового захисту заслуговує на схвалення. Втім, беручи до уваги міжнародні правовідносини, це може негативно вплинути на ясність, якщо у Цивільний кодекс як сукупність норм матеріального права будуть внесені відповідні норми, які в обов'язковому порядку мають бути доповнені Цивільно-процесуальним кодексом. У законодавстві Німеччини судово-правовий захист майже виключно закріплений у відповідних процесуальних кодексах (Цивільний процесуальний кодекс (ZPO), Положення про адміністративні суди (VwGO). Інструменти захисту цивільних прав, зазначені у ст. 16 п. п. 1–10 Цивільного кодексу (визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, що порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання зобов'язання в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб), з одного боку, розроблені дуже детально. Це може бути зайвим, оскільки ст. 16 дає суду можливість забезпечити захист іншим способом.

Відповідно до законодавства Німеччини позов може бути використаний для вимагання виконання (позов щодо виконання зобов'язань), констатації правовідносин (позов про встановлення факту) або ство-

рення/перетворення правовідносин (позов про зміну правовідносин). Позов щодо виконання зобов'язань охоплює будь-яку дію чи бездіяльність, наприклад, платіж або відмову від використання незаконної реклами (ст. 16 п. п. 3, 4, 5, 8, 9 Цивільного кодексу). Позов про встановлення факту стосується визначення змісту будь-якого правовідношення (ст. 16 п. 1, 2, 7). Позов про зміну правовідносин спрямований на усунення таких правовідносин, як розлучення або виключення акціонера (ст. 16 п. п. 6, 7).

Розглядається необхідність впровадження спеціальних норм щодо захисту інформаційних прав особи, персональних даних та конфіденційної інформації про особу, а також прав на збереження генетичної ідентичності (Концепція § 1.6.), то, як здається, слід віддати перевагу двоетапній процедурі. З одного боку, у Цивільному кодексі, матеріальному праві слід урегулювати питання, за яких конкретних передумов існують вимоги такого роду та стосовно якої саме особи. На другому етапі слід було б уточнити, як задоволення таких вимог має бути забезпечене у судовому порядку. Додатково слід указати на те, що може набути значення захист інформаційних прав та персональних даних особи (Концепція § 1.6.), особливо з огляду на можливе втручання державних органів. Було б доцільно передбачити у цьому зв'язку спеціальні права та особливі способи їх забезпечення.

5. Відшкодування моральних збитків

а) Пропозиція Комісії

Незалежно від майбутніх багатофункціональних положень щодо відшкодування матеріальних і нематеріальних збитків, особливу увагу слід приділити об'єктивації загальних принципів відшкодування нематеріальних збитків. Це стосується визначення осіб та підстав відшкодування, якщо зобов'язання стосується кількох осіб (потерпілого, членів сім'ї потерпілого, його близьких родичів) (Концепція § 1.7.).

б) Коментар

Ці міркування, вочевидь, стосуються визначення обсягу нематеріальних збитків і, таким чином, відповідно до німецького законодавства (§ 253 BGB) компенсації за моральні збитки. Німецький законодавець був досить дріб'язковим у цій сфері немайнової шкоди, оскільки з недовірою ставився

до питання необхідної у такому випадку оцінки збитків⁷. Якщо сталася дорожньо-транспортна пригода, пошкодження транспортного засобу можна легко визначити з огляду на витрати, необхідні для усунення пошкодження. Якщо людина отримала травму, витрати на лікування також можна розрахувати без зайвих зусиль. Складнішим виявляється визначення компенсації за моральні збитки. У такому випадку німецький законодавець був досить стриманим. В останні кілька десятиліть запанувала думка, що у цьому відношенні адекватними є більші суми. Тому можна привітати намір українського законодавця розробити об'єктивовані масштаби стосовно моральної шкоди. Далі у тексті як приклади наводяться проблемні галузі сукупності німецьких норм, які регулюють відшкодування збитків, де, безумовно, можна дійти суперечливих висновків.

аа) Знищення особистості потерпілого

Якщо внаслідок тяжкої черепно-мозкової травми всі розумові здібності та істотні чуттєві сприйняття зникли у потерпілої особи, згідно з попередньою судовою практикою призначалася лише компенсація за моральну та фізичну шкоду з огляду на загальний аспект символічного відшкодування, оскільки майже повне знищення особистості не дозволяє відповідній особі збагнути зв'язок між виплатою компенсації із заподіяною їй шкодою⁸. Від цієї судової практики з цілковитою підставою відмовилися. Якщо внаслідок лікарської помилки акушера дитина під час народження отримує серйозне ушкодження мозку, що призводить до суттєвої втрати здатності до сприйняття та чутливості, то спричинене цим руйнування особистості є нематеріальною шкодою, яку слід відшкодувати через грошову компенсацію. Негативні наслідки такого масштабу вимагають незалежної оцінки та забороняють лише символічне відшкодування⁹. Через це сьогодні у цій сфері призначається компенсація за моральну та фізичну шкоду в розмірі 500 000 євро.

⁷ Див. *Luckey у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 253 примітка на полях 3.

⁸ Федеральний Верховний суд, рішення від 16 грудня 1975 року – VI ZR 175/74, NJW 1976, 1147.

⁹ Федеральний Верховний суд, рішення від 13 жовтня 1992 року – VI ZR 201/91, BGHZ 120, I, 5 і наступні = NJW. 1993, 781

бб) Ушкодження внаслідок шоку

Особлива проблематика виникає, коли завдана особі нематеріальна шкода спричинена тим, що вона дізналася про смерть чи поранення близької людини, подружжя чи дитини. Німецька судова практика є досить стриманою щодо визнання такої непрямой шкоди. Згідно з усталеною практикою Верховного суду, психічні розлади, що мають клінічну значущість, можуть являти собою ушкодження здоров'я відповідно до § 823 (1) Цивільного кодексу Німеччини (BGB). Обов'язок із відшкодування за психологічні наслідки дії, що призвела до тілесного ушкодження, не вимагає, щоби ці наслідки мали органічну причину; навпаки, зазвичай вистачає бути досить впевненим у тому, що шкоди здоров'ю, яка виникла з психічних причин, не трапилося б, якби не була вчинена дія, що призвела до тілесного ушкодження¹⁰.

Однак у сфері так званих «ушкоджень внаслідок шоку» ці принципи зазнають значних обмежень. Відповідно, такі психічні потрясіння, як скорбота чи душевний біль, від чого, як свідчить практика, потерпілі страждають у разі смерті або серйозної травми родича, не обґрунтовують просто так ушкодження здоров'я відповідно до § 823 абзацу 1 BGB, навіть якщо вони супроводжуються порушеннями фізіологічних процесів і є у медичному сенсі значущими для фізичного стану. Бо визнання таких негативних наслідків ушкодженням здоров'я відповідно до § 823 абзацу 1 BGB суперечило б наміру законодавця обмежити цивільну відповідальність за вчинене правопорушення саме у § 823 абзацу 1 BGB як щодо захищених законом правових цінностей, так і відповідно щодо приписаних через них обов'язків дотримання певних правил поведінки чітко окресленим складом правопорушення та залишити без відшкодування негативні наслідки, спричинені виключно пошкодженням правової цінності третьою стороною, за винятком §§ 844, 845 BGB. Таким чином, у цих випадках негативні психічні наслідки можуть розглядатися як ушкодження здоров'я відповідно до § 823 абзацу 1 BGB лише тоді, якщо вони піддаються оцінці

¹⁰ Федеральний Верховний суд, рішення від 21 травня 2019 року – VI ZR 299/17, BGHZ 222, 125 примітка на полях 7.

щодо наявності патології та виходять за межі розладів здоров'я, від яких потерпілі зазвичай страждають у разі смерті або тяжких травм близького родича¹¹.

вв) Порухення загальних особистих прав

Право на грошову компенсацію за порушення особистих прав може передаватися у спадок у принципі лише тоді, коли рішення суду про присудження грошової компенсації потерпілому набуло законної сили; судового рішення, що не набуло законної сили та яке підлягає виконанню лише як тимчасова постанова, не досить. Відповідно до усталеної судової практики право на грошову компенсацію за порушення загального особистого права у принципі не успадковується. Це також має чинність і тоді, якщо на момент смерті потерпілої сторони та первісного правовласника така претензія, як предмет позову, уже призначена до розгляду або навіть уже є предметом судового розгляду. При цьому принципова неможливість передавання у спадок впливає з функції вимоги про грошову компенсацію. У цьому відношенні ідея задоволення стоїть на першому плані; але померлій людині вже не можна надати сатисфакцію. Та обставина, що право вимоги грошової компенсації також служить меті запобігання, не змінює принципової неможливості передавання у спадок всієї претензії та не вимагає (продовження) існування такої претензії після смерті навіть в аспекті людської гідності; зокрема, це також не призводить до того, що таке право вимоги може передаватися у спадок принаймні у розмірі тої частини, що припадає на превентивну функцію¹².

6. Юридичні особи

а) Пропозиція Комісії

Організаційні форми юридичних осіб мають бути остаточно визначені за допомогою вичерпного переліку. Юридичним особам, які існують в організаційних формах, не передбачених законом, має бути наданий строк для адаптування організаційної форми (Концепція § 1.8.).

¹¹ Федеральний Верховний суд, рішення від 21 травня 2019 року – VI ZR 299/17, BGHZ 222, 125 примітка на полях 7.

¹² Федеральний Верховний суд, рішення від 29 листопада 2021 року – VI ZR 258/18, примітка на полях 10.

б) Коментар

Цей намір слід привітати. У німецькому законодавстві також існує *numerus clausus* (вичерпний перелік) для юридичних осіб. До нього належать, наприклад, просте товариство (§§ 705 і наступні Цивільного кодексу), відкрите торговельне товариство (§§ 128 і наступні Торговельного кодексу) та товариство з обмеженою відповідальністю (§§ 161 і наступні Торговельного кодексу), а також, наприклад, товариство з обмеженою відповідальністю (GmbH), акціонерне товариство (AG) та кооператив. Можна очікувати, що у рамках правовідносин буде вибрана одна з передбачених законом форм.

7. Загальні положення про юридичних осіб

а) Пропозиція Комісії

Загальні положення про товариства з обмеженою відповідальністю мають бути включені до Цивільного кодексу з особливим посиланням на наявність спеціального положення у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Цивільний кодекс має містити фундаментальні положення (наприклад, про права товариства, угоду про заснування товариства, відповідальність керівництва підприємства перед акціонерами) для всіх передбачених ним форм юридичних осіб (Концепція 1.9.).

б) Коментар

Неодмінно слід розглянути пропозицію щодо включення до Цивільного кодексу основних положень щодо всіх юридичних осіб приватного права. Така регламентація сприятиме правовій ясності. Можна було б у Цивільному кодексі передбачити для всіх юридичних осіб єдині правила щодо законного представництва. Відповідні положення можуть стосуватися як угоди про заснування товариства, так і залучення капіталу. Таким чином, можна було би скоротити обсяг спеціальних законів щодо окремих компаній (у Німеччині, наприклад, Закон про товариства з обмеженою відповідальністю, Закон про акціонерні товариства). Вже і тепер у статтях 80–166 Цивільного кодексу трапляються далекосяжні норми корпоративно-правової природи.

8. Причетність держави до цивільно-правових відносин

а) Пропозиція Комісії

Слід з'ясувати питання причетності держави, Автономної Республіки Крим та територіальних громад у цивільно-правових відносинах. При цьому слід виходити з того, що відповідно до ст. 2 Цивільного кодексу ці учасники є юридичними особами публічного права. У цьому розділі Кодексу мають бути розглянуті загальні положення, що стосуються юридичних осіб публічного права. Оскільки останні є рівноправними (горизонтальними) учасниками цивільних правовідносин, не вважається необхідним зберегти більшість положень чинних розділів Цивільного кодексу України стосовно правових форм їхньої участі у цивільних відносинах, а також особливостей їхньої відповідальності за своїми зобов'язаннями (Концепція § 1.10.).

б) Коментар

Ці міркування в принципі слід привітати. Однак і тут виникає питання (див. вище у пункті 2), чи не краще було би регламентувати організацію юридичних осіб публічного права в окремому публічно-правовому законі. Незалежно від того, де саме здійснюється регламентація, можна було б аналогічно до випадку юридичних осіб приватного права (див. вище пункт 6) скласти вичерпний перелік можливих правових форм. Видається логічним, що на юридичних осіб публічного права за участі у приватно-правових стосунках поширюються загальні, чинні для всіх норми і що для них не може мати чинності спеціальний цивільно-правовий закон.

9. Об'єкти цивільного права

а) Пропозиція Комісії

Пропонується розширити положення Цивільного кодексу щодо об'єктів цивільного права з метою недопущення розвитку цивільного обороту та появи об'єктів, невідомих на момент створення Цивільного кодексу. Насамперед Комісію цікавлять такі об'єкти, як: інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи; об'єкти прав, які створюються та перебувають у Інтернеті; криптовалюта; особисті дані, інформація про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент. Також має бути розширений перелік об'єктів цивільних прав, включа-

ючи корпоративні права. Те саме стосується об'єктів особистих немайнових прав, які в об'єктивованій формі набули ознак оборотоздатності цивільного обороту та використовуються в комерційній діяльності, а також об'єктів, зовнішні ознаки яких є результатом розвитку медицини, як, наприклад, біологічний матеріал (Концепція § 1.12. і подальші).

б) Коментар

У принципі слід привітати міркування щодо врахування нових форм прояву прав у законодавстві. У німецькому законодавстві лише матеріальні об'єкти визнаються речами відповідно до § 90 BGB. Від них слід відокремити такі (нематеріальні) права інтелектуальної власності, як, наприклад, правові норми щодо видавничої діяльності, використання промислових зразків, захисту товарних знаків, патентних прав і прав на запатентовані промислові зразки, регламентація яких здійснюється окремо. У Німеччині, однак, не існує вичерпного регулювання, що стосується інформаційних систем, автономних установок і форм штучного інтелекту. Розрізняють дані та їх втілення на носії даних, причому тільки він і розглядається як річ¹³. У світлі викладеного вище у Німеччині висловлюють сумніви щодо того, чи є вузьке поняття юридичної речі у § 90 BGB все ще досить спроможним¹⁴. Зрештою, відповідно до § 453 BGB нематеріальні об'єкти права можуть розглядатися як об'єкти продажу¹⁵.

Таким чином, розширення предмета цивільного права видається цілком доречним. Однак спроба всеохоплюючої кодифікації може містити загрозу того, що закон знов і знов буде відставати у міру розвитку нових прав. Тому слід було би віддати перевагу такому варіанту, коли подібні майбутні права могли бути включені через абстрактне формулювання чи всебічне розуміння «прав інтелектуальної власності» (див. ст. 199 Цивільного кодексу). § 823 (1) Цивільного кодексу Німеччини (BGB) поширює захист від скоєння зло-

¹³ *Fritzsche у Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90 примітка на полях 25.

¹⁴ *Volzmann-Stickelbrock у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 90 примітка на полях 3.

¹⁵ *Fritzsche у Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90 примітка на полях 18.

чину на «інші права», можливо корисне, відкрите визначення поняття. У Німеччині воно є належним, оскільки стосується втручання в «право на засноване та діюче комерційне підприємство»¹⁶.

У Німеччині § 90а положення 1 BGB чітко визначає, що тварини – це не речі. Ця норма піддається критиці в літературі¹⁷. Видається за краще розробити всебічний приписаний законом захист тварин, який у Німеччині має публічно-правовий характер. Дотепер законодавець утримувався від впровадження спеціальних норм щодо рослин, оскільки вони є складовими частинами земельних ділянок (§94 BGB)¹⁸.

10. Договірні норми

а) Пропозиція Комісії

Є міркування з перенесення норм щодо поняття та видів договору до Книги першої. Положення про поняття договору та його види, а також форму договору мають бути перенесені до Глави 16 Цивільного кодексу, де мають бути передбачені положення про недійсність договорів (Концепція, § 1.15.).

б) Коментар

З точки зору німецького законодавства можна в принципі погодитися з цими міркуваннями. Йдеться про доповнення до статті 202 і наступних Цивільного кодексу. У німецькому законодавстві положення про договір містяться у Книзі першій, так званій Загальній частині, Цивільного кодексу (BGB). Укладання договору через подання та прийняття пропозиції нормоване у §§ 145 і наступних BGB. Принципи тлумачення волевиявлень і договорів можна знайти у §§ 133, 157 BGB. Формальні вимоги містяться у §§ 125 і наступних BGB. Вони стосуються вимог до письмової форми (§ 126 BGB) або нотаріального засвідчення (§ 128 BGB). Однак спеціальні норми визначають, чи потребує певний договір письмової форми чи нотаріального засвідчення. Запоруку слід надавати у письмовій формі відповідно до § 766 Цивільного кодексу Німеччини (BGB), пра-

вочини із земельними ділянками потребують нотаріального засвідчення відповідно до § 311b Цивільного кодексу Німеччини (BGB). У випадках, якщо не діють вимоги щодо дотримання певної форми, договір, наприклад, на купівлю рухомої речі, має чинність у вільній формі.

На відміну від пропозиції Комісії, види договорів у загальній частині BGB остаточно не названі. Швидше, види договорів впливають зі Спеціального зобов'язального права. Найважливішими є купівля: §§ 433 і наступні BGB, кредит: §§ 488 і наступні BGB, дарування §§ 516 і наступні BGB, наймання та оренда: §§ 535 до 597 і наступні BGB, позика: §§ 598 і наступні BGB, договір надання послуг: §§ 611 і наступні BGB, договір підряду: §§ 631 і наступні BGB, договір доручення: §§ 675 і наступні BGB; платіжні послуги: §§ 675c і наступні BGB. Ця технологія регламентації запобігає необхідності наведення нововведених видів договорів у Книзі Першій на додаток до Спеціального зобов'язального права.

11. Форми електронної комерції

а) Пропозиція Комісії

Метою є забезпечення функціональної спроможності відносин у сфері електронної комерції, смарт-контрактів та Інтернет-банкінгу з урахуванням сучасних тенденцій цифрової економіки. Пропонується переглянути загальні підходи щодо форми правочину, зокрема визначити діапазон операцій, які мають здійснюватися у письмовій, електронній (з урахуванням їхньої специфіки та ролі електронного цифрового підпису) та усній формі (з урахуванням технічного прогресу у передачі даних) (Концепція, § 1.16.).

б) Коментар

Ці пропозиції також видаються доречними. Електронна комерція та банківські операції часто носять міжнародний характер. Тому можна було би порекомендувати провести порівняльно-правовий аналіз, наприклад, на предмет того, як ці питання регулюються на території Європейського Союзу.

12. Недійсність договорів

а) Пропозиція Комісії

На основі оцінки досвіду низки зарубіжних цивільно-правових кодифікацій вважається доцільним розмежувати підстави

¹⁶ *Fritzsche* у *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90 примітка на полях 23.

¹⁷ Див. документальні докази у *Fritzsche* у *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90а примітка на полях 1.

¹⁸ *Fritzsche* у *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 90а примітка на полях 1.

недійсності правочину на дві групи (Концепція, п. 1.19.):

1) недодержання вимог, які забезпечують дотримання правопорядку (імперативні норми);

2) недодержання вимог, що стосуються суб'єктного складу та вільного волевиявлення (принцип автономної волі).

б) Коментар

Принципових заперечень проти цієї пропозиції немає, хоча вона ще потребує більш детального оформлення. Згідно з німецьким розумінням, з міркувань верховенства права недотримання формальних вимог призводить до недійсності договору (§ 125 BGB). Те саме стосується випадків, коли договір порушує закон (§ 134 BGB) або є аморальним (§ 138 BGB). Якщо договір ґрунтується на помилці (§ 119 BGB), омані (§ 123 BGB) або зловмисній погрозі (§ 123 BGB), потерпілий договірний партнер може оскаржити своє волевиявлення і таким чином скасувати договір. Оспорюваний правочин зберігає свою чинність, якщо правовласник не скористається своїм правом на оскарження. Нікчемний правочин, який відповідає вимогам іншого правочину, відповідно до § 140 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) може отримати нове юридичне тлумачення як такий правочин (замінний правочин).

13. Цивільно-правова конфіскація

а) Пропозиція Комісії

Систематична переробка має передбачати виключення з Цивільного кодексу інституту цивільно-правової конфіскації. Нині стаття 228 Цивільного кодексу конфіскацію передбачає (Концепція, § 1.20.).

б) Коментар

Наскільки вбачається, згідно з абзацом 3 ст. 228 Цивільного кодексу, те, що було набуто відповідно до договору, може бути вилучено за рішенням суду на користь держави, якщо навмисно було здійснено правочин, що суперечить інтересам держави. Ця санкційна норма пасує не до цивільного законодавства, але носить з німецької точки зору кримінально-правовий характер. Натомість, згідно з пропозицією Комісії, для таких випадків видається більш переважним створення можливості для цивільно-правової вимоги про компенсацію.

14. Повернення коштів або безпідставне збагачення

а) Пропозиція Комісії

Питання про визначення наслідків недійсності правочину має бути повторно розглянуте. При цьому йдеться про те, чи варто залишити попередню модель реституції чи застосувати положення про безпідставне збагачення (Концепція § 1.21.).

б) Коментар

Не слід випереджати перевірку, яка ще має бути проведена. У Німеччині у разі скасування недійсних правочинів законодавство щодо незаконного збагачення (§§ 812 і наступні BGB) в основному добре зарекомендувало себе, незважаючи на різноманітні наукові дискусії¹⁹, які тривають донині.

Відповідно до змісту § 812 абзацу 1 положення 1 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) виплата, отримана «без законної підстави», має бути повернена правовласнику. Питання про те, чи виправдовує законна підстава виплату, врегульоване не у законодавстві щодо незаконного збагачення, а вирішується відповідно до загальних оцінок цивільного законодавства. Основна ідея законодавства щодо незаконного збагачення знаходить свій вираз у тому, що вартість, яка у відповідності до принципів визначеного правочинном або законом віднесення благ неправомірно міститься у майні особи, що є боржником через збагачення, має бути передана тій особі, якій вона належить згідно з правопорядком²⁰. Метою повернення того, що було отримане внаслідок безпідставного збагачення, є вилучення невинуватитої майнової вигоди особи, що протиправно збагатилася за рахунок іншої особи, шляхом відновлення стану, який існував до процесу збагачення²¹. На відміну від цивільної відповідальності, на підставі реституційного позову обов'язок особи, що протиправно збагатилася за рахунок іншої особи, відшкодувати збитки

¹⁹ Див. *Erman/Buck-Heeb*, BGB, 16 видання, Vor § 812 примітка на полях 1, *Wendehorst у Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 4 видання, § 812 примітка на полях

²⁰ *Prutting у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 812 примітка на полях 1.

²¹ *Prutting у Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 812 примітка на полях 3.

не залежить від ознак провини²². Вони відіграють роль лише у виняткових випадках щодо обсягу відшкодування. В принципі добросовісна особа, що є боржником через збагачення, може посилатися на те, що виплата, отримана без законних підстав, більше не міститься в її майні (§ 818 абзац 3 BGB). І навпаки, боржник зі збагачення, якому було повідомлено про відсутню законну підставу (§ 819 абзац 1 BGB) або проти якого вже поданий позов про повернення боргу (§ 818 абзац 4 BGB), несе підвищену цивільну відповідальність, що позбавляє його можливості для заперечення з посиланням на відсутність збагачення.

Законодавство щодо незаконного збагачення обґрунтовує самостійні вимоги щодо компенсації. Вони є рівноправними з вимогами щодо повернення на підставі договору, деліктними вимогами чи вимогами щодо відшкодування витрат²³.

15. Позовна давність

а) Пропозиція Комісії

Деякі положення Цивільного кодексу щодо строків позовної давності підлягають адаптації, оскільки строк позовної давності помилково визначений, наприклад, статтею 257 Цивільного кодексу як термін, протягом якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист цивільного права або інтересу (Концепція § 1.23.). Перелік вимог, на які відповідно до ст. 267 Цивільного кодексу не поширюється позовна давність, підлягає перегляду (Концепція § 1.24.). Для особливо цінних об'єктів навколишнього природного середовища – цінних земельних ділянок, пам'яток природи, природних парків, земельних ділянок водного та лісового фонду (Концепція § 1.25.) рекомендується встановлювати більш тривалі строки позовної давності.

б) Коментар

аа) Поняття позовної давності

Замість ст. 257 Цивільного кодексу слід мати на увазі положення ст. 256 ЦК, де строком позовної давності визначено термін дії права на судово-правовий захист. Слід погодитися з рекомендованою зміною.

Відповідно до німецького законодавства дія позовної давності визначається § 214 абзацу 1 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) таким чином, що після настання терміну позовної давності боржник має право відмовитися від виконання вимоги. Обґрунтоване подання заперечення щодо позовної давності не позбавляє вимогу чинності, а лише перешкоджає її виконанню. Позов залишається здійсненим. Виконання вимоги можна прийняти. Воно відбувається на законних підставах і не підлягає поверненню²⁴. Аналогічним чином через термін позовної давності для можливих вимог, що настав тим часом, не усувається потреба у судово-правовому захисті судового позову. Настання терміну позовної давності саме по собі не впливає ні на наявність, ні на здійсненність вимоги. Боржник має право лише остаточно відмовитися від виконання вимоги з моменту настання терміну позовної давності. Чи скористається він правом на подання заперечення щодо позовної давності, на яке має право, він може вирішувати на власний розсуд²⁵. Ці принципи мають міститися у ст. 267 Цивільного кодексу.

бб) Вимоги, на які не поширюється строк позовної давності

Вимоги, на які не поширюється строк позовної давності, повинні ґрунтуватися на ст. 268 Цивільного кодексу, а не на ст. 267 ЦК. Тут також слід почекати подальших обговорень. З точки зору німецького законодавства слід звернути увагу на такі аспекти.

Звичайний строк позовної давності у Німеччині становить відповідно до § 195 Цивільного кодексу Німеччини (BGB) три роки. Відповідно до § 199 BGB період починається з кінця року, в якому виникла вимога, і кредитор знає про обставини, що обґрунтовують вимогу, і про особу боржника або повинен це знати без грубої недбалості. Це положення, впроваджене в 2001 році, добре себе зарекомендувало.

Німецьке законодавство знає лише деякі вимоги, на які не поширюється позо-

²² *Prutting* у *Prutting/Wegen/Weinreich*, BGB, 16 видання, § 812 примітка на полях 3.

²³ *Wendehorst* у *Bamberger/Roth/Han/Poseck*, BGB, 4 видання, § 812 примітка на полях 3.

²⁴ Федеральний Верховний суд, рішення від 28 5 2020 – VII ZR 108/19, NJW 2020, 2270 примітка на полях 21.

²⁵ Федеральний Верховний суд, рішення від 24 травня 2016 року – X ZR 28/14, BeckRS 2016, 12226 примітка на полях 14.

вна давність. Відповідно до § 194 абзац 2 BGB це насамперед стосується певних вимог відповідно до сімейного законодавства, наприклад, стосовно згоди на генетичну експертизу для з'ясування біологічного походження. Крім того, незастосовність позовної давності регламентується в окремих випадках, наприклад, стосовно вимог щодо скасування спільної власності (§ 758 BGB), вимог щодо внесення змін до земельної книги (§ 898 BGB) або певних вимог у рамках сусідських відносин (§ 924 BGB).

Вимоги, до яких не застосовується позовна давність, викладені у ст. 268 Цивільного кодексу у значно ширшому обсязі, наприклад, якщо це стосується вимог до банків чи страхових компаній. Необов'язково переконливим є намір передбачити тут незастосовність позовної давності, якщо правовласник, знаючи про своє право вимоги, роками не реалізує виконання своєї вимоги. Можливо, було би доцільно скоротити число таких винятків.

вв) Продовження строку позовної давності

Продовження строку позовної давності розглядається стосовно цінних об'єктів природного навколишнього середовища (Концепція § 1.25.). З німецької точки зору виникає питання, чи маються на увазі у цьому зв'язку цивільно-правові чи публічно-правові норми. Якщо термін позовної давності починається зі знання передумов вимог (§§ 195, 199 BGB), видається сумнівним, чи існує у певних сферах потреба у триваліших термінах позовної давності. При цьому завжди слід усвідомлювати те, що позовна давність слугує збереженню громадського порядку на засадах дотримання права. Саме вимоги щодо цінних об'єктів природного навколишнього середовища мають задовольнятися якомога швидше.

Німецьке законодавство є дуже стриманим щодо продовження строків позовної давності. Тридцятирічний термін позовної давності передбачений у § 197 абзац 1 BGB для

1) вимог про відшкодування збитків, які ґрунтуються на умисному заподіянні шкоди життю, тілу, здоров'ю, свободі або статевому самовизначенню;

2) вимоги про витребування власності, інших речових прав, §§ 2018, 2130 та 2362, а також вимоги, що слугують пред'явленню вимог про витребування;

3) вимоги, що набули юридичної значущості;

4) вимоги за мировими угодами, що підлягають виконанню, або виконавчими документами;

5) вимоги, що підлягають виконанню внаслідок їхнього визнання у рамках провадження про банкрутство;

6) вимоги про відшкодування витрат на примусове виконання рішення.

§ 197 (1) абзац 1 положення 1 BGB бере до уваги особливо велике значення життя та здоров'я, а також статевого самовизначення. Інші спеціальні обставини щодо тридцятирічного строку позовної давності стосуються, зокрема, випадків (§ 197, абзац 1 положення 3–6 BGB), у яких передумови вимоги вже з'ясовані на підставі юридичного титулу таким чином, щоби набути чинності.

V. Заключне зауваження

Проект реформи можна вітати з огляду на першу книгу Цивільного кодексу. Доречними видаються міркування договірного права та права шкоди. Те ж саме стосується концепції щодо юридичних осіб. У разі впровадження пропозицій слід уникати надто детальних регулювань. Певні труднощі порівняно з німецьким правом виникають, зокрема, через те, що різниця між цивільним і публічним правом принаймні не дотримується суворо.